

GE_GERICHTE C/8225/2018 vom 3. Oktober 2019

GE Cour de justice, 2019-10-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_8225_2018

FR: GE_GERICHTE C/8225/2018 du 3 octobre 2019

IT: GE_GERICHTE C/8225/2018 del 3 ottobre 2019

Regeste

LDIP.9; LDIP.9.a11; LDIP.10; CLaH96.5.a11

Volltext

Genf Cour de Justice (Cour civile) Chambre civile 03.10.2019 C/8225/2018 Genève Cour de Justice (Cour civile) Chambre civile 03.10.2019 C/8225/2018 Ginevra Cour de Justice (Cour civile) Chambre civile 03.10.2019 C/8225/2018

C/8225/2018 ACJC/1449/2019 du 03.10.2019 sur JTPI/3206/2019 (SDF), CONFIRME Normes : LDIP.9; LDIP.9.a11; LDIP.10; CLaH96.5.a11 En fait En droit Par ces motifs RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE C/8225/2018 ACJC/1449/2019 ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE Chambre civile du jeudi 3 octobre 2019 Entre Monsieur A_____, domicilié _____, recourant d'un jugement rendu par la 13ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 4 mars 2019, comparant par Me Mario Brandulas, avocat, rue Marignac 14, case postale 504, 1211 Genève 12, en l'étude duquel il fait élection de domicile, et Madame B_____, résidant _____, Espagne, intimée, comparant par Me Michel Mitzicos-Giogios, avocat, place de la Taconnerie 5, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile. EN FAIT A. Par jugement JTPI/3206/2019 du 4 mars 2019, notifié aux parties le 6 mars 2019, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, a attribué à A_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal sis [no.] _____ rue 1_____ et du mobilier le garnissant (chiffre 1 du dispositif) ainsi que du véhicule [de la marque] C_____ immatriculé GE 2_____ (ch. 2). Cela fait, il a suspendu la procédure jusqu'au prononcé d'une décision sur appel définitive dans le cadre de la procédure sur mesures provisionnelles initiée par B_____ devant les juridictions espagnoles le 23 février 2018 (ch. 3), réservé le sort des frais à la décision finale (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5). B. a. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 18 mars 2019, A_____ a appelé de ce jugement, dont il a sollicité l'annulation. Principalement, il a conclu à ce que la Cour constate l'absence de litispendance entre cette procédure en mesures protectrices de l'union conjugale et celle sur mesures provisionnelles initiée par B_____ devant les juridictions espagnoles le 23 février 2018, dise que les autorités genevoises sont compétentes pour connaître de la présente procédure et, ceci fait, renvoie la cause au Tribunal pour instruction complémentaire et nouvelle décision, sous suite de frais et dépens. Subsidiairement, il a conclu à ce que la Cour dise que les autorités genevoises sont compétentes pour prononcer des mesures urgentes au sens de l'art. 10 LDIP et, ceci fait, renvoie la cause au Tribunal pour instruction complémentaire et pour nouvelle décision, sous suite de frais et dépens. b. Par mémoire réponse du 18 avril 2019, B_____ a conclu, principalement, à la confirmation du jugement entrepris, sous suite de frais et dépens. Préalablement, elle a conclu à ce que la Cour ordonne à A_____ de produire les pièces en

