

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

AC/2188/2014

DAAJ/116/2016

COUR DE JUSTICE

Assistance judiciaire

DECISION DU MARDI 4 OCTOBRE 2016

Statuant sur le recours déposé par :

Monsieur A _____, domicilié _____ à Genève,

représenté par M^e Karin ETTER, avocate, Etter & Szalai, Boulevard St-Georges 72,
1205 Genève,

contre la décision du 8 août 2016 du Vice-président du Tribunal civil.

Notification conforme, par pli recommandé du commis-greffier du 10 octobre 2016

EN FAIT

- A. a.** Par arrêt du 9 août 2007, la Cour de justice, modifiant sur ce point le jugement du Tribunal de première instance du 11 janvier 2007 prononçant le divorce des époux A_____ (ci-après: le recourant) et B_____ (ci-après: l'ex-épouse), a notamment condamné le premier à verser en mains de la seconde des contributions échelonnées par tranches d'âge à l'entretien de leurs enfants (soit C_____, née en _____1994, D_____, née en _____ 1996 et E_____, né en _____ 2000), dont l'autorité parentale et la garde ont été attribuées à la mère, lesdites contributions s'élevant, dès l'âge de 15 ans, à 500 fr. par enfant et par mois jusqu'à la majorité ou au-delà en cas de formation et d'études régulières et suivies, montant majoré à 650 fr. par enfant "dès que l'un d'eux cessera d'être à charge" et à 1'250 fr. "pour l'ultime enfant à charge".

Pour arrêter le montant des contributions précitées, la Cour de justice a en particulier retenu que l'ex-épouse, née en décembre 1964, percevait un salaire de 1'415 fr. nets par mois pour un emploi de caissière à mi-temps, alors que ses charges se chiffraient à 2'655 fr. Le recourant, né en janvier 1963, était sur le point d'achever sa formation d'infirmier HES et donc susceptible de trouver un emploi à compter du 1er janvier 2008, de sorte qu'un revenu hypothétique de 4'200 fr. nets par mois lui a été imputé, impôts à la source déduits. Ses charges ont été estimées à 2'840 fr. (entretien de base OP : 1'100 fr.; prime LAMal, subside déduit : 370 fr. ; TPG : 70 fr. ; loyer futur d'un appartement de trois pièces, estimé sur la base de statistiques, en rapport avec son revenu hypothétique: 1'300 fr.). Le recourant bénéficiait ainsi d'un disponible mensuel de 1'360 fr., qu'il devait affecter en totalité à l'entretien de ses enfants, dont le coût total d'entretien se chiffrait à 1'550 fr. par mois.

b. Par acte du 25 août 2014, le recourant, plaidant au bénéfice de l'assistance juridique, a sollicité la modification du jugement de divorce ainsi que la modification d'aliments en concluant à l'instauration de l'autorité parentale conjointe et d'une garde partagée sur l'enfant E_____ ainsi qu'à la suppression de toutes contributions d'entretien en faveur de ses trois enfants, subsidiairement à leur réduction, alléguant une baisse de ses revenus et une augmentation de ses charges.

c. Il ressort de la demande et des déclarations du recourant que celui-ci a obtenu son diplôme d'infirmier HES en janvier 2008 et travaillé en cette qualité pour les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG), percevant un salaire mensuel net d'impôts variant entre 6'280 fr. et 6'400 fr. jusqu'à fin 2010. Il avait démissionné de son poste pour ne travailler plus qu'à 70% ou 80% au sein d'un autre hôpital, ayant été démotivé par les saisies de salaire dont il faisait l'objet (en raison des contributions d'entretien impayées).

Il a ensuite travaillé en soins à domicile auprès de l'IMAD/FSASD pour un salaire mensuel net d'environ 5'255 fr. jusqu'à fin septembre 2013, échéance de son contrat à durée déterminée.

Le recourant s'est ensuite inscrit au chômage le 21 février 2014 et a perçu des indemnités d'environ 5'240 fr. brut par mois, tout en continuant à réaliser des gains intermédiaires.

d. En 2011, il a pris à bail un appartement de cinq pièces pour un loyer mensuel de 2'085 fr.

e. Il n'a pas payé régulièrement les contributions d'entretien dues à ses enfants, accumulant un arriéré de près de 80'000 fr. en février 2015, pour le recouvrement desquelles le Service cantonal d'avance et de recouvrement des pensions alimentaires (SCARPA) est actuellement toujours mandaté.

f. L'ex-épouse du recourant perçoit actuellement un salaire mensuel net de 2'160 fr. pour un emploi à mi-temps, ses charges s'élevant à 2'920 fr.

