

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/8771/2016

ACJC/1694/2016

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU VENDREDI 16 DECEMBRE 2016**

Entre

**Madame A**\_\_\_\_\_, domiciliée \_\_\_\_\_ (GE), appelante d'une ordonnance rendue par la 16ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 18 juillet 2016, comparant par Me Yann Lam, avocat, rue Joseph-Girard 20, case postale 1611, 1227 Carouge, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

**Monsieur B**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_, Allemagne, intimé, comparant par Me Maud Udry Alhanko, avocate, rue du Rhône 65, case postale 3199, 1211 Genève 3, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'au Tribunal de première instance, au Service de protection des mineurs et au Service de protection de l'adulte et de l'enfant le 21.12.2016.

---

**EN FAIT**

**A. a.** B \_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1973, et A \_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1980, tous deux ressortissants allemands, se sont mariés le \_\_\_\_\_ 2008 à \_\_\_\_\_ (Allemagne).

De cette union sont issues trois enfants :

- C \_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 2008,
- D \_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 2009, et
- E \_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 2011.

**b.** Après avoir vécu en Allemagne jusqu'en 2013, les parties ont déménagé de Lübeck à Vienne en 2013, puis de Vienne à Genève en septembre 2014, pour les besoins professionnels de B \_\_\_\_\_.

Dans le cadre de leur séjour en Suisse, l'employeur de ce dernier a pris à sa charge les frais de scolarité des trois enfants à l'Ecole Internationale de Genève - où elles ont suivi des cours dispensés en anglais -, les primes d'assurance-maladie de la famille, ainsi que le loyer du domicile conjugal.

**c.** Les époux se sont séparés au début de l'année 2016.

**d.** Le 1<sup>er</sup> février 2016, le contrat de travail de B \_\_\_\_\_ a pris fin, avec effet au 31 juillet 2016. L'époux a, dès cette date, été libéré de son obligation de travailler et effectué des recherches d'emploi en Allemagne.

**e.** Le bail de la maison conjugale a été résilié par l'employeur de B \_\_\_\_\_ pour le 31 juillet 2016.

**B. a.** Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée le 2 mai 2016 au greffe du Tribunal de première instance, B \_\_\_\_\_ a, notamment, conclu, à titre superprovisionnel, à ce que le retour des enfants dans le Nord de l'Allemagne soit ordonné dès le 1<sup>er</sup> août 2016. Au fond, il a conclu, à titre principal, à ce qu'il soit constaté que les parties vivaient séparément pour une durée indéterminée, à ce que l'autorité parentale conjointe sur les enfants soit maintenue, puis, alternativement, à ce que, en cas de retour de A \_\_\_\_\_ dans le Nord de l'Allemagne dès le 1<sup>er</sup> août 2016, la garde des trois enfants soit attribuée à cette dernière et qu'un large droit de visite lui soit réservé ou, si elle restait vivre en Suisse dès le 1<sup>er</sup> août 2016, la garde des enfants lui soit attribuée et que la mère se voie réserver un large droit de visite.

**b.** A \_\_\_\_\_ a, notamment, conclu à l'attribution de la garde des enfants en sa faveur, un droit de visite devant être réservé à leur père.

**c.** A la demande du Tribunal, le Service de protection des mineurs (ci-après : le SPMi) a rendu un rapport d'évaluation sociale le 29 juin 2016. Il en ressort que la

famille était organisée de manière traditionnelle, la mère ne travaillant pas et s'occupant des enfants de manière prépondérante et le père pourvoyant aux besoins économiques des enfants. Les enfants partagent un bon lien avec leurs deux parents. Elles sont toutefois tiraillées entre eux deux, dont la communication est conflictuelle et difficile. Les parties campent sur leurs positions et attendent une décision du Tribunal afin d'ajuster leurs projets respectifs. B\_\_\_\_\_ a proposé de maintenir le niveau de vie de la famille en mettant une maison confortable en Allemagne à disposition de son épouse et de payer une scolarité similaire aux enfants, s'engageant alors à ne pas accepter un emploi impliquant un déménagement à l'étranger dans la durée. A\_\_\_\_\_ a proposé de rester à Genève et d'inscrire les enfants dans une école publique, ce qui impliquerait l'apprentissage d'une nouvelle langue, et un éloignement de leur père, puisque celui-ci habiterait à l'étranger.

