



POUVOIR JUDICIAIRE

C/9054/2015

ACJC/1445/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 10 NOVEMBRE 2017

Entre

A_____, domiciliée _____, _____ (GE), appelante d'une ordonnance rendue par la 17ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 21 juillet 2017, comparant par Me Sandy Zaech, avocate, boulevard Georges-Favon 19, case postale 5121, 1211 Genève 11, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

B_____, domicilié _____, _____ (_____), intimé, comparant par Me Béatrice Antoine, avocate, rue de la Synagogue 41, case postale 5807, 1211 Genève 11, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 20 novembre 2017 et pour information à l'Assistance juridique, le même jour.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance du 21 juillet 2017 (OTPI/372/2017), communiquée aux parties pour notification le 14 août 2017, le Tribunal de première instance a, statuant sur mesures provisionnelles, modifié le dispositif de l'arrêt ACJC/1308/2015 prononcé le 30 octobre 2015 par la Cour de justice dans la cause n° C/026486/2014 en ce qu'il annule le chiffre 5 du dispositif du jugement JTPI/7141/2015 rendu le 17 juin 2015 par le Tribunal de première instance (ch. 1 du dispositif) et, cela fait, statuant à nouveau, condamné B_____ à verser en mains de A_____, par mois et d'avance, dès le 24 février 2017, allocations familiales non comprises, les sommes de 630 fr. pour l'entretien de l'enfant C_____ et de 430 fr. pour celui de l'enfant D_____ (coûts directs) (ch. 2), supprimé la contribution due par B_____ à A_____ pour son entretien à compter du 24 février 2017 (ch. 3), réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

En substance, le Tribunal a retenu que la situation financière de B_____ ne lui permettait plus d'assurer les contributions d'entretien prévues initialement, émargeant à l'assistance publique et ayant épuisé son droit aux indemnités chômage. Il a établi le solde disponible de B_____ après paiement de ses charges minimales à 1'060 fr. et réparti ce solde en faveur des enfants à hauteur de 630 fr. et 430 fr., respectivement.

- B. a.** Par mémoire d'appel déposé au greffe de la Cour le 25 août 2017, de près de cinquante pages, A_____ plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire prend trois pages de conclusions, sollicitant notamment la restitution de l'effet suspensif à l'appel et, principalement, l'annulation de l'ordonnance. Elle conclut pour le surplus à l'annulation de "l'arrêt de la Cour ACJC/1308/2015 du 30 octobre 2015 "en tant qu'il fixe les contributions d'entretien aux enfants et à elle-même, et à ce qu'il soit statué à nouveau sur ce point, les contributions aux enfants devant être fixées mensuellement à 1'040 fr., respectivement 1'240 fr., pour chacun des enfants et à 2'500 fr. pour elle-même.

En substance, elle expose que le Tribunal n'aurait pas dû supprimer toute contribution d'entretien en sa faveur et qu'il n'a pas motivé sa décision à ce propos. Pour le surplus, elle fait grief au Tribunal de ne pas avoir fait droit à sa conclusion en suppression du droit de visite réservé en faveur de B_____ sur ses enfants et de ne pas avoir imputé un revenu hypothétique à ce dernier, alors que la Cour lui avait précédemment imputé un revenu hypothétique à elle. Elle produit diverses pièces qualifiées de nouvelles à l'appui de son mémoire.

Pour le surplus, elle prend sur deux pleines pages des conclusions en ordonnance de diverses mesures d'instruction.

b. La requête d'octroi d'effet suspensif à l'appel a été rejetée par arrêt du 18 septembre 2017 de la Cour de céans.

c. Par mémoire-réponse de quarante pages, reçu par le greffe de la Cour le 18 septembre 2017, B_____, plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire, a conclu au rejet de l'appel et au rejet des conclusions préalables qui y sont contenues. Il considère que le jugement doit être confirmé en tous points. Il produit diverses pièces à l'appui de sa réponse.

Les parties ont persisté dans leurs conclusions par réplique et duplique reçues au greffe de la Cour respectivement les 5 octobre et 13 octobre 2017.

La cause a été gardée à juger le 13 octobre 2017 par la Cour.

C. Ressortent pour le surplus de la procédure les faits pertinents suivants :

a. Les enfants C_____ et D_____, nés respectivement les _____ 2005 et _____ 2010, sont le fruit de l'union entre A_____, née _____, le _____ 1971, de nationalité _____ et B_____, né le _____ 1977, originaire de _____, mariés dès le _____ 2004.

Suite à la séparation des parties, celles-ci ont diligenté une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ayant abouti à un arrêt de la Cour de justice ACJC/1308/2015 prononcé le 30 octobre 2015 et ayant condamné B_____ à verser des contributions d'entretien en faveur de ses enfants, fixées en dernier lieu à hauteur de 700 fr. pour l'enfant C_____ et 500 fr. pour l'enfant D_____, allocations familiales non comprises. Une contribution d'entretien mensuelle en faveur d'A_____ de 1'100 fr. en dernier lieu devait être versée par B_____, en outre.

