

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20024/2015

ACJC/1582/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 2 DECEMBRE 2016

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (GE), appelant d'une ordonnance rendue par la 12ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 9 juin 2016, comparant par Me Jaroslaw Grabowski, avocat, rue Pierre-Fatio 8, case postale 3481, 1211 Genève 3, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, comparant par Me Agrippino Renda, avocat, route des Acacias 6, case postale 588, 1211 Genève 4, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 8 décembre 2016.

EN FAIT

- A. Par ordonnance du 9 juin 2016, reçue le 14 juin 2016 par A_____, le Tribunal de première instance a, statuant sur mesures provisionnelles dans le cadre du divorce entre B_____ et A_____, débouté ce dernier de sa requête en *provisio ad litem* (chiffre 1 du dispositif), arrêté les frais de cette procédure à 300 fr., en les mettant à charge de A_____ et en le condamnant à verser ce montant à l'Etat de Genève (ch. 2), imparti à A_____ un délai au 14 juillet 2016 pour verser l'avance de frais du procès en divorce (ch. 3), dit qu'à défaut de ce paiement la cause serait rayée du rôle (ch. 4) et réservé la suite de la procédure (ch. 5).

Le Tribunal a retenu que l'incapacité de A_____ à assumer, par ses propres moyens, les frais du procès n'était pas établie, ce dernier ayant conservé la disposition de 105'347 euros sur un compte commun des parties et de 46'000 fr. sur son compte postal.

- B. Par acte déposé le 24 juin 2016 au greffe de la Cour de justice, A_____ forme recours contre cette ordonnance, dont il sollicite l'annulation. Cela fait, il conclut, principalement, à la condamnation de son épouse à lui verser la somme de 10'000 fr. à titre de *provisio ad litem* et, subsidiairement, au renvoi de la cause au Tribunal avec un délai pour exercer son droit de réplique, sous suite de frais et dépens.

Préalablement, il a sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire, qui lui a été refusée par décision du 29 juin 2016, au motif qu'il était propriétaire d'un bien immobilier.

Il produit des pièces nouvelles, soit un extrait bancaire du compte n° 1_____ ouvert auprès de la banque _____, au nom de C_____, constatant un solde nul en mars 2016, ainsi qu'un courriel de cette banque du 14 juin 2016 portant sur des mouvements opérés en 2013 sur le compte commun des parties.

B_____ conclut au rejet de ce recours et à la confirmation de l'ordonnance querellée, sous suite de frais et dépens.

Dans le cadre de leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

- C. Les éléments pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. A_____ et B_____ se sont mariés le _____ 1982 au Portugal. Ils n'ont pas conclu de contrat de mariage et sont les parents de deux filles, aujourd'hui majeures.

A_____ travaille en qualité de maçon et B_____ exerce une activité de femme de ménage.

Ils sont copropriétaires de deux biens immobiliers au Portugal, soit un appartement et une maison.

b. Le 5 mars 2013, B_____ a saisi le Tribunal d'une requête en mesures protectrices de l'union conjugale.

En dernier lieu, la Cour a, par arrêt du 20 décembre 2013, condamné A_____ à contribuer à l'entretien de son épouse à hauteur de 1'280 fr. par mois, à compter du 1^{er} avril 2013. A_____ bénéficiait d'un solde mensuel de 2'119 fr. (6'264 fr. de salaire – 4'145 fr. de charges), alors que B_____ supportait un déficit mensuel d'environ 430 fr. (2'200 fr. de salaire – 2'633 fr. de charges).

c. Le 30 septembre 2015, A_____ a saisi le Tribunal d'une demande unilatérale en divorce, assortie de mesures provisionnelles.

Préalablement, il a sollicité l'octroi de l'assistance judiciaire, qui lui a été refusée par décision du 8 octobre 2015, au motif qu'il était propriétaire d'un bien immobilier et que la fortune mobilière de son épouse apparaissait suffisante pour prendre en charge les frais judiciaires du divorce.

d. Par décision du 7 octobre 2015, le Tribunal a imparti à A_____ un délai au 6 novembre 2015 pour fournir une avance de frais de 6'500 fr.

e. Par requête de mesures provisionnelles du 6 novembre 2015, A_____ a conclu à la condamnation de son épouse à lui verser la somme de 10'000 fr. à titre de *provisio ad litem*, sous suite de frais et dépens.

f. Par courrier du même jour, le Tribunal a indiqué à A_____ que le délai de paiement de l'avance de frais de 6'500 fr. était suspendu jusqu'à droit jugé sur *provisio ad litem*.

g. Lors de l'audience de conciliation du 8 décembre 2015, B_____ a expliqué avoir retiré de l'argent des comptes communs des parties pour éviter que son époux ne dilapide leurs économies. Ils étaient copropriétaires de deux biens immobiliers au Portugal, dont un appartement mis en location. Son époux percevait les loyers de cette location sur un compte ouvert auprès de la banque _____. A_____ a précisé que cet appartement n'était plus loué depuis août 2015.

