

Recueil Dalloz 2009 p. 832

Droit du divorce

janvier 2008 - décembre 2008

Guillaume Serra, Maître de conférences à l'Université d'Artois, Membre du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de Lille 2

Lina Williatte-Pellitteri, Maître de conférences à la Faculté libre de droit. Institut catholique de Lille, Membre du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé (LERADP) de Lille 2, Membre du Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit (C3RD) FLD

L'essentiel

L'année écoulée témoigne à nouveau d'un contentieux abondant et diversifié, comme le retranscrit le présent panorama envisagé sous l'angle de l'action en divorce et de ses conséquences patrimoniales.

I - L'action en divorce

A l'heure où il est bon de croire que le citoyen français nécessite un accompagnement quotidien pour l'ensemble de ses initiatives, on apprend qu'il est désormais possible de « coacher » les époux fatigués de la vie conjugale dans leur démarche de rupture. Cette initiative de « divorce coaching » d'origine lilloise, a ainsi conduit les avocats de la région à inaugurer le site internet www.divorce.fr qui est un service destiné à « *poser sur un plateau, via le web, tous les services dont pourrait avoir besoin une personne en instance de séparation* ». Plus exactement, il s'agit de réunir les coordonnées des différents professionnels amenés à intervenir dans le cadre d'un divorce (agent immobilier, garde d'enfant, expert comptable, déménageur...) sur une simple page web pour permettre à celui ou celle à qui il viendrait l'idée de se séparer de son conjoint de faciliter ses démarches par un simple clic de souris. L'objectif peut sembler curieux car il encourage la rupture plutôt que la réconciliation, d'autant plus curieux que cette initiative concerne une décision qui engage la vie de son auteur et certainement également celle de ses enfants. Alors, il peut être légitime de se demander si autant de facilité dans l'action ne mérite pas d'être condamnée eu égard à la gravité des conséquences qu'elle peut entraîner. Toujours est-il que cette initiative lilloise démontre que désormais le divorce fait partie de ces domaines où les citoyens sont ciblés comme des consommateurs potentiels qui méritent à ce titre de recevoir un service à la hauteur de la tâche requise au risque d'ailleurs pour son conseil de voir sa responsabilité civile être engagée (Civ. 1, 7 mai 2008, n° 06-14.836, RJPF, sept. 2008. 21). Le tout témoigne indéniablement de l'actualité riche et intéressante du sujet particulièrement en ce qui concerne les causes du divorce, en l'occurrence la notion de faute, et sa procédure.

A - La faute, cause de divorce

1 - La caractérisation de la faute

La faute, cause du divorce, reste le point sur lequel le droit prétorien est le plus mouvant et partant, sujet à actualisation. C'est à ce titre qu'il sera exposé la décision des juges d'Aix-en-Provence par laquelle ils ont refusé de reconnaître comme fautif l'intempérance du mari (Aix-en-Provence, 27 févr. 2008, V. *infra*). La cour précise, à juste titre, que l'alcoolisme n'est pas une faute en soi. Afin qu'il soit considéré comme tel au sens de l'article 242, il est nécessaire de démontrer en quoi il rend intolérable le maintien de la vie commune et viole les

devoirs et obligations du mariage sous réserve toutefois, comme l'a affirmé la cour d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 19 mars 2008 (Dr. fam. 2008, Comm. n° 142), de l'absence de démarche de soins de la part de l'époux dépendant. En d'autres termes, l'époux dépendant qui cherche à se soigner et dont il n'est pas démontré qu'il viole les devoirs et obligations du mariage ne peut se voir imputer exclusivement une faute cause de divorce. Cette solution se justifie pleinement d'un point de vue juridique. En effet, il est désormais bien établi que pour obtenir le prononcé d'un divorce pour faute, il doit être fait état d'une violation d'un devoir ou d'une obligation du mariage ainsi que de ses conséquences destructrices sur la vie conjugale. En dépit toutefois de cette constante, certaines décisions prétoriennes suscitent des interrogations, à l'instar de la décision de la cour d'appel de Paris du 2 avril 2008 (Dr. fam. 2008, Comm. n° 143, note P. Murat). En l'occurrence, il est reproché à l'épouse de n'avoir pas respecté la décision du JAF rendue en première instance qui avait fixé la résidence de l'enfant commun chez le père. Le contexte familial était en l'espèce compliqué : issu d'un père français et d'une mère russe, l'enfant est au cours de la procédure de divorce emmené par sa mère en Russie. Sans pour autant reconnaître un enlèvement d'enfant, la cour d'appel a réformé à la demande de l'époux le jugement de première instance qui avait prononcé le divorce à ses torts exclusifs pour retenir un divorce aux torts partagés au motif que l'attitude de la mère est fautive en ce qu'elle n'a pas respecté les directives de l'article 373-2 du code civil qui impose au parent qui souhaite changer de résidence, dès lors que ce changement implique une modification de l'exercice de l'autorité parentale, d'en avertir l'autre préalablement et en temps utile. En ayant emmené l'enfant commun en Russie, lieu de leur nouveau domicile, sans avertir préalablement le père, l'épouse aurait violé un devoir et/ou une obligation du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune.

Les puristes seront surpris de cette décision. La question du devoir et/ou de l'obligation violée en l'espèce par la mère peut être légitimement posée. Un bref regard sur les articles du code civil relatifs aux devoirs et obligations du mariage attise l'interrogation, sauf à considérer comme certains auteurs (P. Murat Dr. fam. préc.) qu'ici les juges ont sanctionné le non-respect par la mère de l'article 213 qui impose aux époux d'assurer ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Aucun autre texte ne semble justifier cette décision. Cependant une telle affirmation néglige la tendance jurisprudentielle qui sanctionne tout comportement déloyal des époux. Inutile en effet de rappeler les diverses et nombreuses décisions des cours et tribunaux qui ont donné naissance à ce devoir plus qu'officieux. Ainsi, il sera permis de s'interroger sur la pertinence du motif adopté par les juges parisiens, pour regretter qu'ils n'aient pas opté en l'espèce pour un non-respect par l'épouse de son devoir de loyauté, car en agissant aussi sournoisement, le caractère déloyal de son comportement à l'égard de l'époux est évident. Ce dernier, ayant accepté en toute confiance qu'elle emmène son enfant en vacances, a été trahi dans sa condition d'époux et surtout de père.

