REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20553/2020 **ACJC/125/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 18 JANVIER 2022

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, (France), appelante d'un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 10 août 2021, comparant par Me Stéphanie FONTANET, avocate, FONTANET & ASSOCIES, Grand-Rue 25, case postale 3200, 1211 Genève 3, en l'Etude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ (GE), intimé, comparant par Me Marie BERGER, avocate, BRS BERGER RECORDON & DE SAUGY, boulevard des Philosophes 9, 1205 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 28 janvier 2022.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/10240/2021 du 10 août 2021, reçu par les parties le 13 août 2021, le Tribunal de première instance a notamment dissout par le divorce le mariage contracté par les époux B_____, né le _____ 1977 à C_____ (Sénégal), et A_____, née le _____ 1982 à D_____ (France), tous deux de nationalité française, le _____ 2007 à D_____ (ch. 1 du dispositif), maintenu l'autorité parentale sur les enfants E_____, née le _____ 2011 et F_____, né le _____ 2015 (ch. 2), retiré à A_____ le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants E_____ et F_____ (ch. 3), attribué à B_____ la garde sur ces derniers (ch. 4), réservé à A_____ un droit de visite s'exerçant un week-end par mois à Genève, du samedi 11 heures au dimanche 17 heures, et un week-end par mois à D_____, du vendredi 19 heures au dimanche 17 heures, et la moitié des vacances scolaires (ch. 5), levé l'inscription des mineurs E_____ et F_____ au système RIPOL et SIS (ch. 6), instauré une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles (ch. 7), dispensé A_____ du versement de toute contribution d'entretien en faveur des enfants (ch. 9), fixé l'entretien convenable de E_____, allocations familiales non déduites, à 1'077 fr. 25 par mois (ch. 10) et celui de F_____ à 887 fr. 30 (ch. 11), donné acte aux parties de ce que leur régime matrimonial était liquidé, qu'elles n'avaient plus aucune prétention à faire valoir l'une contre l'autre de ce chef (ch. 12) et qu'elles renonçaient réciproquement à toute contribution d'entretien post-divorce (ch. 13), renoncé au partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage (ch. 14), mis à charge des partie, à raison d'une moitié chacune, les frais judiciaires, arrêtés à 3'625 fr. et compensés avec l'avance versée, étant précisé que la part de A_____ était provisoirement laissée à la charge de l'Etat de Genève (ch. 16), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 17) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 18).

B. **a.** Le 14 septembre 2021, A_____ a formé appel de ce jugement, concluant principalement à ce que la Cour l'annule et déboute B_____ de toutes ses conclusions en divorce. Subsidiairement, elle a conclu à ce que la Cour annule les chiffres 3 à 5, 14 et 16 à 18 du dispositif du jugement, fixe la résidence habituelle des enfants E_____ et F_____ à D_____, lui attribue leur garde, lève l'interdiction de quitter le territoire suisse avec les enfants, réserve à B_____ un droit de visite, le condamne à payer, dès le 1er décembre 2020, une contribution mensuelle de 1'077 fr. 25 pour E_____ et de 887 fr. 30 pour F_____, ordonne à B_____ d'entreprendre toutes les démarches utiles pour la libérer des obligations découlant du contrat de bail du 1er décembre 2016 et ordonne le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage par B_____, avec suite de frais et dépens.

b. B_____ a conclu à la confirmation du jugement querellé, avec suite de frais et dépens.

c. Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions.

d. La cause a été gardée à juger le 1er décembre 2021.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier :

a. Les époux B_____ et A_____ ont contracté mariage le _____ 2007 à D_____, sans conclure de contrat de mariage.

Deux enfants sont issus de cette union, soit E_____, née le _____ 2011 à D_____ et F_____, né le _____ 2015 à D_____.

b. B_____ et A_____ se sont séparés en été 2015.

B_____ a quitté le domicile conjugal de D_____ pour venir s'établir à Genève, où il a trouvé du travail, tandis que A_____ est restée vivre à D_____ avec les enfants.

Il a pris à bail, par contrat du 10 novembre 2016, l'appartement au chemin 1_____ à G_____ (GE) qu'il occupe encore actuellement. A_____ figure comme co-locataire sur le bail.

c.a Le 1er avril 2016, A_____ a intenté une procédure de divorce en France.

c.b Par ordonnance de mesures provisoires du 14 novembre 2016, le Tribunal de Grande Instance de D_____, entérinant l'accord des parties, a attribué à A_____ le domicile conjugal, maintenu l'autorité parentale conjointe, fixé la résidence habituelle des enfants chez leur mère, fixé en faveur du père un droit de visite s'exerçant à défaut d'accord contraire entre les parties un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires (la première moitié les années paires et la deuxième les années impaires) et a condamné B_____ à verser 150 euros par mois à titre de contribution à l'entretien de chacun de ses enfants.

c.c Le 8 janvier 2020, A_____ a indiqué au Tribunal de D_____ qu'elle renonçait à la procédure de divorce au motif qu'elle avait repris contact avec son époux dans l'intérêt des enfants et envisageait de reprendre la vie commune.

La clôture de la procédure de divorce en France a été prononcée par jugement du 15 juin 2020, suite à ce désistement.

d. Le 15 mars 2018, B_____ a effectué une demande de regroupement familial auprès de l'Office cantonal de la population et des migrations de Genève en faveur

de A_____, de E_____ et de F_____. Cette demande a été retirée le 24 mai 2018.

A_____ a produit une attestation de l'Office de la population et des migrations datée du 4 avril 2018 indiquant qu'elle résidait à cette date au chemin 1_____, à G_____.

