



POUVOIR JUDICIAIRE

C/22336/2020

ACJC/1685/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 14 DECEMBRE 2021

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'une ordonnance OTPI/567/2021 rendue par la 21ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 9 juillet 2021, comparant par d'abord par Me Stella FAZIO, avocate, puis en personne,

et

Madame B_____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Dominique HENCHOZ, avocate, Python, rue Charles-Bonnet 2, 1206 Genève, en l'Étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 11 janvier 2022.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/567/2021 du 9 juillet 2021, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure en divorce opposant B_____ et A_____, a attribué à B_____ la garde sur les enfants C_____, D_____ et E_____ (ch. 1 du dispositif), réservé à A_____ un droit aux relations personnelles sur les enfants C_____, D_____ et E_____ devant s'exercer, sauf accord contraire des parties, en 2021, les nuits de chaque mardi et d'un vendredi sur deux, et dès janvier 2022, les nuits de chaque mardi et de chaque vendredi, ainsi que durant la moitié des jours fériés et des vacances scolaires (ch. 2), condamné A_____ à payer à B_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, à partir du 1^{er} novembre 2021, la somme de 4'000 fr. pour l'entretien des enfants C_____, D_____ et E_____ (ch. 3), dit que les allocations familiales perçues par A_____ revenaient à B_____ (ch. 4), attribué à B_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal (ch. 5), réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires (ch. 6), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 7) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 8).
- B. a.** Par acte déposé le 28 juillet 2021 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé appel contre cette ordonnance, qu'il a reçue le 19 juillet 2021. Il a conclu à l'annulation des chiffres 2 à 4 de son dispositif et, cela fait, à ce que lui soit réservé un droit aux relations personnelles sur les enfants C_____, D_____ et E_____ devant s'exercer, sauf accord contraire des parties, en 2021, les nuits de chaque mardi et d'un vendredi sur deux, et en 2022, les nuits de chaque mardi et de chaque vendredi, ainsi que durant la moitié des jours fériés et des vacances scolaires, à ce qu'il soit dit qu'il ne doit aucune contribution à l'entretien des enfants avant le 1^{er} juillet 2022, à ce qu'il soit condamné à contribuer à l'entretien de ses enfants à hauteur de 1'500 fr. par mois, allocations familiales comprises, dès le 1^{er} juillet 2022, à ce qu'il soit dit que les mesures provisionnelles prendront fin le 31 décembre 2022 et qu'il n'est pas alloué de dépens.

Il a préalablement requis la restitution de l'effet suspensif, ce que la Cour a refusé par décision du 9 août 2021, le sort des frais étant réservé à la décision au fond.

Il a produit des pièces nouvelles.

b. B_____ a conclu à l'irrecevabilité des pièces 82 à 84, 86 à 89 et 95 à 97 produites par A_____ et au rejet de l'appel, sous suite de frais et dépens.

Elle a produit des pièces nouvelles.

c. Dans leurs réplique et duplique, ainsi que dans leurs écritures ultérieures, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

Les parties ont produit d'autres pièces nouvelles.

d. Par avis du 11 octobre 2021, la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. B_____, née en 1980, et A_____, né en 1978, se sont mariés le _____ 2011 à F_____ (Genève).

Ils sont les parents de C_____, née le _____ 2013, de D_____, née le _____ 2015, et de E_____, né le _____ 2017.

b. Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 5 novembre 2020, B_____ a formé une demande en divorce avec accord partiel, assortie d'une requête de mesures provisionnelles.

Sur mesures provisionnelles, elle a conclu à ce que les époux soient autorisés à vivre séparés, à ce que la jouissance exclusive du logement familial lui soit attribuée ainsi que la garde des trois enfants, à ce que le droit de visite de A_____ s'exerce un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires, à ce que les contributions mensuelles dues par A_____ pour l'entretien des trois enfants soient fixées, mensuellement, à 3'463 fr. pour C_____, 3'463 fr. pour D_____ et 2'517 fr. pour E_____, dès le 1^{er} novembre 2019, et à ce qu'il soit dit que les frais extraordinaires des enfants seront partagés par moitié entre les parties.

c. Lors de l'audience du Tribunal du 1^{er} juillet 2021, les parties sont convenues que la garde de fait des enfants serait attribuée à B_____, le droit aux relations personnelles de A_____ devant s'exercer tel qu'il s'exerçait, à savoir toutes les nuits du mardi et celles du vendredi une semaine sur deux. A partir de janvier 2022, les enfants seraient chez leur père tous les mardis soirs et tous les vendredis soirs. Dès 2023, une garde partagée serait mise en place à raison d'environ 40% chez le père et 60% chez la mère. Dès 2024, la garde serait alternée à raison de 50% et 50%.

Les parties ont sollicité du Tribunal qu'il rende une décision au sujet de l'entretien des enfants. B_____ a conclu à ce que les contributions d'entretien soient fixées, allocations familiales déduites, dès le 1^{er} juillet 2021, à 2'378 fr. pour C_____, 2'020 fr. pour D_____ et 2'175 fr. pour E_____. A_____ a proposé de verser à

B_____, dès le 1^{er} juillet 2021, les allocations familiales de 1'000 fr. par mois qu'il perçoit, ainsi qu'une contribution d'entretien de 300 fr. par mois et par enfant.

