



Arrêt du 28 juillet 2016

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Marazzi, Herrmann, Schöbi et Bovey.
Greffière : Mme Hildbrand.

Participants à la procédure

A.A._____, représentée par Me Nicolas Jeandin,
avocat,
recourante,

contre

B.A._____,
représenté par Me Pascal Junod, avocat,
intimé.

Objet

litispendance (divorce),

recours contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de
justice du canton de Genève du 12 février 2016.

Faits :

A.

A.a B.A._____, né en 1967, et A.A._____, née en 1959, tous deux originaires de Genève et de Commugny (Vaud), se sont mariés le 4 juillet 1987 à Westminster (Royaume-Uni). De cette union sont issus: C._____, né en 1994, et D._____, né en 1996.

A.b Entre 1987 et 2005, la famille A._____ a vécu en Suisse, à Genève, dans un premier temps à U._____, puis à V._____ dans une maison copropriété des époux. En 2005, la famille A._____ a déménagé en France voisine, à W._____ (Ain), dans une maison acquise en indivision et à parts égales par les époux.

A.c La vie commune des parties a pris fin le 30 mars 2012, l'époux restant vivre en France et l'épouse venant vivre, avec les enfants, à V._____, dans l'ancienne villa conjugale.

B.

B.a Par acte du 16 mai 2012, B.A._____ a introduit en France une requête en divorce (ci-après: " requête initiale ") fondée sur l'art. 251 du Code civil français (ci-après: CCF) par-devant le Juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Bourg-en-Bresse (ci-après: Tribunal de Grande Instance), tendant exclusivement au prononcé de mesures provisoires, telles que, notamment, la constatation de la séparation des époux, l'attribution de la jouissance du domicile conjugal et de la maison de V._____, la fixation des droits parentaux et des obligations d'entretien envers l'épouse et les enfants. Les parties ont été convoquées à une audience de conciliation le 26 octobre 2012. Entendus par le juge, les époux n'ont pas pu se réconcilier et l'affaire a été mise en délibéré au 6 décembre 2012.

B.b Par ordonnance de non-conciliation du 6 décembre 2012, déclarée exécutoire nonobstant recours, le Tribunal de Grande Instance a autorisé les époux à introduire l'instance en divorce, les a renvoyés à saisir le Juge aux affaires familiales pour qu'il prononce le divorce et statue sur ses effets, et leur a rappelé qu'aux termes de l'art. 1113 du Code de procédure civile français (ci-après: CPCF), " dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner en divorce. En cas de réconciliation des époux ou si l'instance n'a pas été introduite dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance, toutes ses dispositions sont caduques, y compris l'autorisation d'introduire l'instance. "

Statuant sur mesures provisoires, le Tribunal de Grande Instance a notamment et en substance attribué provisoirement à l'époux la jouissance du domicile conjugal de W._____ et à l'épouse la jouissance de la résidence de V._____, dit qu'en application du droit français, l'époux devait payer à son épouse une pension alimentaire au titre du devoir de secours de 4'200 Euros par mois, ainsi qu'une provision *ad litem* de 2'500 Euros, dit qu'il n'était pas compétent pour statuer sur les droits parentaux et les obligations alimentaires du père à l'égard de l'enfant D._____, à l'époque mineur, et dit que la loi suisse s'appliquait pour statuer sur la contribution du père à l'entretien de son fils C._____ et fixé le montant de celle-ci à 1'400 fr. par mois, soit 1'120 Euros.

Aux termes de cette décision, le Tribunal de Grande Instance a notamment considéré que la juridiction française était compétente pour connaître du prononcé du divorce, compte tenu de la dernière résidence commune des époux en France, et a relevé que les époux avaient, lors de l'audience du 26 octobre 2012, donné leur accord pour retenir la compétence de la juridiction française s'agissant des obligations alimentaires entre époux.

B.c Le 26 septembre 2014, B.A._____ a déposé une assignation en divorce devant le Tribunal de Grande Instance de Bourg-en-Bresse tendant, en substance, à ce que le divorce des époux soit prononcé et à ce qu'il soit statué sur les effets accessoires. Cette assignation est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal (art. 237 CCF), laquelle résulte de la cessation de la communauté de vie entre époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce (art. 238 CCF).

B.d Par acte du 19 novembre 2014 déposé auprès de la Cour d'appel de Lyon (France), A.A._____ a fait appel contre l'ordonnance de non-conciliation du 6 décembre 2012, contestant la compétence *ratione loci* du juge français saisi de la requête initiale en divorce – se prévalant d'une erreur essentielle et d'un vice de son consentement donné lors de l'audience du 26 octobre 2012 – et l'application du droit français.

C.

C.a Parallèlement, A.A._____ a, par acte déposé le 31 mars 2014, saisi le Tribunal de première instance du canton de Genève (ci-après: Tribunal) d'une demande unilatérale en divorce, assortie d'une requête de mesures provisionnelles.

Sur le fond, outre au prononcé du divorce, A.A._____ a conclu, en substance, à ce que le Tribunal lui attribue l'autorité parentale et la garde exclusive sur D._____ et réserve au père un large droit de visite, condamne ce dernier à lui verser une contribution de 4'000 fr. pour l'entretien de D._____ et de 15'000 fr. pour son propre entretien, ordonne le partage par moitié de la prévoyance professionnelle accumulée par les époux pendant la durée du mariage, détermine les acquêts des parties et les partage par moitié entre eux et donne acte aux parties de ce qu'elles reprennent leurs biens propres, lui attribue la propriété exclusive de la maison sise à V._____ et détermine l'éventuelle soulte due à B.A._____, et réserve la liquidation du bien immobilier sis à W._____.

