



POUVOIR JUDICIAIRE

C/5748/2020

ACJC/222/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 12 JANVIER 2021

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (GE), appelant d'une ordonnance rendue par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 6 juillet 2020, comparant par Me Ninon Pulver, avocate, route de Florissant 64, 1206 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, comparant par Me Anik Pizzi, avocate, Cours de Rive 2, case postale 3477, 1211 Genève 3, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 3 mars 2021.

EN FAIT

A. Par ordonnance OTPI/437/2020 du 6 juillet 2020, reçue par A_____ le 9 juillet 2020, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant sur mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de divorce, a débouté A_____ des fins de sa requête en modification d'un jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 12 novembre 2019 (chiffre 1 du dispositif du jugement), arrêté les frais judiciaires à 800 fr. (chiffre 2), mis ceux-ci à la charge de A_____ (chiffre 3), dispensé ce dernier provisoirement du versement desdits frais, sous réserve de remboursement selon l'art. 123 CPC (chiffre 4), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (chiffre 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (chiffre 6).

B. a. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice (ci-après : la Cour) le 20 juillet 2020, A_____ a appelé de cette ordonnance.

Il a conclu à l'annulation du chiffre 1 de son dispositif et, cela fait, à ce qu'il soit dit qu'il était dispensé de toute contribution à l'entretien de son fils ou de son épouse, et à ce que l'ordonnance soit confirmée pour le surplus.

Il n'a pas conclu sur les frais judiciaires ni sur les dépens de première et de seconde instances.

Il a produit, à l'appui de son appel, un arrêt de la Cour rendu le 16 juin 2020 sur appel contre le jugement de mesures protectrices de l'union conjugale du 12 novembre 2019.

b. Dans sa réponse à l'appel du 31 août 2020, B_____ a conclu au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, avec suite de frais et dépens d'appel.

Elle a produit à l'appui de sa réponse plusieurs pièces concernant l'actualisation de sa situation financière datant de février à août 2020.

c. Les parties ont répliqué et dupliqué les 14 et 28 septembre 2020, persistant dans leurs conclusions antérieures.

Elles ont abordé dans ces écritures des difficultés rencontrées dans l'exercice du droit de visite de A_____ sur l'enfant C_____. Elles n'en ont toutefois tiré aucune conclusion et n'ont développé aucun grief à cet égard.

Elles ont déposé des pièces nouvelles à l'appui de leurs écritures.

d. A_____ a encore déposé des déterminations sur duplique le 2 octobre 2020.

e. Les parties ont été informées par courrier du 30 septembre 2020 du greffe de la Cour de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments pertinents suivants résultent de la procédure :

a. A_____, né le _____ 1987 en Irak, originaire de D_____ (GE), et B_____, née _____ 1988 à E_____ (Iran), de nationalité canadienne, ont contracté mariage le _____ 2012 à F_____ (Canada).

b. Ils se sont installés à Genève peu après le mariage.

c. Un enfant est issu de cette union, C_____, né le _____ 2013 à Genève (GE).

C_____ souffre depuis sa naissance de diverses infirmités congénitales qui le handicapent lourdement, dont des paralysies cérébrales et une galactosémie. Il est incapable de s'exprimer verbalement et il dépend d'un adulte pour toutes les activités quotidiennes.

d. Souffrant d'une tumeur au cerveau, A_____ a subi une intervention chirurgicale le 30 octobre 2017. Il expose souffrir de séquelles de cette affection notamment sous la forme de crises d'épilepsie.

e. A_____ n'est pas retourné au domicile de la famille à l'issue de son hospitalisation fin 2017. Il s'est installé chez ses parents, domiciliés à Genève, qui l'ont pris en charge et assisté dans sa convalescence.

f. La situation financière de la famille est la suivante :

f.a A_____ a été employé à plein temps en qualité de _____ au sein de G_____ SA, emploi qui lui a permis de réaliser un revenu moyen mensuel net de 4'945 fr. 50 en 2017.

Il s'est retrouvé en incapacité totale de travailler dès le 20 octobre 2017. Il a bénéficié d'indemnités perte de gain servies par H_____ jusqu'au 20 octobre 2019.

Son contrat de travail a été résilié dans l'intervalle, le 20 mars 2019 pour le 30 juin 2019.

A_____ a parallèlement obtenu, par décision du 21 février 2019, une rente entière d'invalidité à compter du 1^{er} octobre 2018 s'élevant à 2'012 fr. par mois en 2018 et à 2'029 fr. par mois en 2019. Il a également obtenu une rente d'enfant pour C_____ de 805 fr. par mois en 2018 et de 811 fr. par mois en 2019. H_____ a depuis lors versé les indemnités journalières sous déduction de la rente d'invalidité et de la rente pour enfant.

Durant toute la période d'indemnisation par l'assurance perte de gain, de novembre 2017 à octobre 2019, A_____ a perçu, en moyenne, un revenu mensuel net de l'ordre de 4'000 fr.

