



## **Arrêt du 12 décembre 2016**

### **Ile Cour de droit civil**

---

Composition

MM les Juges fédéraux von Werdt, Président,  
Herrmann et Schöbi.  
Greffière : Mme Gauron-Carlin.

---

Participants à la procédure

**A.A.**\_\_\_\_\_,  
représentée par Me Jaroslaw Grabowski, avocat,  
recourante,

**contre**

**B.A.**\_\_\_\_\_,  
représenté par Me Daniel Tunik, avocat,  
intimé.

---

Objet

avance de frais (divorce),

recours contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de  
justice du canton de Genève du 9 septembre 2016.

## **Faits :**

### **A.**

Par décision du 17 février 2016, le Tribunal de première instance du canton de Genève a imparti à A.A. \_\_\_\_\_ un délai au 17 mars 2016 pour verser une avance de frais de 14'000 fr., pour les conclusions qu'elles avait prises dans sa réponse à la requête unilatérale en divorce introduite par son époux.

Statuant par arrêt du 9 septembre 2016, communiqué aux parties le 15 septembre 2016, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté le recours formé le 4 mars 2016 par A.A. \_\_\_\_\_, tendant à ce que la décision du 17 février 2016 soit annulée et réformée en ce sens qu'un délai est imparti à son époux pour verser l'avance de frais de 14'000 fr.

### **B.**

Par acte du 14 octobre 2016, A.A. \_\_\_\_\_ interjette un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral. Elle conclut à l'annulation de l'arrêt entrepris et à sa réforme en ce sens qu'un délai est imparti à son mari pour verser l'avance de frais de 14'000 fr. exigée dans la procédure de divorce. Au préalable, la recourante sollicite l'octroi de l'effet suspensif à son recours et requiert d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale, en ce sens qu'elle est dispensée de payer les frais judiciaires.

Invité à se déterminer sur l'effet suspensif, l'intimé, contrairement à l'autorité précédente, s'y est opposé.

### **C.**

Par ordonnance du 1<sup>er</sup> novembre 2016, le Président de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral a octroyé l'effet suspensif au recours.

Des réponses au fond n'ont pas été requises.

## **Considérant en droit :**

### **1.**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 141 II 113 consid. 1 p. 116; 140 I 252 consid. 1 p. 254; 139 III 133 consid. 1 p. 133).

**1.1** En principe, le recours en matière civile – de même que le recours constitutionnel subsidiaire (par renvoi de l'art. 117 LTF; arrêt 5D\_79/2010 du 29 juillet 2010 consid. 1; HANSJÖRG SEILER, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Stämpflis Handkommentar, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, n° 6 *ad* art. 117 LTF) – n'est recevable que contre les décisions finales (art. 90 LTF) et contre les décisions partielles au sens de l'art. 91 LTF, qui sont des décisions partiellement finales (ATF 135 III 212 consid. 1.2.1 p. 217; 134 III 426 consid. 1.1 p. 428; 133 III 629 consid. 2.1 p. 630; 133 V 477 consid. 4.1.2 p. 480), dès lors qu'elles statuent sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause ou qui met fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts (art. 91 let. a et b LTF; ATF 141 III 395 consid. 2.4 p. 398; 133 V 477 consid. 4.1.2 p. 480). Le recours en matière civile est également ouvert contre une décision préjudicielle ou incidente notifiée séparément (ATF 135 III 566 consid. 1.1 p. 568), qui porte sur la compétence ou sur une demande de récusation (art. 92 al. 1 LTF); il en va de même si une telle décision est susceptible de causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. a et b LTF; arrêts 5A\_64/2013 du 2 mai 2013 consid. 1.1; 5A\_371/2012 du 22 août 2012 consid. 2), étant précisé qu'il incombe à la partie recourante de démontrer que ces conditions sont réalisées (ATF 134 III 426 consid. 1.2 p. 429). Si le recours n'est pas recevable, faute de remplir ces conditions, les décisions préjudicielles ou incidentes peuvent être attaquées avec la décision finale, dans la mesure où elles influent sur le contenu de celle-ci (art. 93 al. 3 LTF).

