

Proposition de citation :

François Bohnet, Divorce, commission rogatoire, droit d'être entendu et nova au stade du recours ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_362/2018, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2019

**Art. 9 al. 1 et al. 3
CLaH70 ; 29 al. 2 Cst. ;
99 al. 1 LTF ; 319 ss et
326 al. 1 CPC**

Divorce, commission rogatoire, droit d'être entendu et nova au stade du recours

François Bohnet

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_362/2018 du 2 juillet 2019, destiné à la publication au recueil officiel, traite du droit d'être entendu dans le cadre d'une commission rogatoire et de la possibilité d'invoquer des nova au stade du recours.

A. Les faits

Une procédure de divorce oppose deux conjoints devant le Tribunal du district de Riga (Lettonie). L'épouse fait valoir à l'encontre de son mari des prétentions alimentaires et en partage du régime matrimonial. Une demande d'entraide internationale en matière civile a été déposée dans ce cadre devant le Tribunal de première instance du canton de Genève, qui l'a reçue le 26 mai 2017. Elle tend à la fourniture par la Banque B. de renseignements relatifs aux comptes ouverts dans ses livres au nom des époux A. et C. – séparément ou en commun –, ainsi qu'à la production des relevés de ces comptes depuis le 1^{er} janvier 2012.

Le Tribunal de première instance de Genève a ordonné le 29 septembre 2017 l'exécution de la demande d'entraide, et sur cette base :

- ordonné à la Banque B. d'indiquer si des comptes avaient été ouverts dans ses livres aux noms de C., de A., ou des époux en commun, en précisant le cas échéant le solde de ces comptes et en produisant leurs relevés du 1^{er} janvier 2012 à ce jour
- fixé à la banque un délai de 30 jours pour s'exécuter.

L'époux a recouru contre cette ordonnance le 23 octobre 2017 en se plaignant d'une violation de son droit d'être entendu et invoquant le retrait, par son épouse, de sa demande en divorce. Il a conclu, principalement, au renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour qu'il statue à nouveau et, subsidiairement, à ce qu'il soit dit que la demande d'entraide n'a plus d'objet ; plus subsidiairement, il a conclu à ce que le Tribunal du district de Riga soit interpellé aux fins de confirmer le retrait de la procédure de divorce.

Par arrêt du 20 février 2018, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral relève que la Suisse et la Lettonie sont toutes deux parties à la Convention de La Haye relative à la procédure civile du 1^{er} mars 1954 (CLaH54 ; RS 0.274.12) et à la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale du 18 mars 1970 (CLaH70 ; RS 0.274.132). C'est dès lors cette dernière qui s'applique (art. 29 CLaH70, sous réserve des art. 30-31 CLaH70) en matière de commissions rogatoires (**consid. 2.1**).

Selon l'art. 9 al. 1 CLaH70, la procédure à suivre pour l'exécution de la demande d'entraide judiciaire internationale est réglée par le droit de procédure de l'Etat requis, en l'occurrence la Suisse. Il faut entendre par là aussi bien les règles formelles que les règles matérielles du droit de procédure civile. C'est donc le CPC qui s'applique, en l'occurrence les normes sur la procédure sommaire (art. 248 ss CPC, en relation avec l'art. 339 al. 2 CPC ; ATF 142 III 116, consid. 3.3 et les citations, qui parle de procédure sommaire atypique, la décision qui sera rendue étant définitive) (**consid. 2.2**).

Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur le droit d'être entendu du recourant (**consid. 4.2**). Citant sa jurisprudence récente (ATF 142 III 116, consid. 3.2, puis TF 4A_167/2017 du 29 août 2017, consid. 4.2), il rappelle que le titulaire d'un compte bancaire, dont le tribunal étranger saisi du procès ignore le nom, n'est « *pas partie à la procédure d'exécution en Suisse* » et, partant, ne peut pas être entendu par le juge suisse de l'exécution. Il a laissé indécise la question du « *caractère contradictoire* » de la procédure de première instance, en ce sens « *que les parties au fond devraient être informées de leur droit de participer* » à l'administration des preuves, en l'occurrence à l'audition d'un membre de la banque concernée (TF 4A_167/2017, consid. 4.3). Mais le Tribunal fédéral relève que la jurisprudence semble exclure une pareille possibilité (TF 5A_284/2013 du 20 août 2013, consid. 4.2, in : SJ 2014 I 13). La demande d'entraide visant en l'occurrence à la fourniture de renseignements relatifs aux comptes dont le recourant serait titulaire auprès d'un institut bancaire, aux fins de documenter les prétentions de son épouse « *en recouvrement d'aliments et en partage du régime matrimonial* », reconnaître à l'intéressé le droit de s'exprimer « *avant la décision d'octroi de l'entraide* » pourrait comporter le risque d'actes de disposition préjudiciables aux intérêts de la partie adverse et compromettre, en fin de compte, le but de l'entraide. De plus, conformément à l'art. 9 al. 3 CLaH70, la commission rogatoire doit être « *exécutée d'urgence* » (« *rasch* » dans le texte allemand).