B_____ a expliqué lors de son audition par le Tribunal que cette demande avait été faite sur requête de A_____ qui souhaitait s'installer en Suisse et obtenir un permis B, dans le but d'y travailler et de se rapprocher des enfants. Il n'avait jamais eu l'intention de reprendre la vie commune, étant précisé qu'il avait une nouvelle compagne depuis 2018, avec laquelle il ne vivait pas.

Après le retrait de cette demande incluant A_____, une nouvelle demande de regroupement familial a été faite par B_____, laquelle concernait uniquement les enfants.

e. Depuis la rentrée scolaire 2019-2020, E_____, qui souffre d'un retard de langage et de psychomotricité, vit avec son père à Genève, avec l'accord de A_____. Elle fait l'objet d'un suivi thérapeutique à Genève.

f. Depuis la rentrée scolaire 2020-2021, F_____ vit également avec son père à Genève, avec l'accord de A_____.

g. A_____ allègue que, dès la fin de la procédure de divorce en France, les parties ont "formé à nouveau un couple" même si elles vivaient séparément, elle à D_____ et lui à Genève, étant précisé qu'ils se voyaient les week-ends. Les parties avaient l'intention de reprendre la vie commune à Genève et A_____ s'était installée au domicile de B_____, en été 2020. Ce dernier avait toutefois sollicité l'intervention de la police le 22 août 2020 pour l'expulser de l'appartement de G_____, suite à quoi elle était retournée vivre dans son logement à D_____.

B_____ conteste les allégations de A_____ et fait valoir que celle-ci ne s'est jamais installée à son domicile genevois. Les parties s'étaient mises d'accord pour que les enfants viennent vivre à Genève avec leur père en raison du fait que les établissements scolaires suisse offraient un meilleur appui aux enfants en difficulté comme E_____.

h. Il ressort des pièces produites que A_____ a déposé plainte le 5 juillet 2020 auprès de la police lyonnaise, faisant valoir que son "ex-conjoint", avec qui elle était "en instance de divorce", l'avait frappée au visage alors qu'elle tentait de l'empêcher de partir avec les enfants pour les vacances prévues par jugement durant la première moitié de l'été, les années paires.

i. Les rencontres entre A_____ et ses enfants ont lieu parfois à Genève et parfois à D_____.

Le 13 septembre 2020, A_____ a annoncé à B_____, par message WhatsApp, qu'elle gardait les enfants à l'issue de son week-end de garde à D_____, alors qu'ils avaient tous deux école à Genève le lendemain.

Le 9 octobre 2020, A_____ est venue récupérer les enfants au parascolaire de leur école en Suisse avant l'heure habituelle et a tenté de quitter le territoire suisse avec eux pour les emmener à D_____, sans en avertir B_____. Elle a finalement abandonné ce projet à la dernière minute, les enfants ayant été remis au père par la Police de l'aéroport, devant laquelle A_____ s'était présentée dans la soirée.

j. Par acte déposé le 16 octobre 2020 au greffe du Tribunal de première instance, B_____ a formé une demande unilatérale de divorce, assortie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

Sur le fond, il a notamment conclu à ce que le Tribunal maintienne l'autorité parentale conjointe, lui attribue la garde des enfants, réserve à son épouse un droit de visite surveillé et renonce au partage des avoirs LPP des parties.

k. Par ordonnance du 16 octobre 2020, la Vice-Présidente du Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles, a fait interdiction à A_____ de quitter le territoire suisse avec les enfants E_____ et F_____, sous la menace de la peine de l'art. 292 CPS, et ordonné l'inscription des deux enfants dans le système RIPOL et dans le système d'information Schengen (SIS).

l. Lors de l'audience du Tribunal du 30 novembre 2020, les parties sont parvenues à l'accord sur mesures provisionnelles suivant, pour la durée de la procédure et sans préjudice sur les conclusions prises au fond (OTPI/742/2020) :

- Constatation de la résidence habituelle des enfants à Genève au domicile de l'époux;

- Attribution de la garde à l'époux;

- Droit de visite en faveur de l'épouse devant s'exercer un week-end sur deux, du samedi matin 11 heures au dimanche soir 17 heures, sauf accord contraire des parties, avec passage d'un parent à l'autre au lieu de dépose minute de la Gare H_____;

- Autorisation d'un bref appel téléphonique (maximum de 15 minutes) d'un parent lorsque les enfants sont chez l'autre parent;

- Inscription des mineurs au système RIPOL.

Le Tribunal a ordonné ces mesures sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CPS, étant rappelé qu'en cas de non-restitution des enfants à l'époux, A_____ serait passible d'une dénonciation pour enlèvement d'enfant au sens de la Convention internationale de la Haye et ferait l'objet d'une dénonciation au Ministère public de Genève.

m. Le 27 janvier 2021, A_____ a notamment conclu sur le fond au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions en divorce, faisant valoir que les parties n'étaient séparées que depuis la fin du mois d'août 2020, soit depuis moins de deux ans.

Subsidiairement, si le divorce devait être prononcé, elle a notamment conclu à ce que le Tribunal lui attribue la garde des enfants, fixe en faveur du père un droit de visite s'exerçant d'entente entre les parties, condamne B_____ à lui verser une contribution à l'entretien de chacun des enfants, par mois et d'avance, de 431 fr. 60, dès le 1er décembre 2020, et partage les avoirs de libre passage accumulés par son époux durant le mariage. Ella a notamment indiqué qu'elle n'avait jamais cotisé au deuxième pilier.

n.a Dans son rapport d'évaluation sociale du 7 avril 2021, le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP) a considéré qu'il était conforme à l'intérêt des enfants de maintenir l'autorité parentale conjointe, de retirer le droit de déterminer le lieu de résidence à A_____, d'attribuer la garde des enfants à B_____, de réserver à la mère un droit de visite s'exerçant, sauf accord contraire des parents, de la manière suivante : un week-end par mois à Genève, du samedi 11 heures au dimanche à 17 heures, un week-end par mois à D_____, du vendredi 19 heures au dimanche à 17 heures et la moitié des vacances scolaires.