sa possession relatives à la domiciliation et la résidence de la famille en Espagne et à sa situation financière et à ce qu'il soit condamné au versement d'une provision ad litem d'un montant de 7'500 fr. en sa faveur. Subsidiairement, elle a conclu à ce que la Cour lui accorde l'autorité parentale sur l'enfant D _____ ainsi que sa garde, ordonne à A _____ de lui verser une contribution d'entretien mensuelle de 5'500 fr. et accorde un droit de visite à A _____ à raison d'un week-end sur deux dans un endroit sous contrôle et sous la surveillance de l'autorité compétente au lieu de domicile de l'enfant. Plus subsidiairement, elle a conclu au renvoi de la cause en première instance pour statuer dans le sens des considérants. Elle a produit des pièces non soumises au Tribunal. c. Les parties ont répliqué et dupliqué, persistant dans leurs conclusions respectives. A _____ a, en outre, conclu à l'irrecevabilité des conclusions préalables et subsidiaires prises par son épouse. Il a produit des pièces non soumises au Tribunal. B _____ a également produit une pièce nouvelle. d. Les parties ont été informées par avis de la Cour du 22 mai 2019 de ce que la cause était gardée à juger. e. Par courrier du 24 mai 2019, A _____ a transmis à la Cour une pièce nouvelle supplémentaire. C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier : a. A _____, né le _____ 1986 en Espagne, ressortissant espagnol, et B _____, née le _____ 1982 en Uruguay, ressortissante uruguayenne, se sont mariés en Uruguay le _____ 2015. b. Ils n'ont pas conclu de contrat de mariage. c. Un enfant est issu de cette union : D _____, né le _____ 2016 à Genève. d. Les époux se sont rencontrés durant l'été 2013 en Uruguay, pays dans lequel A _____ avait été détaché par son employeur. Ils ont emménagé ensemble en octobre 2013. En mai 2014, les parties se sont installées à Genève, dans un appartement sis rue 1 _____ [no.] _____ dans un premier temps. B _____ allègue que le couple vivait alors dans un petit appartement de trois pièces, occupé par la mère de son époux. Dès septembre 2014, le couple a vécu en sous-location dans un petit appartement sis 3 _____, jusqu'à ce que B _____ retourne vivre en Uruguay de décembre 2014 à mai 2015. Elle est ensuite revenue vivre à Genève avec A _____ et a appris, en juin 2015, qu'elle était enceinte. B _____ a ensuite séjourné en Uruguay du 6 octobre au 15 décembre 2015. Suite au mariage en novembre 2015, elle a obtenu, en mai 2016, un permis de séjour et de travail en Suisse (permis B) au titre de regroupement familial. e. Après la naissance de leur enfant, le _____ 2016, les époux ont vécu à Genève jusqu'à ce que A _____ loue un appartement à E _____ [France], dans lequel ils ont emménagé en septembre 2016. f. Les parties s'opposent sur la raison de cette location. f.a A _____ allègue que son épouse ne se sentait pas intégrée à Genève et souhaitait vivre quelques temps en Espagne. Il ressort à cet égard d'une attestation de l'Office cantonal de la population et des migrations du 7 mars 2018 que les époux ont conservé leur domicile officiel à Genève, à la rue 1 _____ [no.] _____, soit l'adresse de la mère de A _____. Les époux sont par ailleurs revenus à plusieurs reprises à Genève (novembre 2016, janvier et août 2017), tel que cela ressort du relevé de l'assurance-maladie de l'enfant, lequel n'avait pas changé de pédiatre. A _____ a conservé son emploi auprès de F _____, sise à Zurich, qui impliquait des déplacements réguliers à l'étranger. A _____ a continué de s'acquitter des impôts du couple à Genève, ainsi que des primes d'assurance-maladie de la famille. Selon un échange de messages du 8 février 2018 entre le propriétaire du logement en Espagne et A _____, les époux l'avaient averti, lors de la signature du contrat, qu'ils retourneraient vivre en Suisse. Le 10 février 2017, B _____ a informé les autorités [de] E _____ [Espagne] de ce qu'elle entendait retourner en Suisse. f.b B _____ prétend pour sa part que le couple souhaitait s'installer de manière définitive à E _____. Elle a notamment fait valoir que, peu après son arrivée en Espagne, le couple avait sollicité un permis de résidence pour elle, sans toutefois produire de pièces pouvant

corroborer cette allégation. Les autorités espagnoles auraient alors exigé de A_____ le dépôt de la somme de 18'000 euros sur un compte bancaire espagnol afin de garantir les besoins de son épouse jusqu'à l'obtention dudit permis. B_____ a produit une attestation bancaire de G_____, selon laquelle son époux serait titulaire d'un compte dont le solde s'élevait, le 9 juin 2017, à 18'468.81 euros. Elle a indiqué que les autorités espagnoles avaient refusé la demande de permis de résidence en raison de son défaut de couverture sociale. Il ressort toutefois de la décision produite, datée du 19 juin 2017, que la demande a été formulée le 9 juin 2017. Selon une attestation de domiciliation émise par les autorités compétentes [de] E_____ [Espagne] le 31 janvier 2018, A_____ était inscrit à E_____ depuis le 19 mai 2017. Selon une attestation du 31 juillet 2018, l'enfant D_____ était également inscrit sous la même adresse. La date de sa domiciliation n'est toutefois pas indiquée. g. Dès leur arrivée à E_____ en septembre 2016, la prise en charge de l'enfant D_____ a été assurée par une nounou à raison de cinq heures par jour. Celle-ci a démissionné en novembre 2017. En septembre 2017, B_____ a inscrit D_____ à la crèche " H_____ ", du lundi au vendredi de 9h à 17h. Une nourrice a également été engagée afin d'assister B_____ dans la prise en charge de son fils. Le 12 janvier 2018, A_____ a mis un terme au placement en crèche de son fils pour le 28 février 2018. h. A_____ a allégué que le refus des autorités espagnoles d'octroyer un permis à son épouse, signifié en décembre 2017, a décidé le couple à mettre un terme à leur séjour, qu'ils savaient temporaire mais dont la date de retour n'avait pas été arrêtée. Toujours selon A_____, au moment du retour en Suisse, au début de l'année 2018, son épouse a d'abord demandé à pouvoir repousser son retour à Genève avant de finalement refuser de rejoindre son mari. A_____ a quant à lui quitté E_____ en février 2018 pour revenir à Genève. Son épouse est restée avec l'enfant à E_____. i. Par courrier du 16 février 2018, le conseil de A_____ a informé B_____ que son époux souhaitait qu'elle revienne au domicile conjugal à Genève dans les plus brefs délais, notamment en raison du fait qu'elle avait interdit à l'époux de se rendre à la crèche de son fils et de son manque de disponibilité vis-à-vis de l'enfant qui était essentiellement pris en charge par des tiers (crèche et nourrice). j. B_____ a déposé, le 23 février 2018, une demande en mesures provisionnelles de divorce auprès des tribunaux [de] E_____ [Espagne] , concluant au prononcé de la séparation des époux, à l'attribution de l'autorité parentale et de la garde de l'enfant en sa faveur et à la condamnation de son époux à verser une contribution à l'entretien de l'enfant de 1'800 euros et de 1'500 euros en sa faveur. Elle a notamment fondé sa demande sur l'article 233 (1) du code civil de Catalogne (Código civil de Catalunya), lequel prévoit la possibilité de requérir des mesures provisionnelles de divorce, ayant trait notamment au droit de garde et de visite, à l'autorité parentale, aux contributions d'entretien et à l'attribution du domicile conjugal. Par décision du 13 décembre 2018, le Tribunal de première instance de E_____ [Espagne] a rejeté la requête en mesures provisionnelles tendant à l'attribution de l'autorité parentale et de la garde, en raison de l'incompétence des tribunaux espagnols à raison du lieu. Le Tribunal a ainsi considéré que le domicile de l'enfant était à Genève où il était né et où ses parents avaient leur domicile permanent et que la domiciliation de la mère à E_____ n'avait pas pour conséquence d'y constituer une résidence habituelle de l'enfant. B_____ a déposé un recours à l'encontre de cette décision le 20 décembre 2018. Il ne résulte pas du dossier qu'il aurait été statué sur ce recours. k. Par acte reçu au greffe du Tribunal de première instance le 11 avril 2018, A_____ a formé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Il a conclu à ce que le Tribunal autorise les époux à se constituer un domicile séparé, lui attribue le logement familial sis rue 1_____ [no.] _____, ainsi que le

