

Recueil Dalloz 2007 p. 2690

Contentieux familial

juillet 2006 - juillet 2007

Mélina **Douchy-Oudot**, Professeur, Doyen de la Faculté de droit de Dijon

L'essentiel

Aux frontières du droit substantiel, le contentieux familial emprunte à chaque domaine ses spécificités. La procédure reste l'élément déterminant de nombreux dossiers. L'année 2007 aura épargné le processualiste en textes nouveaux, même s'il ne peut ignorer les lois du 5 mars dernier ayant réformé la protection de l'enfance en danger et la protection juridique des majeurs. Les questions procédurales auront sans doute dans l'avenir une place de choix que l'on songe à l'enfant ayant désormais « un droit » à être auditionné en justice, ou aux nouvelles règles de gestion du patrimoine des personnes protégées incluant les mineurs. Nous avons choisi de réserver ce panorama à la jurisprudence. On observe que des points de procédure pourtant classiques continuent à tenir le prétoire en éveil.

I - La prévention et le règlement pacifique du conflit familial

A - La conciliation et la médiation

1 - Les amendements à la proposition de directive sur la médiation en matière civile et commerciale

La Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale a été adoptée en première lecture le 29 mars 2007 (COM(2004)0718 - C6-0154/2004 - 2004/0251(COD)). Le parlement encourage le recours à ce texte, même en l'absence d'élément transfrontalier, pour les seules affaires internes (7 bis). Par l'ajout d'un nouveau considérant (11 bis), l'amendement n° 9 donne toute précision pour la matière familiale : « *Même si la présente directive couvre la médiation dans le domaine du droit de la famille, elle s'étend seulement aux droits dont peuvent bénéficier les parties au titre de la législation en vigueur dans l'Etat membre dans lequel la médiation a lieu. De plus, si le contenu d'un accord issu de la médiation dans le domaine du droit de la famille n'est pas exécutoire dans l'Etat membre où il a été conclu et où son exécution est demandée, la présente directive ne permet pas aux parties de contourner la loi de l'Etat membre en question en faisant en sorte que l'accord soit rendu exécutoire dans un autre Etat membre, étant donné que le règlement (CE) n° 2201/2003 prévoit expressément que l'accord doit être exécutoire dans l'Etat membre dans lequel il a été conclu* ».

2 - La rémunération du médiateur ne dépend pas de l'issue de la médiation

Pour fixer la rémunération d'un médiateur, un juge avait relevé l'extrême technicité de son travail, le volume de ses études et le temps passé à la médiation. En appel, celle-ci est réduite au motif que le travail effectué par le médiateur constituait en réalité un travail d'expertise mais que s'agissant d'un rapport de médiation soumis à confidentialité, les parties ne pourraient utiliser ces éléments au cours de l'instance judiciaire en cas de persistance de leur désaccord. La motivation n'a pas convaincu. Le médiateur a droit à sa rémunération dès lors qu'il a accompli sa mission et « *le montant de la rémunération du médiateur ne peut dépendre*

de la circonstance que les parties sont ou non parvenues à un accord » (Civ. 2e, 22 mars 2007, 06-11.790, Bull. civ. II, n° 73 ; D. 2007. AJ. 1086, et Chron. C. cass. 2336, obs. V. Vigneau). Il eut sans doute fallu justifier, à l'instar du contrôle du juge en matière d'expertise (art. 284 NCPC), que la rémunération était trop élevée au vu des diligences accomplies, du respect des délais et de la qualité du travail fourni.

B - Les approches renouvelées de la famille
(...)

II - La preuve dans le conflit familial

A - Les droits fondamentaux de la procédure

1 - Le non-respect de l'article 6, § 1, de la Convention EDH

a - L'accès au dossier d'assistance éducative sans délivrance de sa copie intégrale suffit au respect de l'article 6-1 de la Convention EDH