Depuis le 1^{er} novembre 2019, A_____ perçoit une rente d'invalidité AI de 2'029 fr. et une rente d'invalidité LPP de 1'603 fr. Ses revenus s'élèvent ainsi à 3'632 fr. par mois.

f.b Les charges mensuelles de A_____ s'élèvent à 2'228 fr. par mois, incluant une base mensuelle d'entretien de 1'000 fr. (inférieure de 200 fr. au montant admissible de 1'200 fr. car il habite chez ses parents), une participation au loyer de ses parents de 500 fr., des frais médicaux non pris en charge par l'assurance de 200 fr. (359 fr. par mois en 2017, 165 fr. 80 par mois en 2018 et 86 fr. 50 par mois en 2019, soit 200 fr. en moyenne), sa prime d'assurance-maladie de 428 fr., subside déduit, et sa cotisation AVS de 100 fr.

f.c B_____ a travaillé en qualité de _____ au Canada durant plusieurs années. Elle a cessé son activité lucrative à son arrivée en Suisse. Elle s'exprime en anglais et ne maîtrise pas le français. Depuis la séparation des époux, elle est assistée par l'Hospice général.

f.d Les charges de B_____ se sont élevées à 3'000 fr. par mois jusqu'au 15 novembre 2018 (80% du loyer de l'appartement : 1'060 fr.; loyer du parking : 160 fr.; prime d'assurance-maladie 2018 : 362 fr. 30; frais de transports : 70 fr.; base mensuelle d'entretien : 1'350 fr.).

Depuis le 16 novembre 2018, elles ascendent à 2'460 fr. (80% du loyer de l'appartement : 659 fr.; prime d'assurance-maladie 2019 : 383 fr. 20; frais de transports : 70 fr.; base mensuelle d'entretien : 1'350 fr.).

f.e Compte tenu de son handicap, C_____ nécessite une aide importante et régulière pour accomplir les actes de la vie quotidienne, aide apportée actuellement par sa mère qui assume la prise en charge de l'enfant depuis la séparation.

Du lundi au vendredi de 8h00-9h00 à 17h00-18h00, lorsqu'il n'est pas hospitalisé ou malade, C_____ est pris en charge par l'institution I_____. Il est transporté par un tiers dans cet établissement pour un coût de 22 fr. 50 par trajet. Le reste du temps, soit le soir, la nuit, le week-end et durant les vacances scolaires, l'enfant est pris en charge par sa mère.

C_____ a subi par le passé une lourde opération de la colonne vertébrale. Il a à nouveau été hospitalisé en 2019 pour une opération de la hanche et une gastrostomie puis a dû demeurer en convalescence à domicile. L'enfant est par ailleurs fréquemment malade et doit de ce fait souvent rester à la maison.

f.f C_____ bénéficie, depuis le 1^{er} décembre 2016, d'une allocation d'impotence de degré moyen (39 fr. 20 par jour) et d'un supplément pour soins intenses d'une durée de quatre heures (15 fr. 70 par jour). Ces indemnités ne sont pas versées lorsqu'il est hospitalisé. Durant le premier semestre 2019, l'allocation pour impotent destinée à l'enfant s'est élevée à 12'869 fr. 10 versés à B_____. Celle-ci admet percevoir un montant de l'ordre de 2'000 fr. par mois à ce titre, sauf lorsque C_____ est hospitalisé.

Ce dernier bénéficie en outre, depuis le 1^{er} octobre 2018, de la rente pour enfant liée à l'invalidité de son père (805 fr. en 2018; 811 fr. dès 2019). Depuis le 1^{er} novembre 2019, il perçoit également une rente pour enfant de 380 fr. par mois liée à la rente LPP du précité. Ces montants sont versés directement à B_____.

B_____ perçoit encore les allocations familiales en 300 fr. destinées à l'enfant.

f.g Les charges mensuelles de l'enfant C_____, se sont élevées à 840 fr. jusqu'au 15 novembre 2018 (part du loyer 20% de 1'326 fr. : 266 fr.; prime d'assurance-maladie : 47 fr. 10 subside déduit; prime d'assurance-maladie complémentaire : 24 fr. 05; frais médicaux non remboursés : 30 fr.; frais supplémentaires liés au handicap : 70 fr.; base d'entretien mensuelle : 400 fr.) puis à 740 fr. dès le 16 novembre 2018 (part du loyer 20% de 823 fr. 35 : 165 fr.; prime d'assurance-maladie 2019 : 50 fr. 30 subside déduit; prime d'assurance-maladie complémentaire : 24 fr. 05; frais médicaux non remboursés : 30 fr.; frais supplémentaires liés au handicap : 70 fr.; base mensuelle d'entretien : 400 fr.).

D. a. Par acte reçu au greffe du Tribunal le 26 avril 2018, B_____ a requis le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale.

b. Le Tribunal a rendu un jugement JTPI/16032/19 le 12 novembre 2019, dans la cause C/1_____/2018 qui :

- autorisait les époux à vivre séparés (chiffre 1 du dispositif du jugement);
- confiait la garde de C_____ à B_____ (chiffre 2);
- réservait à A_____ un droit de visite s'exerçant au minimum à raison d'un dimanche sur deux de 15h00 à 16h00 (chiffre 3);
- fixait l'entretien convenable de C_____, allocations familiales, rentes AI et LPP déduites, à 3'700 fr. par mois du 1^{er} mai 2018 au 30 septembre 2018, à 2'900 fr. par mois jusqu'au 15 novembre 2018, à 2'190 fr. par mois jusqu'au 31 octobre 2019 et à 1'800 fr. par mois dès le 1^{er} novembre 2019 (chiffre 4);
- condamnait A_____ à verser une contribution d'entretien pour C_____, allocations familiales et rentes AI et LPP non comprises, de 1'500 fr. par mois du 1^{er} mai 2018 au 31 octobre 2019 et de 1'180 fr. dès le 1^{er} novembre 2019 (chiffres 5 et 6).

