

POUVOIR JUDICIAIRE

C/5477/2019

ACJC/608/2020

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 6 MAI 2020

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'une ordonnance rendue par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 9 octobre 2019, comparant par Me Laurence Mizrahi, avocate, rue du Lac 12, case postale 6150, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

1) **Madame B**_____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Michel Celi Vegas, avocat, rue du Cendrier 12-14, case postale 1207, 1211 Genève 1, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

2) **ETAT DE GENEVE, soit pour lui le SERVICE CANTONAL D'AVANCE ET DE RECOUVREMENT DES PENSIONS ALIMENTAIRES (SCARPA)**, rue Ardutius-de-Faucigny 2, 1204 Genève, autre intimé, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22 mai 2020.

EN FAIT

- A. B_____, née le _____ 1987, et A_____, né le _____ 1984, ressortissants suisses, se sont mariés le _____ 2009 à I_____ (Cuba), sans conclure de contrat de mariage.

De cette union sont issus :

- G_____, né le _____ 2010, et
- H_____, né le _____ 2012.

A_____ est père de deux autres enfants, nés respectivement en 2001 et en 2007 de deux précédents lits, résidants à Cuba.

Les époux se sont séparés en juillet 2016.

- B. a. La séparation des époux a été réglementée par le jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale JTPI/3759/2017 rendu le 15 mars 2017 par le Tribunal de première instance, lequel les a autorisés à vivre séparés (ch. 1 du dispositif), a attribué la jouissance exclusive du domicile conjugal et la garde sur les enfants à la mère (ch. 2 et 3), a réservé au père un droit de visite, devant s'exercer d'entente entre les parents, mais au minimum à raison d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires (ch. 4), a fixé l'entretien convenable de G_____ à 440 fr. par mois et celui de H_____ à 900 fr. par mois (ch. 5), a condamné A_____ à verser une contribution à l'entretien de G_____ de 100 fr. du 1^{er} janvier au 31 mai 2017 et de 440 fr. dès le 1^{er} juin 2017, respectivement de H_____ de 200 fr. du 1^{er} juillet au 31 décembre 2016, de 100 fr. du 1^{er} janvier au 31 mai 2017, puis de 900 fr. dès le 1^{er} juin 2017 (ch. 6), a constaté que le père s'était acquitté de la somme de 400 fr. à titre d'entretien des enfants au jour du prononcé du jugement (ch. 7) et a prononcé la séparation de biens des époux (ch. 8).

b. Par arrêt ACJC/1374/2017 du 31 octobre 2017, la Cour de justice a annulé les chiffres 5 à 7 du dispositif dudit jugement, fixé l'entretien convenable mensuel de l'enfant G_____ à 641 fr., respectivement de H_____ à 596 fr., et condamné le père à payer, dès le 1^{er} décembre 2017, une contribution mensuelle à l'entretien des enfants de 360 fr. pour G_____ et de 800 fr. pour H_____.

La Cour a retenu que l'époux, qui était en bonne santé, travaillait comme chauffeur au taux de 75% (30 heures par semaine) et savait devoir contribuer à l'entretien de ses enfants depuis la séparation, n'avait pas justifié avoir effectué les recherches sérieuses et actives que l'on pouvait exiger de lui en vue d'augmenter son temps de travail (production de quatre réponses négatives à ses offres d'emploi), de sorte qu'il convenait de lui imputer un revenu hypothétique pour un emploi de chauffeur à plein temps rémunéré 3'970 fr. nets par mois. Ses charges

ayant été arrêtées à 2'519 fr. (800 fr. de loyer, 449 fr. de prime d'assurance-maladie (subside déduit), 70 fr. de frais de transports publics et 1'200 fr. de montant de base selon les normes OP), il disposait ainsi d'un montant de 1'451 fr. par mois.

L'épouse percevait un salaire mensuel net de 1'790 fr. pour un emploi de vendeuse au taux de 60% auprès de C_____ depuis le 1^{er} mars 2017, sans compter l'aide sociale subsidiaire dont elle bénéficiait en sus. Au vu de ses charges arrêtées à 2'780 fr. par mois (806 fr. de participation à son loyer [(loyer de 1'587 fr. par mois - subvention HLM de 435 fr.) x 70%], 125 fr. de loyer pour une place de parking couplée au contrat de bail principal, 429 fr. de prime d'assurance-maladie (subside déduit), 70 fr. de frais de transports publics et 1'350 fr. de montant de base selon les normes OP), elle faisait face à un déficit de 990 fr. par mois, à répartir à parts égales entre les deux enfants (495 fr. chacun).

