

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24619/2008

ACJC/1349/2009

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 13 NOVEMBRE 2009

Entre

Madame D_____, domiciliée à Genève, appelante d'un jugement rendu par la 16ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 3 juin 2009, comparant par Me Z_____, avocate, , en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur D_____, domicilié à Genève, intimé, comparant par Me C_____, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'au Tribunal de première instance le 17.11.2009.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 3 juin 2009, communiqué aux parties par pli du lendemain, le Tribunal de première instance a prononcé le divorce des époux D_____ (ch. 1). S'agissant des deux enfants issus de cette union, la garde et l'autorité parentale sur ceux-ci ont été attribuées à leur mère (ch. 2). Un large droit de visite, devant s'exercer un week-end sur deux, du vendredi soir 18h00 au dimanche soir 19h30, ainsi que la moitié des vacances scolaires a été réservé en faveur de leur père (ch. 3). Le Tribunal a en outre donné acte aux parties de la liquidation à l'amiable de leur régime matrimonial et de ce qu'elles n'avaient plus aucune prétention à faire valoir l'une envers l'autre de ce chef (ch. 7). Il a ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par les parties pendant la durée du mariage et transmis la cause au Tribunal cantonal des assurances sociales (ch. 8). Il a, enfin, compensé les dépens (ch. 9), condamné les parties à respecter et à exécuter les dispositions du jugement (ch. 10) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 11).

Sur le plan financier - qui reste litigieux en appel - le Tribunal a condamné Monsieur D_____ à verser à Madame D_____, par mois et d'avance, à titre de contribution d'entretien indexée de chacun des enfants, allocations familiales non comprises, les sommes de 600 fr. jusqu'à l'âge de 10 ans, 700 fr. de 10 ans à 15 ans, et 800 fr. de 15 ans à la majorité, voire au-delà mais jusqu'à 25 ans au plus, si l'enfant bénéficiaire poursuit une formation professionnelle ou des études sérieuses et régulières (ch. 4 et 5). Il a également donné acte à Madame D_____ de ce qu'elle renonçait à réclamer une contribution post-divorce à son entretien (ch. 6).

- B.** Par acte déposé au greffe de la Cour le 6 juillet 2009, Madame D_____ forme appel contre ce jugement dont elle demande uniquement l'annulation des chiffres 4 et 6 du dispositif. Elle conclut, principalement, à ce que la contribution d'entretien prévue pour ses deux enfants soit fixée à 1'000 fr. par mois jusqu'à leur majorité, voire au-delà, mais jusqu'à 25 ans au plus, en cas de formation professionnelle sérieuse ou d'études supérieures régulières, à la compensation des dépens d'appel et à la confirmation du jugement entrepris pour le surplus. Subsidiairement, elle requiert que Monsieur D_____ soit condamné à verser une contribution d'entretien mensuelle en faveur de chacun de ses enfants de 750 fr. jusqu'à l'âge de 10 ans, 850 fr. de 11 à 15 ans et de 1'000 fr. jusqu'à la majorité, voire au-delà en cas d'études sérieuses. Dans cette hypothèse, elle réclame également une contribution à son propre entretien d'un montant mensuel de 500 fr. jusqu'au 30 septembre 2013 et de 300 fr. jusqu'au 30 septembre 2021.

Dans sa réponse, Monsieur D_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris et à ce que Madame D_____ soit condamnée aux dépens d'appel.

C. Les faits pertinents pour l'issue du présent appel sont les suivants :

a. Monsieur D_____, né en 1971 au Portugal, et Madame D_____, née en 1973 en France, tous deux de nationalité portugaise, se sont mariés en 1999 à Genève.

Deux enfants sont issus de cette union, A_____ né en 2002 et B_____ né en 2003, tous deux à Genève.

b. Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 9 mai 2006, le Tribunal a entériné l'accord des parties et a, notamment, attribué à Madame D_____ la garde des enfants, tout en réservant un droit de visite usuel au père, et a donné acte à ce dernier de son engagement de contribuer à l'entretien de sa famille à hauteur de 2'000 fr. par mois.

S'agissant de la contribution à l'entretien de la famille, l'arrêt rendu par la Cour de justice le 5 décembre 2008 avait confirmé le montant retenu par le premier juge et est devenu définitif. Partant, il continue de régir les rapports financiers entre les parties. Cet arrêt avait retenu, sous l'angle de la vraisemblance, que Madame D_____ supportait une charge mensuelle de 900 fr. à titre de frais de garde par un tiers.

c. Le 5 octobre 2007, Madame D_____ a saisi le Tribunal d'une demande unilatérale en divorce.

