

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/8200/2013

ACJC/1366/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 22 NOVEMBRE 2013

Entre

A_____, domiciliée _____ (GE), appelante d'une ordonnance rendue par la 9^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 30 juillet 2013, comparant par Me David Metzger, avocat, boulevard Saint-Georges 72, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____, domicilié _____, Genève, intimé, comparant par Me Manuel Bolivar, avocat, rue des Pâquis 35, 1201 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 25.11.2013.

EN FAIT

A. B_____, né le _____ 1969, et A_____, née le _____ 1973, tous deux de nationalité _____, se sont mariés le _____ 1993 à _____.

C_____, né le _____ 1993, aujourd'hui majeur, et D_____, née le 2004, sont issus de cette union.

B. Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 8 décembre 2011, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a autorisé les parties à vivre séparément (ch. 1), a attribué à A_____ la jouissance exclusive du logement de la famille (ch. 2), ainsi que la garde sur les enfants (ch. 3), avec un droit de visite du père (ch. 4), a condamné B_____ à payer à A_____ la somme de 600 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de la famille (ch. 5) et a prononcé la séparation de biens (ch. 6).

A l'époque de ce jugement, B_____ était sorti du chômage et percevait environ 3'000 fr. nets par mois à la suite de son engagement le 1^{er} mai 2011 par E_____ comme aide cuisinier à 50%, respectivement le 1^{er} septembre 2011 par F_____ comme nettoyeur, à 25%. Ses charges mensuelles totalisaient 2'050 fr. (base mensuelle : 1'200 fr.; loyer : 500 fr.; assurance maladie après déduction du subside : 280 fr. et transports : 70 fr.). Son disponible mensuel représentait 950 fr.

A_____ était engagée par G_____ comme nettoyeuse à 40% et percevait un revenu mensuel net moyen de 1'800 fr. Elle était en outre assistée par l'Hospice général. Les allocations familiales pour les enfants totalisaient 450 fr. par mois. Ses charges, comprenant celles des deux enfants, se montaient à 3'965 fr. par mois (bases mensuelles : 1'350 fr. + 600 fr. + 400 fr.; loyer, après déduction du subside : 1'159 fr.; assurances maladie après déduction des subsides : 296 fr. et transports : 160 fr.). Son déficit mensuel représentait 1'715 fr. (3'965 fr. de charges - 1'800 fr. de revenu - 450 fr. d'allocations). La contribution d'entretien a été arrêtée à 600 fr. par mois.

B_____ a payé cette contribution d'entretien jusqu'en avril 2012. A partir du 1^{er} novembre 2012, cette contribution a été versée en totalité par le Service cantonal d'avance et recouvrement des pensions alimentaires (ci-après : SCARPA).

C. Par acte expédié le 16 avril 2013, reçu le lendemain par le Tribunal, B_____ a formé une demande en divorce, assortie de mesures provisionnelles.

Sur mesures provisionnelles, B_____ a conclu qu'il lui soit donné acte de son engagement de verser à A_____, par mois et d'avance, allocations familiales non

comprises, la somme de 50 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de la famille.

Il a exposé avoir subi une nouvelle période de chômage, être arrivé en fin de droits le _____ 2013 et être assisté par l'Hospice général. Il a sollicité l'audition des collaborateurs en charge de son dossier auprès de l'Office cantonal de l'emploi. Il a ajouté que son fils majeur ne semblait pas poursuivre de formation professionnelle.

Lors de sa comparution personnelle du 19 juin 2013, B_____, assisté d'un interprète, a confirmé être en bonne santé, avoir travaillé dans son pays d'origine comme mécanicien non diplômé sur automobiles et sur machines, ce qui rendait vaines ses recherches d'emploi dans ce domaine en Suisse. Dans le cadre des mesures d'aide aux chômeurs, il travaillait comme nettoyeur pour un salaire de 590 fr. par mois, correspondant à dix heures par semaine. Il a déclaré avoir demandé à son employeur de pouvoir augmenter son temps de travail, ce qui lui a été refusé. Il a précisé n'avoir jamais été suspendu dans son droit aux indemnités de chômage et a remis ses décomptes des mois d'octobre 2012 à février 2013.

Les charges de B_____ sont demeurées inchangées, hormis l'assurance maladie portée à 374 fr. 40, sans précision du montant du subside alloué.

A_____ a conclu au rejet des mesures provisionnelles. Elle ne pouvait pas se déterminer sur les efforts déployés par son mari pour trouver un travail et considérait qu'il était en mesure de réaliser un salaire équivalent à celui retenu sur mesures protectrices.

