

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/6968/2013

ACJC/327/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 14 MARS 2014

Entre

B_____, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par la 6^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 juillet 2013, comparant par Me Caroline Ferrero-Menut, avocate, 2, rue François-Bellot, 1206 Genève, en l'Etude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

A_____, domicilié _____, intimé, comparant par Me Anne Reiser, avocate, 11, rue De-Candolle, 1205 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Mineur E_____, domicilié chez son père, **A**_____, _____, intervenant, représenté par Me Diane Broto, curatrice, 18, rue du Conseil-Général, 1205 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés ainsi qu'au Tribunal de première instance le 19 mars 2014.

EN FAIT

A. a. A_____, né le _____ 1964 à Konjic (Bosnie et Herzégovine), et B_____, née le _____ 1970 à Zagreb (Croatie), tous deux de nationalité croate, se sont mariés le _____ 1996 à Dubrovnik (Croatie).

b. Trois enfants sont issus de cette union, soit C_____, née le _____ 1996, D_____, né le _____ 1998, et E_____, né le _____ 2000.

c. Par jugement du 3 mars 2006, le Tribunal de Zagreb (Croatie) a prononcé le divorce des époux, dit que les enfants continueraient de vivre avec leur mère, condamné le père à verser, à titre de contribution à leur entretien, 10'000 fr. par enfant dès le 1^{er} mars 2006, et accordé un droit de visite au père de deux week-ends par mois, du vendredi 16 heures au dimanche 20 heures, ainsi que pendant une semaine durant les vacances d'hiver et deux semaines durant les vacances d'été.

d. Après le divorce, la mère et les enfants se sont installés à Paris (France), tandis que le père est resté domicilié à Genève.

e.a Par acte du 5 avril 2013, A_____ a saisi le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Nanterre (France) d'une assignation en référé, visant à ce que la résidence habituelle de E_____ soit fixée immédiatement auprès de son père et à ce que celui-ci soit autorisé à scolariser l'enfant au Collège du Léman dès le 16 avril 2013.

e.b Par ordonnance de référé du 19 avril 2013, le juge susnommé, après avoir rappelé aux parties que sa décision était prise en référé, par ordonnance provisoire n'ayant pas au principal autorité de la chose jugée, a ordonné le transfert sans délai de la résidence de E_____ au domicile du père à Genève et l'inscription de l'enfant dès que possible au Collège du Léman. Il a autorisé en tant que de besoin le père à procéder seul à cette inscription, suspendu le droit de visite et d'hébergement de la mère entre le 19 avril et le 31 mai 2013, et accordé à cette dernière, dès le 1^{er} juin 2013, un droit de visite et d'hébergement tous les week-ends impairs de chaque mois, du vendredi 20 heures au dimanche 18 heures, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, avec prise en charge des frais de transport par le père.

Le juge français a au surplus ordonné une expertise médico-psychologique concernant l'enfant et les parents, en confiant principalement pour mission à l'expert désigné de déterminer si l'état de santé psychologique de E_____ était compatible avec la fixation de sa résidence au domicile respectivement de son père ou de sa mère.

Il a enfin invité les parties à saisir la juridiction compétente, au fond, en ouverture du rapport d'expertise.

Dans les considérants de son ordonnance, le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Nanterre a rappelé aux parties la nature provisoire de sa décision, "qui ne tranch[ait] pas le fond, mais qui a[vait] vocation à soulager une problématique et à mettre fin à une situation de trouble".

e.c B_____ a appelé de l'ordonnance précitée le 19 avril 2013, requérant son annulation en tant qu'elle ordonnait le transfert de la résidence de l'enfant chez son père, l'inscription de dernier au Collège du Léman et la modification du droit de visite de la mère. Elle a conclu à ce que la résidence de E_____ soit fixée chez elle et que l'autorité parentale lui soit attribuée à titre exclusif.