mobilier le garnissant, lui attribue la garde sur l'enfant D_____, restreigne l'autorité parentale de B_____ en ce sens qu'elle ne pouvait pas déterminer le lieu de résidence de l'enfant en dehors de Genève, interdise à B_____ de quitter le territoire Schengen avec l'enfant et ordonne à celle-ci de ramener leur fils à Genève, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP et de déposer en mains du Tribunal ou de toute autre autorité genevoise les papiers d'identité espagnols et le permis d'établissement suisse de l'enfant, ordonne l'inscription de son épouse dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL) et le système d'information Schengen (SIS), dise que le droit de visite de B_____ s'exercerait d'entente entre les parties à Genève et lui attribue le véhicule [de la marque] C_____ immatriculé GE 2_____. Il a notamment fait valoir que les tribunaux genevois étaient compétents dès lors que la résidence habituelle de D_____ était à Genève, le séjour à E_____ [Espagne] ayant eu vocation à être temporaire. l. B_____ ne s'est pas présentée à l'audience de comparution personnelle des parties fixée au 12 octobre 2018 par le Tribunal. Son conseil a indiqué qu'elle vivait à E_____, où elle était domiciliée, et qu'elle avait obtenu un permis de résidence au 1^{er} octobre 2018, lequel était valable jusqu'au 30 septembre 2019 selon la copie produite. Il s'est réservé le droit de soulever une exception de litispendance en raison d'une procédure en cours en Espagne depuis février 2018. m. Dans sa réponse du 3 décembre 2018, B_____ a conclu, préalablement, à ce que le Tribunal lui réserve le droit de dupliquer, ordonne à A_____ de produire toutes pièces en sa possession relatives à la domiciliation et à la résidence de la famille en Espagne et à sa situation financière et ordonne à ce dernier de verser une provisio ad litem de 7'500 fr. Au fond, elle a conclu à ce que le Tribunal lui attribue l'autorité parentale et la garde de l'enfant, ordonne à A_____ de lui verser une contribution d'entretien de 5'500 fr. par mois, et accorde à l'époux un droit de visite d'un week-end sur deux dans un endroit sous contrôle et sous la surveillance de l'autorité compétente au lieu de domicile de l'enfant. n. Par pli du 3 janvier 2019, A_____ s'est adressé à l'Autorité centrale en matière d'enlèvement international d'enfants à Berne pour dénoncer " l'enlèvement de son fils survenu en février 2018 ". o. Lors de l'audience de plaidoiries finales fixée au 13 février 2019, B_____ ne s'est à nouveau pas présentée. Son conseil a indiqué qu'elle n'avait pas pu venir à Genève en raison d'obligations professionnelles et faute de moyens financiers. A_____ a notamment indiqué que depuis le 2 mars 2018, il s'était rendu à E_____ [Espagne] à vingt-sept reprises pour voir son fils mais qu'il n'avait effectivement pu exercer son droit de visite que dix-sept fois, durant 36 heures au total, et ce toujours enfermé dans une pièce de 3 m 2 , son épouse lui interdisant de le voir davantage et de sortir. Selon lui, l'état de son fils était inquiétant, l'enfant passant de nombreuses heures seul. Il avait également relevé plusieurs changements chez son fils : ce dernier avait arrêté de parler et n'avait plus l'habitude de marcher avec des chaussures aux pieds. En outre, son épouse ne lui donnait aucune nouvelle de son fils. Lors des plaidoiries finales, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives. p. La situation personnelle des parties est la suivante : p.a. A_____ est employé en qualité de " _____ " par F_____, sise à Zurich. Bien qu'il voyage régulièrement dans le cadre de ses activités professionnelles, son lieu de travail principal se trouve à Genève. Il perçoit, à ce titre, un salaire mensuel net de 9'634 fr. p.b. B_____ a allégué être titulaire d'une licence en _____ et avoir travaillé dans le secteur immobilier en Uruguay. Elle est titulaire d'un permis de résidence espagnol, valable jusqu'au 30 septembre 2019. Par contrat de travail non daté, elle a été engagée en qualité de " _____ " par la société I_____, à partir du 26 novembre 2018, pour un salaire mensuel brut de 1'000 euros, soit un montant net allégué de 900 euros. p.c L'enfant D_____ fréquente tous les jours, depuis le 12 septembre 2018, une

