



POUVOIR JUDICIAIRE

C/18717/2018

ACJC/1501/2020

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU VENDREDI 16 OCTOBRE 2020**

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (France), appelant d'un jugement rendu par la 13ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 10 janvier 2020, comparant par Me Stéphane Rey, avocat, rue Michel-Chauvet 3, case postale 477, 1211 Genève 12, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ (France) intimée, comparant par Me Stéphanie Nunez, avocate, esplanade de Pont-Rouge 4, 1212 Grand-Lancy (GE), en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 10 novembre 2020.

EN FAIT

A. a. Par jugement JTPI/4595/2009 du 19 mars 2009, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal), statuant sur requête commune, a dissous par le divorce le mariage contracté le 6 juillet 2001 par A_____, né le _____ 1977 et B_____, née [B_____] le _____ 1980, et a notamment maintenu l'autorité parentale conjointe sur les deux enfants du couple, C_____, née le _____ 2003, et D_____, née le _____ 2005, instauré la garde alternée sur les enfants, à raison d'une semaine sur deux chez chacun des parents (chiffre 3 du dispositif), dit que le domicile des enfants se trouvait chez leur mère (ch. 4), donné acte au père de ce qu'il s'engageait à verser à B_____, par mois, d'avance et par enfant, allocations familiales et d'études non comprises, les sommes de 470 fr. jusqu'à l'âge de 10 ans, de 570 fr. de 10 à 15 ans et de 670 fr. de 15 ans jusqu'à la majorité, voire au-delà mais jusqu'à 25 ans au plus tard, en cas de poursuite d'une formation professionnelle ou d'études sérieuses et régulières (ch. 5) et a donné acte aux parties de leur engagement de participer à raison de la moitié chacune aux frais extraordinaires des enfants non assurés, tels que dentaires et orthodontiques (ch. 7).

Dans ce jugement, le Tribunal avait retenu que A_____, garde-frontière, percevait un salaire mensuel net de 5'200 fr., y compris les allocations familiales pour les enfants en 563 fr. 80, pour des charges incompressibles de l'ordre de 2'160 fr. (loyer: 1'208 fr.; primes d'assurance maladie: 381 fr.; impôts estimés: 500 fr.; frais de transports: 70 fr.).

B_____ travaillait à 80% en qualité d'opératrice chez E_____ et percevait à ce titre un salaire mensuel net de 3'683 fr. (treizième salaire compris), ainsi qu'une prime de fidélité de 2'600 fr. par année, pour des charges s'élevant à 3'351 fr. (loyer : 1'575 fr.; prime d'assurance maladie : 381 fr.; frais de garde : 825 fr.; frais de transport : 70 fr.; impôts estimés : 500 fr.).

Le jugement ne contient aucune indication utile en ce qui concerne les enfants, le Tribunal ayant repris, sur ce point, les conclusions concordantes des parties.

b. Le 13 août 2018, B_____, alors domiciliée [no.] _____, chemin 1_____ au F_____ [GE], a saisi le Tribunal d'une demande en modification du jugement de divorce du 19 mars 2009, portant sur la modification des chiffres 3 à 5 et 7 de son dispositif. Elle a conclu à l'attribution à elle-même de la garde des enfants, à la fixation d'un droit de visite en faveur du père devant s'exercer d'entente entre les parties, mais à défaut à raison d'un week-end sur deux du vendredi 18h00 au dimanche 18h00 et durant la moitié des vacances scolaires. Pour le surplus, elle a conclu au versement d'une contribution à l'entretien des enfants devant être fixée en cours de procédure, les parties étant condamnées à participer à raison de la

moitié chacune aux frais scolaires ainsi qu'aux activités extrascolaires et aux frais extraordinaires des enfants.

B_____ a produit, à l'appui de sa demande, des pièces concernant ses revenus et ses charges, en particulier son loyer, ses primes d'assurance maladie, ses impôts, ses frais de transports et de téléphone; elle en a fait de même concernant les charges relatives aux deux mineures.

c. Lors de l'audience du 7 novembre 2018, A_____, domicilié pour sa part [no.] _____, route 2_____ à G_____ (France), a confirmé que la garde alternée prévue par le jugement de divorce du 19 mars 2009 n'avait en réalité jamais été pratiquée. Toutefois, depuis le prononcé du divorce, il prenait en charge ses enfants en moyenne entre dix et quatorze jours par mois, en fonction de ses disponibilités professionnelles.

B_____ a expliqué pour sa part que l'aînée des filles refusait tout contact avec son père, ce que A_____ a confirmé, tout en affirmant qu'il souhaitait néanmoins que la garde alternée prévue dans le jugement de divorce soit enfin mise en place.

A l'issue de l'audience, les parties se sont engagées à entreprendre une médiation.

d. Lors d'une nouvelle audience, le 1^{er} mars 2019, B_____ a expliqué qu'après le prononcé du jugement de divorce, A_____ avait pris en charge ses filles à raison de deux jours par semaine, ainsi que durant un mois l'été. En 2017, il avait souhaité la mise en œuvre d'une garde alternée, à laquelle les deux mineures s'étaient toutefois opposées.