Dans les faits, B_____ assumait la prise en charge de E_____ depuis août 2019 et celle de F_____ depuis août 2020 de manière adéquate, ce qui était relevé par la mère. Le père était décrit par les professionnels comme soucieux, à l'écoute et conscient des difficultés de E_____. F_____ évoluait très favorablement, ce qui était confirmé par ses enseignants. De même, le dispositif mis en place pour E_____ répondait à ses difficultés et l'enfant faisait des progrès. E_____ était très bien intégrée auprès de ses camarades et les frère et sœur s'entendaient bien.

Des questions se posaient quant aux compétences parentales de A_____, notamment son aptitude à gérer ses émotions et à sa capacité à mettre l'intérêt des enfants en priorité. La psychologue de E_____ avait notamment relevé que la mère parlait beaucoup de la séparation, dénigrait le père et démontrait peu de capacité de remise en question. L'enseignante de F_____ avait quant à elle déclaré que la mère semblait désorganisée et angoissée, et s'était à une reprise montrée inadéquate envers l'enfant.

Dans un souci de stabilité, il était dans l'intérêt des enfants de rester vivre auprès de leur père à Genève.

Les inquiétudes du père concernant un enlèvement semblaient fondées, dans la mesure où deux événements s'étaient produits à l'automne 2020, même si A_____ déclarait n'avoir aucune intention d'enlever les enfants, tout en reconnaissant vouloir les rescolariser à D_____.

Les relations personnelles s'exerçaient au moment du rapport à raison d'un week-end sur deux, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, et les enfants étaient contents de passer du temps avec leur mère, à laquelle ils étaient très attachés. Ils avaient besoin d'un accès régulier à leur mère. Cela étant, compte tenu de la distance des domiciles des parents, il n'était pas possible d'envisager des visites plus fréquentes qu'à quinzaine, bien que l'intérêt des enfants le recommanderait. La proposition du SEASP était un compromis entre l'organisation actuelle et la demande de la mère de pouvoir se rendre à D_____ avec les enfants. Cette solution permettrait à E_____ et F_____ de voir leur mère dans un environnement familier et non systématiquement à l'hôtel. Pour ce qui est des appels téléphoniques, la mère pourrait contacter E_____ et F_____ deux fois par semaine, étant précisé que les enfants seraient libres de contacter leur mère à leur demande.

n.b Selon le compte-rendu d'audition du SEASP du 7 avril 2021, E_____, alors âgée de 10 ans, estimait que la meilleure solution était que ses parents revivent ensemble. Si elle vivait avec son père, elle ne voyait sa mère que les week-ends, ce qui la rendait triste. De la même façon, si elle vivait avec sa mère, elle ne verrait son père que les week-ends, ce qui la rendrait triste aussi. Ses amis de D_____ lui manquaient beaucoup. Ses camarades de Genève étaient méchants avec elle et l'embêtaient. Son frère l'embêtait également.

o. La situation financière des parties, telle qu'établie par le Tribunal et non critiquée en appel, est la suivante.

o.a B_____ est employé par l'Office cantonal de la détention et perçoit à ce titre un montant mensuel moyen de 6'536 fr. nets, avant impôt à la source. Ses charges mensuelles sont de 3'622 fr., de sorte que son solde disponible est de 2'914 fr.

o.b A_____ a une formation d'assistante de vie scolaire et touche un revenu mensuel moyen d'environ 1'398 fr. au titre d'allocations chômage, logement et familiales. Ses charges sont de 2'266 fr., de sorte que son budget est déficitaire de 868 fr.

o.c Les frais mensuels relatifs à E_____ sont de 1'077 fr. et ceux de F_____ de 887 fr., avant déduction des allocations familiales en 300 fr. par enfant.

p. Selon son certificat d'assurance du 31 mai 2021, B_____ avait accumulé auprès de la I_____ un avoir de prévoyance professionnelle de 39'073 fr. 50 depuis le 1er décembre 2017. Lors de son audition par le Tribunal, B_____ a indiqué qu'il cotisait à la LPP depuis 2015.

A_____ n'a pour sa part jamais travaillé en Suisse et n'a pas cotisé à la prévoyance professionnelle suisse.

q. La cause a été gardée à juger par le Tribunal à l'issue de l'audience du 14 juin 2021 lors de laquelle les parties ont persisté dans leurs conclusions.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance, 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. a et al. 2 CPC).

En l'espèce, le litige porte notamment sur les droits parentaux, soit sur une affaire non pécuniaire dans son ensemble (arrêts du Tribunal fédéral 5A_433/2016 du 15 décembre 2016 consid. 2; 5A_572/2015 du 8 octobre 2015 consid. 1.1), de sorte que la voie de l'appel est ouverte indépendamment de la valeur litigieuse.

1.2 Interjeté dans le délai utile de 30 jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 311 CPC), l'appel est recevable.

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

La présente cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée en tant qu'elle porte sur des questions relatives aux enfants mineurs (art. 296 al. 1 et 3 CPC). La Cour n'est par conséquent pas liée par les conclusions des parties sur ces points (art. 296 al. 3 CPC). La maxime inquisitoire ne dispense toutefois pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; 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_855/2017 du 11 avril 2018 consid. 4.3.2).

Selon l'art. 277 al. 1 CPC, la maxime des débats s'applique à la procédure concernant le régime matrimonial et les contributions d'entretien après le divorce. Dans le reste de la procédure, le tribunal établit les faits d'office (al. 3).