C.b Par ordonnance du 5 novembre 2014, confirmée par la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: Cour de justice) par arrêt du 26 juin 2015, le Tribunal, statuant sur mesures provisionnelles de divorce, a déclaré irrecevable la requête formée par A.A._____ à l'encontre de B.A._____ en tant qu'elle concernait la contribution à son entretien, ainsi que la contribution à l'entretien de l'enfant C._____, attribué à A.A._____ la garde de D._____, réservé au père un droit de visite sur l'enfant D._____, condamné B.A._____ à verser une contribution à l'entretien de D._____ de 1'400 fr. par mois dès le 1^{er} avril 2013, ainsi qu'une provision *ad litem* de 8'000 fr., réservé le sort des frais avec le fond et débouté les parties de toutes autres conclusions.

C.c Dans sa réponse du 12 janvier 2015, B.A._____ a, principalement, conclu, à l'irrecevabilité de la demande en divorce formée par A.A._____, au motif que le dépôt de sa requête en divorce le 16 mai 2012 devant les juridictions françaises était antérieur à celui de la demande en divorce de A.A._____ devant les autorités genevoises, ces dernières n'étant dès lors pas compétentes pour statuer sur le divorce des époux. Par ailleurs, le Tribunal de Grande Instance avait déjà admis sa compétence pour prononcer le divorce dans l'ordonnance de non-conciliation du 6 décembre 2012, de sorte que cette autorité était également compétente pour statuer sur les effets accessoires du divorce, étant relevé que les époux avaient fait élection de for en faveur des tribunaux français pour statuer sur les obligations alimentaires entre eux. B.A._____ a également pris des conclusions subsidiaires dans l'hypothèse où sa fin de non-recevoir ne serait pas admise.

C.d Par ordonnance du 19 janvier 2015, le Tribunal a limité la procédure aux questions de la litispendance et de sa compétence à raison du lieu.

C.e Dans ses conclusions motivées sur exception de litispendance et d'incompétence *ratione loci*, A.A._____ a conclu à ce que le Tribunal déclare recevable sa demande en divorce du 31 mars 2014 et se déclare compétent à raison du lieu, subsidiairement, à ce qu'il sursoie à statuer jusqu'à droit connu dans la procédure d'appel interjetée contre l'ordonnance de non-conciliation du 6 décembre 2012 rendue par le Tribunal de Grande Instance.

Lors de l'audience du 23 mars 2015, B.A._____ s'est déclaré d'accord avec les conclusions subsidiaires de son épouse tendant à la suspension de la procédure jusqu'à droit connu dans le cadre de l'appel interjeté contre l'ordonnance de non-conciliation du Tribunal de Grande Instance du 6 décembre 2012 et a, en outre, requis la suspension jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour de justice sur mesures provisionnelles, vu l'appel formé par A.A._____ contre l'ordonnance du 5 novembre 2014.

C.f Par jugement du 31 mars 2015, le Tribunal, statuant sur incidents de litispendance, d'incompétence à raison du lieu et de suspension, a notamment rejeté l'exception de litispendance formée par B.A._____ (ch. 1 du dispositif), s'est déclaré compétent à raison du lieu pour statuer sur le principe du divorce des époux (ch. 2), sur la contribution d'entretien post-divorce de A.A._____ (ch. 3), sur la contribution à l'entretien de l'enfant D._____ (ch. 4), et sur le régime matrimonial des époux, à l'exception du sort du bien immobilier situé à W._____ (ch. 5), et a rejeté les conclusions des parties visant la suspension de la procédure (ch. 6).

C.g Par acte expédié le 7 mai 2015 à la Cour de justice, B.A._____ a appelé de cette décision, dont il a sollicité l'annulation et la réforme en ce sens que la demande en divorce de A.A._____ du 31 mars 2014 est irrecevable et que l'exception de litispendance qu'il a formée le 12 janvier 2015 est admise. Il a " subsidiairement " requis la suspension de la cause jusqu'à droit jugé par la Cour d'appel de Lyon sur l'appel formé par A.A._____ contre l'ordonnance de non-conciliation du Tribunal de Grande Instance du 6 décembre 2012.

A.A._____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris et, subsidiairement, à la suspension de la cause jusqu'à droit jugé sur les

exceptions d'incompétence *ratione loci* et de litispendance qu'elle ne manquera pas de soulever dans le cadre de la procédure française consécutive au dépôt de l'assignation en divorce déposée le 26 septembre 2014 par B.A._____.

C.h Par arrêt du 12 février 2016, expédié le 16 février 2016, la Cour de justice a annulé le jugement du 31 mars 2015, a admis l'exception de litispendance soulevée par B.A._____ et a suspendu la procédure.

D.

Par acte posté le 18 mars 2016, A.A._____ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 12 février 2016. Elle conclut à son annulation et à sa réforme en ce sens que l'exception de litispendance soulevée par B.A._____ est rejetée. Elle sollicite par ailleurs d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.

B.A._____ a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt entrepris, sous suite de frais et dépens. La Cour de justice s'est référée aux considérants de son arrêt.

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

Considérant en droit :

1.

L'arrêt attaqué qui admet l'exception de litispendance et suspend la cause en application de l'art. 9 LDIP doit être qualifié de décision incidente sur la compétence du tribunal saisi (ATF 138 III 190 consid. 5 p. 191; 123 III 414 consid. 2b p. 418 s.), laquelle est susceptible du recours séparé prévu par l'art. 92 al. 1 LTF (arrêts 5A_324/2014 du 9 octobre 2014 consid. 1; 4A_473/2012 du 23 janvier 2013 consid. 1).