Selon A_____, les deux mineures n'avaient plus voulu venir chez lui de manière régulière, sans fournir d'explication. C_____ pour sa part n'était plus venue du tout depuis le mois de septembre 2018 et quatre séances de médiation n'y avaient rien changé.

Selon B_____, les deux mineures avaient "un problème" avec la compagne de leur père et il était désormais trop tard pour mettre en œuvre une garde alternée.

e. Le 30 avril 2019, A_____ a répondu par écrit à la demande en modification du jugement de divorce, concluant à son rejet. Subsidiairement, il a conclu à la modification des chiffres 3 à 5 et 7 du dispositif du jugement de divorce, à l'attribution de la garde exclusive des enfants à leur mère et à la fixation en sa faveur d'un large droit de visite, devant s'exercer d'entente entre les parties, mais à défaut à raison de deux jours par semaine, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires. Il a également conclu au partage par moitié des frais courants et des éventuels frais extraordinaires des deux enfants.

f. Le Tribunal a tenu une nouvelle audience le 18 septembre 2019, lors de laquelle A_____ a expliqué voir très peu C_____ et un peu plus souvent D_____. Cette dernière lui avait toutefois dit ne plus vouloir venir chez lui.

g. Le 23 décembre 2019, B_____, représentée par son conseil d'une part et A_____, également représenté par son conseil d'autre part, ont déposé des conclusions d'accord. Il était demandé au Tribunal de modifier les chiffres 3 à 5 du jugement de divorce du 19 mars 2009, d'attribuer à la mère la garde des deux mineures, de dire que le droit de visite du père devrait s'exercer d'entente entre les parties, mais à défaut à raison d'un week-end sur deux (en prenant en compte les compétitions ou représentations de D_____) du vendredi 18h00 au dimanche 18h00 et durant la moitié des vacances scolaires; le lieu de résidence des enfants était fixé chez leur mère. Le Tribunal devait par ailleurs donner acte à A_____ de ce qu'il s'engageait à verser à B_____, dès le mois d'octobre 2019, par mois, d'avance et par enfant, allocations familiales et d'études non comprises, à titre de contribution à l'entretien des deux mineures, les sommes de 700 fr. jusqu'à l'âge de 15 ans révolus, puis de 800 fr. de 15 ans jusqu'à 18 ans et jusqu'à 25 ans au plus tard en cas de formation professionnelle ou d'études sérieuses et régulières. Les frais de la procédure devaient être partagés par moitié.

Lesdites conclusions d'accord ne contenaient aucun élément utile concernant la situation financière et les charges des parties et de leurs deux filles. Il ressortait néanmoins de la page de garde qu'B_____ était toujours domiciliée au F_____, à Genève.

- B.** Par jugement JTPI/454/2020 du 10 janvier 2020 qui faisait référence, dans sa partie en fait, aux conclusions d'accord du 23 décembre 2019 et au fait que ledit accord tenait équitablement compte des droits et des obligations réciproques des parties et de leurs filles mineures, le Tribunal, statuant sur requête en modification de jugement de divorce et d'entente entre les parties, a annulé les chiffres 3 à 5 du jugement JTPI/4595/2009 rendu le 19 mars 2009 dans la cause C/4_____/2008 (chiffre 1 du dispositif) et cela fait, statuant à nouveau, a attribué à B_____ la garde des enfants C_____ et D_____ (ch. 2) et réservé au père un droit de visite devant s'exercer d'entente entre les parties, ou à défaut à raison d'un week-end sur deux du vendredi 18h00 au dimanche 18h00 en prenant en compte les compétitions ou représentations de D_____, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires (ch. 3), le domicile légal des enfants se trouvant chez leur mère (ch. 4). Le Tribunal a par ailleurs donné acte à A_____ de ce qu'il s'engageait à verser à B_____, dès le mois d'octobre 2019, par mois, d'avance et par enfant, allocations familiales et d'études non comprises, à titre de contribution à l'entretien des deux mineures, les sommes de 700 fr. jusqu'à l'âge de 15 ans révolus, puis de 800 fr. de 15 ans jusqu'à 18 ans et jusqu'à 25 ans au plus tard en cas de formation professionnelle ou d'études sérieuses et régulières et l'y a condamné en tant que de besoin (ch. 5), le jugement du 19 mars 2009 demeurant

inchangé pour le surplus (ch. 6). Les frais judiciaires ont été arrêtés à 800 fr., compensés avec l'avance fournie par B_____ et mis à la charge des parties pour moitié chacune, A_____ étant condamné à payer à sa partie adverse la somme de 400 fr. à ce titre, 200 fr. devant être remboursés à cette dernière par les Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 7); il n'a pas été alloué de dépens (ch. 8).

