

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23948/2011

ACJC/456/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 12 AVRIL 2013

Entre

A_____, domicilié _____ (GE), appelant d'un jugement rendu par la 4^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 novembre 2012, comparant par Me Oana Halaucescu, avocate, 2bis, rue de la Tour, 1205 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, comparant par Me Marlène Pally, avocate, 12, route du Grand-Lancy, 1212 en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17 avril 2013.

EN FAIT

A. Par jugement du 5 novembre 2012, notifié le 12 novembre 2012 à l'époux, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, a autorisé les époux A_____ et B_____ à vivre séparés (ch. 1) et constaté que la séparation des époux était intervenue le 20 septembre 2011 (ch. 2). Il a attribué à B_____ la garde des enfants C_____ et D_____ (ch. 3) et réservé à A_____ un large droit de visite, s'exerçant d'entente entre les parents, mais à défaut d'accord entre eux, au minimum, tous les mardis et vendredis, dès la sortie de l'école jusqu'à 20h30, ainsi qu'un week-end sur deux, du vendredi dès la sortie de l'école au dimanche 18h00, et la moitié des vacances scolaires (ch. 4). Le premier juge a précisé que, sauf accord contraire des parents, les vacances se répartiraient comme suit : A_____ disposerait, les années paires, de la totalité des vacances de février, de la deuxième moitié des vacances de Pâques, de la deuxième moitié des vacances d'été (août) et de la première moitié des vacances de Noël; les années impaires, il disposerait de la première moitié des vacances de Pâques, de la première moitié des vacances d'été (juillet), de la totalité des vacances d'octobre et de la deuxième moitié des vacances de Noël; les parents devraient en outre veiller à ce que soient répartis par moitié les jours fériés scolaires (ch. 5).

Par ailleurs, le Tribunal a condamné A_____ à verser à B_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien de la famille, la somme de 155 fr. du 4 novembre 2011 au 31 mars 2012, puis de 1'330 fr. (ch. 6).

Il a prononcé les susdites mesures pour une durée indéterminée (ch. 7), a arrêté les frais à 500 fr. (ch. 8) à charge des parties pour moitié chacune (ch. 9), a dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 12), a condamné les parties à respecter et exécuter les dispositions du présent jugement (ch. 13), enfin les a déboutées de toutes autres conclusions (ch. 14).

B. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 22 novembre 2012, A_____ a formé appel de ce jugement, concluant à ce que la Cour annule les ch. 3, 4 et 6 de son dispositif et, statuant à nouveau, dise que la garde des enfants C_____ et D_____ s'exercerait de manière partagée, soit, à défaut d'entente entre les parties, une semaine, du dimanche au dimanche, chez le père et une semaine chez la mère, ainsi que la moitié des vacances scolaires, dise que le domicile officiel des enfants serait celui de leur mère, dise et constate que lui-même ne doit aucune contribution à l'entretien de sa famille et confirme le jugement pour le surplus, chaque partie supportant ses propres frais. L'appelant a produit de nouvelles pièces.

Par arrêt du 21 janvier 2013, la présidente de la Chambre civile a admis partiellement la requête d'effet suspensif accompagnant l'appel.

Dans sa réponse du 25 janvier 2013, B_____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au déboutement de son mari de ses conclusions d'appel. Elle a produit de nouvelles pièces.

Les parties ont été informées le 31 janvier 2013 de la mise en délibération de la cause.

C. a. Les époux A_____, né le _____ 1976 à _____ (_____/Espagne), et B_____, née le _____ 1984 à _____ (Paraguay) ressortissante du Paraguay, ont contracté mariage le _____ 2006 à _____ (Paraguay).

Sont issus de cette union C_____, né le _____ 2003 à _____ (Paraguay), et D_____, né le _____ 2008 à Genève (GE).

b. A_____ a quitté le domicile conjugal le 20 septembre 2011.

Depuis le mois d'octobre 2011, il habite chez sa nouvelle compagne, dans un logement de quatre pièces genevois (cuisine comprise), dont deux chambres.

c. Par requête du 4 novembre 2011, B_____ a requis le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, concluant à ce que le Tribunal lui attribue la jouissance exclusive du domicile conjugal, lui attribue la garde sur leurs deux enfants, accorde à son époux un droit de visite s'exerçant un week-end sur deux, sauf accord des parties ou contrordre du Service de protection des mineurs (ci-après SPMi), et condamne son époux au paiement de 2'000 fr. par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, dès le dépôt de sa requête, à titre de contribution à l'entretien de la famille, ces mesures devant être prononcées pour une durée indéterminée.

Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 17 janvier 2012, A_____ s'est déclaré d'accord avec la séparation et avec l'attribution de la jouissance exclusive du domicile conjugal à son épouse. Concernant les enfants, il a proposé une garde alternée, charge à lui d'assumer les frais fixes des enfants (garderie, parascolaire, nourrice et primes d'assurances maladie). B_____ s'est opposée à la mise en place d'une garde alternée faute d'accord possible avec son époux. A_____ s'est opposé au versement d'une contribution d'entretien de 2'000 fr., son épouse se fondant selon lui sur une prémisse erronée, soit un salaire de 6'000 fr. nets par mois. A l'issue de l'audience, les époux se sont déclarés d'accord pour que la contribution à l'entretien de la famille à verser à l'épouse par le mari pendant la procédure soit arrêtée à 1'400 fr. et que les allocations familiales soient partagées entre les conjoints à raison d'une moitié chacun.

d. A la demande du Tribunal, le SPMi a, après avoir eu des entretiens avec les parents séparément, la responsable du jardin d'enfants de D_____ et l'enseignant de C_____, ainsi qu'avec ce dernier, rendu son rapport le 2 avril 2012 et recommandé les solutions retenues par le premier juge au ch. 3, 4 et 5 du dispositif de son jugement (cf. plus haut).

Selon le SPMI, A_____ et B_____ étaient deux parents compétents et investis auprès de leurs enfants, avec des options éducatives complémentaires, de sorte qu'il était souhaitable qu'à la suite de leur séparation, les deux figures parentales restent aussi investies que possible dans leur éducation. Une garde alternée semblait peu praticable à ce stade, parce que, d'une part, l'épouse s'y opposait et que, d'autre part, le mari n'était pas encore stabilisé et habitait provisoirement dans l'appartement de sa compagne, lequel convenait à un droit de visite, mais paraissait peu adéquat pour de plus larges périodes. Il était à cet égard relevé que le fils de la compagne de A_____ et les deux fils de celui-ci, lorsqu'ils passaient la nuit chez leur père, dormaient dans la même chambre, chacun ayant son propre lit, et que A_____ souhaitait trouver un logement de cinq pièces pour accueillir ses fils dans de meilleures conditions. Devaient enfin, selon le SPMi, être prises en compte en défaveur d'une garde alternée, les relations tendues entre les parents.

D'après les constatations du SPMi, la garde des deux garçons était, depuis la séparation, assumée par la mère, qui s'était mobilisée en vue de leur prise en charge quotidienne (affective, scolaire et matérielle) et avait entamé les démarches nécessaires pour adapter ses horaires de travail.

e. Les époux ont à nouveau été entendus par le Tribunal lors de l'audience de débats principaux du 6 juin 2012. L'épouse a présenté ses dernières écritures le 5 juillet 2012, l'époux le 9 juillet 2012.

B_____ a notamment sollicité le versement d'une contribution à l'entretien de la famille de 1'500 fr. par mois depuis le dépôt de sa requête, allocations familiales non comprises, ainsi que le prononcé de la séparation de biens.

A_____ a entre autres conclu à une garde partagée et à la constatation qu'il ne devait aucune contribution à l'entretien de la famille, et s'est engagé à entreprendre les démarches nécessaires afin que les allocations familiales soient versées en mains de son épouse.

f. Dans le jugement querellé, le Tribunal a relevé que les deux parents étaient présents auprès de leurs enfants. Le père s'était révélé investi, investissement qui avait perduré après la séparation, même si celui-ci avait fléchi pendant la procédure. La prise en charge quotidienne des enfants avait été assumée par la mère avec le soutien du père. Les parties étaient en désaccord sur les modalités de l'exercice du droit de visite, l'épouse refusant l'instauration d'une garde alternée.

En outre, le mari ne disposait pas encore des conditions matérielles pour assurer une telle garde. Le préavis du SPMi devait ainsi être entériné. Les recommandations dudit service permettaient au père et aux enfants de se retrouver deux soirs par semaine qui seraient la veille de jours de congé, sans que leur rythme ne s'en trouve trop bousculé. Ajouter un troisième soir, qui serait nécessairement veille d'école, ne serait pas opportun en l'état, ni une nuit, le père ne disposant pas des conditions optimales pour recevoir ses enfants.

g. En procédure d'appel, il a été admis par les parties que B_____ attendait un enfant, qui n'était pas de A_____ et dont la naissance était prévue pour la fin du mois de mars 2013.

A_____ a en outre allégué que B_____ partageait le logement avec le père de son enfant à naître, ce depuis le début du mois de juin 2012. Cette allégation, avec comme moyen de preuve *«l'absence de preuve contraire»*, a été contestée par l'épouse.

Cette dernière a, dans la partie *«en droit»* de sa réponse à l'appel, relevé le fait nouveau que son mari *«[avait] désormais à la maison cinq enfants, car deux [étaient] arrivés du _____ récemment»*, sans toutefois étayer cette allégation par un quelconque moyen de preuve.