Pour le surplus, l'arrêt est une décision rendue en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 LTF) et susceptible du recours en matière civile (art. 72 al. 1 LTF). La partie recourante a pris part à l'instance d'appel et succombé dans ses conclusions (art. 76 al. 1 LTF). En vertu du principe de l'unité de la procédure, la voie de recours ouverte contre une telle décision est déterminée par le litige principal (ATF 137 III 261 consid. 1.4 p. 264). En l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que les

questions litigieuses au fond portent sur le montant des contributions d'entretien ainsi que sur la liquidation du régime matrimonial, de sorte que la cause est de nature pécuniaire, la valeur litigieuse étant atteinte (art. 51 al. 1 ch. 4 et 74 al. 1 let. b LTF). Le mémoire de recours a été introduit en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et il satisfait aux exigences légales (art. 42 al. 1 à 3 LTF).

2.

2.1 Les jugements relatifs à la suspension d'une procédure selon l'art. 9 LDIP ne constituent pas des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF. Le recourant n'est donc pas limité, dans l'invocation de ses moyens, à la seule violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF), mais il peut faire valoir la violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF (arrêt 5A_601/2009 du 30 novembre 2009 consid. 2).

Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 139 II 404 consid. 3 p. 415; 135 III 397 consid. 1.4 p. 400). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une autorité de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser, lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui (ATF 140 III 86 consid. 2 p. 89; 135 III 397 consid. 1.4 p. 400). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 140 III 86 consid. 2 p.89; 134 V 53 consid. 3.3 p. 60). En outre, le Tribunal fédéral ne connaît de la violation de droits fondamentaux que si de tels griefs ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF; ATF 137 II 305 consid. 3.3 p. 310), c'est-à-dire s'ils ont été explicitement soulevés et exposés de façon claire et détaillée (ATF 135 III 232 consid. 1.2 p. 234).

2.2 Les faits et moyens de preuve nouveaux sont prohibés, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF; ATF 135 I 221 consid. 5.2.4 p. 229; 133 IV 342 consid. 2.1 p. 343), de même que les faits et pièces postérieurs à l'arrêt entrepris (ATF 133 IV 342 consid. 2.1 p. 344). Il s'ensuit que la pièce nouvelle produite

par l'intimé le 20 mai 2016, à savoir l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 10 mai 2016, est d'emblée irrecevable.

3.

La Cour de justice a considéré que le domicile en France de l'époux constituait un élément d'extranéité et a admis la compétence des tribunaux genevois sur la base de l'art. 59 let. b LDIP, retenant que l'épouse était domiciliée à V._____ depuis plus d'une année au moment du dépôt de sa demande et que les parties étaient toutes deux de nationalité suisse. Ce point n'est pas contesté.

4.

La Cour de justice a constaté que l'époux avait introduit une requête initiale en divorce le 16 mai 2012 devant le juge français, qui avait rendu, le 6 décembre suivant, une ordonnance de non-conciliation régissant les modalités de la vie séparée du couple et l'autorisant à assigner en divorce. L'assignation avait été déposée le 26 septembre 2014, soit dans le délai de trente mois stipulé. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, le dépôt de la requête initiale en divorce était le moment déterminant, *ratione temporis*, pour retenir la compétence territoriale des autorités françaises si l'assignation en divorce a été effectuée dans le délai de trente mois depuis le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation, indépendamment du fait qu'une autre procédure en divorce ait été introduite à l'étranger entre ces deux actes. Il en résultait que, selon le droit français, qui prévoit une introduction de la procédure en divorce en deux temps, les juridictions françaises avaient en l'occurrence été saisies d'une requête en divorce le 16 mai 2012. Le mari avait par ailleurs dûment assigné son épouse en divorce en France dans le délai de trente mois prévu à cet effet et la procédure au fond française avait suivi son cours conformément aux règles de procédure françaises. Au vu de ces circonstances, la cour cantonale a estimé que l'on ne pouvait retenir que la procédure française et la procédure genevoise n'avaient pas le même objet. Par ailleurs, si l'épouse avait certes formé un appel contre la décision de non-conciliation rendue le 6 décembre 2012 par les autorités françaises, lequel était actuellement pendant, rien ne permettait de retenir, comme elle l'alléguait, que la procédure française en serait ralentie de manière telle qu'une décision au fond ne pourrait être rendue dans un délai raisonnable ou encore que cette décision française ne serait d'emblée pas susceptible d'être reconnue en Suisse. Fondés sur ces éléments, les juges cantonaux ont retenu que les conditions de l'art. 9 al. 1 LDIP étaient réalisées. L'exception de litis-

pendance soulevée par l'époux devait ainsi être admise et la suspension de la cause prononcée.

5.

La recourante soulève un grief de violation des art. 9 LDIP et 114 CC.

