

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/25349/2012

ACJC/1078/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 30 AOÛT 2013

Entre

A_____, domiciliée _____ (GE), appelante d'une ordonnance rendue par la 12^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 avril 2013, comparant par Me Gustavo Da Silva, avocat, rue Ferdinand-Hodler 7, 1207 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, domicilié _____ (GE), intimé, comparant par Me Dominique Bavarel, avocat, boulevard Saint-Georges 72, 1205 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 4 septembre 2013.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance du 25 avril 2013 (OTPI/646/2013), expédiée pour notification aux parties le même jour, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles de divorce, a condamné B_____ à verser à A_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, la somme de 2'800 fr. dès le 1^{er} octobre 2012 au titre de contribution à l'entretien de la famille, ce sous imputation de toutes sommes versées à ce titre postérieurement à cette date (ch. 1 du dispositif), a réservé le sort des frais judiciaires avec la décision finale (ch. 2), a dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 3) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

En substance, le premier juge a retenu que A_____ était à même de réaliser un salaire de 3'500 fr. par mois.

Pour fixer la contribution à l'entretien de la famille, le Tribunal s'est fondé sur la méthode dite du minimum vital, avec partage par deux tiers de l'excédent en faveur de l'épouse.

- B. a.** Par acte expédié le 6 mai 2013 au greffe de la Cour de justice, A_____ forme appel de cette ordonnance, dont elle sollicite l'annulation du ch. 1. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, préalablement, à ce que la Cour ordonne à son époux de produire le contrat de sous-location le liant à C_____, et, principalement, à ce que B_____ soit condamné à lui verser, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, la somme de 3'500 fr. dès le 1^{er} janvier 2012, sous déduction des montants déjà versés à ce titre.

Elle reproche au premier juge d'avoir établi les faits de manière inexacte et d'avoir en conséquence violé le droit.

A_____ fait valoir que son époux sous-loue son appartement et qu'il est hébergé par sa compagne, de sorte qu'il ne règle aucun loyer. Seule la moitié du montant de base OP d'un couple doit par ailleurs être retenue à sa charge.

Elle indique pour le surplus être considérablement atteinte dans sa capacité de travail, en raison de problèmes psychiques et cardiaques, et ne réaliser aucun profit de l'exploitation de son salon d'esthéticienne. Seul un revenu hypothétique à temps partiel pourrait dès lors lui être imputé.

A_____ produit des pièces nouvelles.

- b.** Dans sa réponse du 27 mai 2013, B_____ conclut au déboutement de son épouse de toutes ses conclusions et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, avec suite de frais et dépens.

Il conteste percevoir des revenus de la sous-location de son logement; le montant du sous-loyer s'élève à 1'000 fr. mensuellement, alors que le loyer principal est de 1'660 fr. Il indique se rendre régulièrement dans son appartement, dans lequel se trouvent ses affaires personnelles et divers objets mobiliers.

B_____ explique vivre depuis peu avec sa compagne. La moitié du loyer de l'appartement de celle-ci, de 2'025 fr., doit ainsi être intégrée dans ses charges, en sus des 660 fr. correspondant au solde du loyer de son propre logement. Il indique régler 100 fr. par mois à l'administration fiscale genevoise pour rembourser des arriérés d'impôts.

Il conteste pour le surplus l'incapacité de travail alléguée par son épouse.

Il verse de nouvelles pièces à la procédure.

c. Les parties ont été informées le 29 mai 2013 de la mise en délibération de la cause.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure de première instance :

a. Les époux B_____, né le _____ 1968, originaire de La Chaux-de-Fonds (NE) et A_____, née _____ le _____ 1968, originaire de Courroux (JU), ont contracté mariage le _____ 1991 à Vernier (GE).

b. De cette union sont issus les enfants :

- D_____, né le _____ 1994 à _____ (GE), majeur;

- E_____, née le _____ 1998 à _____ (GE).

c. Les époux A_____ et B_____ se sont séparés le 26 août 2010.

d. Depuis cette date, les relations entre les époux sont réglées par le jugement du Tribunal de première instance rendu sur mesures protectrices de l'union conjugale le 27 avril 2011 (JTPI/6768/2011) respectivement par l'arrêt de la Cour de justice rendu le 21 octobre 2011 (ACJC/1340/2011), selon lesquels la jouissance exclusive du domicile conjugal sis _____ (GE) a été attribuée à l'épouse, la garde des enfants D_____ et E_____ a été attribuée à la mère et un droit de visite usuel réservé au père, B_____ ayant été condamné à verser à A_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, la somme de 2'400 fr. à titre de contribution à l'entretien de sa famille.

