REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24388/2021 **ACJC/1440/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU JEUDI 3 NOVEMBRE 2022

Entre

Monsieur A_____, p.a. B_____, chemin _____[GE], appelant d'un jugement rendu par la 19ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 27 juin 2022, comparant par Me Daniela LINHARES, avocate, LBG AVOCATS, Galerie Jean-Malbuisson 15, case postale 1648, 1211 Genève 1, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame C_____, domiciliée _____[GE], intimée, comparant par Me Aurélie VALLETTA, avocate, INTERDROIT AVOCAT-E-S SÀRL, boulevard de Saint-Georges 72, case postale, 1211 Genève 8, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 7 novembre 2022.

EN FAIT

A. Par ordonnance OTPI/427/2022 du 27 juin 2022, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant sur mesures provisionnelles, a débouté A_____ de ses conclusions (chiffre 1 du dispositif), dit que la décision sur les frais relatifs aux mesures provisionnelles était renvoyée à la décision finale (ch. 2) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).

Le Tribunal a retenu que A_____, aide-cuisinier de formation, avait travaillé pour D_____ jusqu'à son licenciement en décembre 2018. Il avait par la suite perçu des indemnités chômage de 3'560 fr. en moyenne jusqu'au mois d'août 2021 et était désormais aidé par l'Hospice général. Le premier juge a considéré que A_____ n'avait pas démontré être en incapacité de travail. En particulier, il n'avait pas démontré ne pas être en mesure de trouver un emploi dans son domaine d'activité, à savoir la restauration. Il lui appartenait par conséquent de tout mettre en œuvre pour honorer son devoir d'entretien à l'égard de son fils mineur et de son épouse. Le Tribunal a par conséquent retenu que A_____ était en mesure de réaliser un revenu équivalent à celui qu'il percevait au moment du prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale.

B. **a.** Le 11 juillet 2022, A_____ a formé appel contre cette ordonnance, reçue le 29 juin 2022, concluant à son annulation et à la suppression de la contribution en faveur de l'enfant E_____ avec effet au dépôt de la demande de divorce, ainsi qu'à la suppression, à la même date, de la contribution à l'entretien de C_____, les frais de la procédure devant être partagés par moitié entre les parties et les dépens compensés.

Il a fait grief au Tribunal d'avoir retenu qu'il était pris en charge par l'Hospice général, alors que tel n'était plus le cas. Il bénéficiait désormais, ce dont attestaient les pièces 41 à 43 produites en première instance dans un bordereau de pièces complémentaire du 20 mai 2022, de prestations complémentaires transitoires versées par le Service des prestations complémentaires, selon décision de ce service du 10 mars 2022. Il avait perçu lesdites prestations avec effet rétroactif dès le 1er novembre 2021. Il a également reproché au premier juge de ne pas avoir tenu compte de son âge, 62 ans, et d'avoir considéré qu'il était en mesure de réaliser un revenu équivalent à celui qu'il percevait au moment du prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale. Or, il avait cherché du travail pendant trois ans, sans succès et avait été mis au bénéfice des prestations complémentaires transitoires, soit un préalable aux prestations complémentaires AVS. Le premier juge aurait par ailleurs dû retenir qu'il était plus aisé pour l'intimée, âgée de 46 ans, que pour lui de trouver du travail; cette dernière couvrait par ailleurs ses charges avec son salaire, pour une activité à 40%. Le Tribunal était par conséquent tombé dans l'arbitraire en retenant, le concernant, un revenu hypothétique dans le cadre des mesures provisionnelles, sans examen approfondi.

b. Dans sa réponse du 28 juillet 2022, l'intimée a conclu au rejet de l'appel, avec suite de frais et dépens.

Elle a produit une pièce nouvelle (pièce B), soit des articles de presse parus au mois de juin 2022.

c. L'appelant a répliqué le 11 août 2022, persistant dans ses précédentes conclusions.

d. Les parties ont été informées par avis du greffe de la Cour de justice du 31 août 2022 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure soumise à la Cour de justice.

a. A_____, né le _____ 1960 à G_____ (Ethiopie), originaire de H_____ (Genève) et F_____, née le _____ 1975 à I_____ (Ethiopie), ressortissante d'Erythrée, ont contracté mariage à H_____ (Genève) le _____ 1997.