A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger sur mesures provisionnelles.

d. La situation personnelle et financière des parties est la suivante :

d.a A_____ a une formation universitaire dans le domaine économique et il parle plusieurs langues (en particulier le français, l'anglais et l'arabe).

Lors de la rencontre des parties, A_____ était employé depuis janvier 2010 par la société G_____, dans le domaine du négoce des matières premières et produits structurés. Son salaire mensuel brut était, en mai 2011, de 10'833 fr., soit 7'370 fr. net, impôt à la source déduit (2'081 fr.). A_____ dit avoir occupé cet emploi durant un an et demi à deux ans.

Après la perte de son emploi en 2011, et parallèlement aux indemnités de chômage qu'il a perçues pendant le délai légal, A_____ a créé la société H_____ SA, active dans le domaine des produits financiers. Employé de sa propre entreprise, A_____ a perçu un salaire annuel net de 18'742 fr. en 2014 (1'561 fr. par mois), 28'113 fr. en 2015 (2'342 fr. par mois), 8'434 fr. en 2016 (702 fr. par mois) et 469 fr. en 2017 et en 2018 (39 fr. par mois). La société, qui a annoncé une perte de 6'535 fr. en 2019, a été mise en liquidation.

Entre août et novembre 2020, A_____ a effectué une quinzaine d'offres d'emploi.

En novembre 2020, A_____ a conclu un contrat de durée indéterminée avec la société I_____, pour un poste de _____, pour un salaire mensuel brut de 6'666 fr. (80'000 fr. : 12), plus bonus dépendant des performances, dès le 9 novembre 2020. A_____ a quitté cet emploi après une journée de travail.

A_____ a alors entrepris des démarches pour révoquer la liquidation de la société H_____ SA. Ses nouvelles activités s'exercent désormais sous la raison sociale J_____ SA, active dans le conseil financier. Il a annoncé à l'AVS un salaire annuel de 15'000 fr. pour 2021.

Alors que les parties faisaient encore ménage commun, les frais de téléphone portables acquittés étaient de 76 fr. 85 par mois. Ceux de l'abonnement de base de A_____ étaient de 38 fr. 35. Les frais d'abonnement téléphonique actuel de A_____ sont de 49 fr. 95 par mois.

d.b B_____ travaille à plein temps pour K_____. Au vu des pièces produites, son salaire mensuel net moyen est de 13'615 USD ((13'845 USD + 13'796 USD + 13'485 USD + 13'240 USD + 13'708 USD) /5). Ce montant comprend une allocation pour l'époux de 840 USD (en moyenne), une allocation pour enfants de 764 USD (en moyenne) et une allocation pour enfant en situation de handicap de 255 USD (en moyenne).

Ce salaire s'entend déduction faite, de manière automatique, d'une somme de 563 USD pour la couverture maladie (3,55% du salaire) de B_____ et d'une somme de 284 USD pour le reste de la famille (1,79% du salaire, soit 1,07% pour le conjoint (170 USD), 0,36% pour le premier enfant (57 USD) et 0,36% pour tous les autres enfants (57 USD)).

Le salaire de B_____ n'est pas imposable en raison de son statut de fonctionnaire internationale.

Les intérêts hypothécaires du domicile conjugal occupé par B_____ s'élèvent à 10'677 fr. 70 par année et les charges de copropriété à 6'075 fr. 55, soit au total 1'396 fr. par mois en moyenne.

B_____ se prévaut de 200 fr. par mois de frais médicaux non couverts pour lesquels elle a produit un relevé de son compte relatif aux frais médicaux de toute la famille.

d.c La charge fiscale des parties pour 2019 a été de 3'424 fr. pour l'ICC, les époux n'étant pas taxables pour l'IFD, seule leur fortune étant imposable compte tenu des très faibles revenus de A_____ (500 fr. pour l'année).

Les acomptes provisionnels pour 2021 sont de dix fois 342 fr. 50.

d.d Les allocations familiales perçues pour les enfants par A_____ s'élèvent à 1'000 fr. par mois.

Selon une attestation établie au mois d'avril 2021, alors que E_____ était encore à la crèche, les enfants étaient gardés 25 heures par semaine par une garde d'enfant. Le salaire de celle-ci était de 2'000 fr. par mois, étant rémunérée 20 fr. de l'heure.

