

REPUBLIQUE ET



CANTON DE B. _____

POUVOIR JUDICIAIRE

C/10159/2011

ACJC/557/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 11 AVRIL 2012

Entre

Dame X._____, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par la 12^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 9 janvier 2012, comparant par Me Albert Righini, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

X._____, domicilié _____, intimé, comparant par Me Cyril Aellen, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés ainsi qu'au Tribunal de première instance le 03.05.2012.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/26/2012 du 9 janvier 2012, communiqué pour notification aux parties le jour même, statuant sur mesures provisionnelles, le Tribunal de première instance s'est déclaré incompétent à raison du lieu pour connaître des conclusions de Dame X._____ relatives à l'attribution de la garde, à l'exercice des relations personnelles et à la contribution d'entretien en faveur de D._____, né le _____ 1996 (ch. 1). Simultanément, le Tribunal a débouté Dame X._____ des fins de sa requête en versement d'une contribution à son propre entretien (ch. 2), dit qu'il serait statué sur le sort des frais dans la décision au fond (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).
- B.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 20 janvier 2012, Dame X._____ appelle de ce jugement et sollicite, sur mesures provisionnelles, l'attribution de la garde de l'enfant D._____, né le _____ 1996, l'octroi à X._____ d'un droit de visite s'exerçant un week-end sur deux du vendredi soir au lundi matin ainsi que la moitié des vacances scolaires, et la condamnation de X._____ à lui verser, par mois et d'avance, la somme de 12'500 fr. à titre de contribution d'entretien, avec suite de frais et dépens.

Par mémoire réponse déposé au greffe de la Cour de justice le 12 mars 2012, X._____ a conclu au déboutement de Dame X._____ des fins de son appel avec suite de frais et dépens, comprenant une indemnité équitable pour les frais et honoraires de son conseil.

- C.** Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. Dame X._____, née A._____ le _____ 1946 à B._____, originaire de B._____ et C._____, et X._____, né le _____ 1960 à, de nationalité e._____, ont contracté mariage à B._____ le 4 septembre 1987.

Un enfant est issu de leur union, D._____, né le _____ 1996 à F._____.

b. Les époux, qui vivaient avec leur fils dans une villa à G._____, se sont séparés au mois de septembre 2006.

Après la vente de la villa, X._____ s'est installé dans un appartement dont les époux sont copropriétaires à H._____.

Dame X._____ est pour sa part allée vivre avec D._____ dans la maison familiale de J._____, dont les époux sont également copropriétaires.

c. Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance de B._____ le 27 mai 2011, Dame X._____ a formé contre X._____ une demande en divorce, assortie d'une demande de mesures provisionnelles.

Sur mesures provisionnelles, Dame X._____ a conclu à ce que la garde de l'enfant D._____ lui soit confiée, à l'octroi d'un droit de visite à X._____, et à ce que celui-ci soit condamné à lui verser, par mois et d'avance allocations familiales ou d'études non comprises, une somme de 12'500 fr. à titre de contribution à l'entretien de la famille.

d. Le 28 juin 2011, Dame X._____ a également formé une requête de mesures superprovisionnelles aux conclusions similaires. Celle-ci a été rejetée par ordonnance du Vice-président du Tribunal de première instance du 29 juin 2011.

e. A l'audience de comparution personnelle du 15 novembre 2011, X._____ a conclu sur mesures provisionnelles à l'incompétence du Tribunal à raison du lieu pour toutes les questions relatives à l'enfant D._____ dès lors que celui-ci résidait en France. Pour le surplus, il a conclu au déboutement de Dame X._____ des fins de sa requête, au motif que son minimum vital était largement couvert.

Les parties se sont exprimées sur leur situation et celle de l'enfant D._____.

f. Dame X._____ n'exerce plus d'activité lucrative depuis la naissance de l'enfant D._____. Elle perçoit actuellement une rente AVS mensuelle de 1'819 fr. pour elle-même et de 728 fr. pour ce dernier.