Pour le SPMi, la solution proposée par le père aurait comme avantage pour les enfants d'être à proximité de leurs deux parents et de maintenir le même système scolaire, leur apportant une certaine stabilité. La proposition de la mère ferait bénéficier les enfants d'une transition plus douce, leur permettant de demeurer en contact avec leurs amis et connaissances, mais elles devraient changer radicalement de système scolaire et apprendre une nouvelle langue, et verraient moins leur père.

Le SPMi estime que la proposition de B\_\_\_\_\_ est plus en accord avec l'intérêt des enfants. En effet, au vu du bas âge des enfants, la présence rassurante et ample de leurs deux parents est extrêmement importante pour leur développement. La mère, qui a un lien proche et privilégié avec les enfants, continuerait d'en assumer la garde. Compte tenu des rotations importantes dans l'Ecole Internationale de Genève, les liens tissés par les enfants avec leur entourage devront être reconstruits, quelle que soit la décision du Tribunal. La proposition de A\_\_\_\_\_ implique pour les enfants l'apprentissage du français dans une période difficile de leur vie de famille. Le SPMi a enfin relevé que, durant l'évaluation, la mère semblait être une mère adéquate et attentive, mais néanmoins débordée et en souffrance, se montrant ambivalente et sans projet personnel clair pour l'instant.

Dans un souci de faire primer le besoin des enfants d'être à proximité de leurs deux parents, le SPMi a ainsi considéré qu'il était conforme à leur intérêt de permettre leur retour en Allemagne.

**d.** Lors de l'audience tenue le 30 juin 2016 par le Tribunal, B\_\_\_\_\_ a sollicité le déplacement des enfants en Allemagne et persisté dans ses conclusions pour le surplus. Il a fait valoir qu'il n'était plus en mesure d'assumer les dépenses de la famille à Genève et que l'exercice de son droit de visite était actuellement difficile, dans la mesure où il résidait à l'hôtel et n'était ainsi pas en mesure de prendre ses enfants pour la nuit. Selon lui, le retour des enfants en Allemagne leur

---

permettrait de conserver une bonne qualité de vie dans un système scolaire similaire et de bénéficier de la présence de leurs deux parents, ainsi que de leur famille en Allemagne. Il a proposé à son épouse de choisir une ville en Allemagne où elle souhaiterait résider, pour autant que ce ne soit pas trop éloigné de chez lui. Il s'est engagé à la soutenir financièrement, à être plus disponible et à rechercher un emploi compatible avec la garde des enfants.

A\_\_\_\_\_ s'est déclarée en désaccord avec les recommandations du SPMi, estimant que la stabilité des enfants imposait que celles-ci restent en Suisse, où elle souhaitait faire sa vie.

e. Par requête en mesures superprovisionnelles déposée le 12 juillet 2016, B\_\_\_\_\_ a sollicité l'autorisation que les trois enfants demeurent en Allemagne auprès de lui jusqu'à ce que la question de leur retour éventuel en Allemagne soit tranchée, requête qui a été rejetée par ordonnance rendue le même jour, au vu de l'imminence de la décision sur mesures provisionnelles.

**C. a.** Par ordonnance OTPI/406/2016 rendue le 18 juillet 2016 et notifiée aux parties le lendemain, le Tribunal a, statuant sur mesures provisionnelles, accordé à B\_\_\_\_\_ la garde de C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ (ch. 1 du dispositif), autorisé le déplacement des enfants en Allemagne (ch. 2), réservé à A\_\_\_\_\_ un large droit de visite, devant s'exercer, à défaut d'entente entre les parties, du vendredi soir au dimanche soir, et la moitié des vacances scolaires (ch. 3), réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires (ch. 4), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

**b.** Aux termes de cette ordonnance, le Tribunal a retenu que les enfants, de nationalité allemande, avaient vécu en Allemagne à l'exception de leur court séjour à Vienne et en Suisse, que leurs familles élargies vivaient en Allemagne et qu'elles avaient effectué deux années scolaires à Genève, où elles avaient déjà dû apprendre l'anglais et qu'elles ne parlaient pas le français, de sorte que leurs attaches avec la Suisse, en particulier Genève, étaient faibles, d'autant que leur installation en Suisse n'avait jamais revêtu un caractère définitif. Leur maintien à Genève impliquerait un déménagement, puisque le bail de la villa familiale avait été résilié pour le 31 juillet 2016, d'intégrer l'école publique dès le mois d'août 2016 et d'apprendre une langue supplémentaire, le français, ce qui, selon le SPMi, serait compliqué et interviendrait à un moment difficile dans leur vie familiale. Par ailleurs, leur père ne serait pas en mesure d'assurer la conservation de leur train de vie dans cette hypothèse.