Les charges propres de G_____ se montaient à 641 fr. par mois (soit 173 fr. de participation de 15% au loyer, 23 fr. 30 de prime d'assurance-maladie (subside déduit), 45 fr. de frais de transports publics et 400 fr. de montant de base selon les normes OP). En tenant compte des allocations familiales (- 300 fr.), de son allocation d'impotence (- 479 fr.) et de la moitié du déficit de la mère (+ 495 fr.), ses charges non couvertes s'élevaient à 357 fr.

Quant à H_____, ses charges propres se montaient à 596 fr. (173 fr. de participation au loyer, 23 fr. 30 de prime d'assurance-maladie et 400 fr. de montant de base). En tenant compte des allocations familiales (- 300 fr.) et de la moitié du déficit de la mère (+ 495 fr.), ses charges non couvertes s'élevaient à 791 fr.

- C. a.** Par acte déposé le 1^{er} mars 2019 au Tribunal, A_____ a formé une demande en divorce unilatérale - au principe duquel l'épouse a acquiescé -, assortie d'une requête de mesures provisionnelles.

Sur mesures provisionnelles, A_____ a conclu à ce qu'il soit dit qu'il ne devait plus de contribution à l'entretien de G_____ et à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement à verser une contribution à l'entretien de H_____ de 296 fr. par mois dès le dépôt de la requête.

- b.** Lors de l'audience tenue le 3 juin 2019 par le Tribunal, A_____ a persisté dans ses conclusions sur mesures provisionnelles. Son épouse s'y est opposée.

Le SCARPA a exposé verser à B_____ depuis juin 2018 une avance mensuelle de 1'033 fr. sur les contributions dues d'un montant total de 1'160 fr., avance qui avait été dûment remboursée par l'époux au jour de l'audience.

c. Par réponse du 11 juillet 2019, B_____ a conclu au déboutement de A_____ des fins de sa requête en mesures provisionnelles.

d. La cause a été gardée à juger par ordonnance du 15 juillet 2019.

e. Par ordonnance OTPI/631/2019 rendue le 9 octobre 2019, notifiée à l'époux le 15 octobre suivant, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a débouté A_____ des fins de sa requête (ch. 1 du dispositif), réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires (ch. 2), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

Le premier juge a retenu que des mesures provisionnelles ne devaient être ordonnées que si elles étaient nécessaires, à savoir si les circonstances de fait qui prévalaient au moment où les mesures protectrices avaient été ordonnées s'étaient modifiées de manière importante et durable. Or, tel n'était pas le cas. Alors même qu'il s'agissait d'une condition *sine qua non* pour que de telles mesures provisionnelles soient prononcées, le requérant n'avait pas fait valoir que sa situation financière se serait modifiée, *a fortiori* péjorée. Il n'avait ni démontré ni rendu vraisemblable que les circonstances se seraient modifiées de manière importante et durable depuis le prononcé des mesures protectrices, le requérant semblant plutôt mu par la volonté d'obtenir une décision sur les contributions à l'entretien des enfants avant la fin des débats principaux et le prononcé du jugement, ce qui n'était pas admissible.

Le Tribunal a, par ailleurs, considéré qu'il n'était pas nécessaire ou urgent de déterminer, sur mesures provisionnelles, si les contributions à l'entretien des enfants devaient être modifiées, une réévaluation des décisions prises sur mesures protectrices étant exclue. La vie séparée des époux avait déjà été aménagée par des mesures temporairement adéquates. De plus, leur situation respective n'était pas limpide et l'issue de la procédure ne pouvait pas être estimée de manière fiable.

D. a. Par acte déposé le 25 octobre 2019 à la Cour de justice, A_____ a appelé de cette ordonnance, dont il a sollicité l'annulation.

Cela fait, il a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il soit dit que l'Etat de Genève, soit pour lui le SCARPA, dispose de la légitimation passive, à ce qu'il soit constaté qu'il n'a plus à pourvoir à l'entretien de G_____, et à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement à verser une contribution mensuelle à l'entretien de H_____ de 271 fr. 85 dès le 1^{er} mars 2019.

Les pièces qu'il a jointes à son appel ont déjà été produites en première instance.

-
- b.** B_____ a conclu à la confirmation de l'ordonnance entreprise, avec suite de frais et dépens.

Elle a produit sa demande d'assistance juridique pour la procédure d'appel, le procès-verbal d'une audience tenue le 31 octobre 2019 par le Tribunal et le rapport d'évaluation sociale établi par le SEASP le 18 octobre 2019.

- c.** Les parties ont été informées par la Cour de ce que la cause était gardée à juger par courrier du 13 janvier 2020.

- E. a.** Titulaire d'un baccalauréat cubain et disposant d'une expérience dans les domaines _____ et _____ acquise à Cuba, A_____ travaille comme _____ auprès de K_____ au taux de 75% pour un salaire mensuel brut de 3'000 fr., soit un salaire net de 2'543 fr. par mois.

