

Résumé et analyse

Mesures protectrices,
procédure ;
provisio ad litem

Proposition de citation :

Iliriana Dreni, La *provisio ad litem* dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_590/2019, Newsletter DroitMatrimonial.ch avril 2020

**Art. 9 Cst. ;
159 al. 3, 163 CC**

La *provisio ad litem* dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale

Iliriana Dreni

I. Objet de l'arrêt

Dans l'arrêt 5A_590/2019, le Tribunal fédéral analyse, sous l'angle de l'arbitraire (art. 9 Cst.), la question de la possibilité, dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, de déclarer sans objet et par conséquent de rejeter une requête en paiement d'une *provisio ad litem* sans avoir statué sur le fond de celle-ci, au seul motif que la décision finale a été rendue. Bien que le présent arrêt ne soit pas destiné à la publication, il y a lieu de relever l'importance pratique de la *provisio ad litem* et de ses implications procédurales alors qu'elle constitue une notion fondée sur le droit matériel.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Suite à la séparation de fait des époux, l'épouse introduit une requête de mesures protectrices de l'union conjugale. Elle conclut préalablement au versement d'une *provisio ad litem* de CHF 8'000.- par son époux. Principalement, elle requiert l'autorisation pour les parties de vivre séparées, l'attribution en sa faveur de la jouissance exclusive du domicile conjugal et du mobilier du ménage ainsi que la condamnation de son époux au paiement d'une contribution d'entretien, indexée, de CHF 3'500.- par mois en sa faveur.

Par décision du 10 octobre 2018, le Tribunal de première instance suspend le délai de paiement de l'avance de frais de CHF 500.- jusqu'à droit jugé sur la requête de *provisio ad litem*. Suite à la tenue d'une audience, par jugement du 5 mars 2019, ledit Tribunal a admis les conclusions principales de l'épouse, tout en revoyant à la baisse sa contribution d'entretien, indexée, à CHF 2'000.- par mois. En outre, sans avoir statué séparément sur la requête de *provisio ad litem*, le Tribunal de première instance l'a déclarée sans objet, au motif que la procédure devant lui était arrivée à son terme et que seule la question de sa restitution pouvait se poser à ce stade.

L'épouse a formé un appel dont les griefs se limitent à la contribution d'entretien due par l'époux et à la *provisio ad litem*. Elle a sollicité la condamnation de l'époux au versement d'une contribution de CHF 3'200.- par mois et d'une *provisio ad litem* d'un montant de CHF 12'000.- pour la procédure de première instance et d'appel. Confirmant le jugement attaqué et pour le même motif, la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel par arrêt du 21 juin 2019.

L'épouse interjette alors un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral contre le jugement cantonal de deuxième instance. Elle limite son recours à la question de la *provisio ad litem*. Se basant sur un arrêt cantonal zurichois¹, elle se plaint d'arbitraire et fait notamment valoir que le raisonnement appliqué par les autorités des deux premières instances ne peut être transposé à une procédure de mesures protectrices, sans priver les parties d'obtenir une *provisio ad litem* par une décision provisionnelle ou dans le jugement final. Elle conclut à la condamnation de l'époux au versement d'une *provisio ad litem* de CHF 8'000.- pour la procédure de première instance et de CHF 4'000.- pour la procédure d'appel, ainsi que, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'instance inférieure pour nouvelle décision.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral examine tout d'abord la recevabilité du recours en matière civile (cf. art. 113 LTF ; consid. 1). Dans ce cadre, il rappelle l'exigence de la valeur litigieuse minimale dans les affaires pécuniaires. Elle est de CHF 30'000.- pour les affaires matrimoniales (art. 74 al. 1 let. b LTF) et se détermine par les conclusions encore litigieuses devant le Tribunal cantonal conformément à l'art. 51 al. 1 let. a LTF (et non pas par le montant qui reste litigieux devant le Tribunal fédéral). En l'espèce, puisque tant la contribution d'entretien que la *provisio ad litem* étaient litigieuses devant l'instance inférieure, la valeur litigieuse minimale exigée pour un recours en matière civile au Tribunal fédéral est atteinte. Les autres conditions de la recevabilité dudit recours étant par ailleurs réalisées et admises, le Tribunal fédéral déclare le recours en matière civile recevable, à l'exclusion du recours constitutionnel subsidiaire. Toutefois, il précise que, quel que soit le recours ouvert, seule la violation de droits constitutionnels peut être invoquée contre une décision de mesures protectrices de l'union conjugale (consid. 1 et 2).

