

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

AC/4/2016

DAAJ/60/2017

COUR DE JUSTICE

Assistance judiciaire

DÉCISION DU MARDI 27 JUIN 2017

Statuant sur le recours déposé par :

Madame A _____, domiciliée _____ Genève,

représentée par M^e Sandy ZAECH, avocate, LIRONI ZAECH & ASSOCIES SA,
Boulevard Georges-Favon 19, case postale 5121, 1211 Genève 11,

contre la décision du 12 avril 2017 de la Vice-présidente du Tribunal civil.

Notification conforme, par pli recommandé du commis-greffier du 29 juin 2017

EN FAIT

A. a. Le 19 octobre 2015, le mari de A_____ (ci-après : la recourante) a saisi le Tribunal de première instance d'une requête unilatérale en divorce.

b. Par décision du 3 mai 2016, la Vice-présidente du Tribunal civil a octroyé l'assistance juridique à la recourante pour sa défense dans le cadre de cette procédure.

c. Par ordonnance sur mesures provisionnelles du 24 mars 2017 (OTPI/142/2017), le Tribunal de première instance a, notamment, condamné l'époux de la recourante à verser à cette dernière, par mois et d'avance, allocations familiales en sus, dès le 1^{er} janvier 2017, la somme de 4'100 fr. au titre de contribution à l'entretien de l'enfant, né en 2004.

Il a retenu que la recourante ne réalisait aucun revenu et que ses charges s'élevaient à 3'131 fr. par mois, celles de l'enfant étant de 986 fr., allocations familiales déduites. L'époux de la recourante réalisait un salaire mensuel net de 10'565 fr. pour des charges de 5'695 fr. Il disposait dès lors d'un solde mensuel de 4'870 fr. lui permettant de prendre en charge la totalité des frais de l'enfant (986 fr.) ainsi qu'une somme de 3'131 fr. – correspondant aux charges incompressibles de la recourante – au titre de contribution à la prise en charge de l'enfant, de sorte qu'il a arrêté la contribution due à l'enfant à 4'100 fr.

B. Le 31 mars 2017, la recourante a sollicité l'extension de l'assistance juridique pour appeler de cet ordonnance.

Elle a indiqué que le Tribunal avait exclusivement fixé une contribution à l'entretien de l'enfant de 4'100 fr. par mois sans prévoir de contribution d'entretien pour elle-même. Ce jugement lui était préjudiciable dès lors que le juge du divorce se baserait vraisemblablement sur les considérations de l'ordonnance pour fixer les contributions d'entretien dans son jugement en fond et qu'elle n'aura ainsi plus de revenu lorsque son fils ne percevra plus de contribution d'entretien. Elle entendait ainsi former appel contre l'ordonnance du 24 mars 2017 s'agissant de la répartition des contributions.

C. Par décision du 12 avril 2017, reçue le 21 du même mois par la recourante, la Vice-présidente du Tribunal civil a rejeté la requête d'assistance juridique précitée, au motif que l'appel de la recourante n'avait que de faibles chances de succès.

Elle a considéré que la contribution à l'entretien de l'enfant englobait un montant correspondant aux charges de la recourante, devant lui revenir, de sorte que la contribution de cette dernière était englobée dans celle de l'enfant.

D. a. Recours est formé contre cette décision, par acte déposé le 28 avril 2017 au greffe de la Cour de justice. La recourante conclut à l'annulation de la décision du 12 avril 2017 et à ce que l'extension de l'assistance juridique lui soit accordée, avec effet au 31 mars

2017, pour appeler de l'ordonnance du Tribunal du 24 mars 2017, l'Etat de Genève devant être condamné aux frais de justice et aux dépens du recours.

Elle conteste l'appréciation de la Vice-présidente du Tribunal civil s'agissant de ses chances de succès faisant valoir que la Cour de justice annulera la décision sur mesures provisionnelles dès lors que le Tribunal a mal calculé les charges de son époux et qu'il dispose d'un solde mensuel auquel elle devait participer en sus de ses charges. Elle fait valoir qu'un tiers de l'excédent de son époux doit entrer dans la contribution à l'entretien de l'enfant et qu'en sus une contribution lui est personnellement due comprenant également une participation à l'excédent.