Pour le Tribunal fédéral, l'invocation du droit d'être entendu – dont les contours doivent être d'ailleurs nuancés (cf. pour les mesures provisionnelles : ATF 139 I 189, consid. 3.3 et les citations) – est vaine dans le cas particulier. Certes, la doctrine enseigne que le juge suisse requis est tenu de respecter le « *principe du contradictoire* » également dans la procédure d'entraide (GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire internationale en matière civile, 2014, n° 666), mais un tel constat n'implique pas que ce principe doive nécessairement l'être lors de l'exécution de la commission rogatoire ; il suffit qu'il le soit avant le *renvoi* (ou retour) de celle-ci. Le Tribunal fédéral relève qu'il existe d'autres situations où la partie concernée par l'exécution d'une décision étrangère n'est pas admise à s'exprimer avant la décision qui donne suite à la requête en première instance, cette faculté lui étant offerte à l'appui d'une voie de

recours ultérieure : tel est le cas de l'*exequatur* d'un jugement étranger soumis à la Convention de Lugano, vu le caractère unilatéral de la procédure de première instance (ATF 138 III 82, consid. 3.5.3) ou de la reconnaissance d'un jugement de faillite étranger en application des art. 166 ss LDIP (ATF 139 III 504, consid. 3.2, avec les références). En définitive, pour garantir l'efficacité de la procédure d'entraide judiciaire, tout en respectant le droit d'être entendu des personnes intéressées, il suffit que celles-ci disposent d'une voie de recours, *avant le renvoi de la commission rogatoire*, dans laquelle elles pourront faire valoir leurs arguments ; une telle possibilité existe en l'espèce : le recours au sens des art. 319 ss CPC (ATF 142 III 116, consid. 3.4.1), que les parties au procès sur le fond à l'étranger sont légitimées à interjeter (ATF 142 III 116, consid. 3.4.2 ; GAUTHEY/MARKUS, n° 734).

Le Tribunal fédéral aborde au **consid. 5.2** la question des *nova* au stade du recours. Certes, cette voie de droit prohibe expressément la présentation de faits et de preuves nouveaux (art. 326 al. 1 CPC), mais ce principe est assorti de plusieurs exceptions (cf. sur cette question : STEINER, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2019, n^{os} 546 ss, avec de nombreuses citations). Ainsi, le débiteur qui n'a pas été entendu en première instance dans la procédure d'*exequatur* d'un jugement soumis à la Convention de Lugano peut se prévaloir de *nova* à l'appui de son recours (ATF 138 III 82, consid. 3.5.3 ; STEINER, op. cit., n° 794, avec la doctrine citée) ; la jurisprudence zurichoise a appliqué la même règle en faveur du débiteur, non cité en première instance, qui s'oppose à la reconnaissance de sa faillite prononcée à l'étranger (ENGLER, Aus der neuen Zürcher Rechtsprechung zum SchKG, in : BISchK 2019, p. 63/64 et n. 59). Cette solution repose sur la considération que l'intéressé qui n'a (valablement) pas été entendu devant le premier juge est admis à invoquer des *nova*, à tout le moins ceux qui existaient déjà en première instance (*pseudo-nova*).