D. a. A_____ était employé à plein temps en qualité de maçon, pour un salaire mensuel net moyen de 4'360 fr. en 2010. Entre le 1^{er} novembre 2011 et le 31 mars 2012, il a perçu 1'125 fr., 6'714 fr., 2'014 fr., 2'059 fr., enfin aucun salaire en mars 2012, mais 1'341 fr. d'indemnités perte de gain pour la période du 22 au 31 mars 2012. Le premier juge a ainsi retenu un revenu mensuel net moyen de 2'650 fr. pour la période du 1^{er} novembre 2011 au 31 mars 2012.

Souffrant d'une hernie discale, A_____ est en incapacité de travail totale depuis le 21 février 2012. Il perçoit désormais des indemnités perte de gain représentant 4'023 fr. 25 nets par mois. Le Tribunal a admis ces indemnités comme revenu à long terme du mari, son incapacité de travail étant manifestement de longue durée. En appel, A_____ a produit un rapport du 22 juin 2012 de l'inspecteur des sinistres de l'assurance perte de gain, mentionnant avoir pré-rempli avec l'intéressé une demande auprès de l'assurance invalidité (AI), cette dernière pouvant intervenir avec une aide en vue d'un emploi adapté.

Ses charges mensuelles incompressibles – retenues par le premier juge et non contestées – sont constituées de la moitié du loyer, soit 1'000 fr., de sa prime d'assurance maladie LAMal de 335 fr., de ses frais de transport de 70 fr. et de son montant de base OP de 850 fr. (1/2 du minimum vital pour un couple, soit 1'700 fr. / 2).

A_____ fait valoir en sus le remboursement d'un prêt qui avait été contracté par les époux du temps de la vie commune pour acquérir le mobilier garnissant le domicile conjugal et avait permis de financer des vacances. Les deux conjoints avaient assumé cette dette jusqu'à la séparation et, depuis lors, seul le mari l'assumait. Selon les parties, les mensualités, après s'être montées à 990 fr., devaient être de 400 fr. dès 2012. L'époux a toutefois payé deux mensualités de 990 fr. en janvier et février 2012. Le Tribunal n'a pas tenu compte de cette dette commune dans le minimum vital du mari, étant donné notamment que, compte tenu de la situation financière des parties, le faire reviendrait à privilégier un créancier, alors même que la créance alimentaire des enfants était prioritaire. En appel, l'époux conteste cette appréciation et allègue devoir, à ce jour, encore rembourser à la société créancière une somme totale de 48'359 fr., comme l'atteste un commandement de payer qui lui a été notifié le 13 septembre 2012 sur réquisition de celle-ci et auquel il a formé opposition totale.

La charge fiscale totale des époux pour l'année 2010 s'est élevée à 5'045 fr. 80, dont 2'163 fr. 15 déjà prélevés, laissant un solde à leur charge de 2'882 fr. 15, ce dernier montant représentant une charge mensuelle de 240 fr. répartie sur 12 mois et admise par le premier juge parmi les charges incompressibles de A_____. En appel, ce dernier fait valoir que cette charge devrait plutôt être fixée à 585 fr. 55, correspondant aux 10 versements de 585 fr. 55 à opérer en 2013 en paiement de l'impôt cantonal et communal (ci-après : ICC) 2011 encore dû à hauteur de 5'855 fr. 60 à fin 2012. B_____ s'oppose à la prise en compte du montant mensuel de 585 fr. 55, estimant en outre que le Tribunal aurait dû être plus sévère et ne pas compter les impôts de son mari parmi ses charges, dans la mesure où il ne payait aucune pension depuis des mois.

b. B_____ travaille à plein temps au service d'une entreprise de nettoyage, pour un revenu mensuel moyen net de 2'935 fr. Elle est assistée depuis le 1^{er} mars 2012 par l'Hospice général à concurrence de 1'385 fr. 80 par mois environ. Elle bénéficie en outre de subsides qui couvrent en totalité le paiement des primes d'assurance maladie LAMal d'elle-même et de C_____ et D_____. Depuis le 11 janvier 2013, elle est en arrêt de travail complet pour cause de maternité.

Ses charges mensuelles incompressibles telles qu'admises par le Tribunal sont composées de son loyer en 1'630 fr., de ses frais de transport en 70 fr. et de son montant de base OP en 1'350 fr.

Dès les premiers jours de janvier 2013, B_____ a déposé une demande auprès de l'Office du logement et du Secrétariat des Fondations immobilières de droit public en vue d'obtenir un logement d'au moins cinq pièces afin d'y loger ses trois enfants.

c. Le Tribunal a retenu, sans que cela soit contesté en appel, au titre des charges mensuelles des enfants, le montant de base OP de 400 fr. par enfant, les frais de transport de l'aîné de 45 fr., ainsi que les frais de garde (en particulier cantine et parascolaire, voire animation) de 400 fr. environ pour les enfants depuis la rentrée de fin août 2012, dont à déduire 600 fr. d'allocations familiales.