Sous l'angle de l'art. 9 LDIP, elle soutient premièrement que c'est à tort que la cour cantonale a retenu que la procédure française et la procédure genevoise avaient le même objet. Elle rappelle que c'est au moment où la litispendance en Suisse est créée – soit en l'occurrence le 31 mars 2014 (art. 62 al. 1 CPC) – qu'il faut se placer pour apprécier si, à cette date, une action identique est pendante ailleurs. Or la " requête en divorce " déposée par l'intimé devant les juridictions françaises le 16 mai 2012, tendant exclusivement au prononcé de mesures provisoires, ne présentait rien de commun avec la demande en divorce déposée à Genève, qui tend au prononcé du divorce et contient toute une série de conclusions portant sur les effets accessoires. La Cour de justice ne devait tenir compte que des actions au contenu comparable et, partant, ne considérer que l'assignation en divorce formée par l'intimé le 26 septembre 2014, soit près de six mois après la demande en divorce introduite à Genève. En assimilant l'objet de la " demande de mesures provisionnelles " de l'intimé du 16 mai 2012 à celui de sa demande en divorce du 26 septembre 2014, postérieure à la création de la litispendance en Suisse, la Cour de justice avait admis un effet rétroactif " tout à fait insolite " et, de surcroît, contraire à sa propre jurisprudence. Son raisonnement revenait en définitive à statuer sur l'exception de litispendance en fonction d'épisodes procéduraux survenus après la création de la litispendance en Suisse, ce qui était contraire à l'art. 9 LDIP et conduirait en substance à un " abus de droit étranger " et à admettre qu'on puisse procéder par du *forum running*. En l'occurrence, la recourante considère avoir agi en Suisse la première, à une date à laquelle elle n'était pas assignée en divorce en France. Pour le surplus, elle affirme n'avoir jamais donné son consentement au divorce après que l'intimé eut introduit sa requête en divorce. Ce n'était que lorsque les conditions matérielles d'un divorce unilatéral au sens de l'art. 114 CC avaient été réunies qu'elle avait accepté le principe du divorce, dans la mesure où cette issue lui paraissait inéluctable. Elle ajoute qu'elle dispose d'un intérêt légitime à voir les juridictions suisses compétentes se saisir de la procédure de divorce, vu les liens de rattachement prépondérants des parties à la Suisse par rapport à ceux qui pourraient encore exister en France, seule la maison sise à W._____ – dans laquelle l'intimé ne vivait plus – constituant un élément de rattachement à la France.

La recourante soutient, deuxièmement, que, dans le cadre de l'examen de la litispendance, le juge suisse ne peut prendre en compte la " discontinuité " induite par un droit étranger qui prévoit " une articulation entre demandes ayant des contenus et objets clairement différents avec pour conséquence de faire remonter les effets de la seconde (demande en divorce) au moment de l'introduction de la première (requête de mesures provisoires) ". Cela reviendrait en effet à empêcher la saisine du juge suisse en application de principes totalement inconnus du système juridique suisse. Les principes développés par la jurisprudence française, sur laquelle la Cour de justice s'était fondée, ne pouvaient donc être accueillis par le juge suisse en charge d'appliquer l'art. 9 LDIP. Ceci prévalait a fortiori, dès lors que cela avait pour conséquence d'empêcher la mise en œuvre du droit matériel au préjudice du conjoint habitant en Suisse. Transposée en droit suisse, la jurisprudence française revenait à violer le droit matériel suisse, en particulier l'art. 114 CC, puisqu'elle entraînait la paralysie du droit fondamental d'agir unilatéralement en divorce après une séparation effective de deux ans. Or, en l'espèce, il n'était pas contesté que les parties étaient séparées depuis le 30 mars 2012. La demande unilatérale en divorce déposée à Genève le 31 mars 2014 respectait ainsi les conditions matérielles de l'art. 114 CC et avait été introduite à une date où, en France, l'épouse n'était atraite qu'à une procédure de " mesures protectrices de l'union conjugale " par son mari. L'arrêt querellé revenait en définitive à admettre qu'elle ne pouvait créer valablement une litispendance en Suisse avant que le délai de trente mois de l'art. 1113 CPCF ne soit écoulé sans être utilisé – soit théoriquement jusqu'au 6 juin 2015 – et l'empêchait en outre de faire application en sa faveur des art. 114 CC et 59 let. b LDIP, alors qu'elle avait droit au divorce dès le 31 mars 2014. La recourante considère qu'un tel résultat n'est pas admissible, en tant qu'il entraîne la violation du droit fédéral. Le juge suisse n'avait pas à s'incliner ainsi devant les règles du droit français, dont la prise en compte était d'autant plus incompréhensible que le droit français connaît le même délai d'attente de deux ans après la séparation pour introduire une demande en divorce (art. 237 et 238 CCF). A suivre la Cour de justice, on devrait ainsi opposer au juge suisse saisi dans le délai de deux ans prévu par l'art. 114 CC une litispendance prétendument existante en droit français à une époque où le dépôt d'une demande en divorce n'était pas possible selon ce droit. L'on ne pouvait, en d'autres termes, faire rétroagir l'assignation en divorce du 26 septembre 2014 au 16 mai 2012, jour du dépôt de la " requête initiale en divorce ", alors même que les conditions matérielles d'une demande unilatérale en divorce selon le droit français n'étaient pas réalisées à cette date. Le raison-

nement contraire de la Cour de justice consacrait un abus de droit procédural (*forum running*), dès lors qu'il n'était pas " concevable que le for des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles saisi à l'étranger (en France, en l'occurrence) puisse être pré-réservé pendant 2 ans et demi (les 30 mois de l'art. 1113 CPCF), en vue d'une demande en divorce à venir, dont les conditions matérielles ne sont pas réalisées au moment de la première saisine (le 16 mai 2012) ".