Le Tribunal a notamment retenu que A_____ avait perçu, jusqu'au 1^{er} novembre 2019, un revenu mensuel net moyen de 3'950 fr. Depuis lors, il était au bénéfice

d'une rente AI de 2'029 fr. et d'une rente LPP de 1'603 fr., soit 3'632 fr. par mois. Après déduction de ses charges mensuelles incompressibles en 2'447 fr. 10 (500 fr. de loyer + 427 fr. 10 de prime d'assurance-maladie + 200 fr. de frais médicaux non remboursés + 70 fr. de frais de transports + 1'250 fr. (*sic*) de base mensuelle d'entretien), son solde disponible s'élevait à 1'500 fr. par mois jusqu'au 1^{er} novembre 2019 et ensuite à 1'180 fr. par mois.

B_____ n'exerçait pas d'activité lucrative. Compte tenu de l'âge de l'enfant, de son état de santé et du fait qu'il avait été pris en charge exclusivement par sa mère depuis sa naissance, aucun revenu hypothétique ne pouvait être imputé à celle-ci au stade des mesures protectrices de l'union conjugale. L'allocation pour impotent dont bénéficiait l'enfant visant à financer l'aide dont celui-ci avait besoin pour accomplir les actes élémentaires de la vie quotidienne, il n'y avait pas non plus lieu de la comptabiliser dans les revenus de B_____. Les charges mensuelles incompressibles de la mère s'élevaient à 3'000 fr. jusqu'au 15 novembre 2018, date à laquelle elle avait déménagé dans son nouvel appartement, et à 2'460 fr. à partir de cette date.

Après intégration de ce montant dans les charges de l'enfant C_____ à titre de contribution de prise en charge et déduction des allocations familiales (300 fr.), de la rente AI pour enfant (805 fr. dès le 1^{er} octobre 2018; 811 fr. dès le 1^{er} janvier 2019) et de la rente LPP (380 fr. dès le 1^{er} novembre 2019), l'entretien convenable de C_____ était compris entre 3'700 fr. et 1'800 fr. par mois.

Compte tenu de son solde disponible, A_____ devait par conséquent être condamné à verser à B_____ un montant de 1'500 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de C_____ du 1^{er} mai 2018 au 31 octobre 2019, puis de 1'180 fr. par mois dès le 1^{er} novembre 2019, allocations familiales et rentes AI et LPP non comprises.

c. A_____ a appelé de ce jugement le 25 novembre 2019, concluant à ce qu'il soit constaté que les coûts directs de l'enfant étaient couverts par ses revenus propres, composés des allocations familiales, des rentes AI et LPP, ainsi que de l'allocation pour impotent, et qu'aucune contribution d'entretien n'était due. En outre, B_____ devait se voir imputer un revenu hypothétique. De plus, le Tribunal avait mal apprécié ses charges et celles de l'enfant. Enfin, le premier juge avait porté atteinte à son minimum vital en fixant la contribution d'entretien effective aux montants mentionnés ci-dessus.

d. B_____ a conclu au rejet de l'appel.

e. Alors que la cause était gardée à juger depuis le 17 janvier 2020, A_____ a allégué, dans un courrier adressé à la Cour le 22 janvier 2020, un fait nouveau consistant dans la signature d'un bail, le 16 janvier 2020, pour la location d'un

logement dès le 1^{er} avril 2020 dont le loyer était de 973 fr. par mois charges comprises.

f. Par arrêt du 16 juin 2020, la Cour a modifié les montants de l'entretien convenable de C_____ et les a fixés, allocations familiales et rentes AI et LPP déduites, à 3'540 fr. par mois du 1^{er} mai 2018 au 30 septembre 2018, à 2'735 fr. par mois jusqu'au 15 novembre 2018, à 2'090 fr. par mois jusqu'au 31 octobre 2019, et à 1'710 fr. par mois à compter du 1^{er} novembre 2019. Pour le surplus, la Cour a confirmé le jugement entrepris.

S'agissant des faits et moyens de preuve nouveaux allégués et produits le 22 janvier 2020, la Cour les a déclarés irrecevables car introduits aux débats après que la cause avait été gardée à juger.

Pour fixer la contribution à l'entretien de l'enfant, la Cour a retenu que A_____ avait perçu un revenu mensuel net de 4'000 fr. de janvier 2018 à octobre 2019, puis de 3'632 fr. dès le 1^{er} novembre 2019. Compte tenu de charges de 2'228 fr. par mois, il bénéficiait ainsi d'une quotité disponible de 1'772 fr. jusqu'au 31 octobre 2019 (4'000 fr. – 2'228 fr.), puis de 1'404 fr. dès le 1^{er} novembre 2019 (3'632 fr. – 2'228 fr.). Les contributions d'entretien fixées par le Tribunal n'entamaient par conséquent pas son minimum vital.