Il ressort des factures payées et produites par A_____ que les frais de parascolaire de C_____ (prise en charge entre 11h30 et 13h30 et activités surveillées le soir) se sont chiffrés à 300 fr. pour les mois de septembre à novembre 2011, soit 100 fr. par mois et les coûts de la cantine scolaire de celui-ci à 64 fr. en octobre 2011, à 122 fr. en novembre 2011 et à 98 fr. en décembre 2011, soit une moyenne de 95 fr. par mois. Avant la rentrée scolaire de fin août 2012, les coûts de garderie pour D_____ se chiffraient à 210 fr. par mois. A cela s'ajoutait le salaire de la nounou à concurrence de 185 fr. par mois depuis janvier 2012 contre 800 fr. auparavant, selon les allégués de l'épouse, 150 fr. selon ceux de l'époux. A teneur des factures (accueil familial) établies par le service de la petite enfance de la Commune de _____ et payées et produites par le mari, les frais de maman de jour se sont montés à 167 fr. en novembre 2011 et 80 fr. en décembre 2011, soit en moyenne 124 fr. par mois pendant cette période.

Par ailleurs, à teneur des fiches de salaire de A_____ de novembre et décembre 2011 ainsi que janvier 2012, de même qu'à teneur de ses relevés de compte bancaire, celui-ci a reçu des allocations familiales à hauteur de 400 fr., puis, dès le 1^{er} janvier 2012 et à tout le moins jusqu'au mois de juin 2012, de 600 fr.

d. Le premier juge a considéré qu'au regard de ses charges s'élevant pour elle-même et ses enfants à 3'695 fr. au total, B_____ accusait un déficit de 765 fr. par mois (2'935 fr. – 3'695 fr.). Les charges du couple totalisaient 6'190 fr. 35, laissant un solde disponible de 667 fr. 65, dès le 1^{er} avril 2012. La contribution à l'entretien de la famille à verser par A_____ trouvait sa limite dans le maintien de son minimum vital OP. Il en découlait qu'elle pouvait être fixée à 155 fr. par mois (2'650 fr. – 2'495 fr.) du 4 novembre 2011 au 31 mars 2012. Pour la période postérieure, les revenus (6'958 fr.) moins les charges des époux (6'190 fr. 35) laissaient un solde disponible de 767 fr. par mois qu'il y avait lieu de partager par tête (191 fr. 50 x 4). L'épouse pouvait dès lors prétendre à la couverture de son déficit de 760 fr. et à 574 fr. 50 du solde disponible (191 fr. 50 x 3), soit à un montant total arrondi de 1'330 fr.

e. Pour ce qui est des montants effectivement versés par A_____ en faveur de sa famille, B_____ a, lors de l'audience du 6 juin 2012, déclaré que celui-ci ne payait ni la pension, ni les primes d'assurance maladie. D'après elle, il ne payait pas tout ce qu'il alléguait payer. Il ne payait plus la garderie depuis avril 2012. A_____ a sur ce point relevé que son épouse avait déposé une plainte pénale car il n'avait pas pu s'acquitter des montants promis lors de l'audience du 17 janvier

2012, ces manquements étant dus à son absence de revenus, vu notamment des intempéries en février 2012 et un délai de carence pour perte de gain en mars 2012. Il a par ailleurs déclaré revenir sur son accord de verser une pension mensuelle de 1'400 fr., aux motifs que la nounou des enfants ne coûtait pas 800 fr. par mois comme initialement indiqué par son épouse, mais 150 fr., et que les primes d'assurance maladie des enfants étaient couvertes par des subsides.

Dans son écriture du 5 juillet 2012, B_____ a confirmé que son époux, en dépit de son engagement formulé le 17 janvier 2012, ne lui avait rien versé, sauf 300 fr. d'allocations familiales par mois, ce qui l'avait contrainte à demander l'aide de l'Hospice général. Elle a en outre indiqué payer elle-même, depuis le mois de janvier 2012, son loyer, la nourriture et le salaire de la nounou, ajoutant que son mari ne payait plus le parascolaire pour les enfants depuis décembre 2011.

Dans son jugement querellé, le Tribunal n'a mentionné ni déduit aucun paiement de la part de A_____.

Dans son appel, ce dernier n'allègue pas avoir effectué des versements pour l'entretien de son épouse et de ses enfants. Dans sa réponse à l'appel, celle-ci maintient n'avoir reçu jusqu'à présent que la rétrocession des 300 fr. par mois provenant des allocations familiales, l'appelant gardant selon elle les 300 fr. restants; elle fait dès lors valoir que les charges des enfants retenues par le premier juge ne devraient pas être réduites de 600 fr., mais de seulement 300 fr.

- E. Pour le surplus, l'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

1. 1.1 La procédure sommaire est applicable aux procédures de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC).