Les parents ont droit d'obtenir communication de toutes les pièces versées au dossier judiciaire et susceptibles d'influencer la décision du juge afin que soit respectée l'égalité de situation entre toutes les parties à la procédure au sens de l'article 6, § 1 (CEDH 24 févr. 1995, D. 1995. Jur. 449, note M. Huyette ; RTD civ. 1995. 875, obs. J. Hauser). Fort de ce principe, le législateur a autorisé l'accès au dossier d'assistance éducative en 2002 en modifiant notamment l'article 1187 du nouveau code de procédure civile. Le juge n'est pas tenu toutefois de mentionner dans sa décision que les parties ont eu effectivement accès au dossier (Civ. 1re, 30 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 452 ; D. 2006. IR. 2809, et 2007. Pan. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2006. 460, obs. F. Chénéde). L'accès au dossier reste par ailleurs fort encadré puisque si les parties intéressées peuvent consulter le dossier, elles ne peuvent se faire délivrer copie de ce dossier. Seul l'avocat peut demander copie et il n'a pas le droit de la donner à son client. La Cour de cassation a été saisie du point de savoir si cette interdiction portait atteinte au principe de la contradiction et à l'article 6, § 1, de la Convention européenne. La réponse est négative « *dès lors qu'il aménage l'accès au dossier dans des conditions permettant d'assurer la nécessaire protection due à l'enfant* » (Civ. 1re, 28 nov. 2006, n° 04-05.095, Bull. civ. I, n° 528 ; D. 2007. Jur. 552, note M. Huyette, et Pan. 2195, obs. A. Gouttenoire et L. Brunet ; AJ fam. 2007. 85, obs. H. Gratadour ; RTD civ. 2007. 101, obs. J. Hauser). Cette solution signifie qu'en pratique le droit à l'assistance d'un avocat se transforme en obligation de fait si les parties veulent pouvoir organiser au mieux leur défense et ce d'autant plus, que le juge, en l'absence d'avocat, a la faculté d'exclure tout ou partie des pièces du dossier lorsqu'elles feraient courir un danger physique ou moral grave au mineur, à une partie ou à un tiers.

b - L'irrecevabilité du moyen tiré du défaut d'impartialité

Classique en procédure, l'irrecevabilité du grief tiré de la violation de l'article 6, § 1, de la Convention EDH devant la Cour de cassation lorsque le plaideur n'a pas fait usage de son droit de récusation conformément à l'article 341-5 du nouveau code de procédure civile s'applique à toutes les juridictions. Ne pouvait qu'être rejeté le moyen excipant du fait que le juge ayant prononcé le divorce en consentement mutuel en première instance était le même qui composait la chambre de la cour d'appel ayant examiné la demande de suppression de la prestation compensatoire. De façon traditionnelle, il est souligné que les débats ayant eu lieu devant une formation collégiale dont la composition pouvait être connue du plaideur représenté par son avoué, celui-ci n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6, § 1, de la Convention EDH, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le magistrat par application de l'article 341-5 du nouveau code de procédure civile et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, il a ainsi renoncé sans équivoque à s'en prévaloir (Civ. 1re, 12 déc. 2006, n° 05-11.945, Bull. civ. I, n° 543 ; D. 2007. AJ. 158, et Pan. 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2007. 87, obs. S. David ; RTD civ. 2007. 96, obs. J. Hauser ; V. aussi Civ. 1re, 20 févr. 2007, n° 06-14.643, Bull. civ. I, n° 63 ; AJ fam. 2007. 189, obs. F. C. ; RTD civ. 2007. 318, obs. J. Hauser ; 14 nov. 2006, n° 05-19.903, inédit). La solution est conforme à l'article 430

du nouveau code de procédure civile : « *la juridiction est composée, à peine de nullité, conformément aux règles relatives à l'organisation judiciaire (al. 1). Les contestations afférentes à sa régularité doivent être présentées, à peine d'irrecevabilité, dès l'ouverture des débats ou dès la révélation de l'irrégularité si celle-ci survient postérieurement, faute de quoi aucune nullité ne pourra être ultérieurement prononcée de ce chef, même d'office (al. 2)* ». Admettre le grief fondé sur l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation serait revenu à nier toute efficacité à cette condition procédurale. La jurisprudence a, par le passé, été contrastée (en faveur de la recevabilité V. not. Civ. 3e, 3 juill. 1985, Gaz. Pal. 1986. 1. Somm. 88, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; 14 janv. 1987, Gaz. Pal. 1987. 1. Somm. 147 ; et de façon implicite, Cass., ass. plén., 14 mars 1997, BICC 1er juin ; V. not. RTD civ. 1993. 874, obs. J. Normand ; *contra*, Com. 11 mai 1993, *Sté Nimazur c/ Mme Renard*, n° 91-13.099 ; Civ. 2e, 6 mai 1997, *M. Mouradian c/ Mme Wahl et a*, n° 93-21.201, cités *in rapp.* Sargos, ss. Cass., ass. plén., 6 nov. 1998, *Bulletin* 1998) et s'est orientée définitivement vers le rejet de toute autonomie procédurale du moyen fondé sur l'article 6, § 1 (Cass., ass. plén., 24 nov. 2000, D. 2001. Somm. 1067, obs. N. Fricero, et B. Beignier et C. Blery, L'impartialité du juge, entre apparence et réalité, D. 2001. Chron. 2427 ; RTD civ. 2001. 192, obs. J. Normand , et p. 204, obs. R. Perrot ; Procédures, janv. 2001, n° 3 ; V. déjà, Civ. 2e, 6 mai 1999, Procédures, sept. 1999, n° 201 ; V. depuis Com. 5 févr. 2002, Procédures, avr. 2002, n° 70 et depuis, Civ. 2e, 8 avr. 2004, Bull. civ. II, n° 175 ; D. 2004. IR. 1710).

