

Jurisprudence des cours civiles et pénales du Tribunal cantonal ainsi que des tribunaux de districts
Rechtsprechung der Zivil- und Strafgerichtshöfe des Kantonsgerichts sowie der Bezirksgerichte

Procédure civile
Zivilprozessrecht

Procédure civile - litispendance - ATC (Cour civile II) du 23 août 2016, X. c. dame Y. - TCV C1 16 68

Exception de litispendance ; divorce

- Notion d'introduction de l'instance (art. 114 CC, art. 62 al. 1, 290 let. b, 291 al. 1 CPC ; consid. 2.1).
- En l'absence d'accord de l'autre conjoint, le juge saisi d'une demande unilatérale précoce devra la rejeter (art. 114 CC ; consid. 2.1).
- En l'espèce, malgré une demande unilatérale de divorce prématurée, existence d'une litispendance devant le tribunal valaisan (art. 62 al. 2 CPC ; consid. 2.1).
- Conditions de la transformation de la demande unilatérale en divorce sur requête commune (art. 292 al. 1 CPC ; consid. 2.2).
- L'époux défendeur qui ouvre sa propre action à un autre for exprime indubitablement son consentement au divorce (art. 292 al. 1 CPC ; consid. 2.2).
- Notion de bonne foi en procédure, notamment dans le cadre d'un "forum running" (art. 2, 114 CC, art. 52, 62 al. 1, 292 al. 1 CPC ; consid. 2.3).
- En l'espèce, absence d'abus de droit (consid. 2.3).

Einrede der Rechtshängigkeit; Scheidung

- Begriff des Beginns der Rechtshängigkeit (Art. 114 ZGB, Art. 62 Abs. 1, 290 lit. b, 291 Abs. 1 ZPO; E. 2.1).
- Ohne die Zustimmung des anderen Ehegatten muss der Richter eine verfrühte Scheidungsklage eines Ehegatten abweisen (Art. 114 ZGB; E. 2.1).
- Vorliegend wurde trotz einer verfrühten Scheidungsklage eines Ehegatten die Rechtshängigkeit am Bezirksgericht im Wallis begründet (Art. 62 Abs. 2 ZPO; E. 2.1).
- Voraussetzungen für den Wechsel der Scheidungsklage eines Ehegatten zur Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 292 Abs. 1 ZPO; E. 2.2).

- Der beklagte Ehegatte, welcher seine eigene Klage an einem anderen Gericht einreicht, drückt damit ohne Zweifel sein Einverständnis zur Scheidung aus (Art. 292 Abs. 1 ZPO; E. 2.2).
- Begriff des guten Glaubens im Prozess, namentlich im Rahmen eines "forum running" (Art. 2, 114 ZGB, Art. 52, 62 Abs. 1, 292 Abs. 1 ZPO; E. 2.3).
- Vorliegend liegt kein Rechtsmissbrauch vor (E. 2.3).

Faits (résumé)

A. X. et dame Y. se sont mariés en 2008 à A. De leur union est née une fille, en 2010. Le couple vit séparé depuis le 7 janvier 2014. Par acte posté le 7 janvier 2016 et reçu le lendemain au greffe du tribunal, dame Y. a déposé une demande unilatérale de divorce fondée sur le motif d'une séparation de deux ans. Comme ce délai n'échoyait que le 8 janvier 2016, le juge a relevé que la demande prématurée, même d'un jour, devait être rejetée et lui a imparti un délai de cinq jours pour se déterminer sur le maintien ou le retrait de son action. X. a indiqué avoir lui-même ouvert action en divorce devant le tribunal régional de B., par acte déposé à l'office de poste le 8 janvier 2016.

B. Par décision incidente, le juge a prononcé que la requête unilatérale de divorce adressée le 7 janvier 2016 par dame Y. était régie par les dispositions relatives au divorce sur requête commune et que l'exception de litispendance élevée par X. était rejetée. X. a appelé de cette décision. Le Tribunal cantonal a rejeté l'appel.

Considérants (extraits)

2.1 Dans un premier moyen, X. objecte que le dépôt par l'appelée d'une demande unilatérale de divorce, le 7 janvier 2016, soit un jour avant l'échéance du délai de séparation de deux ans requis par l'art. 114 CC, ne saurait avoir créé de litispendance devant le tribunal de district valaisan, au contraire du dépôt de sa propre demande unilatérale de divorce, le 8 janvier 2016, auprès du tribunal régional de B. De son point de vue, il incombe au juge saisi d'une action en divorce fondée sur l'art. 114 CC de s'assurer d'office que ce motif est bel et bien réalisé avant d'entrer en matière sur la demande.