Dans son considérant 3, le Tribunal fédéral examine ensuite l'unique grief de l'épouse qui reproche à l'autorité inférieure une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) par le refus de condamner l'époux au paiement d'une *provisio ad litem*. Il commence par résumer le raisonnement adopté par les deux instances inférieures (consid. 3.1) avant d'exposer la jurisprudence rendue en la matière (consid. 3.3).

Il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'un époux est tenu au paiement d'une *provisio ad litem* à l'autre époux si celui-ci ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès, dans le respect toutefois du minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et de ses proches². Celle-ci constitue une simple avance de frais que le droit fédéral érige en obligation. Une controverse existe quant à la question de

¹ Arrêt de l'Obergericht de Zurich du 21 octobre 2013 (LE130048) publié in FamPra.ch 2014 p. 208.

² ATF 103 Ia 99, consid. 4 ; arrêts du TF 5A_808/2016 du 21 mars 2017, consid. 4.1 ; 5A_784/2008 du 20 novembre 2009, consid. 2.

savoir si la *provisio ad litem* est fondée sur le devoir d'assistance au sens de l'art. 159 al. 3 CC ou sur l'obligation d'entretien de la famille de l'art. 163 CC³. Toutefois, les conditions d'octroi d'une telle prestation sont les mêmes indépendamment de son fondement.

En ce qui concerne le moment où la *provisio ad litem* peut être accordée, le Tribunal fédéral rappelle qu'elle peut l'être au stade des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles déjà. Pour ce faire, la requête pour une telle avance doit être fondée sur le droit matériel et formée devant le juge compétent, à savoir le juge du divorce ou le juge des mesures protectrices⁴. Dans ce cas également, le fondement de cette prestation importe peu. En effet, les devoirs découlant des articles 159 al. 3 et 163 CC existent indépendamment de l'introduction d'une procédure de divorce⁵.

Puisqu'elle constitue une avance, un remboursement peut être imposé dans le cadre de la répartition définitive des frais et dépens entre les époux selon les règles de procédure applicables⁶. Dans le cadre d'une procédure en divorce, le Tribunal fédéral avait déjà relevé qu'il n'était plus possible pour un tribunal de statuer sur l'octroi d'une *provisio ad litem* au moment où la procédure arrivait à son terme ; seule une éventuelle restitution pouvait être ordonnée à un tel stade dans le cas où cette avance avait été accordée au préalable⁷ (consid. 3.3).

En l'espèce, le Tribunal de première instance s'est fondé sur l'arrêt du TF 5A_777/2014 du 4 mars 2015 (consid. 6) pour considérer que, puisque la procédure était arrivée à son terme lors du prononcé de son jugement, il n'y avait plus lieu de statuer sur la requête de *provisio ad litem*. Le Tribunal cantonal a rejeté l'appel de l'épouse pour les mêmes motifs repris *mutatis mutandis* (consid. 3.1).

