

Divorce - Mesures provisoires – Prétention alimentaire – Droit applicable – Accord des parties – Accord procédural.

Le créancier et le débiteur d'aliments peuvent conclure un accord relatif au droit national qui sera applicable à la prétention alimentaire. Le juge est tenu d'appliquer le droit choisi par les parties.

(Jean-Pierre / Nathalie)

Vu l'ordonnance de référé entreprise, prononcée contradictoirement le 28 mars 2011 par le président du tribunal de première instance de Bruxelles, (...)

I. Faits de la cause et procédure

Les parties, de nationalité belge, sont toutes deux domiciliées en Suisse.

Nathalie est née en 1952 et *Jean-Pierre* en 1958.

Nathalie a donné naissance à une fille en 1972, née d'une autre union.

Les parties se sont mariées à (...) le 1^{er} septembre 1984 et ont eu deux enfants, *Isaac* et *Ignace*, nés respectivement en 1985 et en 1988.

Elles se sont établies en Suisse en 1995 et ont fait l'acquisition d'un immeuble qui a été la résidence conjugale à (...) dans le canton de Vaud.

Nathalie a déposé le 10 septembre 2008 une requête de mesures d'extrême urgence et de mesures protectrices de l'union conjugale devant le président du tribunal civil d'arrondissement de l'Est Vaudois. Elle sollicitait notamment l'éloignement du domicile conjugal de *Jean-Pierre* et sa condamnation à lui payer la somme de 20.000 francs suisses à titre de contribution d'entretien.

Par une décision du jour même, ce magistrat a ordonné à *Jean-Pierre* de quitter le domicile conjugal dans les quarante-huit heures en emportant ses seuls effets personnels et de restituer toutes les clés à *Nathalie*. Il a autorisé cette dernière à changer les serrures et à faire appel à la police pour obtenir le départ de *Jean-Pierre*.

Il a en outre interdit à *Jean-Pierre* « d'approcher » *Nathalie*.

Le 15 septembre 2008, *Jean-Pierre* a également déposé devant ce même magistrat une requête de mesures d'extrême urgence et de mesures protectrices de l'union conjugale en vue d'obtenir qu'il soit fait interdiction à *Nathalie* de disposer des comptes bancaires communs et de ses comptes bancaires propres sans son consentement écrit.

Une décision du même jour a fait droit à la demande de *Jean-Pierre*.

Le 18 septembre 2008, *Nathalie* a déposé une nouvelle requête devant la même juridiction en vue d'obtenir la condamnation de *Jean-Pierre* à lui verser dans les vingt-quatre heures une somme de 10.000 francs suisses et, subsidiairement, à

l'autoriser à prélever elle-même la somme de 10.000 francs suisses sur un compte commun.

Une décision du 19 septembre 2008 a fait droit à sa demande subsidiaire.

Le 30 septembre 2008, *Jean-Pierre* a sollicité, par la même voie, qu'ordre soit donné à *Nathalie* de déposer au greffe du tribunal « le classeur se trouvant au domicile conjugal contenant les documents relatifs aux divers comptes dont la famille est titulaire ».

Il a été fait droit à cette demande par une décision du 1^{er} octobre 2008.

Le 1^{er} octobre 2008, *Nathalie* a sollicité qu'interdiction soit faite à *Jean-Pierre* de disposer des comptes bancaires communs et des comptes dont il est seul titulaire, sans son consentement écrit.

Il a été fait droit à cette demande le 2 octobre 2008.

Par une décision du 17 novembre 2008, le président du tribunal d'arrondissement de l'Est Vaudois a rappelé et entériné la convention passée entre les parties à son audience du 8 octobre 2008 par laquelle :

- les parties ont convenu de vivre séparées pour une durée indéterminée,
- la jouissance du domicile conjugal est attribuée à *Nathalie*, à charge pour elle d'en assumer les charges,
- les parties procéderont à un partage provisoire de leurs comptes bancaires arrêtés au 30 septembre 2008 et conviennent de prendre en charge chacune pour moitié les factures échues au 30 septembre 2008.

Ce magistrat a statué sur la demande de contribution d'entretien de *Nathalie* et a dit pour droit que *Jean-Pierre* contribuera à l'entretien de son épouse par le versement mensuel de 18.000 francs suisses à partir du 1^{er} septembre 2008.

Jean-Pierre a formé appel de cette décision le 27 novembre 2008 et a proposé de payer une contribution de 6.100 francs suisses pour l'entretien de *Nathalie*.