Selon A_____, les frais de loisirs de C_____ s'élèvent à environ 300 fr. par mois, ceux de D_____ à 220 fr. par mois et ceux de E_____ à 140 fr. par mois.

e. Dans la décision querellée, le Tribunal a considéré qu'un revenu hypothétique de 11'000 fr. par mois pouvait être imputé à A_____ dès le 1^{er} novembre 2021 et

que B_____ réalisait un revenu de l'ordre de 13'450 fr. Le minimum vital du droit de la famille de A_____ était de 3'358 fr. comprenant le loyer (1'593 fr.), la prime d'assurance-maladie (65 fr. prélevée sur le salaire de son épouse), les frais médicaux non remboursés (150 fr.), les frais de véhicule (350 fr.) et l'entretien de base selon les normes OP (1'200 fr.). Celui de B_____ était de 4'254 fr. comprenant les frais de logement, composés des intérêts hypothécaires, des primes 3^{ème} pilier et des frais de copropriété (1'750 fr., soit 70% de 2'500 fr.), la prime d'assurance-maladie (504 fr. = 560 USD), les frais médicaux non couverts (200 fr.), les frais de téléphone (100 fr.), les frais de véhicule (350 fr.) et l'entretien de base selon les normes OP (1'350 fr.). Celui des enfants étaient de 1'007 fr. 50 fr., par enfant, comprenant les frais de logement (250 fr.), la prime d'assurance-maladie (65 fr.), les frais médicaux non couverts (50 fr.), les frais de restaurant scolaire (90 fr.), les frais parascolaires (127 fr.), les frais de garde par une nounou (666 fr.) et l'entretien de base selon les normes OP (400 fr.), sous déduction des allocations familiales perçues par le père (333 fr., soit 1'000 fr. / 3) et les allocations versées par K_____, l'employeur de la mère (307 fr. 20, soit 921 fr. 60 / 3). La famille disposerait ainsi, dès le 1^{er} novembre 2021, d'un disponible confortable de 13'815 fr. (24'450 fr. - 10'635 fr.). A suivre strictement la jurisprudence du Tribunal fédéral, chaque enfant pourrait prétendre à 2'542 fr., comprenant la couverture de ses coûts de droit de la famille (1'007 fr.) et une participation au disponible (1'535 fr.). Si la mère assumait l'essentiel de la prise en charge des enfants, ses revenus étaient nettement supérieurs à celui du père et il était vraisemblable que l'entier du disponible n'aurait pas été utilisé si le père avait déjà gagné 11'000 fr. par mois du temps de la vie commune, de sorte que le Tribunal a fixé la contribution pour l'entretien des trois enfants à 4'000 fr., ce montant permettant de couvrir leurs coûts selon le droit de la famille (3'032 fr.) ainsi leurs frais de loisirs (1'000 fr.).

EN DROIT

1 **1.1** L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 CPC) et dans le délai utile de 10 jours (art. 142, 248 let. d et 314 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), qui statue notamment sur les droits parentaux relatifs à des enfants mineurs, soit une affaire non pécuniaire dans son ensemble (arrêt du Tribunal fédéral 5A_572/2015 du 8 octobre 2015 consid. 1.1).

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

Sa cognition est cependant limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, dans la mesure où les mesures provisionnelles sont

soumises à la procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve (art. 271 CPC; ATF 138 III 97; arrêt du Tribunal fédéral 5A_466/2019 du 25 septembre 2019 consid. 4.2). Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_334/2019 du 31 janvier 2019 consid. 4.1; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2010, n. 1556 et 1900 et ss., p. 283 et 349), l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (arrêt du Tribunal fédéral 5A_335/2019 du 4 septembre 2019 consid. 3.4).

1.3 Les maximes d'office et inquisitoire illimitée sont applicables aux questions concernant les enfants mineurs (art. 55 al. 2, 58 al. 2 et 296 CPC), ce qui a pour conséquence que la Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (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_841/2018, 5A_843/2018 du 12 février 2020 consid. 5.2). L'obligation du juge d'établir les faits d'office ne dispense cependant pas les parties de collaborer activement à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_361/2019 du 21 février 2020).

2. Les parties ont produit des pièces nouvelles en appel.

2.1 Selon la jurisprudence, les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC sont cumulatives : les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

Lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des nova en appel, même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1), et ce jusqu'à l'entrée en délibération de l'autorité d'appel, c'est-à-dire dès que l'autorité d'appel a communiqué aux parties que la cause a été gardée à juger (ATF 142 III 413 consid. 2.2.5-2.2.6; cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_290/2020 du 8 décembre 2020 consid. 3.3.5).

2.2 En l'espèce, les pièces nouvelles produites par les parties concernent le sort de leurs enfants mineurs et elles ont été déposées avant que la Cour n'informe les parties que la cause était gardée à juger. Elles sont, par conséquent, recevables.

3. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir fixé les contributions d'entretien des enfants sans avoir tenu compte du fait que dès le 1^{er} janvier 2023 les parties pratiqueront une garde partagée à raison de 40% - 60% et une garde alternée dès

le 1^{er} janvier 2024. Il conclut ainsi à ce que les mesures provisionnelles prennent fin au 31 décembre 2022.

3.1 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 provisionnelles ordonnées pendant la procédure de divorce jouissent d'une autorité de la chose jugée relative, en ce sens qu'elles déploient leurs effets pour la durée du procès, aussi longtemps qu'elles n'ont pas été modifiées, de sorte que le jugement de divorce ne peut pas revenir rétroactivement sur ces mesures (ATF 141 III 376 consid. 3.3.4; 127 III 496 consid. 3a et 3b/bb). Si des mesures provisionnelles ont été ordonnées pour la durée de la procédure de divorce, le juge du divorce ne saurait fixer le *dies a quo* de la contribution d'entretien post-divorce à une date antérieure à l'entrée en force partielle du jugement de divorce. Ces principes s'appliquent aussi s'agissant de la contribution d'entretien en faveur de l'enfant (142 III 193 consid. 5.3).

