



POUVOIR JUDICIAIRE

C/535/2021

ACJC/1267/2021

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU LUNDI 20 SEPTEMBRE 2021**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ [GE], appelant d'un jugement rendu par la 22^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 31 mars 2021, comparant par Me Sandy ZAECH, avocate, TerrAvocats Genève, rue Saint-Joseph 29, case postale 1748, 1227 Carouge, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée c/o _____, France, intimée, comparant par Me Guerric CANONICA, avocat, Canonica Valticos de Preux & Ass, rue Pierre Fatio 15, case postale 3782, 1211 Genève 3, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 11 octobre 2021.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/4351/2021 du 31 mars 2021, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant sur mesures provisionnelles, a attribué la garde des enfants C_____ et D_____ à B_____ (chiffre 1 du dispositif), donné acte aux parties de ce que A_____ bénéficierait d'un droit de visite devant s'exercer, sauf accord contraire entre les parties, à raison d'un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir ainsi qu'une nuit par semaine le mardi soir jusqu'au mercredi soir 17h00 retour à la maison (ch. 2), donné acte aux parties de ce que le bon exercice de ce droit de visite était prononcé sous la menace des peines de l'art. 292 CP pour le cas où B_____ n'y donnerait suite (ch. 3), autorisé B_____ à déplacer le lieu de résidence des enfants à son domicile à E_____ (France) avec effet au 1^{er} août 2020 (ch. 4), donné acte à A_____ de son engagement de verser à B_____, à titre de contribution à l'entretien de C_____ et de D_____, dès le 1^{er} avril 2021, par mois, d'avance et par enfant, le montant de 250 fr., soit un total de 500 fr. par mois (ch. 5), condamné les parties, en tant que de besoin, à exécuter les dispositions du jugement (ch. 6), fixé les frais à 400 fr., compensés avec l'avance effectuée et les a mis à la charge des parties pour moitié chacune, A_____ étant exonéré du paiement de sa part de frais, sous réserve d'une décision contraire de l'assistance judiciaire et dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 7), les parties étant déboutées de toutes autres conclusions (ch. 8).

Par ailleurs, le Tribunal, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, a déclaré la requête irrecevable en ce qu'elle avait trait au sort des enfants (ch. 9), autorisé les parties à vivre séparées (ch. 10), attribué à A_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal sis 1_____ aux F_____ [GE] (ch. 11), prononcé les mesures pour une durée indéterminée (ch. 12), fixé les frais à 200 fr., compensés avec l'avance effectuée, les a mis à la charge des parties pour moitié chacune, a exonéré A_____ du paiement de sa part de frais, sous réserve d'une décision contraire de l'assistance judiciaire, a condamné B_____ à verser à l'Etat de Genève la somme de 100 fr. à titre de remboursement partiel de l'avance de frais et n'a pas alloué de dépens (ch. 13), les parties étant déboutées de toutes autres conclusions (ch. 14).

B. a. Le 16 avril 2021, A_____ a formé appel contre le jugement du 31 mars 2021, concluant, sur mesures provisionnelles, à l'annulation des chiffres 1 à 5 et 8 de son dispositif, à la limitation de l'autorité parentale de B_____ quant au droit de déterminer le lieu de résidence des enfants, à l'attribution à lui-même de la garde des deux mineures, un droit de visite d'un week-end sur deux, du vendredi soit au dimanche soir, devant être réservé à la mère, à ce qu'il soit fait interdiction à cette dernière de quitter le territoire suisse avec les enfants durant l'exercice de son droit de visite, cette injonction devant être prononcée sous la menace de la peine de l'art. 292 CP, à ce qu'il soit dit que l'entretien convenable de la mineure

C_____ s'élève à 1'030 fr. par mois, allocations familiales déduites, à la condamnation de B_____ à verser en mains de A_____, par mois et d'avance, allocations familiales et d'études non comprises, la somme de 1'030 fr. à titre de contribution à l'entretien de C_____, à ce qu'il soit dit que l'entretien convenable de la mineure D_____ s'élève à 530 fr. par mois, allocations familiales déduites, B_____ devant être condamnée à verser ce montant en mains de A_____, allocations familiales et d'études non comprises, à ce qu'il soit dit que les frais extraordinaires des enfants devaient être partagés par moitié entre les parents, à ce qu'il soit dit que les allocations familiales pour les deux mineures seraient versées en mains de A_____, avec suite de frais et dépens de première et de deuxième instance à la charge de B_____.