2 - Le non-respect de l'article 16 du nouveau code de procédure civile

a - Le juge doit inviter les parties à s'expliquer sur l'absence au dossier de pièces figurant au bordereau récapitulatif

Pour rejeter une demande reconventionnelle en divorce aux torts partagés et prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'épouse, les juges relèvent qu'aucune preuve n'est apportée des griefs allégués, l'épouse n'ayant remis à la cour que les pièces numérotées de 38 à 54 ne concernant que sa situation financière. L'arrêt est cassé, au visa de l'article 16 du nouveau code de procédure civile, car les juges auraient dû inviter les parties à s'expliquer sur l'absence au dossier des 37 premières pièces qui figuraient au bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions de l'épouse, et dont la communication n'avait pas été contestée (**Civ. 1re, 14 nov. 2006, n° 05-12.102**, Bull. civ. I, n° 487). La solution est classique (déjà, Civ. 2e, 11 janv. 2006, quatre arrêts, Bull. civ. II, n° 10 à 13) et ne méritait que d'être rappelée.

b - Le juge doit inviter les parties à présenter leurs observations lorsqu'il modifie d'office les modalités de paiement d'une prestation compensatoire

Lorsqu'en appel l'époux condamné au paiement d'une prestation compensatoire en capital ne demande que la suppression de celle-ci, le juge ne peut *motu proprio* décider qu'il s'acquittera de la somme par versements mensuels sur huit ans sans inviter les parties à fournir leurs observations. En l'espèce, l'époux n'avait sollicité aucune modalité pour le paiement d'un capital (**Civ. 1re, 20 sept. 2006, n° 04-17.743**, Bull. civ. I, n° 410 ; D. 2006. IR. 2483 ; RTD civ. 2007. 176, obs. R. Perrot).

B - L'administration judiciaire de la preuve

1 - Les modes de preuve

L'autorité de chose jugée de la décision rendue sur appel d'une ordonnance de non-conciliation

Appel ayant été formé contre l'ordonnance de non-conciliation, les juges ont écarté la fin de non-recevoir tirée de l'inexistence ou de la nullité du mariage. Saisie à titre principal de la demande en divorce, les juges du fond écartent la fin de non-recevoir au motif que ce moyen a déjà été rejeté par une décision ayant autorité de chose jugée. Ils sont désavoués par la Cour de cassation dès lors « *qu'en raison de son caractère provisoire, l'arrêt qui statue sur la recevabilité de la requête en divorce à laquelle est opposée une fin de non-recevoir, ne lie pas*

le juge du fond saisi de ce moyen de défense » (Civ. 1re, 10 mai 2007, n° 06-14.178, à paraître au Bulletin ; D. 2007. AJ. 1427, obs. C. Delaporte-Carré ; AJ fam. 2007. 352, obs. S. David).

2 - La charge de la preuve

Qui ne dit mot ne consent pas

A l'épouse en instance de divorce qui allègue que son mari vit avec une autre personne et partage avec celle-ci les charges de la vie quotidienne, qu'il a deux chevaux de prix et qu'il s'apprête à acquérir un bateau de 14 mètres, aucun démenti n'est apporté par le mari, sinon la production d'un document prouvant la vente d'un cheval pour une somme modique. La cour d'appel condamne en conséquence le mari à verser, au titre de prestation compensatoire, la somme de 90 000 euros. L'arrêt est cassé au visa de l'article 1315 du code civil : « *Le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait* » (Civ. 1re, 24 mai 2007, n° 06-18.218, à paraître au Bulletin ; D. 2007. AJ. 1667). L'épouse s'est contentée d'une triple affirmation, le mari n'en a démenti aucune, pour autant il ne les a pas reconnues. La preuve n'était donc pas rapportée. La solution n'est pas nouvelle (déjà Civ. 1re, 18 avr. 2000, Bull. civ. I, n° 111 ; D. 2000. IR. 142 ; RTD civ. 2001. 132, obs. J. Mestre et B. Fages). La partie qui procède par voie d'affirmation allègue plus qu'elle ne prouve, or l'attribution de la prestation compensatoire ne peut être faite que si la preuve de la disparité dans les conditions de vie est rapportée. Sous l'angle procédural, la solution est pour le moins curieuse puisque le juge a la faculté de tenir pour exacts les faits non contestés. Plus exactement, il est admis qu'à la charge de l'allégation des faits par le demandeur répond la charge de la contestation par le défendeur (V. not. G. Bolard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2006-2007, dir. S. Guinchard, n° 221-93). Si le défendeur ne conteste pas, il ne devrait pas y avoir de problème de preuve.