Le coût d'entretien d'E_____ s'élève à 685 fr. par mois, allocations familiales déduites. C_____ et D_____ sont encore toutes deux étudiantes, dépourvues de revenus propres et vivent principalement chez leur mère qui pourvoit à l'essentiel de leur entretien en nature.

g. Par jugement du 28 juin 2016, le Tribunal de première instance a modifié son jugement du 11 janvier 2007 et l'arrêt de la Cour de justice du 9 août 2007 en ce sens qu'il a attribué l'autorité parentale conjointe et une garde alternée sur l'enfant E_____ à ses parents, déboutant pour le surplus le recourant de ses conclusions relatives à la suppression, voire à la réduction des contributions d'entretien fixées en faveur de ses enfants.

Le Tribunal a notamment retenu que le recourant pouvait gagner un salaire mensuel net de l'ordre de 6'300 fr., impôts à la source déduits, pour des charges de 3'080 fr., comprenant un loyer hypothétique de 1'300 fr. Il a considéré que le recourant avait tenté d'échapper aux poursuites du SCARPA en réduisant volontairement ses revenus et en prenant à bail un appartement dont le loyer était excessif et disproportionné par rapport aux revenus qu'il alléguait. Le Tribunal a ainsi estimé qu'au vu des importantes disparités de ressources entre les parents, il se justifiait que le recourant continue à contribuer à l'entretien de ses trois enfants, y compris son fils E_____, en dépit du fait qu'une garde alternée était instaurée entre les parents concernant ce dernier.

h. Par acte du 5 août 2016, le recourant a formé appel contre le jugement précité, faisant notamment valoir que le maintien des contributions d'entretien dues en faveur de ses enfants portait atteinte à son minimum vital, ce d'autant plus qu'il bénéficiait désormais des prestations de l'Hospice général, et que le versement d'une contribution d'entretien en faveur d'E_____ ne se justifiait pas dans la mesure où le Tribunal avait instauré une garde alternée.

- B.** Le 27 juillet 2016, le recourant a sollicité une extension de l'assistance juridique pour la procédure d'appel précitée.
- C.** Par décision du 8 août 2016, notifiée le 15 du même mois, le Vice-président du Tribunal civil a rejeté la requête d'assistance juridique précitée, au motif que la cause du recourant était dénuée de chances de succès.
- D.**
 - a.** Recours est formé contre cette décision, par acte déposé le 25 août 2016 au greffe de la Cour de justice. Le recourant conclut à l'octroi de l'assistance juridique pour la procédure d'appel contre le jugement du Tribunal de première du 28 juin 2016, avec suite de frais et dépens.
 - b.** Le Vice-président du Tribunal civil a renoncé à formuler des observations.

EN DROIT

- 1.**
 - 1.1.** La décision entreprise est sujette à recours auprès du président de la Cour de justice en tant qu'elle refuse l'assistance juridique (art. 121 CPC et art. 21 al. 3 LaCC), compétence déléguée au vice-président soussigné (art. 29 al. 5 LOJ ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_6/2012 du 31 juillet 2012 consid. 2). Le recours, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance de recours (art. 321 al. 1 CPC) dans un délai de dix jours (art. 321 al. 2 CPC et 11 RAJ).
 - 1.2.** En l'espèce, le recours est recevable pour avoir été interjeté dans le délai utile et en la forme écrite prescrite par la loi.
 - 1.3.** Lorsque la Cour est saisie d'un recours (art. 121 CPC), son pouvoir d'examen est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC, applicable par renvoi de l'art. 8 al. 3 RAJ). Il appartient en particulier au recourant de motiver en droit son recours et de démontrer l'arbitraire des faits retenus par l'instance inférieure (HOHL, Procédure civile, tome II, 2^{ème} éd., n. 2513-2515).
- 2.**
 - 2.1.** Reprenant l'art. 29 al. 3 Cst., l'art. 117 CPC prévoit que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès.

