

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/10356/2012

ACJC/1464/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 13 DECEMBRE 2013

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ Vessy, appelant d'une ordonnance rendue par la 20ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 15 avril 2013, comparant par Me Albert J. Graf, avocat, rue Alfred Cortot 1, 1260 Nyon, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ Veyrier, intimée, comparant par Me Diane Broto, avocate, rue du Conseil-Général 18, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16.12.2013.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance du 15 avril 2013, communiquée pour notification aux parties le 17 avril 2013, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a statué sur les mesures provisionnelles requises dans le cadre de la procédure de divorce par A_____ contre son épouse B_____ le 15 mai 2012, tendant à faire modifier les mesures protectrices de l'union conjugale qui régissaient les effets de leur séparation depuis le 1^{er} décembre 2008 (ci-après : les mesures protectrices).

Le Tribunal a constaté qu'il existait des faits nouveaux justifiant de modifier lesdites mesures protectrices et est dès lors entré en matière sur les mesures provisionnelles requises.

Ce faisant, il a dit que la garde sur l'enfant C_____, né le _____ 1999, s'exercerait de manière alternée, à raison d'une semaine chez chacun des parents, et durant la moitié des vacances scolaires (ch. 1 du dispositif), a en revanche confirmé l'attribution de la garde sur l'enfant D_____, née le _____ 2002, à B_____ (ch. 2), a réservé à A_____ un droit de visite sur cette enfant devant s'exercer, sauf accord contraire des parties, une semaine sur deux du mercredi soir au dimanche soir ainsi que durant la moitié des vacances scolaires (ch. 3), a condamné A_____ à verser en mains de B_____, dès le 15 mai 2012, par mois et d'avance, allocations familiales ou d'études non comprises, la somme de 3'000 fr. à titre de contribution à l'entretien de la famille (ch. 4), a condamné A_____ à prendre en charge, dès le 15 mai 2012, les frais relatifs à l'éducation d'C_____, à l'exception de sa prime d'assurance-maladie (ch. 5), a dit que les allocations familiales restaient acquises à B_____ (ch. 6), a dit que ces mesures étaient valables jusqu'à l'entrée en force du jugement de divorce et a, pour le surplus, confirmé les mesures protectrices en vigueur (ch. 7 et 8), réservant la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires et n'allouant pas de dépens (ch. 9 et 10), condamnant les parties à respecter cette ordonnance et les déboutant de toutes autres conclusions (ch. 11 et 12).

- B. a.** Par acte expédié le lundi 29 avril 2013 au greffe de la Cour de justice, A_____ appelle de cette ordonnance, dont il requiert l'annulation des chiffres 2, 4, 5 et 6 du dispositif.

b. Sur requête de A_____, le caractère exécutoire des chiffres 4 et 5 du dispositif de l'ordonnance attaquée a été suspendu par arrêt présidentiel du 12 juin 2013 (ACJC/806/2013), la requête de suspension du caractère exécutoire des autres chiffres ayant pour le surplus été rejetée.

c. A titre principal, A_____ conclut à ce que la Cour de céans dise que la garde sur l'enfant D_____, née le _____ 2002, devra s'exercer de manière alternée, à raison d'une semaine chez chacun des parents et durant la moitié des vacances scolaire (conclusion IV), qu'elle le condamne à verser en mains de B_____, dès le 15 mai 2012, par mois et d'avance, une somme fixée "*à dire de Justice*" mais au maximum de 2'150 fr. du 1^{er} juillet 2011 au 31 juillet 2012, avec suppression de

cette contribution dès le 1^{er} août 2012 (conclusion V), qu'elle lui donne acte de son engagement de payer les frais d'écolage privé et de cours extrascolaires de C_____ et de D_____ dès le 1^{er} août 2012 "*en fixant la participation financière de B_____ à dire de Justice*" (conclusion VI), qu'elle dise que les allocations familiales doivent être réparties entre les parents, à hauteur de 25% pour lui-même - compte tenu de la garde alternée sur C_____ - et de 75% pour l'intimée "*sous réserve de la conclusion IV qui générerait un système 50/50*" (conclusion VII), qu'elle confirme l'ordonnance querellée pour le surplus, déboute l'intimée de toutes ses conclusions et la condamne en tous les frais et dépens de première instance et d'appel (conclusions VIII et IX).

Il invoque, pièces nouvelles à l'appui, les faits nouveaux suivants : il a reçu en date du 22 avril 2013 de E_____, établissement où D_____ est scolarisée (ci-après : E_____), un relevé de frais impayés de 4'495 fr. 80 qu'il incombe, selon lui, à son épouse de payer; il a donné sa démission à son employeur, F_____ SA, en novembre 2012 pour le 1^{er} juin 2013, de sorte que dès cette date, il ne reçoit plus de salaire. Il allègue en outre ne pas avoir perçu de bonus pour l'année 2012.

