

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Guillaume Jéquier, For et qualification de l'avis aux débiteurs : une réponse et des questions ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_479/2018, Newsletter DroitMatrimonial.ch été 2019

**Art. 291 CC ;
23, 26, 339 CPC**

For et qualification de l'avis aux débiteurs : une réponse et des questions

Guillaume Jéquier

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_479/2018, destiné à la publication, traite de la nature de l'avis aux débiteurs, du point de vue procédural, de manière à déterminer quelle règle de for (art. 23, 26 ou 339 CPC) est applicable à ce type d'action.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Par jugement du 10 juillet 2015, le divorce de A et B.B a été prononcé. La garde des trois enfants a été attribuée à la mère, A, et le père, B.B, a été condamné à verser des contributions d'entretien mensuelles à chacun des enfants.

La mère et les enfants habitent à U. dans le canton de Zurich. Le père habite à V. dans le canton de Fribourg, et travaille à W. dans le canton de Berne.

Alléguant l'absence de versement des contributions d'entretien, la mère agit à Hinwill (ZH) pour demander le prononcé d'un avis aux débiteurs à l'adresse de l'employeur du père. Le Tribunal de district d'Hinwill se déclare incompétent localement et n'entre pas en matière sur la requête. La mère agit derechef auprès du Tribunal régional de Berne-Mittelland – en se fondant sur le for de l'exécution de l'art. 339 al. 1 let. b CPC – lequel accueille favorablement la requête d'avis aux débiteurs.

Le recours du père qui, comme en première instance, soutenait l'incompétence locale du Tribunal régional de Berne-Mittelland, a été admis. La Cour suprême bernoise a considéré que le for de l'avis aux débiteurs est celui relatif à l'entretien et à la dette alimentaire (art. 26 CPC). Il a donc annulé la décision de première instance et n'est pas entré en matière sur la requête d'avis aux débiteurs.

Contre ce prononcé, la mère dépose un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

B. Le droit

Dans son considérant sur la recevabilité du recours, le Tribunal fédéral constate que l'avis aux débiteurs de l'art. 291 CC ne représente pas une matière civile au sens étroit, mais, selon sa jurisprudence, une mesure d'exécution forcée *sui generis* qui se trouve en lien étroit avec le droit civil. La voie du recours en matière civile est donc ouverte en application de l'art. 72 al. 2 let. b LTF (consid. 1.1).

Sur le fond, le Tribunal fédéral commence son analyse en listant les fors envisageables en matière d'avis aux débiteurs (art. 23 al. 1, 26 et 339 al. 1 CPC) et en rappelant qu'ils sont tous de nature impérative. Il précise que le CPC ne contient pas de règle régissant les cas de fors obligatoires concurrents, ce qui s'explique d'ailleurs par leur nature impérative, qui exclut une telle concurrence. La détermination du for applicable dépend ainsi de la nature de la contestation (consid. 3.1).

S'attendant à la qualification de l'avis aux débiteurs, le Tribunal fédéral constate qu'il présente des attributs de droit civil (ancrage légal dans le droit civil, champ d'application restreint aux contributions d'entretien du droit de la famille) et d'exécution forcée (eu égard à son but) sans qu'il ne puisse clairement s'inscrire dans un domaine en particulier. Dans sa jurisprudence bien établie, le Tribunal fédéral a qualifié cet instrument de mesure d'exécution forcée privilégiée *sui generis*. *Sui generis* parce que, en principe, les créances d'argent sont recouvrées par la voie de la LP exclusivement ; privilégiée car il offre certains avantages par rapport à la saisie prévue par la LP. D'autres distinctions entre la procédure d'avis aux débiteurs et celle de la saisie existent, qu'il n'est toutefois pas nécessaire de détailler dans la mesure où, quoi qu'il en soit, l'avis aux débiteurs ne peut être clairement classé ni dans la catégorie de droit civil ni dans celle de l'exécution forcée (consid. 3.2).

La qualification de l'avis aux débiteurs, tant d'un point de vue matériel que procédural, a fait l'objet de plusieurs jurisprudences. Ainsi, sous l'ancienne OJ, il n'était ni une contestation civile au sens des art. 44 et 46 (ATF 110 II 9), ni une affaire civile au sens de l'art. 68 (ATF 130 III 489). Sous l'égide de la LTF, l'avis aux débiteurs prononcé sur la base de l'art. 177 CC a été qualifié de mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 134 III 667) tandis que celui prononcé sur la base de l'art. 291 CC a été qualifié de jugement final sur le fond (ATF 137 III 193). Dans un contexte international, le Tribunal fédéral estime que l'avis aux débiteurs n'est pas une prétention alimentaire entraînant l'application de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, mais qu'il appartient à la catégorie des effets du mariage au sens de l'art. 48 LDIP (ATF 130 III 489). Toujours dans un cas de figure international, notre Haute Cour a jugé que l'avis aux débiteurs de l'art. 291 CC, fondé sur une décision rendue à l'étranger, n'entre pas dans le champ d'application de la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, et que la procédure tendant à son prononcé était une procédure d'exécution forcée au sens de l'art. 16 par. 5 aCL (ATF 138 III 1) (consid. 4).

