

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/8470/2012

ACJC/1379/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 31 OCTOBRE 2017

Entre

A_____, domicilié _____, _____, appelant d'une ordonnance rendue par la 9ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 20 juin 2017, comparant par Me Anne Sonnex Kyd, avocate, rue de la Coulouvrenière 29, case postale 5710, 1211 Genève 11, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

B_____, domiciliée _____, _____, intimée, comparant par Me Pedro Da Silva Neves, avocat, rue le Corbusier 10, 1208 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 09.11.2017.

EN FAIT

A. Par ordonnance sur mesures provisionnelles OTPI/297/2017 du 20 juin 2017, le Tribunal de première instance, statuant dans le cadre de la procédure de divorce opposant les époux A et B_____, a constaté que le chef de conclusions formé par A_____ tendant à l'attribution en sa faveur de la garde de C_____ était devenu sans objet (ch. 1 du dispositif), a déclaré irrecevable le chef de conclusions formé par A_____ tendant à l'attribution en sa faveur de la garde de D_____ (ch. 2), a modifié les mesures protectrices de l'union conjugale avec effet au 1er juin 2016 en condamnant A_____ à payer à B_____ la somme de 16'000 fr., par mois et d'avance, à titre de contribution d'entretien de la famille (ch. 3), a déclaré irrecevables les chefs de conclusions formés par B_____ tendant à ce qu'il soit fait injonction à A_____ de cesser d'agir de manière illicite au sens de l'art. 262 let b CPC et à sa condamnation à lui payer 36'500 fr. au sens de l'art. 262 let e CPC (ch. 4), a débouté B_____ de son chef de conclusions tendant à la condamnation d'A_____ à lui payer 2'800 fr. à titre de dommages-intérêts au sens de l'art. 264 al. 2 CPC (ch. 5), a condamné A_____ à payer à B_____ la somme de 6'000 fr. à titre de provision *ad litem* (ch. 6), a renvoyé la décision sur les frais des mesures provisionnelles à la décision finale (ch. 7) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).

B. a. Par acte expédié le 3 juillet 2017 au greffe de la Cour de justice, A_____ appelle de cette ordonnance, qu'il a reçue le 23 juin 2017. Il conclut à l'annulation des chiffres 2, 3 et 6 du dispositif de cette décision et à ce que la garde de D_____ lui soit attribuée, à ce qu'il lui soit donné acte de ce qu'il prend en charge l'entretien de D_____, à ce que la contribution d'entretien en faveur de B_____ soit réduite à 15'669 fr. 30 par mois du 8 janvier 2016 au 2 février 2017 et à 2'376 fr. par mois dès le 2 février 2017, avec suite de frais et dépens.

Il produit deux pièces nouvelles relatives à sa situation financière, soit son relevé de salaire pour le mois de mai 2017 (pièce D) et un tableau des dépenses de sa famille présentant des dépenses totales de 28'292 fr. par mois (pièce E).

b. Dans son mémoire de réponse du 2 août 2017, B_____ conclut, principalement, à ce qu'il soit constaté que le Tribunal de première instance est compétent pour se prononcer sur l'attribution du droit de garde de D_____ et au renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour qu'il poursuive l'instruction et statue sur l'attribution du droit de garde, avec suite de frais et dépens. Subsidiairement, elle conclut à ce que la garde de l'enfant lui soit attribuée.

Elle produit trois pièces nouvelles relatives à la situation financière de son époux (pièces 5 à 7).

c. Dans leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

d. Par courrier du 24 août 2017, D _____ a spontanément informé la Cour qu'elle préférerait vivre avec son père et sa sœur tout en désirant maintenir des relations fréquentes avec sa mère.

e. Les parties ont été informées le 29 août 2017 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour de céans :

a. A _____, né en 1965, ressortissant du l _____, et B _____, née en 1966, de nationalité _____, se sont mariés en 1992.

Ils sont les parents de C _____, née le _____ 1999 et de D _____, née le _____ 2001.

Ils ont mis un terme à leur vie commune en octobre 2009, B _____ demeurant avec les deux filles du couple au domicile conjugal, soit une villa copropriété des époux.

b. Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 27 janvier 2011, le Tribunal de première instance a notamment autorisé les époux à vivre séparés, a attribué à la mère la garde des enfants, a réservé au père un droit de visite usuel et l'a condamné à verser à son épouse la somme de 19'000 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de la famille. Ce dernier montant a été augmenté à 22'000 fr. par la Cour de justice dans son arrêt du 13 octobre 2011 (ACJC/1296/2011).