C'est d'ailleurs en ce sens que les magistrats douaisiens ont statué dans un arrêt rendu le 6 septembre 2007 (RTD civ. 2008. 280, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 26, obs. V. Larribau-Terneyre). En l'espèce les juges ont prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'épouse pour avoir déclaré l'enfant né pendant le mariage sous son nom de jeune fille. Cette attitude a été jugée déloyale à l'égard de l'époux en ce qu'elle constitue, soit l'aveu de ce que le nouveau-né n'est pas de lui, soit parce qu'elle démontre la volonté de la mère de lui soustraire son enfant. En tout état de cause, elle constitue, selon les juges, une faute grave cause de divorce. Cet arrêt s'inscrit ainsi dans la lignée de ceux qui forgent le devoir prétorien de loyauté qui désormais s'immisce dans l'intimité de la filiation. Oserions nous suggérer au regard de l'arrêt du 9 juillet 2008 (**Civ. 1, 9 juill. 2008, n° 07-19.714**, AJ fam. 2008. 434, obs. I. G.  ; RTD civ. 2008. 661, obs. J. Hauser ), de l'imposer aux époux lors de la procédure de divorce. En l'occurrence il s'agissait d'un homme qui suite à la découverte de l'adultère de sa femme initie une procédure en divorce pour faute. Un an plus tard, alors que la procédure est toujours en cours et pensant être libéré de son obligation de fidélité, il commet lui aussi l'adultère. De suite, son épouse présente une demande reconventionnelle en divorce pour faute. Sa demande est toutefois rejetée par la cour d'appel qui prononce le divorce aux torts exclusifs de l'épouse. Cette décision est censurée par la Cour de cassation qui au visa de l'article 242 du code civil rappelle qu'il est possible d'invoquer, à l'appui d'une demande en divorce, des griefs postérieurs à l'ordonnance de non-conciliation ou à l'assignation.

Cette décision n'est pas surprenante eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la continuité des devoirs du mariage lors de la procédure en divorce (Civ. 2, 3 mai 1995, Bull. civ. II, n° 130 ; D. 1996. Somm. 64, 2 esp., obs. E. Blary-Clément ¹ ; RTD civ. 1995. 607, obs. J. Hauser ²), réserve faite pour l'adultère lorsque la procédure est trop longue dans le temps (Civ. 2, 29 avr. 1994, Bull. civ. II, n° 123 ; D. 1994. IR. 130 ³ ; RTD civ. 1994. 571, obs. J. Hauser ⁴) mais elle reste difficilement compréhensible.

Deux points justifient cette incompréhension. Le premier est d'ordre juridique : le texte de l'article 242 est clair : la faute consiste en une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune. Si l'on peut aisément concevoir que l'adultère est une violation d'un devoir du mariage, il est plus difficile de justifier en quoi lors de la procédure de divorce, il rend intolérable le maintien de la vie commune puisque celle-ci n'existe déjà plus ! Rappelons que l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce, alors pourquoi maintenir cette jurisprudence ? Remarque d'autant plus pertinente que dans un cas similaire la cour d'appel de Douai a dans un arrêt rendu le 27 septembre 2007 (Juris-Data, n° 2007-349667 ; RTD civ. 2008. 280, obs. J. Hauser ⁵ ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 27, obs. V. Larribau-Terneyre) refusé de qualifier de fautif l'adultère commis par l'épouse séparée de fait. L'hypothèse est celle d'un couple, parents de 4 enfants. Le mari volage, violent et alcoolique délaisse son épouse depuis 5 ans. Le premier juge prononce le divorce à ses torts exclusifs. Il fait appel en faisant valoir les relations extra-conjugales de son épouse postérieures à leur séparation de fait et demande que le divorce soit prononcé à ses torts exclusifs. Sans surprendre, la cour d'appel rejette ses prétentions. Toutefois le motif de son rejet doit être souligné. En effet, la cour indique que la relation extra-conjugale de l'épouse, largement postérieure à la séparation de fait du couple, n'étant pas à l'origine de la rupture, elle ne peut dans ces conditions constituer une faute au sens de l'article 242 du code civil. Ainsi dans les deux hypothèses nous sommes face à un couple en crise. Dans la première, une ordonnance de non-conciliation a été rendue autorisant les époux à vivre séparément. Dans la seconde, il s'agit simplement d'une séparation de fait non autorisée par le JAF. Dans le premier cas, on sanctionne comme fautif l'adultère de l'époux lui-même victime de l'infidélité de son épouse qui a causé la rupture de la vie commune alors que, dans le second cas, l'infidélité de l'épouse seulement séparée de fait est justifiée. La contradiction est évidente entre ces deux arrêts. Certes elle peut être expliquée par le fait que le premier est rendu par la Cour de cassation et l'autre par les juges du fond. Cependant cela ne peut, en droit, justifier cette inégalité de traitement. L'infidélité lors de la séparation officielle ou non du couple ne doit plus être sanctionnée dès lors que la vie commune est déjà rompue.

Le second point concerne l'éthique conjugale (expression empruntée à M Blary-Clément, V. D. 2008. Jur. 961 ⁶). L'espèce de cet arrêt le confirme, une telle solution ne peut qu'inciter à la mauvaise foi des époux qui vont épier la moindre infidélité de l'autre pour se forger un argument de défense non négligeable. Alors, si la Cour de cassation refuse de revenir sur ce principe, pourrait-on lui suggérer de certes prendre en compte la faute commise par l'époux, mais de la justifier eu égard au premier adultère commis qui lui, contrairement au second, a bel et bien rendu intolérable le maintien de la vie commune.

Toutefois, il n'est pas plaidé ici pour une abolition pure et simple des devoirs et obligations du mariage lors de la procédure du divorce. Certains devoirs auraient une légitimité à être maintenus et sauvegardés jusqu'au prononcé du divorce. De manière générale, il s'agirait des devoirs dont le respect serait nécessaire en cours de procédure tels que le devoir de secours, ou d'assistance, autrement dit des devoirs qui font la continuité de ce qu'a été le couple et de l'union solidaire qu'il a pu être un jour. A ce titre, il doit être approuvé l'arrêt du 5 mars 2008 (n° 07-15.516, D. 2008. AJ. 922, et 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot ⁷ ; AJ fam. 2008. 162, obs. S. David ⁸ ; RTD civ. 2008. 280, obs. J. Hauser ⁹) dans lequel la Cour a rappelé qu'il est possible d'invoquer, à l'appui d'une demande en divorce, des griefs postérieurs à l'ordonnance de non-conciliation ou à l'assignation. A titre d'exemple, il sera apprécié la sanction du non-respect du devoir de secours ou d'assistance dont l'irrespect serait contraire à l'éthique conjugale qui condamne tout comportement lâche et déloyal de l'époux en cours de séparation ; ceci devant être distingué de la violation du devoir de fidélité dont le respect

importe uniquement en cas de vie commune réelle et paisible et qui, selon nous, n'a plus lieu d'être en cas de séparation consommée des époux.