Subsidiairement, A_____ a conclu à l'annulation des chiffres 4, 5 et 8 du dispositif du jugement attaqué et cela fait à ce que l'autorité parentale de B_____ soit limitée quant au droit de déterminer le lieu de résidence des deux enfants, à ce qu'il lui soit fait interdiction, sous menace de la peine de l'art. 292 CP, de quitter le territoire suisse avec les enfants, à ce qu'il soit pris acte de l'engagement de B_____ de trouver un appartement indépendant, à ce qu'il lui soit ordonné de transmettre à A_____ toutes informations importantes concernant les enfants, à ce qu'il soit donné acte à A_____ de son engagement de verser à B_____, à titre de contribution à l'entretien des mineures C_____ et D_____, par mois, d'avance et par enfants, la somme de 250 fr., soit un total de 500 fr., à compter du jour où B_____ aura trouvé un appartement indépendant sur territoire suisse, hors de celui de son frère et de sa mère, avec suite de frais de première instance et d'appel à la charge de B_____.

Sur mesures protectrices, A_____ a conclu à l'annulation des chiffres 9 et 14 du dispositif du jugement attaqué, à ce que sa requête soit déclarée recevable en ce qu'elle avait trait aux enfants et à ce qu'un rapport d'évaluation soit sollicité du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale. Pour le surplus, A_____ a repris ses conclusions principales mentionnées ci-dessus; subsidiairement, il a conclu au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision.

A_____ a produit des pièces nouvelles (pièces 26 et 27), soit des échanges de messages téléphoniques entre les époux, non datés et diverses photographies, non datées.

A titre préalable, A_____ a conclu à la restitution de l'effet suspensif, requête rejetée par arrêt de la Cour du 6 mai 2021.

b. Dans sa réponse du 10 mai 2021, B_____ a conclu principalement à l'irrecevabilité de l'appel et subsidiairement à son rejet. Selon elle, les griefs n'étaient pas suffisamment identifiés, ni motivés.

Elle a produit deux pièces nouvelles, soit un courrier du 5 mai 2021 (pièces 41) et un du 15 janvier 2021 (pièces 42).

c. A_____ a répliqué le 27 mai 2021.

d. B_____ a dupliqué le 9 juin 2021.

e. Le 24 juin 2021, A_____ a déposé une nouvelle écriture spontanée.

f. Par avis du 13 juillet 2021 du greffe de la Cour, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour.

a. B_____, née le _____ 1985 à G_____ (Haute-Savoie/France), de nationalité française et A_____, né le _____ 1986 à H_____ (Tunisie), de nationalité tunisienne, ont contracté mariage le _____ 2015 à G_____.

Le couple a donné naissance à deux enfants: C_____, née le _____ 2017 à Genève et D_____, née le _____ 2020 à Genève.

b. Le 15 septembre 2017, B_____ a saisi le Tribunal de Grande Instance de G_____ d'une demande de divorce. Elle y mentionnait, la concernant, une adresse au 2_____ à G_____ [France] et une adresse à I_____ s'agissant de son époux.

Le 15 mars 2018, le Tribunal de Grande Instance de G_____ a rendu une ordonnance de non conciliation, dont il ressort que lors de l'audience du 7 février 2018 les époux s'étaient accordés sur les mesures provisoires suivantes: attribution à l'épouse de la jouissance du domicile conjugal ainsi que du mobilier du ménage, les parties conservant chacune la jouissance d'un véhicule automobile, ainsi que l'autorité parentale conjointe sur leur fille C_____, dont la résidence était fixée au domicile de la mère, le père se voyant accorder un droit de visite et d'hébergement devant s'exercer à raison de deux jours par semaine, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires; les frais médicaux non remboursés devaient être partagés par moitié entre les parties. Le Tribunal de Grande Instance de G_____ a retenu qu'au moment du dépôt de la requête l'épouse résidait avec l'enfant au domicile conjugal sis sur territoire français et a fixé à 200 euros par mois la part contributive de A_____ à l'entretien et à l'éducation de sa fille C_____, point sur lequel les parties n'avaient pas trouvé d'accord.

c. Par la suite, les époux ont repris la vie commune et donné naissance à leur deuxième fille. Il ressort d'une attestation de l'Office cantonal de la population et des migrations que l'enfant C_____ a été officiellement domiciliée à Genève dès le 1^{er} juin 2019, la mineure D_____ depuis sa naissance, toutes deux au bénéfice d'un titre de séjour, à l'adresse 1_____ aux F_____ [GE].

d. Les parties se sont à nouveau séparées durant l'été 2020, B_____ s'étant installée, avec les enfants, chez sa mère à E_____ (France). Le départ des deux mineures a été annoncé à l'Office cantonal de la population et des migrations pour le 29 juillet 2020.