Trois enfants sont issus de cette union : J_____, née le _____ 1998, désormais majeure, K_____, née le _____ 2000, également majeure et E_____, né le _____ 2005, âgé de 17 ans.

b. Le 9 juin 2015, A_____ a formé devant le Tribunal une requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Il travaillait à l'époque pour la société D_____ et percevait un revenu mensuel brut de 4'571 fr., pour un revenu net de l'ordre de 4'000 fr.

c. Par jugement JTPI/13831/2015 non motivé du 18 novembre 2015, le Tribunal, statuant d'accord entre les parties, a notamment autorisé les époux A/C_____ à vivre séparés, attribué à l'épouse la jouissance exclusive du domicile conjugal, attribué à la mère la garde des trois enfants encore mineurs, réservé un droit de visite usuel au père, donné acte à l'époux de son engagement de verser en mains de l'épouse, par mois et d'avance, allocations familiales ou d'études non comprises, la somme de 460 fr. par enfant au titre de contribution à leur entretien, dès son départ du domicile conjugal et jusqu'à la majorité des enfants, voire au-delà en cas d'études sérieuses et suivies, mais jusqu'à 25 ans maximum. Le Tribunal a par ailleurs donné acte à A_____ de son engagement de verser en mains de son épouse, par mois et d'avance, la somme de 200 fr. au titre de contribution à son entretien, dès son départ du domicile conjugal.

d. Le 13 décembre 2021, A_____ a formé devant le Tribunal une demande unilatérale en divorce. Il a conclu, sur mesures superprovisionnelles et provisionnelles, à la suppression de la contribution due en faveur de l'enfant E_____ et de C_____, dès le dépôt de la demande.

Il a exposé avoir été licencié pour la fin de l'année 2018, avoir perçu des indemnités de l'assurance chômage de l'ordre de 3'566 fr. par mois jusqu'au 23 août 2021, date à laquelle il était arrivé en fin de droits. Il allait par conséquent devoir faire appel à l'Hospice général pour payer ses factures. Il a fait état de charges à hauteur de 2'728 fr. par mois (1'200 fr. de minimum vital OP, 941 fr. de loyer, 417 fr. d'assurance-maladie, 100 fr. estimés d'impôts et 70 fr. de frais de transports). Il a allégué ne plus être en mesure de payer les contributions mises à sa charge pour l'entretien de son fils encore mineur et de son épouse.

e. La requête de mesures superprovisionnelles a été rejetée par ordonnance du 14 décembre 2021.

f. Lors de l'audience du 10 février 2022, C_____ s'est opposée aux mesures provisionnelles sollicitées par A_____. Elle a exposé travailler à 40% à l'Hôpital L_____ en qualité de femme de ménage pour un salaire de l'ordre de 1'800 fr. à 2'000 fr. par mois; elle effectuait par ailleurs des remplacements, qui lui permettaient d'augmenter ses revenus.

A_____, aide-cuisinier de formation, a indiqué être toujours à la recherche d'un emploi et être aidé par l'Hospice général.

Au terme de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles et a fixé la suite de la procédure sur le fond.

g. Le 10 mars 2022, le Service des prestations complémentaires a rendu une décision par laquelle il a considéré que A_____ remplissait, dès le 1er novembre 2021, l'ensemble des conditions lui donnant droit à des prestations transitoires, lesquelles s'élèvent, selon la compréhension de la Cour des pièces 41 à 43 produites par l'appelant le 20 mai 2022 devant le Tribunal, à un montant de l'ordre de 2'950 fr. par mois. Les décomptes versés à la procédure ne mentionnent pas l'obligation d'entretien de A_____ à l'égard de son épouse et de son fils encore mineur.

h. Il résulte d'un courrier adressé au Tribunal par le SCARPA le 17 février 2022 que C_____ percevait mensuellement une avance de 460 fr. en faveur de son fils E_____ et ce depuis le mois de juillet 2019. Entre janvier et décembre 2020, elle avait par ailleurs également perçu du SCARPA la somme de 200 fr. par mois en sa faveur.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions de première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

En l'espèce, le litige porte sur les contributions à l'entretien de l'épouse et d'un enfant mineur. La valeur litigieuse, calculée conformément à l'art. 92 CPC, dépasse les 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

Interjeté dans le délai de dix jours (art. 142 al. 3 et 314 al. 1 CPC) et selon la forme prescrite par la loi (art. 311 CPC), l'appel est recevable.