A l'appui de sa décision, la Cour a notamment retenu que les revenus de l'époux s'élevaient à 6'637 fr. par mois et ses charges à 4'202 fr.; quant à l'épouse, la Cour a constaté qu'elle percevait, à titre d'indemnité de perte de gain pour cause de maladie (incapacité totale de travail) la somme mensuelle de 3'500 fr. et retenu

que ses charges s'élevaient à 6'057 fr. dont 1'200 fr. pour la location d'une arcade qu'elle utilisait pour son activité professionnelle; la Cour a ensuite alloué l'intégralité du solde disponible de l'époux à l'entretien de sa famille tout en constatant que le déficit mensuel de l'épouse n'était pas couvert.

e. Le 30 novembre 2012, B_____ a saisi le Tribunal de première instance d'une demande en divorce unilatérale, accompagnée d'une requête de mesures provisionnelles, aux termes de laquelle il a conclu à ce que le Tribunal réduise la contribution due pour l'entretien de sa famille et lui donne acte de son engagement à verser 2'000 fr. à son épouse à ce titre, dès le dépôt de la demande en divorce.

Dans sa réponse sur mesures provisionnelles du 21 février 2013, A_____ a conclu au versement d'une contribution à l'entretien de sa famille de 4'000 fr. par mois, avec effet au 1^{er} janvier 2012, sous déduction des montants déjà versés.

f. Lors de l'audience de conciliation du 19 mars 2013, B_____ a proposé une contribution d'entretien de 2'750 fr. dès le 19 février 2013 ; A_____ a persisté dans ses conclusions sur mesures provisionnelles.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles.

g. La situation financière de la famille était la suivante devant le premier juge :

- Depuis 2009, B_____ travaillait comme assistant technique auprès de F_____. En 2012, ses revenus bruts s'étaient élevés à 96'245 fr. 95, soit 7'018 fr. nets mensualisés.

- Au titre de ses charges mensuelles incompressibles de 3'001 fr, ont été retenus le loyer de l'appartement de 660 fr. et du garage de 125 fr., ses frais de voiture de 200 fr., sa prime d'assurance-maladie de base de 304 fr., ses impôts de 512 fr. et le montant de base OP de 1'200 fr.

- A_____ était au bénéfice d'un CFC d'esthéticienne et de quelques formations complémentaires. Elle avait travaillé comme salariée jusqu'à la naissance des enfants; elle travaillait comme esthéticienne indépendante depuis 2003.

- A_____, disant souffrir d'un ulcère à l'estomac, de problèmes psychologiques et de problèmes cardiaques, s'était trouvée en incapacité de travail (totale du 5 novembre 2010 au 21 février 2011, partielle du 21 février 2011 au 26 mars 2011, totale du 26 mars 2011 au 20 juillet 2011 et partielle de 20 juillet 2011 à janvier 2013 (40%). Elle devrait subir une intervention chirurgicale du cœur, qu'elle refuse actuellement.

Elle a déclaré ne plus percevoir d'indemnités de perte de gain depuis juillet 2011 mais n'avoir entrepris aucune démarche auprès de l'assurance invalidité.

Elle a indiqué en outre avoir conservé l'arcade louée pour exercer sa profession; l'exploitation de ce commerce ne lui permettait pas de couvrir le loyer de 1'200 fr, par mois.