2 - La preuve de la faute

Si le respect du devoir de loyauté est réaffirmé comme étant essentiel pendant le mariage, les décisions des juges du fond nous apprennent cependant qu'il n'a plus lieu d'être lorsque les époux ont entamé une procédure de divorce. Ainsi, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a considéré comme étant recevable le certificat médical produit par l'épouse en cours d'instance attestant que le mari avait été hospitalisé pour sevrage alcoolique, alors que ce dernier avait dénoncé le caractère déloyal de l'attitude de son épouse qui aurait subtilisé le certificat en vue de prouver son alcoolisme. La cour estime à cet égard, qu'il n'y avait pas eu fraude au motif qu'à l'époque où le mari avait consulté le praticien qui a délivré le certificat, l'épouse l'avait accompagné. La démarche étant conjointe, le fait pour l'épouse de subtiliser le document et de s'en servir contre son époux n'était pas constitutif d'une fraude (**Aix-en-Provence, 27 févr. 2008**, Dr. fam. 2008, Comm. n° 142). En décidant de la sorte, la cour ignore les dispositions du code de la santé publique qui reconnaissent au dossier médical, dans lequel peut être intégré le certificat médical, un caractère personnel et confidentiel. Par ailleurs, une telle décision va à l'encontre de la position de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait déjà constaté la violation de l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale) par le juge français dans le cadre d'une procédure de divorce. En l'espèce, la Cour européenne avait motivé sa décision par le fait que le juge s'était fondé sur des pièces médicales relatives à l'état de santé de l'un des deux époux sans son consentement (CEDH 10 oct. 2006, n° 7508-02, D. 2006. IR. 2692  ; RTD civ. 2007. 95, obs. J. Hauser .

Il ne s'agit pas pour autant de remettre en cause le principe de la liberté de la preuve de la faute, cause de divorce, principe qui d'ailleurs a été rappelé par la même cour d'Aix-en-Provence un mois auparavant (16 janv. 2008, Juris-Data, n° 2008-368246 ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 156). A cette occasion, les juges du fond affirment à nouveau que la preuve de la faute peut être rapportée par un constat d'huissier dressé à la demande d'un époux, sous réserve toutefois de la violation de domicile ou de l'atteinte illicite à la vie privée (art. 259-2 c. civ.). Rappelons que pour contrer cette preuve irréfutable, il avait été allégué à l'appui des articles 9 et 259-2 du code civil qu'il s'agissait d'un procédé de preuve déloyal. Cependant comme le rappellent les juges du fond, l'épouse peut en toute légitimité solliciter du président du tribunal de grande instance la désignation d'un huissier pour procéder à un constat d'adultère (art. 145 et 812 c. pr. civ.) et qu'il s'agit en l'occurrence de l'exécution du droit dont dispose toute personne de se pré-constituer la preuve d'un fait lorsque les circonstances exigent que la décision ne soit pas prise contradictoirement. Par ailleurs, il est précisé que l'ingérence de l'autorité publique est justifiée par la possibilité pour l'épouse de faire valoir son droit à la fidélité sans qu'il y ait disproportion entre le but poursuivi et les moyens employés.

B - La procédure

1 - L'office du juge

a - L'office du juge du divorce international et européen

La multiplication des arrêts faisant état d'un divorce international ou européen permet désormais de tracer les contours d'un droit prétorien en la matière. Ainsi, ponctuellement, la Cour de cassation, par ses arrêts, nous permet d'édifier un nouvel office du juge aux affaires familiales. En témoigne la décision de la première chambre civile du 24 septembre 2008 (n° 07-20.248, D. 2008. AJ. 2438  ; AJ fam. 2008. 432, obs. A. Boiché  ; RJPF, déc. 2008. 22). Il s'agissait en l'espèce du divorce d'un couple initié par l'épouse en 2002 devant un juge français. Quelques semaines plus tard, l'époux prend la même initiative, sauf qu'il saisit le juge portugais du lieu où il a fixé sa nouvelle résidence avec les enfants communs. Se pose alors la question de la compétence du juge. Cette compétence est régie par les règlements de Bruxelles, plus précisément il s'agit du règlement de Bruxelles II du 29 mai 2000 (n° 1347/2000) entré en vigueur le 1 mars 2001 et du règlement de Bruxelles II bis du 27 novembre 2003 entré en vigueur le 1 mars 2005 qui abroge le premier. Chacun de ses

règlements s'applique aux actions engagées postérieurement à son entrée en vigueur. L'action de l'épouse en 2002 ayant été la première initiative offensive, s'y applique alors le règlement de Bruxelles II du 29 mai 2000. La question est donc de savoir, eu égard à ce texte, laquelle des juridictions portugaise ou française devra connaître du litige. Alors que la cour d'appel de Colmar reconnaît à son détriment la compétence des juges portugais au motif que le règlement de Bruxelles II donne compétence aux juridictions de l'Etat de la résidence habituelle, la nationalité des époux n'intervenant qu'à titre subsidiaire, elle est censurée sur ce point par la Cour de cassation. Pour cela la Cour s'appuie sur l'article 2 *b* dudit règlement qui permet à l'époux demandeur d'opter pour le tribunal de la résidence ou celui de la nationalité commune. Ainsi contrairement à ce que soutenait la cour d'appel de Colmar, les juridictions du lieu de résidence ne priment pas celles d'où sont originaires les époux. Partant, les juges français ayant été les premiers saisis par le dépôt de la requête en divorce, ils sont compétents pour se prononcer sur la demande en divorce.

Si la position de la Cour semble être claire quant à l'interprétation et l'application de l'article 2 *b*, des questions se posent en revanche quant à celles de l'article 3.1 *b* dudit règlement qui donne compétence pour statuer notamment sur les questions relatives au divorce aux juridictions de l'Etat membre de la nationalité des deux époux (...). Mais qu'en est-il pour des époux, en l'occurrence de nationalité hongroise qui se marient en Hongrie en 1979, s'installent en France en 1980 et obtiennent la nationalité française en 1985 et qui finalement décident de divorcer et introduisent pour l'un, une procédure de divorce en Hongrie en 2002 et pour l'autre, une procédure de divorce en France en 2003. La difficulté provenant essentiellement du fait que les époux sont bénéficiaires de deux nationalités (franco-hongroise) et que les juridictions des Etats dont relèvent ces nationalités ont toutes deux été saisies. L'article 3 ne donnant aucune précision permettant de résoudre la question, la Cour de cassation a dans son arrêt du 16 avril 2008 (**Civ. 1, 16 avr. 2008, n° 07-11.648**, D. 2008. AJ. 1355, obs. I. Gallmeister ; AJ fam 2008. 296, obs. A. Boiché ) décidé de saisir la Cour de justice des Communautés européennes de trois questions préjudicielles visant à connaître quelle nationalité dans un tel cas de figure doit alors prévaloir.