Le 14 août 2020, A_____ a déposé plainte pour enlèvement de mineurs auprès du Ministère public, ainsi qu'une requête, instruite en France, en vue du retour suite à un enlèvement international d'enfant.

e. Par pli du 25 août 2020, A_____ s'est vu notifier une assignation en divorce pour faute, B_____ ayant saisi le Tribunal de Grande Instance de G_____.

f. Par ordonnance du 7 janvier 2021, le Tribunal judiciaire de J_____ (France) a constaté le déplacement illicite des enfants C_____ et D_____ et a ordonné leur retour immédiat en Suisse, lieu de leur résidence habituelle.

Il ressort des allégations de A_____ devant la Cour que B_____ s'est conformée à cette décision en revenant dans un premier temps, avec les enfants, sur le territoire suisse, avant de retourner en France, avec les mineures, durant le printemps 2021. Depuis le départ de son épouse durant l'été 2020, il n'avait quasiment plus revu ses filles.

g. Le 14 janvier 2021, A_____ a formé devant le Tribunal une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, avec requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles. Il a conclu, sur mesures superprovisionnelles, à l'attribution en sa faveur du domicile conjugal sis aux F_____, ainsi que de la garde des enfants (les allocations familiales devant lui revenir), à ce que l'autorité parentale de la mère soit limitée quant au droit de déterminer le lieu de résidence des enfants, un droit de visite à raison d'un week-end sur deux, le samedi et le dimanche sans la nuit, devant lui être réservé, avec interdiction de quitter le territoire suisse avec ses filles durant l'exercice du droit de visite. Sur mesures provisionnelles et sur le fond, il a pris les mêmes conclusions que devant la Cour.

S'agissant de sa situation financière, A_____ a allégué être au chômage et percevoir un montant mensuel compris entre 2'750 fr. et 3'000 fr. Il a fait état de charges à hauteur de 3'292 fr. par mois (soit 1'350 fr. de minimum vital, 1'540 fr. correspondant au 80% du loyer de l'appartement conjugal, 323 fr. de prime d'assurance maladie et 70 fr. de frais de transport). Il a par ailleurs allégué qu'à sa connaissance et à tout le moins jusqu'au mois de septembre 2020, son épouse avait exercé la profession de vendeuse au service de K_____, pour un revenu net de l'ordre de 3'900 fr. par mois, comme en attestaient ses dernières fiches de salaire versées au dossier.

h. Par ordonnance du 14 janvier 2021, la requête de mesures superprovisionnelles a été rejetée, faute d'urgence.

i. Les parties ont comparu lors de l'audience du 22 mars 2021. Elles ont déclaré s'être mises d'accord, si la mère devait conserver la garde des deux mineures, pour que le père bénéficie d'un droit de visite devant s'exercer un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir, ainsi qu'une nuit par semaine du mardi soir jusqu'au mercredi soir 17h00 retour à la maison. Si le Tribunal devait autoriser le déplacement du domicile des enfants à E_____, les parties étaient convenues de s'organiser pour se partager le transport des enfants. Les parties ont également ajouté être d'accord sur le montant de la contribution à l'entretien des enfants, s'élevant en totalité à 500 fr. par mois et d'avance dès le 1^{er} avril 2021.

B_____ a, pour le surplus, précisé être d'accord pour que la fixation du droit de visite soit assortie de la menace de la peine de l'art. 292 CP pour le cas où elle n'y donnerait pas suite. Elle s'est enfin engagée à entreprendre toutes démarches utiles afin de trouver un appartement en France voisine, dans la périphérie directe de Genève et à transmettre à son époux toutes les informations importantes concernant les enfants.

Les parties ont par ailleurs persisté dans leurs conclusions (étant précisé que le procès-verbal de l'audience ne contient aucune conclusion individuelle de B_____, ni de précisions sur sa situation personnelle et financière).

Au terme de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger "en mesures provisionnelles".