Ses charges incompressibles, ainsi que celles de E_____, de 3'885 fr., comprenaient le loyer de 1'674 fr., sa prime d'assurance-maladie LAMal, subsides déduits de 312 fr. 15, ses frais médicaux non couverts de 128 fr. 30, la prime d'assurance-maladie de E_____ de 6 fr. 05, ses frais de transport de 70 fr. ainsi que ceux de E_____ de 45 fr., et les montants de base OP de, respectivement, 1'350 fr. et 600 fr.

Les charges de D_____ ont été écartées, celui-ci étant majeur et percevant un salaire lui permettant, avec les allocations de formation professionnelle, de couvrir ses charges incompressibles.

- D.** Il ressort des pièces versées à la procédure d'appel que le loyer, charges comprises, de l'appartement de A_____ s'élève à 1'715 fr. par mois depuis le 1^{er} juin 2013.
- E.** Les moyens soulevés par les parties seront examinés ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

- 1. 1.1** La procédure sommaire est applicable aux procédures de mesures provisionnelles en matière de divorce (art. 248 let. d, 271 let. a, 276 al. 1 CPC). Le jugement sur mesures provisionnelles est susceptible d'un appel si l'affaire est non pécuniaire ou si, 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).

L'appelante a requis en première instance une contribution d'entretien de 4'000 fr. par mois et l'intimé a proposé de verser 2'750 fr., de sorte que la valeur litigieuse est largement supérieure à 10'000 fr. (1'250 fr. x 12 x 20 = 300'000 fr.).

L'appel a été interjeté dans le délai de dix jours (art. 271 par renvoi de l'art. 276, CPC, 142 al. 3 CPC, 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC), de sorte qu'il est recevable.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, 2010, p. 349 ss, n. 121). Dans la mesure des

conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC), la Cour établit les faits d'office (art. 272 CPC). Les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, compte tenu de la présence d'un enfant mineur (art. 296 CPC).

2. Requises après le 1er janvier 2011, les mesures provisoires sont régies par l'art. 276 CPC (art. 404 al. 1 CPC; TAPPY, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JdT 2010 III p. 11 ss, p. 14 et 19).

La procédure sur mesures provisoires étant de nature sommaire, le degré de preuve est limité à la vraisemblance (arrêt du Tribunal fédéral 5A_124/2008 du 10 avril 2008; ATF 127 III 474 consid. 2b/aa, SJ 2001 I p. 586; LEUENBERGER, Commentaire bâlois, 2006, n. 18 ad art. 137 aCC). Le juge statue sans instruction étendue sur la base des preuves immédiatement disponibles (arrêt du Tribunal fédéral 5P.388/2003 consid. 2.1 = FamPra.ch 2004 p. 409).

3. **3.1** La Cour examine, en principe, d'office la recevabilité des pièces produites en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 26 ad art. 317 CPC).

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves 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).

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; 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, publié aux ATF 138 III 625; 4A_310/2012 du 1^{er} 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 du Tribunal fédéral 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 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).

3.2 En l'espèce, les pièces nouvelles produites par les parties concernent leur situation financière qui a un impact sur leur fille mineure, de sorte qu'elles sont recevables.

- 4. 4.1** Aux termes de l'art. 276 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires. Les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie.

La procédure de mesures protectrices de l'union conjugale est une procédure sommaire au sens propre (art. 271 CPC; ATF 127 III474 consid. 2b/bb; arrêts du Tribunal fédéral 5A_340/2008 du 12 août 2008 consid. 3.1; 5A_344/2008 du 28 juillet 2008 consid. 2; HOHL, op. cit., n. 1900). Cette procédure n'est donc pas destinée à trancher des questions litigieuses délicates nécessitant une instruction approfondie (SJ 1988 p. 638). L'autorité saisie peut s'en tenir à la vraisemblance des faits allégués, solution qui est retenue en matière de mesures provisoires selon l'art. 137 al. 2 aCC, abrogé par le CPC mais à laquelle il est donc possible de se référer (arrêt du Tribunal fédéral 5A_124/2008 du 10 avril 2008; ATF 127 III 474 consid. 2b/b). Il incombe à chaque époux de communiquer tous les renseignements relatifs à sa situation personnelle et économique, accompagnés des justificatifs utiles, permettant ensuite d'arrêter la contribution en faveur de la famille (BRÄM/HASENBÖHLER, Commentaire zurichois, n. 8-10 ad art. 180 CC).