La Cour a retenu qu'A _____ réalisait un revenu mensuel net moyen, bonus et treizième salaire compris, de 43'000 fr., sans tenir compte du versement ponctuel de dividende. Ses charges mensuelles étaient de 11'496 fr. 75. B _____ n'exerçant aucune activité professionnelle et les enfants étant âgés de 9 et 11 ans, aucun revenu hypothétique ne lui a été imputé. Les charges mensuelles de celle-ci étaient de 13'120 fr. 40 (2'396 fr. 90 d'intérêts hypothécaires; 275 fr. d'amortissement; 456 fr. de mazout; 96 fr. 70 d'assurance bâtiment; 77 fr. 40 d'assurance ménage et objets de valeur; 42 fr. 15 de révision du brûleur; 150 fr. 65 de sécurité pour la villa; 466 fr. d'entretien du jardin et taille des arbres; 420 fr. de frais de véhicule; 40 fr. 20 d'impôts voiture; 130 fr. 70 d'assurance voiture; 468 fr. 95 de prime d'assurance maladie; 330 fr. 85 d'assurance vie; 530 fr. 40 de 3ème pilier; 5'000 fr. d'impôts; 888 fr. 50 de frais SIG, Swisscom, Billag et 1'350 fr. d'entretien de base selon les normes OP). Les charges des enfants, de 5'063 fr. 25, comprenaient, l'écolage des deux enfants (3'400 fr.), les activités extrascolaires (421 fr. 25), les primes d'assurance-maladie de C _____ (121 fr.) et de D _____ (121 fr.) et les minimas vitaux des enfants (1'000 fr.).

La Cour a ainsi fixé à 22'000 fr. la contribution d'entretien afin de permettre à la famille de maintenir son train de vie, soit la somme nécessaire à couvrir ses charges (18'183 fr. 65) ainsi qu'un supplément permettant à ses membres de continuer à partir en vacances et de couvrir leurs frais de sorties et de loisirs.

Aucun recours n'a été formé contre cet arrêt.

c. Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 26 avril 2012, A_____ a formé une demande unilatérale en divorce.

d. Le 8 janvier 2016, la direction du Service de protection des mineurs a prononcé une clause-péril en faveur de C_____.

e. Par ordonnance du 1er février 2016, le Tribunal de protection a, à la requête du Service de protection des mineurs, ratifié la clause-péril du 8 janvier 2016 et, statuant d'office sur mesures provisionnelles, a notamment donné acte à B_____ de son accord quant au transfert de la garde de C_____ à son père et instauré une curatelle d'assistance éducative en faveur des deux enfants.

Les recours auprès de la Chambre de surveillance du Tribunal de protection de la Cour de justice et du Tribunal fédéral formés par B_____ ont été déclarés irrecevables.

f. Par pli du 25 février 2016, A_____ a requis du Tribunal de première instance de pouvoir se déterminer sur les faits nouveaux intervenus quant à C_____, notamment la question de sa garde et de la contribution alimentaire versée à B_____.

g. Dans sa requête sur mesures provisionnelles du 10 mai 2016, A_____ a conclu à l'attribution en sa faveur de la garde de C_____ et à la réduction de la contribution à l'entretien de la famille à 15'669 fr. 30 par mois à compter du 8 janvier 2016.

h. Le 29 juin 2016, B_____ a conclu principalement à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet des mesures provisionnelles. A titre reconventionnel, elle a conclu à ce qu'il soit ordonné à A_____ de cesser d'agir de manière illicite au sens de l'art. 262 let. b CPC, à sa condamnation à lui payer la somme de 36'500 fr. au sens de l'art. 262 let. c CPC, ainsi que de la somme de 2'800 fr. à titre de dommages-intérêts au sens de l'art. 264 al. 2 CPC et une *provisio ad litem* de 30'000 fr.

i. Lors de l'audience du 17 octobre 2016 du Tribunal, A_____ a conclu au rejet des conclusions de B_____.

j. Par décision du 2 février 2017, la direction du Service de protection des mineurs a prononcé une clause-péril en faveur de D_____.

Elle a constaté que l'enfant, âgée de 15 ans, avait quitté le domicile de sa mère la veille, à la suite d'une dispute, pour se réfugier chez son père et refusait de revenir chez sa mère en raison de vives tensions, d'insultes et du contrôle excessif qu'elle subissait. L'enfant indiquait avoir besoin de prendre du recul. La mère refusait que sa fille cadette demeure avec sa sœur aînée et la compagne de son père, ce dernier étant absent pour des raisons professionnelles.

k. Par ordonnance du 6 mars 2017, le Tribunal de protection a ratifié la clause-péril du 2 février 2017 et, statuant sur mesures provisionnelles, a notamment retiré la garde et le droit de déterminer le lieu de résidence de D_____ à la mère, a confié la garde de la mineure à son père, a dit que les visites entre la mineure et sa mère devaient être fixées d'entente entre la curatrice, la mineure et sa mère, a maintenu la curatelle d'assistance éducative, a étendu le mandat de curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite aux relations entre mère et fille, a ordonné un suivi parent-enfant auprès de E_____, a ordonné la mise en place et le suivi thérapeutique individuel régulier de D_____ et a encouragé la mère à envisager de mettre sur pied un suivi psychologique pour elle-même.