Pour justifier son grief relatif à une application arbitraire de ladite jurisprudence par le Tribunal cantonal, la recourante s'appuie sur un arrêt de l'Obergericht de Zurich⁸ dans lequel les juges ont émis l'opinion que, dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, à défaut de base légale, aucun paiement monétaire ne peut être ordonné à titre provisionnel. En revanche, ils considèrent qu'un tel versement peut avoir lieu dans le cadre d'une procédure de divorce. Elle en conclut ainsi que l'application de la solution retenue par la Cour de justice genevoise dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale aurait pour effet que les époux ne pourraient jamais obtenir une *provisio ad litem*. Cependant, le Tribunal fédéral constate qu'il n'y a pas d'arbitraire dans les motifs du jugement cantonal,

³ Arrêts du TF 5A_62/2011 du 26 juillet 2011, consid. 2.2 ; 5P.346/2005 du 15 novembre 2005, consid. 4.3 et les références citées, publié in FamPra.ch 2006 p. 892.

⁴ Cf. TF 5A_793/2008 du 8 mai 2009 consid. 6.2 ; TAPPY, Art. 273 CPC, in : Commentaire romand – CPC, 2^e éd. 2019, N 36 et 37 ; plus nuancée, WEINGART, *provisio ad litem – Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren*, in : *Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz*, 2018, p. 677 ss (p. 681), « qui semble partir du principe que la *provisio ad litem* doit être ordonnée dans le cadre d'une procédure séparée de mesures provisionnelles » (TAPPY, Art. 273 CPC, in : Commentaire romand – CPC, 2^e éd. 2019, N. 36 et 37).

⁵ Arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 15 juin 2012 (HC/2012/394), consid. 3b.

⁶ Arrêt du TF 5A_784/2008 du 20 novembre 2009, consid. 2 et les références citées.

⁷ Arrêts du TF 5A_819/2017 du 20 mars 2018, consid. 1.1 ; 5A_777/2014 du 4 mars 2015, consid. 6.

⁸ Arrêt de l'Obergericht de Zurich du 21 octobre 2013 (LE130048) publié in FamPra.ch 2014 p. 208.

puisque la question de la possibilité d'ordonner des mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices n'a pas été tranchée⁹ (consid. 3.4).

Le Tribunal fédéral examine ensuite le second aspect du principe de l'interdiction de l'arbitraire, à savoir l'arbitraire sous l'angle du résultat. Conformément à la jurisprudence, c'est au juge du divorce, dans une procédure de divorce, de décider de l'éventuelle restitution de la *provisio ad litem* dans le cadre de la répartition des frais et des dépens. Cependant, le Tribunal fédéral considère que cela n'implique pas – contrairement à ce qui a été retenu en l'espèce par les juridictions cantonales – que les requêtes de *provisio ad litem* perdent leur objet du seul fait de l'achèvement de la procédure alors que le tribunal ne s'est pas prononcé sur celles-ci. Cela s'explique par le fait que si, comme en l'espèce, les frais de procédure ont été mis à la charge de la partie qui a requis une *provisio ad litem* et que les dépens ont été compensés, la question de savoir si la partie demanderesse dispose des moyens suffisants pour assumer les frais judiciaires est une question qui continue à se poser lors du prononcé de la décision finale. Tel est également le cas lorsqu'il est renoncé provisoirement à exiger une avance de frais et qu'il a été sursis à statuer sur l'octroi de l'assistance judiciaire (consid. 3.5).

Par conséquent, le Tribunal fédéral considère que le jugement attaqué est arbitraire dans son résultat. Il admet ainsi le recours de l'épouse, annule l'arrêt cantonal et renvoie la cause à l'autorité cantonale pour qu'un jugement sur le fond en ce qui concerne les *provisio ad litem* soit rendu, frais à la charge de l'époux (consid. 4).

III. Analyse

La notion de *provisio ad litem* a connu une évolution historique. Initialement considérée comme un devoir à charge du mari envers son épouse, elle est aujourd'hui, et ce depuis la révision du Code Civil suisse du 11 juillet 1979, une obligation qui peut être mise tant à la charge de l'un que de l'autre¹⁰.