Sur question du Tribunal, les parties n'ont pas pu dire pour quelle raison leur fortune, constituée par leur épargne, n'apparaissait pas dans leur déclaration fiscale. Ils s'engageaient toutefois à collaborer à l'établissement de leur situation financière et à ne pas dépenser l'argent qu'ils avaient mis de côté.

Les parties ont requis du Tribunal qu'il sursoie à statuer sur la requête de *provisio ad litem* dans le but de trouver un accord.

h. Aucun accord n'ayant été trouvé, le Tribunal a, par ordonnance du 17 mai 2016, impartit un délai à B_____ au 3 juin 2016 pour répondre sur *provisio ad litem*, toute en réservant la suite de la procédure.

Dans sa réponse, reçue par le Tribunal le 6 juin 2016, B_____ a conclu au déboutement de son époux de sa demande de *provisio ad litem*.

i. Il ressort des pièces bancaires produites par les parties, en langue portugaise et, dès lors, en principe irrecevables, les éléments suivants :

A_____ et B_____ sont titulaires de comptes communs et personnels ouverts auprès des banques portugaises _____ et _____.

De décembre 2012 à juillet 2013, B_____ a retiré la somme totale de 450'774 euros des comptes communs des parties. Elle en a déposé une partie sur un compte personnel et 220'000 fr. ont été versés sur les comptes bancaires des filles des parties.

Après ces retraits, le solde du compte commun n° 2_____ ouvert auprès de _____ était de 9'994.60 euros. En septembre 2013, A_____ a retiré 3'000 euros pour les verser sur son compte privé ouvert auprès de _____. En novembre 2015, le solde du compte commun n° 2_____ était de 24.68 euros.

En juin 2014, A_____ a transféré de son compte privé ouvert auprès de _____ une somme de 78'659,08 euros sur le compte n° 3_____ de C_____, son neveu, ouvert auprès du même établissement bancaire.

A_____ est également titulaire d'un compte postal n° 4_____, dont le solde au 31 décembre 2013 était de 24'777 fr. 09. Il produit une quittance de la Poste de septembre 2015, selon laquelle « l'avoir disponible était de 378 fr. 15 », sans indication du compte.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles et, dans les affaires patrimoniales, si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 et 2 CPC).

Si un appel est interjeté en lieu et place d'un recours et si les conditions de l'acte qui aurait dû être formé sont remplies, une conversion de l'acte déposé en l'acte recevable est exceptionnellement possible si cela ne nuit pas aux droits de la partie adverse. Cette solution vaut aussi si la juridiction de première instance a indiqué de manière erronée des voies de droit (REETZ, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 26 et 51 ad art. 308-318 CPC). Il en est de même en cas de dépôt d'un recours en lieu et place d'un appel.

1.2 En l'espèce, l'appelant a déposé un acte de recours. Celui-ci porte toutefois sur le refus de l'octroi d'une *provisio ad litem*, soit une affaire patrimoniale (arrêt du Tribunal fédéral 5A_165/2013 du 28 août 2013 consid. 1), rendu à titre provisionnel, susceptible en principe d'appel (ACJC/789/2014 du 27 juin 2014 consid. 1). En première instance, l'appelant a sollicité le versement d'une *provisio ad litem* de 10'000 fr., de sorte que la valeur litigieuse minimale de l'appel est atteinte. La voie de l'appel est ainsi ouverte.

L'octroi d'une *provisio ad litem* ayant été refusé, le Tribunal a, à juste titre, imparti dans l'ordonnance entreprise un nouveau délai à l'appelant pour effectuer l'avance de frais de 6'500 fr., le premier délai ayant été suspendu (ATF 138 III 163 consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_323/2012 du 8 août 2012 consid. 4.2.1). Cette ordonnance ne traitant donc pas, en tant que telle, de l'avance de frais, la voie du recours n'est pas ouverte (103 CPC).