III - Les procédures administratives ou judiciaires

A - Les formalités procédurales intéressant la famille

1 - Le président du conseil général a seul compétence pour agir en justice

Trois enfants sont confiés à l'aide sociale à l'enfance du département. La direction générale des interventions sanitaires et sociales du Morbihan (DGISS), agissant en qualité de tuteur des mineurs, a sollicité que les époux se voient retirer l'autorité parentale. La demande est déclarée recevable en appel, l'arrêt retient que la direction générale des interventions sanitaires et sociales est l'organe du département notamment chargé de la protection des mineurs qui lui sont confiés, qu'elle constitue ainsi « une émanation » du département qui dispose de la personnalité morale et de la capacité d'ester en justice. La Cour de cassation refuse de consacrer cette « émanation » et rappelle dans la rigueur des textes qu'est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ; que le service de l'aide sociale à l'enfance est un service non personnalisé du département placé sous l'autorité du président du conseil général ; que ce dernier intente les actions en justice au nom du département (Civ. 1re, 14 nov. 2006, n° 04-05.097, Bull. civ. I, n° 486 ; D. 2006. IR. 2945 ; AJ fam. 2007. 93, obs. F. C. ; AJDA 2007. 103 ; RTD civ. 2007. 88, obs. J. Hauser).

2 - La force de chose jugée et l'exécution de la décision, de l'importance de la notification

Par ordonnance de non-conciliation, le 9 mai 2001, un juge aux affaires familiales autorise des époux à résider séparément en attribuant la jouissance du logement à l'épouse et en ordonnant à l'époux de quitter les lieux au plus tard le 15 juin 2001. L'épouse fait changer les serrures. Le tribunal d'instance est saisi de la voie de fait commise par l'épouse. Il rejette la demande, suivi par la cour d'appel. La cour, motif pris du caractère exécutoire de droit à titre provisoire de l'ordonnance dès son prononcé, estime que l'époux n'avait aucun droit de rester au logement familial et que l'épouse avait le pouvoir de prendre les mesures lui garantissant la libre jouissance des lieux. La Cour de cassation casse pour manque de base légale. L'époux en effet soutenait que l'ordonnance de non-conciliation lui avait été signifiée le 6 juin 2001 par un acte irrégulier et incomplet. Au visa des articles 502 et 503 du nouveau code de procédure

civile, il est rappelé que « *la force de chose jugée attachée à une décision judiciaire dès son prononcé ne peut avoir pour effet de priver une partie d'un droit tant que cette décision ne lui a pas été notifiée* » (Civ. 2e, 14 sept. 2006, n° 04-20.602, Bull. civ. II, n° 220 ; D. 2007. Chron. C. cass. 896, obs. V. Vigneau ; RTD civ. 2006. 824, obs. R. Perrot). La confusion résultait de deux notions soeurs dont la gémellité est discutée, la force de chose jugée et la force exécutoire de la décision. L'article 504, alinéa 1 du nouveau code de procédure civile est explicite « *La preuve du caractère exécutoire ressort du jugement lorsque celui-ci n'est susceptible d'aucun recours suspensif ou qu'il bénéficie de l'exécution provisoire* ». Suffit-il que la décision soit passée en force de chose jugée pour faire l'objet de mesures d'exécution forcée dès son prononcé ? La question n'est pas nouvelle, elle a trouvé sa solution dans un arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 16 décembre 2005 (Bull. civ., ch. mixte, n° 8 ; D. 2006. IR. 177 ; AJDI 2006. 225 ; RTD civ. 2006. 376, obs. R. Perrot) et l'on consultera avec profit l'avis du premier avocat général de Gouttes retraçant l'intégralité du débat en doctrine et en jurisprudence. La deuxième Chambre civile de la Cour dans cet arrêt se tient à la solution de la Chambre mixte. Si une décision a force de chose jugée dès son prononcé, en revanche l'exécution de celle-ci suppose que celui contre lequel l'exécution doit être diligentée soit averti de la décision, la notification est donc un élément indispensable, aucun acte d'exécution ne peut être accompli si la décision n'a pas été dûment notifiée.