La cause est toujours pendante par-devant la Cour d'appel de Versailles.

f. E_____ vit chez son père à Genève depuis le 19 avril 2013. Il est scolarisé au Collège du Léman.

g. Parallèlement, A_____ a saisi le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) de deux requêtes en modification du jugement de divorce des ex-époux, assortie de demandes de mesures superprovisionnelles et provisionnelles.

g.a Par acte des 28 mars et 30 avril 2013, il a conclu, tant sur mesures provisionnelles que sur le fond, à ce que la garde de l'enfant C_____ lui soit confiée, à ce qu'un droit de visite soit réservé à la mère, et que la contribution à l'entretien de l'enfant à sa charge soit supprimée dès le 1^{er} janvier 2013, B_____ devant lui rembourser le trop-perçu pour la période du 1^{er} janvier au 31 mars 2013. Sur le fond, il a aussi conclu à l'attribution en sa faveur de l'autorité parentale sur l'enfant.

g.b Par acte du 30 avril 2013, il a conclu, tant sur mesures provisionnelles que sur le fond, à ce que l'autorité parentale exclusive et la garde sur E_____ lui soient confiées, à ce qu'un droit de visite soit réservé à la mère et à ce que la contribution à l'entretien de l'enfant à sa charge soit supprimée dès le 1^{er} mai 2013, s'engageant à assumer à partir de cette date l'entretien de l'enfant lorsque celui-ci se trouve sous sa garde de fait.

g.c Par ordonnances du 1^{er} mai 2013, les requêtes de mesures superprovisionnelles formées par D_____ ont été rejetées.

g.d Le Tribunal a ordonné la jonction des deux procédures le 29 mai 2013.

g.e Le 13 juin 2013, sur requête de E_____, un curateur de représentation de l'enfant a été désigné par le Tribunal.

g.f Le 19 juin 2013, B_____ a soulevé une exception de litispendance en lien avec la requête concernant E_____, en se prévalant de la procédure pendante en France, par-devant la Cour d'appel de Versailles.

g.g Lors de l'audience du 18 juin 2013, B_____ a maintenu l'exception de litispendance soulevée, et A_____ ainsi que E_____, représenté par son curateur, ont conclu à son rejet.

Ces derniers ont persisté dans leurs conclusions, avec suite de frais, par écritures du 15 juillet 2013, E_____ demandant également à ce qu'il soit constaté qu'il avait établi sa résidence habituelle chez son père.

- B.** Par jugement du 29 juillet 2013, notifié à A_____ et E_____ le 31 juillet 2013 ainsi qu'à B_____ le 3 août 2013, le Tribunal, statuant sur exception de litispendance, a débouté cette dernière de toutes ses conclusions (ch. 1 du dispositif), a réservé le sort des frais (ch. 2) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).

Le premier juge a considéré que les conditions de l'exception soulevée étaient remplies en tant que l'identité des parties et la simultanéité des instances étaient concernées. Il a en revanche exclu l'identité des demandes, dans la mesure où les autorités françaises étaient certes saisies de conclusions similaires à celles soumises au juge suisse, mais seulement sur mesures provisoires, et non sur le fond. Or, la litispendance n'entraîne pas en ligne de compte entre mesures provisoires, mais uniquement s'agissant d'actions au fond.

Le Tribunal a au surplus rejeté les conclusions de E_____ relatives au constat de l'établissement de son domicile chez son père, sans pertinence dans le cadre de l'exception soulevée.

- C. a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 13 septembre 2013, B_____ appelle de cette décision. Elle sollicite son annulation et conclut, principalement, avec suite de frais, à ce que l'incompétence du Tribunal de première instance soit constatée et que la demande déposée par A_____ soit déclarée irrecevable. Subsidiairement, elle requiert la suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur le fond dans la cause opposant les parties par-devant le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Nanterre. Plus subsidiairement, elle demande le renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Outre des pièces déjà versées à la procédure de première instance (pièces n^{os} 1 à 7) et un règlement du Conseil de l'Union européenne (pièce n^o 10), B_____ produit un courrier de son conseil français du 2 septembre 2013 (pièce n^o 8) et un compte rendu d'infraction initial du 23 juin 2012 (pièce n^o 9).

b. E_____ et A_____ concluent au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement querellé. Ce dernier produit trois pièces nouvelles, soit trois courriers respectivement datés des 8 novembre, 12 novembre et 17 juin 2013 (pièces n^{os} 1, 3 et 4).

c. Dans leur réplique et duplique, C_____ et A_____ (ci-après "l'appelante" et "l'intimé") persistent dans leurs conclusions, produisant cinq pièces nouvelles supplémentaires toutes établies postérieurement au mois de juillet 2013.