La Cour avait retenu que B_____, qui se trouvait au chômage, réalisait un revenu mensuel de 7'000 fr. pour des charges arrêtées à 5'047 fr. comprenant 683 fr. d'arriérés d'impôts. En outre, la Cour avait retenu à l'égard d'A_____ un revenu hypothétique de 2'550 fr. pour une activité à 50%, pour des charges de 2'422 fr. Les charges des enfants avaient été fixées à 720 fr. en dernier lieu pour l'enfant C_____ et à 443 fr. en dernier lieu pour l'enfant D_____.

b. B_____ a introduit le 4 mai 2015 une demande en divorce et, le 24 février 2017, une demande de mesures provisionnelles concluant principalement à la suppression des contributions d'entretien mises à sa charge. Après épuisement de son droit aux indemnités de chômage dès janvier 2017, il était tombé à l'aide sociale, ne disposant plus des moyens nécessaires pour payer les contributions prévues antérieurement. Il avait recherché sans succès un nouvel emploi. A_____ s'est opposée aux conclusions prises par B_____, concluant elle-même à une augmentation des contributions d'entretien fixées. Pour le surplus, au cours

de la procédure, elle a pris des conclusions en suspension du droit de visite réservé antérieurement en faveur de B_____. Les parties ne s'entendant pas quant à la prise en charge des enfants, diverses curatelles ont été prononcées. Le Tribunal a ordonné une expertise du groupe familial dont le rapport a été rendu le 31 janvier 2017. L'expert décrit les parents comme adéquats avec leurs enfants, les relations entre ceux-ci et leur père étant toutefois distantes du fait notamment de l'empêchement de ces relations par la mère et de l'absence de volonté des enfants. L'expert souligne la nécessité de rétablir le lien entre le père et les enfants.

c. En date du 9 mars 2017, le Tribunal a nouvellement fixé par ordonnance sur mesures provisionnelles le droit de visite en faveur de B_____ à raison d'une heure par semaine en Point Rencontre dans ce but. Les enfants n'ayant pas été présentés au Point Rencontre par A_____, les visites n'ont pas eu lieu.

EN DROIT

1. **1.1** Selon l'art. 308 al. 1 let. b CPC, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles. Les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie aux mesures provisionnelles prononcées dans le cadre de la procédure de divorce (art. 276 al. 1 CPC). La procédure sommaire s'applique dès lors, de sorte que le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 271 CPC par analogie et 314 al. 1 CPC).

1.2 Formé en temps utile et selon les formes prescrites par la loi, l'appel est recevable. La question du caractère prolix de celui-ci (art. 132 al. 2 CPC) peut rester indécise.

1.3 La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). La cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée en tant qu'elle concerne les enfants mineurs de sorte que la Cour n'est liée ni par les conclusions des parties sur ce point ni par l'interdiction de la réformation *in pejus* (art. 296 al. 1 et 3 CPC; ATF 129 III 417 consid. 2.1.1).

En revanche, s'agissant de la contribution d'entretien due à l'appelante, les maximes de disposition (art. 58 al. 1 CPC) et inquisitoire sont applicables (art. 272 CPC).

2. Les parties ont produit de nouvelles pièces en appel.

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 diligence (let. b).

2.2 Dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs ou les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, la Cour de céans admet tous les *novas*.

Dans le cas présent, la quasi-totalité des pièces produites par l'appelante est antérieure à la date à laquelle le juge de première instance a gardé la cause à juger. Si elles sont en soi recevables, leur pertinence sera le cas échéant examinée plus bas. Quant au courrier adressé par un médecin à l'avocate de l'appelante le 22 juin 2017 à sa demande, il n'apparaît pas pertinent au stade des mesures provisionnelles, dans la mesure où celui-ci ne fait que relater ses impressions d'une visite de la mère et des enfants auprès de lui dans un contexte unilatéral. S'agissant de la pièce datée du 30 août 2017, en provenance d'E_____, elle n'apporte aucun élément utile à la cause.

Il en est de même des pièces déposées par l'intimé qui, à défaut d'être irrecevables, ne sont pas pertinentes.

- 3. 3.1** Comme pour les mesures protectrices de l'union conjugale, les mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure de divorce sont ordonnées suite à une procédure sommaire avec administration restreinte des moyens de preuve et limitation du degré de la preuve à la simple vraisemblance. Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_508/2011 du 21 novembre 2011 consid. 1.3). 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, Procédure civile, Tome II 2010 n. 1901).

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_905/2011 du 28 mars 2012 consid. 2.5).

Selon l'art. 316 al. 1 CPC, l'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. De même peut-elle administrer des preuves (al. 3).

3.2 En l'espèce, l'appelante prend, à titre préalable, une ribambelle de conclusions relatives à des mesures d'instruction qu'elle souhaite voir être prises par la Cour. En l'état, la Cour s'estime suffisamment renseignée sur la base du dossier pour pouvoir statuer sans procéder à de nouvelles mesures d'instruction dans le respect du principe de célérité qui prévaut dans le cadre de mesures provisionnelles.

Par conséquent, les conclusions préalables de l'appelante seront rejetées.

- 4. 4.1** Selon l'art. 276 al. 2 CPC, 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.