X._____ travaille comme manager auprès de la banque I._____. Son salaire annuel brut est de l'ordre de 200'000 fr., auquel s'est ajouté en 2011 un bonus d'environ 90'000 fr., soit un revenu mensuel brut de plus de 24'000 fr.

g. Jusqu'au mois de juin 2011, le salaire de X._____ était versé sur un compte-joint auquel Dame X._____ avait accès pour régler ses charges et celles de son fils.

Depuis le mois de juin 2011, X._____ fait verser son salaire sur un autre compte bancaire, auquel son épouse n'a pas accès. Devant le Tribunal, il a précisé qu'il continuait à s'acquitter des charges relatives à la villa de J._____, des primes d'assurance maladie de Dame X._____ et de D._____, du leasing, de l'assurance et de l'impôt automobile de son épouse, des frais de dentiste de la famille et des frais de loisirs de l'enfant D._____. Dame X._____ n'a pas contesté que son époux s'acquitte de telles charges; elle a précisé s'acquitter elle-même des frais de chauffage de la maison de J._____.

Jusqu'au mois de juillet 2011, X._____ a versé à Dame X._____ une somme de 4'000 fr. par mois à titre de contribution à son entretien et à celui de D._____. Il a cessé ses versements lorsqu'il a appris que ceux-ci percevaient des rentes AVS.

h. L'enfant D._____ est scolarisé à K._____. Il pratique depuis plusieurs années le hockey sur glace, ce qui l'amène à voyager plusieurs fois par an.

D. Dans la décision entreprise, le Tribunal a retenu que l'attribution de la garde sur l'enfant mineur D._____, de même que les questions liées au droit de visite, relevaient de la compétence des tribunaux français, puisque l'enfant résidait à J._____. Dans la mesure où la compétence des autorités françaises pour statuer sur ces questions était fondée sur la résidence habituelle de l'enfant, lesdites autorités étaient également compétentes pour connaître des éventuelles obligations alimentaires des parties envers leur enfant. L'obligation alimentaire entre époux divorcés était soumise au droit suisse. En l'occurrence, le minimum vital de Dame X._____ et les charges dont elle alléguait s'acquitter étaient couverts par le montant de sa rente AVS. Ses autres charges étaient payées par X._____, ce qu'elle ne contestait pas. Ses conclusions en paiement d'une contribution d'entretien devaient dès lors être rejetées.

E. L'argumentation des parties en appel sera examinée ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. **1.1** Les décisions sur mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en divorce sont susceptibles d'appel si la contestation porte sur des questions non patrimoniales ou si, lorsque l'affaire est de nature pécuniaire, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal de première instance atteint 10'000 fr. (art. 308 CPC). Si la valeur litigieuse est inférieure à ce montant, le recours limité au droit est ouvert (art. 319 let. a CPC).

1.2 En l'espèce, les dernières conclusions des parties devant le premier juge portaient à la fois sur la réglementation du droit de garde et du droit de visite, questions non patrimoniales, et sur le paiement d'une contribution d'entretien de 12'500 fr. par mois, soit une prétention patrimoniale de plus de 10'000 fr. (12'500 fr. x 12 x 20 compte tenu de la durée indéterminée des versements; art. 92 al. 2 CPC). La voie de l'appel est donc ouverte.

Interjeté dans le délai de dix jours (art. 248 let. d, 271, 276 al. 1 et 314 al. 1 CPC) et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 252 et 311 CPC), l'appel est recevable.

1.3 Les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d, 271 et 276 al. 1 CPC). La cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit. Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., 2010, n. 1556 et 1900 et ss., p. 283 et 349).

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC), elle établit les faits d'office (art. 272 CPC).

2. L'appelante reproche en premier lieu au Tribunal de s'être déclaré incompétent à raison du lieu pour statuer sur la garde de l'enfant D._____ et sur les relations personnelles avec celui-ci.

2.1 L'une des parties est de nationalité étrangère et l'autre est domiciliée à l'étranger. S'agissant d'une matière internationale au sens de l'art. 1 al. 1er LDIP, la compétence des autorités judiciaires et administratives suisses se détermine d'après la loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), sous réserve des traités internationaux (art. 1 al. 2 LDIP).