Poursuivant son analyse, le Tribunal fédéral rappelle que le principe du for du domicile du défendeur, actuellement ancré à l'art. 30 al. 2 Cst., peut connaître des exceptions, si la loi le prévoit. Le législateur fera par exemple usage de cette possibilité pour des raisons sociales, en permettant à la partie dite faible d'agir à son domicile. Le traitement commun de plusieurs demandes, le besoin particulier de protection d'une partie ou la proximité avec un moyen de preuve sont autant d'autres motifs de s'écarter du principe du for du domicile du défendeur.

Dans cette perspective, et tant avant l'entrée en vigueur du CPC que de l'aLFors, le juge compétent pour prononcer l'avis aux débiteurs (que ce soit celui de l'art. 132, 177 ou 291 CC) était celui du domicile de l'une des parties (respectivement art. 135 al. 1, 180 et 279 al. 2 aCC). La compétence locale a ensuite été réglée par l'aLFors, dès son entrée en vigueur en 2001. L'art. 15 aLFors traitait des prétentions fondées sur le droit du mariage tandis que l'art. 17 était applicable pour les prétentions d'entretien et de dette alimentaire. La doctrine a alors considéré que les actions intentées sur la base des art. 132 et 177 CC relevaient du for de l'art. 15 aLFors et que celles introduites sur le fondement de l'art. 291 CC devaient être déposées au for de l'art. 17 aLFors (consid. 5.1 à 5.3).

L'aLFors a elle-même été abrogée avec l'entrée en vigueur du CPC. L'art. 23 CPC correspond désormais, dans son principe, et malgré quelques modifications rédactionnelles visant une meilleure clarté, à l'art. 15 aLFors. Il en va de même de l'art. 26 CPC, qui coïncide avec l'art. 17 aLFors. Les requêtes d'avis aux débiteurs des art. 132 et 177 CC doivent ainsi être introduites au for de l'art. 23 CPC et celles de l'art. 291 CC à celui de l'art. 26 CPC. Le Tribunal fédéral rejette les positions doctrinales qui soutiennent que le for de l'avis aux débiteurs doit être celui prévu par l'art. 339 al. 1 CPC dès lors que les auteurs de ce courant qualifient cet instrument de mesure d'exécution, alors même qu'une telle qualification « unique » n'est pas envisageable. En résumé, le Tribunal fédéral retient que le législateur, avec l'entrée en vigueur du CPC, n'a pas voulu modifier les règles de for qui étaient issues de l'aCC, lesquelles sont justifiées par des considérations sociales, qui visent à supprimer les barrières juridiques pouvant se dresser devant le créancier d'aliment. Celui-ci apparaît en effet en général comme la partie faible, de sorte qu'il est nécessaire qu'il puisse saisir le tribunal qui lui est le plus facilement accessible, à savoir celui de son propre domicile. Or l'art. 339 al. 1 CPC n'offre pas cette possibilité (consid. 5.4).

Après être parvenu à cette conclusion, le Tribunal fédéral se demande encore si des raisons, ressortant à la systématique du CPC, empêcheraient que la solution adoptée jusqu'à présent puisse perdurer, ce qu'il nie. Ainsi, la procédure sommaire régit tant les mesures d'exécution (art. 339 al. 2 CPC) que les requêtes d'avis aux débiteurs indépendantes (art. 302 al. 1 let. c CPC). Elle s'applique également pour les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 let. a CPC) et pour les mesures provisionnelles (art. 276 CPC) (consid. 5.5.1).