5.1

5.1.1

5.1.1.1 Aux termes de l'art. 9 al. 1 LDIP, lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le tribunal suisse suspend la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse. En vertu de l'art. 9 al. 3 LDIP, le tribunal suisse se dessaisit dès qu'une telle décision lui est présentée. L'art. 9 LDIP vise à coordonner, en matière internationale, les diverses compétences entre les tribunaux suisses et étrangers (DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5^{ème} éd., Bâle 2016, n° 1 ad art. 9 LDIP). La litispendance suppose la réalisation de certaines conditions: ainsi, il ne peut y avoir suspension qu'à la triple condition que les procès aient lieu entre les mêmes parties, que l'objet du litige soit identique dans les deux procédures et qu'il soit prévisible que la juridiction étrangère rende, dans un délai convenable, une décision qui puisse être reconnue en Suisse (arrêt 5C.289/2006 du 7 juin 2007 consid. 3.1). La décision de suspension résulte de la litispendance à l'étranger et dépend des trois conditions précitées. Quant au dessaisissement éventuel du tribunal suisse selon l'art. 9 al. 3 LDIP, il n'interviendra pas nécessairement mais n'aura lieu qu'ultérieurement et pour autant que la décision étrangère ait l'autorité de chose jugée (ATF 126 III 327 consid. 1c p. 329; arrêt 5C.289/2006 précité consid. 3.4).

5.1.1.2 Les deux actions doivent notamment être identiques, savoir concerner les mêmes parties et avoir le même objet. La question de l'identité des parties et de l'objet s'analyse selon la *lex fori* (DUTOIT, op. cit., n° 3 ad art. 9 LDIP; ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, n° 1641 p. 440). Le but de la litispendance étant de prévenir des jugements contradictoires, le Tribunal fédéral a approuvé la conception unitaire de l'identité de l'objet et s'est rallié à la théorie dite du centre de gravité (*Kernpunkttheorie*) consacrée par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

(CJCE; actuellement Cour de justice de l'Union européenne). Selon cette théorie, la notion d'identité d'objet ne doit pas être " restreinte à l'identité formelle des deux demandes "; il convient bien plutôt de mettre l'accent sur la question juridique qui se trouve au centre des deux procès (ATF 138 III 570 consid. 4.2.2 et les références citées; 128 III 284 consid. 3b; MICHEL HEINZMANN, Quelques réflexions sur la " Kernpunkttheorie " et son impact sur le CPC, in: RSPC 2012 p. 494 ss; cf. ég. MARKUS, op. cit., n° 1642 p. 440 s. et n° 1665 ss p. 445 ss).

5.1.1.3 Pour que l'art. 9 LDIP s'applique, il faut non seulement que les deux actions soient identiques quant aux parties et à leur objet, mais encore que l'action ait été ouverte la première à l'étranger (DUTOIT, op. cit., n° 6 ad art. 9 LDIP; MARKUS, op. cit., n° 1644 p. 441). Le moment de l'ouverture de l'action à l'étranger se détermine selon le droit étranger et le moment de l'ouverture de l'action en Suisse selon le droit suisse (arrêt 4C.553/1996 du 16 octobre 1997 consid. 3a; DUTOIT, op. cit., n° 6 ad art. 9 LDIP; MARKUS, op. cit., n° 1645 et 1647 p. 441; BUCHER, Commentaire romand, LDIP-CL, n° 14 ad art. 9 LDIP; SIMON OTHENIN-GIRARD, in Commentaire pratique, Droit matrimonial, 2016, Annexe le n° 11).

5.1.2

5.1.2.1 Le droit suisse connaît trois causes de divorce (cf. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5^{ème} éd., 2014, n° 10.04 p. 144): le divorce sur requête commune avec accord complet (art. 111 CC) ou partiel (art. 112 CC), le divorce sur demande unilatérale après suspension de la vie commune (art. 114 CC), et le divorce sur demande unilatérale pour rupture du lien conjugal (art. 115 CC). S'agissant du divorce après suspension de la vie commune, la séparation doit être de deux ans au moment de la litispendance, soit au moment du dépôt de la demande unilatérale (BOHNET, in Commentaire pratique, Droit matrimonial, 2016, n° 10 ad art. 114 CC et n° 17 ad art. 274 CPC; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, op. cit., n° 10.10 p. 146 s.).

En droit suisse, la procédure de divorce contentieuse s'ouvre par le dépôt de la demande unilatérale (art. 62 al. 1 et 274 CPC; BOHNET, op. cit., n° 3 et 8 ad art. 274 CPC; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, op. cit., n° 10.160 p. 195), qui n'est pas nécessairement motivée, mais doit néanmoins satisfaire aux exigences minimales de l'art. 290 al. 1 CPC, à savoir notamment que le demandeur doit conclure formellement au divorce tout en énonçant le motif (art. 114 ou 115 CC) dont il se prévaut (let. b) et doit prendre des conclusions relatives aux effets

patrimoniaux du divorce (let. c), ainsi qu'aux enfants (let. d; ATF 138 III 366 consid. 3.2 p. 371; JEANDIN/PEYROT, Précis de procédure civile, n° 721 p. 272 s.; HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2^{ème} éd., 2015, p. 268). L'introduction de l'instance en divorce détermine le moment à partir duquel des mesures provisionnelles peuvent être requises (art. 276 CPC), seules des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 ss CC; 271 ss CPC) pouvant l'être avant (ATF 134 III 326 consid. 3.2 p. 328; BOHNET, op. cit., n° 16 ad art. 274 CPC et n° 5 s. ad art. 276 CPC; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, op. cit., n° 10.162 p. 196). Les effets des mesures protectrices éventuellement ordonnées avant le dépôt de la demande en divorce perdurent au-delà de l'introduction de l'instance de divorce tant qu'elles ne sont pas modifiées par le juge du divorce sur mesures provisionnelles (ATF 138 III 646 consid. 3.2 p. 648; 137 III 614 consid. 3.2.2 p. 616 s.; 133 III 393 consid. 5.1 p. 396; 129 III 60 consid. 2 p. 61; BOHNET, op. cit., n° 69 ad art. 276 CPC; OMBLINE DE PORET BORTOLASO, Le calcul des contributions d'entretien, in SJ 2016 II p. 144).