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

Les maximes d'office et inquisitoire illimitée sont applicables aux questions concernant l'enfant mineur (art. 55 al. 2, 58 al. 2 et art. 296 CPC), ce qui a pour conséquence que la Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC).

La maxime inquisitoire ne dispense toutefois 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 du Tribunal fédéral 5A_874/2016 du 26 avril 2017 consid. 4.1).

Les maximes inquisitoire simple (art. 272 CPC) et de disposition (art. 58 al. 1 CPC) sont applicables en ce qui concerne la contribution à l'entretien de l'épouse.

1.3 En raison de la nationalité étrangère de l'intimée, la cause présente un élément d'extranéité. A juste titre les parties ne contestent ni la compétence des autorités judiciaires genevoises, ni l'application du droit suisse (art. 59 et art. 62 al. 1 et al. 2 LDIP).

1.4 Les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d, 271 et 276 al. 1 CPC). La cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (arrêt du Tribunal fédéral 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 6.2.2). Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_476/2015 du 19 novembre 2015 consid. 3.2.2).

2. **2.1** 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 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, tous les novas sont admis, même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1), et ce jusqu'aux délibérations lesquelles débutent dès que

l'autorité d'appel a communiqué aux parties que la cause a été gardée à juger (ATF 142 III 413 consid. 2.2.5 et 2.2.6 in JdT 2017 II p. 153 ss; arrêt du Tribunal fédéral 5A_364/2020 du 14 juin 2021 consid. 8.1).

2.2 En l'espèce, la pièce nouvelle produite par l'intimée à l'appui de son mémoire réponse est recevable, quand bien même elle est sans pertinence pour l'issue du litige.

3. La situation des parties est actuellement régie par le jugement du Tribunal rendu sur mesures protectrices de l'union conjugale le 18 novembre 2015.

3.1.1 Saisi d'une requête commune ou d'une demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC), le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, en appliquant par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC).

Les mesures protectrices de l'union conjugale demeurent en vigueur même au-delà de l'ouverture de la procédure de divorce. Une fois ordonnées, elles ne peuvent être modifiées par le juge des mesures provisionnelles qu'aux conditions de l'art. 179 CC, applicable par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC (ATF 137 III 614 consid. 3.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_436/2020 du 5 février 2021 consid. 4.1).

Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1ère phrase CC, le juge prononce les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

Après l'introduction de l'action en divorce, les époux peuvent solliciter la modification de mesures protectrices de l'union conjugale si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu, ou encore si la décision de mesures provisoires est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 143 III 617 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 du 29 avril 2020 consid. 4.1). La procédure de modification n'a cependant pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 précité).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_253/2020 du 25 mars 2021 consid. 3.1.1; 5A_611/2019 précité).

Lorsqu'il admet que les circonstances ayant prévalu lors du prononcé de mesures provisoires se sont modifiées durablement et de manière significative, le juge doit fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent et litigieux devant lui (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_689/2020 du 27 avril 2021 consid. 3.1).

3.1.2 Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties (ATF 137 III 118 consid. 2.3; 137 III 102 consid. 4.2.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_876/2016 du 19 juin 2017 consid. 3.1.2).

Le juge peut néanmoins imputer aux parties un revenu hypothétique supérieur à leurs revenus effectifs. Il s'agit 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 (ATF 137 III 118 consid. 2.3; 137 III 102 consid. 4.2.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_876/2016 du 19 juin 2017 consid. 3.1.2).

3.1.3 Les dépenses reconnues comprennent : (…) les contributions d'entretien versées en vertu du droit de la famille (art. 9 al. 1 let. i de la loi fédérale sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés - LPtra).