Il soutient que le premier juge n'a, à tort, pas retenu dans ses charges mensuelles le montant d'une prime de l'assurance G_____ de 558 fr. par mois qu'il doit payer en relation avec un prêt et il établit un nouveau tableau de ses charges pour un montant total de 7'114 fr., sans invoquer de griefs contre l'ordonnance querellée ayant retenu un montant total de 6'175 fr. 90 à cet égard.

d. Dans sa réponse, B_____ ne remet pas en cause l'existence de faits nouveaux justifiant le prononcé de mesures provisionnelles.

Elle conclut à l'irrecevabilité de la conclusion IV de l'appelant, dès lors qu'il n'élève pas de grief contre la décision querellée et se contente de solliciter la garde alternée sur D_____. Au fond, elle conclut à la confirmation de l'ordonnance querellée, sous suite de frais et dépens d'appel. A titre subsidiaire, elle sollicite que la Cour de céans lui donne acte de ce qu'elle s'en rapporte à justice s'agissant du paiement des frais de scolarité futurs de D_____ par son époux directement à E_____.

Elle conteste la recevabilité en appel du faux "*nova*" allégué par son époux, à savoir sa démission, dès lors qu'elle date du mois de novembre 2012 et qu'il a volontairement omis de l'alléguer durant la procédure de première instance contrairement aux règles de la bonne foi.

e. Par ordonnance d'instruction ACJC/1148/2013, la Cour a imparti aux parties un délai au 9 octobre 2013 pour produire toutes les preuves de paiement des frais d'écolage privés et extrascolaires de leurs enfants, C_____ et D_____, depuis le 15 mai 2012 à ce jour, et à A_____ pour produire toutes les preuves de paiement des contributions d'entretien versées à sa famille durant la même période.

Il ressort des pièces produites par les parties que, pour la période concernée (mai 2012 à octobre 2013), A_____ a payé des contributions d'entretien à sa famille

de 43'152 fr. (19'363 fr. sur le compte de son épouse + 23'789 fr. en mains de l'Office des poursuites), 24'895 fr. d'écolage, 874 fr. de fourniture scolaires, 500 fr. d'abonnement de transports publics et 1'150 fr. de frais de téléphonie mobile pour C_____, 460 fr. d'inscription de D_____ à des cours privés, 1'520 fr. pour la location d'un piano et 5'732 fr. d'achats de vêtements pour les deux enfants, soit un montant total de 78'283 fr. en 17 mois, soit 4'605 fr.

B_____ a pour sa part payé 1'837 fr. de frais médicaux non remboursés pour D_____, 15'846 fr. d'écolage de cette enfant à E_____, 800 fr. de cours d'appui, 1'370 fr. de frais d'équitation, 1'277 fr. de cours de piano, 1'295 fr. de cours de poterie, 360 fr. de camps de poterie, 69 fr. de frais de téléphonie mobile, et pour C_____ : 460 fr. de camps de rafting et 150 fr. de frais pour le rugby, soit au total 23'464 fr.

C. La Cour retient les faits pertinents suivants du dossier qui lui est soumis :

a. B_____, née le _____ 1966, et A_____, né le _____ 1964, se sont mariés le _____ 1997 à Veyrier. Ils ont adopté le régime de la séparation de biens par contrat de mariage des 7 et 11 octobre 2002.

De leur union sont issus deux enfants, C_____, né le _____ 1999 à Chêne-Bougeries, et D_____, née le _____ 2002 à Chêne-Bougeries.

b. Les époux sont copropriétaires pour une moitié chacun d'une villa sise _____ à Veyrier, acquise en octobre 2002 pour 830'000 fr. Ce bien est grevé d'une cédula hypothécaire au porteur d'une valeur de 576'000 fr.

Le prêt hypothécaire est composé de trois tranches, la première de 160'000 fr. comprenant un amortissement progressif et des intérêts dégressifs, une deuxième tranche de 170'000 fr. amortie à l'échéance du prêt par deux polices d'assurance en cas de décès conclues chacune par l'un des époux pour un montant de 200'000 fr. et de la durée du prêt, la troisième tranche de 246'000 fr. sans amortissement avant remboursement de la première tranche. Le taux des intérêts hypothécaires a été, pour les trois tranches, fixé sur la base du taux «*Libor*».

c. Les époux A_____ et B_____ vivent séparément depuis le 1^{er} décembre 2008.

Les relations des parties sont réglées par un jugement du Tribunal de première instance sur mesures protectrices de l'union conjugale du 17 août 2009 (JTPI/1_____) et un arrêt de la Cour de justice du 11 décembre 2009 (ACJC/2_____).

B_____ s'est vue attribuer la garde des deux enfants, son époux ayant un droit de visite devant s'exercer, sauf accord contraire des parties, du jeudi soir au vendredi matin, un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin, une semaine sur deux du lundi soir au mardi matin - lorsque les enfants ne passent pas le week-end avec lui - et la moitié des vacances scolaires.