La demande unilatérale en divorce n'est pas précédée d'une tentative préalable de conciliation (art. 198 let. c CPC), mais la conciliation sera tentée à l'audience obligatoirement fixée à réception de la demande (art. 291 al. 1 CPC; ATF 138 III 366 consid. 3.1.2-3.1.4 p. 368 ss; BOHNET, op. cit., n° 3 ad art. 291 CPC; HOFMANN/LÜSCHER, op. cit., p. 268 s.). Lors de cette audience dite de "conciliation" (*Einigungs-verhandlung*), le tribunal doit vérifier l'existence du motif de divorce (art. 114 ou 115 CC), puis, si l'existence d'un tel motif est avérée, tenter de trouver un accord entre les époux sur les effets du divorce (art. 291 al. 1 et 2 CPC; JEANDIN/PEYROT, op. cit., n° 723 p. 273; BOHNET, op. cit., n° 6 s. ad art. 291 CPC; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, op. cit., n° 10.193 p. 204). Si le motif de divorce n'est pas avéré ou si la tentative de conciliation sur les effets accessoires n'a pas abouti, le tribunal fixe un délai au demandeur pour déposer sa motivation écrite, faute de quoi la cause sera déclarée sans objet et rayée du rôle (art. 291 al. 3 CPC). Une fois que l'époux demandeur a motivé sa demande ou si, interpellé à ce sujet, ce dernier indique ne pas souhaiter compléter sa demande qui serait d'ores et déjà motivée (BOHNET, op. cit., nos 12 et 14 ad art. 291 CPC), le procès se continue selon les règles de la procédure ordinaire (art. 219 ss CPC), avec les exigences de la procédure de divorce (art. 274 ss CPC; JEANDIN/PEYROT, op. cit., n° 724 p. 273; HOFMANN/LÜSCHER, op. cit., p. 270; BOHNET, op. cit., n° 21 ad art. 291 CPC).

5.1.2.2 Le droit français connaît quatre causes (ou cas selon la terminologie française) de divorce (cf. OLIVIER MATOCQ/YANN FAVIER, *Divorces autres que par consentement mutuel*, in *Droit de la famille*, Dalloz Action, 6^{ème} éd., 2013, n° 132.06 p. 271): le divorce par consentement mutuel (art. 230 à 232 CCF), le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage (art. 233 et 234 CCF), le divorce pour altération définitive du lien conjugal (art. 237 et 238 CCF), et le divorce pour faute (art. 242, 244 et 245 CCF). S'agissant du divorce pour altération définitive du lien conjugal, la loi prévoit le cas de la séparation qui doit avoir duré deux ans au moins à la date de la délivrance de l'assignation en divorce (art. 238 al. 1 CCF; MATOCQ/FAVIER, *op. cit.*, n° 132.211 p. 300).

En droit français, le premier acte de la procédure de divorce contentieuse est la présentation d'une " requête initiale " en divorce au juge des affaires familiales (art. 251 CCF et 1106 CPCF; ALAIN BÉNABENT, *Droit de la famille*, 3^{ème} éd., 2014, n° 502 p. 219). Les motifs du divorce ne sont pas indiqués dans cette requête, la possibilité de choisir ensuite une des causes de divorce demeurant ouverte (BRIGITTE HESS-FALLON/ANNE-MARIE SIMON, *Droit de la famille*, 9^{ème} éd., 2014, p. 125). L'objet normal de la requête initiale est donc d'obtenir du juge la fixation d'une date pour procéder à la tentative de conciliation (BÉNABENT, *loc. cit.*). Elle n'oriente pas la procédure vers telle ou telle cause de divorce, mais vise à préparer l'audience de conciliation et à définir les mesures provisoires (MATOCQ/FAVIER, *op. cit.*, n° 132.41 p. 279). A cet égard, l'art. 1106 CPCF oblige la partie demanderesse à indiquer dans sa requête " les demandes formées au titre de mesures provisoires et un exposé sommaire de leurs motifs " (MATOCQ/FAVIER, *op. cit.*, n° 132.43 p. 279).

Le juge saisi de la requête initiale va donc (obligatoirement) fixer une date pour procéder à la tentative de conciliation et convoquer les époux à cette tentative (BÉNABENT, *op. cit.*, p. 220; HESS-FALLON/SIMON, *loc. cit.*). Si, à l'audience de conciliation, le juge constate qu'aucun accord ne se dessine ni sur un règlement global ni même sur une acceptation du principe du divorce, il rend une ordonnance de non-conciliation qui autorise l'introduction de la procédure contentieuse. En même temps, le juge décide dans son ordonnance des mesures provisoires (art. 255 CCF) pour la durée de l'instance en divorce (BÉNABENT, *op. cit.*, n° 509 p. 222; HESS-FALLON/SIMON, *op. cit.*, p. 126 s.), c'est-à-dire jusqu'au jour où le jugement de divorce aura acquis force de chose jugée (MATOCQ/FAVIER, *op. cit.*, n° 132.140 p. 293; BÉNABENT, *op. cit.*, n° 515 p. 226). L'assignation en divorce, qui a été autorisée