l. C_____ est devenue majeure le _____ 2017.

m. Lors de l'audience du 24 avril 2017 qui s'est tenue devant le juge du divorce, A_____ a sollicité, en sus de ses précédentes conclusions sur mesures provisionnelles, l'attribution en sa faveur de la garde sur D_____ ainsi qu'une réduction supplémentaire de la contribution à l'entretien de la famille.

B_____ a augmenté sa prétention de *provisio ad litem* à 100'000 fr. expliquant avoir déjà dépensé une somme équivalente depuis le début de la procédure, notamment pour le recouvrement des contributions d'entretien non payées.

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

n. Par décision du 22 mai 2017, la Chambre de surveillance du Tribunal de protection, saisie d'un recours formé par B_____, a annulé l'ordonnance du 6 mars 2017, considérant que les conditions pour prononcer une clause-péril n'étaient pas réunies. Par ailleurs, une procédure de divorce était pendante entre les époux devant le Tribunal de première instance, de sorte que ce dernier était compétent pour statuer sur les questions d'autorité parentale, de garde et de relations personnelles concernant D_____ et ses parents ainsi que pour prononcer d'éventuelles mesures de protection, sous réserve de situations d'urgence, non réalisées en l'espèce.

Cette décision a été communiquée au juge du divorce le 26 mai 2017.

D. Dans la décision querellée du 20 juin 2017, le Tribunal de première instance a notamment retenu qu'en statuant sur mesures provisionnelles par ordonnance du 6 mars 2017, le Tribunal de protection avait retiré à la mère la garde de D_____ et l'avait confiée au père. Ce faisant le Tribunal de protection avait statué dans le cadre d'une urgence commandant une intervention immédiate, soit en application de l'art. 315b al. 3 CC. Le père se prévalant de faits pris en compte par le Tribunal de protection pour requérir l'attribution de la garde de l'enfant, soit de faits urgents, le juge du divorce a considéré qu'il n'était pas compétent pour statuer sur ce point.

La garde de D_____ n'avait pas été attribuée à son père de manière durable puisqu'au moment de la clôture des débats sur mesures provisionnelles devant le Tribunal de première instance, B_____ avait formé un recours contre ladite ordonnance. En revanche, depuis le prononcé du jugement de mesures protectrices de l'union conjugale, la garde de C_____ avait été attribuée à son père de sorte que sa mère n'était plus légitimée à faire valoir une créance en contribution à l'entretien de cet enfant. Un changement notable et durable était donc survenu. Le père réalisait un revenu mensuel net moyen de 48'152 fr. 42. Les charges de D_____ s'élevaient à 2'631 fr. par mois comprenant la prime d'assurance-maladie (121 fr.), les activités extrascolaires (210 fr.), l'écolage (1'700 fr.) et son entretien de base selon les normes OP (600 fr.). Les charges de B_____ étaient de 10'737 fr. comprenant notamment 2'495 fr. d'ICC, 541 fr. d'amortissement hypothécaire, 1'702 fr. d'intérêts hypothécaires et 312 fr. de mazout, les autres charges retenues pour elle dans le jugement de mesures protectrices de l'union conjugale restant inchangées.

Dans l'arrêt du 13 octobre 2011, la Cour avait considéré que pour un budget familial de 18'183 fr. 64 par mois, un montant de 22'000 fr. par mois était nécessaire pour couvrir le train de vie de B_____ et des enfants, de sorte qu'une somme de 16'000 fr. par mois était nécessaire pour maintenir le train de vie de B_____ et de D_____ dont le budget était de 13'368 fr. par mois.

Enfin, le Tribunal de première instance a considéré que B_____ n'avait pas rendu vraisemblable la nécessité de disposer d'un montant de 100'000 fr. pour couvrir les frais afférents à la suite de la procédure. Compte tenu du stade d'avancement de cette procédure, le Tribunal de première instance a fixé le montant de la *provisio ad litem* à 6'000 fr.

E. Les faits pertinents suivant résultent encore du dossier soumis à la Cour :

a. A teneur de son certificat de salaire annuel, en 2012, A_____ a réalisé un revenu net annuel de 577'829 fr., soit 48'152 fr. 42 nets par mois.

Son relevé de salaire pour le mois de mai 2017 indique un salaire mensuel net de 35'904 fr.

b. De mars 2016 à mars 2017, A_____ a versé la somme de 14'700 fr. à l'entretien de B_____ et de D_____.