L'acte adressé à la Cour est un appel (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC), étant donné que les litiges relatifs au droit de garde et/ou au droit de visite ne sont pas des affaires patrimoniales et qu'au demeurant, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions pécuniaires dépasse 10'000 fr., et même 30'000 fr. ($[1'500 \text{ fr.} \times 12] \times 20 = 360'000 \text{ fr.}$), en application de l'art. 91 al. 2, 1ère phrase, CPC.

L'appel a été interjeté dans le délai de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi, c'est-à-dire par écrit et de manière motivée, accompagné du jugement entrepris (art. 130, 131 et 311 CPC). Il est ainsi recevable.

1.2 Statuant sur un appel, la Cour revoit la cause sous les angles de la violation du droit et de la constatation inexacte des faits (art. 310 CPC).

En matière d'effets de la filiation concernant des enfants mineurs, le juge statue d'office et n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 280 al. 2 aCC et 272 CPC; ATF 128 III 411 consid. 3.1; ATF 120 II 229 consid. 1c).

La maxime inquisitoire illimitée, applicable lorsque des enfants mineurs sont concernés, impose en outre au juge d'établir les faits d'office (art. 296 al. 1 CPC, qui a remplacé l'art. 280 al. 2 aCC), y compris si cela profite au parent débirentier, les parties n'étant toutefois pas dispensées de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 1914 ss et 1958).

En procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (HOHL, op. cit., n. 1901; cf. aussi ATF 127 III 474 consid. 2b/bb = SJ 2001 I 586). La preuve est (simplement) vraisemblable lorsque le juge, en se fondant sur des éléments objectifs, a l'impression que les faits pertinents se sont produits, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement (ATF 130 III 321 consid. 3.3 = JdT 2005 I 618).

- 2.** **2.1** Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

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 et 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, et 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 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).

2.2 Il s'ensuit que les pièces nouvelles produites en appel par les parties sont admises.

- 3. 3.1** Selon l'art. 176 al. 3 CC relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC).

Il peut notamment confier l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer le droit de garde des enfants. Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (arrêts du Tribunal fédéral 5A_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1, 5A_742/2008 du 22 janvier 2009 consid. 3.1, publié in FamPra.ch 2009 p. 509, et 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 consid. 3.1, publié in FamPra.ch 2009 p. 238).

La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois. Selon la jurisprudence, l'instauration d'une garde alternée s'inscrit dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et, partant, suppose l'accord des deux parents (arrêts du Tribunal fédéral 5A_69/2011 précité consid. 2.1 et 2.2 et 5A_495/2008 précité consid. 4.2). Au demeurant, l'admissibilité d'une garde alternée doit être appréciée sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et dépend, entre autres conditions, de la capacité de coopération des parents (arrêts du Tribunal fédéral 5A_69/2011 précité consid. 2.1 et 2.2 et 5A_645/2008 du 27 août 2009 consid. 6).

3.2 Dans le cas présent, l'intimée s'est opposée à la mise en place d'une garde alternée, et ce de manière constante durant la procédure. En outre, les relations entre l'appelant et l'intimée sont tendues. Pour ces raisons déjà, une garde alternée apparaît exclue. Elle l'est d'autant plus au regard des motifs qui ont été émis par le premier juge et que la Cour fait siens, en particulier des besoins de stabilité des enfants et du fait que le logement du père est peu adéquat pour de plus larges périodes de présence de ses enfants. Enfin, le Tribunal, suivant l'avis du SPMi, a tenu compte de façon adéquate des qualités éducatives reconnues de l'appelant en lui accordant un droit de visite dépassant – avec tous les mardis et vendredis soir – ce qui est usuel.

3.3 Dans ces conditions, les ch. 3 et 4 du dispositif du jugement entrepris seront confirmés.

3.4 Il convient en revanche, vu la présomption de paternité du mari (art. 255 CC), de compléter d'office le ch. 3 et de confier la garde de l'enfant à naître de l'intimée à cette dernière, l'appelant ne la revendiquant pas.

4. 4.1 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.

Même lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, ce que le juge du fait doit constater, l'art. 163 CC demeure la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux en mesures protectrices de l'union conjugale, comme il l'est aussi en mesures provisionnelles prononcées pour la durée de la procédure de divorce (ATF 138 III 97 consid. 2.2; ATF 137 III 385 consid. 3.1; ATF 130 III 537 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_522/2011 du 18 janvier 2012 consid. 4.1).

