



5A_590/2019

Arrêt du 13 février 2020

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux Herrmann, Président,
von Werdt et Bovey.
Greffière : Mme Mairot.

Participants à la procédure

A.A. _____,
représentée par Me Thomas Barth, avocat,
recourante,

contre

B.A. _____,
représenté par Me Claude Laporte, avocat,
intimé.

Objet

mesures protectrices de l'union conjugale
(provisio ad litem),

recours contre l'arrêt de la Chambre civile de la
Cour de justice du canton de Genève du 21 juin 2019
(C/22386/2018, ACJC/917/2019).

Faits :

A.

A.a A.A._____, née en 1962, et B.A._____, né en 1961, se sont mariés en 1989 à U._____ (GE). Deux filles, aujourd'hui majeures, sont issues de cette union. Les époux vivent séparés depuis le mois d'août 2017.

A.b Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée le 3 octobre 2018 devant le Tribunal de première instance du canton de Genève (ci-après: Tribunal), l'épouse a conclu, préalablement, au paiement d'une *provisio ad litem* de 8'000 fr. Principalement, elle a sollicité l'autorisation de vivre séparée de son mari, l'attribution en sa faveur de la jouissance exclusive du domicile conjugal ainsi que du mobilier du ménage, la condamnation de son époux à lui verser, par mois et d'avance, à compter du dépôt de la requête, une contribution pour son entretien de 3'500 fr. et l'indexation de cette contribution.

A.c Par décision du 10 octobre 2018, le délai de paiement de l'avance de frais de 500 fr. a été suspendu jusqu'à droit jugé sur la requête de *provisio ad litem* (art. 105 al. 2 LTF).

A.d Les conjoints ont été entendus lors de l'audience du Tribunal du 27 février 2019. L'épouse a persisté dans ses conclusions. Le mari a indiqué qu'il était d'accord avec la séparation ainsi qu'avec l'attribution de la jouissance du domicile conjugal à l'épouse durant la séparation et jusqu'au divorce. Il a proposé de verser à celle-ci la somme de 1'500 fr. par mois depuis le 1^{er} septembre 2017. Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience.

B.

B.a Par jugement du 5 mars 2019, le Tribunal a autorisé les conjoints à vivre séparés (ch. 1 du dispositif), attribué à l'épouse la jouissance exclusive du domicile conjugal ainsi que le mobilier le garnissant (ch. 2), condamné le mari à payer à l'épouse une contribution d'entretien, indexée, d'un montant de 2'000 fr. par mois dès le 1^{er} septembre 2017 (ch. 3 et 4), dit que la requête de *provisio ad litem* de celle-ci était devenue sans objet (ch. 5), prononcé les mesures en question pour une durée indéterminée (ch. 6) et statué sur les frais et dépens, les parties étant déboutées de toutes autres conclusions (ch. 7 à 10).

B.b Par acte déposé au greffe de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: Cour de justice) le 18 mars 2019, l'épouse a appelé de ce jugement, concluant à l'annulation des chiffres 3 et 5 de son dispositif et, sur ces points, à ce que le mari soit condamné à lui verser une contribution d'entretien de 3'200 fr. par mois dès le 1^{er} septembre 2017 ainsi qu'une *provisio ad litem* de 12'000 fr. pour la procédure de première instance et d'appel, le jugement devant être confirmé pour le surplus. Le mari a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement attaqué, les dépens pouvant être compensés vu la qualité des parties.

Par arrêt du 21 juin 2019, expédié le 16 juillet 2019, la Cour de justice a confirmé le jugement attaqué.

C.

Par acte posté le 24 juillet 2019, A.A._____ exerce un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 21 juin 2019. Elle conclut à son annulation et à sa réforme en ce sens que son époux est condamné à lui verser une *provisio ad litem* de 8'000 fr. pour la procédure de première instance et de 4'000 fr. pour la procédure d'appel. Subsidiairement, elle sollicite le renvoi de la cause à la Cour de justice pour nouvelle décision au sens des considérants.