2. Le Tribunal a considéré que les parties, qui vivaient séparées depuis 2015, se trouvaient d'ores et déjà dans une dynamique de séparation plus de deux ans avant le dépôt de la demande en divorce le 16 octobre 2020 et qu'elles ne formaient plus

de véritable communauté conjugale. Dans ce contexte, les arguments développés par l'appelante, à savoir sa venue en Suisse dans le cadre d'une potentielle réconciliation et d'un regroupement familial proposé par l'intimé n'étaient pas déterminants. Le divorce devait dès lors être prononcé.

L'appelante fait valoir que les parties n'étaient pas séparées depuis deux ans au moment du dépôt de la demande en divorce ce que l'intimé n'avait pas contesté. Elle s'était désistée de sa demande en divorce déposée en France à la demande de l'intimé, ce qui était attesté par le fait que celui-ci n'avait pas déposé de défense au fond dans le cadre du divorce. Dès le retrait de la demande de divorce française, les parties avaient formé un nouveau couple à distance, se voyant chaque week-end. L'intimé avait convaincu l'appelante de s'installer en Suisse et entrepris des démarches en ce sens. Elle figurait sur le bail du logement de G_____ et, le 4 avril 2018, l'Office cantonal de la population avait émis une attestation indiquant qu'elle résidait sur le territoire suisse à la même adresse que l'intimé. Plusieurs rapports médicaux et scolaires mentionnaient le projet de regroupement familial des parties, lequel était confirmé par des attestations de proches. L'appelante ajoute ce qui suit : "En été 2020, F_____ et l'appelante ont rejoint E_____ et l'intimé à Genève. Toutefois, la reprise de la vie commune en Suisse ne s'est pas déroulée comme prévu. De manière totalement inattendue, le 22 août 2020, l'intimé a sollicité l'intervention de la police, contraignant l'appelante à quitter le domicile conjugal et à retourner en France sans les enfants. C'est ainsi que les parties se sont séparés pour la deuxième fois en août 2020". Le Tribunal avait violé son droit d'être entendue en omettant d'examiner son argument selon lequel l'intimé commettait un abus de droit en sollicitant le divorce.

2.1.1 Selon l'art. 114 CC, un époux peut demander le divorce lorsque, au début de la litispendance ou au jour du remplacement de la requête par une demande unilatérale, les conjoints ont vécu séparés pendant deux ans au moins.

Le simple écoulement du temps après la suspension de la vie commune crée une présomption irréfragable de rupture de l'union conjugale. Lorsque la condition prévue par l'art. 114 CC est réalisée, le mariage est considéré comme ayant définitivement échoué et le divorce doit être prononcé. Cela signifie que si la condition de la séparation de deux ans au moins est remplie, le conjoint ne peut pas s'opposer au principe du divorce et le juge ne pourra pas refuser de le prononcer (BOHNET, CPra Matrimonial, n. 3 ad art. 114 CC).

Une brève tentative de reprise de la vie commune se soldant par un échec n'interrompt pas le cours du délai. Une décision (KGer SG, FamPra.ch 2002 357, avec diverses références de doctrine, également allemande) le reconnaît pour une reprise de moins de trois mois après une séparation. Les auteurs récents retiennent une reprise de maximum 3-4 mois. On doit admettre que plus la séparation a été longue avant la tentative de reprise de la vie commune, plus celle-ci pourra être

longue sans interrompre le cours du délai. En cas de réelle reprise de la vie commune, le délai de deux ans est interrompu et un nouveau délai recommence à courir dès la prochaine séparation (BOHNET, op. cit., n. 15-16 ad art. 114 CC).

Le demandeur supporte l'absence de preuve de la date de séparation. Le défendeur qui se prévaut d'une reprise de la vie commune ayant interrompu le délai de deux ans supporte pour sa part le fardeau de la preuve de cette allégation (BOHNET, op. cit., n. 19 ad art. 114 CC).

2.1.2 Une violation du droit d'être entendu qui n'est pas particulièrement grave peut être exceptionnellement réparée devant l'autorité de recours lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une telle autorité disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité précédente sur les questions qui demeurent litigieuses (ATF 136 III 174 consid. 5.1.2; 133 I 201 consid. 2.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_126/2018 du 14 septembre 2018 consid. 5 et 6; 5A_897/2015 du 1er février 2016 consid. 3.2.2), et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le justiciable (ATF 136 III 174 consid. 5.1.2 a contrario).

2.1.3 A teneur de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

2.2 En l'espèce, c'est à juste titre que le Tribunal a retenu que les parties étaient séparées depuis plus de deux ans au moment du dépôt de la demande en divorce le 16 octobre 2020.

En effet, il est établi qu'elles se sont séparées en 2015 et que cette séparation a été entérinée par une décision judiciaire française. Contrairement à ce que soutient l'appelante, l'intimé a valablement contesté lors de son audition par le Tribunal que les parties aient repris la vie commune en été 2020, contrairement à ce qu'elle prétendait.

L'appelante n'a pas rapporté la preuve, qui lui incombait, de cette reprise de la vie commune. En tout état de cause, même à suivre ses allégations, cette reprise aurait duré au maximum deux mois, entre juillet et août 2020. Compte tenu du fait qu'en été 2020 les parties vivaient déjà séparément depuis cinq ans, cette brève tentative de reprise de la vie commune, qui s'est soldée par un échec, n'est, conformément à la jurisprudence et la doctrine, pas suffisante pour interrompre le cours du délai de deux ans.

