

Tribunal fédéral – 5A_568/2020, destiné à la publication

II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 13 septembre 2021 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

François Bohnet / Michael Saul, Le paiement de la *provisio ad litem* n'est pas une condition de recevabilité, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_568/2020, Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre 2021

Newsletter décembre 2021

Divorce, couple, entretien, procédure

Art. 29a Cst. ; 159 al. 3 et 163 CC ; 59 al. 2 let. f, 98, 99, 101 al. 3, 147 al. 1 et 2, 267, 335 al. 2 CPC

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

Le paiement de la *provisio ad litem* n'est pas une condition de recevabilité

François Bohnet / Michael Saul

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_568/2020, destiné à la publication, examine si le paiement de la *provisio ad litem* à laquelle la partie demanderesse est condamnée en faveur de la partie défenderesse, constitue une condition de recevabilité (art. 59 CPC) de la demande en divorce. Après une analyse de la question, en particulier sous l'angle de l'art. 147 CPC, le Tribunal fédéral confirme son ancienne jurisprudence (ATF 91 II 77) selon laquelle tel n'est pas le cas.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 22 septembre 2017, A. ouvre action en divorce auprès du Tribunal de district de Zurich contre son épouse B.

Par ordonnance du 16 janvier 2018, le Tribunal de district a condamné l'époux au versement d'une *provisio ad litem* d'un montant de CHF 5'000.00 en faveur de son épouse. Aucun délai pour ce faire n'avait été fixé.

Par ordonnance du 23 novembre 2018, le Tribunal de district a imparti un délai de vingt jours à l'époux pour verser à B. le montant de la *provisio ad litem* et donner quittance de ce paiement au tribunal.

Par ordonnance du 25 janvier 2019, le Tribunal de district a suspendu la procédure jusqu'à fin juin 2019 et a enjoint B. à fournir la preuve de la non-recouvrabilité de la *provisio ad litem* qui lui avait été octroyée. La *provisio ad litem* n'a pas pu être obtenue par voie de poursuites, ce que B. a démontré comme requis.

Par ordonnance du 21 juin 2019, le Tribunal de district a imparti un nouveau délai de vingt jours à A. pour s'exécuter et prouver le versement de la *provisio ad litem*, en menaçant de ne pas entrer en matière sur la demande en divorce en cas de défaut.

Par ordonnance du 17 septembre 2019, le Tribunal de district a refusé d'entrer en matière sur la demande en divorce (ch. 1 du dispositif) et statué sur l'assistance judiciaire en faveur de l'épouse, ainsi que sur les frais de procédure.

Le 18 octobre 2019, A. attaque l'ordonnance du 17 septembre 2019 devant la Cour suprême du canton de Zurich et conclut notamment, sous suite de frais judiciaires et dépens, à l'annulation du chiffre 1 de l'ordonnance entreprise et à ce qu'il soit ordonné au Tribunal de district de poursuivre la procédure de divorce. Dans sa réponse, B. conclut notamment au rejet de l'appel.

Par décision et arrêt du 28 mai 2020, la Cour suprême a rejeté l'appel de A. et notamment confirmé l'ordonnance entreprise, dans la mesure où elle n'était pas entrée en vigueur.

Le 9 juillet 2020, A. a intenté recours en matière civile au Tribunal fédéral concluant essentiellement à l'annulation complète des arrêt et décision de la Cour suprême du 28 mai 2020 et au renvoi de la cause au Tribunal de district ainsi qu'à la Cour suprême (pour nouvelle décision sur les frais judiciaires et dépens de la procédure d'appel cantonale), subsidiairement au renvoi de la cause à la Cour suprême pour nouvelle décision. B. conclut notamment au rejet du recours.

En substance, le Tribunal fédéral admet le recours et annule l'arrêt et, partiellement, la décision de la Cour suprême du 28 mai 2020. Il renvoie l'affaire au Tribunal de district de Zurich pour la poursuite de la procédure de divorce. La cause est renvoyée à la Cour suprême pour nouvelle décision concernant les frais devant cette instance.

B. Le droit

3.

3.1

Aux termes de l'art. 147 al. 1 CPC, une partie est défaillante lorsqu'elle omet d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit ou ne se présente pas lorsqu'elle est citée à comparaître.

L'obligation d'un-e conjoint-e d'assister l'autre en cas de litige par le versement d'une *provisio ad litem* découle du devoir d'entretien entre conjoint-e-s (art. 163 CC) et du devoir d'assistance (art. 159 al. 3 CC). Cette obligation trouve ainsi son fondement dans le droit matrimonial matériel.

Partant, l'exécution de cette obligation est également un acte de droit matériel resp. de droit privé, et sa non-exécution par la partie débitrice a des conséquences de droit matériel resp. de droit privé, et ce, nonobstant le but de la *provisio ad litem* (financement d'un procès), le fait que l'existence et l'étendue de celle-ci ont été fixées par décision judiciaire, ou le fait que le tribunal a fixé un délai de paiement. Le versement d'une *provisio ad litem* est effectué directement à la partie créancière, et non au tribunal, et ne vise pas en premier lieu un effet procédural.