L'intimé conclut principalement à l'irrecevabilité des recours et subsidiairement à leur rejet. La Cour de justice s'est référée aux considérants de son arrêt. La recourante a répliqué, persistant dans ses conclusions.

Considérant en droit :

1.

Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans la forme légale (art. 42 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 133 III 393 consid. 4) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF), dans une affaire matrimoniale (art. 72 al. 1 LTF) de nature pécuniaire. La recourante considère que la valeur litigieuse minimale de 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF) requise pour le recours en matière civile n'est pas atteinte et soutient que son recours présente une question juridique de principe. Ce faisant, elle perd de vue que ce n'est pas le montant qui reste litigieux devant le Tribunal

fédéral ni ce que l'autorité cantonale a décidé mais les conclusions litigieuses devant cette autorité qui sont déterminantes pour juger si la valeur litigieuse minimale est atteinte (art. 51 al. 1 let. a LTF; arrêts 5A_539/2019 du 14 novembre 2019 consid. 1 et les références; 4A_111/2019 du 23 juillet 2019 consid. 1.1). Or, en l'espèce, tant la contribution d'entretien que la *provisio ad litem* étaient litigieuses devant la Cour de justice. Les conclusions y relatives atteignaient donc une valeur suffisante (cf. art. 51 al. 1 let. a, 51 al. 4 et 74 al. 1 let. b LTF), ce que l'autorité précédente a du reste constaté au pied de son arrêt. La voie du recours en matière civile est dès lors ouverte, à l'exclusion de celle du recours constitutionnel subsidiaire, lequel est irrecevable (art. 113 LTF). La question de savoir quel est le type de recours ouvert dans le cas présent est toutefois dépourvue de conséquences. En effet, le recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire connaissent une limitation identique des griefs pouvant être invoqués contre une décision de mesures protectrices de l'union conjugale (cf. infra consid. 2.1; arrêt 5A_478/2017 du 7 juin 2018 consid. 1.1). Pour le surplus, la recourante a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

2.

2.1 Comme la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 134 III 667 consid. 1.1; 133 III 393 consid. 5, 585 consid. 3.3), la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant ("principe d'allégation"; art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4).

En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst.) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 144 I 170 consid. 7.3; 141 III 564 consid. 4.1); il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 144 I 113 consid. 7.1, 170 consid. 7.3; 142 II 369 consid. 4.3).

2.2 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l'art. 98 LTF, le recourant qui entend invoquer que

les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence). Le recourant ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable (art. 106 al. 2 LTF; ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

3.

La recourante se plaint d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application de l'art. 163 CC en tant que la Cour de justice a refusé de condamner l'intimé au paiement d'une *provisio ad litem*.

3.1 L'autorité cantonale a considéré que le Tribunal de première instance n'avait en rien violé la loi en constatant dans son jugement qu'il n'y avait plus lieu à statuer sur la requête de *provisio ad litem* de l'appelante, la procédure étant arrivée à son terme par-devant lui lors du prononcé dudit jugement. En effet, comme rappelé par la jurisprudence (arrêt 5A_777/2014 du 4 mars 2015 consid. 6.2 et 6.3), la seule question relative à la provision qui pouvait être résolue à ce stade du procès était celle de son éventuelle restitution. Cette question ne se posait pas en l'espèce. Pour le reste, les coûts de la procédure étaient réglés en fin de celle-ci par la décision sur les frais judiciaires. Le grief devait dès lors être rejeté et le jugement de première instance confirmé sur ce point. Pour les mêmes motifs, il en allait également ainsi, *mutatis mutandis*, s'agissant de la requête de *provisio ad litem* pour la procédure d'appel. Celle-ci étant arrivée à son terme, il n'y avait plus place pour une avance.