La *provisio ad litem* s'inscrit dans le cadre de l'obligation d'entretien et d'assistance de manière large¹¹. L'entretien de la famille se compose également de la « *satisfaction de besoins qui sortent de la sphère matérielle, notamment la défense de droits en justice* »¹². Cela permet ainsi de garantir le droit d'accès à la justice consacré à l'art. 29a Cst.¹³. Tant les procédures matrimoniales opposant les époux entre eux que les procédures judiciaires opposant un époux à un tiers sont visées¹⁴. Cette avance de frais judiciaires est octroyée par une des parties à l'autre afin de lui permettre de mener une procédure judiciaire, sans que des raisons financières ne l'en empêchent. Son octroi suppose la réalisation des mêmes conditions que

⁹ TF 5A_870/2013 du 28 octobre 2014, consid. 5 ; 5A_212/2012 du 15 août 2012, consid. 2.2.2 ; Zogg, « *Vorsorgliche* » *Unterhaltszahlungen in Familienrecht*, in FamPra.ch 2018 p. 47 ss (p. 81) et les références citées.

¹⁰ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979 (FF 1979 II 1179), p. 1363 N 155 ; JdT 1989 I 34, p. 42.

¹¹ ATF 117 II 127, consid. 6 ; ATF 103 la 99, consid. 4.

¹² Arrêt du TF 5A_85/2017 du 19 juin 2017, consid. 7.1.2 ; ATF 67 I 65.

¹³ RS 101 ; ATF 138 III 672, consid. 4.2.1.

¹⁴ GAURON-CARLIN, *2^{ème} Partie : Les procédures de première instance*, in : REISER/GAURON-CARLIN (édit.), *La procédure matrimoniale*, Nr. 27, 2019, p. 86 ss (p. 91) ; arrêt du TF 5A_85/2017 du 19 juin 2017, consid. 7.1.2.

celles applicables à l'assistance judiciaire et en particulier, la réalisation des conditions suivantes :

- (1) Le conjoint bénéficiaire de la *provisio ad litem* ne dispose pas des moyens nécessaires à la couverture des frais d'une procédure judiciaire
- (2) Le conjoint débiteur dispose de ressources financières suffisantes pour couvrir non seulement ses propres frais de procès mais également ceux de son conjoint, sous réserve de la protection du minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille. Le conjoint débiteur peut même devoir prélever la *provisio ad litem* sur sa fortune¹⁵.

Cependant, l'obligation d'entretien du conjoint, et par conséquent l'octroi de la *provisio ad litem*, priment sur l'assistance judiciaire gratuite¹⁶. Ainsi, dans le cadre d'une procédure matrimoniale, il appartient à l'autorité judiciaire d'examiner en premier lieu s'il y a lieu de condamner une partie à octroyer une *provisio ad litem* à l'autre et cas échéant, de renoncer à l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite qui est une aide octroyée par l'Etat. En ce sens, la *provisio ad litem* constitue une obligation découlant du droit fédéral comme le précise le Tribunal fédéral dans le présent arrêt¹⁷.

Le Tribunal fédéral soulève – sans toutefois la trancher – également la controverse doctrinale qui existe quant au fondement de la *provisio ad litem*. Une partie de la doctrine partage l'avis que celle-ci est fondée sur l'art. 163 CC qui consacre l'obligation d'entretien entre époux alors qu'une autre partie de la doctrine estime qu'elle est fondée sur l'art. 159 al. 3 CC qui consacre le devoir d'assistance entre époux. De pratique constante, l'Obergericht de Zurich partage ce second point de vue¹⁸. Quoi qu'il en soit, il en résulte que la *provisio ad litem* est fondée sur le droit matériel et ne constitue pas une prétention procédurale. Par conséquent, il appartient au juge du fond compétent en première instance selon le droit cantonal de se prononcer, dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles de divorce, sur une telle requête¹⁹.