La cognition du juge 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 (HOHL, op. cit., n. 1901; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, 2009, p. 71; VOUILLOZ, Les procédures du droit de la famille, in Jusletter 11 octobre 2010, Rz 6; VETTERLI, op. cit., p. 787). Tous les moyens de preuve sont en principe admissibles (art. 254 al. 2 let. c CPC), étant précisé que ceux dont l'administration ne peut intervenir immédiatement ne doivent être ordonnés que dans des circonstances exceptionnelles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_444/2008 du 14 août 2008 consid. 2.2).

Pendant la litispendance de la procédure de divorce, les mesures ordonnées par le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale sont maintenues. Le tribunal du divorce est compétent pour prononcer leur modification ou leur révocation par des mesures provisionnelles (art. 276 al. 2 CPC). Cette disposition concrétise la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'empire de l'art. 137 al. 2 aCC, laquelle demeure applicable, prévoyant que les mesures protectrices de l'union conjugale prises avant l'ouverture de l'action en divorce restaient en

vigueur tant qu'elles n'avaient pas été modifiées par des mesures provisoires (ATF 129 III 60 consid. 2, SJ 2003 I p. 273).

Les mesures provisoires ne sont ainsi ordonnées que si elles sont nécessaires, ce qui n'est en principe pas le cas lorsque leur objet a déjà été réglé par le juge des mesures protectrices (SUTTER/FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, n. 11 et 12 ad art. 137 aZGB).

Ainsi, une nouvelle décision du juge des mesures provisoires d'un contenu différent est admissible si, depuis le prononcé des mesures protectrices, les circonstances de fait se sont modifiées de façon substantielle et durable ou que le juge a ignoré des éléments essentiels ou a mal apprécié les circonstances (arrêts du Tribunal fédéral 5A_183/2010 consid. 3.3.1 et 5A_667/2007 consid. 3.3; LEUENBERGER Praxiskommentar Scheidungsrecht, 2005, n. 8 et 16 ad art. 137 aZGB). Dans tous les cas, la requête en modification ne peut conduire qu'à une adaptation aux circonstances nouvelles, mais non à une nouvelle fixation des mesures (arrêts du Tribunal fédéral 5A_402/2010 consid. 4.2.2, in FamPra.ch 2010 p. 890 et 5A_205/2010 consid. 4.2.2, in FamPra.ch 2010 p. 894).

4.2 En l'espèce, la situation financière des parties s'est sensiblement modifiée depuis le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale, de sorte que le premier juge est à bon droit entré en matière sur la demande de mesures provisionnelles.

- 5.** Aux termes de l'art. 316 al. 1 CPC, l'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. Elle peut administrer des preuves (art. 316 al. 3 CPC).

Comme indiqué précédemment, la Cour statue sans instruction étendue sur la base des pièces immédiatement disponibles, le degré de preuve étant pour le surplus limité à la vraisemblance dans le cadre de mesures provisionnelles.

Ainsi, le dossier est en état d'être jugé, de sorte qu'il ne se justifie pas d'ordonner la production de pièces complémentaires.

L'appelante sera en conséquence déboutée de ses conclusions sur ce point.

- 6. 6.1** 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 sur mesures provisionnelles prononcées pour la durée de la procédure de divorce (ATF 137 III 385 consid. 3.1). Dès lors, lorsqu'il prononce les mesures provisionnelles, le juge fixe une contribution globale pour l'entretien de la famille, comprenant les besoins des enfants et du parent crédientier (arrêt du Tribunal fédéral 5P.253/2006 du 8 janvier 2007, consid. 3.4; CHAIX, Commentaire Romand, Code civil I, n. 6 ad art. 176 CC).