3.2 En l'espèce, au vu de la jurisprudence qui précède, il ne peut être donné suite à la conclusion de l'appelant tendant à ce que les mesures provisionnelles prennent fin au 31 décembre 2022, celles-ci devant perdurer jusqu'au prononcé de nouvelles mesures provisionnelles ou du jugement de divorce.

En revanche, c'est à juste titre que l'appelant fait valoir qu'il doit être tenu compte, dans le cadre du calcul de la contribution d'entretien sur mesures provisionnelles, pour le cas où le jugement de divorce ne serait pas entré en force avant le 31 décembre 2022, des accords des parties s'agissant de la prise en charge des enfants, à 40% - 60% en janvier 2023 puis à part égale dès janvier 2024.

Le chiffre 2 du dispositif de l'ordonnance querellée sera ainsi modifié en ce sens qu'il sera précisé qu'en 2023, les parties se partageront la garde des enfants à raison de 40% pour l'appelant et 60% pour l'intimée et que la garde sera exercée par moitié entre les parties dès le 1^{er} janvier 2024, selon les modalités à convenir d'entente entre elles.

4. Le montant de la contribution à l'entretien des enfants ainsi que le *dies a quo* du versement de celle-ci sont remis en cause par l'appelant.

4.1.1 Selon l'art. 276 CC, l'entretien est assuré par les soins, l'éducation et des prestations pécuniaires (al. 1); les père et mère contribuent ensemble, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier

les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger (al. 2).

Selon l'art. 285 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère.

4.1.2 La loi ne prescrit pas de méthode de calcul particulière pour arrêter la quotité des contributions d'entretien. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a arrêté, pour toute la Suisse, une méthode uniforme de fixation de l'entretien, soit la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent (dite en deux étapes) (ATF 147 III 265, partiellement traduit in SJ 2021 I 316).

Selon cette méthode, on examine les ressources et besoins des personnes intéressées, puis les ressources sont réparties entre les membres de la famille concernés de manière à couvrir, dans un certain ordre, le minimum vital du droit des poursuites ou, si les ressources sont suffisantes, le minimum vital élargi du droit de la famille, puis l'excédent éventuel (ATF 147 III 265 consid. 7).

Seules les charges effectives, à savoir celles qui sont réellement acquittées, peuvent être prises en compte pour le calcul de la contribution d'entretien (ATF 121 III 20 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 5A_889/2018 du 15 mai 2019 consid. 3.2.1). Dans le calcul des besoins, le point de départ est le minimum vital du droit des poursuites, comprenant l'entretien de base selon les normes d'insaisissabilité (NI 2021 - RS/GE E 3 60.04) auquel sont ajoutées les dépenses incompressibles, à savoir, pour l'enfant, les primes d'assurance-maladie obligatoire, les frais de formation, les frais médicaux non pris en charge par une assurance, une part des frais de logement du parent gardien – le loyer imputé au parent attributaire de leur garde devant être diminué dans cette mesure (arrêts du Tribunal fédéral 5A_583/2018 du 18 janvier 2019 consid. 3.2; 5A_464/2012 du 30 novembre 2012 consid. 4.6.3 et 5P_370/2004 du 5 janvier 2005 consid. 4) – et les frais de garde par des tiers. Lorsque la situation financière le permet, les besoins sont élargis au minimum vital du droit de la famille. Pour les enfants, celui-ci inclut une part d'impôt correspondant à la part de la contribution d'entretien dans le revenu du parent auquel elle est versée, une part aux coûts de logement correspondant à la situation réelle plutôt qu'au minimum vital de droit des poursuites et les primes d'assurance-maladie complémentaire. Chez les parents, il peut être tenu compte des impôts, d'un forfait communication et d'assurances, de frais de formation, de frais de logement correspondant à la situation financière plutôt qu'orienté vers le minimum vital selon le droit des poursuites, les frais d'exercice du droit de visite, voire le remboursement de dettes. En cas de situations plus élevées, il peut encore être tenu compte des primes d'assurance-maladie complémentaires. En tous les cas, il ne doit pas être tenu

compte des frais de voyages ou de loisirs, lesquels doivent, cas échéant, être financés au moyen de la répartition de l'excédent (ATF 147 III 265 consid. 7.2).

Si le débiteur est propriétaire d'un immeuble qu'il occupe, les charges immobilières doivent être ajoutées au montant de base à la place du loyer. Celles-ci sont composées des intérêts hypothécaires (sans l'amortissement), des taxes de droit public et des coûts (moyens) d'entretien (RS/GE E 3 60.04). Le Tribunal fédéral n'a pas fixé de manière définitive l'étendue de la part au loyer de l'enfant dans le cadre de son récent arrêt de principe sur l'entretien de l'enfant, si bien qu'il convient de continuer à prendre en compte une part de loyer de 20% pour un enfant, de 30% pour deux enfants, puis 40% dès trois enfants (BURGAT, Entretien de l'enfant, des précisions bienvenues : une méthode (presque) complète et obligatoire pour toute la Suisse; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_311/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2021, p. 17, faisant référence à BASTONS BULLETTI, L'entretien après le divorce: méthodes de calcul, montant et durée, SJ 2007 III 84 ss, en particulier p. 102).