Non seulement la requête de *provisio ad litem* doit être introduite dès la première instance, mais elle doit également l'être avant l'introduction de la procédure ou au plus tard au début de la procédure²⁰. Ainsi, le délai fixé pour effectuer l'avance de frais au sens de l'art. 98 CPC est suspendu jusqu'à la décision sur la requête de *provisio ad litem*²¹. Si celle-ci est admise, le délai pour verser l'avance de frais pourra être fixé. Il est toutefois possible de tenir une audience durant laquelle les époux seront entendus afin de clarifier l'état de fait, bien que la

¹⁵ ATF 103 Ia 99, consid. 4 ; GAURON-CARLIN, *2^{ème} Partie : Les procédures de première instance*, in : REISER/GAURON-CARLIN (édit.), *La procédure matrimoniale*, Nr. 27, 2019, p. 86 ss (p. 92) ; MAIER, *Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen*, in : SCHWENZER/BÜCHLER/COTTIER (édit.), *Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch)*, 2019, p. 818 ss.

¹⁶ ATF 138 III 672, consid. 4.2.1 et les références citées.

¹⁷ Arrêt du TF 5A_590/2019 du 13 février 2020, consid. 3.3.

¹⁸ Arrêt de l'Obergericht de Zurich (LC130037) du 8 octobre 2013, consid. III. 1.1.

¹⁹ Arrêt du TF 5A_793/2008 du 8 mai 2009, consid. 6.2 ; WUFFLI/FUHRER, *Handbuch – unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess*, Zurich 2019, N 621.

²⁰ JOSET, *Procédure civile : Aperçu de la jurisprudence rendue par la Cour civile du Tribunal Cantonal de 1979 à 1991*, Revue jurassienne de jurisprudence (RJJ), 1991, p. 316 ss.

²¹ ATF 138 III 672, consid. 4.2.

décision sur la requête de *provisio ad litem* n'ait pas encore été prise. Or, le jugement final est ainsi rendu une fois que l'avance de frais aura été faite²².

La *provisio ad litem* constitue une prestation provisoire qui ne peut en principe porter que sur des frais futurs. Son caractère provisoire implique donc qu'elle peut devoir être restituée au conjoint débiteur. En procédure de divorce, la question de savoir qui supporte en définitive les frais de justice avancés se règle lors de la liquidation du régime matrimonial. Ainsi, le conjoint débiteur peut également compenser cette avance de frais avec les demandes reconventionnelles découlant du droit matrimonial ou de procédure civile de l'époux bénéficiaire²³. En revanche, dans le cas de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge détermine s'il y a lieu à restitution au terme de la procédure par devant lui, à savoir lors de la répartition des frais et dépens entre les époux, voire lors du prononcé du jugement²⁴.

Dans le cas d'espèce, alors que la requête de *provisio ad litem* a été introduite avec la procédure de première instance et que le délai pour verser l'avance de frais a été suspendu, le Tribunal de première instance a immédiatement rendu son jugement après avoir tenu une audience sans se prononcer sur la requête de *provisio ad litem* entre les époux et en la déclarant même sans objet. Or, dans un arrêt ancien rendu par le Tribunal cantonal du Jura, il a été considéré qu'il est inadmissible dans un tel cas d'attendre le jugement au fond, voire même la procédure de recours, pour se prononcer sur ladite requête²⁵.

Dans l'arrêt présentement commenté, le tribunal de première instance a justifié son point de vue en appliquant par analogie un arrêt du Tribunal fédéral dans lequel un ex-époux a été condamné, dans le cadre d'une procédure de divorce jugée sur appel, au paiement d'une *provisio ad litem* à son ex-épouse. Celui-ci a alors pu obtenir la suppression de cette avance devant le Tribunal fédéral au motif que, au stade de la procédure d'appel, il n'est plus possible de statuer sur une requête visant à l'octroi d'une *provisio ad litem*. En effet, une telle requête doit intervenir en première instance. Dans l'hypothèse où elle est admise et que l'avance est accordée à l'ex-époux, le juge appelé à se prononcer sur recours est compétent pour trancher uniquement la question de savoir s'il y a lieu de restituer la *provisio ad litem* à l'époux débiteur²⁶.