**1.2** L'arrêt déféré du 9 septembre 2016, par lequel la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève confirme la décision impartissant à la recourante un délai pour verser une avance de frais de 14'000 fr. dans le cadre d'une procédure de divorce, n'est pas une décision finale, au sens de l'art. 90 LTF, car elle ne met pas un terme à la procédure. Il s'agit d'une décision incidente de procédure ne concernant ni la compétence ni une demande de récusation (art. 92 LTF) et qui tombe, dès lors, sous le coup de l'art. 93 al. 1 LTF (ATF 137 III 380 consid. 1.1; arrêt 4A\_14/2016 du 15 novembre 2016 consid. 2.1).

**1.3** L'art. 93 al. 1 LTF énonce deux hypothèses dans lesquelles un recours immédiat au Tribunal fédéral est admissible. Les décisions préjudicielles et incidentes ne peuvent faire l'objet d'un recours que si elles peuvent causer un préjudice irréparable (let. a) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b).

Les exceptions permettant de recourir contre une décision incidente doivent être appréciées restrictivement, ce d'autant que les parties n'en subissent en principe pas de préjudice, puisqu'elles peuvent encore attaquer la décision incidente avec la décision finale en vertu de l'art. 93 al. 3 LTF (*cf. supra* consid. 1.1 *in fine*; arrêt 5A\_154/2015 du 5 octobre 2015 consid. 2.3.1).

L'éventualité prévue à l'art. 93 al. 1 let. b LTF – qui suppose que le Tribunal fédéral est en mesure de rendre lui-même un jugement final en réformant la décision préjudicielle ou incidente attaquée – peut d'emblée être exclue dans le cas présent, la mise à la charge soit du mari, soit de l'épouse, de l'avance de frais litigieuse ne permettant pas de statuer immédiatement sur l'action en divorce ouverte par l'époux.

**1.4** Il reste donc à examiner si la décision attaquée est de nature à causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF), notion qui ne doit pas être confondue avec celle du dommage en tant que condition matérielle de la protection provisoire (ATF 138 III 378 consid. 6.3 p. 380 au sujet des art. 261 al. 1 let. b et 315 al. 5 CPC; ATF 137 III 324 consid. 1.1 p. 328; 116 la 446 consid. 2). La réalisation de cette condition suppose – si l'on excepte quelques situations particulières non réalisées dans le cas d'espèce – que la partie recourante soit exposée à un préjudice de nature juridique (ATF 141 III 80 consid. 1.2 p. 80; 138 III 333 consid. 1.3.1). Tel est le cas lorsqu'une décision finale favorable au recourant, prise le cas échéant par le Tribunal fédéral (ATF 136 II 165 consid. 1.2.1 p. 170; 134 III 188 consid. 2.1 p. 191), ne ferait pas disparaître entièrement le préjudice, comme dans l'hypothèse où la décision incidente contestée ne pourrait plus être attaquée avec la décision finale, contrairement à la règle posée à l'art. 93 al. 3 LTF, rendant ainsi impossible le contrôle par le Tribunal fédéral. En revanche, un dommage économique ou de pur fait, tel que l'accroissement des frais de la procédure ou la prolongation de celle-ci, n'est pas considéré comme un préjudice irréparable de ce point de vue (ATF 141 III 80 consid. 1.2 p. 80; 133 III 629 consid. 2.3.1 et les arrêts cités). Cette réglementation est fondée sur des motifs d'économie de la procédure, le Tribunal fédéral ne devant en principe s'occuper d'une affaire qu'une seule fois, quand il est acquis que la partie recourante subit effectivement un préjudice juridique irréparable (ATF 141 III 80 consid. 1.2 p. 81; 134 III 188 consid. 2.2; arrêt 4A\_14/2016 du 15 novembre 2016 consid. 2.2).

L'art. 93 al. 1 let. a LTF, tel qu'il est formulé, subordonne certes la recevabilité du recours immédiat contre une décision incidente visée par lui à la simple possibilité que cette décision entraîne un préjudice irréparable (ATF 134 III 188 consid. 2.1 p. 191). Cependant, il appartient au recourant d'établir l'existence d'un tel risque, en démontrant dans quelle mesure il est concrètement menacé d'un préjudice irréparable de nature juridique, sous peine de voir son recours déclaré irrecevable (ATF 141 III 80 consid. 1.2 *in fine*; 138 III 46 consid. 1.2; 137 III 324 consid. 1.1 p. 329).