La contribution à l'entretien de la famille due par A_____ a été fixée à 4'000 fr. par mois dès le 1^{er} décembre 2008 et à 4'300 fr. par mois dès le 1^{er} janvier 2010.

c.a. Lors du prononcé de ces mesures, B_____ travaillait à 80% pour l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après : l'OMPI) à Genève pour un salaire mensuel net de 5'877 fr. 50; elle recevait, en sus, des allocations familiales de 632 fr. 90 par mois et un montant de 432 fr. 60 pour le paiement d'une part des primes d'assurance-maladie de la famille. Ses charges s'élevaient à 4'120 fr. par mois jusqu'au 31 décembre 2009 et à 4'220 fr. dès le 1^{er} janvier 2010.

c.b. A_____ travaillait en qualité de "*responsable bâtiment et architecture*" pour F_____ SA et réalisait, en 2008, un salaire net de 14'459 fr. 25 par mois, en tenant compte d'un bonus extraordinaire de 25'000 fr. reçu en mars 2008 relatif à l'année précédente. Ses charges étaient de 6'921 fr. par mois.

c.c. Les charges mensuelles des deux enfants s'élevaient globalement à 3'078 fr. par mois (3'378 fr. dès janvier 2010).

d. Depuis l'été 2011, A_____ vit en concubinage avec une nouvelle compagne.

e. B_____ a travaillé, momentanément, à 100% entre juillet 2011 et septembre 2012. Elle a ensuite réduit son taux d'activité, désormais à 80%, pour pouvoir assurer, en particulier, les déplacements de D_____ auprès des thérapeutes le mercredi.

f. Par assignation du 15 mai 2012, A_____ a formé une demande unilatérale en divorce, concluant à ce que le Tribunal prononce le divorce des parties, maintienne conjointe l'autorité parentale sur les enfants et instaure une garde alternée entre les parents, fixe la contribution de son épouse à l'entretien des enfants ainsi que le sort des avoirs LPP "*à dire de justice*" et déclare dissout et liquidé le régime matrimonial.

Le même jour, il a requis des mesures provisionnelles, concluant à ce que la contribution à l'entretien de sa famille soit fixée "*à dire de Justice*" mais au maximum à 2'150 fr. par mois du 1^{er} juillet 2011 au 31 juillet 2012 et à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement de s'acquitter, dès le 1^{er} août 2012, des frais d'écolage privés et de cours extrascolaires des enfants en fixant la participation financière de B_____ "*à dire de Justice*".

g. B_____ a conclu au prononcé du divorce, à ce que l'autorité parentale et la garde des enfants lui soient attribuées et qu'un large droit de visite soit réservé au père, à la condamnation de ce dernier à lui verser, par mois et par enfant, à titre de contribution à leur entretien, la somme de 2'000 fr. jusqu'à ce qu'ils aient, respectivement, atteint l'âge de 16 ans puis de 2'200 fr., à la liquidation de la copropriété portant sur le bien immobilier sis à Veyrier, à sa mise en vente aux enchères publiques et au partage, par moitié entre les époux, du produit de la vente après remboursement des dettes grevant l'immeuble et des fonds propres investis, à la restitution de bijoux et au versement de 77'269 fr. 95 au titre de

partage des avoirs de prévoyance professionnelle. Elle a conclu au rejet des mesures provisionnelles.

h. Le Service de protection des mineurs (SPMi) a établi un rapport en date du 21 février 2013 duquel il ressort que les deux enfants ont été entendus. C_____, âgé de 14 ans, a expliqué que depuis 2012 il passe une semaine chez chacun de ses parents, que cette situation lui convient et ne souhaite pas en changer. Lorsqu'il passe la semaine chez son père, il voit moins sa sœur, qui n'est pas avec lui du lundi au mercredi, mais que cela ne lui déplaît pas. D_____, âgée de 11 ans, a indiqué passer une semaine entière avec sa mère et la semaine suivante se rendre chez son père du mercredi soir au lundi matin. Elle a indiqué bien aimer cette situation, puis a dit qu'elle aimerait aussi être avec son frère et que cela soit plus équilibré entre ses deux parents. Elle a précisé que lorsque son frère est chez leur père, il passe le mercredi chez les grands-parents paternels, et que si elle devait également aller chez son père la même semaine, elle préfèrerait passer le mercredi avec lui, sans savoir si cela était possible.

Le SPMi a conclu que la garde sur C_____ pouvait être alternée entre les parents, à raison d'une semaine chez chacun, et durant la moitié des vacances scolaires.