école à E_____ [Espagne]. D. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a relevé que B_____ avait déposé une requête de mesures provisionnelles à E_____ le 23 février 2018, laquelle portait essentiellement sur les mêmes points que la procédure initiée à Genève, soit la séparation des époux, l'attribution de l'autorité parentale et la garde de l'enfant. Cette requête avait été rejetée pour défaut de compétence à raison du lieu par décision du 13 décembre 2018 s'agissant de l'autorité parentale et de la garde. B_____ avait toutefois interjeté un appel à l'encontre de ladite décision. Partant, le Tribunal devait suspendre la procédure dans l'attente de l'issue de l'appel interjeté, pour autant que la décision rendue par l'autorité d'appel espagnole puisse être reconnue en Suisse, ce qui était le cas si la compétence des autorités judiciaires espagnoles était donnée. Selon le premier juge, il devait être retenu que A_____, à tout le moins, n'avait pas l'intention de s'établir en Espagne avec sa famille mais uniquement de permettre à son épouse de vivre provisoirement dans un pays hispanophone. Il n'avait dès lors donné son accord qu'à un déplacement temporaire de l'enfant et non à un changement de résidence. L'enfant, qui avait bientôt 3 ans, vivait en Espagne depuis près de deux ans et demi. Ainsi, s'il était établi que sa résidence avait été maintenue en Suisse les premiers mois après son départ, cela n'était plus le cas aujourd'hui dans la mesure où l'enfant, qui avait principalement été élevé par sa mère - du fait de l'éloignement géographique - depuis son départ de Suisse, fréquentait une école à E_____ et y avait probablement ses seuls amis. En outre, le domicile actuel de B_____ se trouvait à E_____ [Espagne] depuis le mois de novembre 2018 à tout le moins puisqu'elle bénéficiait depuis lors d'un permis de résidence ainsi que d'un emploi à temps plein. Par conséquent, la résidence actuelle de l'enfant se trouvait à E_____, qui était le centre de vie de sa mère qui exerçait la garde de fait. Une éventuelle décision rendue par les tribunaux espagnols pouvant dès lors être reconnue en Suisse, le Tribunal devait suspendre la présente cause.

EN DROIT

1. 1.1 La Cour examine d'office si les conditions de recevabilité de l'acte de recours sont remplies (art. 59 et 60 CPC; Reetz, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2016, n. 50 ad Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 115 ss, p. 141). Le fait que le recourant ait formé un appel contre la décision n'entraîne pas l'irrecevabilité de l'acte puisque l'intitulé erroné d'un acte de recours - au sens large - est simplement rectifié lorsque cet acte remplit les conditions de recevabilité du recours qui aurait dû être interjeté (ATF 134 III 379 consid. 1.2; ATF 131 I 291 consid. 1.3).

1.2 La décision ordonnant la suspension de la cause est une mesure d'instruction qui peut, conformément à l'art. 126 al. 2 CPC, faire l'objet du recours de l'art. 319 let. b ch. 1 CPC (Gschwend/Bornatico, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung 2017, n. 17a ad art. 126 CPC). En l'espèce, cette disposition est appliquée en lien avec l'art. 9 LDIP.

1.3 Le recours doit être écrit et motivé et déposé auprès de l'instance de recours dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision (art. 321 al. 1 et 2 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_878/2014 du 17 juin 2015 consid. 3.3). En l'espèce, bien que cela ne ressorte pas précisément de ses conclusions, le recourant a précisé vouloir contester les chiffres 3 à 5 du dispositif du jugement entrepris. L'acte d'appel vise ainsi la suspension ordonnée par le Tribunal et sera traité comme un recours. Dans la mesure où, hormis son intitulé, celui-ci a été déposé selon la forme et dans le délai prévus par la loi (art. 311 al. 1 et 321 al. 1), il sera déclaré recevable.

1.4 Dans le cadre d'un recours, le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

1.5 Les conclusions, allégations de faits et preuves nouvelles sont irrecevables dans le cadre d'un recours (art. 326 al. 1 CPC). Cette exclusion des nova, aussi