- C. a.** Par acte du 17 février 2020, A_____ a formé appel contre le jugement du 10 janvier 2020, reçu le 17 janvier 2020. Il a conclu, préalablement, à ce que la Cour ordonne à B_____ de produire un certain nombre de pièces concernant sa situation financière et à ce qu'elle ordonne la comparution personnelle des parties. Sur le fond, il a conclu à l'annulation du jugement attaqué et cela fait à ce qu'il soit constaté que le domicile légal des deux enfants mineurs avait été déplacé illégalement par leur mère, à ce qu'il soit dit que le domicile légal des deux enfants restait à Genève, à ce qu'il lui soit donné acte de son engagement de verser en mains de B_____, par mois, d'avance et par enfant, dès la date du prononcé du jugement, 500 fr. jusqu'à 15 ans révolus, puis 600 fr. de 15 ans jusqu'à 18 ans, voire au-delà en cas d'études sérieuses et régulières et à la confirmation du jugement entrepris pour le surplus. Subsidiairement, l'appelant a conclu au renvoi de la cause en première instance pour nouvelle décision.

A l'appui de son appel, A_____ a allégué que le 17 février 2020, B_____ lui avait annoncé avoir déménagé en France avec leurs deux filles. Or, son ex-épouse ne lui avait, à aucun moment lors des pourparlers transactionnels, fait part de sa volonté de quitter le territoire suisse, alors qu'il s'agissait d'un élément fondamental et déterminant pour la formation de sa volonté, laquelle était par conséquent viciée lors de la signature des conclusions d'accord du 23 décembre 2019. Il a ajouté que s'il avait connu l'intention de B_____ de s'établir en France avec les deux mineurs, il ne se serait pas engagé à payer les contributions d'entretien fixées dans les conclusions d'accord. Par ailleurs et dans la mesure où il était co-titulaire de l'autorité parentale et qu'il n'avait pas consenti au déménagement en France de ses filles, leur domicile avait été illégalement déplacé.

A l'appui de ses conclusions, l'appelant a produit une pièce nouvelle, soit un courriel reçu le 17 février 2020 de B_____ (pièce 1.03), dont le contenu est le suivant: "*Comme nos filles te l'ont annoncées (sic) le jeudi 13 février 2020 nous déménageons en France (...). Je t'envoie l'attestation de départ (sic) du territoire suisse de C_____ et D_____ qui prend effet à partir du 1 février 2020. Leur nouvelle adresse est [no.] _____, rue 3 _____ [code postal] H_____ [France]*".

- b.** Dans sa réponse du 12 mai 2020, B_____ a conclu à l'irrecevabilité de l'appel formé par A_____, faute de compétence à raison du lieu des tribunaux genevois. Elle a par ailleurs pris des conclusions subsidiaires, sollicitant de la Cour l'autorisation de déplacer les deux mineurs en France. Plus subsidiairement

encore, elle a conclu à la confirmation du jugement attaqué. L'intimée a pris d'autres conclusions subsidiaires visant à l'ouverture des débats et sollicitant la production, par l'appelant, d'un certain nombre de documents concernant sa situation financière et l'audition de plusieurs témoins. Elle a en outre conclu à la modification des chiffres 3 à 5 et 7 du jugement de divorce du 19 mars 2009 et à la condamnation de sa partie adverse au paiement de contributions à l'entretien des enfants de 1'500 fr. jusqu'à l'âge de 15 ans, puis de 1'700 fr. de 15 ans à 17 ans, les parties devant par ailleurs partager par moitié entre elles les frais scolaires, d'activités extrascolaires et extraordinaires des enfants.

A l'appui de ses conclusions, elle a produit des pièces nouvelles, soit des échanges de correspondance intervenus avec le conseil de A_____ entre le 27 septembre 2019 et le 6 mai 2020 (pièces 93 à 99), dont certaines (pièces 93, 94, 95 et 97) portent la mention "sous les réserves d'usage".

L'intimée a allégué avoir informé l'appelant de son projet de déménagement en France, en présence de leurs filles, et ce bien avant que les parties ne parviennent à un accord amiable, sans autre précision. Par ailleurs, les deux mineures avaient parlé à leur père de leur départ le 13 février 2020 et elle-même en avait fait de même quelques jours plus tard, soit le 17 février 2020. Or, l'appelant n'avait pas protesté.

c. Dans sa réplique du 25 juin 2020, l'appelant a persisté dans ses conclusions, s'opposant par ailleurs à la production des courriers couverts par les réserves d'usage.

d. L'intimée a dupliqué le 6 août 2020, persistant dans ses conclusions.

e. Par avis du greffe de la Cour du 11 août 2020, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

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).

Le litige porte notamment sur l'attribution des droits parentaux, soit sur une affaire non pécuniaire dans son ensemble, de sorte que la voie de l'appel est ouverte indépendamment de la valeur litigieuse (arrêt du Tribunal fédéral 5A_611/2019 du 29 avril 2020 consid. 1).

- 1.2** L'appel a été interjeté dans le délai de trente jours (art. 311 al. 1 et 142 al. 3 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC).

Il est ainsi recevable.