Dès le mois de mars 2017, il a réduit le montant versé à son épouse à 1'873 fr.

c. Au mois de septembre 2016, F_____ a informé A_____ que les intérêts et amortissements hypothécaires de la villa conjugale étaient impayés depuis le 31 mars 2016.

EN DROIT

1. **1.1.** Interjeté dans le délai utile de dix jours (art. 271 let. a, 276 et 314 al. 1 CPC), suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision rendue sur mesures provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC et statuant sur une affaire non pécuniaire dans son ensemble, puisque portant notamment sur les droits parentaux (arrêt du Tribunal fédéral 5A_765/2012 du 19 février 2013), l'appel formé par A_____ est recevable.

1.2. Si les conclusions au fond de la réponse à l'appel vont au-delà de la simple confirmation du jugement attaqué, il est admissible de considérer cet acte comme un appel joint (ATF 121 III 420 consid. 1).

L'appel joint est irrecevable en procédure sommaire (art. 314 CPC).

Les mesures provisionnelles prises dans le cadre d'une action en divorce sont soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d, 271 let. a et 276 al. 1 CPC).

Au vu de ce qui précède, les conclusions prises par l'intimée dans son mémoire de réponse allant au-delà de la confirmation du jugement sont irrecevables, étant relevé qu'en tout état il n'a pas lieu de renvoyer la cause au Tribunal de première instance pour qu'il instruisse plus avant sur la question de la garde de l'enfant puisque la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance sur mesures provisionnelles (cf. infra ch. 1.4). Cela est toutefois sans conséquence dès lors que lesdites conclusions portent sur les droits parentaux ainsi que la contribution à l'entretien de la famille, comprenant l'enfant mineur, et que la Cour statue d'office sur ces points (cf. infra ch. 1.4).

1.3. Les parties ne contestent, à juste titre, pas la compétence des autorités judiciaires genevoises (art. 59, 62 al. 1 et 85 LDIP; art. 5 al. 1 CLaH96) et l'application du droit suisse (art. 49 et 62 al. 2 et 3; art. 4 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires) au présent litige.

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

Dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC), la Cour établit les faits d'office (maxime inquisitoire, art. 272 et 296 al. 1 CPC) et, s'agissant des questions relatives aux enfants, elle n'est pas liée par les conclusions des parties (maxime d'office, art. 296 al. 3 CPC).

Les mesures protectrices de l'union conjugale étant soumises à la procédure sommaire (art. 271 CPC), la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (arrêt du Tribunal fédéral 5A_823/2014 consid. 2.2; 5A_823/2013 du 8 mai 2014 consid. 1.3).

1.5. En application du principe de la force de chose jugée partielle instituée par l'art. 315 al. 1 CPC, la Cour peut revoir uniquement les dispositions du jugement entrepris qui sont remises en cause en appel, à la seule exception du cas visé par l'art. 282 al. 2 CPC, non réalisé en l'espèce.

Le principe de la chose jugée l'emporte ainsi sur celui de la maxime d'office.

Dès lors, les chiffres 1, 4, 5 et 7 du dispositif de l'ordonnance querellée, non remis en cause par l'appelant, sont entrés en force de chose jugée.

2. Les parties ont produit des pièces nouvelles.

2.1. Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Dans les causes concernant les enfants mineurs, eu égard aux maximes d'office et inquisitoire illimitée régissant la procédure (art. 296 CPC), la Cour de céans admet tous les novae (ACJC/809/2016 du 1 juin 2016 consid. 1.3.1; ACJC/267/2015 du 6 mars 2015 consid. 1.3).

2.2 En l'espèce, les pièces produites par les parties en appel sont recevables, dès lors qu'elles sont relatives à la situation financière des parties, faits pertinents pour statuer sur la fixation de la contribution de l'enfant mineur.

3. L'appelant reproche au Tribunal de première instance de s'être déclaré incompétent pour statuer sur sa requête en attribution de la garde de D_____.

3.1. Le juge chargé de régler les relations des père et mère avec l'enfant selon les dispositions régissant le divorce ou la protection de l'union conjugale prend également les mesures nécessaires à la protection de ce dernier et charge l'autorité de protection de l'enfant de leur exécution (art. 315a al. 1 CC). Le juge peut aussi modifier, en fonction des circonstances, les mesures de protection de l'enfant qui ont déjà été prises (art. 315a al. 2 CC).

L'autorité de protection de l'enfant demeure toutefois compétente pour poursuivre une procédure de protection de l'enfant introduite avant la procédure judiciaire ou prendre les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant lorsqu'il est probable que le juge ne pourra pas les prendre à temps (art. 315a al. 3 CC).