3.2 La recourante fait valoir que l'arrêt sur lequel la Cour de justice s'est fondée, qui concerne une procédure de divorce, ne peut pas être transposé à une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Appliquer cet arrêt reviendrait en effet à priver les parties d'une

procédure de *provisio ad litem* puisqu'elles ne pourraient jamais l'obtenir, ni par une décision provisionnelle ni dans le jugement final. Par conséquent, afin de ne pas violer l'obligation d'entretien prévue à l'art. 163 CC, il se justifierait, même en fin de procédure, d'octroyer une *provisio ad litem* à l'époux qui se trouve en difficulté financière. Ainsi, le Tribunal de première instance et la Cour de justice auraient dû soit accorder une *provisio ad litem*, soit prévoir une contribution aux frais du procès en sa faveur dans le jugement final.

3.3 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; 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 la 99 consid. 4; arrêts 5A_808/2016 du 21 mars 2017 consid. 4.1; 5A_784/2008 du 20 novembre 2009 consid. 2). Le fondement de cette prestation – devoir d'assistance (art. 159 al. 3 CC) ou obligation d'entretien (art. 163 CC) – est controversé (arrêts 5A_62/2011 du 26 juillet 2011 consid. 2.2; 5P.346/2005 du 15 novembre 2015 consid. 4.3 et les références citées, publié in FamPra.ch 2006 p. 892), mais cet aspect n'a pas d'incidence sur les conditions qui président à son octroi. En tout état de cause, selon l'art. 163 al. 1 CC, la loi n'institue plus un devoir général d'entretien à la charge du mari (art. 160 al. 2 aCC; ATF 110 II 116 consid. 2a), mais une prise en charge conjointe des besoins de la famille au regard des facultés de chacun des époux (arrêt 5P.42/2006 du 10 juillet 2007 consid. 4).

Vu son fondement juridique, une *provisio ad litem* peut être accordée déjà au stade des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles. Qu'elle découle de l'obligation d'entretien de l'art. 163 CC ou du devoir d'assistance de l'art. 159 al. 3 CC, la demande de *provisio ad litem* est une requête fondée sur le droit matériel qui doit être formée devant le juge compétent, qui peut être aussi bien le juge du divorce que celui des mesures protectrices de l'union conjugale (cf. arrêt 5A_793/2008 du 8 mai 2009 consid. 6.2; TAPPY, in Commentaire romand, CPC, 2^{ème} éd. 2019, n^{os} 36 et 37 ad art. 273 CPC; plus nuancée, DENISE WEINGART, *provisio ad litem* – Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren, in Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, 2018, p. 677 ss, 681, qui semble partir du principe que la *provisio ad litem* doit être ordonnée dans le cadre d'une procédure séparée de mesures provisionnelles), puisque tant le devoir d'assistance entre époux que l'obligation d'entretien existent même lorsqu'aucune procédure de divorce n'est engagée (dans ce

sens, arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 15 juin 2012 [HC/2012/394] consid. 3b).

La *provisio ad litem* est une simple avance. Le droit fédéral prévoit uniquement l'obligation d'effectuer cette avance, qui peut dès lors devoir être remboursée dans le cadre du partage définitif des frais entre les parties, cette répartition relevant des règles de procédure applicables (arrêt 5A_784/2008 du 20 novembre 2009 consid. 2 et les références). Il a ainsi été jugé, dans le cadre d'une procédure de divorce, que lorsque la procédure arrive à son terme, le tribunal ne peut plus statuer sur l'octroi d'une *provisio ad litem*, mais uniquement, dans l'hypothèse où une telle avance a été préalablement octroyée au cours de la procédure, trancher la question de son éventuelle restitution (arrêts 5A_819/2017 du 20 mars 2018 consid. 11; 5A_777/2014 du 4 mars 2015 consid. 6).