En 2012, elle a perçu un revenu annuel net de 19'403 fr., soit 1'617 fr. par mois. Ses charges mensuelles et celles de sa fille cadette demeuraient inchangées. C_____, devenu majeur, était assisté par l'Hospice général et ses charges avaient augmenté. Il avait effectué deux stages d'orientation professionnelle, dans les professions de gestionnaire dans le commerce de détail (du _____ 2012) et d'installateur électricien (_____ 2012).

- D.** Par ordonnance sur mesures provisionnelles du 30 juillet 2013, reçue le 7 août 2013 par A_____, le Tribunal a modifié le chiffre 5 du dispositif du jugement rendu sur mesures protectrices le 8 décembre 2011 (ch. 1 du dispositif) et réduit la contribution à l'entretien de la famille à 50 fr. par mois avec effet au 17 avril 2013 (ch. 2), condamné en conséquence B_____ à payer à A_____ la somme de 50 fr. à titre de contribution à l'entretien de la famille, allocations familiales non comprises, par mois et d'avance, à compter du 17 avril 2013 (ch. 3). Le sort des frais des mesures provisionnelles a été réservé avec la décision finale (ch. 4) et les parties ont été déboutées de toutes autres conclusions (ch. 5).

Selon le Tribunal, B_____ était âgé de 43 ans et jouissait d'une bonne santé, mais ses lacunes dans l'expression orale en français représentaient un inconvénient important pour trouver un emploi. Il ne disposait pas de diplôme et ne pouvait pas faire valoir en Suisse son expérience professionnelle acquise à l'étranger, sans certificat de travail. En l'absence de suspension de son droit aux allocations de chômage, il pouvait être retenu qu'il avait déployé en vain les efforts nécessaires pour retrouver un emploi. Enfin, son activité actuelle, effectuée dans le cadre de l'aide aux chômeurs en fin de droit, ne correspondait pas à une prise d'emploi aux conditions réelles du marché du travail. Le premier juge a renoncé à lui imputer un revenu hypothétique, considérant que B_____ ne disposait pas de capacité contributive, hormis la somme de 50 fr. par mois qu'il était disposé à verser à titre de contribution à l'entretien de sa famille.

- E. a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 16 août 2013, A_____ appelle des chiffres 1, 2, 3 et 5 du dispositif de cette ordonnance, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut au déboutement des conclusions prises par B_____ sur mesures provisionnelles et à la confirmation du jugement du 8 décembre 2011 sur mesures protectrices de l'union conjugale. Préalablement, elle a requis en vain l'effet suspensif.

Elle produit des pièces nouvelles (n^{os} 30 à 34).

- b.** B_____ conclut à l'irrecevabilité de l'appel, subsidiairement à la confirmation de l'ordonnance entreprise et à la répartition des dépens en équité.

Il produit des pièces nouvelles (n^{os} 1 et 2).

- c.** Les arguments des parties devant la Cour seront repris ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

- 1. 1.1.** L'intimé s'oppose à la recevabilité de l'appel au motif que la valeur litigieuse de 10'000 fr. n'est pas atteinte, parce que la contribution d'entretien, d'un montant litigieux de 550 fr. par mois (600 fr. - 50 fr.), ne sera servie que durant une brève période, puisque le divorce sera prononcé dans moins d'une année à son sens.

Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). La détermination de la valeur litigieuse suit les mêmes règles que pour la procédure devant le Tribunal fédéral (RETORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens, 2010, p. 363 n° 39). Pour le calcul de la valeur litigieuse devant l'instance d'appel, seules sont déterminantes les dernières conclusions prises devant la juridiction de première instance, peu importe le

montant que celle-ci a finalement alloué (arrêt du Tribunal fédéral 5A_261/2013 du 19 septembre 2013 consid. 3.3). Les revenus et prestations périodiques ont la valeur du capital qu'ils représentent (art. 92 al. 1 CPC). Si la durée encore à courir est faible et dans tous les cas si elle n'excède pas un an, le Tribunal fédéral renonce en pratique, généralement, à une capitalisation et additionne simplement les montants concernés (arrêt du Tribunal fédéral 5A_233/2007 du 6 septembre 2007 consid. 2.2). En revanche, lorsque la durée des mesures est incertaine, la valeur litigieuse se calcule selon l'art. 92 al. 2 CPC (arrêts du Tribunal fédéral 5A_448/2009 du 25 mai 2010 consid. 1.1 et 5A_489/2009 du 16 octobre 2009 consid. 3.1).