Comme le constate le Tribunal fédéral, l'application par analogie d'une jurisprudence rendue dans le cadre d'une procédure de divorce à un cas de mesures protectrices de l'union conjugale n'est en rien arbitraire. Cependant, l'état de fait se distingue dans les deux affaires. En effet, il ne ressort pas de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_777/2014 qu'une requête de *provisio ad litem* a été introduite dès la première instance. Au contraire, celle-ci est intervenue pour la première fois en procédure d'appel. Cependant, comme expliqué ci-dessus, une telle possibilité n'est pas admissible selon le Tribunal fédéral, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'octroyer une avance de frais en seconde instance. Dans le cas d'espèce en revanche, la requête est intervenue dès la procédure de première instance et a été déclarée sans objet au seul motif que la procédure était arrivée à son terme. En outre, la juridiction d'appel a mis les

²² BÄHLER, Art. 287 ZPO, in : BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2016, p. 2181 ss (p. 2185).

²³ Pour l'ensemble : Arrêt de l'Obergericht de Zurich (LC130037) du 8 octobre 2013, consid. III. 1.4.

²⁴ JOSET Jean-Claude, *op. cit.*, p. 316 ss.

²⁵ JOSET Jean-Claude, *op. cit.*, p. 316 ss et les références citées.

²⁶ Pour l'ensemble : arrêt du TF 5A_777/2014 du 4 mars 2015, consid. 6.

frais de procédure à la charge de l'épouse, laquelle sollicitait précisément une aide pour s'en acquitter. La capacité financière de l'épouse n'a cependant pas été établie à titre préalable dans le cadre de l'examen des conditions d'octroi d'une *provisio ad litem*, puisque la requête portant sur ladite provision avait été déclarée sans objet. La question étant toujours d'actualité au terme de la procédure de deuxième instance, le Tribunal fédéral a dès lors considéré que le jugement de seconde instance était arbitraire dans son résultat.

Finalement, il est aussi l'occasion de rappeler que la décision qui statue sur la requête de *provisio ad litem* constitue une mesure provisionnelle au sens des art. 261 CPC et 98 LTF²⁷. Cela permet de soulever une autre controverse doctrinale sur la question de savoir s'il est possible d'ordonner des mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices. S'étant déjà prononcé sur la question, l'Obergericht de Zurich a considéré que, à défaut de base légale, aucun paiement ne pouvait avoir lieu à titre provisionnel dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices²⁸. Le Tribunal fédéral a quant à lui laissé la question ouverte dans le cas d'espèce. A notre avis, puisqu'il est possible d'introduire une requête de *provisio ad litem* et de trancher sur son sort dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale²⁹, la tendance semblerait plutôt aller vers l'acceptation du prononcé de mesures provisionnelles dans le cadre d'une telle procédure.

²⁷ Arrêts du TF 5A_97/2017 du 23 août 2017, consid. 12.1 ; 5A_247/2013 du 15 octobre 2013, consid. 1.3.

²⁸ Arrêt de l'Obergericht de Zurich du 21 octobre 2013 (LE130048) publié in FamPra.ch 2014 p. 208.

²⁹ *Contra* : arrêt du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 30 juillet 2002 (11.2001.88), publié in FamPra.ch 2004 p. 112 s., lequel considère que l'obligation de verser une *provisio ad litem* ne s'applique pas à une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, faute de base légale. La pratique de l'Obergericht de Zurich va dans le même sens (WUFFLI/FUHRER, *Handbuch – unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess*, Zurich 2019, N 171 ; Décision de l'Obergericht du canton de Zurich du 1^{er} novembre 2016 (LE160049), consid. 2.3.1 ; Décision de l'Obergericht du canton de Zurich du 17 septembre 2013 (RE130016), consid. II/3.c).