La décision d'appel prononcée par le tribunal civil d'arrondissement le 9 avril 2009 fait état de l'échec d'une conciliation aux termes de laquelle *Jean-Pierre* avait proposé de verser 8.000 francs suisses à *Nathalie* et celle-ci « n'entendait pas descendre en dessous de 11.000 francs suisses ». Statuant sur appel, le tribunal fixe à 9.000 francs suisses le montant de la contribution d'entretien due par *Jean-Pierre* à *Nathalie* depuis le 1^{er} septembre 2008. Il dit pour droit qu'à cette contribution s'ajoute « la moitié de la part variable du salaire de *Jean-Pierre* perçue à quelque titre que ce soit ».

Diverses procédures de commandement de payer et d'opposition ont opposé les parties concernant la détermination de la part variable du salaire de *Jean-Pierre*.

Suivant exploit du 20 janvier 2010, *Jean-Pierre* a cité *Nathalie* en divorce et en mesures provisoires devant le tribunal de première instance de Bruxelles.

Sa demande en divorce était fondée, à titre principal, sur l'article 229, paragraphe 3, du Code civil belge et, à titre subsidiaire, sur l'article 115 du Code civil suisse.

Jean-Pierre a également formé une demande de désignation de notaires en vue de procéder à la liquidation du régime matrimonial des parties.

Les parties ont exposé à l'audience de la cour que la procédure de divorce était toujours en cours.

La demande en mesures provisoires formée par *Jean-Pierre* tendait à obtenir :

- la fixation des résidences séparées, *Nathalie* pouvant occuper l'ancienne résidence conjugale à condition d'en assumer toutes les charges,
- l'interdiction pour *Nathalie* de vendre les immeubles et meubles communs,
- qu'il soit dit pour droit que toute dette contractée par *Nathalie* sera supportée par elle seule.

Nathalie concluait devant le premier juge, à titre principal, à la compétence des tribunaux suisses devant lesquels elle demandait le renvoi de la cause. À titre subsidiaire, elle demandait de dire pour droit que les mesures protectrices de l'union conjugale et d'extrême urgence prononcées en Suisse « font double emploi avec la demande de référé ».

Dans l'hypothèse où le premier juge se déclarerait compétent, *Nathalie* sollicitait de :

- dire pour droit qu'elle pourra occuper le domicile conjugal jusqu'à ce qu'une décision sur la liquidation du mariage aura été rendue,
- lui octroyer un secours alimentaire de 14.000 francs suisses par mois à payer par *Jean-Pierre*,
- dire pour droit que l'occupation du domicile conjugal ne pourra donner lieu à compensation dans le chef de *Jean-Pierre* dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial des parties.

Le 19 mars 2010, *Nathalie* a déposé une requête en conciliation devant le juge de paix suisse dans le cadre d'une demande en divorce formée par la même requête.

La cour n'est pas informée de l'issue de cette procédure.

Par une première ordonnance prononcée le 18 juin 2010, le premier juge s'est estimé compétent pour connaître des mesures urgentes et provisoires sollicitées par *Jean-Pierre*. Il n'a pas fait droit à l'exception de litispendance et a considéré qu'il n'était pas justifié de surseoir à statuer en raison des procédures introduites en Suisse. Il a dit pour droit que le droit suisse était d'application.

Il a reçu la demande de *Jean-Pierre* et a ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties de conclure sur les mesures sollicitées.

Aux termes de ses dernières conclusions, *Nathalie* demandait au premier juge de « confirmer en tous ses points le jugement rendu sur la base des mesures protectrices de l'union conjugale, sauf que le montant nominal de 9.000 francs suisses doit être porté à 9.500 francs suisses ».

Elle sollicitait en outre l'octroi de la moitié des revenus variables de *Jean-Pierre* et l'occupation gratuite de l'ancienne résidence conjugale, à charge pour elle de supporter tous les frais de cette occupation en ce compris le remboursement de l'emprunt hypothécaire.

Jean-Pierre a formulé les mêmes demandes que celles reprises à son exploit introductif d'instance, précisant en outre que l'occupation précaire de l'ancienne résidence conjugale par *Nathalie* ne pouvait en rien préjuger de la liquidation du régime matrimonial des parties.

Il concluait au non-fondement de la demande de secours alimentaire de *Nathalie*, tant en ce qui concernait le paiement d'une provision alimentaire mensuelle que l'octroi d'une quelconque part de son salaire variable.

Par l'ordonnance de référé entreprise, le premier juge a :

- autorisé les parties à résider séparément, *Nathalie* se maintenant à l'ancienne résidence conjugale, à charge pour elle de supporter toutes les charges liées à cette occupation,
- fait défense à *Nathalie* de vendre, hypothéquer ou mettre en gage, sans l'accord écrit de *Jean-Pierre*, les immeubles et meubles communs des parties,
- condamné *Jean-Pierre* à payer à *Nathalie* la somme mensuelle de 9.000 francs suisses depuis le 1^{er} mai 2010, allocations familiales non comprises, afin de contribuer à son entretien, somme indexée par référence à l'indice suisse des prix à la consommation du mois d'avril 2010, et pour la première fois le 1^{er} mai 2011,
- condamné *Jean-Pierre* à verser en outre à *Nathalie*, depuis le 1^{er} janvier 2011, le tiers de la part variable de sa rémunération, dans le mois qui suit sa perception, après en avoir communiqué un décompte précis,
- réservé à statuer sur les dépens pour être joints au fond.