Les allocations familiales doivent par ailleurs être retranchées du coût de l'enfant (arrêt du Tribunal fédéral 5A_743/2017 du 22 mai 2019 consid. 5.2.3).

Lorsqu'il reste des ressources après la couverture du minimum vital de droit de la famille, l'entretien convenable de l'enfant peut inclure une participation à cet excédent. L'excédent doit en principe être réparti entre les parents et les enfants mineurs par "grandes têtes" et "petites têtes", la part d'un enfant correspondant à la moitié de celle d'un parent (ATF 147 III 265 consid. 7.2 et 7.3). Cela étant, les circonstances du cas concret imposeront parfois au tribunal de s'écarter de cette clé de répartition, par exemple pour tenir de besoins particuliers. Notamment, l'enfant ne peut pas prétendre, dans le cadre de la répartition de cet excédent, à un train de vie supérieur à celui dont il bénéficiait avant la séparation. Dans des situations particulièrement favorables, la part de l'excédent de l'enfant doit ainsi être arrêtée en fonction de ses besoins concrets et en faisant abstraction du train de vie mené par les parents; ceci se justifie également d'un point de vue éducatif (ATF 147 III 265 consid. 7.3 et 5A_816/2019 du 25 juin 2021 consid. 5.2, destiné à la publication).

L'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débirentier, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé (ATF 141 III 401 consid. 4.1; 140 III 337 consid. 4.3 et les références; ATF 147 III 265 consid. 7.4).

4.1.3 Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des époux. S'agissant toutefois de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en

particulier lorsque la situation financière est modeste, en sorte que les parents doivent réellement épuiser leur capacité maximale de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leur capacité à subvenir aux besoins de l'enfant mineur (ATF 147 III 265 consid. 7.4 ; 137 III 118 consid. 3.1; 5A_946/2018 du 6 mars 2019 consid. 3.1 et les références). Il s'ensuit que, lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents, ou les deux, ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien, et imputer un revenu hypothétique supérieur, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations à l'égard du mineur (ATF 128 III 4 consid. 4a; arrêts 5A_1046/2018 du 3 mai 2019 consid. 4.3 et les références; 5A_946/2018 précité loc. cit.).

Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Il doit d'abord déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé. Le juge doit ensuite établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail (ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2). Afin de déterminer si un revenu hypothétique doit être imputé, les circonstances concrètes de chaque cas sont déterminantes. Les critères dont il faut tenir compte sont notamment l'âge, l'état de santé, les connaissances linguistiques, la formation (passée et continue), l'expérience professionnelle, la flexibilité sur les plans personnel et géographique, la situation sur le marché du travail, etc. (arrêts du Tribunal fédéral 5A_754/2020 précité consid. 4.3.2 ; 5A_645/2020 du 19 mai 2021 consid. 5.2.1). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (ATF 137 III 118 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_764/2017 du 7 mars 2018 consid. 3.2).

Si le juge entend exiger d'une partie la prise ou la reprise d'une activité lucrative, ou encore l'extension de celle-ci, il doit généralement lui accorder un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation et retrouver un emploi, délai qui doit être fixé en fonction des circonstances concrètes du cas particulier (ATF 129 III 417 consid. 2.2; 114 II 13 consid. 5; arrêts du Tribunal fédéral 5A_534/2019 du 31 janvier 2020 consid. 4.1; 5A_329/2019 du 25 octobre 2019 consid. 3.3.1.1 et les références).

Toutefois, lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il n'est pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (arrêts du Tribunal fédéral 5A_553/2020 du 16 février 2021 consid. 5.2.1; 5A_571/2018 du 14 septembre 2018 consid. 5.1.2 et la jurisprudence citée). Il en va de même si le changement professionnel envisagé par le débirentier implique une diminution significative de son revenu par rapport à celui qu'il pouvait réaliser grâce à son précédent emploi, d'une part, et s'il ne démontre pas avoir entrepris des démarches sérieuses afin de concrétiser sa réorientation professionnelle, d'autre part (conditions cumulatives; cf. arrêts du Tribunal fédéral 5A_584/2016 du 14 février 2017 consid. 5.1; 5A_318/2014 du 24 juin 2014 consid. 3.1.3.2; 5A_662/2013 du 24 juin 2014 consid. 3.2.1 in fine; 5A_587/2013 du 26 novembre 2013 consid. 6.1.1).

4.1.4 Si l'enfant est sous la garde exclusive d'un de ses parents, en ce sens qu'il vit dans le ménage de celui-ci et qu'il ne voit l'autre parent que lors de l'exercice du droit de visite ou pendant les vacances, le parent gardien fournit déjà complètement sa contribution à l'entretien en nature, en ce sens qu'il fournit à l'enfant les soins et l'éducation, de sorte l'obligation d'entretien en argent incombe en principe entièrement à l'autre parent (ATF 147 III 265 consid. 5.5). Cependant, le Tribunal, en application de son pouvoir d'appréciation, peut et doit s'écarter de ce principe lorsque le parent gardien dispose d'une capacité contributive supérieure à celle de l'autre parent (ATF 147 III 265 consid. 8.1 et la jurisprudence citée).