Le premier juge a également relevé que les compétences parentales étaient équivalentes, même si la mère apparaissait à ce moment-là débordée, en souffrance et sans projet personnel clair. La demande du père de déplacer les

---

enfants en Allemagne visait à maintenir l'unité familiale, en garantissant aux enfants, encore en bas âge, l'accès à leurs deux parents. Celui-ci, de nationalité allemande et de langue allemande, aurait, par ailleurs, plus de chances de trouver un emploi en Allemagne qu'en Suisse. Les solutions proposées par B\_\_\_\_\_ visaient à favoriser le rapprochement de la famille et indiquaient qu'il semblait, en l'état, être mieux à même de prendre en considération l'intérêt des enfants et d'assurer leur bien-être.

- D. a.** Par acte déposé le 20 juillet 2016 au greffe de la Cour de justice, A\_\_\_\_\_ appelle de cette décision, dont elle sollicite l'annulation.

Elle conclut à l'attribution en sa faveur de la garde de C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ et la condamnation de B\_\_\_\_\_ au versement d'une provision *ad litem* de 8'000 fr., avec suite de frais et dépens.

Elle sollicite, préalablement, à ce qu'elle soit dispensée de fournir l'avance des frais judiciaires jusqu'à droit jugé sur sa demande d'assistance juridique, que soient ordonnés une expertise familiale et un complément d'évaluation familiale par le SPMi et qu'elle soit autorisée à compléter son acte d'appel.

- b.** A\_\_\_\_\_ a, également, assorti son appel d'une requête en restitution de l'effet suspensif, avec mesures superprovisionnelles urgentes.

Par arrêt ACJC/1005/2016 rendu le 20 juillet 2016, la Cour a rejeté ces requêtes, faisant *prima facie* siennes les considérations du Tribunal.

Par arrêt 5A\_549/2016 rendu le 18 octobre 2016, le Tribunal fédéral a admis le recours interjeté contre cet arrêt par A\_\_\_\_\_ et réformé cette décision en suspendant l'effet exécutoire attaché au dispositif de l'ordonnance rendue le 18 juillet 2016 jusqu'à droit connu sur l'appel contre celle-ci. Cette instance a, en substance, considéré que la Cour s'était écartée sans motifs convaincants de la jurisprudence selon laquelle le bien de l'enfant commandait, en général lors du prononcé de mesures provisionnelles, de maintenir les choses en l'état et de le laisser auprès de sa personne de référence. L'état de la mère n'apparaissait pas entraîner une mise en danger des enfants et ses capacités éducatives n'avaient pas été remises en question par le SPMi. La Cour avait, en outre, mal interprété le contenu du rapport établi par ce service, celui-ci n'ayant pas retenu que la prise en charge des enfants par leur père était dans leur intérêt, mais que la proposition de ce dernier - à savoir l'attribution de la garde à la mère, en cas de retour de celle-ci en Allemagne, avec un large droit de visite en faveur du père - était plus en accord avec leur intérêt, solution qui ne pouvait toutefois être imposée à la mère. Enfin, ni l'apprentissage d'une nouvelle langue ni un éventuel déménagement à Genève n'étaient non plus de nature à les mettre en danger.

- c.** B\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de son épouse, avec suite de frais et dépens.

**d.** Par réplique du 25 août 2016, A\_\_\_\_\_ a persisté dans ses explications et amplifié ses conclusions d'appel, sollicitant en outre, à titre préalable, la comparution personnelle des parties et, au fond, l'instauration d'un droit de visite en faveur du père devant s'exercer, sauf accord entre les parties, à raison d'un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires, et le versement d'une provision *ad litem* augmentée à 15'000 fr.

**e.** Par courrier du 6 septembre 2016, A\_\_\_\_\_ a informé la Cour que son époux l'avait avertie qu'il était en train de résilier l'assurance du véhicule de Genève et l'assurance-maladie pour toute la famille et qu'il n'était plus en mesure de continuer à verser la contribution dont il s'acquittait, au motif qu'il n'avait pas reçu les compensations financières prévues par la convention de départ conclue avec son ancien employeur en raison de l'occupation illégale par elle et les enfants du domicile conjugal consécutive à la résiliation du bail. Compte tenu de la réticence de son époux à clarifier sa situation financière et de l'importance de cette question sur le plan de la garde, A\_\_\_\_\_ a conclu à ce qu'il soit ordonné directement à l'ancien employeur de ce dernier de produire ladite convention de départ.