En vertu de l'art. 62 al. 1 CPC, l'instance est introduite par le dépôt de la requête de conciliation, de la demande ou de la requête en justice, ou de la requête commune en divorce.

Même à considérer, à l'instar de l'appelant, que la condition ancrée à l'art. 114 CC, soit l'écoulement du délai de deux ans de séparation, constitue une condition de recevabilité de la demande unilatérale de divorce (cf. art. 290 let. b in fine CPC), son défaut au jour du dépôt de la demande ne saurait empêcher l'avènement de la litispendance, laquelle est donnée indépendamment de savoir si les conditions de recevabilité sont réunies (Bohnet, Procédure civile, 2014, p. 229 ; arrêt 4A_592/2013 du 4 mars 2014 consid. 3.2, in RSPC 2014 p. 322). Cette solution est du reste conforme au déroulement de la procédure de divorce tel que prévu par le code, l'art. 291 al. 1 CPC prescrivant au juge saisi d'une demande unilatérale de citer les parties en conciliation et de vérifier, lors de l'audience, si le motif de divorce invoqué est avéré. La question de savoir si les époux ont effectivement vécu séparés pendant au moins deux ans au début de la litispendance n'est donc pas un fait doublement pertinent que le juge aurait à trancher avant d'entrer en matière.

Contrairement à ce qu'estime l'appelant, admettre que l'instance soit introduite par le dépôt, même prématuré, d'une demande unilatérale de divorce ne revient pas à vider de sa substance ni à rendre illusoire la condition du délai de séparation de deux ans imposée par l'art. 114 CC, lequel régit, on le rappelle, le droit de l'époux de divorcer unilatéralement. Ainsi, en l'absence d'accord de l'autre conjoint, le juge saisi d'une demande unilatérale précoce devra la rejeter (Steck, Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch I, 2014, n. 20 ad art. 114 CC).

En conséquence, la demande unilatérale de divorce déposée le 7 janvier 2016 a créé, quand bien même elle s'avère prématurée, une litispendance par-devant le tribunal de district valaisan. Le défaut de délivrance par le juge d'une attestation de dépôt d'acte introductif d'instance au sens de l'art. 62 al. 2 CPC ne saurait rien y changer, en tant qu'il ne s'agit pas d'une condition à la constitution de la litispendance mais d'une reconnaissance de son étendue, à savoir de l'objet du litige et des parties au procès (Bohnet, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 20 ad art. 62 CPC). Or, ces éléments essentiels ressortent déjà de l'ordonnance du 12 janvier 2016, mise en copie au défendeur, par laquelle la juge de district accuse réception de la

demande, si bien qu'une attestation formelle séparée peut être tenue pour superflue (Berti, *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2014, n. 14 ad art. 62 CPC). Nier la litispendance pour ce seul motif serait faire preuve d'un formalisme excessif.

2.2 L'appelant se plaint ensuite de ce que la juge de district a retenu l'application de l'art. 292 al. 1 CPC in casu et considéré que les dispositions relatives au divorce sur requête commune devaient régir la suite de la procédure, dans la mesure où le défendeur avait manifesté son acceptation du divorce en déposant, le 8 janvier 2016, sa propre action devant le tribunal régional de B. D'après lui, même si la litispendance devait être admise et, s'ensuivant, la réalisation de la première condition de l'art. 292 al. 1 CPC, à savoir une séparation de moins de deux ans au début de la litispendance, tel ne serait en revanche pas le cas de la seconde condition, soit l'acceptation commune du divorce. A l'en croire, il n'aurait consenti au divorce que de manière conditionnelle, sous réserve que la procédure y relative se déroule devant la juridiction de B.