D. a. Le 21 janvier 2021, B_____ a saisi le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles, concluant à ce qu'il soit dit que la résidence habituelle des deux mineures se trouvait à E_____ en France, à ce que leur garde lui soit attribuée, à ce que les deux enfants soient autorisées à résider sur le territoire français aux côtés de leur mère et à ce qu'un droit de visite soit accordé au père.

b. Le 27 janvier 2021, le Tribunal de protection a transmis cette requête au Tribunal de première instance, "pour raison de compétence".

E. a. Dans le jugement attaqué, le Tribunal a retenu que les parties s'opposaient sur le lieu de résidence de leurs enfants, ainsi que sur leur garde, de sorte qu'il était nécessaire de statuer sur mesures provisionnelles. Les parties s'étaient connues et s'étaient mariées en France, où elles avaient vécu après leur mariage. Au moment de la première séparation du couple, l'épouse et la mineure C_____ avaient vécu chez la mère de la première à E_____ et il en était allé de même après la seconde séparation. Ainsi, la mère avait principalement exercé la garde sur les enfants, sauf durant la période allant de juin 2019 à fin juillet 2020. L'aînée avait par

ailleurs débuté sa scolarité en France en septembre 2020, avant d'être retirée de l'école en janvier 2021 suite à la décision ordonnant le retour des enfants sur territoire suisse. Aucun motif ne justifiait, sur mesures provisionnelles, que la garde soit retirée à la mère. Par ailleurs, le déplacement du lieu de résidence des enfants à E_____ n'était pas de nature à perturber les relations personnelles avec leur père, les parties s'étant entendues sur un large droit de visite et sur les modalités du transport des enfants d'un domicile à l'autre. Il était par conséquent dans l'intérêt des mineures d'autoriser le déplacement de leur lieu de résidence auprès de leur mère à E_____ et ce avec effet rétroactif au jour du départ de B_____ du domicile conjugal fin juillet-début août 2020. Pour le surplus, il convenait d'entériner les accords trouvés par les parties concernant l'exercice du droit de visite et la contribution à l'entretien de C_____ et de D_____.

Le Tribunal a considéré qu'indépendamment du fait qu'il autorisait le déplacement du lieu de séjour des enfants à Evian-les-Bains, il n'était pas contestable que celles-ci avaient désormais leur résidence habituelle en France au sens de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973. Le Tribunal n'était par conséquent pas compétent pour connaître de la requête de mesures protectrices en tant qu'elle avait trait au sort des enfants. En revanche, il lui appartenait de statuer sur le séparation et l'attribution du domicile conjugal.

S'agissant des frais judiciaires, le Tribunal les a arrêtés à 400 fr. pour les mesures superprovisionnelles et provisionnelles et à 200 fr. pour les mesures protectrices; faisant application de l'art. 107 al. 1 let. c CPC, il les a répartis entre les parties à raison de la moitié chacune, dispensant toutefois A_____ du versement de sa part, dans la mesure où il bénéficiait de l'assistance judiciaire.

b. Dans son appel, A_____ a fait grief au Tribunal de s'être estimé compétent sur mesures provisionnelles, mais non sur mesures protectrices pour statuer sur le sort des deux mineures. L'appelant a également allégué que les deux parents avaient exercé la garde des mineures ensemble, au sein du domicile conjugal, et ce depuis le mois de juin 2019. C'était par conséquent à tort que le Tribunal avait retenu qu'initialement la mère exerçait la garde sur les enfants. Par ailleurs, dans la mesure où B_____ était partie s'installer en France avec les filles du couple durant l'été 2020 sans l'accord de l'appelant, il ne se justifiait pas de retenir qu'elle avait exercé la garde sur les mineures, alors qu'elle avait créé une situation illicite en enlevant ces dernières. C'était par conséquent à tort que le Tribunal avait attribué la garde des enfants à leur mère, alors que celle-ci avait tout mis en œuvre pour couper les liens avec leur père, lequel disposait de toutes les compétences parentales requises et devait par conséquent se voir attribuer leur garde. Le Tribunal n'avait pas procédé à un examen complet des compétences respectives de chacun des parents et l'attribution de la garde à la mère était contraire à l'intérêt des deux mineures.