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

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

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

Aux termes de l'art. 152 al. 2 CPC, le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que, de manière restrictive, si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Contrairement à la preuve irrégulière, recueillie en violation d'une règle de procédure, la preuve illicite est obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause (ATF 140 III 6 consid. 3.1 et les références citées).

Selon la jurisprudence, le non-respect d'une clause de confidentialité et l'utilisation en procédure du contenu de pourparlers transactionnels constituent une violation de l'obligation de diligence résultant de l'art. 12 let. a LLCA, susceptible de constituer une preuve illicite. Le Tribunal fédéral a relevé que l'interdiction pour l'avocat de se prévaloir en justice de discussions transactionnelles confidentielles est fondée sur l'intérêt public à favoriser le règlement amiable des litiges, les parties devant pouvoir s'exprimer librement lors de la recherche d'une solution extrajudiciaire (ATF 144 II 473 consid. 4.5; 140 III 6 consid. 3.1). En présence d'un courrier désigné expressément comme confidentiel, le Tribunal fédéral a indiqué que la règle de la confidentialité devait être interprétée dans un sens absolu et appliquée strictement. A ce propos, il faut admettre qu'un courrier confidentiel ne peut pas être déposé en justice, même caviardé, à moins que, manifestement, seule une partie du texte n'ait un caractère confidentiel (ATF 140 III 6 consid. 3.1, se référant à l'arrêt du Tribunal fédéral 2A_658/2004 du 3 mai 2005 consid. 4.3).

Dans le but d'unifier les règles déontologiques sur tout le territoire de la Confédération, la Fédération Suisse des Avocats (FSA) a édicté le Code suisse de déontologie (ci-après : CSD), entré en vigueur le 1er juillet 2005.

Selon les art. 6 et 26 CSD, qui servent à préciser la portée de l'art. 12 let. a LLCA (ATF 140 III 6 consid. 3.1), il ne peut être fait état, en procédure, de documents ou du contenu de propositions transactionnelles ou de discussions confidentielles.

A teneur des art. 13 let. c de la Loi genevoise sur la profession d'avocats (LPAv; E 6 10) et 20 al. 1 des Us et Coutumes de l'Ordre des avocats de Genève, dans leur dernière version (2018), la confidentialité des échanges transactionnels entre avocats est levée soit d'entente entre les parties, soit lorsqu'un accord complet a été trouvé entre elles. Ces précisions contribuent à l'interprétation des art. 6 et 26 CSD (REISER/VALTICOS, in SJ 2019 II 217 ss, p. 220).

2.2 En l'espèce, les pièces produites par l'appelant sont recevables, dès lors qu'elles comprennent les conclusions d'accord figurant d'ores et déjà au dossier et un courriel postérieur au jugement querellé et portant sur le vice de la volonté allégué en appel.

S'agissant des pièces nouvelles produites par l'intimée, elles comprennent des courriels et courriers adressés par les conseils des parties en vue de la conclusion de la convention d'accord, dont certains comportent la mention expresse "sous les réserves d'usage" (pièces 93 à 97). Il est acquis que ces correspondances portaient sur des propositions transactionnelles, ce qui n'est pas contesté, et partant qu'elles étaient soumises à l'obligation de confidentialité. Les parties sont toutefois parvenues à un accord devant le premier juge, ce qui a pour conséquence la levée de la confidentialité des échanges, quand bien même l'accord est remis en cause en appel.

Ces pièces sont par conséquent recevables. Il en va de même des pièces 98 et 99 de l'intimée, dès lors qu'elles sont postérieures au jugement querellé.

- 3.** Dans le cas d'espèce, le litige s'inscrit dans le cadre d'une action en modification d'un jugement de divorce et porte sur la validité de la convention conclue entre les parties devant le premier juge, portant sur la garde des enfants, les relations personnelles et l'entretien de celles-ci. L'appelant se plaint d'un vice du consentement, alléguant que le projet de son ex-épouse de déménager en France avec les enfants, mis à exécution peu de temps après le prononcé du jugement du Tribunal entérinant les termes de leur accord, représentait un élément fondamental et déterminant dont il n'avait toutefois pas été informé lors des négociations et de la signature de la convention. Il explique que s'il avait eu connaissance de ce fait, il n'aurait pas consenti à s'acquitter de contributions d'entretien en faveur des enfants si élevées; il réclame leur diminution.
- 4.** Au vu du déménagement en France de l'intimée et des enfants mineurs depuis le prononcé du jugement querellé, se pose dès lors la question de la compétence des juridictions genevoises pour statuer sur le sort de la cause.

D'après l'intimée, les autorités genevoises ont perdu leur compétence au profit des autorités françaises en raison du changement de résidence habituelle des enfants vers la France, alors que l'appelant soutient que le déplacement revêt un caractère

illicite avec pour conséquence de maintenir la compétence des autorités genevoises de l'ancienne résidence habituelle des enfants.

4.1 Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC) et n'entre en matière sur la demande ou la requête que si celles-ci sont réalisées (art. 59 al. 1 CPC).