L'art. 292 al. 1 CPC prescrit que la procédure ouverte sur demande unilatérale se poursuit selon les dispositions relatives au divorce sur requête commune, si les époux ont vécu séparés pendant moins de deux ans au début de la litispendance (let. a) et s'ils ont accepté le divorce (let. b). Dans la plupart des cas en pratique, l'accord avec le principe du divorce est exprimé par le défendeur au cours de l'audience de conciliation. Le texte légal n'exclut cependant pas qu'il intervienne à un autre moment (Tappy, *Code de procédure civile commenté*, 2011, n. 4 ad art. 292 CPC). Le Tribunal fédéral admet ainsi que l'époux défendeur qui ouvre sa propre action à un autre for exprime indubitablement son consentement au divorce (ATF 139 III 482 consid. 3 ; 137 III 421 consid. 5.3). Le point de savoir si cet époux avait ou non, au moment d'ouvrir action, connaissance du dépôt préalable d'une demande de divorce par son conjoint n'est à cet égard pas relevant. L'accord sur le principe du divorce s'entend de la volonté de chacun des conjoints de dissoudre le mariage (ATF 137 III 421 consid. 5.1 ; arrêt 5A_523/2007 du 10 avril 2008 consid. 5.2).

Alors que l'ancien art. 116 CC retenait une acception procédurale du consentement au divorce, à savoir soit l'acquiescement à l'action en divorce déposée par le conjoint, soit la prise de conclusions reconventionnelles - que le Tribunal fédéral étendait déjà par analogie au cas

où l'époux défendeur ouvrirait, à un autre for, sa propre action en divorce -, l'art. 292 al. 1 let. b CPC n'exige plus un consentement exprès en cours de procédure mais simplement, selon son libellé, "que les époux aient accepté le divorce". Cette acceptation peut se manifester de différentes manières. Ce qui est déterminant, comme le souligne la haute cour, c'est qu'il ne subsiste aucun doute que les deux époux veulent divorcer (ATF 139 III 482 précité consid. 3).

En l'occurrence, l'on ne saurait souscrire à l'opinion défendue par l'appelant selon laquelle son acceptation du divorce ne serait intervenue que conditionnellement, sous réserve que la procédure ait lieu à A. Dans aucune pièce versée en cause, si ce n'est dans son courriel du 11 janvier 2016 intervenu après le dépôt par les époux de leur demande de divorce devant des juridictions distinctes, l'appelant n'a en effet indiqué subordonner son intention de divorcer à l'existence d'un for hors canton. Si tant est que cela corresponde effectivement à sa volonté interne, cela ne change rien au fait qu'il paraît indéniable que X. souhaitait, tout comme son épouse, mettre fin à leur union, quand bien même subsisteraient des divergences sur la façon de mettre en œuvre cette volonté, en particulier sur le for de la procédure de divorce. Le dépôt par l'époux d'une demande unilatérale de divorce, le matin même du jour où le délai de séparation de deux ans a expiré, ne peut être interprété autrement que comme la manifestation de son souhait de ne plus demeurer dans l'union conjugale. La volonté de maintenir ou, au contraire, de dissoudre le mariage ressortit à des considérations personnelles, entre autres psychologiques et relationnelles, qui ne s'accroissent guère de contingences procédurales.

Partant, c'est à juste titre que la première juge a tenu pour réalisées les conditions de l'art. 292 al. 1 CPC et transformé la procédure unilatérale interjetée devant elle en divorce sur requête commune.

2.3 Il sied pour finir d'examiner le principal grief invoqué par l'appelant, à savoir que le dépôt par dame Y. d'une demande unilatérale de divorce prématurée ayant induit la création d'une litispendance en Valais (art. 62 al. 1 CPC) et la transformation subséquente de cette procédure en requête commune de divorce (art. 292 al. 1 CPC), procéderait d'un abus de droit dans l'application des dispositions précitées. Aux dires de l'appelant, la demanderesse aurait, de façon délibérée, interjeté le 7 janvier 2016 une action en divorce précoce devant le tribunal de district aux fins d'introduire l'instance au for valaisan. Assistée

d'un avocat au bénéfice d'une procuration signée le 4 décembre 2015, ainsi au courant du passé conflictuel des époux et de leur intention commune de divorcer, et au fait de la jurisprudence rendue en lien avec l'art. 292 al. 1 CPC, elle aurait anticipé le dépôt par l'époux d'une demande unilatérale de divorce à l'issue du délai de séparation de deux ans échéant le 8 janvier 2016, dans le but d'en inférer par la suite la manifestation de son acceptation du divorce. Pis, elle aurait sciemment menti à l'appelant, l'informant par courriel avoir déposé une demande de divorce le 8 janvier 2016, à l'effet de dissuader ce dernier d'ouvrir lui-même action. Il lui aurait ainsi été loisible de retirer sa demande prématurée pour en introduire une nouvelle en temps utile. X. prétend également que, bien qu'il ait communiqué à son épouse sa nouvelle adresse, celle-ci aurait, dans un dessein dilatoire, mentionné son ancienne adresse dans son mémoire-demande du 7 janvier 2016. L'appelant voit dans les faits qu'il allègue une manœuvre abusive de la demanderesse en vue de décider du for de la procédure. Lui donner gain de cause reviendrait selon lui à laisser libre cours à une pratique de "forum running" favorisant celui des époux qui interjettera en premier lieu action en divorce, au mépris du respect du délai légal de deux ans prévu par l'art. 114 CC.