bien proprement qu'improprement dits, résulte du caractère extraordinaire de la voie de droit prévue par les art. 319 ss. CPC. Dans le cadre d'un recours, il ne s'agit pas, en effet, de poursuivre la procédure de première instance mais, pour l'essentiel, de vérifier que la décision attaquée est conforme au droit, le pouvoir d'examen de l'instance supérieure étant limité à l'arbitraire en ce qui concerne les faits (arrêt du Tribunal fédéral 5A_872/2012 du 22 février 2013 consid. 3; Jeandin, Code de procédure civile commenté CPC, 2011, n° 1 et 2 ad art. 326 CPC). Par conséquent, les nouvelles allégations de faits et pièces invoquées par les parties sont irrecevables, étant relevé qu'elles n'auraient en tout état pas été susceptibles de modifier l'issue du litige. 1.6 S'agissant des conclusions subsidiaires de l'intimée formulées au stade de sa réponse au recours, elles s'apparentent à un recours joint et sont par conséquent irrecevables (art. 323 CPC). La Cour limitera donc son examen à la question de la suspension en relation avec les problématiques de garde et d'autorité parentale sur l'enfant, faisant seules l'objet du recours. 2. Le recourant conteste la décision entreprise en tant qu'elle a admis l'exception de litispendance et a, par conséquent, suspendu la présente cause. Il fait notamment valoir qu'une décision rendue par les tribunaux [de] E_____ [Espagne] ne pourrait en tout état pas être reconnue en Suisse dans la mesure où ce sont les autorités suisses qui sont compétentes en l'espèce, dès lors que l'enfant est retenu illicitement en Espagne. 2.1 En matière internationale, la compétence des autorités judiciaires suisses et le droit applicable sont régis par la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291), sous réserve des traités internationaux (art. 1 al. 1 let. a et b et al. 2 LDIP). La Convention 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 conclue à La Haye le 19 octobre 1996 (ci-après : CLaH96) est applicable pour les mesures concernant le droit de garde, comprenant le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, et l'attribution de l'autorité parentale (art. 3), à l'exclusion des obligations alimentaires (art. 4). 2.1.1 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, 5ème 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 (arrêts du Tribunal fédéral 5A_223/2016 du 28 juillet 2016 consid. 5.1.1.1 et 5C_289/2006 du 7 juin 2007 consid. 3.1). La question de l'identité des parties et de l'objet s'analyse selon la *lex fori*. 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; arrêt du Tribunal fédéral 5A_223/2016 du 28 juillet 2016 consid. 5.1.1.2 et

les références). Les effets de la litispendance ne peuvent se produire pleinement que si la compétence du tribunal saisi en premier est établie (compétence directe). Le juge ne peut cependant se borner à constater que le tribunal premier saisi à l'étranger est compétent selon son propre droit et doit également examiner les dispositions suisses sur la compétence (compétence indirecte; Bucher, Commentaire romand, LDIP, n. 15 ad art. 9 LDIP). Il n'a toutefois pas à trancher cette question de manière définitive ou trop stricte. En particulier, il ne lui appartient pas de poser un pronostic positif sur la compétence des autorités étrangères, mais plutôt d'examiner si, à ce stade, cette compétence n'est pas exclue (arrêt du Tribunal fédéral 5C_289/2006 du 7 juin 2007 consid. 4.1 et 4.5 et les références). En sus, cet examen doit inclure la perspective que cette décision soit rendue à l'étranger " dans un délai convenable ". La partie qui s'oppose aux effets de la litispendance en Suisse doit apporter la preuve que le procès à l'étranger n'aboutira pas dans un délai raisonnable à une décision exécutoire en Suisse, et ce " avec une vraisemblance confinante à la certitude " (Bucher, Commentaire romand, LDIP, op. cit. n. 16 ad art. 9 LDIP et les références). Le juge suisse fera confiance au juge étranger et partira en principe de l'idée que cette condition sera réalisée, et cela d'autant plus que la notion de " délai convenable " est d'une absolue imprécision (Dutoit, Droit international privé suisse - Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2016, n. 9 ad art. 9 LDIP et les références).

2.1.2.1 Selon l'art. 5 CLaH96, 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 (al. 1). 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, sous réserve d'un déplacement ou d'un non-retour illicite au sens de l'art. 7 CLaH96 (al. 2). Le principe de la *perpetuatio fori* ne s'applique donc pas. Il s'ensuit que, dans les relations entre Etats contractants, le changement (licite) de résidence habituelle du mineur entraîne un changement simultané de la compétence. Cela étant, dans l'hypothèse d'un déplacement illicite - défini à l'art. 7 al. 2 CLaH96 - 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 Etat et que, de surcroît, l'on ne peut plus s'attendre raisonnablement à un retour de l'enfant, seconde condition que l'art. 7 al. 2 let. b CLaH96 illustre en prévoyant que l'enfant doit ainsi avoir résidé dans l'autre Etat pour une période d'au moins un an après que la personne ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où il se trouvait, qu'aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen et que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (arrêt du Tribunal fédéral 5A_21/2019 du 1^{er} juillet 2019 consid. 5.1 et les références).

2.1.2.2 Selon 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; 5A_427/2009 du 27 juillet 2009 consid. 3.2 publié in FamPra.ch 2009, p. 1088). 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. Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle, mais celle-ci peut exister également sitôt après le changement du lieu de séjour, si, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts (arrêts du Tribunal fédéral 5A_584/2014 du 3 septembre 2014 consid. 5.1.1; 5A_809/2012 du 8 janvier 2013 consid. 2.3.3 et les références citées).