L'absence d'une condition de recevabilité doit être constatée d'office à tout stade de la procédure, à savoir également, comme en l'espèce, devant l'instance d'appel (arrêts du Tribunal fédéral 5A_801/2017 du 14 mai 2018 consid. 3.3.1: 4A_229/2017 du 7 décembre 2017 consid. 3.2 et les références citées).

4.1.1 En vertu de l'art. 64 al. 1 LDIP, les tribunaux suisses sont compétents pour connaître d'une action en modification d'un jugement de divorce, notamment s'ils ont prononcé ce jugement. L'art. 85 LDIP est réservé concernant la protection des mineurs. Il constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 64 LDIP (ATF 142 III 56 consid. 2.1.2; 124 III 176 consid. 4).

A teneur de l'art. 85 al. 1 LDIP, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses en matière de protection des mineurs est régie 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 (CLaH 96; RS 0.211.231.011), dont la France et la Suisse sont toutes deux parties. 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).

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).

4.1.2 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 (LIATOWITSCH/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).

4.1.3 Il s'ensuit que les mesures de protection de l'enfant, telle que la garde ou les relations personnelles, sont régies par la CLaH 96, tandis que les prestations en aliments sont soumises à la CL et à la CLaH 73 (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_801/2017 du 14 mai 2018 consid. 3 et 3.3.2).

4.2 En l'espèce, au moment du prononcé du jugement de première instance, il est établi et non contesté que les enfants vivaient auprès de leur mère à Genève.

L'intimée et les enfants ont quitté la Suisse pour s'établir en France postérieurement, soit au mois de février 2020, et y résident depuis lors.

Il n'est pas non plus contesté que les enfants ont acquis une nouvelle résidence habituelle en France. A cet égard, il sied de relever que les deux parents sont désormais installés dans cet Etat, de sorte qu'un retour des enfants en Suisse ne peut plus être raisonnablement envisagé. L'appelant ne prétend d'ailleurs pas qu'il serait dans l'intérêt des enfants de revenir en Suisse. La présence des enfants en France ne représente dès lors pas une situation passagère ou incertaine quant à leur résidence, mais constitue un changement effectif et, selon toute prévision, durable.

Selon l'intimée, ce changement de résidence habituelle des enfants a entraîné la perte de compétence des autorités suisses, tandis que l'appelant soutient qu'il n'a eu aucun effet vu son caractère illicite.

Par leur argumentation, les parties perdent de vue que le litige porte en premier lieu sur la validité de la convention conclue le 19 décembre 2019 en modification de leur jugement de divorce, respectivement sur les vices de la volonté allégués par l'appelant. Les autorités genevoises, respectivement la Cour de céans, demeurent compétentes pour trancher cette question en vertu de l'art. 64 al. 1 LDIP, le changement de domicile des enfants en cours d'instance n'ayant pas d'incidence sur ce point.

S'agissant des questions relatives aux enfants, le litige porte non seulement sur la garde et le droit de visite, soit des mesures de protection au sens de la ClAH 96, mais également et avant tout sur les contributions d'entretien en leur faveur, dont la compétence s'examine à l'aune de la CL.

Les questions tendant à la protection des enfants ne sont plus litigieuses à ce stade. L'appelant ne remet en effet pas en cause l'attribution de la garde des enfants à l'intimée, ni les modalités du droit de visite qui lui a été réservé. La critique de l'appelant se limite aux aspects pécuniaires de la convention. Il ne prétend pas que le vice de volonté dont il se prévaut aurait des conséquences sur la garde des enfants ou leurs relations personnelles, si bien qu'il ne prend aucune nouvelle conclusion y relative et conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ces points. Dès lors, cette partie du litige étant tranchée sans qu'il n'y ait besoin d'y revenir, la question de savoir si la compétence relative aux mesures de protection est passée aux autorités françaises vu le changement de résidence habituelle des enfants ou si elle est restée en mains des autorités suisses en raison du caractère prétendument illicite dudit déplacement peut, en l'état, souffrir de rester indécidée. Les mesures prises à cet égard par le premier juge - qui était alors compétent attendu que les enfants étaient à ce moment domiciliées à Genève -

sont pleinement valables et conservent leur validité, faute d'avoir été contestées de manière suffisamment motivée.

S'agissant des obligations d'entretien, celles-ci ne sont pas couvertes par la CLaH 96, de sorte que le transfert simultané de compétences en cas de changement de résidence habituelle en cours de procédure tel que prévu par son art. 5 al. 2 ne s'applique pas. Contrairement à cette convention, la CL, applicable en matière d'aliments, ne connaît pas d'exception au principe de *perpetuatio fori*. A teneur des 5 ch. 2 let. a CL et 4 al. 1 et 2 CLaH 73, la seule conséquence qui découle d'un changement de résidence habituelle du créancier d'aliments est l'application du droit interne de la nouvelle résidence. Les Tribunaux genevois, localement compétents au moment de la création de la litispendance, demeurent dès lors compétents pour statuer sur les obligations d'entretien litigieuses nonobstant le changement de résidence habituelle des enfants, avec la précision que le droit français trouvera application dès leur déménagement.