Le juge matrimonial possède une compétence générale de règlement des questions liées au sort de l'enfant (autorité parentale et droit de garde, relations personnelles, entretien). Par souci d'unification matérielle et d'économie de procédure, cette compétence s'étend également au prononcé de mesures de protection de l'enfant (art. 315a al. 1 CC). Le juge matrimonial peut prononcer toutes les mesures prévues aux art. 307 à 312 CC, mais aussi aux art. 318 al. 3, 324/325 CC; il n'est pas autorisé à les déléguer à l'autorité tutélaire. Ces mesures peuvent être prises tant dans la procédure au fond que sur mesures provisionnelles (art. 317 CC; MEIER, Commentaire romand, CCI, n. 14 ad art. 315/315a/315b CC).

3.2. En l'espèce, dans son arrêt du 22 mai 2017, la Chambre de surveillance a considéré que la situation de l'enfant ne justifiait pas le prononcé de mesures urgentes par le Tribunal de protection. Certes, les relations mère-fille ne paraissaient pas idéales et une modification de l'attribution de la garde pouvait être envisagée, toutefois la réflexion autour de cette question devait être menée dans le cadre des mesures provisionnelles sollicitées devant le juge du divorce et non réglée par le prononcé d'une clause-péril et un retrait de garde. Par conséquent, le Tribunal de protection n'était pas compétent pour prononcer des mesures provisionnelles.

Au vu de ce qui précède, eu égard à l'absence d'urgence constatée par la Chambre de surveillance, l'attribution des droits parentaux concernant D_____ doit être réglée dans le cadre des présentes mesures provisionnelles.

Par conséquent, le chiffre 2 du dispositif de la décision querellée sera annulé.

- 4.** Chacun des parents sollicite que la garde de l'enfant D_____ lui soit attribuée.

4.1

4.1.1. Les nouvelles dispositions du Code civil relatives à l'autorité parentale sont entrées en vigueur le 1er juillet 2014 (RO 2014 p. 357).

Si ce n'est la compétence de déterminer le lieu de résidence de l'enfant qui fait désormais partie intégrante de l'autorité parentale (art. 301a al. 1 CC), le nouveau droit ne modifie ni le contenu, ni les règles d'attribution de la garde, de sorte que les critères dégagés par la jurisprudence antérieure au 1er juillet 2014 restent applicables si les parents ne s'entendent pas sur ce point (arrêts du Tribunal fédéral 5A_58/2017 du 7 avril 2017 consid. 3.3.1; 5A_847/2015 du 2 mars 2016 consid. 5.2.2 et les références).

La règle fondamentale pour attribuer la garde est l'intérêt de l'enfant. Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement, 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 le père et la mère offrent des conditions équivalentes, la préférence doit être donnée, dans l'attribution d'un enfant en âge de scolarité ou qui est sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour l'avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper de lui et l'élever personnellement. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 136 I 178 consid. 5.3; 115 II 206 consid. 4a; arrêts du Tribunal fédéral 5A_58/2017 du 7 avril 2017 consid. 3.3.1; 5A_376/2016 du 1er décembre 2016 consid. 3.1 et les références).

Le désir d'attribution exprimé par l'enfant peut jouer un rôle important s'il apparaît, au vu de son âge et de son développement, qu'il s'agit d'une ferme résolution de sa part et que ce désir reflète une relation affective étroite avec le parent désigné (ATF 122 III 401 consid. 3b; 126 III 497 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5C.238/2005 du 2 novembre 2005 consid. 2.1). En général, il y a lieu de partir de l'idée que, s'agissant de la question de l'attribution de l'autorité parentale, un enfant n'est capable de discernement qu'à partir de 12 ans (arrêts du Tribunal fédéral 5A_354/2015 du 3 août 2015 consid. 3.1; 5C.293/2005 du 6 avril 2006 consid. 4.2 in FamPra.ch 2006 p. 760).

Il est important de préserver le cadre de vie de l'enfant, peu important les circonstances qui y ont conduit, tant que celles-ci ne révèlent pas une capacité éducative lacunaire du parent gardien et ne portent pas, par la suite, préjudice aux intérêts de cet enfant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_154/2016 du 19 mai 2016 consid. 4.1; 5A_146/2011 du 7 juin 2011 consid. 4.3).

Pour apprécier les critères susmentionnés, le juge du fait dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC; ATF 142 III 617 consid. 3.2.5; arrêt du Tribunal fédéral 5A_58/2017 du 7 avril 2017 consid. 3.3.2).

4.2. En l'espèce, l'enfant D_____, âgée de 16 ans, vit auprès de son père et de sa sœur aînée depuis le mois de février 2017 et elle a ultérieurement confirmé son désir de voir perdurer cette situation.