L'acte déposé répond néanmoins aux conditions de forme prévues pour l'appel (art. 130, 131 et 319 CPC) et a été formé dans le délai de dix jours applicable en procédure sommaire (art. 314 al. 1 CPC). Il sied également de relever que l'ordonnance entreprise ne mentionne pas les voies de droit applicables.

Par conséquent, le recours sera converti en appel. Celui-ci est recevable.

2. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen, tant en fait qu'en droit (art. 310 CPC). Toutefois, les mesures provisionnelles prises dans le cadre d'une action en divorce étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d, 271 let. a et 276 al. 1 CPC), la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de la sécurité (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêts du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2 et 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1).

En outre, la maxime inquisitoire limitée est applicable (art. 272 et 276 al. 1 CPC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_476/2015 du 19 novembre 2015 consid. 3.3.2). Cependant, elle ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 consid. 3.2; arrêts 5A_298/2015 du 30 septembre 2015 consid. 2.1.2 et 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1).

3. L'appelant produit deux pièces nouvelles.

3.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

Ainsi, seuls les faits et pièces nouvelles concernant des événements postérieurs à la date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger sont recevables, à moins que la partie qui s'en prévaut n'ait été empêchée de les invoquer antérieurement.

3.2 En l'espèce, le premier juge n'a pas formellement gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles, se limitant à réserver la suite de la procédure dans son ordonnance du 17 mai 2016, impartissant un délai à l'intimée pour répondre sur *provisio ad litem*. Néanmoins, les deux pièces nouvelles produites par l'appelant seront recevables au regard de ce qui suit (infra consid. 4.2).

4. L'appelant fait grief au premier juge d'avoir violé son droit d'être entendu, dès lors que la réponse de l'intimée à sa requête de *provisio ad litem* lui a été transmise par le Tribunal en même temps que l'ordonnance entreprise.

4.1 Le droit d'une partie de répliquer dans le cadre d'une procédure judiciaire constitue un élément du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst; ATF 133 I 98 consid. 2.1, in JdT 2007 I 379). Le droit de réplique existe également dans les causes soumises à la procédure sommaire (TC/VD CACI du 5 octobre 2011, in JdT 2012 III 10).

En règle générale, il n'y a pas de double échange d'écritures en procédure sommaire. Le requérant a cependant le droit de prendre position sur les arguments du défendeur en vertu de son droit de réplique découlant des art. 6 CEDH et 29 al. 2 Cst (BOHNET, CPC commenté, 2011, n. 9 ad art. 243 CPC). Lorsque le droit de procédure prévoit, comme en l'espèce, un seul échange d'écritures, l'autorité peut se limiter à transmettre pour information les écritures des parties, sans renvoyer formellement le destinataire à son droit de réplique. Si celui-ci ne réagit pas dans un délai approprié, l'autorité peut admettre qu'il a renoncé à son droit de réplique (ATF 133 I 98 consid. 2.2; ATF 132 I 42 consid. 3.3).

Le droit d'être entendu est un grief de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa). Cependant, une violation du droit d'être entendu en instance inférieure peut être réparée, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, lorsque l'intéressé a eu la faculté de se faire entendre en instance supérieure par une autorité disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (ATF 137 I 195 consid. 2.3.3, in SJ 2011 I 345; ATF 130 II 530 consid. 7.3; ATF 126 V 130 consid. 2b et les arrêts cités).

4.2 En l'espèce, le premier juge a, par ordonnance du 17 mai 2016, imparti un délai à l'intimée pour répondre sur *provisio ad litem* et a réservé la suite de la procédure. Toutefois, il ne ressort pas du dossier que le Tribunal a transmis cette réponse à l'appelant avant de rendre la décision querellée. Cette détermination a vraisemblablement été transmise en même temps que l'ordonnance entreprise, comme allégué par l'appelant. Ce dernier n'a donc pas eu la possibilité effective de prendre position sur les arguments de l'intimée. Dès lors qu'il n'a disposé d'aucun délai approprié pour répliquer, son droit d'être entendu a été violé en première instance.

Cela étant, l'appelant a eu la faculté de faire valoir ses arguments devant la Cour, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen, et ce à deux reprises. Il a également produit deux pièces nouvelles portant sur des faits soulevés pour la première fois par l'intimée dans sa réponse, raison pour laquelle ces pièces doivent être déclarées recevables. Par ailleurs, l'appelant, estimant la Cour suffisamment renseignée et par économie de procédure, requiert qu'elle tranche directement la question soumise.

