



POUVOIR JUDICIAIRE

C/16813/2020

ACJC/783/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 8 JUIN 2021

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ [GE], appelante d'une ordonnance rendue par la 9^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 1^{er} avril 2021, comparant par Me Soile SANTAMARIA, avocate, Santamaria & Jakob, rue François-Versonnex 7, 1207 Genève, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ [GE], intimé, comparant par Me Thomas BÜCHLI, avocat, WLM Avocats, place Edouard-Claparède 5, case postale 292, 1211 Genève 12, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21 juin 2021.

EN FAIT

A. a. A_____, de nationalité brésilienne, et B_____, originaire de Zurich, se sont mariés le _____ 2015.

Ils sont les parents de C_____, né le _____ 2008, et de D_____, née le _____ 2011.

b. Par jugement JTPI/15570/2018 sur mesures protectrices de l'union conjugale du 4 octobre 2018, le Tribunal de première instance a notamment autorisé les époux à vivre séparés (ch. 1 du dispositif), attribué à A_____ la garde des enfants C_____ et D_____ (ch. 4), réservé à B_____ un large droit de visite (ch. 5) et condamné ce dernier à verser en main de son épouse, à titre de contribution à l'entretien des enfants, par mois, d'avance et par enfant, allocations familiales non comprises, un montant de 900 fr. (ch. 8) ainsi qu'une somme de 550 fr. par mois à l'entretien de son épouse (ch. 9).

Le Tribunal a retenu que B_____ réalisait un revenu mensuel net de 6'588 fr. 65 et que ses charges étaient de 4'219 fr. 60 comprenant le loyer (2'540 fr.), la prime d'assurance-maladie de base (409 fr. 60), les frais de transport (70 fr.) et son entretien de base selon les normes OP (1'200 fr.).

Le coût de l'entretien de C_____ était de 957 fr. 80 et celui de D_____ de 859 fr. 95.

A_____ qui travaillait à temps partiel, réalisait un revenu mensuel net de 1'000 fr. et ses charges s'élevaient à 3'123 fr. 45. Elle subissait ainsi un déficit mensuel de 2'123 fr. 45.

B_____ a ainsi été condamné à verser 900 fr. par mois à l'entretien de chacun des enfants ainsi qu'une somme de 550 fr. par mois à son épouse, compte tenu d'un solde de 569 fr. 05 après paiement des contributions d'entretien aux enfants.

c. Par jugement JTPI/3645/2020 du 6 mars 2020, le Tribunal a notamment réservé à B_____ un droit de visite sur C_____ et D_____ devant s'exercer, sauf accord contraire des parties, du mardi sortie de l'école au mercredi 18h15, un week-end sur deux du vendredi sortie de l'école au lundi entrée à l'école, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires (ch. 1 du dispositif), instauré une curatelle de surveillance et d'organisation du droit de visite (ch. 2), donné acte aux parties de leur engagement à se consulter avant toute décision importante concernant la santé, la scolarité, la religion, le développement et l'avenir en général des enfants (ch. 4), modifiant le jugement JTPI/15570/2018 rendu le 4 octobre 2018 dans la cause C/12412/2017 dans la mesure utile (ch. 5).

B. a. Le 31 août 2020, B_____ a formé une demande en divorce.

Sur mesures provisionnelles, il a conclu à ce que le Tribunal modifie les chiffres 4, 5, 8 et 9 du dispositif du jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale JTPI/15570/2018 du 4 octobre 2018 et le chiffre 1 du dispositif du jugement JTPI/3645/2020 du 6 mars 2020 et, cela fait, à ce qu'il instaure une garde alternée sur les enfants C_____ et D_____, selon les modalités qu'il a décrites dans ses conclusions, dise que le domicile légal des enfants sera chez A_____, dise que chaque parent prendra en charge les frais d'entretien courant des enfants lorsqu'ils se trouveront auprès de lui, dise que chaque parent prendra en charge par moitié la prime LaMal subsidiée des enfants, leur frais de cantine et de parascolaire, dise que moyennant accord préalable, les parents prendront en charge par moitié les frais extraordinaires des enfants, et dise que les parents se partageront par moitié les allocations familiales, fixe l'entretien convenable des enfants et dise que les parties ne se doivent aucune contribution à leur entretien, avec effet au 1^{er} juillet 2020.