L'intimé, défendeur dans la procédure de divorce, étant domicilié à B._____, les juridictions genevoises sont compétentes pour prononcer le divorce (art. 59 let. a LDIP).

2.2 En vertu de l'art. 62 al. 1 LDIP, le tribunal suisse saisi d'une action en divorce ou en séparation de corps est compétent pour ordonner des mesures provisoires, sauf si son incompétence pour statuer au fond est manifeste ou a été constatée par une décision ayant force de chose jugée. L'art. 62 al. 3 LDIP réserve notamment les dispositions relatives à la protection des mineurs, soit l'art. 85 LDIP.

Cette dernière disposition prévoit qu'en matière de protection des enfants, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions ou mesures étrangères sont régies par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (RS 0.211.231.011).

L'art. 5 ch. 1 de cette Convention, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2009 et pour la France le 1^{er} février 2011, prévoit que 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.

Les mesures au sens de cette disposition concernent notamment le droit de garde, comprenant le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence, ainsi que le droit de visite, comprenant le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle (article 3 let. b de la Convention).

La notion de résidence habituelle, que la Convention ne définit pas, doit être interprétée conformément au but et à l'esprit du traité; on peut s'inspirer de l'art. 20 al. 1 let. b LDIP, dont la définition correspond en règle générale au rôle attribué à la résidence habituelle dans le cadre de la convention; la notion de résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle d'un enfant se détermine ainsi d'après le lieu effectif de sa propre vie. Pour déterminer si une personne s'est créé une résidence habituelle, ce n'est pas la durée de la présence dans un endroit donné qui est décisive, mais la "perspective d'une telle durée" (TF 5A_220/2009, consid. 4.1.2 et les références; TF 5A_607/2008 du 2 mars 2009, consid. 4.4).

2.3 En l'espèce, l'enfant D._____ a résidé en Suisse jusqu'à la séparation de ses parents, survenue au mois de septembre 2006. Il n'est pas contesté qu'il vive depuis lors en France, dans la villa que sa mère occupe à J._____ (Haute-Savoie). Comme le Tribunal, la Cour constate dans ces conditions que l'enfant D._____ possède sa résidence habituelle en France, au sens des dispositions et principes rappelés ci-dessus. Le fait qu'D._____ soit toujours scolarisé en Suisse, notamment, ne saurait modifier ce constat; rien n'indique en effet que celui-ci ait pour perspective de quitter J._____ tant qu'il poursuit sa scolarité.

Par conséquent, c'est à bon droit que le premier juge a retenu que les autorités judiciaires françaises étaient seules compétentes pour statuer sur la garde et les relations personnelles avec l'enfant D._____, en application des dispositions rappelées ci-dessus. Le jugement entrepris sera confirmé en tant que le Tribunal s'est déclaré incompétent à raison du lieu pour statuer sur ces questions.

- 3. 3.1** L'art. 62 al. 3 LDIP ne réserve pas les dispositions en matière d'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant mineur (art. 79 al. 1 LDIP). Il s'ensuit que le juge suisse du divorce est en principe compétent pour statuer sur cette obligation par voie de mesures provisoires, conformément à l'art. 62 al. 1 LDIP. Les traités internationaux sont toutefois réservés (art. 1 al. 2 LDIP).

La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01) ne définissent pas le tribunal ou l'autorité compétente pour statuer sur l'obligation alimentaire envers l'enfant mineur.

L'art. 5 ch. 2 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL Rév., RS 0.275.12), entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2011, prévoit qu'une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat lié par la Convention peut être atraite dans un autre Etat lié par la Convention, soit notamment, en matière d'obligation alimentaire, devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle (let. a).

Cette disposition consacre une exception à la règle générale selon laquelle les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat lié par la Convention sont atraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat (art. 2 ch. 1, art. 3 ch. 1 CL Rév.). Rien n'empêche cependant le créancier d'agir devant les tribunaux désignés en application de l'art. 2 ch. 1 CL Rév., la règle prévue à l'art. 5 ch. 2 CL Rév. étant de nature alternative (DONZALLAZ, La Convention de Lugano, Berne 1998, n. 4990 p. 312 et ss; BONOMI, Commentaire romand de la Loi sur le droit international privé et de la Convention de Lugano, Bâle 2011, n. 1 ad art. 5 CL Rév.).