Le pouvoir de cognition du juge porte par ailleurs, dans un cas comme dans l'autre, sur d'autres aspects que le seul examen du caractère exécutoire de la décision précédemment entrée en force. Ainsi, dans le cadre de l'avis aux débiteurs, le tribunal examinera, en plus du caractère exécutoire de la décision fixant des contributions d'entretien, que le débiteur « néglige son obligation d'entretien » (art. 132 CC), « ne satisfait pas à son devoir d'entretien » (art. 177 CC) ou « néglige de prendre soin de l'enfant » (art. 291 CC ; les trois notions étant équivalentes) et cela de manière caractérisée. Il faut ainsi que les circonstances présentes permettent d'inférer qu'à l'avenir l'absence de paiement perdurera, ce qui n'est pas le cas en présence de défauts isolés de paiement. De plus, si cette condition est remplie, le juge ne reviendra pas sur la décision fixant le montant des contributions d'entretien et prononcera l'avis aux débiteurs, à moins qu'exceptionnellement il ne doive tenir compte des droits fondamentaux de la personnalité du débiteur. Le tribunal de l'avis aux débiteurs devra respecter les principes de protection du minimum vital du débiteur et ne pourra pas lui imputer de revenu hypothétique ou devra tenir compte d'une éventuelle péjoration de sa situation patrimoniale (consid. 5.5.2).

En ce qui concerne la procédure d'exécution, elle ne se limite pas non plus au seul examen du caractère exécutoire du jugement, puisque le requis peut faire valoir des objections relatives à la procédure d'exécution elle-même ou des objections de fond fondées sur de véritables novas, telles que le remboursement, le sursis, la prescription ou la péremption. De plus, le requis peut contester l'avènement d'une condition pourtant fixée dans le jugement pour l'exécution de son obligation (consid. 5.5.2).

A l'issue de ces considérants, le Tribunal fédéral confirme que le for de la requête d'avis aux débiteurs se détermine en application des art. 23 ou 26 CPC, ce qui a pour effet secondaire bienvenu de pouvoir confirmer la pratique des juridictions supérieures selon laquelle les décisions qui en découlent peuvent faire l'objet d'un appel (et non d'un recours, comme le prévoit l'art. 309 let. a CPC pour les décisions du tribunal de l'exécution) (consid. 5.6).

Il rejette dès lors le recours de la mère, laquelle devra agir au tribunal du domicile de ses enfants ou de son ex-époux.

III. Analyse

Les considérants résumés ci-dessus démontrent que la nature exacte de l'avis aux débiteurs est difficile à saisir et semble surtout ne pas pouvoir être arrêtée définitivement. La définition donnée dans le considérant relatif à la recevabilité du recours résume à elle seule la difficulté de classification puisque l'avis aux débiteurs y est défini comme une *mesure d'exécution privilégiée sui generis* qui se trouve en lien étroit avec le droit civil.

La première partie de cette qualification date de l'ATF 110 II 9, auquel le Tribunal fédéral se réfère toujours¹, et avait été donnée dans le contexte de l'examen de la voie de recours pertinente sous l'ancienne OJ. Notre Haute Cour avait fait primer l'aspect de l'exécution forcée pour nier que les litiges dans ce domaine puissent être qualifiés de contestations civiles au sens des art. 44 et 46 aOJ, fermant ainsi la voie des anciens recours en réforme et en nullité.

Cette qualification était motivée par le but de cet instrument, qui « *a en effet pour objet de faire passer du patrimoine du débiteur d'aliments dans le patrimoine du créancier les espèces nécessaires à l'extinction, totale ou partielle, de la créance d'entretien, et cela sans la collaboration du débiteur, voire contre sa volonté, par le recours à l'acte d'un tiers, le débiteur du débiteur d'aliments, en vertu d'un ordre du juge* ». Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral reconnaissait qu'il s'agissait d'une procédure qui n'était prévue ni par la LP, ni par les dispositions cantonales relatives à l'exécution par un tiers d'une obligation de faire, mais que « *ces modalités différentes de celles de l'exécution forcée ne changent pas la nature de l'institution, savoir le paiement d'une dette contre la volonté du débiteur* »².

La deuxième partie de la qualification retenue dans le considérant relatif à la recevabilité (*qui se trouve en lien étroit avec le droit civil*) fait suite à l'entrée en vigueur de la LTF, dont l'art. 72

¹ Parmi d'autres, ATF 134 III 667, consid. 1.1, JdT 2009 I 176 ; ATF 137 III 193, consid. 1.1, JdT 2012 II 147 ; TF du 21.11.2017, 5A_230/2017, consid. 5.3 ; ou encore l'arrêt commenté, consid. 3.2.

² ATF 110 II 9, consid. 1.e.

al. 2 let. b ouvre la voie du recours en matière civile aux *décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil* [...] ³.