3.4 La recourante se base sur un arrêt rendu le 21 octobre 2013 par l'Obergericht de Zurich (LE130048, publié in FamPra.ch 2014 p. 208) pour justifier son point de vue selon lequel la Cour de justice aurait arbitrairement appliqué l'arrêt 5A_777/2014 précité dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Elle reprend l'opinion des juges zurichois selon laquelle aucun versement pécuniaire ne peut être ordonné à titre provisionnel dans une telle procédure, à la différence de la procédure de divorce. Partant, appliquer la solution retenue par l'arrêt 5A_777/2014 en procédure de mesures protectrices reviendrait à priver les parties de *provisio ad litem*, puisqu'elles ne pourraient jamais l'obtenir. Ce faisant, la recourante perd de vue que le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées en procédure de mesures protectrices (cf. arrêts 5A_870/2013 du 28 octobre 2014 consid. 5; 5A_212/2012 du 15 août 2012 consid. 2.2.2; SAMUEL ZOGG, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in FamPra.ch 2018 p. 47 ss, 81 et les références). L'arrêt de l'Obergericht de Zurich mis en exergue, qui part du principe que dans une telle procédure, aucun paiement en argent ne peut être ordonné à titre provisionnel faute de base légale, n'est dès lors d'aucun secours à la recourante en tant qu'elle prétend qu'il serait impossible d'obtenir une *provisio ad litem* à titre provisionnel dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Dans cette mesure, l'arrêt entrepris ne souffre d'aucun arbitraire.

Reste à savoir si la solution consistant, au stade du prononcé des mesures protectrices, à déclarer sans objet la conclusion en paiement d'une *provisio ad litem* formée dans le cadre de la requête initiale, conduit à un résultat insoutenable.

3.5 En l'espèce, l'épouse a déposé, le 3 octobre 2018, une requête de mesures protectrices de l'union conjugale dans laquelle elle concluait préalablement à ce que le mari soit condamné à lui verser une *provisio ad litem*. Par décision du 10 octobre 2018, le Tribunal a suspendu le délai de paiement de l'avance de frais de 500 fr. jusqu'à droit jugé sur la requête de *provisio ad litem*. Sans avoir statué séparément sur celle-ci, il a déclaré, dans son jugement final du 5 mars 2019, que ladite requête était devenue sans objet dès lors que la procédure était arrivée à son terme. Saisie d'un appel de l'épouse, la cour cantonale a confirmé ce prononcé et, pour le même motif, a également déclaré sans objet la demande de *provisio ad litem* pour la procédure d'appel.

Chacune de ces autorités s'est fondée sur l'arrêt 5A_777/2014 précité, qui rappelle que la *provisio ad litem* doit permettre à chaque époux de défendre ses intérêts dans une procédure judiciaire, y compris de nature matrimoniale, et qu'il s'agit d'une simple avance qui peut devoir être restituée. S'il résulte de cet arrêt, rendu dans une procédure de divorce, qu'il appartient au juge du divorce de décider de l'éventuelle restitution de cette avance dans le cadre de la répartition des frais et dépens, les juridictions genevoises ne pouvaient en déduire que les requêtes de *provisio ad litem* de l'épouse, sur lesquelles elles ne s'étaient pas prononcées, avaient perdu leur objet du seul fait de l'achèvement de la procédure. En effet, lorsque, comme dans le cas particulier, des frais de procédure ont été mis à la charge de la partie qui a sollicité la *provisio ad litem* et que les dépens ont été compensés, savoir si celle-ci dispose des moyens suffisants pour assumer lesdits frais est une question qui – comme lorsqu'il a été renoncé provisoirement à exiger une avance de frais et qu'il a été sursis à statuer sur l'octroi de l'assistance judiciaire – continue de se poser au moment où la décision finale est rendue.

L'arrêt entrepris se révèle ainsi arbitraire dans son résultat. Il doit par conséquent être annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle se prononce sur le fond en ce qui concerne les requêtes de *provisio ad litem* de la recourante.

4.

En définitive, le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable. Le recours en matière civile est admis et la cause est renvoyée à la Cour de justice pour nouvelle décision au sens des considérants. A titre de partie qui succombe, l'intimé doit acquitter les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr. (art. 66 al. 1 LTF), et les dépens auxquels la recourante peut prétendre (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

2.

Le recours en matière civile est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de l'intimé.

4.

Une indemnité de 2'500 fr., à verser à la recourante à titre de dépens, est mise à la charge de l'intimé.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 13 février 2020

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président :

La Greffière :

Herrmann

Mairot