L'art. 52 CPC prescrit à tout participant à la procédure de se conformer aux règles de la bonne foi. Même si le texte de la loi ne le dit pas, l'interdiction de l'abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC) est également comprise dans ce concept (ATF 132 I 249 consid. 5). L'abus de droit est en particulier réalisé, en procédure civile, lorsqu'une institution juridique est utilisée à l'encontre de son but, pour réaliser des intérêts qu'elle n'entend pas protéger (Bohnet, n. 8 ad art. 52 CPC). Lorsque la norme invoquée conduit, dans le cas concret, à un résultat inéquitable, la règle prohibant l'abus de droit autorise le juge à en corriger les effets, dans la mesure où l'exercice du droit allégué créerait une injustice manifeste (Merz, Commentaire bernois, 1962, n. 21 ad art. 2 CC).

Les dispositions légales qui régissent le mode de procéder poursuivent généralement un but que le législateur a entendu absolutiser, si bien qu'elles n'offrent en principe pas de prise à une adaptation au cas particulier sous le signe de la bonne foi. Pour être qualifié d'abusif, l'exercice d'un droit doit aller à l'encontre du but même de la règle positive qui le consacre (ATF 107 la 206 consid. 3b ; Deschenaux, Le titre préliminaire du Code civil, in *Traité de droit privé suisse*, t. II/1, 1969, p. 143 s.). Par ailleurs, en tant que les règles de procédure pro-

tègent, outre les droits respectifs des parties, l'intérêt public à une bonne administration de la justice, un abus de droit ne saurait être admis qu'en présence d'autres circonstances particulières (Hausheer/Aebi-Müller, Commentaire bernois, 2012, n. 200 ad art. 2 CC). Celles-ci résident par exemple dans la disproportion criante des intérêts opposés ou une attitude contradictoire de celui qui use d'une faculté (Deschenaux, op. cit., p. 144).

Tout comportement éthiquement discutable mais formellement conforme au droit ne saurait sans autre être taxé d'abusif ; seul l'abus manifeste d'un droit ne mérite aucune protection (Göksu, Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2016, n. 27 ad art. 52 CPC). Par le critère de l'évidence manifeste, le législateur a entendu n'admettre qu'avec une grande retenue le recours au correctif de l'abus de droit, là où le sentiment de justice est lésé de manière crasse. D'après la maxime généralement reconnue, dans le doute, l'abus de droit doit être nié et le droit formel protégé (Hausheer/Aebi-Müller, n. 202 ad art. 2 CC). Le juge statue d'office sur l'existence d'un abus de droit. Il appartient toutefois aux parties d'introduire en procédure, en temps utile et selon les formes requises, les faits sur la base desquels peut apparaître un abus de droit (ATF 121 II 60 consid. 3d ; arrêt 5A_639/2010 du 7 mars 2011 consid. 5.3).

Abrogeant l'art. 116 CC, l'art. 292 al. 1 CPC (cf. art. 287 al. 1 P-CPC ; Message du Conseil fédéral, FF 2006 6841, p. 6972) reprend sa finalité, soit celle de supprimer toute discussion concernant le respect du délai de deux ans de l'article 114 CC sitôt que les époux s'accordent sur le principe du divorce (ATF 139 III 482 consid. 3 et la réf.). L'idée contenue dans cette règle est qu'une procédure contradictoire, initiée par le dépôt d'une demande unilatérale, ne se justifie plus, en tout cas s'agissant du principe du divorce, après que les deux parties ont accepté de divorcer (Tappy, n. 3 ad art. 292 CPC).