La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien (arrêt du Tribunal fédéral 5A_178/2008 du 23 avril 2008 consid. 3.2.; ATF 128 III 411 consid. 3.2.2 p. 414); sa fixation relève de l'appréciation du juge, qui applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; ATF 127 III 136 consid. 3a p. 141).

L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral est celle dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent. Elle consiste à évaluer d'abord les ressources des époux, puis à calculer leurs charges en se fondant sur le minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP), élargi des dépenses incompressibles et enfin à répartir le montant disponible restant à parts égales entre eux (arrêt du Tribunal fédéral 5P.428/2005 du 17 mars 2006 consid. 3.1), une répartition différente étant cependant possible lorsque l'un des époux doit subvenir aux besoins d'enfants mineurs communs (ATF 126 III 8 consid. 3c = SJ 2000 I 95) ou que des circonstances importantes justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 consid. 4b/bb = JdT 1996 I 197). Le minimum vital du débirentier doit en principe être préservé (ATF 135 III 66 consid. 10). Le train de vie mené jusqu'à la cessation de la vie commune constitue la limite supérieure du droit à l'entretien (ATF 121 I 97 consid. 3b).

Selon la jurisprudence actuelle, tant que l'union conjugale n'est pas dissoute, les époux conservent, même après leur séparation, un droit égal de préserver leur train de vie antérieur. Pareillement, si les frais supplémentaires engendrés par la création de deux ménages séparés rendent nécessaire une adaptation du train de vie antérieur des époux, ceux-ci peuvent tous deux prétendre à obtenir un standard de vie identique. Ainsi, lorsque le revenu total des deux conjoints dépasse leur minimum vital après couverture des charges déterminantes (ATF 114 II 493; JdT 1990 I 258), l'excédent doit en principe être réparti par moitié entre eux, sans que cette répartition n'anticipe sur la liquidation du régime matrimonial des conjoints (ATF 126 III 8 consid. 3c; 121 I 97; JdT 1997 I 46 ; SJ 1995 p.614). Le Tribunal fédéral a toutefois rappelé que la répartition du disponible entre les époux ne doit pas conduire à procéder à un pur calcul mathématique, mais que 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).

6.2 Pour déterminer les charges des époux, il convient de se référer aux directives élaborées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse pour le calcul du minimum vital selon l'art. 93 LP, lesquelles assurent une application uniforme du droit de la famille (arrêt du Tribunal fédéral in FamPra.ch 2003 909 consid. 3; PICHONNAZ/FOEX, Commentaire Romand, Code civil I, n. 9 ad. art. 176). A ce montant s'ajoutent les frais de logement, les cotisations de caisse maladie, les frais professionnels tels que frais de déplacement nécessaires pour se rendre au travail (arrêt du Tribunal fédéral 5P.238/2005 du 28 novembre 2005

consid. 4.2.2.), les frais supplémentaires de repas à l'extérieur, les frais de garde des enfants pendant le travail, les impôts lorsque les conditions financières des époux sont favorables (arrêt du Tribunal fédéral 5C.282/2002 du 27 mars 2003 consid. 2; FamPra 2003 p. 678; ATF 127 III 68; 126 III 353 = JdT 2002 I 62; 127 III 68 consid. 2b = JdT 2001 I 562; 127 III 289 consid 2a/bb = JdT 2002 I 236).

6.3 Si des enfants ou des tiers vivent dans le foyer du débirentier, leur part au coût du logement est déduite (arrêt du Tribunal fédéral 5C.277/2001 consid. 3.2; BASTONS BULLETTI, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II p. 85). Cette participation est en règle générale de la moitié, mais peut parfois être fixée à 1/3 ou 2/3 si l'adulte vivant avec lui ou lui-même logent des enfants (arrêt du Tribunal fédéral 5P.238/2005 consid. 4.1).

Selon l'art. 8 al. 2 de la loi sur les allocations familiales (J.5.10), révisée au 1^{er} janvier 2012, celles-ci s'élèvent à 300 fr. par mois pour l'enfant jusqu'à 16 ans et à 400 fr. par mois pour l'enfant de 16 à 20 ans. Les allocations familiales doivent être retranchées du coût de l'enfant (arrêt du Tribunal fédéral 5C.127/2003 du 15 octobre 2003 consid. 4.1.2).