Il a travaillé pour D_____ du 10 avril au 14 mai 2018 pour un montant total net de 856 fr. Il a en sus travaillé en qualité de _____ pour l'entreprise E_____ SA à raison de 5 heures par semaine entre le 20 avril et le 1^{er} juillet 2018, puis de 10 heures par semaine entre le 2 juillet et le 31 octobre 2018, date pour laquelle il a été licencié pour des raisons de restructuration; selon le certificat de salaire pour l'année 2018, il a perçu 7'894 fr. nets pour cette activité.

Depuis novembre 2018, il perçoit des indemnités-chômage pour le manque à gagner de ces activités accessoires, qui s'élèvent entre 512 fr. et 646 fr. par mois. Il a produit les listes de ses recherches d'emploi établies pour l'ORP pour les mois de septembre 2018 à septembre 2019, qui font état de nombreuses démarches pour lesquelles il n'a produit ni annonces de poste ni lettres de candidature ni réponses des employeurs contactés.

Son épouse allègue qu'il perçoit des revenus supplémentaires qu'il ne déclare pas.

S'agissant des charges de A_____, son loyer s'élève dorénavant à 560 fr., augmenté à 684 fr. dès septembre 2019, et sa prime d'assurance-maladie LAMal s'est élevée à 420 fr. 90 en 2018 (risque-accident compris; subside déduit). A_____ allègue des frais médicaux non couverts de 75 fr. 60 par mois; selon un décompte établi le _____ 2019 par son assurance-maladie, ses frais non couverts ont totalisé 692 fr. 25 pour l'année 2018. Il allègue également un montant de 54 fr. 50 à titre d'arriéré d'impôt ICC 2017 selon un arrangement avec l'Administration fiscale du 24 août 2018, lequel prévoit le versement mensuel de 54 fr. 50 jusqu'en avril 2019.

Selon son épouse, il ne doit pas être tenu compte des frais médicaux non couverts, de la prime d'assurance-maladie LCA et des impôts, qui ne sont pas compris dans le minimum vital, de même que des frais de transports publics, dont le paiement effectif n'a pas été justifié.

b. Sans formation, B_____ a travaillé dans les domaines de la _____ et de la _____ de manière relativement régulière jusqu'en 2011. Elle n'a ensuite plus exercé d'emploi, hormis entre le 18 mars 2013 et le 30 septembre 2014 en qualité de _____ pour J_____. Elle a bénéficié des prestations de l'assurance-chômage entre 2014 et 2016, puis de prestations complémentaires.

Au moment du prononcé des mesures protectrices, B_____ travaillait, depuis le 1^{er} mars 2017, comme _____ à temps partiel au service de C_____ à 60% pour un salaire mensuel de 1'790 fr. nets et bénéficiait en sus de l'aide sociale de l'Hospice général.

Elle ne travaille plus depuis une date indéterminée et dépend de l'aide sociale.

Elle soutient ne pas être en mesure d'exercer une activité lucrative en raison de la prise en charge de ses deux enfants, notamment de G_____, dont les besoins se seraient accrus. Elle n'a pas fourni plus d'explications sur ce point.

Le loyer de son appartement s'élève dorénavant à 874 fr. 35 (1'441 fr. charges comprises pour le loyer de l'appartement - 566 fr. 65 d'allocation au logement, 125 fr. pour le loyer de la place de parc en sus) et sa prime d'assurance-maladie LAMal à 354 fr. 90 (subside déduit).

Son époux allègue qu'elle pourrait réaliser un revenu mensuel net d'au moins 2'700 fr. pour une activité à 60%, qu'il ne doit pas être tenu compte du loyer de sa place de parc, celle-ci n'étant pas nécessaire et pouvant être sous-louée à un tiers.

c. G_____ est atteint de trisomie 21. Au moment du prononcé des mesures protectrices, il percevait une allocation d'impotence de 479 fr. par mois. Il bénéficiait d'un encadrement scolaire spécialisé et suivait un *cursus* au sein du Service médico-pédagogique [à] L_____ [GE], où il était intégré tous les jours en continu de 8h45 à 15h et jusqu'à 11h30 les mercredis, la mère assumant sa prise en charge le reste du temps.

Depuis 2018, il bénéficie d'une allocation d'impotence de 2'026 fr. par mois. Sa prime d'assurance-maladie LAMal a augmenté à 40 fr. 70 (subside déduit).