Par contre, si l'enfant vit sous le régime de la garde alternée entre les parents, en présence de capacités contributives similaires, la charge financière doit être assumée dans une proportion inverse de celle de la prise en charge. Lors d'une prise en charge par moitié par chacun des parents, la répartition intervient en proportion de leur capacité contributive. Si, en même temps, le taux de prise en charge et la capacité contributive sont tous deux asymétriques, la répartition sera fonction d'une matrice qui ne correspond pas à une pure opération de calcul, mais à une mise en œuvre des principes évoqués ci-dessus à l'aide du pouvoir d'appréciation du juge (ATF 147 III 265 consid. 8.1 et la jurisprudence citée).

4.2.1 En l'espèce, l'appelant ne conteste pas être en mesure de travailler à plein temps dans le domaine financier, ni qu'il puisse être exigé de lui qu'il réalise un revenu dans ce domaine.

Le premier juge a imputé à l'appelant en revenu mensuel net de 11'000 fr. en se fondant sur les statistiques fédérales. Cela étant, même du temps où il était employé, l'appelant n'a jamais perçu un tel salaire, puisque le seul emploi salarié qu'il a durablement occupé en 2011 lui procurait un revenu net de 9'000 fr. par

mois. En outre, depuis lors, l'appelant n'a vraisemblablement pas véritablement gagné en expérience dont il pourrait se prévaloir. En effet, s'il a fondé sa propre société financière, cette dernière n'a jamais dégagé de bénéfice important, son plus haut revenu ayant été de 2'500 fr. par mois. Il est donc peu probable qu'un nouvel employeur confie à l'appelant un poste avec une rémunération similaire à celle d'un employé qui aurait dix ans d'expérience continue et qui aurait pris des responsabilités au fil du temps.

Au mois de novembre 2020, l'appelant a signé un contrat de durée indéterminée pour un poste de _____, pour un salaire mensuel brut de 6'666 fr. L'appelant a volontairement quitté cet emploi au bout d'une journée. Il fait valoir pour la première fois en appel qu'il a abandonné ce poste en raison du manque de mesures sanitaires prises par son employeur sur le lieu de travail, sans toutefois rendre cette allégation vraisemblable. L'appelant ne rend par ailleurs pas plausible qu'il n'aurait pas conservé ce poste après le temps d'essai. Or, il ne peut être admis que l'appelant renonce à un revenu fixe pour retourner à son activité indépendante – même s'il est salarié de sa propre entreprise – alors qu'il n'a jamais, en plusieurs années, réussi à en tirer un revenu lui permettant de couvrir ses propres charges. Puisque l'appelant avait connaissance du fait qu'il devrait contribuer à l'entretien de ses enfants lorsqu'il a renoncé à cet emploi, le salaire y relatif, soit 6'666 fr. brut ou 5'700 fr. net compte tenu de 15% de charges sociales, peut lui être imputé, avec effet au jour de cette renonciation, soit en novembre 2020. L'appelant n'ayant pas conclu à ce que l'intimée soit condamnée à lui verser l'allocation conjoint qu'elle percevait de son employeur, celle-ci ne sera pas ajoutée aux revenus de l'appelant.

4.2.2 Les charges de l'appelant s'élèvent mensuellement à 4'036 fr., comprenant le loyer (1'593 fr.), les frais de santé (150 fr., non contestés en appel), les frais de téléphone (49 fr. 95), les frais de véhicule (350 fr., non contestés en appel), la moitié des acomptes d'impôts sur la fortune (143 fr. (342 fr. 50 x 10 / 12 / 2)), les acomptes d'impôts sur le revenu (estimés à 550 fr., compte tenu d'un revenu de 5'700 fr. par mois et du versement d'une contribution à l'entretien des enfants telle que fixée ci-après (cf. 4.3)) et son entretien de base selon les normes OP (1'200 fr.). Il n'est pas tenu compte de la couverture d'assurance de l'appelant dès lors qu'elle est acquittée au moyen d'une déduction opérée sur le salaire de l'intimée.

Le solde mensuel de l'appelant est ainsi de 1'664 fr. (5'700 fr. – 4'036 fr.).

4.2.3 Le revenu mensuel net de l'intimée est de 12'710 USD, déduction faites des allocations pour les enfants, les prélèvements effectués pour les frais de couverture d'assurance des enfants étant en revanche ajoutés pour être comptabilisés dans

leurs charges (13'615 USD – 764 USD – 255 USD + 114 USD), soit 11'566 fr. (1 fr. = 0,91 USD; www.fxtop.com).