En définitive, les autorités genevoises sont encore compétentes pour statuer sur la partie litigieuse du litige, à savoir la validité de la convention conclue entre les parties devant le premier juge et les obligations d'entretien qui en découlent.

5. L'appelant se plaint d'un vice de la volonté lors de la conclusion de la convention conclue le 23 décembre 2019, invoquant avoir été victime d'une erreur essentielle.

5.1.1 La convention sur effets accessoires du divorce est une transaction de nature particulière, dans ce sens que sa validité dépend d'une ratification par le juge du divorce, avec pour conséquence qu'elle perd sa nature contractuelle et devient partie intégrante du jugement de divorce (entres autres arrêts: ATF 138 III 534, consid. 1.3 et références citées).

Les époux qui soumettent au juge une requête commune de divorce accompagnée d'une convention sur les effets accessoires de celui-ci, puis confirment au juge la teneur de leur accord lors de l'audience, sont liés par leur convention, laquelle ne peut plus être unilatéralement révoquée. L'époux qui entend alors revenir sur la convention peut uniquement demander au juge de ne pas la ratifier (ATF 135 III 193 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral_5A_688/2013 consid. 7.2.1 et les références citées, publié in SJ 2014 I p. 369 et ss).

Le tribunal ratifie la convention sur les effets du divorce après s'être assuré que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète, et qu'elle n'est pas manifestement inéquitable (art. 279 al. 1 1^{ère} phrase CPC). La ratification est ainsi subordonnée à cinq conditions : la mûre réflexion des époux, leur libre volonté, le caractère clair de la convention, son caractère complet et l'absence d'une inéquité manifeste. La ratification de la convention peut être remise en cause dans le cadre d'un appel ou d'un recours, selon la valeur du litige, pour violation de l'art. 279 al. 1 CPC, et non seulement pour vices du

consentement, comme c'est le cas de la décision sur le prononcé du divorce lui-même (art. 289 CPC).

Le juge doit vérifier que les époux ont compris les dispositions de leur convention et les conséquences qu'elles impliquent, et notamment qu'ils ne l'ont pas conclue dans la précipitation ou acceptée par lassitude (arrêt du Tribunal fédéral 5A_187/2013 du 4 octobre 2013 consid. 6.1 et les références). Il doit en outre s'assurer que les époux ont librement formé et communiqué leur volonté. Le consentement exempt de vices au sens du droit des obligations ne correspond cependant pas totalement au consentement donné après mûre réflexion et de plein gré de l'art. 279 CC, le second devant être examiné de manière moins restrictive (arrêt du Tribunal fédéral 5A_721/2012 du 17 janvier 2013 consid. 3.3.2). La condition du plein gré présuppose que les parties n'ont pas conclu leur convention sous l'empire d'une erreur (art. 23 ss CO), du dol (art. 28 CO) ou de la menace (art. 29 CO); le juge n'est toutefois pas tenu de rechercher des vices du consentement cachés, la maxime des débats étant applicable et la partie victime d'un vice du consentement supportant le fardeau tant de l'allégation que de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 5A_772/2014 consid. 5.1 et références citées).

5.1.2 Selon l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle.

Il y a erreur lorsqu'une personne, en se faisant une fausse représentation de la situation, manifeste une volonté qui ne correspond pas à celle qu'elle aurait exprimée si elle ne s'était pas trompée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_641/2010 du 23 février 2011 consid. 3.5.1). L'erreur peut consister dans l'ignorance d'un fait (arrêt du Tribunal fédéral 4A_270/2010 du 21 janvier 2011 consid. 5.1).

Une erreur est dite "essentielle" au sens de l'art. 23 CO lorsqu'elle concerne des faits que la partie victime estime subjectivement comme nécessaires et qui, objectivement, selon la loyauté commerciale, forment un élément essentiel du contrat (art. 24 al. 1 ch. 4 CO). Celui qui se prévaut de son erreur doit s'être trompé sur un fait certain qu'il considérait comme indispensable et qui a déterminé la conclusion du contrat (SCHMIDLIN, Commentaire romand du CO I, 2^{ème} éd. 2012, n. 7 et 35 ad art. 23-24 CO). Au surplus, l'erreur de base doit porter sur des faits dont le cocontractant connaissait ou aurait dû connaître le rôle déterminant qu'ils jouaient pour la partie dans l'erreur (ATF 118 II 297 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 4A_345/2016 du 7 novembre 2016 consid. 3.1).

Bien que les dispositions sur les vices du consentement ne contiennent pas de règle analogue à la nullité partielle prévue à l'art. 20 al. 2 CO, la jurisprudence a admis qu'une invalidation partielle est possible lorsque la prestation affectée du vice est divisible et que l'on peut admettre que les deux parties auraient conclu le

contrat avec une prestation réadaptée pour tenir compte de ce vice (ATF 135 III 537 consid. 2.1; 130 III 49 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_108/2019 du 22 janvier 2020 consid. 2.1.3). Ainsi, lorsque certaines clauses seulement sont viciées, le reste du contrat peut être maintenu pour autant toutefois que l'on doive admettre que le contrat aurait été conclu sans ces clauses. L'art. 20 al. 2 CO est applicable même si les clauses entachées de nullité constituent des éléments essentiels du contrat (GUILLOD/STEFFEN, in Commentaire Romand, CO I, 2^{ème} éd., 2012, n. 101 ad. art. 21 CO et les références citées).