De son côté, B_____ ne pouvait se voir imputer un revenu hypothétique en ayant à charge un enfant de 7 ans, lourdement handicapé, même s'il était accueilli cinq jours sur sept en institution; il devait en effet subir des opérations et être hospitalisé deux semaines avant de rester un mois à la maison en convalescence; il avait en outre déjà été opéré de la colonne vertébrale et était souvent malade ce qui impliquait qu'il ne pouvait quitter le domicile. Par ailleurs, il n'était pas établi que la formation et les connaissances linguistiques de B_____ lui permettaient de s'insérer aisément dans le marché du travail genevois. Finalement, l'allocation pour impotent ne pouvait être considérée comme un revenu de B_____ car elle avait pour fonction de couvrir les surcoûts liés à la prise en charge d'un enfant handicapé. Les charges de l'intimée s'élevant à 3'000 fr. jusqu'au 15 novembre 2018 et, dès le 16 novembre 2018, à 2'460 fr. elles correspondaient au déficit de son budget, faute de revenus.

Quant à l'enfant C_____, ses frais directs s'élevaient à 840 fr. jusqu'au 15 novembre 2018 puis à 740 fr. dès le 16 novembre 2018. En y ajoutant les frais de prise en charge, correspondant aux besoins de sa mère, les charges de l'enfant s'établissaient à 3'840 fr. jusqu'au 15 novembre 2018 (840 fr. + 3'000 fr.) et à 3'200 fr. dès le 16 novembre 2018 (740 fr. + 2'460 fr.). Après déduction des allocations familiales et des rentes AI et LPP perçues par l'enfant, son entretien convenable s'établissait comme suit :

- 3'540 fr. du 1^{er} mai 2018 au 30 septembre 2018 (minimum vital 840 fr. + contribution de prise en charge 3'000 fr. – allocations familiales 300 fr.).
- 2'735 fr. jusqu'au 15 novembre 2018 (minimum vital 840 fr. + contribution de prise en charge 3'000 fr. – allocations familiales 300 fr. – rente d'enfant AI 2018 805 fr.).
- 2'090 fr. (montant arrondi) jusqu'au 31 octobre 2019 (minimum vital 740 fr. + contribution de prise en charge 2'460 fr. – allocations familiales 300 fr. – rente d'enfant AI 2019 811 fr.).
- 1'710 fr. (montant arrondi) dès le 1^{er} novembre 2019 (minimum vital 740 fr. + contribution de prise en charge 2'460 fr. – allocations familiales 300 fr. – rente d'enfant AI 2019 811 fr. – rente d'enfant LPP 380 fr.).

E. a. Le 10 mars 2020, A_____ a déposé une demande en divorce auprès du Tribunal.

Elle était assortie d'une requête de mesures provisionnelles qui comportait les mêmes conclusions que celles prises dans l'appel contre la décision rendue sur mesures protectrices de l'union conjugale du 25 novembre 2019, alors encore en cours d'instruction, à savoir qu'il soit dispensé de toute contribution envers son fils et son épouse.

Il invoquait, à titre de fait nouveau justifiant que l'on réexamine la contribution d'entretien, l'augmentation de ses charges suite à la conclusion du bail du 16 janvier 2020, augmentant ses frais de logement à 973 fr. par mois dès le 1^{er} avril 2020. Il alléguait également un arrangement pris le 16 juillet 2019 avec l'administration fiscale afin de régler des arriérés d'impôts par acomptes mensuels de 445 fr. 40 d'août 2019 à mai 2020.

b. B_____ s'est opposée au prononcé de mesures provisionnelles.

c. Dans son ordonnance du 6 juillet 2020 dont est présentement appel, le Tribunal a rejeté la requête de mesures provisionnelles au motif que celles-ci n'étaient ni nécessaires ni commandées par des faits nouveaux imposant de modifier la solution retenue sur mesures protectrices de l'union conjugale, car les circonstances ne s'étaient pas modifiées de manière essentielle et durable. En effet, aucune décision définitive sur mesures protectrices n'avait encore été rendue, l'appel étant en cours d'instruction, et il n'était pas possible de concevoir l'existence de faits nouveaux par rapport à une décision qui n'était pas encore rendue. La Cour avait d'ailleurs sans doute été saisie des mêmes faits nouveaux dans le cadre de l'appel et en tiendrait compte. Il n'y avait pas de fait nouveau autorisant la modification de mesures préexistantes s'agissant de l'arrangement avec le fisc car ces circonstances étaient connues depuis le mois d'août 2019. En tout état, la requête de mesures provisionnelles était insuffisamment motivée pour saisir en quoi il était justifié de modifier les mesures protectrices de l'union conjugale prononcées. Le Tribunal s'interrogeait également sur la question de

savoir si la requête de mesures provisionnelles n'était pas irrecevable pour cause de litispendance, la cause sur mesures protectrices de l'union conjugale étant toujours en cours d'instruction; il laissait toutefois la question ouverte vu le rejet de la requête pour d'autres motifs.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions provisionnelles au sens de l'article 308 al. 1 lit. b CPC 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. 2 CPC).