La réponse à ces questions permettra ainsi de mieux cerner les critères de saisine des juridictions en matière de divorce international et européen, à l'instar des critères temporels, tel qu'en témoigne l'arrêt du 11 juin 2008 (n° 06-20.042, D. 2008. AJ. 1773, obs. I. Gallmeister, et Chron. C. cass. 2363, obs. P. Chauvin et C. Creton  ; AJ fam. 2008. 295, obs. P. Hilt  ; RTD civ. 2008. 723, obs. R. Perrot  ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 164, obs. M. Farge). En l'espèce la première chambre civile a eu à se prononcer sur la compétence des juridictions françaises pour apprécier une demande en divorce déposée le même jour par l'époux en France et par l'épouse en Angleterre. A question simple, réponse simple : si la date de saisine est identique, reste à apporter la preuve de l'heure de saisine des tribunaux. Et à la Cour de préciser que cette preuve peut se faire par tout moyen et qu'elle incombe à celui qui s'en prévaut. En l'espèce, l'épouse ayant su prouver l'heure de saisine des juridictions anglaises contrairement à son conjoint, les juridictions anglaises ont été déclarées seules compétentes pour apprécier le contentieux. Cette décision complète ainsi celle de la même chambre rendue le 11 juillet 2006 (n° 04-20.405, D. 2007. Pan. 608, spéc. 610, nos obs.  ; AJ fam. 2006. 460, obs. A. Boiché ) qui nous précisait que, pour trancher la question de la compétence des juridictions françaises en cas de divorce, il devait être pris en compte non pas la date de l'assignation mais celle du dépôt de la requête initiale, seul acte valant saisine du JAF. Désormais, l'on sait que l'heure de ce dépôt est primordiale. Cependant une interrogation persiste : *quid* du décalage horaire ? Comment en effet les juges vont-ils pouvoir apprécier l'antériorité de leur saisine si les juridictions étrangères ayant été également saisies sont soumises à un horaire décalé à celui français ? La question, de prime abord surprenante, peut avoir des conséquences non négligeables si la situation se présente.

En tout état de cause, une fois les compétences *loci* et *materiae* du juge déterminées, ce dernier doit, une fois saisi, identifier une hiérarchie des textes susceptibles de s'appliquer à son espèce, ce qui donne lieu à de nombreuses censures de la Cour de cassation. En témoigne l'arrêt de la première chambre civile du 6 février 2008 (n° 06-21.870, RJPF, mai 2008. 21) qui casse l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui a reconnu l'autorité de la chose jugée à une décision algérienne prononçant le divorce des époux, pourtant résidant en France, dans la

mesure où elle n'était pas contraire à l'ordre public et ce en application de l'article 1 d) de la convention franco-algérienne du 27 août 1964. Selon la haute cour, les juges ont violé l'article 5 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilité lors de la dissolution du mariage. Tout en reconnaissant l'application de la décision sur le territoire français, les juges du fond ont en effet relevé que le jugement algérien avait été prononcé à la demande du mari et à sa seule volonté. La Cour a statué dans le même sens dans un arrêt de la première chambre civile du 19 septembre 2007 (n° 06-19.577, D. 2007. AJ. 2477). Il est donc reproché aux juges de n'avoir pas tiré les conséquences de leur constat et d'avoir reconnu l'autorité de la chose jugée d'une décision étrangère qui ne respectait pas l'égalité des époux lors de la dissolution du mariage et était contraire à l'ordre public international. Ce rappel à l'ordre de la haute cour n'est pas isolé. Ainsi, il peut être cité d'autres décisions dans lesquelles il est noté un contrôle certain de la Cour du respect par les juges du fond des règles de droit international privé. Ainsi, dans un arrêt du 9 janvier 2008 (n° 06-19.659, AJ fam. 2008. 125, obs. A. Boiché ; RLDC, sept. 2008. 35, obs. M.-C. de Meyzeaud-Garaud), elle rappelle l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la loi étrangère désignée par les règles de conflit de lois dans les matières où les parties n'ont pas la libre disposition de leur droit.

Cependant de par ces arrêts, il n'est pas permis de conclure que dans les divorces internationaux l'office du juge est limité par un pouvoir omniprésent de la Cour. En témoigne l'arrêt du 19 septembre 2007 (n° 06-20.208, D. 2007. AJ. 2476, et 2008. Pan. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2008. 125, obs. A. Boiché ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 114) de la première chambre civile qui fait suite aux arrêts du 10 mai 2007 (n° 06-12.476 et n° 06-11.323, D. 2007. AJ. 1432, Chron. C. cass. 2327, obs. P. Chauvin et C. Creton, et 2008. Pan. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2007. 433, obs. A. Boiché ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 158, obs. M. Farge). Ainsi, après avoir reconnu au JAF le pouvoir de contrôler, à titre incident, la régularité d'une décision étrangère, la première chambre civile lui accorde désormais le pouvoir d'apprécier la recevabilité et le bien fondé d'une exception de litispendance internationale.

b - L'office du juge français

L'analyse de la jurisprudence en matière de divorce est toujours fructueuse lorsqu'il s'agit d'apprécier les « pouvoirs » du juge aux affaires familiales. A travers ses arrêts, la Cour de cassation ne manque pas, en effet, de reconnaître tantôt des limites, tantôt des extensions, parfois exclusives, parfois complémentaires des compétences du JAF. A ce titre, il sera relevé les deux arrêts de la première chambre civile du 2 avril 2008 (**Civ. 1, 2 avr. 2008, n° 07-13.159** et n° 06-18.431, Dr. fam. 2008, Comm. n° 121, obs. V. Larribau-Terneyre) qui apportent quelques précisions sur les pouvoirs et compétences du JAF en matière de révision des prestations compensatoires. Ainsi dans le premier arrêt, la Cour réaffirme qu'en application de l'article 228, alinéa 3, du code civil, seul le JAF est compétent pour statuer sur la révision d'une prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement. Il n'appartient donc pas au juge, saisi des difficultés relatives aux opérations de partage de l'indivision post-communautaire, de statuer sur une demande de conversion en capital de la prestation compensatoire allouée sous forme de rente. Cette compétence exclusive s'ajoute à celle du prononcé du divorce et de ses conséquences. Par ailleurs, dans le second arrêt, la Cour ajoute que dans cette exclusivité, le JAF jouit d'un pouvoir souverain eu égard à l'article 276 du code civil de décider de la suppression, de la suspension du paiement de la prestation compensatoire ou de la réduction de son montant. En revanche, si les juges du fond sont souverains sur la question, ils doivent, lorsqu'ils se prononcent sur une demande en prestation compensatoire, respecter les règles de base de la procédure civile. Ainsi a été censuré l'arrêt de la cour d'appel qui avait condamné le mari à verser à l'épouse une prestation compensatoire sous la forme d'un capital alors que la demande de l'épouse avait été formulée par voie de conclusions déposées après l'ordonnance de clôture (Civ. 1, 11 juin 2008, n° 07-19.558, D. 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 123). Le JAF n'a donc pas vocation à pallier les carences procédurales des parties, tout comme les carences sur le fond ainsi que le démontre l'arrêt de la première chambre civile du 23 janvier 2008 (n° 07-11.323, D. 2008. AJ. 484, et 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2008. 208, obs. S. David ; RTD civ. 2008. 281, obs. J. Hauser ; Dr fam. 2008, Comm. n°

40, note V. Larribau-Terneyre). Cet arrêt a été l'occasion pour la Cour de rappeler que si le JAF a l'obligation d'inviter les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire lorsqu'elle(s) n'a (ont) demandé que le versement d'une pension alimentaire ou d'une contribution aux charges du mariage (art. 1076-1 c. pr. civ.), il n'a pas à solliciter leurs observations sur un éventuel versement de prestation compensatoire lorsque aucune d'entre elles n'a formulé une quelconque demande relative au paiement d'une pension alimentaire ou une contribution aux charges du mariage. Cet arrêt doit être approuvé en ce qu'il rappelle que le pouvoir du JAF conféré par l'article 1076-1 ne vaut que pour corriger les erreurs ou oublis manifestes des parties.