5.1.3 La transaction judiciaire est un acte consensuel destiné à mettre fin à un litige moyennant des concessions réciproques (ATF 132 III 737 consid. 1.3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_13/2018 du 23 octobre 2018 consid. 5.2.1), de sorte que les parties ne peuvent pas invoquer une erreur portant sur les points incertains qu'elles entendaient régler définitivement en transigeant (arrêt du Tribunal fédéral 4A_279/2007 du 15 octobre 2007 c. 4.1); par conséquent, le juge n'admettra pas à la légère l'invalidité d'une transaction, celle-ci se concluant sur la base de concessions réciproques (SCHMIDLIN, *op. cit.*, n. 91 ad art. 23-24 CO). Dans ce cadre, seul le recours à l'erreur portant sur des circonstances considérées comme fondement de l'accord transactionnel est possible (ATF 130 III 49 consid. 1.2 et 1.3). En matière de convention sur les effets accessoires du divorce, l'erreur n'est considérée que si les parties se sont fondées sur un état de fait déterminé mais se révélant erroné par la suite ou si l'un des conjoints tenait un fait déterminé comme établi par erreur, connu de l'autre (arrêt du Tribunal fédéral 5A_187/2013 du 4 octobre 2013 consid. 7.1).

5.2 En l'espèce, l'appelant allègue ne pas avoir eu connaissance du projet de déménagement de l'intimée, tandis que cette dernière prétend au contraire qu'il en avait été informé "*bien avant que les parties parviennent à un accord amiable*".

A teneur des pièces du dossier, aucun élément ne permet toutefois de retenir que le projet de déménagement de l'intimée a été communiqué à l'appelant avant ou au moment de la conclusion de la convention en modification du jugement de divorce. Ledit projet ne ressort en effet d'aucun document et n'a jamais été mentionné dans les correspondances échangées entre les parties durant l'année ayant précédé la signature des conclusions d'accord. Par courrier du 9 septembre 2019, soit quelques mois avant son déménagement, l'intimée a encore actualisé les charges des enfants, sans aucune référence à un éventuel départ en France et sans tenir compte de l'impact financier qui en découlerait nécessairement. Les pièces produites par l'intimée devant la Cour ne lui sont d'aucun secours, dans la mesure où elles ne permettent pas de retenir que l'appelant aurait eu connaissance de son projet de déménagement et ne contiennent aucun élément en ce sens. L'intimée n'a pas davantage évoqué ce projet lors des audiences tenues devant le Tribunal, au cours desquelles les parties ont exposé leur situation financière, étant précisé que la dernière audience s'est tenue le 18 septembre 2019. Enfin, les conclusions

d'accord signées le 23 décembre 2019, qui mentionnent l'ancien domicile genevois de l'intimée, ne contiennent pas non plus la moindre indication quant à un éventuel changement de situation, alors même que celui-ci s'est concrétisé moins de deux mois plus tard. Or, l'intimée ne pouvait ignorer à ce moment-là son projet de partir s'installer en France. Il est en effet peu crédible que son départ et celui de ses deux filles ait été organisé de manière précipitée, ce qu'elle ne prétend au demeurant pas.

Ce n'est ainsi que le 17 février 2020 que l'intimée a annoncé à l'appelant, par courriel, qu'elle déménageait en France avec les enfants. Bien qu'elle soutienne que les filles en avaient précédemment parlé à leur père, il ressort de son propre message que l'appelant n'en aurait été informé pour la première fois, au plus tôt, que quelques jours auparavant, soit le 13 février 2020 ("*Comme nos filles te l'ont annoncées (sic) le jeudi 13 février 2020 nous déménageons en France (...)*"). Ainsi, au vu du contenu de ce message et, avant celui-ci, de l'absence de toute mention d'un quelconque projet de déménagement de l'intimée et des enfants, il y a lieu de retenir que l'appelant a eu connaissance de celui-ci postérieurement à la conclusion de la convention sur effets accessoires du divorce et au prononcé du jugement entrepris. Il doit donc être admis qu'il ignorait ce fait lors de la conclusion de la convention litigieuse.

Contrairement à l'avis de l'intimée, il ne revenait pas à l'appelant de requérir des renseignements sur son déménagement puisque, précisément, il ignorait ce fait, ce d'autant plus que rien ne permet de retenir qu'il aurait pu ou dû envisager le départ de l'intimée. Au contraire, le principe de la bonne foi en procédure (art. 52 CPC) commandait à cette dernière de renseigner l'appelant de manière exacte et complète sur sa situation financière et celle des enfants, en tenant compte de tous les éléments pertinents, dont fait indéniablement partie un déménagement, à plus forte raison dans un pays tiers.