E_____ (ci-après "E_____" ou "l'enfant") n'a pas fait usage de son droit de répliquer.

La cause a été gardée à juger le 28 janvier 2014.

EN DROIT

1. **1.1** Le Code de procédure civile institue deux voies de recours, soit l'appel et le recours.

L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes (let. a) ainsi que les décisions sur les mesures provisionnelles de première instance (let. b) (art. 308 al. 1 CPC).

Le tribunal peut rendre une décision incidente lorsque l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable (art. 237 al. 1 CPC). La décision incidente est sujette à recours immédiat et ne peut pas être attaquée ultérieurement dans le recours contre la décision finale (art. 237 al. 2 CPC).

Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Dans le cas d'un appel contre une décision incidente, la valeur litigieuse doit être déterminée sur la base des conclusions au fond dont est saisie l'instance précédente (STERCHI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, n. 28 ad art. 308 CPC; SPÜHLER, Basler Kommentar, 2^e éd, 2013, n. 9 ad art. 308 CPC).

La notion de décision incidente au sens du CPC est indépendante de la nature de ladite décision, pouvant s'agir d'une décision d'entrée en matière ou tranchant un point matériel du litige. La décision incidente peut en particulier concerner une question préjudicielle de nature formelle, n'ayant pas simplement trait à la forme et au déroulement du procès, permettant la poursuite de la procédure. Tel est le cas lorsqu'une telle décision rejette une fin de non-recevoir qui, si elle est admise par l'instance de recours, met fin immédiatement au procès, en provoquant une

décision de non-entrée en matière. Le cas le plus fréquent touche la question de la compétence à raison du lieu ou de la matière (Message du Conseil fédéral relatif au Code de procédure civile (CPC) du 28 juin 2006, FF 6951, REETZ/THEILER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2^e éd., 2013, n. 28 ad art. 308 CPC; STECK, Basler Kommentar, 2^e éd, 2013, n. 8 et 16 à 18 ad art. 237 CPC; KILLIAS, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, n. 31 ad art. 327 CPC).

Les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance peuvent faire l'objet d'un recours dans les cas prévus par la loi (1) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (2) (art. 319 let. b CPC).

1.2 En matière internationale, la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP – RS 291) régit en particulier la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses ainsi que les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères (art. 1 al. 1 let. a et c), en réservant l'application des traités internationaux (art. 1 al. 2 LDIP).

La Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (CL – RS 0.275.12), s'applique en matière civile et commerciale, mais sont exclus de son champ notamment l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions (art. 1 ch. 1 et ch. 2 let. a CL). Font exception les obligations alimentaires (art. 5 ch. 2 CL).

La protection des enfants est régie en droit international privé par la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96 – RS 0.211.231.011).

La Suisse et la France sont parties à cette convention.

La convention a notamment pour objet de déterminer l'Etat dont les autorités ont compétence pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant et d'assurer la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection dans tous les Etats contractants (art. 1 ch. 1 let. a et d CLaH96).

Les mesures précitées portent notamment sur l'attribution, l'exercice et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale (art. 3 let. a CLaH96), celle-ci comprenant l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne ou des biens de l'enfant (art. 1 ch. 2 CLaH96). Les mesures visées par la convention portent également sur le droit de garde, comprenant le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence, ainsi que le droit de visite,

comprenant le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle (art. 3 let. b CLaH96).

Les autorités d'un Etat contractant qui sont compétentes selon les art. 5 à 10 CLaH pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant doivent s'abstenir de statuer si, lors de l'introduction de la procédure, des mesures correspondantes ont été demandées aux autorités d'un autre Etat contractant alors compétentes en vertu des art. 5 à 10 et sont encore en cours d'examen (art. 13 ch. 1 CLaH96).