3.2.1 En l'espèce, l'appelant fait en premier lieu grief au Tribunal d'avoir considéré qu'il était pris en charge par l'Hospice général, alors que tel n'était plus le cas, puisqu'il avait été mis au bénéfice de prestations complémentaires transitoires.

Il ressort toutefois du dossier que l'appelant, qui a déposé sa demande en divorce et ses conclusions sur mesures provisionnelles le 13 décembre 2021, n'a pas informé le Tribunal de ce qu'il avait déposé, apparemment le 1er novembre 2021, une demande visant à obtenir des prestations complémentaires transitoires. Ce n'est que dans son bordereau de pièces du 20 mai 2022, soit postérieurement à la date à laquelle la cause a été gardée à juger sur mesures provisionnelles par le Tribunal, que l'appelant a produit la décision du 10 mars 2022 du Service des prestations complémentaires, ainsi que deux décomptes y relatifs et ce n'est que devant la Cour que l'appelant a mentionné le faitqu'il avait été mis au bénéfice de telles prestations. Le premier juge ne pouvait par conséquent, dans l'ordonnance attaquée, tenir compte d'un élément que l'appelant lui-même n'avait pas même évoqué.

3.2.2 Pour le surplus, il appartenait à l'appelant, qui sollicitait, sur mesures provisionnelles, la suppression de la contribution d'entretien due en faveur de son fils mineur et de son épouse, de rendre vraisemblable que sa situation s'était modifiée de manière importante et durable.

S'il est certes établi que l'appelant a été licencié à la fin de l'année 2018, ce dernier n'a produit aucune pièce utile permettant de retenir qu'il aurait, après la perte de son emploi, déployé les efforts qui pouvaient raisonnablement être exigés de lui pour en trouver un nouveau, alors qu'il n'ignorait rien de ses obligations d'entretien à l'égard de son épouse et de ses enfants. Le simple fait qu'il soit désormais âgé de 62 ans ne permet pas de retenir que toute recherche d'un emploi aurait été, *a priori*, vouée à l'échec.

3.2.3 Il résulte pour le surplus des explications fournies par l'appelant devant la Cour qu'il a été mis au bénéfice, par décision du 10 mars 2022, mais avec effet au 1er novembre 2021, de prestations complémentaires, lesquelles s'élèvent à 2'950 fr. par mois. Or, dans son appel, il a fait état de charges de 2'728 fr. par mois. Dès lors, le montant des prestations complémentaires permet à l'appelant, après couverture de ses propres frais, de bénéficier d'un solde disponible supérieur à 200 fr. qu'il pourrait affecter au paiement d'une partie des contributions d'entretien mises à sa charge.

Par ailleurs, l'appelant n'a pas rendu vraisemblable que les contributions d'entretien dues en faveur de son épouse et de son fils encore mineur ne pourraient pas être comprises dans les prestations complémentaires transitoires qu'il perçoit, alors que l'art. 9 al. 1 let. i LPtra inclut dans les « dépenses reconnues », les contributions d'entretien versées en vertu du droit de la famille. Le fait que les décomptes du Service des prestations complémentaires ne mentionnent pas les contributions d'entretien mises à la charge de l'appelant résulte vraisemblablement du fait qu'il n'en a pas fait état, ce qui peut lui être reproché à faute.

Au vu de ce qui précède, l'ordonnance attaquée sera confirmée.

4. Les frais de la procédure d'appel seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 31 et 37 RTFMC) et mis à la charge de l'appelant, qui succombe. Ils seront provisoirement pris en charge par l'Etat de Genève, compte tenu du bénéfice de l'assistance judiciaire.

Il ne sera pas alloué de dépens vu la nature familiale du litige (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/427/2022 du 27 juin 2022 rendue par le Tribunal de première instance dans la cause C/24388/2021.

Au fond :

La confirme.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

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

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, Président; Madame Pauline ERARD et Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Sandra CARRIER, greffière.

Le président :	La greffière :
Cédric-Laurent MICHEL	Sandra CARRIER

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, dans les limites de l'art. 98 LTF.

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.