3.2 En l'espèce, l'intimé, défendeur dans la procédure en divorce, est domicilié en Suisse. S'il est exact que l'art. 5 ch. 2 CL Rév. rappelé ci-dessus confère à l'appelante et à l'enfant D._____ la faculté d'attraire l'intimé devant les tribunaux français pour les questions relatives à leur entretien, compte tenu de leur résidence habituelle en France, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une simple possibilité, comme l'indique le texte de cette disposition ("*peut être atraite dans un autre Etat*").

Conformément aux dispositions et principes rappelés ci-dessus, l'intimé peut également être assigné devant les tribunaux suisses de son domicile, lesquels sont compétents pour statuer sur les questions d'entretien litigieuses. Partant, c'est à tort que le Tribunal a considéré que les autorités françaises étaient seules compétentes pour statuer sur la question de l'entretien dû à l'enfant D._____, au motif que celles-ci étaient également compétentes pour statuer sur la garde et le droit de visite.

Le jugement entrepris sera dès lors annulé en tant que le Tribunal s'est déclaré incompétent à raison du lieu pour statuer sur l'entretien de l'enfant D._____.

- 4.** **4.1** En vertu de l'art. 62 al. 2 LDIP, les mesures provisoires sont régies par le droit suisse. L'alinéa 3 de cette disposition prévoit que les dispositions sur l'obligation alimentaire entre époux, soit l'art. 49 LDIP, ainsi que les dispositions sur les effets de la filiation, soit l'art. 83 LDIP, sont réservées.

Les art. 49 et 83 LDIP prévoient que l'obligation alimentaire entre époux et l'obligation alimentaire entre parents et enfant sont régies par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

L'art. 4 de cette Convention prévoit que la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires découlant notamment de relations de famille, de parenté et de mariage.

L'art. 8 al. 1 prévoit que, par dérogation aux art. 4 à 6, la loi appliquée au divorce régit, dans l'Etat contractant où celui-ci est prononcé ou reconnu, les obligations alimentaires entre époux divorcés et la révision des décisions relatives à ces obligations. Les prétentions alimentaires découlant des effets généraux du mariage doivent cependant être rattachées conformément aux art. 4 à 6 de la Convention, et non selon l'art. 8 de la Convention (COURVOISIER, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Bâle 2007, n. 20 ad art. 49 LDIP).

4.3 En l'espèce, l'appelante et l'enfant D._____ possèdent tous deux leur résidence habituelle en France. Conformément à l'art. 4 de la Convention susvisée sur la loi applicable aux obligations alimentaires, l'obligation d'entretien à leur endroit est dès lors soumise au droit français.

L'art. 8 al. 1 de la Convention, qui a conduit le premier juge à appliquer le droit suisse à l'obligation d'entretien entre l'appelante et l'intimé, n'est pas applicable dans le présent procès sur mesures provisoires de divorce, puisque le divorce n'a pas été prononcé et que les parties sont à ce stade toujours mariées. L'obligation d'entretien entre les parties découle pour l'heure des effets généraux du mariage, au sens des principes rappelés ci-dessus (cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_886/2010 du 12 avril 2011, consid. 3.1.3).

Rien n'indique par ailleurs que le droit français ne permettrait pas à l'appelante d'obtenir des aliments de l'intimé (cf. art. 214, 255 et 256 CCF). Il n'y a dès lors pas lieu d'admettre l'application du droit du for en application de l'art. 6 de la Convention.

Il n'y a pas davantage place pour une élection de droit, qu'elle soit tacite ou expresse, puisqu'un tel choix n'est possible que si la loi le prévoit, ce qui n'est pas le cas en la matière (cf. ATF 121 III 246 consid. 3c p. 247; 119 II 167 consid. 3a/cc p. 171 et les références doctrinales). La règle de conflit de lois étant impérative, la solution à laquelle elle aboutit doit être respectée et la sécurité du droit commande que les désignations contenues dans la loi soient suivies, nonobstant la nécessité de prononcer les mesures provisoires rapidement (ACJC/851/2007 du 22 juin 2007).