**f.** Par duplique du 9 septembre 2016, B\_\_\_\_\_ a précisé l'état de sa situation financière et a, pour le surplus, persisté dans ses explications et conclusions.

**g.** Les époux ont été informés par la Cour de ce que la cause était gardée à juger, par courrier du 13 septembre 2016.

**h.** En réponse au courrier du 6 septembre précité, B\_\_\_\_\_ a, par courrier du 20 septembre suivant adressé à la Cour, précisé notamment qu'il avait dû modifier l'assurance-maladie des enfants, souscrite auprès d'une compagnie d'assurance privée en Allemagne et prise en charge jusqu'au 31 juillet 2016 par son ancien employeur, et assurer les enfants auprès d'une caisse publique allemande.

**i.** Par courrier adressé à la Cour le 23 septembre 2016, A\_\_\_\_\_ a indiqué que les enfants étaient dorénavant scolarisées à l'école de \_\_\_\_\_ (GE) et que cela se passait très bien. Elle avait également entrepris des démarches auprès du SCARPA et de l'Hospice général.

**j.** Par courrier du 16 novembre 2016, A\_\_\_\_\_ a informé la Cour de ce qu'elle avait trouvé un nouveau logement à \_\_\_\_\_ (GE) pour le courant du mois de décembre prochain.

**k.** Il ressort des écritures des parties que B\_\_\_\_\_ exerce actuellement un droit de visite à raison d'un week-end sur deux. Logeant à l'hôtel, il prend les enfants le samedi matin et les ramène chez leur mère le soir, puis les récupère le dimanche matin et les lui ramène avant de repartir en Allemagne par avion.

---

I. Les parties ont produit des pièces nouvelles à l'appui de leurs écritures, dont la recevabilité n'est pas contestée.

### **EN DROIT**

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

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

Dès lors qu'en l'espèce, le litige porte sur les droits parentaux, soit sur une affaire non pécuniaire, la voie de l'appel est ouverte indépendamment de la valeur litigieuse (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_781/2015 du 14 mars 2016 consid. 1 et 5A\_331/2015 du 20 janvier 2016 consid. 1).

En l'espèce, l'appel ayant été formé en temps utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1 et 311 al. 1 CPC), il est recevable.

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

La présente cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée en tant qu'elle concerne les enfants mineurs des parties (art. 296 al. 1 et al. 3 CPC), de sorte que la Cour n'est liée ni par les conclusions des parties sur ce point (art. 296 al. 3 CPC) ni par l'interdiction de la *reformatio in pejus* (ATF 129 III 417 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_562/2009 du 18 janvier 2010 consid. 3.1).

Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d CPC), la cognition de la Cour est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb, in JT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2).

- 1.3.** Des mesures provisionnelles peuvent valablement être prononcées dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, notamment lorsque cette procédure risque de se prolonger (ACJC/474/2016 du 8 avril 2016 consid. 2.1; ACJC/1237/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3.3.1; ACJC/395/2015 du 27 mars 2015 consid. 3.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_870/2013 du 28 octobre 2014 consid. 5). De telles mesures ne peuvent toutefois être ordonnées

que pour autant que les conditions posées par l'art. 261 CPC soient réunies (ACJC/154/2014 du 7 février 2014 consid. 4).

Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b).

La condition du préjudice difficilement réparable vise à protéger le requérant du dommage qu'il pourrait subir s'il devait attendre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au fond (ATF 116 Ia 446 consid. 2, *in* JT 1992 I p. 122). Elle suppose l'urgence, laquelle s'apprécie au regard des circonstances concrètes du cas (BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 12 ad art. 261 CPC).

En l'espèce, l'opportunité du prononcé de mesures provisionnelles n'est, à juste titre, pas contestée par les parties, dans la mesure où la procédure de mesures protectrices n'est à ce jour pas en état d'être jugée - la situation financière de l'intimé devant encore être instruite - et où il apparaît, dans cette attente, nécessaire et urgent de déterminer le lieu de vie des enfants compte tenu de la situation particulière des époux.

**1.4.** Les parties ont produit de nouvelles pièces en appel relatives à leurs situations personnelles et financières respectives, dont elles ne contestent pas la recevabilité.