L'intimée fait valoir que l'appelant ne possède pas les qualités éducatives permettant le bon développement personnel et scolaire de l'enfant, de sorte que la

garde de celle-ci ne devrait pas lui être attribuée. Il ne s'agit toutefois que d'allégués qui ne sont, en l'état, pas rendus plausibles.

Comme il n'est pas, à ce stade de la procédure, rendu vraisemblable que l'intérêt de l'enfant à résider chez son père serait mis en péril, il y a lieu de faire coïncider l'attribution des droits parentaux avec la situation de fait, qui correspond par ailleurs aux désirs de l'adolescente et de son père.

Au vu de ce qui précède, la garde de D_____ sera, sur mesures provisionnelles, attribuée à son père.

- 5. 5.1.** L'art. 273 al. 1 CC prévoit que le père ou la mère qui ne détient pas la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances (al. 1).

L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation, c'est-à-dire qu'il faut tenir équitablement compte des circonstances essentielles du cas, le bien de l'enfant étant le facteur d'appréciation le plus important (ATF 127 III 295 consid. 4).

5.2. En l'espèce, aucune des parties n'a pris de conclusion s'agissant de l'étendue du droit de visite à réserver au parent n'ayant pas la garde de l'enfant. Cette dernière a toutefois exprimé le souhait de maintenir des relations fréquentes avec sa mère, ce à quoi le père n'est, vraisemblablement, pas opposé.

Le droit de visite entre la mère et l'adolescente s'exercera donc librement. Il y a toutefois lieu de régler l'étendue minimum de ce droit de visite à un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires.

La décision entreprise sera dès lors complétée en ce sens.

- 6.** L'appelant sollicite la fixation d'une nouvelle contribution à l'entretien de son épouse, dès lors que celle-ci n'a plus la garde des enfants.

6.1

6.1.1. 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 ordonnées par le Tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale sont maintenues et le Tribunal est compétent pour prononcer leur modification ou leur révocation (art. 276 al. 2 CPC).

La modification des mesures protectrices ne peut être ordonnée par le juge des mesures provisionnelles que si, depuis le prononcé de celles-là, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de

revenus, soit si un changement significatif, et non temporaire, est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, ou encore 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 prévu (arrêt du Tribunal fédéral 5A_937/2014 du 26 mai 2015).

6.1.2. La capacité contributive doit être appréciée en fonction des charges effectives, étant précisé que seuls les montants réellement acquittés peuvent être pris en compte (ATF 121 III 20 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 5A_332/2013 du 18 septembre 2013 consid. 5).

Les prestations pour l'entretien des enfants intègrent une participation à leurs frais de logement, de sorte que le loyer imputé à l'époux attributaire de leur garde doit être diminué dans cette mesure (arrêts du Tribunal fédéral 5A_991/2014 du 27 mai 2015 consid. 4.2; 5A_464/2012 du 30 novembre 2012 consid. 4.6.3).

6.1.3. La décision de modification de mesures protectrices ne déploie en principe ses effets que pour le futur, l'ancienne réglementation restant valable jusqu'à l'entrée en force formelle du nouveau prononcé. En matière de contributions d'entretien, la modification peut aussi prendre effet - au plus tôt - au moment du dépôt de la requête (ou à une date ultérieure), l'octroi d'un tel effet rétroactif relevant toutefois de l'appréciation du juge. Seuls des motifs très particuliers, tels qu'un lieu de séjour inconnu ou une absence du pays du débiteur de la contribution d'entretien, ou encore un comportement d'une partie contraire à la bonne foi, peuvent justifier une rétroactivité dans une plus large mesure (ATF 111 II 103 consid. 4; arrêts du Tribunal fédéral 5A_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 5.2.3; 5A_501/2015 du 12 janvier 2016 consid. 4.1; 5A_274/2015 du 25 août 2015 consid. 3.5).

Lorsque le motif pour lequel la modification d'une contribution d'entretien est demandée se trouve déjà réalisé au moment du dépôt de la requête, il ne se justifie normalement pas, du point de vue de l'équité, de faire remonter l'effet de la modification à un autre moment, le créancier de la contribution devant tenir compte d'un risque de réduction ou de suppression de la rente dès l'ouverture de la procédure (arrêts du Tribunal fédéral 5A_501/2015 du 12 janvier 2016 consid. 4.4; cf. ATF 117 II 368 consid. 4c/bb et les références citées en application de l'art. 153 al. 2 aCC; 127 III 503 consid. 3b/aa en application de l'art. 286 al. 2 CC).

6.2

6.2.1 En l'espèce, il n'est pas contesté que les circonstances ont changé depuis le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale, dès lors que la garde des deux enfants des parties, dont l'une est devenue majeure en cours de procédure, a été confiée à leur père. Il importe peu que l'attribution de la garde de D_____ à

son père soit ou non définitive puisque la présente procédure a justement pour fonction de régler la situation des parties pendant la durée de la procédure et que de nouvelles mesures provisoires pourront être prononcées si les faits venaient à se modifier.