Monsieur D_____ s'étant déclarée d'accord, dans sa réponse, avec le principe du divorce, la procédure est devenue une requête commune avec accord partiel.

Les questions financières sont demeurées litigieuses. Madame D_____ a renoncé à toute contribution d'entretien pour elle-même, tout en sollicitant que celle de chacun des enfants soit fixée à 1'000 fr. par mois. Monsieur D_____ a conclu au versement des sommes suivantes en faveur de chacun des enfants : 450 fr. par mois jusqu'à l'âge de 6 ans, 650 fr. de 7 ans à 12 ans et 850 fr. de 13 ans à 18 ans, voire au-delà en cas d'études sérieuses et suivies.

d. Le 10 février 2009, le SPMI a rendu un rapport d'évaluation, dont il ressort qu'il est conforme à l'intérêt de A_____ et B_____ d'attribuer leur garde et l'autorité parentale à la mère et de réserver un large droit de visite au père devant s'exercer, à défaut d'entente entre les parties, à raison d'un week-end sur deux, du vendredi 18h00 au dimanche 19h30, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires. A cet égard, le SPMI a encore relevé que les modalités du droit de visite, contestées lors de la procédure sur mesures protectrices de l'union conjugale, faisaient dorénavant l'objet d'un accord entre les parents, l'arrangement conclu Madame D_____ et son employeur lui permettant de disposer d'un week-end de congé sur deux.

e. La situation financière des parties peut être résumée de la manière suivante :

e.a. Monsieur D_____ travaille à plein temps en qualité de mécanicien sur automobile auprès du garage T_____. Son salaire mensuel net, non contesté, s'élève actuellement à 5'391 fr. 75, 13^{ème} salaire compris.

Ses charges incompressibles retenues par le Tribunal et non contestées par Madame D_____ comprennent le loyer (1'122 fr., charges comprises), l'assurance- maladie de base (346 fr. 70), les impôts cantonaux (470 fr.), l'impôts fédéral (12 fr. 30) et l'entretien de base pour une personne vivant seule (1'100 fr.).

En appel, Monsieur D_____ fait valoir, pièces à l'appui, les modifications suivantes : son loyer est dorénavant de 1'162 fr., selon un bulletin de versement datant d'août 2009, et ses charges de chauffage et d'eau se sont élevées, selon son décompte pour l'année 2006/2007, à 1'398 fr. 75, correspondant à 116 fr. par mois; son assurance-maladie de base s'élève trimestriellement à 950 fr. 10, soit 316 fr. 70 par mois; ses acomptes provisionnels ICC 2009 sont de 335 fr. (402 fr. x 10 mois : 12) et l'impôt IFD représente un montant mensuel de 14 fr. 30. Il allègue encore qu'un montant de 1'200 fr. correspondant à la pension qu'il verserait à ses enfants doit être ajouté à ses charges, ainsi que le coût des transports publics (70 fr.), et les remboursements mensuels de 200 fr. - se décomposant en douze échéances de 50 fr. et seize échéances de 150 fr. - qu'il doit à l'assistance juridique.

e.b. Depuis le 1^{er} février 2007, Madame D_____ a repris une activité professionnelle à temps partiel, d'une part, en qualité de serveuse dans le restaurant V_____ et, d'autre part, en effectuant des nettoyages le samedi de 10h00 à 12h00 pour la F_____. Depuis le 1^{er} novembre 2008, elle ne travaille qu'un week-end sur deux dans le restaurant. En revanche, ses horaires de travail durant la semaine ne sont pas connus. Elle allègue également s'être organisée pour confier, un samedi sur deux, les ménages auprès de la F_____ à la personne qui garde habituellement les enfants.

A teneur de sa fiche de salaire la plus récente, le revenu mensuel net de Madame D_____ s'élève dorénavant à 1'487 fr. 80, 13^{ème} salaire compris. A cela s'ajoutent 200 fr. de pourboires, montant non contesté en appel par Madame D_____. En outre, selon les attestations de salaire de la F_____ d'octobre et novembre 2008, son revenu en rapport avec les travaux de ménage s'élève à 375 fr. 70 net par mois. Enfin, Madame D_____ perçoit les allocations familiales pour les enfants, soit 400 fr. au total.