Interjeté dans le délai de dix jours (art. 271 lit. a et 314 al. 1 CPC), suivant la forme écrite prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC), dans une cause portant sur des prétentions dont la valeur capitalisée (art. 92 al. 2 CPC) est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC) dans la limite des griefs suffisamment motivés qui sont formulés (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4; arrêts du Tribunal fédéral 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014 consid. 5, 5A_89/2014 du 15 avril 2014 consid. 5.3.2). En particulier, elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.3).

En matière de mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de divorce – auxquelles sont applicables les dispositions régissant les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC) – l'établissement des faits est limité à la simple vraisemblance et l'examen du droit est sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de la sécurité (art. 271 ss CPC; ATF 130 III 321 consid. 5; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb = JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_762/2013 du 27 mars 2014).

1.3 Le juge établit les faits d'office (art. 272 CPC). L'art. 272 CPC ne prévoit toutefois que la maxime inquisitoire dite sociale ou limitée, qui n'oblige pas le juge à rechercher lui-même l'état de fait pertinent. Les parties ne sont pas dispensées de collaborer activement à la procédure : il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2 et les références citées).

Les questions relatives aux enfants sont en revanche soumises à la maxime inquisitoire illimitée et à la maxime d'office. Ainsi, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties et il établit les faits d'office (art. 55 al. 2, 58 al. 1 et 2

et 296 CPC; ATF 129 III 417 consid. 2.1.2; ATF 128 III 411 consid. 3.2.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_386/2014 du 1^{er} décembre 2014 consid. 6 et 5A_757/2013 du 14 juillet 2014 consid. 2.1, 5A_693/2007 du 18 février 2008 consid. 6). Toutefois, même en matière de maxime inquisitoire illimitée, l'obligation du juge d'établir d'office les faits n'est pas sans limite et ne dispense pas les parties de collaborer à la procédure et d'étayer leurs propres thèses, notamment lorsqu'elles tendent à réduire des prestations en faveur de l'enfant (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_808/2012 du 29 août 2013 consid. 4.3.2).

2. **2.1** A teneur de 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 cause concerne des enfants mineurs et que le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée, l'application de l'art. 317 al. 1 CPC n'est toutefois pas justifiée. Les parties peuvent dès lors présenter des *nova* en appel, même si les conditions prévues par cette disposition ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

3. Réagissant à l'évocation par le Tribunal, dans le jugement dont est appel, de la problématique de la litispendance entre des mesures provisionnelles dans une procédure de divorce et des mesures protectrices de l'union conjugale, l'appelant y consacre des développements dans son mémoire d'appel. L'intimée n'aborde pas la question.

Le premier juge n'ayant pas statué sur la litispendance et n'ayant évoqué cette question que dans un *obiter dictum*, il n'y a aucune décision de sa part contre laquelle recourir. Compte tenu de l'obligation d'examiner d'office les conditions de recevabilité des actions (art. 60 CPC), auxquelles appartient l'exception de litispendance (art. 59 al. 2 let. d CPC), la Cour rappellera que le Tribunal fédéral a délimité les compétences respectives du juge des mesures protectrices et de celui des mesures provisionnelles lorsque l'action en divorce est introduite pendant la procédure de mesures protectrices : la procédure de mesures protectrices ne devient pas sans objet, le juge des mesures protectrices demeurant en effet compétent pour la période antérieure à la litispendance créée par l'action en divorce, et ce, même s'il ne rend sa décision que postérieurement. La décision de mesures protectrices déploie ses effets - au-delà de la litispendance - jusqu'à ce que le juge des mesures provisionnelles l'ait modifiée; s'il n'y a pas de conflit de compétence, il importe peu que, en raison du temps nécessaire au traitement du dossier par le tribunal, la décision de mesures protectrices ait ainsi été rendue avant ou après la litispendance de l'action en divorce (ATF 138 III 646

consid. 3.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_13/2019 et 5A_20/2019 du 2 juillet 2019 consid. 3.1).

La problématique de la litispendance ne se pose donc pas.

4. L'appelant soulève dans le cadre des développements "en droit" de son mémoire d'appel, un unique grief contre le jugement entrepris, soit le fait que le Tribunal ne soit pas entré en matière sur la modification de la contribution d'entretien de C_____ en raison de l'accroissement de son minimum vital, respectivement la réduction de la quotité disponible de ses revenus, découlant de l'augmentation de ses charges de logement; il n'invoque plus l'accroissement de ses charges d'impôts.

4.1 Présument que la Cour, saisie d'un appel contre le jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale, statuerait sur ce fait nouveau, le Tribunal n'a pas réglé la question par le biais de mesures provisionnelles dans la procédure de divorce, au motif qu'il ne pouvait y avoir changement de circonstances par rapport à une situation qui n'avait pas encore été définitivement réglée. Or, le pronostic selon lequel la Cour traiterait du fait nouveau dans le cadre de l'appel sur mesures protectrices ne s'est pas réalisé. La requête de mesures provisionnelles reprend ainsi son sens.