b. Lors de l'audience du 10 novembre 2020 du Tribunal, A_____ a conclu à ce que le Tribunal rejette les mesures provisionnelles sollicitées par B_____. A titre reconventionnel, elle a sollicité, sur mesures provisionnelles et à titre préalable, l'établissement par le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP) d'un rapport d'évaluation, et à titre principal, la limitation du droit de visite de B_____ à une demi-journée par semaine le mercredi de 11 heures à 18 heures 15 et à un week-end sur deux avec retour des enfants le dimanche soir.

B_____ a conclu à ce que le Tribunal rejette les mesures provisionnelles sollicitées par A_____.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles.

c. Par pli du 12 février 2021, B_____ a fait parvenir au Tribunal un projet d'acceptation de rente invalidité daté du 8 février 2021 indiquant l'intention de la Caisse cantonale d'assurance invalidité de lui octroyer une rente à 100%, laquelle lui serait versée avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2019.

d. Par ordonnance OTPI/279/2021 rendue le 1^{er} avril 2021, le Tribunal, statuant sur mesures provisionnelles, a constaté que le domicile légal des enfants C_____ et D_____ était auprès de leur mère (ch. 1 du dispositif), modifié le chiffre 8 du dispositif du jugement JTPI/15570/2018 du 4 octobre 2018 et cela fait, dispensé en l'état B_____ de contribuer à l'entretien des enfants C_____ et D_____ avec effet au 1^{er} septembre 2020 (ch. 2), fixé le montant manquant pour assurer un entretien convenable à l'enfant C_____ à 664 fr. 75 à compter du 1^{er} septembre 2020 (ch. 3), fixé le montant manquant pour assurer un entretien convenable à

l'enfant D_____ à 779 fr. 80 à compter du 1^{er} septembre 2020 (ch. 4), modifié le chiffre 9 du dispositif du jugement JTPI/15570/2018 du 4 octobre 2018 et cela fait, dispensé en l'état B_____ de contribuer à l'entretien de A_____ avec effet au 1^{er} septembre 2020 (ch. 5), renvoyé la décision sur les frais à la décision finale (ch. 6) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7).

Le Tribunal a ainsi retenu que les circonstances qui prévalaient lors du prononcé du jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale avaient été modifiées durablement et de manière significative puisque B_____ bénéficiait depuis le mois de juillet 2020 de prestations de l'Hospice général qui ne pouvaient être prises en compte dans ses revenus, s'agissait d'aide sociale. Même à considérer que la demande de prestations de l'assurance-invalidité qui était en cours d'instruction aboutisse favorablement et mène à l'octroi d'une rente entière en faveur de B_____, le montant de cette rente – calculée à l'aune de la Table des rentes AVS/AI dressée par l'Office fédéral des assurances sociales – serait très sensiblement inférieur aux revenus de 6'588 fr. 65 retenus dans le cadre du jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale. Aussi, ce dernier n'était plus, en l'état, en mesure de contribuer à l'entretien des enfants et de son épouse, dont le déficit ne s'élevait plus qu'à 18 fr. 40 compte tenu du fait que cette dernière avait repris une activité à plein temps qui lui procurait un revenu mensuel net de 3'198 fr. et que ses charges mensuelles étaient de 3'216 fr. 40.

- C. a.** Par acte expédié le 16 avril 2021 au greffe de la Cour de justice, A_____ appelle de cette ordonnance, reçue le 6 avril 2021. Elle conclut à son annulation et, cela fait, à ce que la demande de mesures provisionnelles formée par B_____ soit rejetée, sous suite de frais et dépens.

Elle produit une pièce nouvelle, soit un courrier du 25 mars 2021 de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes l'informant de ce qu'elle allait verser une rente invalidité en faveur de B_____ ainsi qu'une rente complémentaire pour les enfants avec effet au 1^{er} janvier 2019.