4.2.4 Ses charges s'élèvent à 3'020 fr. comprenant le 70% des intérêts hypothécaires et des charges de copropriété (977 fr., 70% de 1'396 fr.), les frais de santé (150 fr.), les frais de téléphone (50 fr.), les frais de véhicule (350 fr., non contestés en appel), les acomptes d'impôts sur la fortune (143 fr.) et l'entretien de base selon les normes OP (1'350 fr.), la couverture santé étant déjà déduite de son salaire. L'intimée n'a pas démontré quelle était sa part des frais de téléphone et de santé puisqu'elle a produit des factures globales pour toutes la famille. Ainsi seuls sont retenus, en l'état, les montants admis par l'appelant pour ces postes, étant relevé que la différence de 100 fr. par rapport aux chiffres retenus par le Tribunal (150 fr. admis par l'appelant pour les frais médicaux non couverts de l'intimée au lieu des 200 fr. retenus par le Tribunal et 50 fr. de frais de téléphone au lieu des 100 fr. retenus par le premier juge) n'est pas décisive pour l'issue du litige compte tenu de la situation financière aisée de l'intimée.

Elle dispose ainsi d'un solde mensuel de 8'546 fr. (11'566 fr. – 3'020 fr.).

4.2.5 Les charges des enfants s'élèvent à 1'267 fr., par enfant, comprenant la participation au loyer de leur mère (140 fr., 10% de 1'396 fr., pourcentage admis par les deux parties en appel), les frais de santé (50 fr., non contestés en appel), les frais de restaurant scolaire (90 fr., non contestés en appel), les frais parascolaires (127 fr., non contestés en appel), les frais de nounou (460 fr.) et l'entretien de base selon les normes OP (400 fr.). A juste titre l'appelant relève qu'il garde les enfants tous les mardis soir et un vendredi soir sur deux, et tous les vendredis soir dès le mois de janvier prochain, de sorte que les frais de nounou tels qu'ils se présentaient en avril 2021, alors que le cadet des enfants était encore à la crèche, ne se justifient plus dans leur totalité. Les enfants fréquentant le parascolaire le midi et le soir depuis la rentrée de septembre 2021, le frais de nounous seront arrêtés à 12h. pour le mercredi et 2h. par soir de semaine lorsque l'intimée à la garde des enfants, soit 17h. par semaine en moyenne jusqu'en décembre 2021, puis 16h. par semaine en moyenne dès janvier 2022. Au vu du salaire horaire versée par l'intimée, un montant équitable de 460 fr. (16h. x 20 fr. x 4,33 semaines / 3) par mois pour chaque enfant sera donc admis à ce titre.

L'enfant C_____ perçoit 300 fr. d'allocations familiales ainsi que 255 USD d'allocation enfant de K_____, dont à déduire 57 USD de couverture maladie prélevés sur le salaire de l'intimée, soit 180 fr. (255 USD – 57 USD) x 0,91)). Ses frais non couverts s'élèvent ainsi à 787 fr. (1'267 fr. – 300 fr. – 180 fr.).

L'enfant D_____ perçoit 300 fr. d'allocations familiales ainsi que 255 USD d'allocation enfant de K_____ et 255 USD d'allocation supplémentaire en raison

de son handicap, dont à déduire 28.50 USD de couverture maladie prélevés sur le salaire de l'intimée, soit 438 fr. $(255 \text{ USD} + 255 \text{ USD} - 28.50 \text{ USD}) \times 0,91$). Ses frais non couverts s'élèvent ainsi à 529 fr. $(1'267 \text{ fr.} - 300 \text{ fr.} - 438 \text{ fr.})$.

L'enfant E_____ perçoit 400 fr. d'allocations familiales ainsi que 255 USD d'allocation enfant de K_____, dont à déduire 28.50 USD de couverture maladie prélevés sur le salaire de l'intimée, soit 206 fr. $(255 \text{ USD} - 28.50 \text{ USD}) \times 0,91$). Ses frais non couverts s'élèvent ainsi à 661 fr. $(1'267 \text{ fr.} - 400 \text{ fr.} - 206 \text{ fr.})$.

4.3 Compte tenu de ce qui précède, l'excédent de la famille est de 8'233 fr. $(5'700 \text{ fr.} - 4'036 \text{ fr.} + 11'566 \text{ fr.} - 3'020 \text{ fr.} - 787 \text{ fr.} - 529 \text{ fr.} - 661 \text{ fr.})$. La répartition de cet excédent conduirait à attribuer une part d'excédent aux enfants de $1'176 \text{ fr.} \cdot 8'233 \text{ fr.} / 7$) chacun. Cela étant, les parties ont admis que les besoins des enfants s'agissant des frais de loisirs pouvaient être arrêtés à environ 300 fr. par mois et par enfant et il n'est pas plaidé que les enfants auraient bénéficié d'un train de vie supérieur durant la vie commune.

Par conséquent, l'entretien convenable des enfants sera arrêté à 1'087 fr. $(787 \text{ fr.} + 300 \text{ fr.})$ pour C_____, à 829 fr. $(529 \text{ fr.} + 300 \text{ fr.})$ pour D_____ et 961 fr. $(661 \text{ fr.} + 300 \text{ fr.})$ pour E_____, soit 2'877 fr.

Compte tenu du fait que l'intimée dispose d'un solde mensuel d'environ 8'500 fr., que celui de l'appelant n'est que de 1'700 fr. et qu'il prend en charge les enfants une à deux nuits par semaine, il ne se justifie pas de le condamner à prendre en charge la totalité des frais des enfants mais environ la moitié de ceux-ci. L'appelant ayant conclu à être condamné à verser une somme de 1'500 fr. pour les trois enfants, les contributions seront ainsi arrêtées à 560 fr. pour C_____, 440 fr. pour D_____ et 500 fr. pour E_____.