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 les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, où les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, la Cour de céans admet tous les novae (ACJC/244/2015 du 6 mars 2015 consid. 3.3.1; ACJC/976/2014 du 15 août 2014 consid. 1.3; ACJC/963/2014 du 6 août 2014 consid. 3.1; ACJC/480/2014 du 11 avril 2014 consid. 1.4; 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).

Les pièces nouvelles produites par les parties sont ainsi recevables.

2. La cause présente des éléments d'extranéité au vu de la nationalité des parties et du domicile de l'intimé en Allemagne.

---

Les parties ne contestent, à juste titre, pas la compétence des autorités judiciaires genevoises (art. 46, 79 et 85 al. 1 LDIP; art. 5 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, CLaH96) et l'application du droit suisse (art. 48 al. 1, 49, 82 al. 1 et 83 LDIP; art. 15ss CLaH96) au présent litige.

3. L'appelante reproche au premier juge d'avoir violé son droit d'être entendu en ayant rendu l'ordonnance sur mesures superprovisionnelles du 12 juillet 2016 sans que la requête y relative de son époux ne lui ait été communiquée.

Elle fait valoir que, comme le veut l'usage, cette requête a été confiée au même magistrat que celui en charge de la procédure au fond et que, quand bien même la requête a été rejetée, elle ignore ce que son époux a allégué et n'a pu se déterminer à cet égard. Selon elle, le premier juge aurait statué sur l'ordonnance du 18 juillet 2016 sans dissocier les écritures des parties au fond et la requête en mesures superprovisionnelles de l'intimé; il aurait eu connaissance d'une écriture, portant à ne pas douter sur le même état de fait et les mêmes questions juridiques, sans avoir offert à la partie adverse de se déterminer.

En l'espèce, point n'est besoin d'examiner ce grief au vu de l'issue du litige.

4. L'appelante conclut à ce qu'il soit ordonné à l'ancien employeur de l'intimé de produire sa convention de départ pour clarifier sa situation financière.

L'appelante sollicite également l'établissement d'une expertise familiale et/ou d'un complément d'évaluation familiale par le SPMi, ce à quoi l'intimé s'oppose pour qu'il soit statué au plus vite. Elle conteste le rapport dudit service en tant qu'il retient qu'elle est "*en souffrance et débordée*", sinon peut-être par les émotions induites par l'attitude de son époux qui tente de lui imposer ses choix, et relève que le SPMi s'est limité à recommander le départ des enfants en Allemagne sans se prononcer sur l'organisation de la garde et des relations personnelles dans cette hypothèse, de sorte que son rapport est lacunaire.

**4.1.** Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves : elle peut ainsi ordonner que des preuves administrées en première instance le soient à nouveau devant elle, faire administrer des preuves écartées par le tribunal de première instance ou encore décider l'administration de toutes autres preuves. Néanmoins, cette disposition ne confère pas à l'appelant un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves. Le droit à la preuve, comme le droit à la contre-preuve, découlent de l'art. 8 CC ou, dans certains cas, de l'art. 29 al. 2 Cst., dispositions qui n'excluent pas l'appréciation anticipée des preuves. L'instance d'appel peut en particulier rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé présentée par l'appelant si celui-ci n'a pas

suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. Elle peut également refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1. et 4.3.2; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_228/2012 consid. 2.3 et 5A\_906/2012 du 18 avril 2013 consid. 5.1.2).

**4.2.** En l'espèce, la Cour s'estime, à ce stade de la procédure et compte tenu de la nature sommaire de celle-ci, suffisamment renseignée sur la situation de la famille. Cette solution s'impose également au regard du principe de célérité applicable à la présente procédure. S'agissant, en particulier, de la pièce relative à la situation financière de l'intimée, celle-ci n'apparaît pas nécessaire à la solution du litige. Il ne se justifie dès lors pas de donner une suite favorable à la demande d'administration de preuves formulée par l'épouse.