Il a considéré que la situation de D_____, qui souffre de dyslexie et doit se rendre chez une logopédiste ainsi qu'une thérapeute, était différente. Il a relevé que le père, tout en s'étant impliqué de manière importante dans la prise en charge éducative et thérapeutique de sa fille, avait plus de peine que la mère à accepter les difficultés de l'enfant sur le plan des apprentissages. En outre, si l'enfant avait bien évoqué l'éventualité de passer à la garde alternée, elle avait toutefois mis d'avantage l'accent sur le plaisir qu'elle avait à faire des activités dans l'environnement qu'elle rencontrait chez sa mère. Pour ces raisons, le maintien de la situation actuelle paraissait le plus adéquat pour D_____. Le SPMi a ainsi préconisé que la garde soit confiée à la mère "*actuellement un peu plus disponible que le père pour assumer la prise en charge de D_____, notamment les mercredis*" et de réserver au père un large droit de visite d'un week-end sur deux, du mercredi soir au lundi matin, et durant la moitié des vacances scolaires.

i. Lors des plaidoiries finales, l'époux a modifié sa deuxième conclusion, s'engageant à prendre en charge les frais d'écolage de C_____ dès le 1^{er} août 2012, son épouse devant être condamnée à prendre en charge ceux de D_____, dès cette même date, et la contribution à l'entretien de la famille devant être réduite en fonction de ces modifications, ainsi que du nouveau loyer de son épouse et du fait qu'il s'acquittait désormais de sa prime d'assurance-maladie.

B_____ a conclu à ce que la contribution d'entretien soit réduite à 3'500 fr. par mois dès le 1^{er} septembre 2012, s'engageant à prendre en charge l'écolage de D_____ si son époux prenait en charge celui de C_____. Elle indiquait qu'il

convenait de prendre en compte des impôts relatifs à la contribution perçue qu'elle estimait à 20% de ladite contribution.

j. La situation financière actuelle des parties peut être résumée comme suit :

j.a. En 2012, A_____ a réalisé un revenu annuel net de 178'882 fr., soit 14'906 fr. par mois, dont 25'000 fr. de prime annuelle et a, en sus, reçu des frais de représentation de 1'000 fr. par mois.

Il a démissionné le 24 novembre 2012 pour le 31 mai 2013. Il bénéficie désormais d'un mandat de consultant externe pour F_____ SA. A_____ n'a pas fourni de pièces permettant d'établir le montant de ses honoraires de mandataire, ni indiqué au premier juge - lors des deux audiences s'étant tenues après sa démission - de ses espérances de gains une fois qu'il se serait mis à son compte. Il n'allègue pas qu'il réaliserait un revenu moins élevé en tant qu'indépendant que lorsqu'il était employé.

Ses charges se composent d'un montant de base de 850 fr. (1'700 fr./2), d'intérêts hypothécaires de 169 fr. (338 fr./2), d'un amortissement de 417 fr. 10, de charges de chauffage et d'eau de 250 fr., d'une prime d'assurance mixte conclue auprès de G_____ de 556 fr. 80 (6'682 fr. /12), d'une prime d'assurance-vie de 108 fr. 45, d'une prime d'assurance-bâtiment de 63 fr. 60, d'une prime d'assurance-ménage de 113 fr. 35, d'un abonnement de transports publics de 70 fr., d'une prime d'assurance-maladie de 377 fr. 60 et de charges fiscales de 3'200 fr. Elles s'élèvent ainsi à 6'175 fr. 90 (montant arrondi à 6'170 fr.).

j.b. B_____ perçoit un revenu net de 6'446 fr. 55 (montant arrondi à 6'450 fr.).

Ses charges se montent à 4'332 fr. 55 (montant arrondi à 4'330 fr.) et se composent de son loyer de 2'800 fr., de ses impôts sur les allocations familiales de 60 fr., de sa prime d'assurance-vie de 52 fr. 55, du montant de base de 1'350 fr. et de 70 fr. de frais de transports publics.

Elle perçoit en sus des allocations familiales pour les deux enfants d'un montant total de 1'048 fr. 45 par mois, soit 80% du montant annuel de 15'727 fr. (pour deux enfants à charge) prévu dans l'Annexe II du Statut et règlement du personnel du Bureau international de l'OMPI (Édition du 10 septembre 2013) p. 150. Le montant des allocations familiales s'élève ainsi à 524 fr. (montant arrondi) par enfant.

j.c. Les charges mensuelles d'C_____ s'élèvent à 2'139 fr. 50 (frais mensuels de scolarisation : 1'458 fr., montant de base : 600 fr., coût des activités extrascolaires : 12 fr. 50, frais de téléphone : 69 fr.) et celles de D_____ à 2'232 fr. (frais de scolarisation : 1'384 fr., montant de base : 600 fr., cours de poterie : 110 fr., d'équitation : 121 fr., et de danse : 17 fr.).

j.d. Depuis le 15 mai 2012, A_____ a payé des contributions d'entretien à sa famille de 43'152 fr. (19'363 fr. sur le compte de son épouse + 23'789 fr. en mains de l'Office des poursuites) et des frais scolaires et extrascolaires directement en

mains de tiers de 35'131 fr. (24'895 fr., 874 fr., 500 fr., 1'150 fr., 460 fr., 1'520 fr. et 5'732 fr., cf. *supra* B.c.), soit un montant global de 78'283 fr. en seize mois et demi.

- D. L'argumentation des parties devant la Cour sera reprise ci-après dans la mesure utile.