De surcroît, le régime de l'art. 326 al. 1 CPC doit être calqué sur celui de l'art. 99 al. 1 LTF, afin d'empêcher que la présentation des faits et preuves nouveaux soit soumise à une réglementation plus rigoureuse devant l'autorité cantonale que devant le Tribunal fédéral (ATF 139 III 466, consid. 3.4 ; STEINER, op. cit., n° 555, avec d'autres références). Or, le Tribunal fédéral peut tenir compte d'éléments nouveaux qui rendent sans objet le recours (ATF 137 III 614, consid. 3.2.1 ; récemment : arrêts 8C_123/2019 du 10 mai 2019, consid. 2.3 ; 5A_866/2018 du 18 mars 2019, consid. 3.3 ; 5A_396/2018 du 29 juin 2018, consid. 2.3) ; ce principe vaut également en instance de recours cantonale (COLOMBINI, Code de procédure civile, 2018, n° 1.2.2 ad art. 326 CPC, avec la jurisprudence citée).

Partant, l'autorité cantonale devait prendre en considération la décision par laquelle le Tribunal du district de Riga a clos la procédure de divorce entre les parties, même si elle a été produite après l'ordonnance du premier juge et l'expiration du délai de recours (cf. pour l'art. 99 al. 1 LTF : arrêt 5A_710/2017 du 30 avril 2018, consid. 2.3).

III. Analyse

Si l'on suit la jurisprudence en matière de commissions rogatoires au sens de la CLaH70, en matière de comptes bancaires, seule la banque est partie et doit être entendue dans la procédure d'exécution, ne pouvant d'ailleurs faire valoir que ses droits propres et non les droits propres des parties au procès au fond à l'étranger (ATF 142 III 116, consid. 3.1.1 et 3.4.3). Le titulaire du compte bancaire et l'éventuel ayant droit économique ne sont pas parties à la procédure d'exécution suisse et ne peuvent donc pas être entendus par le juge en charge de cette procédure. Le titulaire du compte non partie à la procédure au fond doit être

entendu par le juge étranger saisi dudit procès (même arrêt, consid. 3.2). S'il ne l'a pas été, l'entraide doit être refusée, argument qui peut être invoqué dans le recours contre la décision d'admission de la demande d'entraide (même arrêt, consid. 3.2, 3.5.2 et 3.5.3). Lorsque le juge étranger saisi du procès au fond ignore le nom du titulaire du compte, il revient alors à celui-ci de se faire connaître du juge du fond et de se faire entendre dans cette procédure pour faire valoir des motifs relevant du fond ou de la procédure étrangère (TF 4A_167/2017, consid. 4.2).

Le Tribunal fédéral semble exclure que les parties au procès au fond puissent être entendues au stade de l'exécution de la mesure d'entraide (consid. 4.2). En tous les cas, il nie ce droit lorsque son exercice comporte le risque d'actes de disposition préjudiciables aux intérêts de la partie adverse et insiste sur le caractère urgent de l'exécution de la commission rogatoire. Les parties au procès au fond étant privées de la possibilité de s'exprimer au stade de l'exécution de la mesure d'entraide, elles peuvent le faire au stade du recours (consid. 5.2). Dans cette hypothèse, la procédure doit être aménagée pour garantir aux parties la possibilité de faire valoir leurs arguments, ce qui implique qu'elles puissent avancer des faits qu'elles n'ont pas pu, par la force des choses, alléguer au stade de l'admission de la demande d'entraide. L'art. 326 al. 1 CPC prévoit que les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables au stade du recours. Cette disposition réserve les exceptions prévues par la loi. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de la portée de cette réserve (ATF 138 III 82, consid. 3.5.3), tout en soulignant que le droit d'être entendu de l'art. 29 al. 2 Cst. implique que l'on admette la possibilité d'un tel aménagement de l'art. 326 al. 1 CPC dans le cas où les arguments ne peuvent être avancés qu'au stade du recours, faute pour l'intéressé de pouvoir participer à la procédure d'exécution. Mais attention, comme le précise l'ATF 142 III 116, consid. 3.4.2, les parties « ne peuvent toutefois pas faire valoir des droits qu'elles devaient invoquer dans le procès au fond à l'étranger (arrêt 5A_284/2013, consid. 4.2 *in fine* et 4.4, in SJ 2014 I p. 13) ».

Faut-il admettre aussi les nova et non seulement les pseudo-nova ? Le Tribunal fédéral laisse la question ouverte. On doit l'admettre à notre sens : si, en l'espèce, le retrait de la demande en divorce était survenu après le dépôt du recours, la possibilité d'alléguer ce fait se justifierait tout autant qu'en cas de retrait antérieur. En toute hypothèse, l'intérêt ou son défaut doivent être examinés d'office par le tribunal, jusqu'au prononcé final (art. 59 al. 2 let. a, 60 CPC).