Sa mère allègue des frais de déplacement spéciaux à hauteur de 30 fr. par mois et des frais de loisirs de l'ordre de 210 fr. 15 par mois. Elle a produit une unique facture de 30 fr. pour trois trajets effectués par une société de transport au mois de mai 2019. Selon une attestation établie par M_____ en juin 2019, le prix total des activités auxquelles G_____ a participé entre le 13 janvier 2018 et le 14 avril 2019 s'est élevé à 2'418 fr.

d. En ce qui concerne H_____, sa prime d'assurance-maladie LAMal a augmenté à 40 fr. 70 (subside déduit). Sa mère allègue en sus des frais pour des cours de

judo de 45 fr. par mois (135 fr. pour trois mois depuis avril 2019 selon facture de juin 2019) et des frais de restaurant scolaire de 109 fr. 75 (total de 1'097 fr. 40 entre le 27 août 2018 et le 31 mai 2019 selon les décomptes produits).

EN DROIT

- 1. 1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles, dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC).

L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel dans les dix jours à compter de la notification de la décision attaquée, s'agissant de mesures provisionnelles qui sont soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

Dès lors qu'en l'espèce, le litige porte sur le montant de contributions d'entretien, il est de nature pécuniaire (ATF 133 III 393 consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_42/2013 du 27 juin 2013 consid. 1.1; 5A_906/2012 du 18 avril 2013 consid. 1; 5A_236/2011 du 18 octobre 2011 consid. 1; 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 1.1).

En l'espèce, la capitalisation, conformément à l'art. 92 al. 2 CPC, du montant des contributions d'entretien restées litigieuses au vu des dernières conclusions des parties devant le premier juge excède largement 10'000 fr.

Formé en temps utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1 et 314 al. 1 CPC), l'appel est donc recevable.

- 1.2** La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

La présente cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée en tant qu'elle concerne les enfants mineurs des époux (art. 296 al. 1 et al. 3 CPC), de sorte que la Cour n'est liée ni par les conclusions des parties sur ce point (art. 296 al. 3 CPC) ni par l'interdiction de la *reformatio in pejus* (ATF 129 III 417 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_562/2009 du 18 janvier 2010 consid. 3.1).

- 1.3** L'épouse a produit des nouvelles pièces en appel.

1.3.1 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).

Lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des novae en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

1.3.2 En l'espèce, les pièces nouvelles produites en appel sont ainsi recevables.

2. Dans le cadre d'une procédure de divorce (art. 274 ss CPC), le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires en vertu de l'art. 276 al. 1 CPC; les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont dès lors applicables par analogie.

Ces mesures sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, nos 1900 à 1904).

La cognition du juge des mesures provisionnelles est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit. Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1).

3. L'appelant conclut, comme en première instance, à ce qu'il soit dit que l'ETAT DE GENEVE, soit pour lui le SCARPA, dispose de la légitimation passive, le Tribunal ne s'étant pas prononcé sur ce point.

3.1 La qualité pour agir et pour défendre appartient aux conditions matérielles de la prétention litigieuse. Elles se déterminent selon le droit au fond et leur défaut conduit au rejet de l'action, qui intervient indépendamment de la réalisation des éléments objectifs de la prétention litigieuse. Cette question, qui ressortit au droit fédéral (ATF 130 III 417 consid. 3.1), doit en particulier être examinée d'office et librement (ATF 136 III 365 consid. 2.1; 130 III 550 consid. 2; ATF 126 III 59 consid. 1a).

3.2 Les contributions d'entretien sont dues à l'enfant et sont versées durant sa minorité à son représentant légal ou au parent qui en assume la garde (art. 289 al. 1 CC). Le créancier de l'entretien est donc l'enfant lui-même (arrêts du Tribunal fédéral 5D_103/2009 du 20 août 2009 consid. 1.3 et la réf. cit.; 5C_314/2001 du 20 juin 2002 consid. 9 non publié aux ATF 128 III 305), même si, durant sa minorité, son représentant légal est en droit de les réclamer en son propre nom et à la place de l'intéressé ("*Prozessstandschaft*"; ATF 136 III 365 consid. 2.2).

Selon l'art. 5 al. 1 de la loi genevoise sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires (LARPA), le créancier de l'une des contributions d'entretien mentionnées à l'art. 6 peut demander au service (SCARPA) de faire des avances.

Le montant de l'avance en faveur d'un enfant correspond à celui de la pension fixée par le jugement ou la convention, mais au maximum à 673 fr. par mois et par enfant (art. 4 al. 1 du règlement d'application de la LARPA et art. 9 LARPA).

L'Etat est subrogé à *due concurrence* des montants avancés en faveur des enfants, au sens de l'art. 289 al. 2 CC (art. 10 al. 1 LARPA).