La (non-)exécution de cette obligation peut avoir des effets procéduraux, avant tout concernant l'éventuel droit subsidiaire de la partie créancière à l'assistance judiciaire gratuite.

Un acte de droit privé, même s'il a un effet réflexe au niveau procédural, ne constitue néanmoins pas un acte de procédure au sens strict, contrairement notamment à l'avance de frais (art. 98 CPC) ou aux sûretés en garantie des dépens (art. 99 CPC).

Le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si l'obligation de verser une *provisio ad litem* pourrait néanmoins être qualifiée d'« acte de procédure » au sens de l'art. 147 al. 1 CPC.

3.2

En effet, même dans l'affirmative, il faudrait tenir compte de l'al. 2 de l'art. 147 CPC, qui pose le principe de la poursuite du procès en cas de défaut d'une partie, sauf si la loi en dispose autrement.

Or, ni le CC ni le CPC ne contiennent de base légale expresse prescrivant de ne pas entrer en matière sur la demande, en cas de non-paiement d'une *provisio ad litem*. On ne saurait par ailleurs le déduire de l'art. 59 al. 2 let. f CPC, qui répète simplement l'art. 101 al. 3 CPC et prévoit une telle règle pour le cas des avances et des sûretés en garantie des frais de procès.

Il ne s'agit pas d'une lacune de la loi. La garantie de l'accès à l'autorité judiciaire (art. 29a Cst.) impose en effet de faire preuve de retenue s'agissant de l'admissibilité d'autres conditions de recevabilité que celles prévues à l'art. 59 al. 2 CPC, qui n'est certes pas exhaustif. En outre, le droit de procédure sert à la réalisation du droit matériel et il ne doit pas faire obstacle à celui-ci ni devenir une fin en soi. De plus, l'art. 99 al. 3 let. b CPC exclut précisément le versement de sûretés en garantie des dépens dans la procédure de divorce.

La partie créancière de la *provisio ad litem* n'a pas non plus d'intérêt digne de protection à ce que la procédure de divorce ne soit pas menée. Les intérêts de cette partie sont suffisamment garantis par son droit subsidiaire à l'assistance judiciaire.

Finalement, il revient aux personnes privées de veiller à l'exécution de leurs créances de droit privé, en l'occurrence la partie créancière de la *provisio ad litem*, et non au tribunal qui l'a ordonnée.

L'exécution d'une créance pécuniaire se fait par la voie de la LP (art. 335 al. 2 CPC). Le tribunal matrimonial n'a ainsi pas à exercer de contrainte indirecte en menaçant d'irrecevabilité la demande en divorce.

Même si la *provisio ad litem* constitue une mesure provisionnelle, l'art. 267 CPC ne justifie pas non plus une telle aide à l'exécution. Cas échéant, la procédure de poursuite portant sur la *provisio ad litem* constitue pour ainsi dire un « test de réalité », puisqu'elle indiquera dans quelle mesure il est effectivement possible d'accéder aux valeurs patrimoniales de la partie débitrice qui ont été prises en compte dans la décision de *provisio ad litem*.

Le tribunal matrimonial du fond peut, certes, avoir un intérêt à être informé du résultat de l'exécution forcée en lien avec la *provisio ad litem* lorsque cela influence la procédure au fond, ainsi en cas de demande subsidiaire d'assistance judiciaire gratuite ou lorsque la procédure au fond avait été suspendue pour la durée de la procédure de *provisio ad litem* et de son exécution forcée. Au-delà, le tribunal du fond n'a pas à intervenir de sa propre initiative pour obtenir l'exécution de la *provisio ad litem*.

Le tribunal du fond ne saurait en outre exercer un contrôle indirect sur l'office des poursuites, tâche qui incombe aux autorités de surveillance. Si la *provisio ad litem* ne peut pas être obtenue, le rôle du tribunal du fond se limite à déterminer si la partie créancière est parvenue à prouver l'impossibilité de recouvrer cette créance et, cas échéant, à en tirer les conséquences pour la procédure au fond. Il n'appartient pas au tribunal du fond d'effectuer le travail des offices des poursuites ni de lutter contre les comportements abusifs des parties dans tous les domaines de la vie, notamment en liant un éventuel abus à la question de la recevabilité d'une demande, en particulier s'agissant de l'exécution d'une obligation de droit privé. Le tribunal ne doit pas non plus éviter à tout prix que l'Etat prenne en charge l'assistance judiciaire.

En résumé, le Tribunal fédéral confirme, sous l'empire du CPC et du nouveau droit du mariage et du divorce, son ancienne jurisprudence (ATF 91 II 77), débattue en doctrine, selon laquelle, faute de base légale, l'exécution de l'obligation de verser une *provisio ad litem* ne saurait être érigée en condition de recevabilité (art. 59 CPC) de la demande de divorce, pas même par le biais des règles applicables en cas de défaut d'une partie.