Il sera donc retenu que l'appelant était sous l'emprise d'une erreur, dès lors que l'état de fait sur lequel il s'est fondé, en tenant de bonne foi pour acquis que le lieu de vie des enfants se trouverait à Genève, s'est révélé erroné.

Nul doute que l'erreur dans laquelle se trouvait l'appelant concerne un fait subjectivement et objectivement essentiel, puisqu'il porte sur le lieu de vie des enfants, susceptible d'avoir un impact direct sur leurs charges effectives à la base des contributions d'entretien litigieuses. Les débats ont d'ailleurs porté en grande partie sur l'établissement des charges des enfants, ce qui démontre que les parties attachaient de l'importance aux frais effectifs de ces dernières. On doit dès lors admettre que l'appelant ne se serait pas engagé à s'acquitter des contributions d'entretien aux conditions convenues s'il avait su que les enfants vivraient en réalité en France, pays dans lequel le niveau de vie est inférieur à celui de Genève,

et on doit reconnaître qu'un tel élément était aussi objectivement essentiel, puisqu'il devait permettre d'apprécier concrètement le montant des contributions.

Les prestations en entretien affectées du vice étant divisibles des autres clauses de la convention, elles seules seront annulées. En effet, pour le surplus, l'appelant ne se prévaut pas de son erreur pour remettre en cause l'attribution de la garde des enfants à l'intimée ou les modalités du droit de visite. Il n'explique en particulier pas en quoi ces points seraient touchés, ni ne prétend qu'il aurait refusé les modalités convenues s'il avait eu connaissance du projet de déménagement. La convention sera ainsi maintenue pour le surplus, dans la mesure où l'on peut admettre que le contrat aurait été conclu sans les clauses viciées.

Au vu de ce qui précède, la convention sur les effets du divorce conclue le 23 décembre 2019 sera invalidée en tant qu'elle porte sur les contributions d'entretien dues aux enfants mineurs, les autres clauses étant maintenues.

5.3 En l'absence de tout élément à la procédure quant à la situation actuelle des enfants, l'état de fait doit être complété sur des points essentiels. En application de l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC et afin que les parties ne soient pas privées de la garantie du double degré de juridiction (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2; 137 I 195 consid. 2.7), la cause doit être renvoyée au Tribunal afin qu'il procède à une instruction complémentaire s'agissant de la situation financière de la famille, à savoir en particulier qu'il actualise celle-ci, dont les charges des enfants, et qu'il fixe les contributions dues à l'entretien des enfants mineurs des parties sur cette base.

Le chiffre 5 du dispositif du jugement querellé sera annulé et la cause renvoyée au Tribunal pour suite d'instruction et nouvelle décision concernant les contributions d'entretien litigieuses.

6. 6.1 Lorsque l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

La quotité et la répartition des frais judiciaires et dépens de première instance fixées dans la décision entreprise sont conformes à la loi (art. 30 et 85 RTFMC) et seront confirmées, étant précisé qu'elles ne sont en tout état pas contestées par les parties.

La cause étant par ailleurs renvoyée au Tribunal pour nouvelle fixation des contributions d'entretien en faveur des enfants, les frais judiciaires et dépens relatifs à cette nouvelle procédure seront réservés et devront être fixés par le Tribunal dans le jugement final à prononcer après le présent arrêt de renvoi (art. 104 al. 1 CPC).

6.2 Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 2'000 fr. (art. 30 et 35 RTFMC), partiellement compensés avec l'avance de 1'000 fr. effectuée par l'appelant, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Ils seront mis à la charge de B_____, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'intimée sera, en conséquence, condamnée à verser 1'000 fr. à l'appelant à titre de remboursement de l'avance de frais et 1'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de solde de frais.

L'intimée sera en outre condamnée à verser la somme de 1'500 fr. à l'appelant, à titre de dépens.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 17 février 2020 par A_____ contre le jugement JTPI/454/2020 rendu le 10 janvier 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/18717/2018-13.

Au fond :

A titre préalable :

Constate la compétence à raison du lieu des tribunaux genevois pour connaître de la validité de la convention conclue le 23 décembre 2019 par A_____ et B_____, ainsi que des contributions d'entretien des enfants mineurs C_____ et D_____.

Cela fait :

Annule le chiffre 5 du dispositif du jugement attaqué.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour suite d'instruction et nouvelle décision sur la contribution due à l'entretien des enfants C_____ et D_____, dans le sens des considérants.

Réserve le sort des frais de première instance y relatifs.

Confirme le jugement querellé 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 de B_____ et dit qu'ils sont partiellement compensés avec l'avance de frais versée, qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne en conséquence B_____ à verser à A_____ la somme de 1'000 fr. à titre de remboursement de l'avance de frais judiciaires.

Condamne par ailleurs B_____ à verser la somme de 1'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour les lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de solde des frais judiciaires.

Condamne B_____ à verser à A_____ la somme de 1'500 fr. à titre de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD et Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Christel HENZELIN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Christel HENZELIN

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

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

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