4.2.1 Le juge du divorce ordonne les mesures provisionnelles nécessaires pendant la procédure. Pour déterminer si les mesures sont nécessaires, le juge doit procéder à une balance des intérêts appliquant le principe de proportionnalité (ATF 123 III 1 consid. 3a = JdT 1998 I 39). Si une décision sur mesures protectrices de l'union conjugale préexiste, elle est maintenue pendant la procédure de divorce pour valoir mesures provisionnelles (art. 276 al. 2 1^{ère} phrase CPC). Le juge du divorce est compétent pour prononcer leur modification ou leur révocation (art. 276 al. 2 2^{ème} phrase CPC). Pour ce faire, il applique par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 2^{ème} phrase CPC).

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 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 s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'avait pas eu connaissance de faits importants (ATF 141 III 376 consid. 3.3.1; ATF 129 III 60

consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_64/2018 du 14 août 2018 consid. 3.1, 5A_787/2017 du 28 novembre 2017 consid. 5.1, 5A_617/2017 du 28 septembre 2017 consid. 3.1, 5A_403/2016 du 24 février 2017 consid. 3.1, 5A_732/2015 du 8 février 2016 consid. 2).

La survenance d'un fait nouveau - important et durable - n'entraîne toutefois pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des 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. 4.1).

La procédure de modification 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; arrêts du Tribunal fédéral 5A_64/2018 du 14 août 2018 consid. 3.1, 5A_486/2016 du 10 janvier 2017 consid. 3.2, 5A_524/2016 du 12 décembre 2016 consid. 4.1.2, 5A_745/2015 et 5A_755/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.1.1).

Lorsque le juge admet que les conditions susmentionnées sont remplies, il doit en principe fixer à nouveau la contribution d'entretien après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 604 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_332/2013 du 18 septembre 2013 consid. 3.1).

4.2.2.1 Selon l'art. 276 alinéa 2 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.

La contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant, à la situation et aux ressources de ses père et mère et tenir compte de la fortune et des revenus de l'enfant (art. 285 al. 1 CC). La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la contribution d'entretien en faveur de l'enfant. Sa fixation relève de l'appréciation du juge, qui jouit d'un large pouvoir à cet égard et

applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC; ATF 144 III 481 consid. 4.1; ATF 140 III 337 consid. 4.2.2; ATF 134 III 577 consid. 4; ATF 128 III 411 consid. 3.2.2).

La contribution d'entretien est calculée en fonction de toutes les prestations fournies par chaque parent en soins, en éducation et en argent. Les critères à prendre en compte s'appuient toujours sur les besoins de l'enfant et sur la situation et les ressources de ses père et mère (arrêts du Tribunal fédéral 5A_584/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.1 et 5A_764/2017 du 7 mars 2018 consid. 4.1.3 et les références). Ces différents critères doivent être pris en considération et exercent une influence réciproque les uns sur les autres; les besoins de l'enfant et la contribution à son entretien doit être dans un rapport raisonnable avec le niveau de vie et la capacité contributive du débirentier (ATF 134 III 337 consid. 2.2.2; ATF 120 II 85 consid. 3; ATF 116 II 110 consid. 3a).

Pour déterminer la contribution d'entretien due par chacun des parents séparés, il sied de répartir les besoins non couverts des enfants entre les père et mère en fonction de leur capacité contributive respective. Si l'attribution de la garde de l'enfant n'est plus le critère exclusif de répartition des prestations d'entretien entre les parents, le fait qu'un parent apporte déjà une part de l'entretien en nature doit être pris en considération et reste un critère essentiel dans la détermination de l'entretien de l'enfant, en particulier lorsqu'il s'agit de savoir qui doit supporter son entretien en espèces (arrêts du Tribunal fédéral 5A_764/2017 du 7 mars 2018 consid. 4.1.3 et 5A_584/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.1). Ainsi, celui des parents dont la capacité financière est supérieure peut être tenu, suivant les circonstances, de contribuer à l'entier du besoin en argent si l'autre remplit son obligation essentiellement en nature (ATF 120 II 285; arrêt du Tribunal fédéral 5A_584/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.3). A l'inverse, il est aussi admis que le parent qui dispense déjà à l'enfant soins et éducation se voie également mis à charge des prestations pécuniaires, voire l'entier de celles-ci, si sa capacité financière est sensiblement plus importante que celle de l'autre parent (ATF 134 III 337 consid. 2.2.2; ATF 120 II 285; arrêts du Tribunal fédéral 5A_584/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.3 et 5A_119/2017 du 30 août 2017).

Les besoins financiers de l'enfant se composent en principe d'un montant de base (les frais d'alimentation, des vêtements et du linge y compris leur entretien, des soins corporels et de santé, etc.), des frais de logements (part au loyer), des primes d'assurance-maladie, des éventuels frais de prise en charge par des tiers ou encore d'autres frais directs (arrêt du Tribunal fédéral 5A_583/2018 du 18 janvier 2019 consid. 5.1).