Un procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre, et qu'elles ne peuvent donc être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter ; en revanche, une demande ne doit pas être considérée comme dépourvue de toute chance de succès lorsque les perspectives de gain et les risques d'échec s'équilibrent à peu près ou lorsque les premières sont seulement un peu plus faibles que les seconds. Ce qui est déterminant est de savoir si une partie, qui disposerait des ressources financières

nécessaires, se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable. Une partie ne doit pas pouvoir mener un procès qu'elle ne conduirait pas à ses frais, uniquement parce qu'il ne lui coûte rien (ATF 142 III 138 consid. 5.1; ATF 128 I 225 consid. 2.5.3).

Pour déterminer les chances de succès d'un recours, le juge peut prendre en considération la décision de première instance, en comparant celle-ci avec les griefs soulevés. De la sorte, l'examen sommaire des chances de succès auquel il doit procéder est simplifié. Cet examen ne doit toutefois pas conduire à ce qu'une partie voit quasiment rendu impossible le contrôle d'une décision qu'elle conteste (arrêt du Tribunal fédéral 5A_572/2015 du 8 janvier 2015 consid. 4.1).

La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête et sur la base d'un examen sommaire (ATF 142 III 138 consid. 5.1; 133 III 614 consid. 5).

L'absence de chances de succès peut résulter des faits ou du droit. L'assistance sera refusée s'il apparaît d'emblée que les faits pertinents allégués sont invraisemblables ou ne pourront pas être prouvés (arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2015 du 25 avril 2016 consid. 3.2).

3.2. La modification ou la suppression de la contribution d'entretien de l'enfant, fixée dans un jugement de divorce, est régie par l'art. 286 al. 2 CC, applicable par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC. Elle suppose que des faits nouveaux importants et durables soient survenus dans la situation du débirentier ou du parent gardien, qui commandent une réglementation différente. La procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles intervenant chez les parents ou l'enfant. Le fait revêt un caractère nouveau lorsqu'il n'a pas été pris en considération pour fixer la contribution d'entretien dans le jugement de divorce. Le moment déterminant pour apprécier si un fait nouveau s'est produit est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1).

La survenance d'un fait nouveau - important et durable - n'entraîne pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien de l'enfant. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, vu les circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution peut entrer en considération (ATF 134 III 337 consid. 2.2.2). Le juge ne peut donc pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents pour admettre la demande; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret (ATF 137 III 604 consid. 4 et les arrêts cités). Lorsqu'il admet que les conditions susmentionnées sont remplies, le juge doit alors fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent. Pour que le juge puisse procéder à cette actualisation, il n'est pas nécessaire que la modification survenue dans ces autres

éléments constitue également un fait nouveau (cf. ATF 138 III 289 consid. 11.1.1 et les références).

A teneur 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 (arrêt 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 2.1). L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé (ATF 135 III 66 consid. 2; 123 III 1 consid. 3b/bb et consid. 5). S'agissant toutefois de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en sorte que ceux-ci doivent réellement épuiser leur capacité maximale de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leur capacité à subvenir aux besoins de l'enfant mineur (ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêt 5A_513/2012 du 17 octobre 2012 consid. 4). Il s'ensuit que lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents, ou les deux, ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien, et imputer un revenu hypothétique supérieur, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations à l'égard du mineur (ATF 128 III 4 consid. 4a; arrêts 5A_165/2013 du 28 août 2013 consid. 4.1; 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1 publié in: FamPra.ch 2012 p. 228). Le fait qu'un débirentier bénéficie d'indemnités de chômage ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. Les critères qui permettent de retenir un tel revenu sont différents en droit de la famille et en droit social; ceux valables en matière d'assurance chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération en droit de la famille (ATF 137 III 118 consid. 3.1), en particulier lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu. Ainsi en droit de la famille, en présence de situations financières modestes, le débirentier peut se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurances sociales (ATF 137 III 118 consid. 3.1; arrêt 5A_248/2011 du 14 novembre 2011 consid. 4.1).

3.3.1. En l'espèce, dans le cadre de la procédure d'appel contre le jugement du 28 juin 2016, le recourant reproche au Tribunal de première instance de lui avoir imputé un revenu hypothétique de 6'300 fr., correspondant au salaire qu'il percevait entre 2008 et 2010. Ses revenus s'étaient élevés à 4'000 fr. net environ en 2014, puis à 3'500 fr. en 2015 et avaient finalement baissé à 1'000 fr. par mois, car il bénéficiait de l'aide de l'Hospice général depuis le mois de mars 2016. Il soutient que seul son revenu effectif pouvait donc être pris en considération.