Cet article s'efforce de régler les conflits pouvant surgir de l'existence dans la CLaH96 de compétences concurrentes. Cette règle est formulée en termes voisins de ceux utilisés en matière de litispendance. L'autorité compétente en vertu des articles 5 à 10 doit s'abstenir de statuer sur la demande de mesures dont elle est saisie, si des mesures correspondantes ont été demandées aux autorités d'un autre Etat contractant alors compétentes en vertu des mêmes articles 5 à 10 et sont encore en cours d'examen. A titre d'exemple, si un procès en divorce est en cours et qu'il a été demandé au juge du divorce de statuer sur la garde de l'enfant, l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant à qui la même demande serait présentée par l'un des parents devrait s'abstenir de statuer sur cette demande (LAGARDE, Rapport explicatif de la CLaH96, 1998, § 78 et 79).

1.3 En l'espèce, par le jugement dont est appel, le Tribunal a rejeté l'exception de litispendance soulevée par l'appelante en lien avec les procédures suisse et française concernant E_____.

Dans la mesure où cette décision ne met pas fin à l'instance ni n'institue des mesures de nature provisoire, elle ne peut pas être qualifiée de décision finale ou de décision sur mesures provisionnelles.

Afin de déterminer s'il s'agit d'une décision incidente, il y a lieu d'examiner si, dans l'hypothèse où la Cour de céans reconnaîtrait le bien-fondé de l'appel, elle prendrait une décision mettant immédiatement fin à l'instance.

Les deux procédures visées par la fin de non-recevoir tirée de la litispendance sont pendantes dans des Etats distincts, soit la France et la Suisse, de sorte que la litispendance doit dès lors être examinée sur la base du droit international privé.

La procédure française concerne le lieu de résidence de E_____ et, en appel, également l'autorité parentale des parties sur ce dernier. Indépendamment de la nature de la procédure française, qui sera étudiée plus bas (cf. infra consid. 3.4), il est ainsi établi et non contesté qu'elle a trait aux droits parentaux des parties, à l'exclusion de toute obligation d'entretien de l'une d'elles vis-à-vis de l'autre ou de l'enfant.

La litispendance querellée n'entre donc pas dans le champ d'application de la CL, mais exclusivement dans celle de la CLaH96, qui a précisément pour objet la compétence des Etats membres, dont la Suisse et la France, pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens de l'enfant (art. 1 ch. 1 let. a CLaH96). Lesdites mesures comprennent l'attribution de l'autorité parentale et le droit de garde, soit en particulier celui de décider du lieu de résidence de l'enfant (art. 2 ch. 2 et 3 let. a et b CLaH96).

L'art. 13 ch. 1 CLaH96 prévoit que, dans le cas d'une litispendance, les juridictions de l'Etat contractant saisies en second lieu doivent s'abstenir de statuer.

Dans l'hypothèse où la Cour reconnaîtrait la litispendance, elle serait ainsi amenée à prendre une décision de non-entrée en matière, mettant fin à la procédure suisse.

Le jugement querellé doit ainsi être qualifié de décision incidente (art. 237 et 308 al. 1 let. a CPC).

1.4 Dans la mesure où la présente procédure concerne, au fond, notamment les droits parentaux des parties sur C_____ et E_____, la cause n'est pas de nature patrimoniale. La suppression des contributions d'entretien litigieuses, de 20'000 fr. par mois pour les deux enfants, représente par ailleurs une valeur supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

La voie de l'appel est ainsi ouverte.

1.5 L'acte de l'appelante est écrit et motivé, il a été introduit auprès de l'instance de recours dans les 30 jours à compter de la notification du jugement querellé (art. 311 al. 1 CPC), et il remplit les autres conditions liées à la forme (art. 130, 130 et 311 al. 2 CPC).

Il est dès lors recevable.