Monsieur D_____ conteste que Madame D_____ n'exerce son activité pour la F_____ qu'à raison d'un week-end sur deux. Il soutient tenir de la bouche de

Madame D_____ et des enfants que ceux-ci l'accompagneraient pour effectuer ses heures de ménage lorsqu'elle en a la garde.

Madame D_____ supporte les charges - non contestées en appel - suivantes : loyer (1'245 fr.), primes d'assurance-maladie pour elle-même (347 fr.) et celles des enfants (196 fr.), frais de transport (70 fr.), entretien de base pour elle-même (1'250 fr.) et celui des enfants (700 fr.). Elle allègue en outre supporter les charges - entièrement contestées - suivantes : frais de garde (900 fr.), frais de cuisine scolaire (175 fr.), frais parascolaires (75 fr.), contribution à l'assistance juridique (50 fr.) et impôts (200 fr. selon estimation).

Concernant les frais de garde des enfants, Madame D_____ fait valoir que ce poste est indispensable durant les heures où elle travaille. Elle s'est, toutefois, limitée à indiquer que la personne gardant les enfants la remplaçait un samedi sur deux pour les heures de ménage à la F_____ et venait tous les soirs où elle travaille de 18h00 à 23h30 maximum, sans indiquer quels étaient les soirs en question, ni quels étaient ses horaires de travail exacts. Elle n'a pas non plus produit la moindre pièce démontrant la réalité des frais de garde allégués.

Monsieur D_____ relève que Madame D_____ n'a jamais indiqué de quelle manière elle avait organisé ses horaires de travail afin d'être libérée un week-end sur deux. Il souligne également que le taux d'occupation de cette dernière ne ressort pas de ses fiches de salaire. Il conteste la nécessité de faire garder les enfants dans la mesure où il a proposé de s'en occuper durant les absences de Madame D_____, proposition qu'elle a déclinée sans raison. En outre, il considère qu'à la suite de la modification de ses horaires de travail Madame D_____ ne devrait plus travailler le soir. Ainsi, les enfants étant scolarisés, pris en charge à midi par les cuisines scolaires et en fin de journée par le parascolaire, Madame D_____ ne saurait justifier avoir besoin d'une tierce personne. Selon la pièce produite par Madame D_____, les frais de cuisine scolaire s'élèvent à 7 fr. 50 par enfant et par repas. Les frais parascolaire sont contestés au vu des pièces produites. En effet, celles-ci ne permettent pas de déterminer si les enfants continuent à suivre ces activités dans la mesure où elles se réfèrent à des "*mercredis de printemps 09 - du 4.03.09 au 17.06.09*".

D. L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

EN DROIT

1. L'appel a été formé dans le délai utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 296 et 300 LPC).

Comme le jugement dont est appel a été rendu en premier ressort (art. 387 LPC), la cognition de la Cour est complète (art. 291 LPC).

2. Sur le plan cantonal, l'art. 394 al. 2 et 3 LPC, qui précise et assure la mise en œuvre de l'art. 138 al. 1 CC, prescrit que les faits connus avant le jugement de première instance et les moyens de preuve y relatifs doivent être invoqués au plus tard dans le premier échange de mémoires en appel devant la Cour.

En l'espèce, les pièces nouvelles déposées par les parties ont été produites à l'appui de leurs écritures d'appel. Elles sont donc recevables.

3. **3.1.** Par exception à la règle générale de l'art. 312 LPC, selon laquelle la Cour ne peut statuer sur aucun chef de demande qui n'a pas été soumis aux premiers juges, les art. 138 al. 1 CC et 394 al. 3 LPC permettent aux plaideurs, en procédure de divorce, de présenter des conclusions nouvelles en appel, pour autant que celles-ci se fondent sur des faits nouveaux proprement dits, c'est-à-dire survenus après le prononcé du jugement attaqué. S'il s'agit de conclusions nouvelles concernant le sort des enfants, ni l'art. 138 al. 1 CC ni l'art. 312 LPC ne s'appliquent. En revanche, ces dispositions sont valables pour la demande reconventionnelle et les conclusions concernant l'entretien des époux et leur régime matrimonial (FF 1996 I 141-142; ATF 131 III 189, JdT 2005 I 324 consid. 2.7.2; ACJC/1073/2007 du 14 septembre 2007 consid. 1.3 et 5; ACJC/582/2007 du 11 mai 2007 consid. 1.1; ACJC/767/2006 du 23 juin 2006 consid. 5; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, 2009, no 7 ad art. 394 LPC). Ainsi, une conclusion nouvelle est irrecevable en appel lorsque la situation de fait reste inchangée (ATF précité consid. 2.7.2). Par ailleurs, la contribution d'entretien visée par l'art. 125 CC est soumise à la maxime des débats (ATF 128 III 411 consid. 3.2.2).