Selon l'art. 289 al. 2 CC, la prétention à la contribution d'entretien passe avec tous les droits qui lui sont rattachés à la collectivité publique lorsque celle-ci assume l'entretien de l'enfant. Cette disposition crée un cas de subrogation légale au sens de l'art. 166 CO. L'art. 289 al. 2 CC vise en particulier les prestations de l'assistance publique ou de l'aide sociale, y compris les avances. Il inclut aussi bien les prestations exigibles que celles versées par le passé (arrêts du Tribunal fédéral 5A_643/2016 du 21 juin 2017 consid. 3.1, 5A_634/2013 du 12 mars 2014 consid. 4.1).

Lorsque la collectivité publique fournit une aide qui se situe en deçà de la prétention à l'entretien de l'enfant, elle n'est subrogée dans les droits de celui-ci que jusqu'à concurrence des prestations versées; pour le surplus, l'enfant conserve la qualité de créancier des contributions d'entretien dues par les père et mère. La collectivité publique qui procède en qualité de cessionnaire légal des contributions d'entretien dues aux enfants a le droit de réclamer l'entretien en justice, de demander la modification de la contribution alimentaire, de faire aviser les tiers débiteurs et d'exiger des sûretés (arrêts du Tribunal fédéral 5A_643/2016 du 21 juin 2017 consid. 3.1, 5A_634/2013 du 12 mars 2014 consid. 4.1 et la jurisprudence citée).

Ainsi, selon la jurisprudence de la Cour, l'Etat de Genève, représenté par le SCARPA, a la légitimation passive dans les procédures en modification de la contribution d'entretien diligentée par l'un des parents à concurrence des contributions effectivement avancées par le SCARPA. S'agissant des contributions futures, l'enfant conserve la légitimation passive (ACJC/1312/2013 du 8 novembre 2013 consid. 3.2; ACJC/1722/2012 du 26 novembre 2012 consid. 4.1; ACJC/1243/2009 du 16 octobre 2009 consid. 2.1).

Lorsque le SCARPA verse le montant maximum de l'avance selon la LARPA, se situant en deçà du montant auquel le débirentier a été condamné, l'enfant conserve la légitimation active pour l'avenir et pour le passé, à concurrence de la fraction de contribution non avancée (ACJC/174/2020 du 17 janvier 2020 consid. 2; ACJC/407/2018 du 27 mars 2018 consid. 3.1 et les réf. cit.).

3.3 En l'espèce, il n'est pas contesté que le SCAPRA verse une avance mensuelle de contributions à l'entretien des enfants de 1'033 fr., alors que les contributions dues par le débirentier s'élèvent à un montant total de 1'160 fr.

Le SCARPA est ainsi subrogé dans le droit des enfants, représentés par leur mère, à concurrence des montants avancés, de sorte qu'il dispose de la légitimation passive dans cette mesure, les enfants conservant, pour leur part, la légitimation passive pour le surplus.

L'appelant n'explique pas en quoi il aurait un intérêt à ce que soit constaté ce point dans le dispositif de la décision, lequel découle du droit, étant rappelé que le SCARPA figure en tant que partie sur le *rubrum* du présent arrêt.

4. L'appelant reproche au premier juge de l'avoir débouté de sa requête en mesures provisionnelles tendant à la modification des contributions à l'entretien des enfants.

Il soutient que, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, il a fait valoir une modification durable et essentielle de la situation financière de la famille - en particulier la diminution de ses revenus au regard du revenu hypothétique fixé par la Cour, l'augmentation de ses charges, l'amélioration de la situation financière de son épouse en tenant compte d'un revenu hypothétique à son égard et l'augmentation de l'allocation d'impotence de G_____, qui commande une réévaluation des contributions d'entretien fixées sur mesures protectrices de l'union conjugale.

L'intimée conteste que la situation financière de son époux se soit péjorée et soutient que l'entretien convenable de G_____ n'a pas changé, que celui de H_____ a augmenté et qu'elle se trouve dans l'impossibilité de travailler.

4.1 Les mesures protectrices de l'union conjugale demeurent en vigueur même au-delà de l'ouverture de la procédure de divorce. Une fois que des mesures provisionnelles ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC. Aux termes de l'art. 179 al. 1 1^{ère} 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. La modification des mesures provisoires ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, 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 pas réalisés comme prévus, 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 connaissance de faits importants. La survenance d'une modification essentielle et durable dans la situation familiale s'apprécie à la date du dépôt de la demande de modification (arrêt du Tribunal fédéral 5A_22/2014 du 13 mai 2014 consid. 3.1).

Lorsqu'il y a des enfants mineurs, l'art. 286 CC (faits nouveaux) dispose que le juge peut ordonner que la contribution d'entretien soit augmentée ou réduite dès que des changements déterminés interviennent dans les besoins de l'enfant, les ressources des père et mère ou le coût de la vie (al. 1); si la situation change notablement, le juge modifie ou supprime la contribution d'entretien à la demande du père, de la mère ou de l'enfant (al. 2).