3.3

En l'espèce, l'intimée a engagé une procédure de poursuite contre le recourant pour recouvrer la *provisio ad litem*. L'intimée a remis au Tribunal de district un acte de défaut de biens provisoire selon l'art. 115 al. 2 LP. La question de savoir si, de ce fait, la preuve du caractère non recouvrable était déjà apportée ou si, en raison des circonstances (le sort de la fortune du recourant ne semble pas clair) l'intimée aurait encore dû exercer les actions prévues aux art. 285 ss LP (révocation), ne fait pas l'objet de la présente procédure.

En tout état de cause, aucune base ne permettait au Tribunal de district d'impartir un nouveau délai pour le versement de la *provisio ad litem* au recourant et de le menacer de ne pas entrer en matière sur la demande en divorce à défaut de paiement. Au contraire, la procédure aurait dû se poursuivre sans l'acte défectueux (art. 147 al. 2 CC, pour autant que cette disposition soit applicable).

Le grief d'abus de droit invoqué par l'intimée n'y change rien. Celle-ci doit recourir aux voies mentionnées à l'art. 115 al. 2 et 3 LP pour faire valoir sa créance. En poursuivant la procédure de divorce malgré l'absence de versement de la *provisio ad litem*, l'intimée ne subit pas de préjudice inadmissible, dans la mesure où elle pourra mener le procès gratuitement si les conditions de l'assistance judiciaire sont remplies (art. 117 ss CPC). En outre, il n'apparaît pas que la présente décision préjugerait de toutes les décisions en rapport avec les contributions d'entretien. Si des contributions d'entretien sont octroyées dans le cadre du divorce ou de mesures provisionnelles, l'épouse doit également les faire valoir, cas échéant, par le biais des moyens offerts par la LP.

3.4

En substance, le recours doit donc être admis sur le point principal et l'arrêt ainsi que la décision entreprise annulés, respectivement partiellement annulée. La cause est renvoyée au Tribunal de district de Zurich pour la poursuite de la procédure de divorce. L'affaire est en

autre renvoyée à la Cour suprême pour nouvelle répartition des frais de la procédure d'appel cantonale.

III. Analyse

Le paiement de la *provisio ad litem* à laquelle la partie demanderesse est condamnée en faveur de la partie défenderesse est-il une condition de recevabilité ? On le sait, la liste des conditions inscrites à l'art. 59 al. 2 CPC n'est pas exhaustive¹. Cependant, seules les exigences relatives à l'instance (p. ex : compétence, capacité d'ester, litispendance, etc.) ou à l'action (intérêt pour agir ; autorité de la chose jugée, etc.)² consistent en des conditions de recevabilité. La condamnation au paiement de la *provisio ad litem* relève du droit matériel (art. 159 al. 3 et 163 CC) et non du droit de procédure. Et surtout, sa sanction est matérielle : elle consiste en un prononcé au fond en paiement au sens de l'art. 85 CPC. Il est donc juste de ne pas considérer cet acte comme un acte de procédure, comme le serait le paiement d'une avance de frais ou de sûretés.

Cette conclusion vaut à notre sens également dans le contexte de l'art. 147 al. 2 CPC, la notion d'acte de procédure étant nécessairement uniforme. Il peut s'agir de *Bewirkungshandlungen* (actes avec effet direct) : désistement, acquiescement ; ou d'*Erwirkungshandlung* (actes avec effet recherché) : demande, réponse, recours, etc.³. Tel n'est pas le cas du paiement ou du non-paiement de la *provisio ad litem*, qui relève du droit privé et ne peut avoir qu'un effet réflexe (en l'occurrence celui d'ouvrir la voie à une demande d'assistance judiciaire), comme le paiement spontané de la somme réclamée en justice qui prive le procès de son objet. Seule la requête visant au paiement d'une *provisio ad litem* est un acte de procédure (*Erwirkungshandlung*) dans ce contexte.

Comme le relève le Tribunal fédéral, faute de paiement, le défendeur dispose des voies de la LP (art. 335 al. 2 CPC) et, si nécessaire, il peut requérir l'assistance judiciaire, dès l'instant où ces démarches sont infructueuses. Probablement qu'il lui faut aller jusqu'à la saisie et l'acte de défaut de biens, la condamnation, par mesures provisionnelles, au paiement d'une *provisio* constituant un titre de mainlevée définitive.

¹ Message CPC, p. 6890.

² Pour des développements : FRANÇOIS BOHNET/LORENZ DROESE, *Le droit d'action selon le CPC suisse*, RSPC 2021 484 ss.

³ Sur ces notions, voir WALTHER J. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd., Genève 1981, p. 196 s. Elles viennent bien sûr d'Allemagne : LEO ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1927, p. 162 ss.