3 - La compétence du juge aux affaires familiales

a - Avant la loi du 26 mai 2004, ni la détermination du régime matrimonial applicable ni la liquidation de ce régime matrimonial ne relevaient de la compétence du juge aux affaires familiales

Par application des articles 247 et 264-1 du code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004 ayant réformé les procédures de divorce, le juge aux affaires familiales n'était compétent que pour ordonner la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle. Est donc fondée la décision d'incompétence du juge aux affaires familiales au profit du tribunal de grande instance relative à une demande concernant la détermination et la liquidation du régime matrimonial des époux (Civ. 1re, 11 juill. 2006, n° 03-19.087, Bull. civ. I, n° 372). Cet arrêt vaut piqure de rappel des nouvelles prérogatives du juge aux affaires familiales depuis la loi du 26 mai 2004. Non seulement, au titre des mesures provisoires, le juge peut « *désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager* » (art. 255, 10°, c. civ.), mais surtout lors de l'introduction de l'instance en divorce, à peine d'irrecevabilité de la demande introductive, doit être jointe une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux (art. 257-2 c. civ.), laquelle confère au juge les pouvoirs de l'article 267 du code civil parmi ceux-ci la possibilité d'accorder à l'un des époux ou aux deux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis, et en cas de projet de liquidation du régime ordonné à titre de mesure provisoire, statuer sur les désaccords. Cette proposition « *contient un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens* » (art. 1115 NCPC). S'agissant du divorce par consentement mutuel, la requête « *comprend en annexe une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. L'état liquidatif doit être passé en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière* » (art. 1091 NCPC).

b - Répartition de compétence entre le juge aux affaires familiales et le tribunal des affaires de sécurité sociale

Le contentieux des prestations familiales est en matière sociale l'une des questions significatives du contentieux familial. Le Tribunal des affaires de sécurité sociale de Montbéliard ainsi que le Tribunal du Mans ont interrogé la Cour de cassation sur la répartition des compétences avec le juge aux affaires familiales. Il ressort de deux avis rendus le même jour par la cour que, premièrement, le juge aux affaires familiales n'est pas compétent pour

désigner le parent allocataire des prestations familiales, il peut seulement « *constater l'accord des parents sur la désignation de l'allocataire ou l'attribution à l'un ou l'autre des parents du droit aux prestations familiales au moment où il statue* ». Par ailleurs, le rattachement social de l'enfant au domicile de l'un des parents dans un jugement de divorce ne lie pas le tribunal des affaires de sécurité sociale. Ce dernier reste seul compétent pour déterminer, au sens de l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale, le parent ayant la charge effective et permanente de l'enfant (Cass., avis, 26 juin 2006, Bull. avis n° 3 ; D. 2006. IR. 1914). Néanmoins, il est établi, en second lieu, que lors de la résidence alternée de l'enfant, l'un et l'autre des parents assume la charge effective et permanente de l'enfant. Lorsqu'elle est ainsi partagée de manière égale entre les parents, le droit aux prestations familiales devrait être reconnu alternativement à chacun des parents en fonction de leur situation respective et des règles particulières à chaque prestation (Cass., avis, 26 juin 2006, Bull. avis n° 4 ; D. 2006. IR. 1914 ; A. Devers, Une proposition de loi sur la désignation de l'allocataire des prestations familiales en cas de résidence alternée, D. 2006. Point de vue. 2748 ; Dr. fam., sept. 2006, Comm. n° 179, A. Devers). Depuis le législateur est intervenu, l'article L. 521-2 du code de la sécurité sociale énonce « (...) *Alinéa créé, L. n° 2006-1640, 21 déc. 2006, art. 124-I*) : *En cas de résidence alternée de l'enfant au domicile de chacun des parents telle que prévue à l'article 373-2-9 du code civil, mise en oeuvre de manière effective, les parents désignent l'allocataire. Cependant, la charge de l'enfant pour le calcul des allocations familiales est partagée par moitié entre les deux parents soit sur demande conjointe des parents, soit si les parents sont en désaccord sur la désignation de l'allocataire. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent alinéa* » (sur ces questions : Dr. fam., mars 2007, Comm. n° 75, A. Devers).

4 - L'instance en divorce

a - Des pouvoirs limités en cas de rejet de la demande en divorce

Par application de l'article 258 du code civil, le juge qui définitivement rejette la demande en divorce « *peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale* ». La Cour de cassation fidèle au texte rappelle, d'une part, qu'il s'agit d'une simple faculté, le plaideur ne peut ainsi exiger du juge qu'il fixe la résidence de la famille, d'autre part, il s'agit de pouvoir limité, le juge ne peut statuer sur des demandes qui auraient un autre objet telle que la restitution de biens mobiliers sous astreinte ou voir condamner l'épouse au paiement d'une contribution au titre du loyer. Quant aux mesures conservatoires, c'est l'occasion pour la cour de rappeler que les articles 1117 et 1118 du nouveau code de procédure civile ne donnent compétence au juge pour les modifier qu'en cas de survenance d'un fait nouveau « *intervenue dans la situation des parties postérieurement à la décision dont la modification est sollicitée* » (**Civ. 1re, 19 juin 2007, n° 06-16.656**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2007. AJ. 1968). Si le juge ordonne l'une des mesures de l'article 258 du code civil, il faudra veiller au stade de l'exécution à ce que la décision soit passée en force de chose jugée. Pour refuser une saisie des rémunérations, il a été jugé que les mesures ordonnées par le juge en vertu de ce texte, ne peuvent prendre effet que lorsque la décision rejetant le divorce est passée en force de chose jugée (Civ. 1re, 4 juill. 2007, n° 06-17.294, inédit). Rappel est ainsi fait de l'élémentaire article 515 du nouveau code de procédure civile.