EN DROIT

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

Le litige portant sur le sort d'un enfant mineur et une contribution d'entretien est de nature non pécuniaire dans son ensemble (arrêts du Tribunal fédéral 5A_765/2012 du 19 février 2013 consid. 1.1; 5A_697/2009 du 4 mars 2010 consid. 1.1; 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 consid. 1.1).

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).

En l'espèce, l'appel, qui porte sur des contributions à l'entretien de la famille et la garde d'un enfant mineur, a été déposé dans le délai et la forme prescrits, de sorte qu'il est recevable à la forme.

1.2 La Cour établit les faits d'office (art. 277 al. 3 CPC) et revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

1.3 Les maximes inquisitoire et d'office sont applicables aux causes concernant les enfants mineurs (art. 296 CPC). La maxime inquisitoire ne dispense pas les parties d'une collaboration active à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; il leur incombe ainsi de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles; ce devoir s'imposant d'autant plus lorsque c'est le débiteur qui entend obtenir une réduction de la contribution d'entretien qu'il doit verser (ATF 131 III 91 consid. 5.2.1; 128 III 411 consid. 3.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_205/2010 du 12 juillet 2010 consid. 4.3, publié *in* FamPra.ch 2010 p. 894).

1.4 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves 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).

Dans deux cas où le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral était limité à l'arbitraire parce qu'il s'agissait de mesures provisionnelles, il a été jugé qu'il n'était pas insoutenable de considérer que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC s'appliquent

également aux procédures soumises à la maxime inquisitoire (arrêts du Tribunal fédéral 5A_592/2011 du 31 janvier 2012 consid. 4.1; 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 4.1 et 4.2).

Plus récemment, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel (ATF 138 III 625 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2012 du 1er octobre 2012 consid. 2.1). Il a en outre relevé que cette disposition ne contient aucune règle spéciale pour la procédure simplifiée ou pour les cas où le juge établit les faits d'office, de sorte qu'aucune violation de l'art. 317 al. 1 CPC ne résulte de la stricte application de ses conditions (ATF 138 III 625 précité, consid. 2.2). En revanche, la question de savoir s'il en va de même lorsque les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent n'a pas été tranchée. Dès lors, dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, la Cour de céans persistera à admettre tous les nova (dans ce sens : TREZZINI, in Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Cocchi/Trezzini/Bernasconi [éd.], 2011, p. 1394; TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 115 ss, 139).

En l'espèce, compte tenu du fait que la présente cause de droit matrimonial concerne des enfants mineurs, les pièces nouvelles produites en appel et les faits nouveaux allégués sont recevables.

2. **2.1** 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 peuvent modifier des mesures protectrices de l'union conjugales en vigueur jusqu'alors, conformément à l'art. 179 al. 1 1ère phr. CC (applicable également aux mesures provisionnelles; cf. arrêts du Tribunal fédéral 5A_400/2012 du 25 février 2013 consid. 4.1; 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 2.1; 5A_618/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2.2), s'il existe des faits nouveaux qui justifient une modification ou si les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

2.2 En l'occurrence, l'existence d'une modification essentielle et durable des circonstances (partage de la garde de C_____, concubinage de l'appelant, modification de la situation financière de la famille) justifiant de modifier les mesures protectrices de l'union conjugale préexistantes n'est pas contestée.

L'appelant conteste en revanche l'ordonnance querellée au motif que le premier juge a refusé de lui accorder la garde alternée sur D_____, et qu'il a fixé une contribution d'entretien et tranché le sort des allocations familiales sans tenir compte de la réelle situation financière des époux.

La Cour de céans entrera donc en matière sur ces points litigieux.

3. **3.1** En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, relatif à l'organisation de la vie séparée, applicable par analogie aux mesures provisionnelles (art. 276 al. 1 CPC), lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 273 ss CC); il peut, notamment, attribuer la garde des enfants à un seul des parents. La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Lorsque les enfants ont une bonne relation avec leurs deux parents et que tant la mère que le père sont capables d'éduquer leurs enfants, le juge doit donner une importance prépondérante aux critères de la disponibilité et de la stabilité des parents, même si l'attribution de la garde reposant sur ces critères ne correspond pas au souhait des enfants (arrêt du Tribunal fédéral 5A_465/2012 du 18 septembre 2012 consid. 5.2.1 et les références citées).

Lorsqu'il y a plusieurs enfants, le juge évite de les séparer, ce afin d'éviter de compromettre, sans raisons impérieuses, les liens d'affection qui les unissent ainsi que les bénéfices de l'éducation qu'ils ont reçue en commun (ATF 115 II 317 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_183/2010 du 19 avril 2010 consid. 3.3.1 in fine). La Cour de céans a retenu que s'il est en principe déconseillé de séparer une fratrie, ce principe n'est pas intangible, le juge devant examiner l'ensemble des circonstances au regard de l'intérêt de chaque enfant en particulier (ACJC/1198/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2.2).