**5.** L'appelante conteste la décision entreprise et sollicite la garde des trois enfants des parties.

Elle reproche au premier juge de ne s'être pas penché sur la disponibilité des parents ni l'organisation ayant toujours prévalu. Elle explique avoir pris soin à plein temps des enfants depuis toujours et être leur parent référent, puisque, pour cela, elle ne travaillait pas, et que le père, très orienté vers sa carrière, avait toujours occupé des postes de cadres dans des entreprises internationales et était principalement disponible durant les week-ends et les vacances. Depuis la séparation des époux qui avait été très éprouvante pour tous, elle mettait tout en œuvre pour que les enfants conservent leurs repères, notamment en cherchant un nouveau logement, malgré le refus de son époux de l'aider en cela. On ne pouvait considérer, comme l'avait fait tant le SPMi que le Tribunal, qu'un tel déménagement serait comparable à un déplacement en Allemagne, dans un pays dont les enfants n'avaient pas de souvenirs pour l'avoir quitté avant leur scolarisation et dans une ville qu'elles ne connaissaient pas, pour aller vivre avec leur père qu'elles ont peu vu et des grands-parents avec qui elles ont eu très peu de contacts. Si, comme le prétend son époux, le retour en Allemagne était planifié depuis toujours, les enfants auraient plutôt été scolarisées à la Deutsche Schule Genf. En tout état, l'apprentissage d'une nouvelle langue ne peut être qu'un avantage.

Elle reproche également au premier juge de s'être éloigné du rapport du SPMi, lequel se limite à recommander le départ des enfants en Allemagne sans se prononcer sur l'organisation de la garde et des relations personnelles dans cette hypothèse.

Elle relève, en outre, que tant la situation financière que les projets professionnels de l'intimé sont opaques et que le premier juge ne pouvait parvenir à la conclusion que le maintien du train de la famille ne pouvait être assuré qu'en Allemagne. Enfin, en refusant de continuer à s'acquitter de l'entretien envers sa famille et en résiliant les contrats d'assurances, l'intimé plaçait celle-ci dans une situation financière critique, ce qui démontrait son incapacité à tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants.

Pour sa part, l'intimé explique avoir organisé le retour des enfants en Allemagne, où ils pourront résider dans une maison mise à disposition par la mère de l'appelante dans la région de Hanovre, à Isernhagen, et où les enfants ont été inscrites à l'Ecole Internationale de Hanovre pour la rentrée 2016-2017. Selon lui, les époux avaient toujours su que leur séjour en Suisse serait temporaire et qu'ils devraient retourner en Allemagne - où ils ont leurs attaches et racines familiales paternelles et maternelles -, raison pour laquelle les enfants avaient été inscrites à l'Ecole Internationale de Genève et n'avaient pas appris le français. Au vu de la situation, il estime que l'intérêt prépondérant des enfants - qui prime celui de leur mère - commande leur retour en Allemagne où elles pourront se développer harmonieusement dans un cadre stable, continuer à entretenir des liens avec leurs deux parents et le reste de la famille et bénéficier d'une meilleure situation financière. Au contraire, leur maintien à Genève leur serait préjudiciable en raison de l'apprentissage obligatoire d'une nouvelle langue, de la précarité de leur logement dorénavant occupé illégalement, des dommages-intérêts en découlant et atteignant sa capacité contributive, alors qu'il est au chômage.

**5.1.** En vertu de l'art. 176 al. 3 CC relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, notamment s'agissant de l'autorité parentale et de la garde, d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Il peut, notamment, attribuer la garde des enfants à un seul des parents et statuer sur les relations personnelles (art. 298 al. 2 CC).

Le juge est ainsi habilité à décider du lieu de séjour et de la prise en charge de l'enfant, sans que l'autorité parentale ne soit remise en cause, lorsqu'il apparaît que les parents ne parviendront pas à surmonter leurs divergences sur ces questions (FF 2011 8340 s. ch. 2.1). Le terme "garde" se réfère à la prise en charge effective de l'enfant (FF 2011 8339 ch. 2.1).

Conformément à l'art. 301 al. 1bis CC, le parent qui a la charge de l'enfant peut prendre seul les décisions courantes ou urgentes (ch. 1) ou d'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable (ch. 2). L'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 1 CC).

---

En cas d'autorité parentale conjointe, les deux parents détiennent le droit de fixer la résidence de l'enfant sans égard à l'attribution de la garde, sous réserve des limitations prévues à l'art. 301a al. 2 CC. Ils doivent dès lors décider ensemble chez lequel d'entre eux l'enfant va habiter, les exceptions étant réglées aux art. 298 al. 2 et 298b al. 3 CC.