Elle a déposé une pièce nouvelle, soit son écriture d'appel contre l'ordonnance du 24 mars 2017, déposée le 7 avril 2017 au greffe de la Cour de justice.

b. La Vice-présidente du Tribunal civil a renoncé à formuler des observations.

EN DROIT

1. 1.1. La décision entreprise est sujette à recours auprès de la présidente de la Cour de justice en tant qu'elle refuse l'assistance juridique (art. 121 CPC et art. 21 al. 3 LaCC), compétence expressément déléguée au vice-président soussigné sur la base des art. 29 al. 5 LOJ et 10 al. 1 du Règlement de la Cour de justice (RSG E 2 05.47). 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. Aux termes de l'art. 326 al. 1 CPC, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables dans le cadre d'un recours.

Par conséquent, les allégués de faits dont la recourante n'a pas fait état en première instance et les pièces nouvelles ne seront pas pris en considération.

3. 3.1.1 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).

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).

3.2.1 Pendant la procédure de divorce, lorsque la suspension de la vie commune est fondée, le juge fixe, à la requête de l'un des conjoints, la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre (art. 176 al. 1 ch. 1 CC).

Le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux, ceux-ci pouvant prétendre à participer d'une manière identique au train de vie antérieur (art. 163 CC; TF, 5A_401/2013 du 2 août 2013 consid. 5.1.1).

La détermination de la contribution d'entretien relève du pouvoir d'appréciation du juge, qui applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral en cas de situations financières modeste ou moyenne et tant que dure le mariage, est celle dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent. Elle consiste à évaluer d'abord les ressources des époux, y compris d'éventuels revenus hypothétiques, puis à calculer leurs charges en se fondant sur l'allocation de base du droit des poursuites, élargie des dépenses incompressibles, enfin à répartir le montant disponible restant à parts égales entre eux, cette égalité étant toutefois relativisée pour prendre en considération, notamment, la participation d'éventuels enfants communs à l'excédent (ATF 126 III 8 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 5A_501/2011 du 2 mai 2012 consid. 3.1).

3.2.2 L'entretien de l'enfant est assuré par les soins, l'éducation et les prestations pécuniaires (art. 276 al. 1 CC, par renvoi de l'art. 176 al. 3 CC). Les père et mère contribuent ensemble, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger (art. 276 al. 2 CC).

Sous l'ancien droit comme sous le nouveau droit sur les effets de la filiation – entré en vigueur au 1^{er} janvier 2017 et applicable aux procédures en cours (art. 13c bis du titre final CC) – la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources de ses père et mère (art. 285 al. 1 aCC et 285 al. 1 CC).

Depuis le 1er janvier 2017, la contribution à fixer en faveur de l'enfant est également destinée à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers (art. 285 al. 2 CC). Dans le cas d'un parent qui ne dispose pas d'un revenu professionnel, parce qu'il se consacre entièrement à l'enfant, ni d'un revenu provenant d'une autre source, on pourra en principe prendre ses propres frais de subsistance comme référence pour calculer la contribution de prise en charge. Le calcul de ces frais peut s'effectuer sur la base du minimum vital du droit des poursuites, qui pourra ensuite être augmenté en fonction des circonstances spéciales du cas d'espèce (Message, p. 556 s.; HELLER, *Betreuungsunterhalt & Co. – Unterhaltsberechnung ab 1. Januar 2017*, *Anwaltsrevue* 2016, p. 465; STOUDMANN, *Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant en pratique*, *RMA* 2016, p. 432).

La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien (ATF 128 III 411 consid. 3.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_819/2016 du 21 février 2017 consid. 9.3.2.1). 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; arrêt du Tribunal fédéral 5A_819/2016 précité, consid. 9.3.2.1).

L'obligation d'entretien des parents dure jusqu'à la majorité de l'enfant (art. 277 CC). Tel n'est toutefois pas nécessairement le cas de la contribution de prise en charge. Celle-ci s'arrête en principe lorsque l'enfant n'a plus besoin d'être pris en charge (Message, p. 558; STOUDMANN, *op. cit.*, p. 438).