par l'ordonnance de non-conciliation, doit intervenir dans un délai de trente mois, au-delà duquel l'ordonnance devient caduque, toute procédure devant alors être reprise à l'origine (art. 1113 CPCF; BÉNABENT, op. cit., n° 517 p. 227). Pour que les mesures provisoires restent en vigueur, il convient donc que l'assignation en divorce intervienne, au plus tard, dans les trente mois de la date de l'ordonnance de non-conciliation. L'objectif de la durée maximale de validité des mesures provisoires est de permettre, le cas échéant, à l'époux demandeur, une fois l'ordonnance de non-conciliation rendue, d'attendre l'expiration du délai de deux ans prévu pour satisfaire aux conditions du divorce pour altération définitive du lien conjugal (MATOCQ/FAVIER, op. cit., n° 132.141 p. 293 et n° 132.191 p. 299). Ainsi, comme la condition du délai de séparation de deux ans s'apprécie à la date de la délivrance de l'assignation en divorce, un époux non encore séparé, ou qui vient juste de se séparer, peut valablement déposer une requête initiale en divorce, sans en indiquer les motifs (MATOCQ/FAVIER, op. cit., n° 132.211 p. 300; BÉNABENT, op. cit., n° 462 p. 198).

Une fois l'ordonnance de non-conciliation rendue, la phase préalable de conciliation est terminée et les parties se trouvent placées sous l'empire des mesures provisoires pour la durée de l'instance. Il leur appartient alors de continuer la procédure en vue du prononcé du divorce et de la fixation des mesures accessoires par la délivrance de l'assignation en divorce, qui doit intervenir dans le délai de trente mois susvisé (MATOCQ/FAVIER, op. cit., n° 132.150, p. 294 s.; BÉNABENT, op. cit., n° 517 p. 227; HESS-FALLON/SIMON, op. cit., p. 126 et 128). Pendant les trois premiers mois, seul l'époux ayant présenté la requête initiale peut assigner en divorce. C'est dans cette assignation que le demandeur doit choisir, pour la première fois, la cause de divorce qu'il entend invoquer (BÉNABENT, loc. cit.; MATOCQ/FAVIER, op. cit., n° 132.151 p. 295 et n° 132.157 p. 296). L'assignation doit également, sous peine d'irrecevabilité, comporter une " proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux " (art. 257-2 CCF), par laquelle le demandeur décrit le patrimoine des époux et précise ses intentions quant à sa répartition (art. 1115 CPCF; BÉNABENT, op. cit., n° 517 p. 227 s.; MATOCQ/FAVIER, op. cit., n° 132.154 p. 295 s.; HESS-FALLON/SIMON, p. 129). Avec l'assignation débute la phase de jugement, qui constitue le " procès " en divorce proprement dit. Cette phase de jugement se déroule, comme la phase préparatoire, en règle générale devant le seul juge aux affaires familiales, et suit en principe les règles de droit commun applicables à toute procédure civile, à moins qu'une disposition spécifique y déroge (BÉNABENT, op. cit., n° 516 p. 227 et n° 518 p. 228).

En présence d'une situation de litispendance internationale, la Cour de cassation française a tranché, par deux arrêts du 11 juillet 2006 (n° 04-20.405 publié in Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles) (Bull. civ.) 2006 I n° 374 p. 320, et n° 05-19.231 publié in Bull. civ. 2006 I n° 375 p. 322), la question du moment de la saisine du juge français en faveur du dépôt de la requête initiale car elle constitue la première formalité de la procédure de divorce (MICHEL FARGE, Compétence des tribunaux français, in Droit de la famille, Dalloz Action, 6^{ème} éd., 2013, n° 511.184 p. 1428). Selon la jurisprudence française, la saisine de la juridiction intervient donc, s'agissant de la procédure en France, lors du dépôt et de l'enregistrement au greffe de la requête initiale, à la condition cependant que la procédure suive son cours normal après l'audience de conciliation (MATOCCQ/FAVIER, Règles générales des procédures de divorce, in Droit de la famille, Dalloz Action, 6^{ème} éd., 2013, n° 130.21 p. 243; cf. ég. arrêt de la Cour de cassation française n° 12-24.011 du 26 juin 2013, non publié au Bull. civ.).

5.2 En l'espèce, s'agissant premièrement de l'identité de l'objet des procédures suisse et française, il s'agit de qualifier selon le droit suisse (*lex fori*; cf. *supra* consid. 5.1.1.2) la phase préalable (ou préparatoire) de la procédure de divorce contentieuse du droit français, la recourante considérant, en substance, que la requête initiale ouvrant cette phase – seule pertinente pour juger, au jour du dépôt de la demande en Suisse, de la condition de l'identité objective – doit être assimilée, en droit suisse, à une requête de mesures protectrices de l'union conjugale et non à une demande unilatérale en divorce au sens de l'art. 114 CC.

Il apparaît que les mesures provisoires ordonnées à l'issue de la tentative de conciliation par le juge français sur le vu de la requête initiale servent à organiser la vie séparée pour la durée de l'instance en divorce et que le délai de trente mois à disposition pour assigner en divorce permet à l'époux demandeur d'attendre l'échéance du délai de deux ans nécessaire pour obtenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal. A cet égard, il existe donc, sans conteste, une analogie avec les mesures protectrices de l'union conjugale du droit suisse. En effet, celui qui requiert de telles mesures vise, bien souvent, un divorce sur demande unilatérale au sens de l'art. 114 CC et cherche à constituer la preuve, à travers une procédure fondée sur les art. 175 et 176 CC, que les époux ne vivent plus ensemble depuis deux ans au moment où il introduit cette procédure (DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, Les effets du mariage, 2^{ème} éd., 2009, n° 557a p. 287 s. et les référé-