6.2.2. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir retenu qu'il réalisait un revenu mensuel net de 48'152 fr. alors que son relevé de salaire pour le mois de mai 2017 indique il a perçu un revenu net de 35'900 fr. Il omet toutefois de tenir compte de l'important bonus qu'il perçoit annuellement, qu'il n'a pas allégué ne plus percevoir, et du fait que son salaire lui est versé treize fois l'an. Dès lors, l'appelant échoue à rendre vraisemblable que son revenu actuel serait inférieur aux 48'000 fr. réalisés en 2012, étant relevé qu'il n'a pas produit ses certificats de salaires pour les années 2013 à 2016. Il n'a de plus fourni aucun titre en relation avec les dividendes qu'il perçoit selon toute vraisemblance.

Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'écarter des charges de l'intimée les intérêts et amortissements hypothécaires dès lors que c'est, vu la concordances des dates, vraisemblablement en raison du non versement par l'appelant de la totalité de la contribution d'entretien à laquelle il a été condamné sur mesures protectrices de l'union conjugale que l'intimée a cessé de s'acquitter de ces charges par manque de ressources.

En outre, si une participation des enfants aux frais de logement de leur mère aurait pu être intégrée dans leurs charges lorsqu'elles logeaient chez leur mère, une telle contribution ne peut plus leur être imputée depuis qu'ils n'y résident plus. La totalité de ces frais doit donc figurer dans les charges de l'intimée.

Les autres charges admises par le Tribunal de première instance pour l'intimée n'étant pas critiquées en appel, celles-ci s'élèvent à 10'737 fr. par mois.

Hormis la participation des enfants aux frais de logement de leur mère – qu'il n'y a pas lieu d'admettre pour les raisons susmentionnées – les charges des enfants retenues par le premier juge ne sont pas contestées.

Par conséquent, les charges de D_____ s'élèvent à 2'631 fr. par mois.

Dans la décision sur mesures protectrices de l'union conjugale, la Cour avait considéré qu'une somme d'environ 4'000 fr. devait être ajoutée aux frais effectifs de l'intimée et des enfants afin que ceux-ci puissent maintenir leur train de vie. Cette somme devait vraisemblablement être répartie pour moitié en faveur de l'intimée, dès lors qu'il s'agit d'une personne adulte dont les frais sont plus élevés que ceux d'un enfant, et à raison d'un quart pour chacun des enfants.

Dès lors, c'est un montant arrondi de 12'800 fr. (10'737 fr. + 2'000 fr.) qui est nécessaire à l'intimée pour maintenir son train de vie, celui pour l'enfant étant arrêté à 3'700 fr. (2'631 fr. + 1'000 fr.).

6.2.3 L'appelant ayant sollicité une modification de la contribution d'entretien le 25 février 2016, compte tenu du fait que l'enfant C_____ n'habitait déjà plus chez sa mère depuis le 8 février 2016, la modification des mesures protectrices de l'union conjugale rétroagira au 25 février 2016.

L'appelant sera ainsi condamné à verser en main de l'intimée, la somme de 12'800 fr. par mois à titre de contribution à son entretien dès le 25 février 2016 et la somme de 3'700 fr. par mois, allocations familiales ou d'études non comprises, à titre de contribution à l'entretien de D_____ du 25 février 2016 au 30 janvier 2017, date depuis laquelle l'enfant vit auprès de l'appelant.

L'appelant disposant à tout le moins d'un solde disponible de 20'000 fr. puisqu'il a allégué devoir supporter des charges de 28'000 fr. par mois - comprenant les charges des enfants - le versement des contributions d'entretien susmentionnées ne porte pas atteinte à son minimum vital.

7. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir alloué une *provisio ad litem* à son épouse au motif que le montant de la contribution d'entretien fixé sur mesures protectrices de l'union conjugale tenait compte du financement des frais de procès.

7.1. Si un époux ne dispose pas des moyens suffisants, il peut exiger de son conjoint, sur la base des art. 159 al. 3 et 163 CC, qu'il lui fasse l'avance des frais du procès pour lui permettre de sauvegarder ses intérêts (ATF 117 II 127 consid. 6). Peu importe que le débiteur doive s'en acquitter sur la base de ses revenus ou de ses biens (BOHNET, in Droit matrimonial, commentaire pratique, 2016, n. 61 ad art. 276 CPC). Le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur doit cependant être préservé (ATF 103 Ia 99 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_778/2012 du 24 janvier 2013 consid. 6.1).