Jean-Pierre relève appel de cette ordonnance. Il demande à la cour de dire pour droit qu'il n'y a pas lieu à versement en faveur de *Nathalie* depuis la citation introductive d'instance de quelque montant que ce soit ni, en outre, de quelque pourcentage que ce soit de la part variable de son salaire.

Au terme du dispositif de ses conclusions, il sollicite avant dire droit la production par *Nathalie* de divers documents, soit la preuve des revenus locatifs des deux appartements communs sis respectivement à B. et à S. (Suisse), la preuve des revenus professionnels perçus pour ses animations de cours d'aquarelle et toutes autres activités rémunérées ainsi que la preuve de ses charges incompressibles.

Il postule la compensation des dépens des deux instances.

Nathalie conclut au non-fondement de l'appel.

Elle forme un appel incident tendant à obtenir la condamnation de *Jean-Pierre* à lui payer la somme mensuelle de 9.500 francs suisses à titre de « pension alimentaire » ainsi que la moitié de la rémunération variable qu'il perçoit.

Elle forme une demande nouvelle tendant à lui donner acte « de ses réserves en ce qui concerne la résurgence de son hépatite C et de dire que dans ces conditions, si cette maladie se déclare avant le jugement définitif de divorce, le traitement devra être supporté par le demandeur ».

Son appel incident porte également sur les dépens dès lors qu'elle sollicite que les dépens des deux instances soient mis à la charge de *Jean-Pierre* et que l'indemnité de procédure soit fixée à 5.500 euros pour chacune des deux instances.

2. Discussion

L'appel principal, régulier en la forme et introduit dans les délais requis, est recevable. Il en va de même de l'appel incident et de la demande nouvelle dont la recevabilité n'est pas contestée.

A. Le droit applicable

Les parties s'accordent sur l'applicabilité du droit suisse quant aux mesures provisoires durant l'instance en divorce.

Le premier juge a adéquatement rappelé les dispositions légales et les principes de droit suisse applicables. Ses développements quant à ce, repris en pages 3 et 6 de l'ordonnance dont appel, peuvent être tenus pour ici intégralement reproduits. (...)

Par ces motifs, (...)

Reçoit les appels, principal et incident, et la demande nouvelle,

Dit l'appel principal seul et partiellement fondé dans la mesure ci-après,

Met à néant l'ordonnance entreprise uniquement en tant qu'elle a condamné *Jean-Pierre* à payer à *Nathalie* un tiers de la part variable de sa rémunération,

Statuant à nouveau,

Dit non fondée la demande de *Nathalie* portant sur le paiement par *Jean-Pierre* d'un pourcentage de la part variable de sa rémunération, (...)

Siég. : M. A. de Poortere. Greffier : M. A. Monin.

Plaid. : M^{es} G.-H. Beauthier et D. Clicheroux.

J.L.M.B. 15/832

Observations

L'accord procédural et le choix de loi dans le contentieux alimentaire

L'autonomie de la volonté connaît une progression fulgurante en droit international privé. Après avoir conquis le contentieux du divorce et des aliments, elle s'est imposée en matière successorale. Que ce soit par le biais de règlements européens ou de dispositions nationales, le choix d'une ou des parties est en passe d'acquérir un rang aussi important en droit international privé contemporain que le rattachement à la résidence habituelle.

Lorsqu'il s'agit de permettre aux parties d'exercer une influence sur le droit applicable à une espèce possédant dimension internationale, il est une autre technique qu'il ne faut pas perdre de vue. Il s'agit de l'*accord procédural*. Un accord de ce type diffère sensiblement du choix de loi consacré par des règles de plus en plus nombreuses. L'accord procédural ne se conçoit tout d'abord que dans le cadre d'une procédure judiciaire déjà engagée. L'existence de cette procédure permet de cristalliser les droits des parties. Pour autant que de besoin, elle leur fait prendre conscience de l'enjeu concret du litige. On se trouve dès lors dans une toute autre configuration que celle d'un choix de loi conclu en dehors de tout contexte litigieux, alors que l'harmonie règne entre parties. En outre, tel que classiquement compris, l'accord procédural ne permet pas aux parties de soumettre leurs relations à un droit étranger. Il s'agit pour les parties d'accepter l'application de la seule loi locale. Enfin, l'accord procédural porte non pas sur le droit applicable, mais bien sur la règle de conflit de lois dont il écarte l'application.