b - L'obligation de l'article 1076-1 du nouveau code de procédure civile

Le texte est clair : « *Lorsqu'une des parties n'a demandé que le versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage, le juge ne peut prononcer le divorce sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire* ». Cette obligation s'applique au juge du divorce qu'il s'agisse du juge aux affaires familiales ou de la cour d'appel lorsque ce dernier n'y aura pas fait droit. A été cassé l'arrêt qui a prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'épouse et simplement constaté qu'elle n'avait pas formulé de demande de prestation compensatoire alors que sa demande de contribution aux charges du mariage n'avait plus d'objet (**Civ. 1re, 28 mars 2007, n° 06-18.292**, inédit).

c - L'intervention d'un mandataire liquidateur dans une instance en divorce est irrecevable

La jouissance à titre gratuit donnée à l'épouse en instance de divorce d'un appartement figurant à l'actif d'une société en liquidation judiciaire peut-elle justifier l'intervention volontaire du mandataire liquidateur à l'instance d'appel ? L'intérêt légitime à intervenir à la procédure relevé par la cour d'appel n'a pas été retenu par la Cour de cassation dès lors que dans une instance en divorce, seuls les époux ont qualité pour intenter une action en divorce ou y défendre (**Civ. 1re, 4 juin 2007, n° 06-18.515**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2007. AJ. 1794 ; AJ fam. 2007. 313, obs. S. David). La seule solution pour le mandataire liquidateur sera d'agir en tierce opposition une fois que le jugement aura été rendu. Perte de temps et lourdeur procédurale se justifient au regard de la nature de l'instance touchant à l'intimité de la vie familiale. Au-delà un tel droit de jouissance sera-t-il opposable au mandataire liquidateur ? La cour, relevant qu'un droit de jouissance avait été attribué deux ans avant la liquidation, a jugé que celui-ci n'était pas opposable au mandataire liquidateur qui pouvait procéder à la vente judiciaire du bien immobilier (Civ. 1re, 12 déc. 2006, n° 04-19.364, inédit).

d - La recevabilité du grief tiré de la publicité des débats

Dérogation au principe de publicité des débats (art. 22 NCPC), « *les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics* » (art. 248 c. civ.). Les contestations relatives à la publicité des débats doivent être présentées, à peine d'irrecevabilité, avant la clôture des débats. Il s'ensuit que le moyen dénonçant la mention dans l'arrêt rendu sur renvoi après cassation selon laquelle les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ont été publics n'est pas recevable pour la première fois devant la Cour de cassation (**Civ. 1re, 12 déc. 2006, n° 06-10.145**, inédit).

5 - La reprise du domicile conjugal s'analyse comme une mesure d'expulsion

Un époux s'est vu attribuer par ordonnance du juge aux affaires familiales la jouissance du domicile conjugal. Après commandement d'avoir à libérer le logement, l'huissier de justice procède à l'expulsion de l'épouse. L'épouse oppose le non-respect par l'huissier de son obligation d'information du préfet, en particulier l'obligation qui lui est faite de dénoncer le commandement d'avoir à libérer les lieux (Décr. 31 juill. 1992, art. 197). Les juges du fond écartent le moyen au motif qu'il s'agit d'une mesure de reprise du domicile conjugal opérée en vertu d'une ordonnance de non-conciliation dont la matière échappe aux textes relatifs à l'expulsion. L'arrêt est cassé car indépendamment du titre de reprise du logement, la mesure constitue l'expulsion de l'épouse de son habitation principale et obéit en tant que telle aux formalités classiques d'une expulsion (**Civ. 2e, 4 juill. 2007, n° 06-19.864**, inédit).