Les dettes cèdent en principe le pas aux obligations d'entretien (arrêt du Tribunal fédéral 5C.77/2001 du 6 septembre 2001 consid. 2d; BASTONS BULLETTI, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in JdT 2007 II 77 ss, 89).

6.4 Lorsqu'il s'agit de fixer la contribution à l'entretien durant les mesures protectrices de l'union conjugale ou les mesures provisoires de l'art. 137 aCC, le Tribunal fédéral a jugé qu'il convient de prendre en considération que le conjoint vit en communauté avec une autre personne et que, dans ces circonstances, il n'est pas arbitraire de considérer que son compagnon pourrait participer pour moitié aux frais communs, même si sa participation effective est moindre. A cet égard, la durée du concubinage n'est pas déterminante; sont au contraire pertinents les avantages économiques retirés de la relation. Il importe, autrement dit, que les intéressés forment une communauté de toit et de table ayant pour but de partager les frais et les dépenses (arrêts du Tribunal fédéral 5A_625/2007 du 26 mars 2008 consid. 2.3; 5P.463/2003 du 20 février 2004 consid. 3.2; 5P.90/2002 du 1er juillet 2002 consid. 2b/aa, publié in : FamPra 2002 p. 813).

6.5 Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, lors de la fixation de la contribution à l'entretien, le juge doit en principe tenir compte des revenus effectifs. Il peut toutefois imputer à un époux un revenu hypothétique supérieur à celui obtenu effectivement. Pour ce faire, il doit examiner successivement les deux conditions suivantes : tout d'abord, il doit décider si l'on peut raisonnablement exiger de cette 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. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, il doit examiner si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit-là d'une question de fait (ATF 128 III 4 consid. 4c/bb; 126 III 10 consid. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (ATF 137 III 118 consid. 3.2; arrêt 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1 non publié aux ATF 137 III 604; arrêt du Tribunal fédéral 5A_894/2010 du 15 avril 2011 consid. 3.1) (arrêt du Tribunal fédéral consid. 5A_860/2011 du 11 juin 2012 consid. 4.1).

L'un des époux ne saurait renoncer à des prestations sociales, telles que les rentes d'assurance-invalidité, auxquelles il a droit; celles-ci doivent en effet être prises en compte dans son revenu (GLOOR/SPYCHER, op. cit., n. 7 ad art. 125 CC; arrêt 5C.278/2002 du 28 janvier 2003 consid. 3.1, résumé in FamPra.ch 2003 p. 433). Cela étant, toute incapacité de travail, même médicalement attestée, ne donne pas encore droit à une rente d'assurance-invalidité; le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'il n'était pas arbitraire d'admettre, sur la base de certificats médicaux, l'incapacité d'un conjoint de trouver un emploi pour des raisons de santé, même si les conditions d'obtention d'une rente d'invalidité faisaient défaut (arrêt 5P.423/2005 du 27 février 2006 consid. 2.2). Pour que l'on puisse tenir compte d'une telle rente sous l'angle d'un revenu hypothétique, il faut que le droit à l'obtenir soit établi, ou, à tout le moins, hautement vraisemblable (arrêt du Tribunal fédéral 5A_51/2007 du 24 octobre 2007 consid. 4.3.2).

Selon le contrat-type de travail des esthéticiennes (CTT-Esthé - J 1 50.16), le salaire minimum obligatoire brut est de 3'466 fr. pour une durée de travail hebdomadaire de 40 heures (art. 6 CTT-Esthé).

6.6 Dans le cas d'espèce, le premier juge a appliqué la méthode dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent, laquelle n'est pas remise en cause par les parties.

L'appelante se plaint en revanche de ce que les revenus et charges des parties ont été mal établis.

Il reste donc à déterminer les revenus et charges des parties.

S'agissant des revenus, l'appelante reproche au premier juge de lui avoir imputé une capacité de gain à plein temps. Elle soutient être atteinte dans sa capacité de travail, de sorte que seul un revenu à mi-temps doit être pris en compte.