Les contributions d'entretien ont en principe pour but de couvrir les besoins courants des bénéficiaires, et non de servir, comme la *provisio ad litem*, à assumer les frais du procès en divorce. L'octroi d'une telle provision peut donc être justifié indépendamment du montant de la contribution à l'entretien de la famille (arrêts du Tribunal fédéral 5A_372/2015 du 29 septembre 2015 consid. 4.1; 5A_448/2009 du 25 mai 2010 consid. 8.2).

Le montant de la *provisio ad litem* doit correspondre aux frais prévisibles de l'action judiciaire entreprise.

Elle est une simple avance, qui doit en principe être restituée. Il appartient au juge, dans le jugement de divorce, de statuer sur la question de l'éventuelle restitution

de cette avance dans le cadre de la répartition des frais et des dépens (arrêt du Tribunal fédéral 5A_777/2014 du 4 mars 2015 consid. 6.2 et 6.3).

7.2. En l'espèce, c'est à tort que l'appelant se contente d'affirmer que la contribution d'entretien versée à son épouse permet à celle-ci d'assumer ses frais de procès. En effet, le montant des contributions d'entretien a été fixé sur mesures protectrices de l'union conjugale pour que l'intimée et les enfants puissent couvrir leurs charges et maintenir leur train de vie antérieur. Il n'a été aucunement fait mention de futurs frais de procès en divorce. La contribution à l'entretien de l'intimée fixée dans la présente décision repose sur les mêmes critères, sans qu'il ne soit tenu compte de frais de procédure. Par ailleurs, il n'a pas été rendu vraisemblable que l'intimée disposerait d'une fortune lui permettant d'assumer ses frais de procès. Par conséquent, c'est à juste titre que le premier juge a considéré que l'intimée était en droit de prétendre au versement d'une *provisio ad litem*.

L'appelant ne critique pas le montant de 6'000 fr. arrêté par le Tribunal de première instance. Cette somme ne paraît pas surévaluée, dès lors qu'elle doit servir aux frais judiciaires à venir – et non à couvrir des frais déjà assumés – et que les parties s'opposent encore dans la procédure au fond sur l'attribution des droits parentaux sur D_____ et sur la liquidation de leur régime matrimonial.

Par conséquent, l'appelant sera débouté de ses conclusions et le jugement sera confirmé sur ce point.

- 8. 8.1** 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 le Tribunal a renvoyé la décision sur les frais des mesures provisionnelles à la décision finale, le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

8.2 Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 2'000 fr. (art. 31 et 37 RTFMC) et mis à la charge des parties pour moitié chacune, compte tenu de la nature familiale et de l'issue du litige (art. 95 et 107 al. 1 let. c CPC). Ils seront compensés avec l'avance de frais de même montant versée par l'appelant (art. 111 al. 1 CPC) qui demeure acquise à l'Etat de Genève, l'intimée étant condamnée à verser la somme de 1'000 fr. à l'appelant.

Compte tenu de la nature familiale du litige, chaque partie supportera ses propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. c CPC).

- 9.** L'arrêt de la Cour, statuant sur mesures provisionnelles dans la procédure en divorce, est susceptible d'un recours en matière civile, les moyens étant limités en application de l'art. 98 LTF.

Vu les conclusions pécuniaires restées litigieuses devant la Cour, la valeur litigieuse au sens de la LTF, est supérieure à 30'000 fr. (art. 51 al. 1 lit. a et al. 4 LTF et 74 al. 1 let. b LTF; arrêt du Tribunal fédéral 5A_720/2011 du 8 mars 2012 consid. 1 et 2.1).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 3 juillet 2017 par A_____ contre les chiffres 2, 3 et 6 de l'ordonnance OTPI/297/2017 rendue le 20 juin 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/8470/2012.

Au fond :

Annule les chiffres 2 et 3 du dispositif de cette décision, et statuant à nouveau :

Attribue la garde de D_____ à A_____.

Réserve à B_____ un droit de visite sur D_____, devant s'exercer d'entente entre les parents et l'enfant, mais au minimum un week-end sur deux ainsi que durant la moitié des vacances scolaires.

Condamne A_____ à payer à B_____, par mois et d'avance, la somme de 12'800 fr. à titre de contribution à son entretien dès le 25 février 2016.

Condamne A_____ à payer à B_____, par mois et d'avance, allocations familiales ou d'études non comprises, la somme de 3'700 fr. à titre de contribution à l'entretien de D_____ du 25 février 2016 au 30 janvier 2017.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'000 fr., les met à la charge des parties pour moitié chacune et les compense à hauteur de 2'000 fr. avec l'avance de frais fournie par A_____, qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ à verser 1'000 fr. à A_____ au titre de frais d'appel.

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

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, juges; Madame Audrey MARASCO, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Audrey MARASCO

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.

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.