B - Les voies de recours

1 - L'opposition

Effet dévolutif de l'opposition

« *L'opposition remet en question, devant le même juge, les points jugés par défaut pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* » (art. 572 NCPC). Cela signifie que seules les prétentions du défaillant auront à être jugées à nouveau et non celles du demandeur ayant comparu qui ne peut profiter de l'opposition pour faire rejurer des demandes qui auraient été rejetées. En revanche, si le défaillant fait valoir une prétention relativement à une demande précédemment tranchée par la juridiction son adversaire peut y défendre à nouveau. Il remet en cause le point litigieux et il doit à nouveau être jugé en fait et en droit. Il est par conséquent inexact de soutenir que l'opposition ne remet en cause que les points jugés par défaut et ne permet pas au défendeur à l'opposition de reprendre les prétentions dont il a été débouté par la décision rendue par défaut ou que le sort de la partie à l'égard de laquelle la décision avait été rendue par défaut ne peut être aggravé sur sa seule opposition. La Cour de cassation a logiquement approuvé une cour d'appel ayant retenu qu'une épouse, demandant l'augmentation du montant de la prestation compensatoire qui lui avait été accordée, puisse se voir supprimer purement et simplement ladite prestation au cours de l'instance en

opposition. L'épouse qui avait obtenu en première instance un divorce aux torts exclusifs de son époux, une prestation de 60 000 euros, une pension alimentaire pour son enfant majeur et des dommages et intérêts, avec l'arrêt rendu par défaut est divorcée aux torts partagés, sans pension alimentaire pour son enfant, avec des dommages et intérêts réduits, seule la prestation compensatoire avait été maintenue. Elle est supprimée au cours de l'instance en opposition (**Civ. 1re, 7 juin 2007, n° 06-17.507**, à paraître au *Bulletin* ; AJ fam. 2007. 314, obs. V. Avena-Robardet).

2 - L'appel

a - La non comparution du défendeur et l'examen de la demande par le juge

La non comparution en appel du défendeur n'est pas un obstacle au prononcé de la décision sur le fond conformément à l'article 472 du nouveau code de procédure civile. Le juge ne peut cependant faire droit à la demande de l'appelant que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée. S'agissant de l'appel d'un époux contre la décision de divorce prononcée à ses torts exclusifs, il faut que les juges examinent les griefs allégués dans la demande principale de l'épouse et retenus contre lui par le premier juge. Or, en l'espèce, pour prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'épouse, les juges d'appel avaient seulement relevé que l'intimée était défailante et qu'elle ne soutenait plus sa demande en divorce. L'arrêt est cassé (**Civ. 1re, 20 sept. 2006, n° 05-20.001**, Bull. civ. I, n° 409 ; D. 2006. IR. 2343, et 2007. Pan. 1380, obs. P. Julien).

b - Les mesures provisoires et l'appel

« *L'intimé fait justement valoir que le jugement déféré a, avant dire droit au fond, ordonné une mesure d'instruction, en l'espèce une enquête sociale ; il s'ensuit que cette décision qui n'a tranché dans son dispositif aucune partie du principal, n'est pas susceptible d'appel immédiat comme il ressort des articles 544 et 545 du nouveau code de procédure civile* » (Dijon, 24 mai 2007, Gaz. Pal., 19-21 août 2007, obs. P. Gerbay). Une mesure provisoire, comme en l'espèce une enquête sociale, ordonnée par jugement avant dire droit, ici une ordonnance du juge aux affaires familiales, ne peut faire l'objet d'un appel immédiat. Il convient de relayer les observations de l'annotateur de l'arrêt qui avec beaucoup de justesse souligne la disparité de solution lorsque la mesure provisoire est ordonnée dans le cadre d'un divorce ou en dehors de tout divorce pour les enfants issus de couples non mariés. L'article 1112 du nouveau code de procédure civile prévoit l'appel de l'ordonnance de non-conciliation dans les quinze jours de sa notification quant à la compétence et aux mesures provisoires. Toute mesure provisoire relative à un enfant devrait pouvoir sans aucun doute faire l'objet d'un double contrôle juridictionnel. Mais c'est la loi qu'il conviendrait alors de modifier.

c - L'étendue des pouvoirs du juge à l'occasion de l'appel formé contre une ordonnance de non-conciliation

Le Tribunal de Harris (Texas) est saisi d'une demande en divorce par l'épouse, peu de temps après le juge aux affaires familiales de Meaux est saisi d'une même requête par l'époux. Un appel est formé contre l'ordonnance de non-conciliation ayant ordonné des mesures provisoires. La cour d'appel rejette la fin de non-recevoir tirée du jugement de divorce prononcé au Texas. Le demandeur au pourvoi soutient que la cour a excédé ses pouvoirs, l'appel de l'ordonnance de non-conciliation obéissant aux articles 1110 et 1111 du nouveau code de procédure civile ne l'autorisant pas à examiner une fin de non-recevoir opposée à une requête initiale en divorce et tirée de l'autorité de chose jugée attachée à une décision étrangère. Le moyen est rejeté « *le contrôle à titre incident de la régularité internationale d'un jugement étranger pouvant être opéré par tout juge devant lequel ce jugement est invoqué pour contester son pouvoir de juger, la cour d'appel qui a statué sur l'appel de l'ordonnance de non-conciliation d'un juge aux affaires familiales qui avait écarté une fin de non-recevoir tiré d'un jugement étranger de divorce, n'a pas excédé ses pouvoirs* » (**Civ. 1re, 10 mai 2007, n° 06-11.323**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2007. AJ. 1432, obs. I. Gallmeister, et Chron. C. cass. 2327, obs. P. Chauvin). Au fond, l'arrêt sera cependant cassé les juges n'ayant pas recherché si le jugement texan pouvait être ou non reconnu en France au sens de