La Cour retient que l'appelante a certes été en incapacité de travail, totale ou partielle, de novembre 2010 à janvier 2013. Toutefois, cette incapacité a pris fin à cette dernière date. L'appelante est depuis lors à nouveau capable d'exercer une activité. Elle n'a produit aucune pièce justifiant d'un quelconque empêchement depuis février 2013.

A l'instar du premier juge, la Cour relève que l'appelante ne peut pas continuer à travailler en qualité d'indépendante, avec les charges liées à cette activité, alors que l'appelante a elle-même reconnu que l'exercice de cette profession n'était pas rentable. Il lui appartient dès lors de résilier le bail de son arcade et de travailler comme employée.

L'appelante est au bénéfice d'un certificat de capacité d'esthéticienne et de formations complémentaires. Jusqu'à la naissance de son premier enfant en 1994, elle avait travaillé comme salariée, puis, comme indépendante, depuis 2003. Elle dispose donc d'une solide expérience dans ce domaine. Elle est âgée de 45 ans et est capable de travailler à 100%.

Toutefois, le dernier emploi qu'occupait l'appelante comme salariée date de 1994, soit de près de 20 ans. Par ailleurs, elle doit consacrer du temps à sa fille adolescente. L'appelante devra également subir, à une date qui n'est pas encore arrêtée, une opération chirurgicale au cœur, dont les conséquences ne sont également pas connues, en particulier la durée de l'incapacité de travail en découlant et du temps de rétablissement post-opératoire de l'appelante. Celle-ci ne peut dès lors pas trouver un emploi à plein temps, à tout le moins dans un proche avenir.

Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, la Cour retiendra que l'appelante est à même de réaliser un salaire mensuel net de 1'525 fr. (3'466 fr. - 12% de charges / 2), correspondant à une activité à 50% en tant qu'esthéticienne.

Au titre de ses charges et de celles de E _____ seront pris en compte le loyer de l'appartement de 1'339 fr. 20 (1'674 fr. x 80%, soit 60% pour l'appelante et 20% pour l'enfant, le solde de 20% devant être mis à la charge de D _____), les primes d'assurance-maladie, subsides déduits, de 312 fr. 15 et 6 fr. 05, les frais médicaux non couverts de 128 fr. 30, les frais de transport de 70 fr. et 45 fr., ainsi que les minima vitaux de respectivement 1'350 fr. et 600 fr., sous déduction de 300 fr. d'allocations familiales, soit un total de 3'550 fr. 70.

La charge fiscale alléguée sera écartée, aucune pièce justifiant du paiement d'impôts n'ayant été produite.

Concernant l'intimé, il n'est pas contesté que son revenu net mensualisé s'élève à 7'018 fr.

Ses charges incompressibles mensuelles de 3'001 fr., comprennent le solde du loyer de l'appartement qu'il sous-loue, de 660 fr., le loyer du garage de 125 fr., ses frais de déplacement de 200 fr., sa prime d'assurance-maladie de base de 304 fr., ses impôts de 512 fr. et son minimum vital de 1'200 fr.

En ce qui concerne le logement dont l'intimé est locataire, il ressort en effet des pièces versées à la procédure que le sous-locataire lui verse 1'000 fr. par mois depuis le 1^{er} octobre 2012, alors que le loyer principal, charges comprises, s'élève à 1'600 fr.

Il ne sera pas tenu compte de la situation de concubinage alléguée, dès lors que l'intimé admet lui-même ne vivre depuis que peu de temps avec sa compagne, de sorte qu'il ne forme actuellement pas une communauté de toit et de table. En ce qui concerne le prétendu remboursement de sa dette fiscale, cette charge sera écartée, car elle cède le pas aux obligations d'entretien et l'intimé n'a pour le surplus pas démontré s'acquitter de celle-ci.

Il convient en conséquence de déterminer la quotité de la contribution d'entretien due à l'intimée en appliquant la méthode du minimum vital élargi avec répartition de l'excédent.