**1.4.1** Il ressort de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral qu'une décision incidente qui exige une avance de frais ou la fourniture de sûretés en garantie des dépens, sous peine d'irrecevabilité d'une demande, d'une requête ou d'un recours, est de nature à causer un préjudice irréparable à la partie concernée, si celle-ci ne peut bénéficier de l'assistance judiciaire, de sorte qu'elle peut être déférée directement au Tribunal fédéral lorsqu'elle a été prise par l'autorité cantonale de dernière instance (arrêt 4A\_14/2016 du 15 novembre 2016 consid. 2.3.1 avec les références détaillées).

Toutefois, ce principe doit être clarifié (*cf.* arrêt 4A\_14/2016 du 15 novembre 2016 consid. 2.3.1 *in fine*).

Le préjudice irréparable, au sens de la jurisprudence relative à l'art. 93 al. 1 let. a LTF, réside, non pas dans le montant plus ou moins élevé de l'avance, mais uniquement dans le fait, pour la partie qui ne possède pas les moyens financiers nécessaires au paiement de celle-ci et qui ne peut pas non plus réclamer le bénéfice de l'assistance judiciaire, de ne pas pouvoir faire valoir ses droits en justice. Il n'existe pas de présomption irréfragable de l'existence d'un préjudice irréparable (ATF 137 III 324 consid. 1.1 p. 329); aussi, en tant que le préjudice irréparable consiste en ce que la partie qui ne fournit pas les avances de frais ou les sûretés requises s'expose à recevoir une décision d'irrecevabilité de ses conclusions, cette partie doit démontrer qu'elle n'est pas en mesure de verser le montant qui lui a été réclamé à ce titre. Autrement dit, la preuve de la réalisation de la condition de recevabilité posée à l'art. 93 al. 1 let. a LTF inclut la démonstration de l'impossibilité de verser l'avance de frais requise en raison d'un manque de moyens financiers (arrêt 4A\_14/2016 du 15 novembre 2016 consid. 2.3.4), étant précisé que la preuve de l'absence de ressources suffisantes au paiement de l'avance de frais ne doit pas être examinée à la même aune que celle de l'indigence en tant que condition nécessaire à l'octroi de l'assistance judiciaire (*cf.* art. 117

let. a CPC; arrêt 5A\_275/2016 du 5 juillet 2016 consid. 1). Si la partie recourante possède les moyens financiers lui permettant de verser l'avance de frais requise – même si cette avance de frais est contestée dans son principe ou seulement dans son montant –, et que le seul inconvénient auquel elle s'expose consiste dans la privation momentanée des fonds correspondant à l'avance indûment versée, respectivement à la part de l'avance versée en trop, il n'existe pas de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF. En effet, de jurisprudence constante, le fait d'être exposé au paiement d'une somme d'argent et d'être ainsi privé temporairement de la jouissance d'un élément de sa fortune n'entraîne, en principe, aucun préjudice de nature juridique (ATF 137 III 637 consid. 1.2 p. 640).

En définitive, le droit d'attaquer une décision incidente en matière d'avance de frais ou de sûretés en garantie des dépens n'appartient qu'à la partie qui ne possède pas les moyens financiers nécessaires au paiement du montant qu'elle s'est vu réclamer à ce titre, qui ne remplit pas les conditions lui permettant d'obtenir sa mise au bénéfice de l'assistance judiciaire et qui démontre qu'elle n'est financièrement pas en mesure de payer le montant qui lui ouvrirait les portes de l'institution judiciaire, étant précisé que les exigences relatives à cette preuve ne sont pas aussi élevées que celles qui concernent la preuve de l'indigence au sens de l'art. 117 let. a CPC (arrêt 4A\_14/2016 du 15 novembre 2016 consid. 2.3.4 *in fine*).