L'intimée n'ayant pas contesté le *dies a quo* fixé par le premier juge au 1^{er} novembre 2021, l'ordonnance sera confirmée sur ce point, étant rappelé qu'il a été imputé à l'appelant un revenu avec effet rétroactif au mois de novembre 2020.

Lorsque, à partir du 1^{er} janvier 2023, l'appelant prendra en charge les enfants à hauteur de 40% et l'intimée de 60%, la contribution due par l'appelant à l'entretien des enfants sera réduite d'une part du montant de base de 160 fr. $(40\% \text{ de } 400 \text{ fr.})$ pour tenir compte des frais de repas supplémentaires, l'intimée continuant de s'acquitter des frais courants des enfants et l'appelant prenant à sa charge la participation des enfants à son loyer, frais entrant nouvellement dans les charges des enfants avec la garde partagée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_952/2019 du 20 décembre 2020 consid. 6.3.1). Dès le 1^{er} janvier 2023, les contributions à l'entretien des enfants seront fixées à 400 fr. pour C_____, 280 fr. pour D_____ et 340 fr. pour E_____. Il n'y a pas lieu, sur mesures provisionnelles, de modifier

le montant de ces contributions pour l'année 2024 et les suivantes, lorsque les parents se partageront la garde des enfants par moitié, compte tenu de la faible différence de prise en charge.

Le chiffre 3 du dispositif de l'ordonnance querellée sera ainsi annulé et il sera statué dans le sens de ce qui précède.

4.4 L'appelant a conclu, sans motivation, à l'annulation du chiffre 4 du dispositif de l'ordonnance querellée attribuant à la totalité des allocations familiales à l'intimée alors que la décision du Tribunal est conforme au droit puisque les enfants vivront encore plusieurs mois principalement chez leur mère (art. 7 de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 [LAFam; RS 836.2] et l'art. 3B al. 1 de la loi sur les allocations familiales du 1er mars 1996 [LAF; RS/GE J 5 10]). L'ordonnance sera ainsi confirmée sur ce point.

- 5. 5.1** Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

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

5.2 Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 1'200 fr. au total, soit 1'000 fr. pour la présente décision et 200 fr. pour la décision rendue sur restitution de l'effet suspensif (art. 31 et 37 RTFMC). Ils seront mis à la charge des parties à raison d'une moitié chacune, compte tenu de l'issue et de la nature du litige (art. 106 al. 2 et 107 al. 1 let. c CPC). La part des frais mise à la charge de l'appelant sera compensée avec l'avance de frais versée, acquise à l'Etat de Genève à due concurrence (art. 111 al. 1 CPC). L'intimée sera condamnée à rembourser à l'appelant la somme de 400 fr. ainsi qu'à verser 200 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire au titre solde des frais judiciaires d'appel.

Compte tenu de la nature familiale du litige et du solde disponible des parties, chacune d'elle supportera ses propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 28 juillet 2021 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/567/2021 rendue le 9 juillet 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/22336/2020-21.

Au fond :

Annule les chiffres 2 et 3 du dispositif de cette ordonnance et, statuant à nouveau sur ces points :

Réserve à A_____ un droit aux relations personnelles sur les enfants C_____, D_____ et E_____ devant s'exercer, sauf accord contraire des parties :

- en 2021, les nuits de chaque mardi et d'un vendredi sur deux,
- en 2022, les nuits de chaque mardi et de chaque vendredi,
- en 2023, la garde sera partagée à raison d'environ 40% chez A_____ et 60% chez B_____, selon les modalités à convenir d'entente entre les parties,
- en 2024, la garde sera alternée à raison de 50% chez A_____ et 50% chez B_____, selon les modalités à convenir d'entente entre les parties,

ainsi que durant la moitié des jours fériés et des vacances scolaires.

Condamne A_____ à payer à B_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien de l'enfant C_____, 560 fr. du 1^{er} novembre 2021 au 31 décembre 2022 et 400 fr. dès le 1^{er} janvier 2023.

Condamne A_____ à payer à B_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien de l'enfant D_____, 440 fr. du 1^{er} novembre 2021 au 31 décembre 2022 et 280 fr. dès le 1^{er} janvier 2023.

Condamne A_____ à payer à B_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, à titre de contribution à l'entretien de l'enfant E_____, 500 fr. du 1^{er} novembre 2021 au 31 décembre 2022 et 340 fr. dès le 1^{er} janvier 2023.

Confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'200 fr., dit qu'ils sont partiellement compensés avec l'avance fournie par A_____, qui demeure acquise à l'Etat de Genève, et les met à la charge de chacune des parties pour moitié.

Condamne B_____ à verser 400 fr. à A_____ à titre de remboursement des frais judiciaires d'appel.

Condamne B_____ à verser 200 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire à titre de frais judiciaires d'appel.

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

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX et Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Sandra CARRIER, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Sandra CARRIER

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, dans les limites des art. 93 et 98 LTF.

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

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