Le calcul se présente comme suit :

Total des revenus des époux : 1'525 fr. + 7'018 fr. = 8'543 fr.

Total des charges incompressibles : 3'550 fr. 70 + 3'001 fr. = 6'551 fr. 70

Solde disponible : 1'991 fr. (arrondi)

Répartition du solde : 1'991 fr. : 3 = 664 fr.

Détermination de la contribution :

Minimum vital du créancier plus 2/3 du solde : 3'550 fr. 70 + 1'328 fr. = 4'878 fr. 70

Total obtenu moins revenus du créancier : 4'878 fr. 70 – 1'525 fr. = 3'354 fr. arrondi à 3'350 fr.

L'ordonnance querellée sera en conséquence annulée et l'intimé sera condamné à verser à l'intimée, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, la somme de 3'350 fr. à titre de contribution à l'entretien de la famille, sous imputation de toutes les sommes versées à ce titre.

6.7 Lors du prononcé de mesures provisionnelles modifiant des mesures protectrices de l'union conjugale précédemment prononcées, l'effet rétroactif de ces mesures ne comprend pas la période précédant l'ouverture de l'action en divorce, de telles mesures n'étant pas nécessaires puisque le juge des mesures protectrices a déjà statué (CHAIX, Commentaire Romand, Code civil I, n. 3 ad art. 172 CC).

6.8 En l'espèce, l'appelante sollicite que le dies a quo de la contribution d'entretien soit fixé au 1^{er} janvier 2012. Il n'est pas contesté que l'intimé a toujours payé la contribution d'entretien fixée lors de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale à 2'400 fr. mensuellement. Le premier juge a arrêté la contribution critiquée à compter du 1^{er} octobre 2012, date de la sous-location par l'intimé de son logement, que la Cour retiendra également.

Ainsi, pour la période du 1^{er} octobre 2012 au 31 août 2013, la contribution d'entretien représente 39'050 fr.; l'intimé a payé à l'appelante 26'400 fr. (2'400 fr. x 11 mois) pendant cette même période. L'intimé sera ainsi condamné à verser à l'appelante 12'650 fr.

6.9 Toutefois, l'ordonnance entreprise sera donc modifiée.

- 7.** Les frais (frais judiciaires et dépens) sont mis à la charge de la partie succombant (art. 95 et 106 1^{ère} phrase CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Le Tribunal peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 ch. c CPC).

En l'espèce, les frais judiciaires de la décision seront fixés à 1'000 fr. (art. 28, 31 et 37 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile, RTFMC - E 1 05.10). Vu l'issue du litige et la qualité des parties, ils seront mis à charge des parties pour moitié chacune. Les parties bénéficiant de l'assistance juridique, les frais restent provisoirement à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b, 123 CPC et 19 RAJ).

Chaque partie gardera pour le surplus à sa charge ses dépens.

- 8.** S'agissant de mesures provisionnelles, la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral est ouverte (art. 72 al. 1 LTF). Dans le cas d'un recours formé

contre une décision portant sur des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/646/2013 rendue le 25 avril 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/25349/2012-12.

Au fond :

Annule le ch. 1 du dispositif de cette ordonnance.

Confirme l'ordonnance pour le surplus.

Cela fait et statuant à nouveau :

Condamne B_____ à verser à A_____ 12'650 fr. à titre de contribution d'entretien pour la période du 1^{er} octobre 2012 au 30 août 2013.

Condamne B_____ à verser, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, à A_____, la somme de 3'350 fr. dès le 1^{er} septembre 2013 à titre de contribution à l'entretien de la famille.

Sur les frais d'appel :

Arrête les frais judiciaires à 1'000 fr. et les met à charge de A_____ et B_____ pour moitié chacun.

Laisse provisoirement les frais de A_____ et de B_____ à la charge de l'Etat.

Dit que chacune des parties garde à sa charge ses dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Monsieur Pierre CURTIN et Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

La présidente :

La greffière :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

Barbara SPECKER

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 : a priori supérieure à 30'000 fr. cf. consid. 1.1.