2.1.2.3 Le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite au sens de l'art. 7 al. 2 CLaH96, lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (let. a), et que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour (let. b). En matière internationale, le droit de garde comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 3 let. b CLaH96). Pour déterminer le ou les parent(s) titulaire(s) du droit de garde, il y a lieu de se référer à l'ordre juridique de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant le déplacement. Ce moment est également déterminant pour juger de l'illicéité du déplacement. En droit suisse, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant est rattaché à l'autorité parentale (art. 301a al. 1 CC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_21/2019 op. cit. consid. 5.2 et les références).

2.1.3 Lorsqu'une partie se prévaut d'un jugement de divorce étranger dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale introduite en Suisse, le juge suisse demeure compétent (art. 46 LDIP) pour rendre des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 ss CC) tant que le jugement invoqué n'a pas été reconnu en Suisse selon la procédure applicable (ATF 109 Ib 232 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 5A_76/2007 du 30 mai 2007 consid. 3.1). Ce cas de figure doit être distingué de celui où une procédure de divorce introduite devant un tribunal étranger compétent est encore pendante. Dans cette dernière hypothèse, à moins que le juge des mesures protectrices constate d'emblée que le jugement de divorce étranger ne pourra manifestement pas être reconnu en Suisse, la compétence des autorités suisses pour rendre des mesures protectrices de l'union conjugale tombe, seules des mesures provisionnelles pouvant être ordonnées en application de l'art. 10 LDIP durant la procédure de divorce pendante à l'étranger ou selon l'art. 62 LDIP si une procédure de divorce est également pendante en Suisse (ATF 134 III 326 consid. 3.2 et 3.3; arrêts du Tribunal fédéral 5A_214/2016 du 26 août 2016 consid. 5.1 et 5A_588/2014 du 12 novembre 2014 consid. 4.4). L'art. 10 LDIP prévoit que sont compétents pour prononcer des mesures provisoires soit les tribunaux ou les autorités suisses qui sont compétents au fond (let. a), soit les tribunaux ou les autorités suisses du lieu de l'exécution de la mesure (let. b). Le but de cette disposition est d'assurer, dans certaines circonstances particulières, une protection immédiate et sans lacune, alors même que le juge suisse ne serait pas compétent sur le fond du litige (ATF 134 III 326 consid. 3.4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_762/2011 du 4 septembre 2012 consid. 5.3.5). Cette disposition ne s'applique toutefois que si les mesures requises sont urgentes et nécessaires, circonstances qu'il appartient au demandeur d'établir (arrêt du Tribunal fédéral 5A_762/2011 précité consid. 5.3.5).

2.2 En l'espèce, les autorités espagnoles ont été saisies, par acte du 23 février 2018, d'une demande en mesures provisionnelles de divorce portant sur les mêmes points que la présente procédure, initiée par requête en mesures protectrices du 9 avril 2018, soit la séparation des époux, l'attribution de l'autorité parentale et de la garde de l'enfant. L'intimée a, en sus, conclu au

versement d'une contribution à son entretien ainsi qu'à celui de l'enfant. Par décision du 13 décembre 2018, le Tribunal de première instance de E_____ [Espagne] a rejeté ladite requête pour défaut de compétence à raison du lieu. L'intimée a néanmoins fait appel contre cette décision, de telle sorte qu'il apparaît possible que les juridictions espagnoles se déclarent en définitive compétentes, selon leur propre droit, pour statuer sur la garde et l'autorité parentale, et rendent donc une décision sur ces points. Dans le jugement attaqué, le Tribunal a considéré que cette possibilité justifiait la suspension de la procédure en cours devant lui en application de l'art. 9 al. 1 LDIP dès lors que les deux procédures opposaient les mêmes parties, portaient sur le même objet, et que la décision éventuellement rendue par les juridictions espagnoles pouvait être reconnue en Suisse.

2.2.1 Dans un premier argument, le recourant fait valoir le défaut de litispendance, dans la mesure où la procédure introduite à E_____ ne constituerait pas une procédure au fond, contrairement à sa requête en mesures protectrices de l'union conjugale. Toutefois, afin de déterminer si les deux actions sont identiques, soit qu'elles concernent les mêmes parties et ont le même objet, il convient de mettre l'accent sur la question juridique qui se trouve au centre des deux procès, conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus. En l'occurrence, tant la requête en mesures provisionnelles introduite en Espagne par l'intimée que la requête en mesures protectrices de l'union conjugale introduite par-devant le Tribunal par le recourant concernent les mêmes parties, à savoir le couple et leur enfant. Par ailleurs, il s'agit d'organiser la vie séparée des époux, et en particulier de régler le sort de l'enfant. Enfin, les mesures protectrices de l'union conjugale sont des mesures provisionnelles. La Cour relèvera d'ailleurs que le recourant se contredit dans le cadre de son recours, dans la mesure où il admet que la procédure intentée à E_____ par l'intimée concerne le même objet et oppose les mêmes parties que celle soumises aux autorités suisses dans la présente cause. Partant, c'est à juste titre que le premier juge a admis que, dans la mesure où elles portaient sur la garde et l'autorité parentale, les actions déposées en Suisse et en Espagne étaient identiques.