Aux termes de cette disposition légale, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (al. 1); ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise (al. 2); ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle (al. 3). Pour fixer la contribution d'entretien, selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, 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. Il 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, aux frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée, notamment par la reprise ou l'augmentation de son activité lucrative. Il se peut donc que, suite à cet examen, le juge doive modifier la convention conclue pour la vie commune, pour l'adapter à ces faits nouveaux (ATF 138 III 97 consid. 2.2; ATF 137 III 385 consid. 3.1, précisant l'ATF 128 III 65; arrêt du Tribunal fédéral 5A_720/2011 du 8 mars 2012 consid. 4.1.1). Cela étant, ni le juge des mesures protectrices de l'union conjugale, ni celui des mesures provisionnelles ne doit trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, les questions de fond, objet du procès en divorce, en particulier celle de savoir si le mariage a influencé concrètement la situation financière du conjoint (ATF 137 III 385 consid. 3.1, précisant l'ATF 128 III 65; arrêt précité 5A_720/2011 *ibidem*).

En vertu de l'art. 285 al. 1 CC, applicable par renvoi de l'art. 176 al. 3 CC lorsqu'il y a des enfants mineurs (PERRIN, in Commentaire romand, CC I, 2010, n. 7 ad art. 285 CC), la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant

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 ainsi que de la participation de celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant à la prise en charge de ce dernier.

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 le conserver, les époux ont droit à un train de vie semblable (arrêt précité 5A_720/2011 *ibidem*; ATF 119 II 314 consid. 4b/aa = JdT 1996 I 197). Le minimum vital du débirentier doit en principe être préservé (ATF 137 III 59 consid. 4.2.1 = SJ 2011 I 221; ATF 135 III 66 consid. 10 = JdT 2010 I 167). Selon le Tribunal fédéral, la répartition des revenus excédant les charges incompressibles (minimum vital) entre les époux ne doit pas conduire à procéder à un pur calcul mathématique, mais la fixation de la contribution d'entretien dépend en définitive du large pouvoir d'appréciation du juge (arrêt du Tribunal fédéral 5C.23/2002 du 21 juin 2002 consid. 2b). La répartition par moitié du disponible n'est applicable qu'en présence de deux ménages d'une personne et il y a lieu de tenir compte de la charge que représentent les enfants pour l'époux gardien (ATF 126 III 8 consid. 3c = JdT 2000 I 29).

L'aide sociale est subsidiaire par rapport aux obligations d'entretien du droit de la famille (arrêt du Tribunal fédéral 5A_170/2007 du 27 juin 2007 consid. 4, publié in FamPra.ch 2007 p. 895; ATF 119 Ia 134 = JdT 1996 I 286).

4.2 En l'espèce, le revenu mensuel net de l'appelant retenu par le premier juge n'est pas contesté en appel et peut ainsi être arrêté à 2'650 fr. entre le 1^{er} novembre 2011 et le 31 mars 2012, puis à 4'023 fr.

Les charges mensuelles incompressibles de l'appelant – retenues par le premier juge et non contestées – sont constituées de la moitié du loyer, soit 1'000 fr., de sa prime d'assurance maladie LAMal de 335 fr., de ses frais de transport de 70 fr. et de son montant de base OP de 850 fr. (1/2 du montant de base OP pour un couple, soit 1'700 fr. / 2), soit au total 2'255 fr.

Après prise en compte de ces charges, l'appelant bénéficierait, dès le mois de novembre 2011, d'un solde disponible de 395 fr. (2'650 fr. – 2'255 fr.), puis, à compter du 1^{er} avril 2012, de 1'768 fr. (4'023 fr. – 2'255 fr.).

Il sera examiné plus bas, après la détermination de la situation financière de l'intimée, si les autres charges invoquées par l'appelant doivent être prises en compte.

4.3 Le salaire net – incontesté – de l'intimée s'élève à 2'935 fr.

Les charges mensuelles incompressibles et personnelles de l'intimée telles qu'admises par le Tribunal et non contestées par les parties sont composées de son

loyer en 1'630 fr., de ses frais de transport en 70 fr. et de son montant de base OP en 1'350 fr., soit au total 3'050 fr.

Il n'est nullement rendu vraisemblable par l'appelant, même par de quelconques indices, que le père de l'enfant à naître de l'intimée vivrait sous le même toit que cette dernière, ce qui réduirait son loyer et son montant d'entretien OP à prendre en considération. Partant, il sera considéré que l'intimée vit seule avec les deux enfants des parties et, bientôt, avec un troisième enfant.

Au vu des pièces produites en procédure, ce sont des frais de garde de 200 fr. (100 fr. de frais de parascolaire + 100 fr. de coûts de cantine scolaire) par enfant qui peuvent être pris en compte. Les frais mensuels de garde de D_____ sont ainsi passés, à la rentrée scolaire de fin août 2012, d'un montant de l'ordre de 350 fr. à un montant d'environ 200 fr. Les charges mensuelles incompressibles des deux enfants se composent dès lors du montant de base OP de 800 fr. (400 fr. x 2) et des frais de garde de 550 fr. jusqu'à fin août 2012 puis de 400 fr., sous déduction des allocations familiales de 400 fr. jusqu'au 31 décembre 2011 et de 600 fr. depuis lors, telles que fixées par l'art. 8 al. 2 de la loi genevoise du 1^{er} mars 1996 sur les allocations familiales (LAF – J 5 10) –, soit au total 950 fr. en novembre et décembre 2011, 750 fr. à partir du 1^{er} janvier 2012 et 600 fr. dès le 1^{er} septembre 2012.