La mention du nom de l'appelante sur le bail de l'intimé, conclu en novembre 2016, alors que les parties s'opposaient dans le cadre d'une procédure de divorce en France, n'est pas déterminante. L'appelante ne prétend pas avoir emménagé à ce moment-là avec l'intimé dans l'appartement pris à bail. Les explications de l'intimé, selon lesquelles cette mention s'expliquait par le fait qu'il était plus facile d'obtenir le bail avec deux locataires, sont convaincantes.

Le fait que l'intimé ait, en mars 2018, fait une demande de regroupement familial impliquant également son épouse n'est pas non plus décisif. Les explications de l'intimé, selon lesquelles cette démarche visait uniquement à faciliter les relations entre les enfants et leur mère en permettant à cette dernière de venir s'installer en Suisse, mais n'impliquait pas que les époux s'étaient réconciliés, ni qu'ils entendaient donner une nouvelle chance à leur union, sont crédibles. L'intimé a d'ailleurs renoncé peu après, soit en mai 2018, à la demande de regroupement familial en tant qu'elle concernait son épouse.

L'attestation de résidence sur le territoire genevois délivrée à l'appelante le 4 avril 2018 n'établit pas non plus que les parties ont repris la vie commune en été 2020 comme l'allègue l'appelante. Cette attestation s'inscrit dans le cadre de la demande de regroupement familial susmentionnée, déposée à des fins administratives, qui a finalement été abandonnée bien avant la date alléguée par l'appelante pour la reprise de la vie commune.

Aucun élément du dossier ne confirme les allégations de l'appelante selon lesquelles c'est son époux qui l'a convaincue de renoncer à la demande de divorce qu'elle avait déposée en France. Dans sa déclaration de renonciation adressée au Tribunal de D_____, l'appelante a d'ailleurs précisé que c'était elle qui avait repris contact avec son époux - et non l'inverse - et qu'elle envisageait de reprendre la vie commune. Elle n'a par contre pas affirmé que les deux parties s'étaient mises d'accord sur ce point. Le fait que l'intimé n'ait pas présenté de défense sur le fond dans la procédure de divorce française n'est quant à lui pas déterminant.

Au vu de ce qui précède, les attestations de proches ou les différents rapports mentionnés par l'appelante et faisant état d'un projet de regroupement familial ne sont pas décisifs puisque ce projet n'a jamais été concrétisé.

Le fait que l'appelante ait déposé plainte pénale contre son époux à D_____ le 5 juillet 2020 et que l'intimé ait fait intervenir la police en août 2020 pour l'expulser de chez lui démontre également que, contrairement à ce que soutient l'appelante, les relations entre les parties étaient tendues en 2020 et qu'une réconciliation n'était pas à l'ordre du jour.

C'est ainsi à bon droit que le Tribunal a jugé que les conditions de l'art. 114 CC étaient réalisées.

L'appelante a fait valoir devant le Tribunal que l'intimé lui avait fait croire qu'il était d'accord de reprendre la vie commune, alors que tel n'était pas le cas, de sorte qu'il abusait de son droit en se prévalant du motif de divorce de l'art. 114 CC. Elle reproche au Tribunal de ne pas avoir examiné cet argument.

Une éventuelle violation du droit d'être entendue de l'appelante sur ce point peut être réparée en appel, puisque la Cour dispose d'un pouvoir d'examen complet.

A cet égard, il convient de relever qu'aucune pièce du dossier ne permet de retenir que l'intimé aurait fait croire à l'appelante, de manière manifestement abusive, qu'il entendait reprendre la vie commune. En tout état de cause, même si l'appelant avait par hypothèse changé d'avis au fil du temps sur ce point, cela ne suffirait pas pour constituer un abus manifeste de droit justifiant le refus du prononcé du divorce.

Il résulte de ce qui précède que les conditions du prononcé du divorce sont réalisées, de sorte que le chiffre 1 du dispositif du jugement querellé sera confirmé.

3. Le Tribunal a maintenu l'autorité parentale conjointe, sous réserve du fait qu'il convenait d'éviter que la mère puisse déterminer le lieu de résidence des enfants, compte tenu des événements survenus en automne 2020 et des inquiétudes du père à ce sujet. La garde des enfants devait être attribuée à l'intimé, car la situation actuelle était satisfaisante pour les deux enfants, qui évoluaient positivement, étaient bien intégrés dans leurs écoles respectives et bénéficiaient de suivis scolaires et thérapeutique adaptés. L'intérêt des enfants commandait de ne pas bouleverser l'équilibre atteint et d'éviter un nouveau déplacement de leur centre de vie. Le Tribunal a encore relevé que les compétences des deux parents étaient bonnes et qu'un encadrement de qualité égale aurait pu être mis en place en France pour les enfants.

L'appelante fait valoir que lors des incidents de l'automne 2020, aucune décision de justice ne l'empêchait d'emmener les enfants à D_____ pour le week-end. En tout état de cause, il n'existait aucun risque d'enlèvement, car par la suite, le droit de visite s'était toujours bien déroulé. La mesure instaurée par le Tribunal était inutile; en vertu de la loi elle ne pouvait pas déplacer le lieu de résidence des enfants à l'étranger sans l'accord de l'intimé. Il convenait par ailleurs d'éviter que ce dernier ne déplace, sans son accord, la résidence des enfants à l'étranger, par exemple au Sénégal, son pays d'origine, ce qui la priverait d'exercer son droit aux relations personnelles. La garde des enfants devait lui être attribuée, car E_____ avait indiqué que ses amis de D_____ lui manquaient. Elle était de plus victime de harcèlement à l'école. Les enfants étaient de nationalité française et avaient plus d'attaches avec la France, pays dans lequel ils avaient vécu la plus grande partie de leur vie, qu'avec la Suisse. A cela s'ajoutait que le père avait fait en sorte que l'appelante déplace le domicile des enfants en Suisse de manière abusive, en lui faisant croire qu'une reprise de la vie commune était possible. Elle ne travaillait qu'à temps partiel, de sorte qu'elle avait plus de temps que l'intimé à consacrer aux enfants. Le droit de visite fixé en sa faveur était par ailleurs excessivement bref.