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, la contribution à l'entretien de l'enfant mineur est prioritaire sur celle du conjoint (article 276a al. 1 CC).

3.2.3 La contribution de prise en charge de l'art. 285 al. 2 CC n'a pour but que d'assurer l'entretien convenable du parent qui ne travaille pas pour s'occuper de l'enfant. Or, l'époux a en principe droit au maintien de son niveau de vie mené durant le mariage, au besoin par le truchement d'une contribution d'entretien après divorce au sens de l'art. 125 CC. Ce n'est donc qu'ensemble que la contribution de prise en charge de l'art. 285 al. 2 CC et la contribution d'entretien après le divorce équivaudront à la contribution d'entretien après le divorce selon le droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016 (STOUDMANN, *op. cit.*, p. 442).

Dès lors, une augmentation de la prétention en entretien de l'ex-conjoint (art. 125 CC) peut être prévue à la fin de la contribution de prise en charge (art. 285 al. 2 CC) afin que l'époux conserve, si les conditions sont remplies, son train de vie après la majorité de l'enfant.

3.3.1 En l'espèce, au vu de l'entrée en vigueur du nouveau droit, c'est *a priori* à juste titre que le Tribunal a procédé dans un premier temps au calcul de l'entretien de l'enfant dès lors que celui-ci est prioritaire à celui de la recourante. Il a inclus les charges incompressibles de la recourante au titre de frais de la prise en charge de l'enfant, ce qui est *prima facie* conforme au nouveau droit.

La recourante fait valoir qu'une telle inclusion de ses charges dans la contribution de l'enfant la privera de tout revenu lorsque l'enfant n'aura plus droit à une contribution à son entretien. Dès lors que la décision litigieuse a été rendue sur mesures provisionnelles, soit pour la durée de la procédure, et que l'enfant est actuellement âgé de 13 ans, la question d'une contribution propre pour la recourante ne se pose pas en l'état. En effet, il est certain que la contribution due à l'enfant lui sera servie jusqu'à l'issue de la procédure.

Enfin, l'argument de la recourante selon lequel la décision sur mesures provisoires préfigurerait la décision au fond et qu'elle sera ainsi privée d'une contribution propre dans le jugement de divorce ne repose sur aucun fondement. La recourante pourra en effet prendre des conclusions au fond en versement d'une contribution d'entretien pour elle-même pour la période qui suivra la cessation d'une contribution à l'entretien de l'enfant.

3.3.2 En revanche, c'est *a priori* à juste titre que la recourante reproche au Tribunal de ne pas l'avoir fait, ainsi que l'enfant, bénéficier d'une partie de l'excédent de son époux puisque, à tout le moins sur mesures provisionnelles, ils ont en principe le droit de prétendre au maintien de leur train de vie antérieur.

Dès lors, l'appel formé par la recourante contre la décision sur mesures provisionnelles ne semble pas dénuée de chances de succès à cet égard.

Par conséquent, le recours sera admis et la décision querellée sera annulée.

La condition de l'indigence paraissant réalisée, notamment au vu de l'octroi de l'aide étatique à la recourante pour la procédure de première instance, l'extension d'assistance juridique sollicitée sera en conséquence octroyée, avec effet au 31 mars 2017, date du dépôt de la demande.

4. 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, il n'y a pas lieu à l'octroi de dépens, vu l'issue du recours, étant relevé que 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 12 avril 2017 par la Vice-présidente du Tribunal civil dans la cause AC/4/2016.

Au fond :

Annule la décision entreprise.

Cela fait et statuant à nouveau :

Octroie l'assistance juridique à A_____ pour la procédure d'appel contre l'ordonnance sur mesures provisionnelles OTPI/142/2017 du 24 mars 2017, avec effet au 31 mars 2017.

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^e Sandy ZAECH (art. 137 CPC).

Siégeant :

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

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, les moyens étant limités en application de l'art. 98 LTF.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.