Enfin, dans un tout autre domaine, la Cour de cassation rappelle aux juges du fond que si en application de l'article 275, dernier alinéa, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004, ils peuvent subordonner le prononcé du divorce pour rupture de la vie commune au versement effectif du capital alloué, ils ne peuvent pas en revanche subordonner la transcription du divorce au versement dudit capital (Civ. 1, 5 mars 2008, n° 07-10.937, AJ fam. 2008. 298, obs. S. D. ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 57, note V. Larribau-Terneyre). Cette possibilité de contraindre l'époux débiteur est donc limitée dans ses conditions d'application, ce qui doit être approuvé.

2 - Les difficultés procédurales

L'actualité jurisprudentielle en matière de procédure de divorce est classiquement très riche. Riche en confirmation, riche en infirmation, riche en nouveauté.

C'est ainsi que des précisions ont été apportées quant à l'étendue de la représentation par les tuteurs des majeurs protégés. On apprend alors qu'en matière de divorce, un tuteur ne peut avouer au nom de celui qu'il représente (Civ. 1, 2 avr. 2008, n° 07-15.820, AJ fam. 2008. 255, obs. L. P.-R. ; RTD civ. 2008. 353, obs. R. Perrot, et 452, obs. J. Hauser), ce qui d'ailleurs va dans le sens de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Par ailleurs, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler dans son arrêt du 19 mars 2008 (**Civ. 1, 19 mars 2008, n° 06-21.250**, D. 2008. AJ. 1059 ; RTD civ. 2008. 461, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 65, note V. Larribau-Terneyre) que, lorsqu'un divorce est prononcé sur demande acceptée d'un époux, la décision devient exécutoire au jour où le jugement le prononçant acquiert force de chose jugée et non au jour où l'ordonnance constatant le double aveu a été rendue. La question d'intérêt purement procédural revêtait en l'espèce un intérêt financier important. Il s'agissait d'un couple dont l'époux avait souscrit un contrat d'assurance automobile garantissant en cas de décès le versement d'un capital relativement conséquent à son épouse. Cependant les époux se séparent ; le jugement de divorce n'est pas notifié aux parties. Un an plus tard, l'époux décède et la veuve reçoit la somme assurée.

La mère du défunt conteste le versement faisant valoir que sa bru n'était plus bénéficiaire de la garantie dans la mesure où le divorce avait été prononcé. Fort du jugement, elle obtient de l'officier d'état civil la mention de divorce en marge de l'acte de mariage pour se voir attribuer l'indemnité. Cependant, le ministère public conteste cette mention au motif que, dès lors que le jugement n'est pas notifié aux parties, le délai pour exercer les voies de recours ne peut débuter, si bien qu'au jour du décès, le jugement n'était pas définitif. Le contentieux est porté devant la haute cour qui procède alors à quelques rappels. C'est ainsi qu'elle affirme que lorsqu'un divorce est prononcé sur demande acceptée, il devient exécutoire au jour où le jugement le prononçant acquiert force de chose jugée et non au jour où l'ordonnance constatant le double aveu a été rendue. Ainsi après avoir constaté que l'article 528-1 du code de procédure civile ne s'appliquait pas à l'espèce, la Cour rejette la prétention de la demanderesse. Restait à invoquer l'acquiescement des époux au jugement de divorce, bien que l'article 410 du code de procédure civile reconnaît la possibilité aux parties d'acquiescer implicitement au jugement, les juges du fond ont en l'espèce considéré que le fait que les époux aient continué à vivre séparément après l'ordonnance de non-conciliation ne suffit pas à établir un acquiescement tacite au divorce. Sur ce point la Cour de cassation censure la

décision des juges du fond pour contradiction de motif car tout en rejetant l'acquiescement, ils avaient noté que l'épouse s'était comportée ouvertement comme une femme divorcée. La cassation semble être ici justifiée par la contradiction de motifs. Doit donc être écartée toute autre raison de fond sauf à compliquer les règles applicables aux voies de recours du divorce accepté ; ce qui en soit serait regrettable eu égard à la clarification opérée par la Cour de cassation suite à la demande d'avis formulée par la cour d'appel de Rennes au regard de la portée de l'appel dans le divorce accepté (Cass., avis, 9 juin 2008, n° 0800004, D. 2008. AJ. 1827, obs. I. Gallmeister  ; RTD civ. 2008. 461, obs. J. Hauser  ; Dr fam. 2008, Comm. n° 119).

C'est ainsi que la Cour de cassation précise que la décision prononçant le divorce n'acquiert pas force de chose jugée tant que l'effet suspensif de l'appel n'est pas révolu ce qui a pour conséquence que les devoirs et obligations du mariage sont maintenus jusqu'à ce que le divorce devienne définitif. Par ailleurs, la Cour précise qu'en revanche l'acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut plus être remise en cause, sauf exceptionnellement en cas de vice de consentement. Autrement dit, dans le cadre d'un divorce accepté, les époux, s'ils peuvent faire appel de la décision, ne peuvent pas revenir sur leur acceptation du principe de la rupture sauf à prouver l'existence d'un vice de consentement. L'avis n'est certes pas novateur eu égard à la jurisprudence précédente de la Cour mais il a le mérite d'ôter les doutes qui prospéraient depuis un arrêt du 4 juin 2007 (n° 05-20.389, D. 2008. Pan. 807, spéc. 810, nos obs.  ; AJ fam. 2007. 434, obs. S. David  ; RTD civ. 2007. 758, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2007, Comm. n° 150, note V. Larribau-Terneyre).