Le juge n'est pas lié par les conclusions du Service de protection des mineurs; le rapport de ce Service (lequel constitue une preuve au sens des art. 168 et 190 CPC) est soumis, à l'instar des autres preuves, au principe de la libre appréciation consacré par l'art. 157 CPC (HAFNER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger [éd.], 2013, n° 4 ad art. 190 CPC; WEIBEL/NAEGELI, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/ Hasenböhler/Leuenberger [éd.], 2013, n° 8 ad art. 190 CPC).

3.2 L'appelant conteste la décision du premier juge, soutenant que l'intérêt de D_____ commande l'instauration d'une garde partagée.

Contrairement à ce que soutient l'intimée, l'appelant a bel et bien fait valoir un grief à l'encontre du jugement entrepris sur ce point. En outre, s'agissant de l'intérêt d'un enfant mineur, la Cour statue d'office.

La conclusion de l'appelant est dès lors recevable.

3.3 Sur le fond, le premier juge a validé la garde alternée des deux parents sur l'aîné C_____ et, s'agissant de la cadette D_____, a confirmé son attribution à l'intimée conformément aux mesures protectrices de l'union conjugale, le SPMi ayant préconisé le maintien de cette situation au vu de la plus grande disponibilité de la mère.

Se pose ici, principalement, la question de l'opportunité de séparer la fratrie.

In casu, le rapport du SPMi, qui conclut pourtant à un régime de garde différent pour chacun des enfants, n'a pas discuté l'éventuel problème lié à cette séparation.

En l'occurrence, s'agissant de la situation des enfants des parties, il sera retenu que D_____, âgée de 11 ans, a besoin de plus d'encadrement et de suivi que son frère aîné, en raison de ses problèmes de dyslexie. Il n'est pas contesté que l'intimée a à cet égard une disponibilité plus grande, puisqu'elle travaille à temps partiel en étant libre le mercredi, ce qui lui permet de mieux s'organiser au regard du rythme scolaire de l'enfant.

Les deux enfants se sont exprimés en faveur du maintien de la situation actuelle, qui leur convient. Même si la cadette a évoqué l'éventualité d'adopter le même système de garde alternée qui prévaut pour son frère, aucun des enfants n'a fait part d'inconvénients ou d'une souffrance liés à la différence de traitement ou à la séparation.

L'inconvénient de la cohabitation de deux régimes de garde ne doit, dès lors, en l'espèce, pas être exagéré. En premier lieu, la décision prise sur mesures provisionnelles n'est que temporaire et elle pourra être adaptée ultérieurement à l'évolution des circonstances, notamment lorsque le besoin de suivi de D_____ se sera atténué ou aura disparu. En second lieu, les frère et sœur vivent ensemble la semaine durant laquelle C_____ est chez sa mère, et sont réunis chez leur père la semaine suivante dès le mercredi soir et jusqu'au lundi matin à l'occasion du droit de visite qui est fixé de manière large. Le temps de séparation ne paraît dès lors pas de nature à compromettre les liens d'affection qui les unissent.

Compte tenu de ces différents éléments, le premier juge n'a ni méconnu les principes jurisprudentiels applicables, ni dépassé son pouvoir d'appréciation, sa décision de confier la garde de l'enfant cadette du couple à l'intimée ne consacre dès lors ni appréciation inexacte des faits, ni violation de la loi.

Le chiffre 3 du dispositif de l'ordonnance querellée sera dès lors confirmé.

- 4. 4.1** Lorsqu'il admet que les circonstances ayant prévalu lors du prononcé de mesures provisoires se sont modifiées durablement et de manière significative, le juge doit 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; 137 III 604 consid. 4.1.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_140/2013 du 28 mai 2013 consid. 4.1; 5A_547/2012 du 14 mars 2013 consid. 4.3).

4.2 L'appelant conteste la situation financière de la famille telle qu'établie par le premier juge.

4.2.1 S'agissant de son revenu, il expose que, contrairement à ce qu'il avait allégué en première instance, il n'a pas perçu de bonus en 2013 relatif à l'année 2012.

Il ne le démontre toutefois pas et, en tout état de cause, il a changé de statut en mai 2013 pour devenir indépendant, de sorte que son revenu d'indépendant complétera son revenu de salarié des mois de janvier à avril 2013. Il indique avoir démissionné en novembre 2012 pour fin avril 2013, sans indiquer cependant le montant des honoraires convenus avec son ancien employeur pour la poursuite de son activité professionnelle en tant qu'indépendant. Déjà dans sa lettre de démission datant de novembre 2012, il apparaît qu'il continuerait à assumer un mandat externe pour son employeur. Faute d'indication contraire, rien ne permet de retenir que les honoraires qu'il perçoit en tant qu'indépendant seront moins élevés que le salaire qu'il réalisait effectivement en 2012 en tant qu'employé, soit 14'906 fr. par mois. Cela apparaît d'autant moins vraisemblable qu'il a choisi de se mettre à son compte, en étant assuré d'avoir un mandat externe confié par son employeur.

Pour ces motifs, le revenu réel de l'appelant doit être estimé à 14'906 fr.