Technique ancienne, faisant l'objet d'une jurisprudence abondante en France¹, l'accord procédural soulève de nouvelles questions à la lumière du développement de l'autonomie de la volonté. Puisqu'il est dorénavant permis aux parties dans des domaines toujours plus divers, de sélectionner la loi applicable, il importe de s'interroger sur l'utilité et les limites de l'accord procédural fondé sur le principe dispositif. Il faut éviter que le principe dispositif, qui permet aux parties de préférer l'application du droit du for à celle de la règle de conflit de lois, ne conduise à remettre en question les limites tracées par le législateur à l'exercice par les parties de leur autonomie de volonté².

L'espèce commentée permet d'illustrer ce questionnement. La Cour était notamment appelée à se prononcer sur les prétentions alimentaires de l'épouse, qu'elle avait par ailleurs déjà soumises à une juridiction suisse. L'on sait que l'article 8 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, auquel fait référence l'article 15 du Règlement aliments, permet au débiteur et au créancier alimentaire de s'accorder sur la loi applicable à la créance. Cette disposition aurait en l'espèce permis aux époux de s'accorder valablement sur l'application du droit suisse, dans la mesure où les deux parties résidaient effectivement dans ce pays (article 8, paragraphe 1^{er}, point b). En outre, la désignation par les parties de la loi applicable peut intervenir, aux dires de l'article 8, « à tout moment ». Un accord en cours de procédure est dès lors permis.

L'article 7 du même protocole fait référence à l'accord procédural, qu'il consacre de façon classique en autorisant le débiteur et le créancier à désigner, dans le cadre d'une procédure donnée, la loi de l'État dont les juridictions sont saisies. En l'espèce, un tel accord n'aurait dès lors pu porter que sur le seul droit belge³.

Force est dès lors de conclure que l'accord dont la cour a relevé l'existence, ne pouvait être un simple accord procédural. Pour être valable et sortir ses effets, l'entente entre parties devait répondre aux exigences de l'article 8. La différence est importante. L'article 8, paragraphe 2, impose par exemple que l'accord relatif à la loi applicable soit établi ou consigné par écrit et signé des deux parties. Il ne suffit dès lors pas à la juridiction concernée de constater à l'audience que les parties s'accordent sur l'application d'un droit donné ou encore que les conclusions déposées par les parties concordaient sur ce point, comme elle pourrait le faire à l'égard d'un accord procédural⁴. Encore faut-il se ménager la preuve que cet accord a bel et bien été consigné dans un écrit signé par les deux parties.

En l'espèce, il est difficile de dire comment les parties ont matérialisé leur accord. Si un écrit est bel et bien intervenu, signé par les parties le prescrit de l'article 8 aura été respecté. À défaut, le choix de loi ne répondait pas aux exigences de la règle

¹ Voy. surtout B. FAUVARQUE-COSSON, « L'accord procédural à l'épreuve du temps, retour sur une notion française controversée », *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 263-284.

² Sur les rapports entre les deux mécanismes, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e édition, Larcier, 2005, pp. 266-267, n° 6.53.

³ Une discussion divise la doctrine sur la question de savoir si l'accord procédural peut également porter sur une loi étrangère, voy. B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, pp. 272-273, nos 13-14. Cette discussion n'est pas pertinente pour le contentieux alimentaire compte tenu de la limite imposée par l'article 7.

⁴ Sur la forme de l'accord procédural en droit belge, voy. C. TUBEUF, « L'accord procédural en droit international privé et l'office du juge au cours d'une procédure judiciaire », *Rev. gén. dr. civ.*, 2003, (224), pp. 231-232, nos 22-25.

européenne. Il ne pouvait par ailleurs en appeler à l'article 7 qui n'aurait permis de désigner que la seule loi belge.

En conclusion, le résultat auquel aboutit la cour se justifie sans doute pleinement compte tenu de la volonté commune des parties de soumettre leur différend au droit suisse. Le choix pour ce droit permet d'ailleurs d'assurer une meilleure coordination avec les décisions antérieurement prononcées sur ces mêmes questions alimentaires par le juge suisse. En outre, l'application du droit suisse permettait de limiter les conséquences qu'impose le déménagement, à l'initiative du mari, d'un contentieux que tout liait à la Suisse. Enfin, le contexte particulier dans lequel s'inscrivaient les demandes, formulées au titre de mesures provisoires, appelait une réponse rapide, peu compatible avec un examen minutieux des spécificités de l'accord procédural et du choix de loi. Il reste qu'il faudra demeurer vigilant à l'avenir pour donner à chacune de ces institutions la place qu'elle mérite sans que l'une puisse nuire à l'autre.

Patrick WAUTELET

Professeur à la Faculté de
droit de l'U.Lg.