Enfin doivent être relevés plusieurs arrêts relatifs aux possibilités qu'ont les parties, en cours de procédure, de modifier leur demande et d'user des passerelles autorisées par la loi. Ainsi la première chambre civile rappelle qu'en vertu de l'article 1076, alinéa 2, du code de procédure civile, l'époux qui forme une demande en divorce peut lui substituer une demande en séparation de corps mais l'inverse n'est pas permis (Civ. 1, 16 avr. 2008, n° 07-14.891, D. 2008. AJ. 1346, obs. C. Le Douaron, et 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot  ; RLDC, juin 2008. 3031). Cette décision se justifie par la volonté avérée de la Cour de favoriser dès que possible le maintien du lien conjugal. C'est également en ce sens qu'a statué la cour d'appel de Toulouse dans son arrêt du 3 juin 2008 (Dr. fam. 2008, Comm. n° 140). Malgré l'existence d'un jugement antérieur de séparation de corps, la cour a rappelé que la demande directe en divorce de l'épouse est recevable dès lors que l'un des époux n'a pas formé une demande en conversion de la séparation de corps en divorce. Ainsi, pour que la passerelle soit admise, il faut que la demande en divorce précède la demande de conversion, le cas échéant, la demande en divorce sera présentée comme une demande reconventionnelle qui, en application de l'article 1131 du code de procédure civile, sera irrecevable.

Par ailleurs, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 5 mars 2008 (n° 07-15.516, D. 2008. AJ. 922, et 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot  ; AJ fam. 2008. 162, obs. S. David  ; RTD civ. 2008. 280, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 54, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC, avr. 2008. 47, n° 2960), les conditions d'articulation des articles 33 IV et 33 II b de la loi du 26 mai 2004. Le premier dispose que l'appel et le pourvoi sont régis par les règles applicables lors du prononcé de la décision de première instance ; le second précise que même si l'assignation a été délivrée avant le 1 janvier 2005, les époux peuvent se prévaloir des passerelles des articles 247 et 247-1 du code civil. Reste à savoir comment les deux textes peuvent s'appliquer conjointement sans se contredire. La Cour de cassation décide à ce titre, que si l'article 33 II b prévoit la possibilité de prononcer un divorce pour altération définitive du lien conjugal même si l'assignation a été délivrée avant le 1 janvier 2005, c'est à la condition que les époux vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce (art. 238, al. 1, c. civ.) mais également que la décision de première instance ne soit pas intervenue, car dans l'hypothèse où une décision judiciaire a été rendue, la passerelle offerte par l'article 33 II b est définitivement fermée. Dans ce cas, prévaut l'article 33 IV.

L. W.-P.

II - Les conséquences patrimoniales du divorce

A - L'apurement du passé

1 - Le sort des libéralités

Les lois du 26 mai 2004 et du 23 juin 2006 ont simplifié le régime des libéralités en cas de divorce (D. Epailly, *Le notaire et les donations entre ex-époux*, Dr. fam. 2008, Chron. n° 27). D'une part, « *le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme* » (art. 265, al. 1, c. civ.). D'autre part, « *le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consentis. Cette volonté est constatée par le juge au moment du prononcé du divorce et rend irrévocables l'avantage ou la disposition maintenus* » (art. 265, al. 2, c. civ.).

Sous l'empire du droit antérieur, les donations consenties entre époux de manière déguisée ou par personne interposée étaient nulles (anc. art. 1099, al. 2, c. civ. ; rappr. Civ. 1, 6 févr. 2008, n° 07-10.179). Ceci, afin de garantir la liberté de pouvoir toujours révoquer les donations entre époux (anc. art. 1096, al. 1, c. civ.). Divorcer n'était pas pour autant sans incidence. L'époux aux torts exclusifs perdait les donations et avantages matrimoniaux consentis par son conjoint (anc. art. 267 c. civ.). La même règle s'appliquait dans le divorce pour rupture de la vie commune aux dépens du demandeur (anc. art. 269 c. civ.). Enfin, si chacun des époux restait libre de révoquer les libéralités qu'il avait pu faire à son conjoint dans le divorce aux torts partagés (anc. art. 267-1 c. civ.) ou sur demande acceptée (anc. 268-1 c. civ.), les époux divorçant sur requête conjointe s'accordaient sur leur sort et, à défaut, étaient présumés les avoir maintenues (anc. art. 268 c. civ.).

La loi du 23 juin 2006 remédie aux carences du droit transitoire de la loi du 26 mai 2004. Selon l'article 47, III de la loi du 23 juin 2006, dont les dispositions sont interprétatives, les donations de biens présents faites avant le 1 janvier 2005 sont ainsi révocables conformément à l'article 1096 du code civil, dans sa rédaction antérieure à cette date (Civ. 1, 16 avr. 2008, n° 07-17.117, Defrénois 2008. 1839, obs. J. Massip).

La Cour de cassation précise, pour l'ancien divorce sur requête conjointe, que « (...) *les donations faites entre époux pendant le mariage qui sont maintenues de façon expresse dans la convention définitive homologuée par le juge, deviennent irrévocables* ». (**Civ. 1, 6 févr. 2008, n° 05-18.745**, Bull. civ. I, n° 40 ; AJ fam. 2008. 120, obs. S. David  ; RTD civ. 2008. 282, obs. J. Hauser , et 347, obs. M. Grimaldi  ; Defrénois 2008. 1115 ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 41, note V. Larribau-Terneyre ; RJPF 2008-5/39, obs. S. Valory). S'il était déjà acquis que les libéralités présumées maintenues dans le divorce sur requête conjointe conservaient la révocabilité ou l'irrévocabilité qui était la leur avant le divorce (Civ. 1, 16 juin 1993, n° 91-16.359, Bull. civ. I, n° 218 ; D. 1994. Jur. 165, note J. Massip  ; RTD civ. 1994. 88, obs. J. Hauser , l'incertitude demeurait pour les libéralités maintenues expressément dans la convention définitive homologuée. La solution retenue préserve l'équilibre global et négocié de la convention définitive, ainsi que l'indivisibilité entre le prononcé du divorce sur requête conjointe et l'homologation de la convention. Elle est aussi conforme à la logique poursuivie par la législation actuelle, en ce qui concerne le sort des donations de biens à venir en cas de divorce (l'art. 265, al. 2, c. civ. prévoit que le divorce emporte de plein droit la révocation de ces donations, mais reconnaît à leur auteur la faculté de les maintenir et ajoute que cette volonté les rend irrévocables).

2 - Le partage des biens

Se fondant sur le caractère indissociable du prononcé du divorce sur requête conjointe et de l'homologation de la convention définitive, un arrêt rendu le 5 novembre 2008, par la Cour de cassation, retient que le recours en révision partielle d'un tel jugement, en ses seules dispositions relatives au partage des biens, est irrecevable (**Civ. 1, 5 nov. 2008, n° 07-14.439**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2008. AJ. 2939 ; AJ fam. 2008. 476, obs. S. David  ;

Dr. fam. 2008, Comm. n° 170, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2008/55, n° 3229, obs. G. Serra).

« *Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* » (art. 593 c. pr. civ.). Dans un arrêt demeuré isolé et qui ne fut pas publié au *Bulletin*, la Cour de cassation avait admis, par principe, la recevabilité de ce recours dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe (Civ. 1, 30 mai 2004, n° 01-17.633). Encore faut-il respecter l'article 595 du code de procédure civile. « *Le recours en révision n'est ouvert que pour l'une des causes suivantes : s'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ; si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie ; s'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ; s'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement. Dans tous les cas, le recours n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée* ». Restait à préciser la portée de ce recours au regard de la singularité du divorce sur requête conjointe.