A teneur de l'art. 8 de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (LAFam – RS 836.2), dont le contenu correspond en substance à celui de l'art. 285 al. 2 CC, l'ayant droit d'allocations familiales tenu, en vertu d'un jugement ou d'une convention, de verser une contribution d'entretien pour un ou plusieurs enfants doit, en sus de ladite contribution, verser les allocations familiales. Il en résulte que l'appelant doit, ex lege et sans qu'il soit nécessaire de le rappeler expressément dans le dispositif de l'arrêt à rendre, restituer à l'intimée, qui s'acquitte des charges des enfants du couple, les parts d'allocations familiales qu'il a reçues et gardées pour lui, comme il s'y est du reste engagé en première instance et comme cela ressort du dispositif du jugement indiquant que les allocations familiales ne sont pas comprises dans la contribution d'entretien et doivent donc être versées en sus.

Au vu de ce qui précède, l'intimée et ses enfants accusent un déficit de 1'065 fr. en novembre et décembre 2011, de 865 fr. à partir du 1^{er} janvier 2012 et de 715 fr. dès le 1^{er} septembre 2012.

4.4 Ce n'est que lorsque la situation financière des parties le permet qu'une dette peut être prise en considération dans le calcul du minimum vital du droit de la famille, si celle-ci a été assumée avant la fin du ménage commun aux fins de l'entretien des deux époux, ou lorsque ceux-ci en répondent solidairement (arrêt du Tribunal fédéral 5A_453/2009 du 9 novembre 2009 consid. 4.3.2, publié in

SJ 2010 I 326; ATF 127 III 289 consid. 2a/bb = JdT 2002 I 236). Ce n'est également que si les moyens financiers du débirentier sont suffisants que ses impôts – courants – sont pris en considération dans son minimum vital (ATF 127 III 68 consid. 2 = SJ 2001 I 280; ATF 127 III 289 consid. 2a/bb = JdT 2002 I 236; ATF 126 III 353 consid. 1a/aa = JdT 2002 I 162; arrêts du Tribunal fédéral 5A_508/2011 du 21 novembre 2011 consid. 4.2.5, 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 2.2.3 et 5A_383/2007 du 9 novembre 2007 consid. 2.2). En revanche, lorsque les capacités financières du débirentier sont modestes – ou insuffisantes –, il convient, pour déterminer le montant de la contribution d'entretien du conjoint, respectivement des enfants, et en vue de la sauvegarde de leurs intérêts, de prendre comme point de départ le minimum vital du débirentier au sens du droit des poursuites (ci-après : minimum vital LP), sans prendre en considération d'autres charges (ATF 127 III 289 consid. 2a/bb = JdT 2002 I 236; ATF 126 III 353 consid. 1a/aa = JdT 2002 I 162; arrêt du Tribunal fédéral 5A_383/2007 précité *ibidem*). Dans le cas contraire, la capacité contributive du débirentier, après couverture de son propre minimum vital, serait à ce point diminuée qu'elle ne suffirait le cas échéant plus même à couvrir – ou à tout le moins plus concrètement – le montant de ses obligations du droit de la famille. Le débirentier pourrait ainsi, à sa discrétion, en assumant des dettes auprès de tiers, y compris le fisc, diminuer sa capacité contributive au détriment de son conjoint et/ou de ses enfants (ATF 127 III 289 consid. 2a/bb = JdT 2002 I 236). Enfin, lorsque les moyens financiers des parties ne suffisent pas à couvrir les frais supplémentaires engendrés par l'existence parallèle de deux ménages, chaque époux a le droit de participer de manière identique au train de vie antérieur (arrêt du Tribunal fédéral 5A_383/2007 précité *ibidem*; ATF 119 II 314 consid. 4b/aa).

Il découle de ces principes et du caractère juste suffisant des moyens financiers cumulés des parties que le remboursement du prêt qui a été contracté par les deux époux durant leur vie commune pour les besoins de la famille doit être compté parmi les charges incompressibles de l'appelant, comme celui-ci le requiert, mais seulement depuis le 1^{er} avril 2012, début de l'amélioration de sa situation financière. L'appelant est en effet obligé de rembourser cette dette, qui grève son budget, sans quoi sa situation financière pourrait être aggravée par des poursuites et des actes de défaut de biens. Le fait que le prêteur serait privilégié par rapport à sa famille du fait de la prise en compte de cette dette n'est à cet égard pas décisif dans le cadre des présentes circonstances. Cette prise en compte paraît d'autant plus équitable que l'intimée et les enfants bénéficient encore de cet emprunt, puisque ce dernier a servi en partie à financer les meubles qui se trouvent dans leur logement actuel. Dans la mesure où cette dette se chiffrait au 13 septembre 2012 à 48'359 fr. et où ce montant représente au moins 49 mensualités de remboursement (48'359 fr. / 990 fr.), soit une durée relativement longue d'environ quatre ans, c'est la somme de 990 fr. qui doit être admise parmi les charges incompressibles de l'appelant.