3.1.1 Selon l'art. 133 al. 1 CC, le juge du divorce règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation. Cette réglementation porte notamment sur l'autorité parentale, la garde de l'enfant, les relations personnelles (art. 273 CC) ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant, ainsi que la contribution d'entretien (art. 276 CC).

La garde sur l'enfant peut être attribuée à un seul des parents, même lorsque l'autorité parentale demeure conjointe. Un parent ne peut en effet déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant. En matière d'attribution des droits parentaux, le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, l'âge de l'enfant et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que le souhait exprimé par ce dernier s'agissant de sa propre prise en charge; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Lorsque les parents disposent tous deux de capacités éducatives, prémisse nécessaire pour se voir attribuer la garde, le juge doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde qui sont interdépendants et dont l'importance varie en fonction du cas d'espèce. 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 alors qu'il faudra davantage tenir compte de l'appartenance à un cercle social déterminé s'agissant d'un adolescent (arrêt du Tribunal fédéral 5A_539/2020 du 17 août 2020 consid. 4.1.2).

3.1.2 L'autorité parentale comprend désormais le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 1 CC). Les parents non mariés, séparés ou divorcés qui exercent conjointement l'autorité parentale doivent donc décider ensemble chez lequel d'entre eux l'enfant va habiter. En cas de désaccord, le choix du lieu de résidence de l'enfant, et partant l'attribution de la garde, se fait sur décision du juge (art. 298 al. 2 et 301a al. 5 CC). Le parent attributaire de la garde ne peut cependant modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge si le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger ou s'il a un impact important pour l'exercice de l'autorité parentale ou pour les relations personnelles (art. 301a al. 2 CC) (arrêt du Tribunal fédéral 5A_714/2015 du 28 avril 2016 consid. 4.2.1.2).

L'attribution du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant au parent gardien conjugué au maintien de l'autorité parentale conjointe, revient à vider celle-ci de l'essentiel de sa substance. Cela permet en effet de manière anticipée au parent gardien de se passer de l'accord préalable de l'autre parent, ou du juge, pour déplacer le lieu de résidence des enfants au cas où il se trouverait dans l'une des hypothèses prévues par l'art. 301a al. 2 CC. Or, s'il est en principe possible d'attribuer de manière exclusive une ou plusieurs composantes de l'autorité parentale à l'un des parents, par exemple dans l'hypothèse d'un conflit important mais cantonné à un thème déterminé, cela doit toutefois demeurer l'exception. L'attribution de la garde est suffisante pour que les enfants puissent vivre auprès du parent gardien. Elle lui permet de déplacer librement le lieu de résidence des enfants en Suisse, pour autant que le déménagement n'ait pas de conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_714/2015 du 28 avril 2016 consid. 4.3.2).

3.2 En l'espèce, c'est à bon droit que le Tribunal a attribué la garde des enfants à l'intimé, conformément au préavis formulé par le SEASP.

En effet, il ressort du rapport d'évaluation rédigé par ce service à l'issue d'une enquête fouillée, que les enfants vont bien et progressent dans leurs apprentissages depuis qu'ils se trouvent en Suisse sous la garde de leur père. E_____ peut en particulier bénéficier de soins appropriés à ses difficultés.

Rien ne permet de retenir que E_____ se fait harceler par ses camarades de classe. Son enseignante a au contraire relevé qu'elle était bien intégrée parmi ceux-ci. Les propos de l'enfant, selon lesquelles ses camarades l'embêtaient doivent être pris avec réserve, en raison du fait que E_____ n'est âgée que de dix ans. Celle-ci a d'ailleurs également déclaré que son frère l'embêtait, alors même que l'appelante ne prétend pas que les deux enfants s'entendent mal et que le rapport du SEASP relève que les frère et sœur ont de bonnes relations.

Pour les mêmes raisons, la garde ne saurait être attribuée à l'appelante au seul motif que E_____ a déclaré lors de son audition que ses camarades de D_____ lui manquaient. Elle a d'ailleurs la possibilité de les voir lors de l'exercice du droit de visite.

Du point de vue des compétences parentales, il ressort des constatations du SEASP, et notamment des propos de l'enseignant de F_____ et de la psychologue de E_____, que les capacités des parents ne sont pas équivalentes. Le père se montre adéquat dans la prise en charge des enfants, alors que la mère a de la difficulté à gérer ses émotions et à mettre l'intérêt de ses enfants en priorité.

Le fait que les enfants aient vécu longtemps en France n'est pas non plus décisif. Ils ont des âges auxquels il leur est facile de s'adapter à un autre environnement, comme l'attestent les constatations des professionnels qui les entourent.

A cela s'ajoute que la résidence des enfants a été déplacée en Suisse avec l'accord de l'appelante et qu'il ne serait pas dans leur intérêt de modifier une situation qui leur convient et qui a été instaurée d'entente entre les parties. Contrairement à ce que fait valoir l'appelante, aucun élément du dossier ne permet de retenir que son accord sur ce point aurait été obtenu par l'intimé par des manœuvres contraires à la bonne foi.

Un déménagement des enfants à D_____ risquerait ainsi de mettre en péril l'équilibre qu'ils ont maintenant atteint auprès de leur père. Leur besoin de stabilité doit, comme l'a relevé à bon droit le Tribunal, être privilégié.