L'article 232, alinéa 1, du code civil, applicable au divorce sur requête conjointe, énonce que « *le juge prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que chacun d'eux a donné librement son accord. Il homologue, par la même décision, la convention réglant les conséquences du divorce* ». L'article 279, alinéa 1, ajoute que « *la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice* ». Selon une formule devenue classique, la Cour de cassation en déduit que « *le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi* » (Civ. 2, 6 mai 1987, n° 86-10.107, Bull. civ. II, n° 103). Etant expressément prévu par la loi (art. 593 s., c. pr. civ.), rien ne s'oppose ainsi à l'exercice du recours en révision dans le divorce sur requête conjointe. Sa mise en oeuvre est cependant subordonnée au respect de l'indivisibilité qui unit le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive. Une décision publiée considèrerait qu'elle puisse se limiter aux dispositions patrimoniales de la convention homologuée (Aix-en-Provence, 19 mai 1987, Gaz. Pal. 1987. 2. 652, note P. Latil). L'arrêt du 5 novembre 2008 réfute cette jurisprudence. Le recours en révision remet en cause le prononcé du divorce et la convention définitive homologuée.

Le recours en révision est soumis au même régime juridique dans le divorce par consentement mutuel. Les articles 232, alinéa 1, et 279, alinéa 1, du code civil, désormais applicables dans ce divorce, n'ont en effet pas été réécrits par la loi du 26 mai 2004.

B - L'aménagement de l'avenir

En dehors des dommages et intérêts fondés sur les articles 266 et 1382 du code civil, selon qu'un préjudice résulte du divorce (V. pour une application de l'art. 266, dans sa rédaction issue de la loi du 26 mai 2004 : Paris, 20 févr. 2008, Dr. fam. 2008, Comm. n° 55, note V. Larribau-Terneyre) ou s'en distingue (Civ. 1, 11 juin 2008, n° 07-19.128), un époux peut être indemnisé par une prestation compensatoire.

1 - La demande de prestation compensatoire

L'article 270, alinéa 2, du code civil dispose que « *l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives* ».

L'alinéa 3 assortit le principe d'un tempérament : « *toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères de l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture* ». C'est ce qui a pu être jugé pour une femme ayant rejeté son mari et ses enfants pour se consacrer à une vie exclusivement spirituelle, sous l'emprise d'un « guide » (Montpellier, 5 févr. 2008, AJ fam.

2008. 394, obs. S. David). Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 26 mai 2004, l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé et l'époux demandeur dans le divorce pour rupture de la vie commune étaient, par principe, déchus du droit à prestation compensatoire. L'ancien article 280-1, alinéa 2, du code civil admettait, à titre exceptionnel, qu'une indemnité fondée sur l'équité puisse bénéficier au premier, en considération de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée à la profession de son conjoint. Etant l'accessoire de la demande en divorce, la demande d'indemnité pouvait être formée pour la première fois en appel (Civ. 1, 16 avr. 2008, n° 07-14.345).

La Cour de cassation rappelle ponctuellement que le prononcé du divorce et l'attribution de la prestation compensatoire relèvent de la même décision judiciaire (V. encore, Civ. 1, 19 mars 2008, n° 07-12.630). L'appel demeure possible. Si l'appel est général, c'est-à-dire formé contre le principe du divorce et ses conséquences, la cour d'appel apprécie le droit à prestation et en fixe le montant au jour où elle statue (V. en dernier lieu, Civ. 1, 5 mars 2008, n° 07-15.141, AJ fam. 2008. 298, obs. S. David ¹ ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 56, note V. Larribau-Terneyre). Si l'appel est limité aux conséquences financières du divorce, la décision de divorce ayant acquis force de chose jugée, la cour d'appel remonte à cette date pour se prononcer (V. par ex., Civ. 2, 28 mars 2002, n° 00-13.936).

Une expertise judiciaire peut être ordonnée pour allouer une prestation provisionnelle dans l'attente du montant définitif de la prestation compensatoire. L'interdiction édictée par l'article 1079 du code de procédure civile d'assortir la prestation compensatoire de l'exécution provisoire ne s'étend pas à la condamnation au paiement d'une prestation compensatoire provisionnelle, qui est par nature une mesure provisoire exécutoire de plein droit en application de l'article 514, alinéa 2, du même code (Civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-14.232, Bull. civ. I, n° 155 ; D. 2008. AJ. 1700, et 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot ¹ ; RTD civ. 2008. 463, obs. J. Hauser ¹ ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 120, note V. Larribau-Terneyre ; Defrénois 2008. 1837, obs. J. Massip).

Conforme au respect du contradictoire (art. 16 c. pr. civ.), l'article 1076-1 du code de procédure civile, introduit par le décret du 17 décembre 1985 et repris par le décret du 29 octobre 2004, prévoit quant à lui que « *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* ». La règle est d'interprétation stricte. En l'absence de demande de pension alimentaire ou de contribution aux charges du mariage, le juge peut prononcer le divorce sans inviter les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire (Civ. 1, 23 janv. 2008, n° 07-11.323, Bull. civ. I, n° 18 ; D. 2008. AJ. 484, et 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2008. 208, obs. S. David ¹ ; RTD civ. 2008. 281, obs. J. Hauser ¹ ; RJPF 2008-5/29, obs. T. Garé ; Dr. fam., Comm. n° 40, note V. Larribau-Terneyre ; Defrénois 2008. 1110, obs. J. Massip). Régulièrement invoqué (V. encore, Civ. 1, 9 janv. 2008, n° 07-11.862), l'article 1076-1 du code de procédure civile remédie à la situation d'un époux qui n'a pu demander de prestation compensatoire parce qu'il s'est opposé au divorce ou a sollicité une pension alimentaire au lieu d'une prestation compensatoire (ce qui n'est possible que si le divorce est antérieur à la réforme de 1975 ou prononcé pour rupture de la vie commune). Dans les autres cas, le juge n'a pas à suppléer la carence de l'auteur de la demande en divorce. La solution repose implicitement mais nécessairement sur l'interdiction faite au juge de modifier l'objet du litige (art. 5 c. pr. civ. : « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* »). Elle concerne les procédures antérieures et postérieures à la loi du 26 mai 2004, puisque l'article 1076-1 a été maintenu.