En l'espèce, eu égard à la durée incertaine des mesures provisoires, la valeur litigieuse atteint 10'000 fr. (550 fr. [au dernier état des conclusions de première instance] x 12 mois x 20 ans, art. 92 al. 2 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_448/2009 du 25 mai 2010 consid. 1.1.), étant précisé que cette valeur serait atteinte déjà pour une capitalisation du montant litigieux sur une période de moins de 19 mois (10'000 fr. ./ 550 fr. = 18,18 mois).

Les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC) et le délai d'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

L'appel a été formé dans le délai et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 145 al. 2 let. b, 308 al. 1 let. b et 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

1.2. La cause présente un élément d'extranéité en raison de la nationalité des parties.

Les juridictions genevoises sont compétentes pour connaître du litige, en raison du domicile des parties et de la résidence habituelle de D_____ à Genève (art. 59, 62 et 79 al. 1 LDIP) et elles statuent en application du droit suisse (art. 61, 62 al. 2, 82 al. 1, 83 al. 1 LDIP et art. 4 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires - RS 0.211.213.01), applicable "*erga omnes*".

1.3. La Cour établit les faits d'office (art. 277 al. 3 CPC) et revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

La maxime inquisitoire et d'office régit l'entretien de l'enfant (art. 277 al. 3 et 296 al. 1 et 3 CPC).

La maxime inquisitoire ne dispense pas les parties de collaborer de manière active à la procédure en renseignant le juge sur les faits de la cause et en lui indiquant en temps utile leurs moyens de preuve (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 5.1).

2. Les parties produisent des pièces nouvelles.

2.1. 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 (ATF 138 III 625 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 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 (ATF 138 III 625 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 nova (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. La fille des parties est mineure et les pièces nouvellement produites se rapportent aux aspects patrimoniaux de la contribution d'entretien, de sorte qu'elles sont recevables.

3. L'appelante fait valoir qu'elle a cédé sa créance au SCARPA avec effet au 1^{er} novembre 2012, avec pour conséquence qu'elle ne dispose plus de la légitimation passive pour les contributions d'entretien déjà versées.

Selon l'intimé, le défaut d'assignation du SCARPA ne doit pas conduire au rejet des mesures provisionnelles, dans la mesure où ce défaut de légitimation demeure sans conséquence pour les contributions d'entretien postérieures à l'entrée en force du présent arrêt.

Cette question peut toutefois demeurer indécise compte tenu de ce qui suit.

-
- 4. 4.1.** Une fois ordonnées, les mesures protectrices de l'union conjugale ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC. Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (arrêt du Tribunal fédéral 5A_153/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1.). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, ou encore si le juge s'est fondé sur des faits erronés, autrement dit si les faits qui ont fondé le choix des mesures dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus (arrêt du Tribunal fédéral 5A_153/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1.).

En l'espèce, l'intimé a épuisé ses droits du chômage et est assisté par l'Hospice général. En outre, le fils aîné du couple est devenu majeur, ce qui pose la question de la poursuite de son droit à l'entretien. Ces faits nouveaux sont susceptibles d'avoir une incidence sur le montant de la contribution d'entretien, ce qui justifie d'entrer en matière sur cette question.

4.2. Le fait qu'un débirentier sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale (chômage, assistance sociale) ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. En effet, le juge civil n'est pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives. En outre, les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales; en droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu et que l'on est en présence de situations financières modestes, le débirentier peut notamment se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurance sociale (ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_588/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.3). C'est pourquoi, le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension constitue tout au plus un indice permettant de retenir, en fait, qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se trouver sans revenus et, partant, qu'elle a fait des recherches pour retrouver un emploi (arrêts du Tribunal fédéral 5A_829/2012 du 7 mai 2013 consid. 7).

En l'espèce, l'intimé s'est contenté d'alléguer n'avoir jamais subi de suspension dans son droit aux indemnités de chômage et a produit ses décomptes d'indemnités de chômage d'octobre 2012 à février 2013, ce qui n'est pas suffisant pour justifier une réduction drastique du montant de la contribution d'entretien à 50 fr. par mois. En effet, il lui incombait de rendre vraisemblable qu'il n'était plus en mesure de contribuer à l'entretien de sa famille et que cette situation était durable. A l'appui de ses affirmations, il n'a produit ni ses recherches d'emploi ni les réponses d'éventuels employeurs, de sorte qu'il n'est pas possible d'examiner s'il a recherché un emploi dans des domaines en adéquation avec ses capacités, s'il s'y

est impliqué avec toute l'assiduité voulue ni de déterminer dans quelle mesure ses difficultés à retrouver un emploi présentent un caractère durable.