Dans ces conditions, le fait que l'appelante, qui allègue travailler à temps partiel, dispose de plus de temps à consacrer aux enfants n'est pas à lui seul décisif.

L'attribution de la garde des enfants à l'intimé sera dès lors confirmée.

Il n'y a par contre pas lieu de maintenir le chiffre 3 du dispositif du jugement querellé, par lequel le Tribunal a retiré à l'appelante le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants.

En effet, les épisodes survenus lors de l'automne 2020, à l'occasion desquels l'appelante a tenté de garder les enfants à D_____ pour une durée plus longue que celle prévue, respectivement tenté de les emmener dans cette ville sans l'accord du père, sont restés isolés et il n'est pas allégué qu'un autre incident de ce type se serait produit.

De plus, le Tribunal n'a pas expliqué concrètement quel était le but visé par la mesure qu'il a ordonnée. Même sans une telle restriction de l'autorité parentale, l'appelante, qui n'est pas attributaire de la garde, n'est pas autorisée à déplacer la résidence des enfants puisque le droit de choisir celle-ci a été confié à l'intimé.

Selon la jurisprudence, la suppression de la possibilité donnée au parent non gardien de s'opposer au déplacement à l'étranger de la résidence des enfants revient à vider l'autorité parentale d'une partie essentielle de sa substance. Une telle mesure ne peut dès lors être prise que si des circonstances particulières l'exigent, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Les enfants ont une bonne relation avec leur mère et il est important de préserver celle-ci. Comme le relève à juste titre l'appelante, aucun motif ne justifie de conférer à l'intimé le droit de décider seul d'un changement de résidence des enfants dans les hypothèses prévues par l'art. 301a al. 2 CC.

L'attribution de la garde à l'intimé est suffisante pour que les enfants puissent vivre auprès de celui-ci et lui permet également de déplacer librement le lieu de résidence des enfants en Suisse, pour autant que ce déménagement n'ait pas de conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles.

Le chiffre 3 du dispositif du jugement querellé sera par conséquent annulé.

Le droit de visite de l'appelante, fixé à un week-end sur deux et à la moitié des vacances scolaires, sauf accord contraire des parties, est par ailleurs approprié, compte tenu du jeune âge des enfants et de l'éloignement des domiciles de leurs parents. Il n'y a par conséquent pas lieu de le modifier en l'état, ce d'autant plus que l'appelante ne formule aucune proposition concrète sur ce point. Si l'intérêt des enfants le commandait, le droit de visite pourra être élargi progressivement à l'avenir, soit d'entente entre les parents, soit sur proposition du curateur de surveillance des relations personnelles.

4. Le Tribunal a retenu qu'il ne "paraissait pas inéquitable" de renoncer au partage des avoirs de prévoyance professionnelle des parties car celles-ci s'étaient déjà séparées en 2015 et une procédure de divorce avait été introduite en France lorsque l'intimé avait commencé à cotiser à la prévoyance professionnelle suisse. Les avoirs de prévoyance et prétentions de l'appelante envers les caisses de retraites françaises n'étaient quant à eux pas connus.

L'appelante fait valoir qu'elle n'a aucun avoir LPP. Le fait que la séparation date de 2015 était dénué de pertinence pour le partage des avoirs de prévoyance professionnelle puisque la date déterminante était celle du dépôt de la demande en divorce, soit le 16 octobre 2020. L'appelante n'avait aucun avoir de deuxième pilier et aucune hypothèse justifiant une exception au principe du partage n'était réalisée.

L'intimé soutient quant à lui qu'il convient de renoncer au partage des avoirs LPP des parties car l'appelante, ne vivant pas en Suisse, ne sollicitera pas l'aide sociale suisse. Le montant en jeu était considérable au regard du coût de la vie en France, l'appelante avait cotisé "de par ses emplois en France", elle ne participait pas à l'entretien de ses enfants, elle pourrait se constituer un 3ème pilier car elle était déchargée des soins aux enfants et elle n'avait pas produit de pièce relative à ses cotisations françaises.

4.1.1 Conformément à l'art. 123 al. 1 CC, les prestations de sortie acquises, y compris les avoirs de libre passage et les versements anticipés pour la propriété du logement, sont partagées par moitié. L'art. 124b CC règle les conditions auxquelles le juge ou les époux peuvent déroger au principe du partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle prévu à l'art. 123 CC.

Selon l'art. 124b al. 2 CC, le juge attribue moins de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier ou n'en attribue aucune pour de justes motifs. Tel est en particulier le cas quand le partage par moitié s'avère inéquitable - et non plus manifestement inéquitable, ceci afin de laisser une plus grande marge d'interprétation au juge - en raison de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des époux après le divorce (ch. 1) ou des besoins de prévoyance de chacun des époux, compte tenu notamment de leur différence d'âge (ch. 2). Le texte de l'art. 124b al. 2 CC prévoit ainsi la possibilité pour le juge de s'écarter du principe par moitié pour de justes motifs et mentionne deux catégories d'exemples à ses chiffres 1 et 2, sans toutefois préciser plus avant cette notion. Toute inégalité consécutive au partage par moitié ou persistant après le partage par moitié ne constitue pas forcément un juste motif au sens de l'art. 124b al. 2 CC. Les proportions du partage ne doivent toutefois pas être inéquitables. L'iniquité se mesure à l'aune des besoins de prévoyance professionnelle de l'un et de l'autre conjoint. Le partage est donc inéquitable lorsque l'un des époux subit des désavantages flagrants par rapport à l'autre conjoint. L'art. 124b CC est une disposition d'exception, qui ne doit pas vider de sa substance le principe du partage par moitié de la prévoyance professionnelle (arrêt du Tribunal fédéral 5A_277/2021 du 30 novembre 2021 consid. 7.1).