Aux frais directs générés par l'enfant viennent s'ajouter les coûts indirects de sa prise en charge (ATF 144 III 377 consid. 7.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_931/2017 du 1^{er} novembre 2018 consid. 5.1). Le législateur a renoncé à

codifier une méthode de calcul de la contribution de prise en charge. Le Tribunal fédéral applique la méthode dite des frais de subsistance. Selon cette méthode, il faut retenir comme critère la différence entre le salaire net perçu de l'activité lucrative et le montant total des charges du parent gardien, étant précisé qu'il y a lieu de se fonder, en principe, sur le minimum vital élargi du droit de la famille (cf. *infra*; ATF 144 III 377 consid. 7.1.2.2 et 7.1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_880/2018 du 5 avril 2019 consid. 5.3.1).

Il convient de déduire des besoins de chaque enfant crédirentier ses propres allocations familiales (arrêts du Tribunal fédéral 5A_776/2012 du 13 mars 2013 consid. 5.2, 5A_690/2010 du 21 avril 2011 consid. 3 = JdT 2012 II 302 et 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 3) ou autres prestations destinées à son entretien (arrêts du Tribunal fédéral 5A_892/2013 du 29 juillet 2014 consid. 4.4.3 et 5A_207/2009 du 21 octobre 2009 consid. 3.2 in FamPra.ch 2010 p. 226).

4.2.2.2 L'obligation d'entretien des parents sous forme d'argent trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier qui équivaut à la quotité disponible de ses revenus après déduction de son minimum vital, lequel doit être dans tous les cas préservé (ATF 144 III 502 consid. 6.4; ATF 137 III 59 consid. 4.2.1; ATF 135 III 66 consid. 2; ATF 123 III 1 consid. 3b/bb et 5 *in fine*).

Du revenu du parent débirentier et du parent crédirentier sont déduites ses charges incompressibles constitutives de son minimum vital pour parvenir à sa capacité contributive.

En présence de situations financières modestes ou moyennes qui ne permettent pas de couvrir les charges usuelles, les charges se calculent en se fondant sur le minimum vital du droit des poursuites, soit un montant de base mensuel auquel il est ajouté les dépenses incompressibles telles que les frais de logement, les cotisations d'assurance-maladie obligatoire et les frais de transports publics (arrêt du Tribunal fédéral 5A_329/2016 du 6 décembre 2016 consid. 4.1; BASTONS BULLETTI, L'entretien après le divorce : Méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77, p. 84 ss et 101 ss). Dès que la situation le permet parce que les conditions financières sont plus favorables, il y a lieu d'ajouter au minimum vital du droit des poursuites des suppléments comme les impôts, certaines primes d'assurances non obligatoires (RC privée, ménage, complémentaires d'assurance maladie), la part de frais médicaux non couverte par l'assurance de base pour autant que leur caractère régulier soit établi, les taxes ou redevances TV et radio, les frais de téléphone, les cotisations au 3ème pilier, ou encore les contributions d'entretien versées aux enfants majeurs pour autant que leur versement régulier soit établi par pièces et ne dépasse pas une mesure raisonnable eu égard aux revenus du débiteur (minimum vital élargi du droit de la famille). Le minimum vital strict du droit des poursuites permet en effet une

existence tout juste décente, mais limitée à la durée de l'exécution forcée; en droit de la famille, les contributions d'entretien sont dues à plus long terme ce qui exclut de telles restrictions (ATF 144 III 377 consid. 7.1.4; BASTONS BULLETTI, *op. cit.*, p. 90, 91 et 102).

Seules les charges effectives dont le débirentier ou le crédirentier s'acquitte réellement doivent être prises en compte (ATF 140 III 337 consid. 4.2.3; ATF 121 III 20 consid. 3a).

4.3.1 En l'espèce, l'appelant invoque un fait nouveau consistant dans l'augmentation de ses charges de logement de 473 fr., laquelle est prouvée par pièces. Au vu de son budget restreint, une telle différence est sensible et modifie la quotité disponible de ses gains de telle sorte que la contribution d'entretien fixée porte désormais atteinte à son minimum vital. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur la demande de modification.

Sans qu'il le développe sous forme de grief dans la partie "en droit" de son mémoire d'appel, l'appelant critique, dans la partie "en fait", le calcul des charges des divers membres de la famille effectué par le Tribunal sur mesures provisionnelles et la Cour sur mesures protectrices de l'union conjugale. Il estime désormais ses charges à 3'050 fr. 05 (base mensuelle d'entretien : 1'250 fr.; loyer : 973 fr.; prime d'assurance-maladie : 397 fr. 70; frais médicaux non couverts par l'assurance : 108 fr. 35; frais de transports : 70 fr.; fitness : 49 fr.; retenue sur rente AVS : 100 fr.; remboursement d'arriérés de loyer : 100 fr.; impôts : 2 fr.). Cette liste n'est accompagnée d'aucune pièce justificative et l'offre de preuve proposée pour cet allégué est "par la procédure".