A_____ fait valoir que c'est à tort qu'il a été retenu que B_____ émargeait à l'aide sociale et que le Tribunal aurait dû instruire la question du montant à percevoir par B_____ par l'assurance-invalidité.

- b.** B_____ conclut à l'irrecevabilité de l'appel, au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, sous suite de frais et dépens.

Il fait valoir qu'à ce jour le montant total des rentes invalidités et prévoyance professionnelle pour lui-même et les enfants n'est pas connu, qu'il ne perçoit encore à ce jour aucune rente et qu'il est toujours aidé par l'Hospice général.

Il produit à cet égard les décomptes de l'Hospice général le concernant pour les mois de juillet 2020 à mars 2021.

c. A_____ n'ayant pas fait usage de son droit de réplique, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger par plis du greffe du 18 mai 2021.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 CPC) et dans le délai utile de 10 jours (art. 142, 248 let. d et 314 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC) qui porte sur des contributions d'entretien dont la valeur capitalisée selon l'art. 92 al. 2 CPC est supérieure à 10'000 fr.

1.2 Les parties ne contestent, à juste titre, pas la compétence des autorités judiciaires genevoises (art. 59 et 62 al. 1 et 3 LDIP) et l'application du droit suisse (art. 49, 62 al. 2 et 83 LDIP; art. 4 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires) au présent litige.

1.3 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC) dans la limite des griefs suffisamment motivés qui sont formulés (arrêts du Tribunal fédéral 4A_290/2014 du 1er septembre 2014 consid. 5; 5A_89/2014 du 15 avril 2011 consid. 5.3.2).

Sa cognition est cependant limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, dans la mesure où les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (art. 254 CPC; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1). Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2).

La maxime inquisitoire et la maxime d'office régissent les questions relatives aux enfants mineurs (art. 277 al. 3 et 296 al. 1 et 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).

La maxime des débats et le principe de disposition sont applicables aux contributions d'entretien entre époux (art. 55 al. 1, 58 al. 1 et 277 al. 1 CPC).

1.4 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 *nova* 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).

En l'espèce, les pièces nouvelles produites par les parties sont susceptibles d'influer sur la question des contributions à l'entretien de leurs enfants mineurs, si bien qu'elles sont recevables, de même que les faits auxquels elles se rapportent.

2. L'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir instruit le montant que pourrait percevoir l'intimé de l'assurance-invalidité et ainsi considéré qu'il émargeait à l'aide sociale alors qu'il va percevoir une rente.

2.1 Saisi d'une requête commune ou d'une demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC), le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, en appliquant par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC).

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 (ATF 137 III 614 consid. 3.2.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_15/2014 du 28 juillet 2014 consid. 3; 5A_562/2013 du 24 octobre 2013 consid. 3.1).

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.

Après l'introduction de l'action en divorce, les époux peuvent solliciter la modification de mesures protectrices de l'union conjugale si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, 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 pas réalisés comme prévu, ou encore si la décision de mesures provisoires est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 143 III 617 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 du 29 avril 2020 consid. 4.1 et les références). La procédure de modification n'a cependant pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 précité). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 précité).

2.2 Pour fixer la contribution d'entretien, le Tribunal doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Il n'y a cependant pas lieu de tenir compte de l'aide qu'elles perçoivent de l'assistance publique. En effet, l'aide sociale est subsidiaire par rapport aux obligations d'entretien du droit de la famille. Les parties doivent en principe subvenir seules à leurs besoins vitaux. L'aide sociale, par nature subsidiaire, n'intervient qu'en cas de carence et elle est supprimée lorsque les parties peuvent assumer seules leurs dépenses incompressibles (ACJC/1741/2019 du 19 novembre 2019 consid. 6.1.3; arrêts du Tribunal fédéral 5A_158/2010 du 25 mars 2010 consid. 3.2; 5A_170/207 du 27 juin 2007 consid. 4).

Comme les allocations familiales, les rentes pour enfants selon les art. 22ter al. 1 LAVS, 35 LAI et 25 LPP doivent être déduites des besoins de l'enfant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_743/2017 du 22 mai 2019 consid. 5.2.3 et 5A_892/2013 du 29 juillet 2014 consid. 4.4.3).