Il serait ainsi tentant, au regard de cette qualification et des motivations qui la sous-tendent, de conclure que l'avis aux débiteurs est, prioritairement, une mesure d'exécution forcée, dont seules les formes s'écartent des règles contenues dans les lois générales que sont la LP et les art. 335 ss CPC. Ceci d'autant plus qu'au contraire d'autres jurisprudences, le TF ne mentionne pas, dans l'arrêt commenté, les avis doctrinaires qui plaident pour une qualification de mesure de pur droit civil ⁴. A cet égard, le TF retenait, toujours en ce qui concerne la voie de recours recevable, que « *l'opinion selon laquelle l'avis aux débiteurs est une mesure de droit civil et qu'il s'agit donc d'une mesure civile au sens de l'OJ est tout à fait défendable. Toutefois, la sécurité du droit s'oppose notamment à un changement de jurisprudence* » ⁵.

Cette appréciation est rappelée dans un arrêt postérieur à l'entrée en vigueur de la LTF ⁶, où le Tribunal fédéral constate que, même si ces remarques sur la nature juridique de l'avis aux débiteurs concernent toute la problématique de la voie de droit au Tribunal fédéral, il n'y a aucune raison de limiter la qualification de mesure d'exécution forcée au seul droit procédural applicable devant lui. En effet, indépendamment du droit procédural, la nature d'exécution forcée ressort également de la systématique du CC, qui contient un sous-chapitre nommé « exécution » dans lequel s'insère l'art. 291 CC ⁷. De plus, cette classification correspond à la fonction spécifique du droit de l'exécution forcée, puisque le tribunal de l'avis aux débiteurs ne juge pas du bien-fondé de la créance alimentaire, mais doit au contraire vérifier qu'une décision se prononçant sur cet aspect est déjà entrée en force ⁸.

A ce stade, la position du TF semble claire quant au rattachement de l'avis aux débiteurs au droit de l'exécution forcée. L'ATF 138 III 11 qui retient l'application de l'art. 22 par. 5 CL pour déterminer le for et le droit applicable à l'avis aux débiteurs s'inscrit également dans cette ligne. En effet, pour parvenir à cette conclusion, notre Haute Cour a relevé la distinction prévue par la CL entre les procédures aboutissant à l'établissement d'un titre exécutoire (*Erkenntnisverfahren*) et celles d'exécution dudit titre (*Vollstreckungsverfahren*). Admettant que ces notions font l'objet d'une interprétation autonome au plan international, le TF a néanmoins expliqué devoir, pour ranger une institution spécifique dans l'une ou l'autre de ces catégories, « *qualifier la procédure nationale en question en se référant au droit interne applicable, afin de pouvoir ensuite la désigner, selon des principes autonomes, comme procédure de jugement ou comme procédure d'exécution* » ⁹. Il parvient finalement à la conclusion que « *la procédure permettant d'ordonner l'avis aux débiteurs prévu par l'art. 291 CC doit donc être considérée comme une procédure d'exécution forcée au sens de*

³ Le premier arrêt mentionnant ce lien étroit est celui non publié du 20.08.2008, 5A_95/2008, consid. 1.1 ; le premier arrêt publié mentionnant ce lien étroit est l'ATF 134 III 667, consid. 1.1.

⁴ ATF 130 III 489, consid. 1.3, JdT 2004 I 426 et les réf.

⁵ Ibid.

⁶ TF du 31.10.2011, 5A_221/2001, consid. 4.1 non publié in ATF 138 III 11, mais résumé in : NICOLAS PELLATON, Avis aux débiteurs et droit international privé (TF 5A_221/2001), Newsletter DroitMatrimonial.ch février 2012.

⁷ Notons que, du point de vue systématique, le terme « exécution » figure également au regard des art. 132 et 177 CC ; cf., à ce sujet, FRANCO LORANDI, [Dritt-]Schuldneranweisung im System des SchKG – weder Fisch noch Vogel, PJA 2015, p. 1391.

⁸ Idem, consid. 4.4.

⁹ ATF 138 III 11, consid. 7.2.2, JdT 2012 II 560.

l'art. 16 ch. 5 aCL. C'est à la même conclusion qu'aboutit aussi la jurisprudence du TF selon laquelle l'avis aux débiteurs est une mesure d'exécution forcée privilégiée qui remplace une procédure de mainlevée définitive avec saisie subséquente. Si la procédure de mainlevée définitive (art. 80 s. LP), comprenant celle du commandement de payer qui la précède, est en effet, de l'avis unanime, une procédure d'exécution d'un titre qui rentre dans le champ de l'art. 16 ch. 5 aCL, cela doit aussi être le cas de l'avis aux débiteurs qui remplace la mainlevée définitive en tant que mesure d'exécution forcée privilégiée sui generis »¹⁰.

Quant à l'ATF 130 III 89, qui se prononce sur l'application de la convention relative aux obligations alimentaires, s'il retient certes que l'avis aux débiteurs est une mesure qui s'inscrit dans les effets du mariage (art. 48 LDIP), il l'a tout de même qualifié de « sorte de sanction de droit de la famille qui échappe au statut de l'obligation alimentaire »¹¹.