Il en va de même de la réponse de l'intimé et de E_____ (art. 312 CPC), tout comme de la réplique et de la duplique spontanées des deux parents, possibles dans toutes les procédures judiciaires (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3 et 133 I 98 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_680/2012 du 7 mars 2013 consid. 2.2)

La Cour dispose au surplus d'une cognition complète en fait et en droit (art. 310 CPC).

2. Les parties produisent des pièces nouvelles en appel.

2.1 La Cour examine en principe d'office les pièces produites en appel (ACJC/1526/2013 du 20 décembre 2013 consid. 1.4; REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, n. 26 ad art. 317 CPC).

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

2.2 Les pièces produites par les parties en appel sont postérieures à la clôture des débats de première instance sur incident de litispendance le 15 juillet 2013, à l'exception du compte rendu d'infraction initiale du 23 juin 2012 produit par l'appelante (pièce n° 9) et du courrier du 17 juin 2013 produit par l'intimé (pièce n° 4). Dès lors que la présente procédure a trait à une question de procédure, et qu'elle ne concerne ainsi pas directement le sort d'un enfant mineur, les maximes inquisitoire et illimitée ne s'appliquent pas. Par ailleurs, ces pièces ne sont pas pertinentes pour l'issue du litige.

Ces deux pièces sont dès lors irrecevables, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant.

- 3.** Le recourante conteste la compétence du juge suisse pour prendre une décision en relation avec les droits parentaux sur E_____. Subsidiairement, elle reproche au premier juge d'avoir écarté la litispendance entre la présente cause et la procédure française pendante en appel devant la Cour de Versailles.

3.1 Comme vu plus haut, la litispendance doit en l'espèce être examinée sous l'angle de l'art. 13 CLaH96, dont la teneur est rappelée ci-après :

"1. Les autorités d'un Etat contractant qui sont compétentes selon les art. 5 à 10 pour prendre des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant doivent s'abstenir de statuer si, lors de l'introduction de la procédure, des mesures correspondantes ont été demandées aux autorités d'un autre Etat contractant alors compétentes en vertu des art. 5 à 10 et sont encore en cours d'examen.

2. La disposition du paragraphe précédent ne s'applique pas si les autorités devant lesquelles la demande de mesures a été initialement présentée ont renoncé à leur compétence."

Cette disposition suppose que deux autorités d'un Etat contractant aient été saisies successivement de mesures identiques (identité des parties et du litige), que les autorités du second Etat soient compétentes et que celles du premier Etat l'ait été au moment de sa saisine, que la procédure par-devant les autorités de premier Etat soit encore pendante et que celles-ci n'aient pas renoncé à leur compétence.

3.1.1 Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (art. 5 ch. 1 CLaH96). Sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite de l'enfant au sens de l'art. 7 CLaH96, en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre

Etat contractant, sont compétentes les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle (art. 5 ch. 2 CLaH96).

La notion de résidence habituelle, qui n'est pas définie dans la convention, doit être déterminée de manière autonome (arrêts du Tribunal fédéral 5A_346/2012 du 12 juin 2012 consid. 4.1; 5A_257/2011 du 25 mai 2011 consid. 2.2, concernant la CLaH80). Selon la définition qu'en donne en règle générale la jurisprudence, la résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle de l'enfant se détermine ainsi d'après le centre effectif de sa propre vie et de ses attaches (ATF 110 II 119 consid. 3). En conséquence, outre la présence physique de l'enfant, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial; sont notamment déterminants la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant. La résidence habituelle doit être définie pour chaque personne séparément; cependant, celle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents, les relations familiales du très jeune enfant avec le parent en ayant la charge étant en règle générale déterminantes (arrêts du Tribunal fédéral 5A_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2; ATF 129 III 288 consid. 4.1). Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle, mais celle-ci peut exister également sitôt après le changement du lieu de séjour, si, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts (arrêt du Tribunal fédéral 5A_650/2009 du 11 novembre 2009 consid. 5.2).

3.1.2 Selon l'art. 561 du Code de procédure civile français, l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. L'art. 561 de ce même Code précise que l'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent, et que la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible.