2.2.2 Dans un deuxième argument, le recourant soutient que la décision qui sera éventuellement rendue par les juridictions espagnoles ne pourra de toute façon pas être reconnue en Suisse faute de compétence internationale indirecte de ces dernières. Selon lui en effet, la résidence habituelle de l'enfant se trouvait en Suisse lors de la saisine des juridictions espagnoles en février 2018 et le refus de la mère de le ramener en Suisse au début de l'année 2018 ne pouvait infirmer cette constatation. Il est toutefois établi qu'en septembre 2016, les époux et l'enfant, alors âgé de six mois, ont emménagé à E_____ dans un appartement loué dans ce but par le recourant. Depuis lors, l'enfant et l'intimée vivent effectivement dans cette ville. S'agissant en particulier de l'enfant, qui à l'instar du recourant possède la nationalité espagnole, il y a été pris en charge par une nourrice dès son arrivée et jusqu'en novembre 2017, soit pendant 14 mois, et y a fréquenté une crèche de septembre 2017 à février 2018 en tout cas. Aujourd'hui âgé de 3 ans, on peut penser qu'il s'exprime essentiellement en espagnol, langue notamment parlée par sa mère. Il faut déduire de ce qui précède que, depuis septembre 2016, le centre effectif de la vie et des attaches de l'enfant, et avec lui sa résidence habituelle, se trouvent à E_____. C'est en vain que le recourant soutient que le déménagement des époux à E_____ ne devait être que temporaire et qu'ils auraient conservé leur domicile à Genève. Notion essentiellement factuelle, la résidence habituelle ne se confond en effet pas avec le domicile mais suppose une présence physique et des éléments de rattachement objectifs. Or, il n'est pas allégué en l'espèce que, sous réserve de quelques déplacements à Genève notamment pour des examens médicaux, l'enfant y aurait conservé après septembre 2016 une présence physique de quelque

importance et des points d'attache déterminants. Selon le dossier au contraire, sa mère vivait à E_____ de même que son père, quand bien même ce dernier travaillait en Suisse. Une éventuelle intention commune des époux lors du déménagement à E_____ en 2016 de revenir en Suisse - au demeurant contestée par l'intimée - n'est pas davantage déterminante. Il résulte à cet égard du dossier, notamment de la location d'un appartement, de l'engagement d'une nourrice et de la demande d'un permis de résidence pour l'épouse, que les époux ont dès le début eu l'intention de résider à E_____ pour une durée relativement longue, voire indéterminée. Selon les allégations du recourant lui-même, ce n'est du reste qu'en décembre 2017, soit 15 mois après leur arrivée, que les époux auraient décidé de revenir en Suisse. Or une telle période est plus que suffisante pour qu'un changement de résidence d'un enfant doive être retenu. La jurisprudence invoquée par le recourant, selon laquelle un parent ne peut se prévaloir du consentement éventuel de l'autre parent, lorsque celui-ci n'a donné son accord qu'à un déplacement temporaire, et non à un changement de résidence de l'enfant, ne lui est d'aucun secours, dès lors que le couple a, en l'espèce, valablement transféré sa résidence habituelle à E_____ lorsqu'ils ont décidé de s'y installer. Dans l'arrêt invoqué, la mère avait informé le père qu'elle partait, avec leur enfant, pour un voyage aux fins de prendre du recul et apaiser les tensions dans son couple, non pour un changement durable du lieu de résidence de l'enfant, celle-ci ayant soutenu être partie en ayant l'intention de revenir au domicile familial en France après quelques jours, voire semaines. L'état de fait de l'arrêt en question n'est ainsi pas comparable avec celui de la présente procédure et la conclusion à laquelle aboutit la Haute-Cour n'est donc pas transposable. Pour les mêmes raisons, le fait qu'une demande de retour à Genève ait été déposée par le recourant ne permet pas d'appliquer le principe de la *perpetuatio fori*, faute d'illicéité du déplacement ou du non-retour de l'enfant. Il faut ainsi retenir que, depuis septembre 2016, la résidence habituelle de l'enfant se trouvait à E_____. La compétence internationale indirecte des juridictions espagnoles, saisies en février 2018, doit donc être admise. Au vu du raisonnement qui précède, la Cour peut se dispenser d'examiner les griefs du recourant ayant trait à l'arbitraire et à l'abus de droit, selon lesquels le manque de célérité du juge de première instance aurait permis à l'intimée de se constituer une résidence habituelle à E_____, depuis le mois de novembre 2018 à tout le moins.

2.2.3 Le recourant allègue enfin que la procédure espagnole est paralysée par la décision d'irrecevabilité rendue par le Tribunal de première instance de E_____ et que, partant, la décision étrangère ne sera pas rendue " dans un délai convenable ". Il fait valoir que le principe de célérité est particulièrement important lorsqu'il s'agit de statuer sur le sort d'un enfant. Toutefois, moins d'une année s'est écoulée entre le dépôt de la requête par l'intimée et ladite décision, contre laquelle l'intimée a formé appel en décembre 2018. Par ailleurs, le recourant n'allègue pas que le système judiciaire espagnol souffrirait de lenteur particulière. Par conséquent, il est à prévoir que cette juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse au sens de l'art. 9 LDIP. Il résulte de ce qui précède que l'exception de litispendance devait être admise. Le jugement entrepris sera par conséquent confirmé.