Dans un arrêt publié du 3 octobre 2013, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était assurément pas impensable qu'une action anticipée fondée sur l'art. 114 CC puisse paraître abusive (ATF 139 précité consid. 3). Le risque que les époux se livrent à cette occasion à un "forum running" en se prévalant de l'art. 292 al. 1 CPC, tel que mis en exergue par Bohnet ensuite de cet arrêt [cf. Bohnet, Course au for et consentement au divorce (art. 292 al. 1 let. b CPC) : le lièvre et la tortue en droit matrimonial, Newsletter DroitMatrimonial.ch décembre

2013], ne saurait non plus être absolument nié. Il sied toutefois d'examiner si, comme le soutient l'appelant, un abus de droit manifeste doit être retenu dans le cas présent, sur la base de l'ensemble des circonstances concrètes.

D'une part, l'on ne peut inférer du seul fait que dame Y. a mis son avocat en copie du courriel adressé le 8 janvier 2016 à son époux que le mandataire aurait été à l'origine de l'indication, si ce n'est mensongère, en tout cas manifestement erronée quant à la date du dépôt de la demande unilatérale de divorce par-devant le tribunal de district. L'on ne saurait ainsi sans autre voir dans cette postdate une tactique dissuasive à l'encontre de l'adverse partie. D'autre part, on peine à discerner en quoi la mention de l'ancienne adresse de l'époux dans la demande du 7 janvier 2016, fût-elle délibérée, aurait pu constituer une stratégie de l'appelée. Son action n'étant prématurée que d'un jour, elle pouvait la retirer et la réintroduire dès le lendemain, soit avant que le mémoire ne puisse, en tous les cas, être reçu par le défendeur. Ce ne sont par conséquent pas là des indices probants d'un abus de droit.

S'agissant ensuite de la raison susceptible d'expliquer le dépôt, par un mandataire professionnel, d'une action en divorce la veille de l'expiration du délai de séparation de deux ans nécessaire à la réalisation du motif invoqué, l'avocat de l'appelée indique avoir posté la demande en fonction de son emploi du temps et dans l'idée que, au vu de l'échange intervenu antérieurement entre les époux, le défendeur se montrerait disposé à acquiescer au divorce dans le cadre de la procédure ainsi initiée. Quant à l'appelant, il estime que cette intervention prématurée d'un jour ne saurait s'expliquer autrement que par le dessein de la demanderesse, anticipant le dépôt par l'époux, en temps utile, d'une demande unilatérale de divorce devant la juridiction de B., de s'assurer, par le biais de l'art. 292 al. 1 CPC, du for de la procédure en Valais.

A cet égard, il sied en premier lieu de relever que l'action précoce de la demanderesse n'est en soi pas contraire à la finalité de l'art. 292 al. 1 CPC rappelée ci-avant. Il a en effet été établi que l'appelant, tout comme son épouse, souhaitait divorcer, si bien que la question du respect du délai de deux ans de séparation s'avérait superflue et qu'il se justifiait de transformer la procédure contradictoire en divorce sur requête commune avec accord partiel. Deuxièmement, l'appelant

n'allègue ni ne démontre d'autres circonstances particulières, à la lumière desquelles un abus de droit manifeste devrait être retenu. Il ne ressort notamment pas des pièces versées au dossier que les parties auraient discuté, préalablement au dépôt de leur demande respective, de la question du for du divorce, encore moins que celle-ci se serait avérée litigieuse au point qu'il paraîtrait manifeste que la demanderesse ait entendu "court-circuiter" son époux sur ce point. Un tel abus est d'autant moins perceptible que l'appelant ne fait état d'aucun intérêt spécifique à ce que la procédure de divorce se déroule à A., se limitant à invoquer des inconvénients liés à l'éloignement géographique du tribunal et à la pratique judiciaire locale, lesquels sont inhérents à un divorce entre conjoints domiciliés dans des cantons distincts et très accessoires dans une affaire interne (suisse) selon le Tribunal fédéral (ATF 139 précité consid. 3). Il en va notamment ainsi des frais et du temps supplémentaires occasionnés par l'éventuelle nécessité avancée par l'appelant de confier le mandat à un avocat de la place et de mettre en œuvre une expertise de la valeur des propriétés immobilières des époux situées dans le canton de B.

Même s'il fallait concéder à l'appelant que le dépôt par l'épouse, assistée d'un avocat, d'une demande de divorce, fondée sur l'art. 114 CC mais prématurée, était délibéré et, partant, discutable, aucune autre circonstance factuelle particulière ne vient étayer l'existence d'un abus manifeste de droit dans l'application des règles procédurales invoquées. Cette dernière considération scelle le sort de l'appel.