3.1.3 Conformément aux principes jurisprudentiels concernant la litispendance, lorsqu'il examine s'il y a identité du litige, le juge ne doit pas se limiter aux seules conclusions formelles des deux actions, mais doit prendre en compte les questions juridiques tranchées, le but des règles de la litispendance, aussi bien sur le plan interne que international, étant d'éviter l'existence de décisions contradictoires sur un même litige (ATF 138 III 570 consid. 4.2.2; BERTI/DROESE, op. cit., n. 15a ad art. 9 LDIP; DUTOIT, Droit international privé suisse, supplément à la 4^e édition, 2011, n. 1 ad art. 9 LDIP).

La litispendance suppose également une identité des parties, condition remplie si le procès ouvert en Suisse met aux prises les mêmes parties que celles qui s'opposent dans la procédure étrangère, même si cette dernière comporte encore d'autres défendeurs. La position procédurale différente des parties dans les deux procédures est sans incidence (ATF 138 III 570 consid. 4.2.1; BERTI/DROESE, op. cit., n. 16 ad art. 9 LDIP).

3.2 En l'espèce, il est établi et non contesté que les autorités françaises, soit en premier lieu le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Nanterre, ont été saisies le 5 avril 2013.

La procédure française concerne la question de savoir si le lieu de résidence de E_____ doit être fixé chez son père ou sa mère ainsi que, en appel, si l'autorité parentale sur l'enfant doit être exclusivement confiée à l'appelante.

Il résulte également du dossier que E_____ a vécu avec sa mère jusqu'au 19 avril 2013 à Paris, représentant jusqu'alors le lieu de sa résidence habituelle. Les autorités françaises étaient sur cette base compétentes au moment de leur saisine (art. 5 ch. 1 CLaH96).

Compte tenu de l'effet dévolutif de l'appel selon le droit français (art. 561 et 562 du Code de procédure civile français), la Cour de Versailles, par-devant laquelle la procédure française est pendante, peut statuer librement sur les points dont elle est saisie, soit le lieu de résidence de E_____ et l'autorité parentale des parties.

Ces points sont dès lors encore en cours d'examen au sens de l'art. 13 ch. 1 CLaH96.

3.3 Pour ce qui est de la présente procédure, l'intimé a, par acte du 30 avril 2013, saisi le Tribunal d'une demande de modification du jugement du divorce, visant, en ce qui concerne l'enfant E_____, sur mesures provisionnelles et sur le fond, à ce que l'attribution de la garde et de l'autorité parentale lui soit confiée, et à ce que son obligation d'entretien envers l'enfant soit supprimée.

Il n'est pas contesté que E_____, à la suite de l'ordonnance de référé rendue par le juge français le 19 avril 2013, s'est installé chez son père et a été scolarisé au Collège du Léman. Son séjour à Genève, supérieur à six mois, comprend donc un déplacement du centre de vie effectif de l'enfant. Sa résidence habituelle, selon la définition qui en est faite par la jurisprudence, se trouve ainsi actuellement en Suisse.

Il résulte de ce qui précède, d'une part, que les autorités suisses sont compétentes selon la CLaH96 pour statuer sur le litige en tant qu'il concerne les droits parentaux des parties et, d'autre part, qu'elles ont été saisies postérieurement aux autorités françaises.

Les parties aux procédures française et suisse sont au surplus identiques.

3.4 Les deux procédures touchent à la garde – plus spécifiquement, en France, le droit de déterminer la résidence de l'enfant –, au droit de visite et à l'autorité parentale des parties sur E_____.

Il résulte cependant du dispositif tout comme des considérants de l'ordonnance de référé du 19 avril 2013 que la procédure française vise le prononcé de mesures provisoires, sans autorité de chose jugée, préalablement à une procédure au fond.

A teneur du dossier, aucune action au fond n'a encore été introduite. Il n'importe en conséquence pas de déterminer, comme l'explique l'appelante, sans toutefois se fonder sur une quelconque base légale, s'il en résultera une litispendance rétroagissant au 5 avril 2013.

Il n'existe donc pas de litispendance sur le fond.