Selon l'art. 301a al. 2 CC, un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant lorsque le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger (let. a) ou quand le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (let. b). Le déménagement d'un parent à l'étranger fait ainsi l'objet d'une règle spéciale: à la différence d'un déménagement en Suisse, un départ n'est possible qu'avec le consentement de l'autre parent même s'il n'en résulte pas de conséquence significative pour l'exercice de l'autorité parentale (FF 2011 8345 ch. 2.1). Quand le consentement d'un parent est sollicité et qu'il le refuse, son opposition sera privée de tout effet si l'autorité accepte le déplacement, conformément à l'al. 2 de l'art. 301a CC. La décision d'autoriser un changement de lieu de résidence de l'enfant est prise par le tribunal dans le cadre de la procédure matrimoniale lorsque, dans le même temps - ce qui est généralement le cas -, il est nécessaire de régler ou de modifier l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles, la prise en charge ou l'entretien de l'enfant. Le juge du divorce - et l'autorité de protection de l'enfant - peuvent ainsi décider du lieu où vivra l'enfant même dans l'hypothèse d'un déménagement à venir (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_985/2014 du 25 juin 2015 consid. 3.2 et les réf. citées).

**5.2.** 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 au sens de l'art. 133 al. 1 ch. 2 CC, de sorte que les critères dégagés par la jurisprudence antérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2014 restent applicables si les parents ne s'entendent pas sur ce point.

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 enfants, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_781/2015 du 14 mars 2016 consid. 4.1.2. et les réf. citées).

**5.3.** En l'espèce, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, le rapport du SPMi ne retient pas que la prise en charge des enfants par leur père est dans leur intérêt, mais plutôt que la solution proposée par ce dernier - à savoir l'attribution de la garde à la mère avec un large droit de visite en sa faveur, ce pour autant que celle-là acceptât de revenir vivre en Allemagne - est plus en accord avec leur intérêt, dans la mesure où elle leur permettrait d'être à proximité de leurs deux parents. Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, une telle solution ne saurait toutefois être imposée à la mère dans la mesure où la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.), la liberté d'établissement (art. 24 Cst.), ainsi que la liberté économique (art. 27 Cst.) des parents doivent également être respectées et, d'une manière générale, il n'appartient pas au juge de répondre à la question de savoir s'il était dans l'intérêt de l'enfant que ses deux parents demeurent en Suisse - ou comme *in casu* déménagent -, mais doit plutôt se demander si son bien-être serait mieux préservé dans l'hypothèse où il suivrait le parent qui envisage de déménager ou dans celle où il demeurerait auprès du parent restant sur place (arrêt précité 5A\_549/2016 et les réf. citées).

Or, il apparaît que la mère - qui, selon une organisation traditionnelle, ne travaille pas, alors que le père a jusque-là occupé des postes à responsabilité - s'est occupée de manière prépondérante des enfants depuis leur naissance et est, par conséquent, leur parent de référence. Si le SPMi a relevé qu'elle était, au moment de l'établissement du rapport, débordée, en souffrance et sans projet personnel clair quant à son avenir, il ne s'agit pas d'éléments surprenants à la suite d'une séparation difficile et compte tenu de la réorganisation que cela engendre, ou encore d'éléments de nature à altérer ses compétences éducatives. Celles-ci n'ont, en effet, pas été remises en cause par le SPMi qui la considère comme étant une mère adéquate, attentive et ayant un lien proche et privilégié avec ses enfants.

Le maintien des enfants à Genève auprès de leur mère - laquelle est en tout état plus disponible que le père et représente leur figure de rattachement - leur garantirait une plus grande stabilité qu'un déménagement en Allemagne. On ne saurait retenir, comme le voudrait l'intimé - que les attaches des enfants avec Genève sont plus faibles qu'avec l'Allemagne. En effet, celles-ci ont quitté ce pays alors qu'elles avaient entre cinq et deux ans. Compte tenu de leur jeune âge, les deux années qu'elles ont passées à Genève constituent une durée non négligeable. Il n'est de plus pas contesté qu'elles n'ont eu jusque-là que très peu de contacts avec leurs familles élargies en Allemagne. Un déménagement à Genève et leur

scolarisation à l'école publique nécessitant l'apprentissage d'une nouvelle langue ne semblent *a priori* pas constituer des éléments susceptibles de les mettre plus en danger qu'un déménagement en Allemagne, où elles devraient retisser leur tissu social, également changer d'école et probablement de système scolaire, le père - dont la situation financière se serait dégradée selon ses dires - n'ayant apparemment plus les moyens de s'acquitter de frais de scolarité en établissement privé.