EN DROIT

1. 1.1 L'appel est dirigé à l'encontre d'une décision finale de première instance prise sur mesures provisionnelles et mesures protectrices de l'union conjugale qui doivent être considérées comme des mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC). La cause peut être qualifiée de non pécuniaire dans son ensemble, puisqu'elle porte notamment sur l'attribution de la garde des deux enfants mineurs des parties, ainsi que sur l'organisation des relations personnelles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_765/2012 du 19 février 2013 consid. 1.1).

1.2 Il incombe à l'appelant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 141 III 569 consid. 2.3.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_274/2020 du 1^{er} septembre 2020 consid. 4).

En l'occurrence, l'appelant s'est déterminé de manière claire et circonstanciée sur les griefs soulevés à l'encontre de la décision attaquée et les modifications qu'il souhaite y apporter. Il expose de manière intelligible et motivée ses moyens en lien avec la compétence internationale du Tribunal et la garde des enfants mineurs. Sa motivation, suffisante et explicite, répond ainsi aux exigences prescrites en la matière.

Déposé, pour le surplus, dans le délai utile de dix jours (art. 248 let. d et 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1, 131, 252 et 311 CPC), l'appel est recevable.

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 art. 296 CPC), ce qui a pour conséquence que la Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC).

1.4 La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). La procédure sommaire étant applicable, la cognition du juge est toutefois limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (ATF 138 III 636 consid. 4.3.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_812/2015 du 6 septembre 2016 consid. 5.2; 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 6.2.2).

2. Les parties produisent des pièces nouvelles devant la Cour, dont la recevabilité est contestée.

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

Cependant, lorsque le juge est saisi de questions relatives aux enfants dans les affaires de droit de la famille, les pièces nouvelles sont recevables même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies, eu égard à la maxime inquisitoire illimitée (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

2.2 Au vu de cette règle, les pièces nouvelles produites par les parties devant la Cour, qui concernent toutes les enfants mineures, sont recevables.

- 3.** Le litige revêt un caractère international compte tenu de la nationalité des époux ainsi que des changements de résidence intervenus entre la France et la Suisse. Il y a également lieu de tenir compte de la demande de divorce déposée en août 2020 devant les juridictions françaises, soit avant la présente procédure. Il convient donc de vérifier la compétence locale des tribunaux genevois pour statuer sur le sort de la cause au vu de ces éléments.

3.1 Dès qu'une action en divorce est pendante devant un tribunal compétent, des mesures protectrices de l'union conjugale ne peuvent plus être prononcées pour la période postérieure à la litispendance, seules des mesures provisoires pouvant encore être ordonnées pour la durée de la procédure de divorce, règle qui s'applique aussi dans les causes à caractère international (ATF 134 III 326 consid. 3.2, JdT 2009 I 215). Seules des mesures provisoires au sens de l'art. 10 LDIP peuvent être ordonnées. Les mesures protectrices peuvent toutefois, comme la jurisprudence en admet la possibilité, être converties en de telles mesures provisoires (ATF 134 III 326 consid. 3.4 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 5A_929/2016 du 11 mai 2017 consid. 2.2 et 3.3).

En vertu de l'art. 10 LDIP, sont ainsi compétents pour prononcer des mesures provisoires soit les tribunaux ou les autorités suisses qui sont compétents au fond (let. a), soit les tribunaux ou les autorités suisses du lieu de l'exécution de la mesure (let. b).

Le but de l'art. 10 LDIP est d'assurer, dans certaines circonstances particulières, une protection immédiate et sans lacune, alors même que le juge suisse ne serait pas compétent sur le fond du litige (ATF 134 III 326 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_762/2011 du 4 septembre 2012 consid. 5.3.5). Cette disposition ne s'applique toutefois que si les mesures requises sont urgentes et nécessaires, circonstances qu'il appartient au demandeur d'établir (ibid.). Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il y a péril en la demeure ou quand on ne saurait espérer que le tribunal étranger saisi prenne une décision dans un délai convenable (ATF 134 III 326 consid. 3.5.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_801/2017 du 14 mai 2018

consid. 3.3.3; 5A_588/2014 du 12 novembre 2014 consid. 4.4; 5A_762/2011 du 4 septembre 2012 consid. 5.3.4).