4.1.2 A teneur de l'art. 281 al. 1 CPC, en l'absence de convention et si le montant des avoirs et des rentes déterminants est fixé, le tribunal statue sur le partage conformément aux dispositions du CC et de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP) (art. 122 à 124*e* CC, en relation avec les art. 22 à 22*f*, LFLP), établit le montant à transférer et demande aux institutions de prévoyance professionnelle concernées, en leur fixant un délai à cet effet, une attestation du caractère réalisable du régime envisagé.

4.2 En l'espèce, la date de la séparation des parties et le fait que l'intimé ait commencé à cotiser à la LPP suisse après cette séparation ne sont, comme le relève à juste titre l'appelante, pas des éléments pertinents pour refuser le partage des avoirs LPP.

Mesuré à l'aune des besoins de prévoyance respectifs des parties, conformément à la jurisprudence, le partage des avoirs de prévoyance n'a, *in casu*, rien d'inéquitable. L'appelante n'a aucun avoir LPP, étant rappelé que cette institution n'existe pas en France, ce qui explique que l'appelante n'ait pas pu produire de pièce sur ce point. Elle est au chômage et ses revenus modestes, en 1'400 fr. environ, constitués uniquement de diverses allocations sociales, ne lui permettent pas de couvrir ses charges de 2'260 fr. Il lui sera donc difficile de se constituer une prévoyance appropriée pour sa vieillesse. L'intimé n'allègue pas qu'elle bénéficierait par ailleurs d'une fortune.

Le fait que l'appelante ne vive pas en Suisse et ne soit pas en mesure de participer financièrement à l'entretien des enfants ne sont quant à eux pas de justes motifs permettant de renoncer au partage des avoirs LPP.

Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que le Tribunal a renoncé au partage des avoirs de prévoyance professionnelle.

Le chiffre 14 du dispositif du jugement querellé sera annulé et la cause retournée au Tribunal pour qu'il ordonne le partage par moitié des prétentions de la prévoyance professionnelle acquises par l'intimé pendant le mariage.

Dans ce cadre, il incombera au Tribunal de déterminer le montant de cet avoir de libre passage et la faisabilité du partage, étant précisé que l'attestation qui figure au dossier ne correspond pas aux conditions légales et ne semble pas complète, puisqu'elle ne mentionne que les avoir acquis par l'intimé depuis le 1er décembre 2017.

Cela fait, le Tribunal procédera conformément aux arts. 280 et 281 CPC; en particulier, il ordonnera le partage par moitié et, si le montant de la prestation de sortie est fixé, établira le montant à transférer.

5. Le Tribunal n'a pas statué sur la conclusion de l'appelante tendant à ce qu'il ordonne à l'intimé d'entreprendre les démarches nécessaires pour qu'elle ne figure plus comme co-titulaire du bail de l'appartement occupé par l'intimé. Ce dernier indique pour sa part qu'il est d'accord pour que la Cour lui attribue les droits et les obligations résultant du contrat de bail relatif à l'appartement en question.

5.1 Selon l'art. 121 al. 1 CC, lorsque la présence d'enfants ou d'autres motifs importants le justifient, le juge peut attribuer à l'un des époux les droits et les obligations qui résultent du contrat de bail portant sur le logement de la famille, pour autant que cette décision puisse raisonnablement être imposée à l'autre conjoint.

5.2 La Cour ne saurait adresser à l'intimé l'injonction voulue par l'appelante car l'accord du bailleur est nécessaire pour que l'appelante puisse être déliée de ses obligations. Une telle injonction serait dès lors vaine.

Dans la mesure où les parties sont d'accord sur cette question, la Cour attribuera à l'intimé les droits et obligations découlant du contrat de bail portant sur l'appartement situé _____[GE], conformément à l'art. 121 al. 1 CC.

6. La modification du jugement querellé ne justifie pas une modification des frais et dépens et première instance, tels qu'arrêtés et répartis par le Tribunal.

Compte tenu de l'issue du litige et de sa nature familiale, les frais d'appel seront mis à la charge des parties à raison d'une moitié chacune (art. 106 al. 2 et 107 al. 1 let. c CPC).

Les frais judiciaires seront fixés à 3'000 fr. (art. 30 et 35 RTFMC). L'intimé sera condamné à verser 1'500 fr. à ce titre à l'Etat de Genève.

Puisque l'appelante plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, sa part des frais, en 1'500 fr., sera provisoirement supportée par l'Etat de Genève, lequel pourra en réclamer le remboursement ultérieurement aux conditions prévues par la loi (art. 122 et 123 CPC).

Chaque partie gardera ses propres dépens à sa charge.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/10240/2021 rendu le 10 août 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20553/2020-8.

Au fond :

Annule les chiffres 3 et 14 du dispositif de ce jugement et, statuant à nouveau :

Attribue à B_____ les droits et les obligations résultant du contrat de bail du 10 novembre 2016 portant sur l'appartement sis 1_____[GE].

Renvoie la cause au Tribunal pour nouvelle décision au sens des considérants sur la question du partage des avoirs de prévoyance professionnelle de B_____.

Confirme le jugement querellé pour le surplus.

Sur les frais :

Met à la charge des parties, à raison d'une moitié chacune, les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 3'000 fr.

Condamne B_____ à verser 1'500 fr. à ce titre à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Dit que la part des frais judiciaires d'appel de A_____, en 1'500 fr., est provisoirement supportée par l'Etat de Genève.

Dit que chaque partie gardera ses propres dépens d'appel à sa charge.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Gladys REICHENBACH, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	Gladys REICHENBACH

<u>Indication des voies de recours</u> :

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.