3.2. Devant le Tribunal, l'appelante a renoncé à toute contribution d'entretien.

Elle en prend pour la première fois en appel, sans prétendre que sa situation - ou celle de l'intimé - aurait changé depuis le prononcé du jugement de première instance. En effet, elle invoque, à l'appui de cette nouvelle conclusion, avoir renoncé, en première instance, à réclamer une contribution d'entretien pour elle-même afin de ne pas envenimer la procédure et s'être résolue à en demander une devant la Cour, dans la mesure où le jugement querellé a retenu que les montants réclamés aux titres de contributions des enfants n'étaient pas justifiés par leurs besoins.

Par ailleurs, la modification des horaires de travail de l'appelante date du mois de novembre 2008 et prévalait d'ores et déjà lors de l'examen de sa situation par la Cour de céans dans le cadre de la procédure en mesures protectrices de l'union conjugale. Force est ainsi de constater que la situation actuelle de l'appelante était déjà celle qui existait avant le prononcé du jugement entrepris.

Par conséquent, vu l'absence d'un état de fait nouveau, la conclusion nouvelle de l'appelante tendant à l'attribution en sa faveur d'une contribution d'entretien fondée sur l'article 125 CC est irrecevable.

4. Le présent appel concerne donc uniquement la contribution d'entretien des enfants (ch. 4 du dispositif querellé). L'entrée en force du jugement peut être constatée pour tous les autres points que le Tribunal a tranchés (art. 148 al. 1 CC).
5. Selon l'art. 280 al. 2 CC, le juge a le devoir d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, même si ce sont les parties qui, en premier lieu, lui soumettent les faits déterminants et les offres de preuve; il peut instruire selon son appréciation. L'obligation du juge d'établir d'office les faits n'est cependant pas sans limite. Même dans ce contexte, les parties ne sont pas dispensées de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; il leur incombe ainsi de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 = JdT 2003 I 66).

5.1. A teneur de l'art. 276 al. 2 CC, l'entretien de l'enfant 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. L'obligation d'entretien est ainsi un devoir commun des parents envers leurs enfants, qu'ils doivent exercer dans la mesure fixée par l'art. 285 CC. Aux termes de 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; il est tenu compte de la fortune et des revenus du mineur, 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.

S'agissant de la participation du parent non gardien d'un enfant à la prise en charge du coût de l'entretien de celui-ci, il est généralement admis que cette dernière doit se faire entre les parents proportionnellement à leurs ressources, le parent gardien assumant sa part en nature, alors que l'autre parent l'assume sous la forme financière (PICHONNAZ, Contribution à l'entretien des enfants et nouvelles structures familiales, in enfance et divorce 2006, p. 12 s).

5.2. L'appelante contribue à l'entretien de ses deux enfants âgés respectivement de 7 et 6 ans par les soins qu'elle leur prodigue quotidiennement et le logement qu'elle leur fournit. Par ailleurs, elle met d'ores et déjà suffisamment à profit sa

capacité de travail en occupant un emploi à temps partiel dans la restauration et les nettoyages. En effet, on ne peut en principe pas imposer au parent qui a la garde des enfants de prendre une activité à temps partiel avant la dixième année du plus jeune enfant; quant à une activité à plein temps, elle n'est envisageable qu'à partir de la seizième année du cadet des enfants (TF 5P.103/2004 du 7 juillet 2004; consid. 5.5; TF 5C. 49/2001 du 28 août 2001, consid. 4b; ATF 115 II 6 consid. 3c). Ainsi, l'appelante, qui doit assurer l'éducation de A_____ et B_____, ne bénéficie que de revenus modestes de l'ordre de 2'000 fr. (1'487 fr. 80 + 200 fr. + 375 fr.). Dès lors, la part prépondérante de l'entretien des enfants doit être assumée par l'intimé.