Enfin, relevons que la comparaison à laquelle s'adonne le Tribunal fédéral à la fin de l'arrêt commenté entre les spécificités des processus d'exécution des art. 335 ss CPC et de l'avis aux débiteurs pourrait également être interprétée comme confirmant la qualification de mesure d'exécution forcée dès lors qu'il retient que ces procédures ne se distinguent fondamentalement pas. Or, la procédure des art. 335 ss CPC ne peut à l'évidence pas avoir une autre nature que celle de l'exécution forcée.

Est-ce à dire que le Tribunal fédéral est parvenu à la mauvaise conclusion en retenant l'application des art. 23 al. 1 et 26 CPC plutôt que celle de l'art. 339 al. 1 CPC ? Tel n'est à notre sens pas le cas. En effet, et ainsi que le documente très bien le Tribunal fédéral, la procédure d'avis aux débiteurs peut compter sur un for qui lui est spécifiquement dédié. L'aCC prévoyait ainsi expressément un for particulier pour l'avis aux débiteurs, qui tenait compte des préoccupations de nature sociale que le Tribunal évoque pour justifier la qualification mixte entre droit de l'exécution forcée et droit civil. C'est le lieu de préciser que, si le for se détermine *souvent (vielfach)*¹² en fonction de la nature de la prétention, tel n'est pas le cas en présence d'une loi spéciale qui y pourvoit expressément. Ainsi, dès lors que tant l'aLFors que le CPC ont repris la réglementation contenue dans l'aCC, la question de la nature de l'avis aux débiteurs ne se posait en réalité pas spécialement pour déterminer la règle de for applicable.

Autre est la question du délai de recours. En effet, si la nature d'exécution forcée devait finalement être retenue, alors il faudrait, comme le dit TAPPY, « sérieusement » se poser la question de l'application de l'art. 319 let. a CPC¹³. Il m'apparaît toutefois que, malgré les rappels des jurisprudences précédentes, qui laissent clairement penser que l'avis aux débiteurs est essentiellement une mesure d'exécution forcée, la systématique du CPC permet d'exclure l'application de la procédure prévue à ses art. 335 ss. En effet, l'art. 302 al. 1 let. c CPC prévoit l'application de la procédure sommaire pour les litiges d'avis aux débiteurs indépendants de l'art. 291 CC. Or, si le législateur entendait faire de cette mesure une pure procédure d'exécution forcée, une telle précision n'aurait pas été nécessaire, dès lors que l'art. 339 al. 2 CPC prévoit l'application de la procédure sommaire pour les procédures

¹⁰ Idem, consid. 7.2.4 ; au consid. 5.2, le TF précisait d'ailleurs que, selon la conception suisse, est utile à l'exécution forcée des prestations d'entretien fixées et entrées en force.

¹¹ ATF 130 III 489, consid. 2.4, JdT 2004 I 426.

¹² MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 1979, p. 106.

¹³ DENIS TAPPY, note in : JdT 2012 II 573 ss, p. 576.

d'exécution des décisions. Il apparaît ainsi envisageable d'en tirer comme conclusions que les règles des art. 335 ss CPC ne s'appliquent pas à la procédure de l'avis aux débiteurs, même si une précision expresse dans le CPC avait été bienvenue.

Le constat posé en début d'analyse se confirme ainsi : il est particulièrement difficile de déterminer, en théorie, les conséquences procédurales précises de la qualification ambivalente et à rallonge de *mesure d'exécution forcée privilégiée sui generis qui se trouve en lien étroit avec le droit civil*. Si l'on comprend que la jurisprudence cherche à éviter l'application à cet instrument de règles parfois rigoureuses de la procédure propre à l'exécution, il n'apparaît pas toujours aisé de motiver son caractère mixte uniquement en raison de son champ d'application, alors même que toute la jurisprudence tend à en faire un instrument d'exécution. Tant que le Tribunal fédéral n'examinera pas en détail les arguments de la doctrine favorable à la classification en tant que mesure de droit privé, il semble que seule l'analyse casuistique de la jurisprudence permettra aux praticiens de choisir une voie sûre pour mettre en œuvre cet instrument important de protection des créanciers d'entretien.

En ce sens, l'arrêt commenté apporte son lot de précieux enseignements, puisque le Tribunal fédéral confirme non seulement les règles de for applicables, les spécificités de la procédure à suivre, mais également que l'appel est ouvert contre les décisions d'avis aux débiteurs indépendantes. Il est ainsi à saluer.