Dans la mesure où le recourant a volontairement diminué ses revenus (vu qu'il a déclaré avoir quitté son emploi d'infirmier en raison d'une baisse de motivation liée aux saisies de salaire dont il faisait l'objet), il paraît *a priori* peu probable que la Cour renonce à lui

imputer un revenu hypothétique, au regard des règles rappelées ci-dessus. Contrairement à ce qu'allègue le recourant, il semble également peu probable que le fait qu'il soit au bénéfice d'un titre de séjour constitue un obstacle dans ses recherches d'emploi, dans la mesure où il a d'ores et déjà été engagé en qualité d'infirmier par le passé, notamment aux HUG.

Cela étant, dans la mesure où le recourant n'a plus exercé la profession d'infirmier depuis septembre 2013 et qu'il est âgé de 53 ans, il ne paraît *a priori* pas impossible que la Cour retienne un revenu hypothétique inférieur à celui retenu par le Tribunal.

3.3.2. Le recourant fait en outre grief au Tribunal de ne pas avoir tenu compte de sa charge effective de loyer, soit 2'085 fr. pour un logement de 5 pièces. Il fait valoir qu'il ne peut être exigé de lui qu'il accueille ses trois enfants dans un logement de 3 pièces, ce d'autant plus qu'il dispose de la garde alternée sur son fils E_____, âgé de 16 ans, et que ses deux filles, désormais majeures, séjournent également plus régulièrement chez lui que ce qui était prévu dans le jugement de divorce.

A priori, un loyer de 2'085 fr. paraît démesuré au regard des revenus réalisés par le recourant depuis 2011. Cependant, au regard des prix du marché, qui ont augmenté depuis que le jugement de divorce a été rendu en 2007, le loyer admissible estimé à 1'300 fr. par le premier juge paraît de prime abord insuffisant. Pour le surplus, il ne semble pas impossible que la Cour retienne que le recourant doit pouvoir disposer d'un logement de plus de trois pièces pour accueillir ses enfants, en particulier son fils dont il partage la garde avec son ex-épouse.

3.3.3. Dans la mesure où les griefs du recourant ne paraissent *a priori* pas totalement infondés, la possibilité que la Cour réduise à tout le moins en partie les contributions d'entretien litigieuses ne peut être exclue, de sorte que la cause du recourant n'est pas dénuée de toute chance de succès.

Le recours sera donc admis et la décision du Vice-président du Tribunal sera annulée.

Dès lors que le recourant avait été mis au bénéfice de l'assistance juridique pour la procédure de première instance, cela implique que la condition d'indigence était alors remplie et il est peu vraisemblable que sa situation financière se soit améliorée dans l'intervalle.

Les deux conditions posées par l'art. 117 CPC étant remplies, le recourant sera mis au bénéfice de l'assistance juridique pour la procédure d'appel contre le jugement du Tribunal de première instance du 28 juin 2016.

- 3.** Sauf exceptions non réalisées en l'espèce, il n'est pas perçu de frais judiciaires pour la procédure d'assistance juridique (art. 119 al. 6 CPC). Par ailleurs, selon la pratique constante de l'Autorité de céans, aucune indemnité de dépens n'est allouée en matière

d'assistance judiciaire, notamment au vu du caractère simple et non formel de cette procédure. Un recourant peut ainsi agir seul sans l'aide d'un avocat (arrêts publiés DAAJ/112/2016 du 13 septembre 2016; DAAJ/34/2013 du 30 avril 2013 consid. 3).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LE VICE-PRÉSIDENT DE LA COUR :**

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ contre la décision rendue le 8 août 2016 par le Vice-président du Tribunal civil dans la cause AC/2188/2014.

Préalablement :

Ordonne l'apport de la procédure C/17255/2014.

Au fond :

Annule la décision entreprise et cela fait :

Met A_____ au bénéfice de l'assistance juridique pour la procédure d'appel contre le jugement JTPI/8664/2016 du 28 juin 2016.

Commet à cette fin Me Karin ETTER, avocate.

Déboute A_____ de toutes autres conclusions.

Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires pour le recours, ni alloué de dépens.

Notifie une copie de la présente décision à A_____ en l'Étude de M^c Karin ETTER (art. 137 CPC).

Siégeant :

Monsieur Patrick CHENAUX, vice-président; Monsieur David VAZQUEZ, commis-greffier.

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.