rences citées). Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce, les mesures protectrices servent ainsi, la plupart du temps, à organiser la vie séparée des époux durant la phase transitoire de deux ans nécessaire pour obtenir un divorce selon l'art. 114 CC (ATF 133 III 393 consid. 5.1 p. 396 s.; cf. ég. OLIVIER GUILLOD/SABRINA BURGAT, *Droit des familles*, 4^{ème} éd., 2016, n° 572 p. 358; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, *op. cit.*, n° 09.04 p. 122; VERENA BRÄM, *Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft: Besonderheiten, Tendenzen, Widersprüche*, in *FamPra.ch* 2006 p. 520). De ce point de vue, les mesures protectrices ont une portée semblable à celle des mesures provisionnelles fondées sur l'art. 276 CPC et ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 133 III 393 précité). Il n'en demeure pas moins que les mesures protectrices, susceptibles de perdurer au-delà de l'introduction de l'instance de divorce, n'ont pas à être " validées " par le dépôt d'une demande en divorce. Tel n'est en revanche pas le cas des mesures provisoires ordonnées à l'issue de la phase préalable de la procédure de divorce française, dès lors que celles-ci deviennent caduques si l'assignation en divorce n'a pas été délivrée dans les trente mois. Inversement, si l'instance a été valablement poursuivie sur l'un des cas de divorce, les mesures provisoires ne prendront fin qu'au jour où le divorce deviendra définitif. En cela, elles correspondent aux mesures provisionnelles que le juge suisse du divorce prend, une fois l'instance en divorce ouverte par le dépôt de la demande, pour la durée de la procédure (art. 276 al. 1 CPC). En appliquant la notion (large) de litispendance telle que retenue à l'ATF 138 III 570 (cf. *supra* consid. 5.1.1.2), il y a ainsi lieu de considérer, en présence d'une instance en divorce française régulièrement introduite et poursuivie que le prononcé du divorce constitue le centre de gravité de la procédure française, à l'instar de celle ouverte en Suisse par le dépôt d'une demande unilatérale en divorce selon l'art. 114 CC. La requête initiale en divorce du droit français doit dès lors être assimilée à une telle demande, quand bien même l'instance en divorce française ne répond pas aux mêmes conditions procédurales que l'instance suisse. En particulier, dans l'examen (large) du centre de gravité des procédures en cause, il ne peut être fait abstraction de l'effet rétroactif produit par le dépôt régulier de l'assignation à l'échéance du délai de trente mois et l'on ne saurait, comme le voudrait en définitive la recourante, s'attacher uniquement aux conclusions prises dans la requête déposée par l'intimé le 16 mai 2012 auprès du juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Bourg-en-Bresse et la demande unilatérale en divorce formée le 31 mars 2014 devant le Tribunal de première instance de Genève.

Il suit de là qu'il y a lieu d'admettre que la condition de l'identité objective est en l'espèce donnée.

5.3 Il convient, deuxièmement, pour fixer la compétence, de déterminer le moment de l'ouverture de l'action. Il n'est pas contesté que l'instance a été créée en Suisse par le dépôt, le 31 mars 2014, de la demande unilatérale de la recourante auprès du Tribunal de première instance de Genève. Il est en revanche contesté que la litispendance ait été créée en France par le dépôt de la requête initiale du 16 mai 2012, la recourante soutenant que seule l'assignation du 26 septembre 2014 vaut ouverture d'action. Cet argument ne résiste pas à l'analyse au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation française (cf. *supra* consid. 5.1.2.2 i.f.), correctement rappelée par la cour cantonale: c'est le dépôt de la requête initiale qui ouvre la procédure de divorce, pour autant que l'instance se soit régulièrement poursuivie par la délivrance de l'assignation en divorce dans le délai de trente mois dès l'ordonnance de non-conciliation, ce qui a bien été le cas en l'espèce.

5.4 En conclusion, la cour cantonale n'a pas violé l'art. 9 LDIP, ni l'art. 114 CC, en considérant qu'il y avait identité objective entre les deux procès, étant pour le surplus précisé que la recourante ne conteste pas qu'une décision, susceptible d'être reconnue, sera prononcée dans un délai raisonnable en France. Le recours se révèle dès lors mal fondé.

6.

En définitive, le recours est rejeté. Les conclusions prises par la recourante n'étaient pas d'emblée dénuées de chances de succès et ses ressources sont faibles, en sorte que sa requête d'assistance judiciaire doit être agréée (art. 64 al. 1 LTF). Il y a lieu de désigner Me Nicolas Jeandin en qualité d'avocat d'office et de fixer ses honoraires, qui seront supportés par la Caisse du Tribunal fédéral (art. 64 al. 2 LTF). L'octroi de l'assistance judiciaire ne dispense pas pour autant la recourante de payer des dépens à sa partie adverse, qui l'emporte (art. 68 al. 1 LTF; ATF 122 I 322 consid. 2c p. 325). Elle supportera en outre les frais de la présente procédure (art. 66 al. 1 LTF), qui seront cependant provisoirement pris en charge par la Caisse du Tribunal fédéral.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

La requête d'assistance judiciaire de la recourante est admise et Me Nicolas Jeandin, avocat à Genève, lui est désigné comme conseil d'office.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge de la recourante, mais seront provisoirement supportés par la Caisse du Tribunal fédéral.

4.

Une indemnité de 3'500 fr., à payer à l'intimé à titre de dépens, est mise à la charge de la recourante.

5.

La Caisse du Tribunal fédéral versera au mandataire de la recourante une indemnité de 3'500 fr. à titre d'honoraires d'avocat d'office.

6.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 28 juillet 2016

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président :

La Greffière :

von Werdt

Hildbrand