l'article 509 du nouveau code de procédure civile.

d - Demandes nouvelles en appel

Les parties pourront toujours jouer sur l'inaction de leur adversaire lorsqu'en appel elles souhaiteront présenter des demandes nouvelles. Si en principe celles-ci sont prohibées (art. 564 NCPC) ce ne sera qu'autant que l'une des parties soulèvera la fin de non-recevoir. Le juge ne peut, en effet, soulever que les fins de non-recevoir d'ordre public (art. 125 NCPC). Il s'ensuit que les juges du second degré ne pouvant soulever d'office l'irrecevabilité d'une demande présentée pour la première fois en cause d'appel, l'épouse est recevable à demander une prestation compensatoire et des dommages et intérêts en appel alors que le juge aux affaires familiales avait prononcé le divorce aux torts exclusifs et prononcé seulement des mesures relatives aux enfants du couple (**Civ. 1re, 12 déc. 2006, n° 05-21.886**, inédit).

3 - La cassation

Les mesures provisoires et la recevabilité du pourvoi en cassation

Solution classique, l'arrêt rendu sur appel d'une ordonnance de non-conciliation n'est pas susceptible d'un pourvoi immédiat (**Civ. 1re, 3 oct. 2006, n° 05-11.670**, inédit). Conformément aux articles 606 et suivants du nouveau code de procédure civile, le pourvoi ne pourra être formé qu'avec la décision sur le fond. La seule dérogation serait le cas d'un excès de pouvoir commis par les juges du fond (V. Cass., ch. mixte, 28 janv. 2005, Bull. mixte, n° 1 ; D. 2005. IR. 386, obs. V. Avena-Robardet, et 2006. Pan. 545, obs. P. Julien et N. Fricero ; AJDI 2005. 414).

4 - La procédure de renvoi après cassation

Une continuation de l'instance d'appel initiale

Un juge aux affaires familiales ordonne l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur l'enfant, l'ordonnance est confirmée en appel. Saisie, la Cour de cassation casse et renvoie devant une autre cour d'appel qui infirme la décision et confie l'autorité parentale au père. La mère n'ayant pas comparu devant la cour d'appel de renvoi forme opposition. L'opposition est déclarée recevable au motif que l'arrêt d'appel de renvoi a été déclaré contradictoire alors qu'aucune constitution d'avoué n'avait été faite et que l'assignation n'avait pas été délivrée à sa personne. Or, l'article 1036, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile propre à la procédure de renvoi après cassation, dispose qu'en cas de non-comparution, les parties défaillantes sont citées de la même manière que le sont les défendeurs devant la juridiction dont émane la décision cassée. La motivation est ensuite classique selon laquelle il s'agissait d'un jugement par défaut au sens de l'article 473 du nouveau code de procédure civile et, conformément à l'article 536 du même code, l'erreur de qualification qui affecte l'arrêt est sans incidence sur le droit d'exercer un recours.

Par un moyen relevé d'office, la Cour de cassation, au visa des articles 631, 634 et 469, alinéa 1er du nouveau code de procédure civile, casse l'arrêt dès lors « *qu'en cas de renvoi après cassation, l'instance se poursuit devant la juridiction de renvoi ; que, lorsque après avoir comparu devant la juridiction dont la décision a été cassée, l'une des parties ne comparaît pas, elle est réputée s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elle avait soumis à la juridiction dont la décision a été cassée et que le juge statue par jugement contradictoire* ». L'instance devant la cour d'appel de renvoi n'est qu'une continuation de l'instance d'appel initiale. La mère ayant comparu devant la cour d'appel dont l'arrêt avait été cassé, l'arrêt rendu après cassation n'était pas susceptible d'opposition. L'arrêt de la cour d'appel de renvoi était bien en l'espèce une décision contradictoire (**Civ. 1re, 19 juin 2007, n° 06-20.240**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2007. AJ. 1971, obs. V. Avena-Robardet).

Mots clés :

DIVORCE * Panorama 2007

FAMILLE * Panorama 2007

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2009