Cette procédure n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 120 II 177 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 5A_860/2013 du 29 janvier 2014 consid. 4.2).

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 et litigieux devant lui (ATF 138 III 289 consid. 11.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_547/2012 du 14 mars 2013 consid. 4.3).

La survenance de faits nouveaux importants et durables n'entraîne toutefois pas automatiquement une modification du montant de la contribution d'entretien. Celle-ci ne se justifie que lorsque la différence entre le montant de la contribution d'entretien nouvellement calculée sur la base de tels faits et celle initialement fixée est d'une ampleur suffisante (arrêts du Tribunal fédéral 5A_113/2013 du 2 août 2013 consid. 3.1 et 5A_487/2010 du 3 mars 2011 consid. 2.3).

4.2 Selon l'art. 276 CC, l'entretien est assuré par les soins, l'éducation et des prestations pécuniaires (al. 1). 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 (al. 2).

L'art. 285 CC prévoit que la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources de ses père et mère; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant (al. 1). La contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers (al. 2).

4.3 Les besoins de l'enfant doivent être répartis entre les père et mère en fonction de leurs capacités contributives respectives. Les enfants ont le droit de recevoir une éducation et de bénéficier d'un niveau de vie qui correspondent à la situation des parents; leurs besoins doivent également être calculés de manière plus large lorsque les parents bénéficient d'un niveau de vie plus élevé (ATF 120 II 285 consid. 3).

La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien en faveur de l'enfant (ATF 128 III 411 consid. 3.2.2). L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit

fédéral est celle dite du minimum vital. Sa fixation relève de l'appréciation du juge, qui jouit d'un large pouvoir d'appréciation et applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; ATF 127 III 136 consid. 3a).

Le minimum vital du débirentier doit en principe être préservé (ATF 137 III 59 consid. 4.2).

4.4 Selon l'art. 285 al. 2 CC, la contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers. Lorsque la prise en charge est assurée par l'un des parents (ou les deux), l'obligéant ainsi à réduire son activité professionnelle, la contribution de prise en charge doit permettre de garantir sa présence auprès de l'enfant. Si les parents exercent tous deux une activité lucrative sans toutefois se partager la prise en charge de l'enfant ou, au contraire, s'ils s'occupent tous deux de manière déterminante de l'enfant, le calcul de la contribution de prise en charge se fera sur la base du montant qui, selon les cas, manque à un parent pour couvrir ses propres frais de subsistance. Même si les deux parents travaillent et se partagent à égalité la prise en charge, il se peut en effet que l'un d'eux ne parvienne pas à assumer seul son propre entretien. Dans ce cas également, on peut donc envisager, pour garantir la prise en charge de l'enfant, d'imposer à l'autre parent le versement de la contribution correspondante. A défaut, le premier parent se verrait contraint d'augmenter son taux d'activité pour subvenir à ses propres besoins. Non seulement cela risquerait de se faire au détriment de l'enfant, mais des dépenses supplémentaires pourraient en découler, par exemple en cas de prise en charge par des tiers, qu'il reviendrait de toute manière au parent le plus argenté de financer (ATF 144 III 337 consid. 7.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_968/2017 du 25 septembre 2018 consid. 3.1.1).

4.5 En tant qu'une situation stable est conforme au bien de l'enfant, il convient, en l'absence d'accord des parents au moment de la séparation ou du divorce, de maintenir, en tout cas dans un premier temps, le modèle de prise en charge convenu, respectivement pratiqué, avant la séparation. Dans un second temps, mais également lorsque les parents ne se sont jamais mis d'accord sur la forme de prise en charge, le modèle des degrés de scolarité doit s'appliquer. Le parent qui prend en charge l'enfant de manière prépondérante doit ainsi en principe exercer une activité lucrative à un taux de 50% dès la scolarisation obligatoire du plus jeune enfant, de 80% dès le début du degré secondaire et de 100% dès ses seize ans. Ces lignes directrices ne sont toutefois pas des règles strictes et leur application dépend des circonstances du cas concret (ATF 144 III 381 consid. 4.5).

4.6 S'agissant 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 cet enfant mineur (arrêt du Tribunal fédéral 5A_513/2012 du 17 octobre 2012 consid. 4).

Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties, tant le débiteur d'entretien que le créancier pouvant néanmoins se voir imputer un revenu hypothétique supérieur (ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 consid. 4a). Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Il doit d'abord déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une 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. Le juge doit ensuite établir 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. Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut 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; arrêts du Tribunal fédéral 5A_1008/2015 du 21 avril 2016 consid. 3.3.2; 5A_933/2015 du 23 février 2016 consid. 6.1).