Au surplus, invoquant l'abus de droit, la recourante soutient que l'intimé aurait abusivement saisi les autorités françaises et que "en conséquence et en application du principe de l'interdiction de l'abus de droit, l'exception de litispendance aurait également due être rejetée par le Premier juge" (sic!).

Ce moyen, soulevé et motivé de manière contradictoire, est de toute manière infondé, aucun abus de droit ne pouvant être reproché à l'intimé en lien avec la saisine parallèle des juridictions française et suisse.

3.5 Il n'est par contre pas contestable qu'il y a une identité du litige entre la procédure française de référé et celle des mesures provisionnelles pendante à Genève. Leur objet se recoupe et elles ont les deux vocation à s'appliquer jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit prise, au sujet de la modification du jugement du divorce prononcé à Zagreb le 3 mars 2006.

Leur nature provisoire n'exclut pas la litispendance. Selon la jurisprudence, celle-ci résulte en effet de la nécessité d'éviter des décisions contradictoires. Dès lors qu'elles présentent un risque d'entrer en contradiction, deux procédures de mesures provisoires peuvent ainsi générer une litispendance.

Les juges français n'ont en outre à ce jour pas renoncé à leur compétence.

En application de l'art. 13 CLaH96, les autorités suisses ne doivent par conséquent pas entrer en matière sur une requête visant le prononcé de mesures provisoires concernant les droits parentaux des parties sur E_____, ce tant que les autorités françaises n'ont pas renoncé à statuer à leur sujet.

3.6 Au vu de ce qui précède, le premier juge a écarté à bon droit la fin de non-recevoir tirée de la litispendance soulevée par la recourante le 19 juin 2013 en tant

qu'était concernée la procédure de modification du jugement de divorce sur le fond.

Il aurait dû en revanche reconnaître l'existence d'une litispendance en France (procédure de référé) en lien avec les conclusions en Suisse de l'intimé visant, sur mesures provisionnelles, les droits parentaux des parties sur E_____ est, en conséquence, les déclarer irrecevables.

Le jugement querellé sera réformé dans ce sens, étant rappelé à l'intimé qu'il aura la possibilité de requérir de nouvelles mesures provisionnelles, dans le cadre de la procédure en modification du jugement de divorce, dans l'hypothèse où le juge français devait renoncer à exercer sa compétence, dans la procédure d'appel actuellement pendante devant lui, avant la fin de la procédure suisse.

4. La Cour statue sur les frais judiciaires et les répartit d'office (art. 104 et 105 CPC). Ces frais sont en règle générale mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). Toutefois, lorsque le litige relève du droit de la famille, le juge peut s'écarter des règles générales sur la répartition des frais (art. 107 al. 1 let. c CPC).

En l'espèce, les frais judiciaires de recours sont fixés à 2'000 fr. et, vu le sort du litige, répartie par moitié entre les parents. Ils sont partiellement compensés avec l'avance de frais fournie par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat (art. 96 CPC ainsi que 39 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile [RTFMC - E 1 05.10], art. 111 al. 1 CPC). L'intimé sera condamné à verser 1'000 fr. à l'Etat de Genève à ce titre.

Vu la nature du litige, les parties garderont à leur charge leurs propres dépens (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par B_____ contre le jugement JTPI/9996/2013 rendu le 29 juillet 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/6968/2013 6.

Déclare irrecevables la pièce n° 9 produite par B_____ et la pièce n° 4 produite par A_____ en appel, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant.

Au fond :

Déclare irrecevables les chiffres 7 à 9 des conclusions prises par A_____ dans sa requête de modification du jugement de divorce du 30 avril 2013 concernant le mineur E_____.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance en vue de la poursuite des débats.

Sur les frais du recours :

Arrête les frais judiciaires à 1'000 fr. et les met à la charge de A_____ et B_____ pour moitié chacun.

Les compense avec l'avance de frais effectuée par B_____, restant acquise à l'Etat.

Condamne A_____ à verser 1'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les services financiers du Pouvoir judiciaire.

Dit que chaque partie conserve ses propres dépens.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Barbara SPECKER

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.