2.2.1 En l'espèce, il n'est pas contesté que la situation financière de l'intimé s'est péjorée depuis le prononcé du jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale – dès lors qu'à l'époque il réalisait un revenu mensuel net de 6'588 fr. 65 et que ses charges étaient de 4'219 fr. 60, de sorte qu'il disposait d'un solde qui avait été affecté aux contributions à l'entretien des enfants et de son épouse – alors qu'il émarge aujourd'hui à l'aide sociale. Autre fait nouveau, l'appelante travaille maintenant à plein temps ce qui lui permet de couvrir ses charges, ce qu'elle ne conteste pas en appel, alors qu'elle n'œuvrait qu'à temps partiel lors du prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale.

Certes, l'intimé ne bénéficie actuellement d'aucun revenu et est aidé par l'Hospice général depuis le mois de juillet 2020. Toutefois, il apparaît comme hautement vraisemblable que la péjoration de sa situation financière n'est que passagère. En effet, il va percevoir prochainement, si ce n'est déjà fait, une rente invalidité à 100% avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2019. La diminution de ses revenus n'est donc que temporaire puisqu'il recevra bientôt un capital important au titre du versement rétroactif de sa rente. C'est à tort que l'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir instruit d'office le montant de la rente invalidité que va percevoir l'intimé, dès lors qu'en matière sommaire les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles. Cela étant, l'intimé, qui est à l'origine de la demande des mesures provisionnelles, n'a pas rendu vraisemblable que les rentes qu'il percevra avec effet rétroactif ne lui permettront pas de s'acquitter de la contribution de 900 fr. par mois et par enfant fixée sur mesures protectrices de l'union conjugale, étant précisé qu'il convient de déduire de ces montants les rentes complémentaires que les enfants vont percevoir. Il n'y a dès lors pas lieu de libérer l'intimé, sur mesures provisionnelles, du versement des contributions à l'entretien de ses enfants dont il pourra s'acquitter avec le capital qu'il va prochainement percevoir.

Compte tenu de ce qui précède, le chiffre 2 du dispositif de l'ordonnance querellée sera annulé en tant qu'il modifie le chiffre 8 du dispositif du jugement JTPI/15570/2018 du 4 octobre 2018. Il en ira de même des chiffres 3 et 4 du dispositif de celle-là qui fixent les montants manquant pour assurer l'entretien convenable des enfants puisque celui-ci seront couverts.

2.2.2 En revanche, l'appelante n'a pas critiqué la décision du Tribunal en tant qu'elle retient qu'elle est en mesure de subvenir à son propre entretien et libéré ainsi l'intimé de toute contribution à son égard.

Par conséquent, le chiffre 5 du dispositif de la décision querellée sera confirmé.

- 3. 3.1** Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

En l'espèce, conformément aux règles légales, le premier juge a réservé sa décision quant au sort des frais judiciaires et dit qu'il n'était pas alloué de dépens. La modification du jugement ne justifie pas de statuer autrement. Par conséquent, la décision entreprise sera confirmée sur ce point.

3.2 Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 800 fr. (art. 31 et 37 RTFMC), et mis à la charge des parties à raison de la moitié chacune, vu la nature familiale du litige (art. 95, 107 al. 1 let. c CPC). Ils seront laissés provisoirement à la charge de l'Etat de Genève, les parties plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire (122 al. 1 let. b et 123 CPC).

Chaque partie supportera ses propres dépens, vu la nature du litige.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 16 avril 2021 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/279/2021 rendue le 1^{er} avril 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/16813/2020.

Au fond :

Annule les chiffres 2 à 4 du dispositif de l'ordonnance querellée et cela fait déboute B_____ de ses conclusions en modification du chiffre 8 du dispositif du jugement sur mesure protectrices de l'union conjugale JTPI/15570/2018 du 4 octobre 2018.

Confirme pour le surplus l'ordonnance attaquée.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr., les met à la charge des parties à raison de la moitié chacune et les laisse provisoirement à la charge de l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Madame Verena PEDRAZZINI RIZZI, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Camille LESEVEN, greffière.

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.