Selon la jurisprudence, une fois que des mesures protectrices ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC. Aux termes de l'art. 179 al. 1, première 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. Selon la jurisprudence, la modification des mesures protectrices ne peut être obtenue que si depuis leur prononcé, 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 par réalisés comme prévu ou encore si la décision de mesures provisoires s'est avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu de connaissance de faits importants (arrêt du Tribunal fédéral 5A_403/2016 du 24 février 2016 consid. 3.1).

En principe, le juge prend en compte le revenu effectif du débiteur des contributions d'entretien. Il peut toutefois s'en écarter et retenir en lieu et place un revenu hypothétique plus élevé dans la mesure où le débiteur pourrait le réaliser en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort qui pourrait être raisonnablement exigé de lui. La raison pour laquelle le débiteur a renoncé au revenu supérieur est en principe sans importance. S'il s'abstient par mauvaise volonté ou par négligence ou s'il renonce volontairement à réaliser un revenu suffisant pour assurer l'entretien de sa famille, le juge peut tabler sur le revenu qu'il pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (arrêt du Tribunal fédéral 5A_876/2016 du 19 juin 2017 consid. 3.1.2). S'agissant en particulier de l'obligation d'entretien d'enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées de sorte que ceux-ci doivent réellement épuiser leurs capacités maximales de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leurs capacités à subvenir aux besoins de l'enfant mineur en particulier lorsque les conditions économiques sont modestes (ATF 137 III 118 consid. 3.1).

4.2 En l'espèce, d'une part, c'est à tort que la l'appelante reproche au Tribunal d'avoir retenu que le changement de situation financière de l'intimé était essentiel et durable après l'épuisement de ses indemnités chômage et le fait qu'il soit tombé à l'assistance publique. Il ressort en effet de la procédure, comme retenu par le Tribunal sans que la contestation de l'appelante ne soit documentée par rien, que l'intimé a entrepris toutes les démarches qu'on pouvait attendre de lui afin de trouver un emploi et de s'assurer dès lors un revenu équivalent à celui pris en compte par la Cour dans son arrêt précédent, mais cela en vain. Le Tribunal a dès lors, à juste titre, décidé d'entrer en matière sur la demande de modification des mesures prononcées sur mesures protectrices de l'union conjugale par la Cour.

C'est à juste titre également, et sur cette base, que le Tribunal n'a pas retenu à l'égard de l'intimé un revenu hypothétique. Il n'y avait par ailleurs pas de raison de revenir sur le revenu hypothétique imposé à l'appelante elle-même par la Cour dans son arrêt précédent, faute de modification des circonstances de fait la concernant.

Les calculs relatifs à la contribution fixée sur la base des principes arrêtés plus haut par le Tribunal n'étant pas remis en question par l'appel et leur fondement étant correct, le recours ne peut qu'être rejeté sur ce point.

4.3 Ne peut qu'être rejeté également l'argument de l'appelante relatif à l'absence de motivation de la suppression de toute contribution d'entretien en sa faveur, puisque le Tribunal a précisément retenu sur la base des éléments rappelés ci-dessus (cf. En fait : A) que le disponible de l'intimé après couverture de ses charges minimales devait être réparti entièrement entre les deux enfants, selon les montants arrêtés, répartition qui n'est pas contestée par l'appelante. A défaut de tout disponible supplémentaire, il n'y avait plus place pour une contribution à l'entretien de l'appelante, sans besoin d'explication complémentaire.

4.4 Enfin, le Tribunal n'est pas entré en matière sur la conclusion de l'appelante en suspension du droit aux relations personnelles du père sur ses enfants à défaut de faits nouveaux le justifiant, ce que l'appelante lui reproche.

L'appel sera rejeté sur ce point également dans la mesure où, avec le Tribunal, la Cour admettra qu'aucun fait nouveau n'est intervenu. Ce sous réserve de l'entrave permanente aux mesures judiciaires ordonnées par l'appelante elle-même et l'absence complète d'exercice effectif des relations personnelles par le père sur ses enfants de ce fait. Il ressort, au contraire de ce que soutient l'appelante, du rapport d'expertise remis au Tribunal le 31 janvier 2017, qu'il est primordial que le père des enfants puisse exercer de manière régulière son droit de visite sur eux, lui permettant de jouer un rôle dans la vie de ses enfants et de renforcer leur lien, des visites d'une durée substantielle et progressive étant recommandées.

Sur ce point, le recours frise la témérité.

- 5.** Dans la mesure où elle succombe intégralement, les frais de la procédure de recours arrêtés à l'200 fr. seront entièrement mis à charge de l'appelante mais provisoirement supportés par l'Etat vu le bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 106 al. 1 et 122 al. 1 CPC). Il ne sera pas alloué de dépens vu la nature de la cause (art. 107 al. 1 lit. c CPC). Copie du présent arrêt sera transmis pour information au service compétent en cette matière.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre l'ordonnance OTPI/372/2017 rendue le 21 juillet 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/9054/2015-17.

Au fond :

Le rejette.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure à 1'200 fr.

Les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat vu le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Camille LESTEVEN

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.