3. Le recourant invoque encore une compétence subsidiaire des autorités suisses fondée sur l'art. 10 LDIP, disposition générale qui permet à celles-ci d'ordonner des mesures provisoires, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du fond (Bucher, op. cit., n. 4 ad art. 10 LDIP).

3.1 L'art. 10 LDIP stipule en effet que sont compétents pour prononcer des mesures provisoires soit les tribunaux suisses qui sont compétents au fond (let. a), soit les tribunaux suisses du lieu de l'exécution de la mesure (let. b), et dans ce cas pour autant que les mesures requises sont urgentes et nécessaires

(ATF 134 III 326 précité; 104 II 246 = JdT 1980 I 114), ce qu'il appartient au requérant de démontrer (arrêt du Tribunal fédéral 5C_7/2007 du 17 avril 2007 consid. 6.2 publié in FamPra.ch 2007 p. 698). 3.2 Toutefois, compte tenu de ce qui précède, la compétence des autorités espagnoles pour statuer au fond sur la garde et l'autorité parentale paraît établie. Par ailleurs, l'enfant se trouvant à E_____, les tribunaux du lieu de l'exécution de la mesure sont également les tribunaux espagnols. Pour le surplus, le recourant ne peut se prévaloir des jurisprudences cantonales invoquées, celles-ci concernant toutes deux des états de fait différents. En effet, dans le premier des arrêts (ACJC/1597/2011 du 9 décembre 2011), une procédure de divorce était pendante à l'étranger et les mesures prononcées par la Cour de justice ne faisaient pas l'objet de la décision étrangère, tandis que dans le second (ACJC/931/2010 du 12 août 2010), une procédure de divorce était également pendante à l'étranger mais les tribunaux genevois saisis étaient compétents compte tenu de la résidence habituelle des enfants à Genève. Faute de compétence subsidiaire des autorités suisses résultant de l'art. 10 LDIP pour prononcer des mesures provisoires portant sur la garde et l'autorité parentale, le recours est également mal fondé à cet égard.

4. L'intimée a sollicité le versement d'une proviso ad litem de 7500 fr. en sa faveur.

4.1 L'obligation d'une partie de faire à l'autre l'avance des frais du procès pour lui permettre de sauvegarder ses intérêts découle du devoir général d'entretien et d'assistance des conjoints (art. 163 CC; ATF 117 II 127 consid. 6). La proviso ad litem est une simple avance, qui doit en principe être restituée. Lorsque la procédure est arrivée à son terme, il ne se justifie plus de statuer sur l'octroi d'une telle avance mais uniquement, dans l'hypothèse où une proviso ad litem aurait été octroyée au cours de la procédure, de trancher la question de son éventuelle restitution dans le cadre de la répartition des frais judiciaires et des dépens (ATF 66 II 70 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_777/2014 du 4 mars 2015 consid. 6.2 et 6.3; ACJC/1707/2018 du 4 décembre 2018 consid. 4.1).

4.2 En l'espèce, la procédure de recours arrive à son terme avec le présent arrêt. Il n'y a dès lors plus lieu de statuer sur l'octroi d'une proviso ad litem à ce stade. La question de la prise en charge des coûts générés par la procédure de recours relève désormais du règlement des frais, au sens des art. 95 ss CPC. Cette question sera examinée au terme du présent arrêt (cf. infra consid. 5.2).

5.

5.1 Le recourant ne formule aucun grief à l'encontre de la réserve faite par le premier juge de statuer sur les frais et dépens relatifs à l'incident de litispendance lors du prononcé de la décision au fond.

5.2 Les frais de la procédure de recours, arrêtés à 800 fr., seront mis à la charge des parties par moitié chacune compte tenue de la nature du litige (art. 95, 104 al. 1, 105, 106 et 107 al. 1 let. c CPC). Ils seront compensés, à hauteur de 400 fr., par l'avance de frais de 800 fr. versée par le recourant, qui demeure acquise à l'Etat de Genève à due concurrence (art. 111 al. 1 CPC), le solde de cette avance (400 fr.) devant lui être remboursé. Le montant de 400 fr. mis à la charge de l'intimée, qui plaide au bénéfice de l'assistance juridique, sera provisoirement supporté par l'Etat de Genève (art. 122 al. 1 let. b, 123 al. 1 CPC et 19 RAJ). Pour le surplus, chaque partie supportera ses propres dépens (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ le 18 mars 2019 contre les chiffres 3 à 5 du jugement JTPI/3206/2019 rendu le 4 mars 2019 par le Tribunal de première instance dans la cause C/8225/2018-13. Au fond : Confirme le jugement entrepris. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires de recours à 800 fr., les met à la charge de A_____ et B_____ à parts égales entre eux et dit qu'ils sont partiellement compensés, à hauteur de 400 fr., avec l'avance de frais effectuée par A_____, qui reste acquise à l'Etat de Genève à concurrence de ce montant. Ordonne aux Services

financiers du Pouvoir judiciaire de restituer la somme de 400 fr. à A_____. Laisse provisoirement à la charge de l'Etat de Genève la somme de 400 fr. due par B_____. Dit que chaque partie supportera ses propres dépens. Siégeant : Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière. Le président : Laurent RIEBEN La greffière : Sophie MARTINEZ 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, aux conditions de l'art. 93 al. 1 LTF. 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.