L'intimé est âgé de 44 ans révolus et il est en bonne santé. Il dispose de brèves expériences professionnelles en qualité d'aide cuisinier et de nettoyeur, activités manuelles dans lesquelles ses difficultés d'expression orales en français n'ont pas porté à conséquence. Tout en continuant à chercher du travail dans ces professions, il pouvait élargir son champ de recherches à son métier de mécanicien non diplômé, envisager d'exercer comme déménageur, s'impliquer dans la maintenance ou dans l'agriculture (travaux physiques, récoltes, etc.).

En tout état de cause, il peut être attendu de lui qu'il travaille dans le domaine du nettoyage, à l'instar de son épouse, le cas échéant en cumulant deux emplois, ce qui lui permettrait de percevoir au moins 3'000 fr. nets pour une activité à plein temps (cf. calculateur de salaire en ligne www.geneve.ch/ogmt qui indique un revenu mensuel brut de 3'790 fr. pour une telle activité).

Il résulte de ce qui précède que les conditions pour une réduction de la contribution d'entretien sur mesures provisionnelles ne sont pas rendues vraisemblables.

En ce qui concerne le fils majeur des parties, sa situation en relation avec l'accomplissement ou non d'une formation n'a pas été suffisamment expliquée par l'intimé, de sorte que l'on ignore s'il a ou non commencé une formation et quels sont ses projets. Dans ces conditions, un nouvel examen du montant de la contribution d'entretien en relation avec la condition que l'enfant accomplisse une formation sérieuse et régulière ne se justifie pas.

Ainsi, l'appel est fondé, de sorte que le jugement entrepris sera annulé.

- 5. 5.1.** Les frais (frais judiciaires et dépens) sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 et 106 1ère phr. 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).

Selon l'art. 318 al. 3 CPC, si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance.

5.2. En l'espèce, le Tribunal a réservé le sort des frais des mesures provisionnelles avec la décision finale (ch. 4 du dispositif; art. 104 al. 3 CPC), ce qui n'est ni critiquable ni remis en cause par les parties. Le chiffre 4 du dispositif du jugement entrepris sera ainsi confirmé.

En seconde instance, l'appelante, qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été dispensée d'effectuer l'avance de frais de 1'000 fr.

Il se justifie d'arrêter les frais judiciaires d'appel à 1'200 fr. pour tenir notamment compte du prononcé de la décision sur effet suspensif (art. 96 CPC cum art. 26, 31 et 35 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile, RTFMC - E 1 05.10). Pour des motifs d'équité liés à la nature du litige, ils seront répartis à parts égales entre chacune des parties, lesquelles conserveront à leur charge leurs propres dépens (art. 95 al. 3, 104 al. 1, 105 al. 1 et 107 al. 1 let. c CPC).

Les frais susindiqués seront cependant laissés provisoirement à la charge de l'Etat, dès lors que les parties plaident au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC). Elles sont toutefois tenues au remboursement des frais judiciaires mis à la charge de l'Etat dans la mesure de l'art. 123 CPC.

6. L'arrêt de la Cour, statuant sur mesures provisionnelles, est susceptible d'un recours en matière civile, les moyens étant limités en application de l'art. 98 LTF.

Eu égard à la durée incertaine des mesures provisoires, la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et al. 4 et 74 al. 1 let. b LTF; arrêts du Tribunal fédéral 5A_448/2009 du 25 mai 2010 consid. 1.1 et 5A_489/2009 du 16 octobre 2009 consid. 3.1).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre les chiffres 1, 2, 3 et 5 de l'ordonnance OTPI/1073/2013 rendue le 30 juillet 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/8200/2013-9.

Au fond :

Annule les chiffres 1, 2 et 3 du dispositif de l'ordonnance entreprise.

Dit, en conséquence, que B_____ demeure redevable envers A_____ du paiement de la contribution à l'entretien de sa famille, fixée à 600 fr. par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, selon le chiffre 5 du dispositif du jugement du Tribunal de première instance du 8 décembre 2011 (JTPI/19125/2011, C/22221/2010-18).

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'200 fr. et les met à la charge d'A_____ et de B_____ par moitié chacun.

Laisse les frais judiciaires provisoirement à la charge de l'Etat.

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

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Madame Daniela CHIABUDINI et Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

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 pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.