3.1.1 Toutefois, la compétence du juge suisse ne peut être reconnue que dans les limites tracées par 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; RS 0.211.231.011; art. 1 al. 1 let. b et art. 15 à 22 CLaH96), réservée à l'art. 85 al. 1 LDIP et ratifiée par la Suisse et la France (arrêt du Tribunal fédéral 5A_496/2020 du 23 octobre 2020 consid. 1.1 et les références citées). Ayant pour objet les mesures tendant à la protection de la personne et des biens, cette convention régit notamment l'attribution de l'autorité parentale et le règlement de la garde et des relations personnelles (art. 3 let. a et b CLaH 96; ATF 142 III 56 consid. 2.1.2; 132 III 586 consid. 2.2.1). La Convention ne porte en revanche pas sur les prestations d'entretien (art. 4 let. e CLaH 96).

Selon l'art. 5 al. 1 CLaH 96, les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre les mesures de protection tendant à la protection de sa personne et de ses biens.

En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, sont compétentes les autorités de l'État de la nouvelle résidence habituelle (art. 5 al. 2 CLaH 96). Le principe de la *perpetuatio fori* - en vertu duquel, lorsqu'un tribunal est localement compétent au moment de la création de la litispendance, il le reste même si les faits constitutifs de sa compétence changent par la suite - ne s'applique donc pas. Il s'ensuit que, dans les relations entre États contractants, le changement (licite) de résidence habituelle du mineur entraîne un changement simultané de la compétence, même si la cause est pendante en appel c'est-à-dire devant une autorité pouvant revoir la cause tant en fait qu'en droit; cette autorité perd la compétence pour statuer sur les mesures de protection (ATF 132 III 586 consid. 2.2.4 et 2.3.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_21/2019 du 1er juillet 2019 consid. 5.1; 5A_313/2014 du 9 octobre 2014 consid. 7.3).

Il en va différemment si la cause est pendante devant une autorité dont le pouvoir d'examen est limité au droit, car dans ce cas, comme les faits ont été établis avant que le mineur ne déplace sa résidence habituelle et qu'ils lient l'autorité de recours, il n'existe pas de raison de décliner la compétence de cette dernière en raison du déplacement de résidence (ATF 132 III 586 consid. 2.3.1 et les références citées).

Cela étant, dans l'hypothèse d'un déplacement illicite, défini à l'art. 7 al. 2 CLaH 96, l'autorité de l'ancienne résidence habituelle conserve sa compétence pour prendre des mesures jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence

habituelle dans un autre État et que, de surcroît, l'on ne peut plus s'attendre raisonnablement à un retour de l'enfant (arrêts du Tribunal fédéral 5A_21/2019 du 1er juillet 2019 consid. 5.2; 5A_1010/2015 du 23 juin 2016 consid. 4.1 et les références citées).

3.1.2 Les prestations d'entretien sont, quant à elles, exclues de la CLaH 96 (art. 4 let. e CLaH 96; arrêt du Tribunal fédéral 5A_762/2011 du 4 septembre 2012 consid. 5.3.3). Elles sont régies par la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL; RS 0.275.12), ratifiée par la France et la Suisse, qui l'emporte sur l'art. 64 al. 1 LDIP (BUCHER, in Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, 2011, n° 4, 10 et 27 ss ad art. 64 LDIP).

L'art. 2 CL prévoit un for de principe dans l'Etat contractant du domicile du défendeur, lequel peut également être attiré dans un autre Etat, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle (art. 5 al. 2 let. a CL).

La résidence habituelle de l'enfant au sens de l'art. 5 al. 2 let. a CL se détermine au moment du dépôt de la demande en conciliation (LIATWOITSCH/MEIER, in LugÜ-DIKE-Komm, 2011, n. 6 ad art. 30 CL).

En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi interne de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu (art. 4 al. 1 et 2 de la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973 [CLaH 73; 0.211.213.01]). Un déplacement illicite n'exclut pas, à lui seul, la constitution d'une nouvelle résidence habituelle dans le pays où l'enfant est déplacé (ATF 125 III 301 consid. 2bb et les références citées).

3.1.3 La notion de résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle de l'enfant se détermine ainsi d'après le centre effectif de sa propre vie et de ses attaches (ATF 110 II 119 consid. 3). En conséquence, outre la présence physique de l'enfant, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial; sont notamment déterminants la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant. La résidence habituelle doit être définie pour chaque personne séparément; cependant, celle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents, les relations familiales du très jeune enfant avec le parent en ayant la charge étant en

règle générale déterminantes (ATF 129 III 288 consid. 4.1). Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle, mais celle-ci peut exister également sitôt après le changement du lieu de séjour, si, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts (arrêts du Tribunal fédéral 5A_933/2020 du 14 avril 2021 consid. 1.1 et les références citées; 5A_121/2018 du 23 mai 2018 consid. 3.1; 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 5.1.1).