5.3. Il convient ainsi de déterminer la capacité contributive de l'intimé, ainsi que les besoins des enfants.

5.3.1. L'intimé perçoit un salaire mensuel net de 5'391 fr. 75, 13^{ème} salaire compris.

Ses charges incompressibles arrondies s'élèvent à 3'334 fr. (assurance maladie (316 fr. 70), transport (70 fr.), impôt ICC (335 fr.) et IFD (14 fr. 30), entretien de base augmenté de 20% (1'320 fr.; ATF np 5C.107/2005 du 13 avril 2006), loyer (1'162 fr.) et charges de logement (116 fr.). Le montant de 200 fr. que l'intimé dit verser en remboursement de l'assistance juridique doit être écarté dans la mesure où ce versement est compris dans l'entretien de base du droit des poursuites (ACJC/933/2009 du 3 septembre 2009; ACJC/543/2009 du 24 avril 2009; ACJC/332/2009 du 20 mars 2009); en outre, le remboursement des dettes cède le pas aux obligations d'entretien (SJ 2007 II 3, p. 89).

L'intimé bénéficie dès lors d'un solde disponible arrondi de 2'058 fr.

5.3.2. Les charges effectives de A_____ et B_____ s'élèvent à 493 fr. par enfant (assurance-maladie (98 fr. chacun), transport (45 fr. chacun), entretien de base (350 fr. chacun).

En ce qui concerne les frais de garde, l'appelante n'a produit aucune pièce à ce sujet et la véracité de ses allégations n'a dès lors pas été démontrée. En effet, les horaires de travail de l'appelante restent inconnus, de sorte qu'il n'est pas possible de déterminer quelles sont les besoins de prise en charge des enfants par une tierce personne. L'identité de la personne s'occupant des enfants n'est également pas connue et il en va de même du coût horaire auquel elle serait payée, alors qu'il s'agit d'un poste important du budget. Par ailleurs, la réalité des allégations de l'appelante concernant son remplacement auprès de la F_____, un samedi sur deux, n'a pas été prouvée.

Les considérations qui précèdent sont aussi valables pour les frais de cuisine scolaires dans la mesure où seul le coût des repas a été établi. En revanche, les jours de la semaine où les enfants doivent s'y rendre ne peuvent être déterminés en l'absence d'informations quant aux horaires de travail de l'appelante.

Force est ainsi de constater que la Cour ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer en l'état.

Le premier juge a retenu les charges alléguées par l'appelante, en particulier le montant des frais de garde, en se fondant sur l'arrêt rendu par la Cour en matière de mesures protectrices de l'union conjugale et statuant uniquement sous l'angle de la vraisemblance. Une telle manière de procéder ne respecte ni le devoir d'instruire d'office incombant au juge, ni le degré de preuve requis au stade du jugement de divorce ni les règles applicables en matière de fixation de contribution d'entretien en faveur de mineurs. Constatant que les pièces fournies par l'appelante étaient lacunaires (en particulier en ce qui concernait les horaires de travail et les modalités de prise en charge des enfants par une tierce personne), le Tribunal avait le devoir de compléter le dossier en interrogeant les parties de manière plus détaillée, soit en ordonnant l'apport de pièces complémentaires, soit en procédant à d'autres probatoires (enquêtes par témoins).

5.4. Ce qui précède conduit à l'annulation des chiffres 4, 9, 10 et 11 du dispositif du jugement attaqué et au renvoi de la cause au premier juge pour complément d'instruction et nouvelle décision.

- 6.** Dès lors qu'aucune des parties n'obtient gain de cause ni ne succombe définitivement, il se justifie en équité, indépendamment de leur qualité, de compenser les dépens d'appel (art. 176 al. 3 LPC), ceux de première instance étant réservés.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par Madame D_____ contre le jugement JTPI/6958/2009 rendu le 3 juin 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24619/2008-16.

Préalablement :

Constate l'entrée en force des chiffres 1 à 3, 5 à 7 et 8 du dispositif dudit jugement.

Au fond :

Annule les chiffres 4, 9, 10 et 11 du dispositif dudit jugement.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision.

Confirme le jugement pour le surplus.

Compense les dépens d'appel et réserve le sort de ceux de première instance.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Madame Renate PFISTER-LIECHTI et Monsieur Jean RUFFIEUX, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

François CHAIX

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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.