**1.4.2** Sous le titre "Du préjudice irréparable", la recourante expose que "en cas de défaut du paiement de l'avance de frais précitée, le tribunal n'entrera pas en matière sur les Conclusions (CPC 101 al. 3), de sorte que les prétentions de la recourante seront définitivement perdues, ce d'autant plus que la recourante n'a pas les moyens de les payer (ses revenus est l'entretien fixé par la Cour de Justice cantonale [...])" (*sic!*). Elle conclut en affirmant que "l'arrêt attaqué, devrait-il demeurer inchangé et de ce fait les frais impayés, il provoquerait la perte définitive des prétentions matrimoniales de la recourante, lui créant par-là un préjudice irréparable". Au regard de ce qui précède, cette argumentation uniquement ciblée sur la perte de ses prétentions – partant, lacunaire s'agissant de ses moyens financiers disponibles – ne suffit manifestement pas à démontrer que l'intéressée est dépourvue des ressources nécessaires à la fourniture de l'avance de frais exigée.

Quant à l'argumentation développée par la recourante en lien avec sa demande d'assistance judiciaire pour l'instance fédérale, elle soutient certes vivre avec une contribution d'entretien mensuelle de 3'556 fr.,

proche de son minimum vital, être sans autres ressources, et expose que son compte courant alimenté par les contributions d'entretien présente un solde de moins de 3'000 fr., il n'en demeure pas moins qu'elle n'allègue pas, ni *a fortiori* ne démontre, qu'elle serait dénuée des moyens financiers lui permettant de verser l'avance de frais requise. De surcroît, tel n'apparaît pas comme étant manifeste, dès lors qu'il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que la recourante vit dans un appartement acquis en copropriété avec son mari pour un prix de 2'898'000 fr. pour lequel elle a apporté 750'000 fr. de fonds propres, qu'elle jouit d'avoirs bancaires de plus de 23'000 fr., et qu'une contribution d'entretien de 7'000 fr. par mois lui a été allouée sur mesures provisionnelles dans la procédure de divorce.

Enfin, la recourante affirme que son mari perçoit environ 400'000 fr. par an, en sorte qu'il ne saurait être retenu le risque que l'impécuniosité de l'intimé, si elle obtient gain de cause au fond, ne permette pas à ce dernier de lui rembourser l'avance de frais versée indument.

Il s'ensuit que tant le recours en matière civile que le recours constitutionnel subsidiaire doivent être déclarés irrecevables (*cf. supra* consid. 1.1).

**1.5** La recourante s'était vu impartir, le 17 février 2016, un délai au 17 mars 2016 pour effectuer l'avance des frais judiciaires litigieuse de 14'000 fr. Dans son recours au Tribunal fédéral, la recourante a requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours. Par ordonnance du 1<sup>er</sup> novembre 2016, le Président de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil a fait droit à cette requête, de sorte que le délai de paiement de l'avance de frais a été valablement suspendu jusqu'à ce jour. Dès lors, il convient de fixer un nouveau délai à la recourante pour verser l'avance de frais litigieuse (arrêt 5A\_275/2016 du 5 juillet 2016 consid. 2). Un délai échéant le 31 janvier 2017 est ainsi impartit à la recourante pour verser l'avance de frais de 14'000 fr. requise le 17 février 2016 par le Tribunal de première instance du canton de Genève.

## **2.**

Vu ce qui précède, le recours en matière civile, ainsi que le recours constitutionnel subsidiaire sont irrecevables. Les conclusions des présents recours étant d'emblée dépourvues de toute chance de succès, la requête d'assistance judiciaire de la recourante pour la procédure devant la cour de céans ne saurait être agréée (art. 64 al. 1 LTF; ATF 129 IV 206 consid. 2 p. PPP). Dans ces conditions, les frais judiciaires sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 66 al. 1 LTF).

Il n'est pas alloué de dépens à l'intimé, qui a succombé s'agissant de l'effet suspensif et n'a pas été invité à se déterminer sur le fond (art. 68 al. 2 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

**1.1** Le recours en matière civile est irrecevable.

**1.2** Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

**1.3** Un délai échéant le 31 janvier 2017 est imparti à la recourante pour fournir l'avance de frais de 14'000 fr. requise par le Tribunal de première instance du canton de Genève.

**2.**

La demande d'assistance judiciaire de la recourante est rejetée.

**3.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 1'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

**4.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**5.**

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

Lausanne, le 12 décembre 2016

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

Le Président :

La Greffière :

von Werdt

Gauron-Carlin