Conformément aux principes rappelés ci-dessus, le juge modifiant la contribution d'entretien sur la base de faits nouveaux en reprend globalement le calcul et réexamine chacun de ses éléments, notamment afin de vérifier leur actualité. En l'occurrence, la seule circonstance nouvelle pertinente et établie est le fait que l'appelant a quitté le domicile de ses parents pour se constituer un domicile propre, ce qui augmente ses frais de logement de 473 fr. et provoque l'adaptation de la base mensuelle d'entretien à 1'200 fr. (Normes d'insaisissabilité pour l'année 2020 – RS/GE E.3.60.04 – art. I.1). Les autres charges énumérées ci-dessus qui n'auraient pas déjà été retenues par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale ne sont ni établies ni pertinentes sous l'angle du minimum vital, vu les moyens restreints des parties. Il en résulte que les charges de l'appelant ont augmenté de 673 fr. en raison de son déménagement (473 fr. + 200 fr.).

4.3.2 L'intimée fait valoir que l'appelant pourrait continuer à vivre chez ses parents, ce qui serait d'ailleurs opportun au vu des séquelles de son opération.

Le déménagement de l'appelant réduit en effet sa capacité à contribuer à l'entretien de son enfant. Rien ne s'oppose toutefois à ce qu'il se constitue un domicile propre

après avoir été hébergé provisoirement par ses parents. Son nouveau loyer n'est en outre pas excessif.

4.3.3 Pour le surplus, les critiques générales adressées par l'appelant au calcul de sa capacité contributive et des besoins de l'enfant tendent à remettre en cause des décisions en force, sans élément nouveau, ce qui est exclu dans le cadre d'une action en modification d'une contribution d'entretien au sens de l'art. 286 al. 2 CPC. En tout état, le résultat auquel sont parvenues les juridictions qui ont déjà eu à connaître du litige est conforme aux principes rappelés ci-dessus (consid. 4.2.2.1 et 4.2.2.2).

4.3.4 En conclusion, les charges de l'appelant seront augmentées de 679 fr. à compter du 1^{er} avril 2020, date de son déménagement dans son nouveau logement. Les revenus et les charges de l'appelant retenus en dernier lieu par la Cour dans son arrêt du 16 juin 2020 étaient respectivement de 3'632 fr. et de 2'228 fr., soit un disponible de 1'404 fr. Compte tenu de l'augmentation des charges admise, le disponible de l'appelant est réduit à 725 fr. (3'632 fr. – 2'228 fr. – 679 fr.), montant maximal auquel il peut être condamné pour contribuer à l'entretien de son fils dès le 1^{er} avril 2020.

Le chiffre 6 du dispositif du jugement JTPI/16032/2019 du 12 novembre 2019 dans la cause C/1_____/2018 sur mesures protectrices de l'union conjugale sera ainsi modifié en ce sens que la contribution à l'entretien de C_____ sera fixée à 725 fr. dès le 1^{er} avril 2020. Par conséquent, le chiffre 1 du dispositif de l'ordonnance attaquée sera annulé et la Cour statuera à nouveau dans ce sens.

- 5.** Les parties ont abordé, dans leurs réplique et duplique, des difficultés rencontrées dans l'exercice du droit de visite par A_____ sur C_____, sans toutefois prendre de conclusions à cet égard.

Il n'y pas lieu d'examiner cette question à ce stade, l'intérêt de l'enfant n'étant pas mis en péril. Le juge de première instance a requis un rapport du SEASP et pourra statuer sur cet objet au bénéfice d'une instruction complète.

- 6.** La Cour statue dans sa décision finale sur les frais, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95, 104, 105 CPC).

Ils sont en règle générale mis à la charge de la partie succombante (art. 106 CPC). La Cour peut toutefois s'écarter de cette règle et répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsque litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 3 CPC).

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

Dès lors que ni la quotité ni la répartition des frais judiciaires et dépens de première instance n'ont été remises en cause en appel et que ceux-ci ont été arrêtés conformément aux règles légales (art 95, 96, 104 al. 1, 107 al. 1 let. c CPC; art. 32 RTFMC), le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

6.2 Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 800 fr. (art. 96 CPC; art. 19 LaCC; art. 30 et 35 RTFMC).

Pour des motifs d'équité liés à la nature et à l'issue du litige, ils seront répartis à parts égales entre les parties (art. 106, 107 al. 1 let. c CPC), soit 400 fr. à la charge de chacune d'elles.

Les deux parties plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire, elles en seront provisoirement exonérées (art. 118 al. 1 let. b CPC), sous réserve de remboursement aux conditions de l'art. 123 CPC.

6.3 Pour les mêmes motifs, il ne sera pas alloué de dépens d'appel.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 20 juillet 2020 par A_____ contre le chiffre 1 du dispositif de l'ordonnance OTPI/437/2020 rendue le 6 juillet 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/5748/2020-10.

Au fond :

Annule le chiffre 1 du dispositif de l'ordonnance attaquée et, statuant à nouveau sur ce point :

Modifie le chiffre 6 du dispositif du jugement JPTI/16032/19 rendu le 12 novembre 2019 par le Tribunal de première instance sur mesures protectrices de l'union conjugale dans la cause C/1_____/2018, en ce sens que la contribution due par A_____ à l'entretien de son fils C_____ est fixée à 725 fr. dès le 1^{er} avril 2020.

Déboute les parties de toute autre conclusion d'appel.

Sur les frais :

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

Les laisse provisoirement à la charge de l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Sylvie DROIN et Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le Président :

Ivo BUETTI

La Greffière :

Camille LESTEVEN

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.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.