Le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension jusqu'en fin de droits constitue uniquement 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_829/2012 du 7 mai 2013 consid. 7). Cet indice ne dispense toutefois nullement le juge civil d'examiner si l'on peut imputer un revenu hypothétique au débirentier, parce que 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; arrêts du Tribunal fédéral 5A_587/2013 du 26 novembre 2013 consid. 6.1.1; 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.2).

4.7 En l'espèce, la situation de la famille quant à la contribution à l'entretien des enfants est régie par les mesures protectrices de l'union conjugale prononcées le 15 mars 2017 par le Tribunal (JTPI/3759/2017), modifiées par arrêt de la Cour rendu 31 octobre 2017 (ACJC/1374/2017).

Il convient ainsi, en premier lieu, de déterminer si la situation de la famille s'est, depuis lors, modifiée de manière significative et durable, ce qui justifierait une éventuelle réévaluation de la situation.

4.7.1 A_____ travaille comme _____ auprès de K_____ au taux de 75% pour un salaire net de 2'543 fr. par mois.

Il a, en sus, travaillé pour D_____ du 10 avril au 14 mai 2018 et en qualité de _____ pour l'entreprise E_____ SA à raison de 5 heures par semaine entre le 20 avril et le 1^{er} juillet 2018, puis de 10 heures par semaine entre le 2 juillet et le 31 octobre 2018, date pour laquelle il a été licencié pour des raisons de restructuration. Depuis novembre 2018, il perçoit des indemnités-chômage pour le manque à gagner de ces activités accessoires. S'il a certes produit les listes de ses nombreuses recherches d'emploi pour l'ORP pour les mois de septembre 2018 à septembre 2019, il n'y a, en revanche, joint ni annonces de poste ni lettres de candidature ni réponses des employeurs contactés. Par conséquent, il sera retenu, comme la Cour l'a fait dans l'arrêt sur mesures protectrices, qu'il n'a pas rendu vraisemblable avoir effectué les recherches sérieuses et actives que l'on pouvait attendre de lui pour augmenter son temps de travail, de sorte qu'il convient toujours de lui imputer un revenu hypothétique pour un emploi de chauffeur à plein temps rémunéré de 3'970 fr. nets par mois.

Ses charges incompressibles s'élèvent à 2'251 fr., respectivement à 2'375 fr. dès septembre 2019, comprenant le loyer (560 fr., puis 684 fr. dès septembre 2019), la prime d'assurance-maladie LAMal (420 fr. 90, risque-accident compris - les missions permanentes n'étant pas obligées d'assurer leurs employés à l'assurance-accident (<https://www.eda.admin.ch/missions/mission-onu-geneve/fr/home/manuel-application-regime/introduction/manuel-assurances/legislation-employes-locaux.html>) - et subside déduit), les frais de transports publics (70 fr.) et le montant de base selon les normes OP (1'200 fr.), à l'exclusion de l'arriéré d'impôt ICC 2017 dû jusqu'en avril 2019 et des frais médicaux non couverts, l'appelant n'ayant pas justifié leur récurrence.

L'appelant dispose, par conséquent, d'un montant de 1'719 fr. par mois, respectivement de 1'595 fr. dès septembre 2019.

4.7.2 L'intimée a travaillé, du 1^{er} mars 2017 à une date indéterminée, comme vendeuse à temps partiel au sein de C_____ à 60% pour un salaire mensuel de 1'790 fr. nets. Elle ne travaille actuellement plus, alléguant ne pas être en mesure d'exercer une activité lucrative en raison de la prise en charge de ses deux enfants. Au moment du prononcé des mesures protectrices, il a été retenu que G_____ bénéficiait d'un encadrement scolaire spécialisé et suivait un *cursus* au sein du Service médico-pédagogique [à] L_____, où il était intégré tous les jours en continu de 8h45 à 15h et jusqu'à 11h30 les mercredis, la mère assumant sa prise en charge le reste du temps. L'intimée - qui se contente de faire valoir son incapacité à travailler sans plus d'explications - n'a pas rendu vraisemblable que la prise en charge de G_____ par les institutions précitées se serait modifiée depuis lors et qu'elle ne pourrait, de ce fait, plus travailler durant la prise en charge de

celui-ci par des tiers. Il sera donc retenu qu'à la connaissance de la Cour, l'intimée est en mesure d'exercer une activité lucrative. Ayant renoncé à celle-ci, il lui sera imputé un revenu hypothétique correspondant au salaire de 1'790 fr. nets qu'elle percevait lors de la procédure de mesures protectrices.