Au regard de la situation financière des parties qui résulte de la prise en compte de la charge susmentionnée de 990 fr., la charge fiscale, même courante, de l'appelant ne sera pas prise en compte, étant rappelé que les pensions qu'il verse, de même que le remboursement de ses dettes sont en principe déduits de ses revenus sur le plan fiscal.

4.5 Dans la mesure où l'intimée n'a, en procédure d'appel, pas jugé insuffisante la contribution d'entretien au paiement de laquelle son mari a été condamné par le Tribunal, le ch. 6 du dispositif du jugement querellé – y compris le dies a quo fixé au 4 novembre 2011 par le jugement attaqué et non contesté par les parties – sera confirmé concernant la période du 4 novembre 2011 au 31 mars 2012.

En revanche, compte tenu de la prise en compte du remboursement de la dette de 990 fr. par mois par l'appelant depuis le 1^{er} avril 2012 et du déficit moyen de l'intimée depuis lors, la contribution d'entretien à la famille à laquelle celui-ci sera condamné dès cette date doit être arrêtée à 778 fr., montant arrondi à 800 fr. par mois, qui suffit à couvrir le minimum vital de l'intimée.

- 5.** En cas d'effet rétroactif du versement de contributions d'entretien, le juge qui en fixe le montant doit tenir compte des versements déjà effectués à ce titre par l'époux débirentier (ATF 135 III 315 consid. 2.4; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 5A_217/2012 du 9 juillet 2012 consid. 6).

En l'occurrence, l'appelant n'a pas contesté les allégations de l'intimée selon lesquelles, à tout le moins depuis le mois d'avril 2012, il ne lui a plus versé aucun montant pour l'entretien de la famille, et qui doivent ainsi être retenues (cf. art. 150 al. 1 et 222 al. 2 CPC). Durant la période comprise entre le 4 novembre 2011 et le 31 mars 2012, l'appelant a en revanche payé les frais de garderie du cadet, à hauteur de 210 fr. par mois, soit un peu plus que la contribution d'entretien de 155 fr., de sorte qu'il ne doit plus rien pour cette période.

Ainsi, l'appelant sera condamné au versement de la somme totale de 9'600 fr. (0 + [12 x 800 fr.]) pour la période du 4 novembre 2011 au 31 mars 2013, allocations familiales non comprises.

- 6.** Les frais (frais judiciaires et dépens) sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 et 106 al. 1 ab initio CPC) et, lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, ils sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Le tribunal peut toutefois s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, en particulier lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC).

En l'espèce, les frais judiciaires de la présente décision sont fixés à 700 fr. (art. 33 et 35 du règlement fixant le tarif des frais en matière civile [RTFMC – E 1 05.10]). Vu la nature du litige et le fait notamment qu'aucune des parties n'obtient pleinement gain de cause, ces frais seront partagés par moitié entre les deux parties et chacune gardera à sa charge ses propres dépens. Il est précisé que l'intimée est au bénéfice de l'assistance juridique.

7. L'arrêt de la Cour, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, est susceptible d'être l'objet 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 par A_____ contre les chiffres 3, 4 et 6 du dispositif du jugement JTPI/15926/2012 rendu le 5 novembre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/23948/2011-4.

Au fond :

Confirme les chiffres 3 et 4 dudit dispositif.

Complète le chiffre 3 en ce sens que la garde de l'enfant à naître de B_____ est confiée à celle-ci.

Précise que le droit de visite prévu par les chiffres 4 et 5 ne concerne que les enfants C_____ et D_____.

Annule le chiffre 6 et, statuant à nouveau :

Condamne A_____ à verser à B_____, à titre de contribution à l'entretien de la famille, allocations familiales non comprises, la somme totale de 9'600 fr. pour la période du 4 novembre 2011 au 31 mars 2013, puis, dès le 1^{er} avril 2013, par mois et d'avance, le montant de 800 fr.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais d'appel :

Arrête les frais judiciaires à 700 fr., à la charge de A_____ et de B_____ pour moitié chacun.

Dit que ces frais sont entièrement compensés par l'avance versée par A_____, qui reste acquise à l'Etat.

Condamne B_____ à restituer à ce titre la somme de 350 fr. à A_____.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Madame Florence KRAUSKOPF et Monsieur Blaise PAGAN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

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.