Au vu de ce qui précède, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la situation de fait des enfants prévalant jusqu'à présent et d'attribuer, par conséquent, la garde des enfants à la mère.

Partant, les ch. 1 et 2 du dispositif de l'ordonnance querellée seront annulés et il sera statué dans le sens de ce qui précède.

6. Se pose dès lors la question du droit aux relations personnelles à réserver à l'intimé.

L'appelante a conclu à ce qu'il soit réservé au père un droit de visite devant s'exercer, sauf accord entre les parties, un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires. L'intéressé n'a pas pris de conclusions subsidiaires sur ce point.

**6.1.** En vertu de l'art. 273 al. 1 CC - auquel renvoie l'art. 176 al. 3 CC -, le père ou la mère qui ne détient pas la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir des relations personnelles indiquées par les circonstances. Le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité (ATF 130 III 585 consid. 2.2.2). Le droit aux relations personnelles est conçu à la fois comme un droit et un devoir des parents, mais aussi comme un droit de la personnalité de l'enfant. Il doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (ATF 131 III 209 consid. 5; 130 III 585 consid. 2.1; 127 III 295 consid. 4a). La décision doit donc être prise de manière à répondre le mieux possible à ses besoins, l'intérêt des parents étant relégué à l'arrière-plan (ATF 117 II 353 consid. 3; 115 II 206 consid. 4a, 115 II 317 consid. 2).

**6.2.** En l'espèce, il convient de fixer un droit de visite correspondant au système actuellement mis en place par les parties, que celles-ci ne remettent pas en cause et qui correspond aux conclusions de l'appelante.

Ainsi, le ch. 3 du dispositif de l'ordonnance entreprise sera annulé et sera réservé au père un droit de visite, devant s'exercer, à défaut d'entente entre les parties, un week-end sur deux, du samedi matin au dimanche soir, et durant la moitié des vacances scolaires.

- 
7. Les frais judiciaires sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 et 106 1<sup>ère</sup> phrase CPC). La Cour peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC).

Les frais judiciaires de la procédure d'appel sont fixés à 2'400 fr., comprenant les frais relatifs à l'arrêt sur effet suspensif du 20 juillet 2016 (art. 95, 104 al. 1, 105, 106 al. 1 CPC; art. 31 et 37 RTFMC).

Vu l'issue du litige, ils seront mis à charge de l'intimé (art. 106 al. 1 CPC), lequel sera dès lors condamné à payer la somme de 2'400 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire.

L'intimé sera également condamné aux dépens de première instance et d'appel de sa partie adverse, arrêtés à 6'000 fr. au regard de l'activité déployée par le conseil de l'appelante dans le cadre de la procédure sur mesures provisionnelles (art. 20, 25 et 26 al. 1 LaCC; art. 25 al. 1 LTVA; art. 86 RTFMC).

8. Au vu de ce qui précède, la requête de versement d'une provision *ad litem* de l'appelante est sans objet à ce stade de la procédure.
9. Le présent arrêt, statuant sur mesures provisionnelles dans un litige ayant pour objet une affaire non pécuniaire, est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF), indépendamment de la valeur litigieuse (ATF 5A\_781 du 14 mars 2016 consid. 1 et 5A\_331/2015 du 20 janvier 2016 consid. 1). Les moyens sont toutefois limités à la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF).

\* \* \* \* \*

---

**PAR CES MOTIFS,**

**La Chambre civile :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté le 20 juillet 2016 par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance OTPI/406/2016 rendue le 18 juillet 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/8771/2016-16.

**Au fond :**

Annule l'ordonnance entreprise.

**Cela fait, statuant à nouveau :**

Attribue à A\_\_\_\_\_ la garde sur les enfants C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_.

Réserve à B\_\_\_\_\_ un droit de visite, qui s'exercera, à défaut d'entente entre les parties, un week-end sur deux, du samedi matin au dimanche soir, et durant la moitié des vacances scolaires.

Dit que la requête de provision *ad litem* est sans objet.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires de l'appel à 2'400 fr. et les met à la charge de B\_\_\_\_\_.

Condamne B\_\_\_\_\_ à verser la somme de 2'400 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire à titre de paiement des frais judiciaires de l'appel.

Réserve la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires de première instance.

Condamne B\_\_\_\_\_ verser à A\_\_\_\_\_ la somme de 6'000 fr. à titre de dépens de première instance et d'appel.

**Siégeant :**

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX et Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Anne-Lise JAQUIER

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.