Partant, la violation du droit d'être entendu de l'appelant a été réparée. Ce grief est donc rejeté.

5. L'appelant reproche au premier juge de ne pas lui avoir octroyé une *provisio ad litem* de 10'000 fr., alors qu'il avait démontré son incapacité financière à assumer les frais du procès.

5.1 La *provisio ad litem* consiste en une avance garantissant à la partie sans ressources ses frais de procédure et d'avocat (DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, Droit de la famille, 2013, n. 1.6 ad art. 276 CPC).

D'après la jurisprudence, une *provisio ad litem* est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce. Le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et des siens (ATF 103 Ia 99 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_372/2015 du 29 septembre 2015 consid. 4.1).

5.2.1 En l'espèce, la situation patrimoniale des parties n'est pour le moins pas claire, notamment s'agissant de l'étendue et de l'origine de leur fortune, ainsi que du statut fiscal de celle-ci. Néanmoins, il est établi que l'intimée a transféré, entre décembre 2012 et juillet 2013, une partie importante des économies du couple sur son compte personnel et ceux de leurs filles, soit un montant total d'environ 450'700 euros.

Une fois ces retraits opérés, l'appelant a notamment eu à disposition un montant d'environ 10'000 euros sur le compte commun des parties auprès de _____. Il a, d'ailleurs, transféré une somme de 3'000 euros de ce compte sur un autre compte personnel. En décembre 2013, l'appelant bénéficiait également d'une somme de 24'777 fr. sur son compte postal personnel. Il allègue que ce compte présentait un solde de 368 fr. 15 en septembre 2015. Toutefois, la pièce produite à l'appui de cet allégué n'est pas probante. En effet, il s'agit d'une quittance de la Poste sans aucune référence à un compte précis.

En outre, au regard des pièces produites par l'intimée, il apparaît que l'appelant a transféré en juin 2014 un montant de 78'659 euros de son compte privé sur celui n° 3_____ ouvert au nom de son neveu, C_____. L'appelant conteste ce transfert, mais ne fournit aucune explication sur celui-ci. Il se borne à produire un extrait bancaire d'un autre compte de son neveu n° 1_____, présentant un solde de zéro en mars 2016. Force est de constater que cette pièce n'est en rien pertinente. Or, comme rappelé supra, l'application de la maxime inquisitoire limitée ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses.

Les parties sont également copropriétaires d'une maison et d'un appartement au Portugal. Celui-ci était mis en location jusqu'en août 2015 semble-t-il. L'intimée a allégué, sans être contredite par l'appelant, que les revenus locatifs étaient perçus par ce dernier sur un compte ouvert auprès de la banque _____. Les parties n'ont toutefois produit aucune pièce relative à ce compte, ni expliqué les raisons pour lesquelles leur appartement n'était plus loué.

5.2.2 Par conséquent, bien que l'intimée ait soustrait une partie importante des économies du couple de leurs comptes communs, l'appelant a, vraisemblablement, continué à bénéficier de moyens financiers suffisants, qu'il s'agisse de revenus ou de fortune, afin de pouvoir couvrir les frais de la procédure de divorce. En tous les cas, il ne démontre pas, même sous l'angle de la vraisemblance, être actuellement dans une situation l'empêchant d'assumer lesdits frais.

Partant, la première condition à l'octroi d'une *provisio ad litem* n'étant pas réalisée, l'ordonnance querellée doit être confirmée.

- 6.** Les frais judiciaires d'appel seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 95 et 106 al. 1 CPC). Ceux-ci seront arrêtés à 800 fr. et compensés avec

l'avance de frais de même montant fournie par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC; art. 31 et 37 RTFMC).

Pour les mêmes motifs, l'appelant sera condamné à payer à l'intimée la somme de 830 fr. à titre de dépens d'appel, débours et TVA inclus (art. 95 al. 3, 96 et 105 al. 2 et 111 al. 2 CPC; art. 84, 85, 88 et 90 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 24 juin 2016 par A_____ contre l'ordonnance rendue le 9 juin 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20024/2015-12.

Au fond :

Confirme l'ordonnance entreprise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr., les met à la charge de A_____ et les compense avec l'avance de frais de même montant fournie par lui, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à payer à B_____ la somme de 830 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Camille LESTEVEN

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 113 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours constitutionnel subsidiaire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 30'000 fr.