En définitive, c'est à tort que le premier juge a statué sur l'entretien dû à l'appelante en application du droit suisse, et non du droit français. L'application du droit français étant susceptible de conduire à un résultat différent, le jugement entrepris sera annulé en tant qu'il a débouté l'appelante de ses conclusions en paiement d'une contribution d'entretien.

- 5. 5.1** L'art. 318 al. 1 let. c CPC permet à l'instance d'appel de renvoyer la cause à la première instance, notamment lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé (ch. 1).

Pour des raisons d'économie de procédure, le renvoi doit demeurer une exception. En présence d'un vice sérieux de procédure, qui serait assimilable au fait de n'avoir pas jugé un élément essentiel de la demande, il peut cependant se justifier de renvoyer la cause au Tribunal (REETZ/HILBER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2010, n. 29 et 37 ad art. 318 CPC).

5.2 En l'espèce, on doit considérer que deux éléments essentiels de la demande n'ont pas été jugés, puisque la contribution d'entretien sollicitée en faveur de l'enfant D._____ n'a pas été examinée, tandis que l'obligation d'entretien en faveur de l'appelante a été examinée au regard du droit suisse, et non du droit français. Il se justifie dès lors de renvoyer la cause au Tribunal afin d'examiner, cas échéant de fixer, les contributions d'entretien litigieuses selon les critères de droit français.

Ce renvoi se justifie également afin de garantir aux parties un double degré de juridiction, dans la mesure où ni le juge ni les parties n'ont envisagé l'application de ce droit. Si l'art. 16 al. 1 LDIP pose l'obligation pour le juge cantonal d'établir d'office le droit étranger, sans s'en remettre au bon vouloir des parties, ledit juge doit toutefois donner à celles-ci la possibilité de s'exprimer quant au droit applicable à un stade de la procédure qui précède l'application de ce droit (cf. ATF 121 III 436 consid. 5a p. 438).

5.3 Au vu de ce qui précède, point n'est besoin d'examiner les autres griefs soulevés par l'appelante. Il appartiendra au Tribunal de déterminer les revenus et charges des parties conformément aux principes de droit français, et d'inviter celles-ci à prendre des conclusions conformes au droit français.

- 6.** Les frais (frais judiciaires et dépens) sont mis à la charge de la partie succombante (art. 95 et 106 al. 1 CPC). Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, ils sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Le tribunal peut toutefois s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, notamment lorsque le litige relève du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC).

En l'espèce, les frais judiciaires seront arrêtés à 2'000 fr. (art. 31 et 37 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10) et compensés avec l'avance de frais fournie par l'appelante (art. 111 al. 1 CPC). Celle-ci obtenant gain de cause, les frais judiciaires seront mis à la charge de l'intimé; ce dernier sera condamné à rembourser à l'appelante la somme de 2'000 fr.

Vu l'issue du litige et la qualité des parties, chaque partie supportera ses propres frais qu'elle gardera à sa charge, en équité.

7. S'agissant d'une décision incidente portant notamment sur la compétence, l'arrêt de la Cour est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 LTF), aux conditions des art. 92 et 93 LTF.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par Dame X. _____ contre le jugement JTPI/26/2012 rendu le 9 janvier 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/10159/2011-12.

Au fond :

Annule partiellement les chiffres 1 et 2 du dispositif de ce jugement.

Et statuant à nouveau sur ces points :

Déclare recevable les conclusions de Dame X. _____ relatives à l'entretien de l'enfant D. _____.

Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction complémentaire dans le sens des considérants et nouvelle décision.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'000 fr.

Dit que les frais judiciaires d'appel sont compensés avec l'avance de frais de ce montant fournie par Dame X. _____.

Condamne X._____ à rembourser à Dame X._____ la somme de 2000 fr. versée à titre d'avance de frais.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Monsieur Jean RUFFIEUX, président; Madame Ariane WEYENETH et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

Jean RUFFIEUX

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours:

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

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

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