Ses charges incompressibles s'élèvent à environ 2'512 fr. par mois, comprenant sa part du loyer de l'appartement (70% x [1'441 fr. charges comprises pour le loyer de l'appartement - 566 fr. 65 d'allocation au logement], soit 612 fr.), le loyer pour la place de parc (125 fr.; cette place étant couplée au bail conformément à ce qu'a retenu la Cour dans sa précédente décision), la prime d'assurance-maladie LAMal (354 fr. 90, subside déduit), les frais de transports publics (70 fr.) et le montant de base selon les normes OP (1'350 fr.).

L'intimée doit ainsi faire face à un déficit de 722 fr. par mois.

4.7.3 G_____, qui percevait une allocation d'impotence de 479 fr. par mois au moment du prononcé des mesures protectrices, bénéficie d'une allocation d'impotence de 2'026 fr. par mois depuis 2018.

Ses charges incompressibles se montent à environ 768 fr., soit sa part du loyer (15% x [1'441 fr. charges comprises pour le loyer de l'appartement - 566 fr. 65 d'allocation au logement], soit 132 fr.), la prime d'assurance-maladie LAMal (40 fr. 70, subside déduit), les frais de transports publics (45 fr.), les frais de loisirs (environ 150 fr.) et le montant de base selon les normes OP (400 fr.).

G_____ dispose ainsi d'un disponible mensuel de 1'558 fr. en tenant compte de son allocation d'impotence (2'026 fr.) et des allocations familiales (300 fr.), respectivement de 1'197 fr. en tenant en compte, en sus, de la moitié du déficit de sa mère (361 fr.).

Il ne sera pas tenu compte des frais de déplacements spéciaux allégués par la mère, celle-ci n'ayant produit qu'une unique facture et n'ayant pas rendu vraisemblable la régularité de cette charge, étant en tout état relevé que le disponible de l'enfant permet la couverture de celle-ci si nécessaire.

4.7.4 Quant à H_____, ses charges incompressibles peuvent être arrêtées à environ 763 fr., comprenant sa part du loyer (132 fr.), la prime d'assurance-maladie LAMal (40 fr. 70, subside déduit), les frais de transports publics (45 fr.), les frais de restaurant scolaire (environ 100 fr.), les frais de cours de judo (45 fr.) et le montant de base selon les normes OP (400 fr.).

Son coût s'élève donc à 463 fr. en tenant compte des allocations familiales (300 fr.), respectivement à 824 fr. en tenant en compte, en sus, de la moitié du déficit de sa mère (361 fr.).

4.7.5 Il apparaît ainsi que, depuis le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale, la situation financière du père ne s'est pas péjorée, que la situation financière de la mère ne s'est pas sensiblement améliorée, que le coût global de H_____ a augmenté de 791 fr. à 823 fr. et que le coût global de G_____ est couvert par les allocations qu'il perçoit, de sorte que, au vu des conclusions des parties, un réexamen se justifie uniquement à l'égard de l'obligation d'entretien en faveur de G_____.

4.8 Par conséquent, compte tenu du fait que l'entretien global de G_____ est assuré par les prestations sociales dont il est bénéficiaire, le chiffre 1 de l'ordonnance entreprise sera annulé et il sera dit que l'appelant n'a plus à subvenir à l'entretien de cet enfant dès le dépôt de la requête, soit dès le 1^{er} mars 2019.

- 5.** Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 800 fr. (art. 95, 104 al. 1, 105, 106 al. 1 et al. 2 CPC; art. 31 et 37 RTFMC).

Pour des motifs d'équité liés à la nature et à l'issue du litige, ils seront répartis à parts égales entre les époux (art. 107 al. 1 let. c CPC).

Dans la mesure où ils plaident au bénéfice de l'assistance juridique, leurs frais judiciaires seront provisoirement supportés par l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC), étant rappelé que les bénéficiaires de l'assistance juridique sont tenus au remboursement des frais judiciaires mis à la charge de l'Etat dans la mesure de l'art. 123 CPC (art. 19 RAJ).

Pour les mêmes motifs, les époux supporteront leurs propres dépens (art. 107 al. 1 let. c. CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 25 octobre 2019 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/631/2019 rendue le 9 octobre 2019 par le Tribunal de première instance dans la cause C/5477/2019-8.

Au fond :

Annule le ch. 1 du dispositif de l'ordonnance entreprise et, statuant à nouveau sur ce point :

Dit que A_____ n'a plus à subvenir à l'entretien de G_____ dès le 1^{er} mars 2019.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr. et les met à la charge des parties par moitié chacune.

Dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève, vu l'octroi de l'Assistance judiciaire.

Dit que les époux supportent leurs propres dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

La présidente :

Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI

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, les moyens étant limités selon l'art. 98 LTF.

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.