4.2.2 Quant aux charges de l'appelant, contrairement à ce que ce dernier soutient, la prime d'assurance G_____ a bien été prise en compte par le premier juge à hauteur de 556 fr. 80 (6'682 fr. /12), au lieu de 558 fr. dans ses charges. Ses frais de logement (169 fr. d'intérêts hypothécaires) et le montant de base (850 fr.) ont été à juste titre réduits par deux en raison de son concubinage. L'amortissement du bien immobilier a été mis à son unique charge dès lors qu'il sert à amortir un bien appartenant aux parties et ne saurait entrer dans les frais de logement de sa compagne. Quant à ses frais de véhicules privés, qu'il chiffre à 765 fr., il ne démontre pas qu'ils sont indispensables à sa profession, et pour quelle raison ils devraient être ajoutés à ses frais de transports publics. Il n'y a donc pas lieu d'en tenir compte dans ses charges mensuelles.

Ainsi ses charges ont été établies à satisfaction de droit dans l'ordonnance querellée à 6'170 fr. par mois.

4.2.3 L'intimée perçoit un revenu mensuel de 6'450 fr. (montant arrondi). Les allocations familiales s'élèvent à 1'048 fr.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, il n'y a pas lieu de tenir compte du salaire que l'intimée a perçu en travaillant à 100% entre les mois de juillet 2011 et de septembre 2012, dès lors qu'il est établi qu'elle ne perçoit plus ce salaire et qu'elle n'est pas en mesure de travailler à plein temps compte tenu de la prise en charge des enfants, en particulier de D_____. Seul le revenu réel et durable qu'elle réalise désormais à 80% doit dès lors être pris en compte.

4.2.4 Les charges de l'intimée, non contestées en appel, sont de 4'330 fr. par mois en 2013.

4.2.5 Les charges mensuelles des enfants, dont les montants ne sont pas contestés par les parties, sont désormais de 2'140 fr. pour C_____ et de 2'230 fr. pour D_____ (montants arrondis).

Pour C_____, elles se composent d'un montant de base de 600 fr., de frais d'activités extrascolaires de 12 fr. 50 et de frais de téléphone de 69 fr., auxquels il convient d'ajouter les frais de scolarisation privée de 1'458 fr., ce qui donne un total arrondi de 2'139 fr. 50.

Les charges de D_____ se composent d'un montant de base de 600 fr. de frais de cours de poterie de 110 fr., de frais de cours d'équitation de 121 fr. et de frais de cours de danse de 17 fr., auxquels il convient d'ajouter les frais d'écolage privé de 1'384 fr., ce qui donne un total de 2'232 fr.

La Cour ne donnera pas suite à la demande de l'appelant visant à ce qu'il lui soit donné acte de son souhait de payer les frais d'écolage de ses enfants. Ces frais font partie intégrante des charges des enfants et doivent dès lors être intégrés dans le calcul de contribution à l'entretien de la famille et leur paiement assuré par le parent crédientier.

Dès lors que la garde de C_____ est partagée entre ses deux parents, la Cour retient que ses charges d'entretien de base (600 fr.) seront partagées entre ses parents, de sorte que la somme de 300 fr. sera déduite de la contribution d'entretien à verser par l'appelant.

L'intimée perçoit 1'048 fr. d'allocations familiales, soit 524 fr. par enfant. Compte tenu que la garde de C_____ est partagée, la moitié de la part qui lui revient, soit 262 fr. (524 fr. /2), sera déduite de la contribution due par l'appelant. Par ailleurs, compte tenu du large droit de visite de l'appelant en faveur de D_____, le tiers de la part des allocations versées en faveur de l'enfant sera également déduite du montant de la contribution, soit 175 fr. (524 fr. /3).

4.3 Le calcul propre à fixer le montant de la contribution d'entretien de la famille, non contesté par les parties mais modifié au vu des éléments pris en compte par la Cour de céans, se présente dès lors comme suit :

4.3.1 Détermination du solde disponible, à répartir entre les époux :

Addition des revenus :

14'906 fr. (Monsieur) + 6'450 fr. (Madame) + 1'048 fr. (allocations familiales) = 22'404 fr.

Addition des charges :

6'170 fr. (Monsieur) + 4'330 fr. (Madame) + 2'140 fr. (C_____) + 2'230 fr. (D_____) = 14'870 fr.

Solde après couverture des charges :

22'404 fr. – 14'870fr. = 7'534 fr., soit 3'767 fr. pour chacun des époux.

4.3.2 Le calcul de la contribution à l'entretien dû à l'intimée est dès lors le suivant :

4'330 fr. (charges intimée) + 2'140 fr. (charges d'C_____) + 2'230 fr. (charges de D_____) + 3'767 fr. (part du solde disponible) – (6'450 fr. (revenus intimée) + 1'048 fr. (allocations familiales)) = 4'969 fr.