Lorsque tant les enfants que leurs parents ont développé leurs centres d'intérêts d'un côté comme de l'autre de la frontière séparant la Suisse de la France, faisant en quelque sorte abstraction de celle-ci, la notion de résidence habituelle correspond au lieu où les enfants vivent, c'est-à-dire le lieu où se trouvent leurs effets personnels et dans lequel ils rentrent une fois leur journée d'école et leurs activités extrascolaires achevées (DAS/170/2019 du 27 août 2019 consid. 4.2.1; ACJC/1489/2019 du 8 octobre 2019 consid. 4.2).

3.2 En l'espèce, au moment de l'introduction de la présente cause le 14 janvier 2021, une procédure en divorce était déjà pendante devant les autorités françaises, de sorte qu'il n'y a plus de place pour des mesures protectrices de l'union conjugale. Seules peuvent être ordonnées des mesures provisoires au sens de l'art. 10 LDIP, lesquelles doivent répondre à une certaine urgence et nécessité.

3.2.1 Concernant le sort des enfants, il sied de rappeler que celles-ci étaient domiciliées en Suisse entre juin 2019 et fin juillet 2020, vivant auprès de leurs deux parents après la réconciliation de ces derniers et la reprise de la vie commune. Elles ont ensuite été déplacées illicitement en France où elles ont résidé avec leur mère avant de revenir en Suisse en janvier 2021. Enfin, les enfants sont reparties vivre en France au printemps 2021, à la suite du prononcé du jugement entrepris, qui attribue leur garde à l'intimée et autorise cette dernière à déplacer leur résidence habituelle en France.

Ainsi, au moment de la saisine des tribunaux suisses en janvier 2021, les enfants vivaient auprès de leur mère à Genève, en conformité de l'ordonnance du 7 janvier 2021 du Tribunal judiciaire de J_____ [France] ordonnant leur retour immédiat en Suisse. Les autorités françaises, bien que préalablement saisies d'une demande en divorce, n'avaient du reste pas la compétence de statuer sur les mesures de protection des enfants puisque le séjour des enfants en France reposait, à ce moment-là, sur un déplacement illicite. Dans ces circonstances, les autorités suisses de l'ancienne résidence habituelle des mineures avaient conservé leur compétence en application de la Convention en matière de mesures de protection des enfants (ClaH96). Il s'ensuit que les juridictions suisses, respectivement le Tribunal, étaient compétents pour statuer sur le sort des enfants.

Par ailleurs, au vu des divergences des parties au sujet du lieu de résidence des enfants, des nombreux changements et bouleversements engendrés par leurs déplacements, s'agissant notamment de la scolarisation de l'aînée ou encore de leur environnement, il était nécessaire que le Tribunal statue sur l'attribution de leur garde et leur lieu de vie. C'est donc à bon droit que le Tribunal s'est déclaré compétent pour statuer sur ces points sur mesures provisionnelles.

Cela étant, depuis le prononcé du jugement entrepris, les deux enfants sont reparties vivre avec leur mère en France. Ce déplacement est licite, contrairement au précédent intervenu durant l'été 2020, dans la mesure où il est postérieur au jugement querellé qui attribue la garde des enfants à l'intimée en l'autorisant à déplacer leur lieu de résidence en France et que ce prononcé, rendu à titre provisionnel, était directement exécutoire nonobstant la procédure d'appel, étant relevé à cet égard que l'effet suspensif a été rejeté.

Les enfants vivent par conséquent depuis six mois environ à E_____ [France], dans un environnement connu et stable dès lors qu'elles y ont déjà vécu par le passé. L'aînée est ainsi habituée à son "nouveau" milieu scolaire et les enfants disposent de repères solides et propices à leur bien-être, dans la mesure où elles sont entourées de leur famille maternelle. Ce lieu de séjour est destiné à être durable, puisqu'il correspond au choix de la mère de retourner vivre dans son pays d'origine. Dans ce contexte, il y a lieu d'admettre que la résidence habituelle des mineures est désormais en France.

Celle-ci a été déplacée en France pendant la procédure d'appel. La Cour ayant la compétence de revoir la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen conformément à l'art. 310 CPC, ce changement de résidence entraîne un changement simultané de compétence, l'instance d'appel n'étant plus habilitée à statuer sur les mesures de protection des enfants (cf. consid. 4.1.2 *supra*). Il reviendra aux parties de requérir d'éventuelles mesures de protection auprès des autorités françaises.