De ce montant seront déduits la moitié des allocations familiales d'C_____ et le tiers de celles de D_____, soit 437 fr. (262 fr. + 175 fr.), ainsi que la moitié des frais de base de C_____, soit 300 fr. : 4'969 fr. – 437 fr. – 300 fr. = 4'232 fr., arrondi à 4'200 fr.

Cette contribution de 4'200 fr., ajoutée à ses revenus et aux allocations familiales (6'450 fr. + 1'048 fr. + 4'200 fr. = 11'698 fr.), permettra à l'intimée, une fois ses propres charges déduites (4'330 fr.) et le paiement des écolages privés (1'458 fr. + 1'384 fr.), de conserver un solde de 4'526 fr. pour pourvoir à l'entretien de sa fille D_____, dont elle a la garde, et à celui de son fils C_____ une semaine sur deux, ainsi que de payer leurs frais extrascolaires retenus ci-dessus.

De son côté, l'appelant, après le paiement de ladite contribution et une fois ses propres charges déduites, conservera un solde de 4'536 fr. (14'906 fr. - 6'170 fr. - 4'200 fr.) pour assurer l'entretien de C_____ une semaine sur deux et les frais induits par son droit de visite sur D_____.

4.3.3 Les chiffres 4 et 5 du dispositif de l'ordonnance entreprise seront dès lors modifiés en ce sens que l'appelant sera condamné à verser à l'intimée, dès le 15 mai 2012, par mois et d'avance, allocations familiales ou d'études non comprises, un montant mensuel de 4'200 fr. pour l'entretien de la famille.

4.3.4 Le chiffre 6 du dispositif, qui prévoyait que les allocations familiales restaient acquises à l'intimée sera confirmé, celle-ci pouvant les conserver dès lors que la somme de 437 fr. revenant à l'appelant a été déduite de la contribution due par celui-ci.

4.4 La contribution à l'entretien est due dès le 15 mai 2012, soit la date du dépôt de la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices préexistantes (date non remise en cause par les parties).

L'appelant a versé 4'605 fr. en moyenne depuis le 15 mai 2012 pour la même période (15 mai 2012 au 30 septembre 2013) à titre de contribution d'entretien et par le paiement direct de frais scolaires et extrascolaires, soit 78'268 fr. en seize mois et demi.

Conformément à la contribution d'entretien arrêtée ci-dessus, les contributions dues depuis le 15 mai 2012 s'élèvent en tout à 69'300 fr. (2'100 fr. en mai 2012 +

4'200 fr. x 16 mois), sous déduction du total de 78'268 fr. ci-dessus versé à ce titre par l'appelant depuis le mois de mai 2012.

Les chiffres 4 et 5 du dispositif seront modifiés en conséquence.

- 5.** Lorsque la Cour de céans statue à nouveau, elle se prononce sur les frais fixés par le Tribunal (art. 318 al. 3 CPC).

5.1 A teneur de l'art. 104 al. 1 et al. 3 CPC, la décision sur les frais des mesures provisionnelles peut être renvoyée à la décision finale (cf. TAPPY, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 22 ad art. 276 CPC et n. 35 ad art. 273 CPC).

Dans la présente cause, le premier juge a fait usage de la possibilité prévue par cette disposition et a renvoyé la fixation et la répartition des frais à la décision finale, conclusion que la Cour ne modifiera pas.

5.2 Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 1'200 fr. (art. 95 al. 1 let. a, 104 al. 1, 105 al. 1 et 106 al. 2 CPC; art. 37 et 31 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10).

Compte tenu que la cause relève du droit de la famille, les frais judiciaires d'appel seront répartis à parts égales entre les parties (art. 95 al. 1 let. a, 104 al. 1, 105 al. 1 et 106 al. 2 CPC; art. 37 et 31 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10).

Les frais seront compensés avec l'avance du même montant versée par l'appelant. L'intimée sera condamnée à rembourser la moitié de celles-ci, soit 600 fr. à l'appelant.

Le litige relevant du droit de la famille, chaque partie conservera à sa charge ses propres dépens (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre les chiffres 2, 4, 5 et 6 du dispositif de l'ordonnance OTPI/601/2013 rendue le 15 avril 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/10356/2012-20.

Au fond :

Annule les chiffres 4 et 5 du dispositif et statuant à nouveau :

Condamne A_____ à verser en mains de B_____, dès le 15 mai 2012, par mois et d'avance, allocations familiales ou d'études non comprises, la somme de 4'200 fr. à titre de contribution à l'entretien de la famille, sous déduction de 78'268 fr. déjà versés à ce titre entre mai 2012 et septembre 2013.

Confirme les chiffres 2 et 6 de l'ordonnance querellée pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'200 fr. et les met à la charge des parties à parts égales entre elle.

Dit qu'ils sont entièrement compensés par l'avance de frais versée par A_____, qui reste acquise à l'Etat.

Condamne B_____ à rembourser à ce titre un montant de 600 fr. à A_____.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Madame Daniela CHIABUDINI et Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Barbara SPECKER

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 toutefois limités à la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF).

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

Pas de valeur litigieuse au sens de la LTF.