L'appel sera dès lors déclaré irrecevable s'agissant du sort des enfants.

3.2.2 En ce qui concerne l'entretien des enfants, le Tribunal n'a pas tenu compte du fait qu'une demande en divorce était préalablement pendante devant les autorités françaises, point pourtant essentiel à la résolution du litige.

En effet, contrairement à ce qui prévaut en lien avec les mesures de protection des enfants, les autorités françaises, saisies avant les autorités suisses, sont restées compétentes pour statuer sur les questions d'entretien, dès lors que la Convention de Lugano, qui prévoit des compétences spéciales en matière d'entretien (art. 5), ne déroge pas, à la différence de la réglementation en matière de protection de l'enfant (CLaH96), au principe de la *perpetuatio fori* et que la CLaH73 désigne uniquement le droit applicable.

Il n'est pas soutenu, ni *a fortiori* rendu vraisemblable qu'il y aurait péril en la demeure s'agissant de l'entretien des enfants. L'intimée n'a en particulier jamais fait valoir que cette question revêtirait une certaine urgence, ni n'a soutenu se trouver dans une situation déficitaire. Elle n'a d'ailleurs pas pris de conclusions à cet égard dans le cadre de sa requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 21 janvier 2021. Selon les derniers éléments figurant au dossier, elle disposait d'un emploi depuis de nombreuses années, à tout le moins jusqu'à la fin de l'année 2020, lequel, si elle le perdait, lui permettrait de solliciter des indemnités de chômage, et n'avait pas de charge de loyer, étant hébergée par des membres de sa famille. Il n'est pas non plus rendu vraisemblable que les autorités françaises ne seraient pas en mesure de statuer sur ce point dans un délai raisonnable.

Dès lors, il ne se justifie pas de prononcer des mesures provisoires au sens de l'art. 10 LDIP à ce titre.

Le chiffre 5 du dispositif du jugement entrepris sera donc annulé.

3.2.3 Pour le surplus, le Tribunal, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, a autorisé les époux à vivre séparés et a attribué à A_____ la jouissance exclusive de l'ancien domicile conjugal sis à Genève (ch. 10 et 11 du dispositif). Or, comme indiqué ci-dessus, il n'y a plus de place pour des mesures protectrices compte tenu de la procédure en divorce pendante devant les juridictions françaises. Aucune urgence à statuer sur ces questions n'a été invoquée par les parties et aucune circonstance particulière n'apparaît, qui justifierait le prononcé de mesures provisoires à ce titre.

Les chiffres 10, 11, 12 et 14 du dispositif attaqué seront, par conséquent, également annulés.

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

4.1 Les frais de première instance ne sont pas remis en cause par les parties et, étant conformes aux dispositions applicables, ils seront confirmés.

4.2 Les frais judiciaires de la procédure d'appel seront arrêtés à 2'000 fr., y compris pour la décision rendue sur effet suspensif (art. 30 al. 1 et 35 RTFMC) et seront mis à la charge des parties pour moitié chacune, compte tenu de l'issue et de la nature du litige (art. 106 et 107 al. 1 let. c CPC).

Dès lors que l'appelant plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 2 CPC), aucune avance de frais n'a été versée. Sa part des frais sera provisoirement laissée à la charge de l'Etat de Genève, qui pourra en demander le remboursement ultérieurement (art. 123 CPC).

L'intimée sera condamnée à verser 1'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de frais.

Compte tenu de la nature familiale du litige, il ne sera pas alloué de dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare irrecevable l'appel interjeté le 16 avril 2021 par A_____ contre le jugement JTPI/4351/2021 rendu le 31 mars par le Tribunal de première instance dans la cause C/535/2021 en tant qu'il porte sur le sort des enfants mineurs C_____ et D_____.

Déclare l'appel recevable pour le surplus.

Au fond :

Annule les chiffres 5, 10, 11, 12 et 14 du dispositif de ce jugement.

Confirme le jugement 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.

Condamne B_____ à verser 1'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de frais.

Dit que la part des frais en 1'000 fr. mise à la charge de A_____ est provisoirement supportée par l'Etat de Genève.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Madame Paola CAMPOMAGNANI, présidente; Madame Sylvie DROIN et Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière.

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 de l'art. 98 LTF.

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