Que ce soit pour la partie qui prend l'initiative de la procédure en divorce ou pour celle qui forme une demande reconventionnelle (art. 257-1, al. 1, c. civ.), la solution revêt un intérêt crucial car une prestation compensatoire ne peut être revendiquée qu'au cours de l'instance. D'une part, l'article 257-2 du code civil exige à peine d'irrecevabilité que la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. D'autre part, les articles 783, alinéa 1, et 910 du code de procédure civile interdisent tout dépôt de pièces ou de conclusions après l'ordonnance de clôture, à peine d'irrecevabilité soulevée d'office (V. pour une demande de prestation compensatoire, Civ. 1,

11 juin 2008, n° 07-19.558, Bull. civ. I, n° 169 ; D. 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot  ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 123, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2008/52, n° 3121, obs. G. Serra).

En vue de la fixation, par le juge ou par les parties, ou à l'occasion d'une demande en révision, les parties remettent au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie (art. 272, al. 1, c. civ.). La portée contraignante de cette règle est largement atténuée par la Cour de cassation (V. à contre-courant, s'agissant d'une demande de suppression, Papeete, 31 juill. 2008, Dr. fam. 2008, Comm. n° 172, note V. Larribau-Terneyre). Une déclaration sur l'honneur mensongère peut néanmoins fonder un recours en révision pour, comme le prescrit l'article 593 du code de procédure civile, faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée et qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. La Cour de cassation l'a admis en considérant que « *le patrimoine est un élément d'appréciation expressément prévu par la loi dont le juge doit tenir compte pour fixer la prestation compensatoire, de telle sorte que la dissimulation par l'une des parties de l'existence d'un patrimoine immobilier lui appartenant était nécessairement déterminante* » (Civ. 2, 12 juin 2008, n° 07-15.962, Bull. civ. II, n° 141 ; D. 2008. AJ. 1765, et 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot  ; AJ fam. 2008. 344, obs. S. David  ; RTD civ. 2008. 462, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 138, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2008/52, n° 3120, obs. G. Serra). Dissimuler un élément visé par l'article 271 du code civil semble ainsi emporter une présomption irréfragable de fraude. L'énumération légale n'est toutefois pas exhaustive (comme l'indique l'emploi de l'adverbe « notamment »). Le recours en révision peut par exemple être exercé pour la dissimulation de parts sociales et d'une donation-partage (Aix-en-Provence, 28 févr. 2008, RTD civ. 2008. 462, obs. J. Hauser  ; JCP 2008. IV. 2111). Reste à savoir si la dissimulation d'un élément ne figurant pas dans la loi n'emporte qu'une présomption simple de fraude... La transposition de cette jurisprudence pour l'ancien divorce sur requête conjointe et le divorce par consentement mutuel qui s'est substitué à lui ne suscite en revanche aucun doute. Seule différence, les effets du recours en révision ne se limitent pas à la prestation compensatoire, puisque ce recours remet en cause à la fois le prononcé du divorce et la convention définitive homologuée (Civ. 1, 24 sept. 2008, préc.).

2 - La fixation des prestations compensatoires

Selon l'article 271, alinéa 1, du code civil, « *la prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible* ». Encourt dès lors la censure, la décision qui, pour accorder à l'épouse une rente mensuelle viagère, relève qu'elle « *a droit à reconnaissance familiale, confort et dignité* » sans mentionner ses ressources ni ses besoins (Civ. 1, 6 févr. 2008, n° 07-12.164).

Exclusivement destinées à l'entretien de l'enfant, les prestations familiales n'entrent à cet égard pas en compte dans les revenus du créancier (V. rappelant cette jurisprudence, Civ. 1, 6 févr. 2008, n° 07-14.334, Dr. fam. 2008, Comm. n° 99, note M. Burgard ; 15 mai 2008, n° 07-17.723).

Dans le but de faciliter la tâche du juge aux affaires familiales, l'alinéa 2 de l'article 271 propose, comme l'ancien article 272, de se fonder sur des critères dont l'énumération n'est pas limitative.

La loi vise la durée du mariage et le temps déjà consacré ou qu'il faudra encore consacrer à l'éducation des enfants. Ceci n'exclut pas les périodes de séparation, de fait comme de corps, et la naissance d'un enfant adultérin (**Civ. 1, 16 avr. 2008, n° 07-17.652**, Bull. civ. I, n° 111 ; D. 2008. AJ. 1271, obs. V. Avena-Robardet ; AJ fam. 2008. 249, obs. F. Chénéde , et 295, obs. S. David  ; RTD civ. 2008. 463 , et 472, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 83, note V. Larribau-Terneyre ; Defrénois 2008. 1836, obs. J. Massip ; RJPF 2008-9/20, obs. E. Mulon ; RLDC 2008/50, n° 3033, obs. G. Serra). Lors d'une séparation de fait ou de corps, le devoir de secours relaie la contribution aux charges du mariage. Son exécution prend la forme d'une pension alimentaire maintenant, pour l'époux dont les

ressources sont les plus faibles, le train de vie auquel lui donne droit le mariage. Si les époux divorcent, une prestation compensatoire doit alors remédier à la disparité créée dans leurs conditions de vie respectives (art. 270, al. 2, c. civ.). Rien ne justifie par ailleurs d'exclure la naissance d'un enfant adultérin dans l'appréciation des besoins et des ressources du débiteur d'une prestation compensatoire (V. déjà, Civ. 1, 7 mai 2002, n° 00-20.814). Un raisonnement contraire entretiendrait une discrimination envers les enfants adultérins, ce qui - faut-il le rappeler ? - est prohibé au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (V. condamnant l'Etat français en droit successoral, CEDH 1 févr. 2000, aff. 34406/97, *Mazurek c/ France*, D. 2000. Jur. 332, note J. Thierry, et Chron. 626, par B. Vareille ; RDSS 2000. 606, obs. F. Monéger ; RTD civ. 2000. 311, obs. J. Hauser, 429, obs. J.-P. Marguénaud, et 601, obs. J. Patarin ; V. en droit des libéralités, CEDH 22 déc. 2004, aff. 68864/01, *Merger et Cros c/ France*, RTD civ. 2005. 335, obs. J.-P. Marguénaud). De plus, la violation du devoir de fidélité incombe à l'époux coupable d'un tel manquement. Lui seul mérite d'être pénalisé, ce qui peut résulter du prononcé d'un divorce pour faute.

Quant à la vie commune antérieure au mariage, qui n'est pas visée par l'article 271, alinéa 2, du code civil, elle n'entre pas - ou plus - en compte dans la fixation d'une prestation compensatoire (Civ. 1, 16 avr. 2008, n° 07-12.814, Bull. civ. I, n° 112 ; D. 2008. AJ. 1271, obs. V. Avena-Robardet ; AJ fam. 2008. 251, obs. S. David ; RTD civ. 2008. 463 [2 esp.], obs. J. Hauser ; RJPF 2008-7.8/19, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 83 [2 esp.], note V. Larribau Terneyre ; Defrénois 2008. 1836 [2 esp.], obs. J. Massip ; RJPF 2008-9/20 [2 esp.], obs. E. Mulon ; RLDC 2008/50, n° 3032, obs. G. Serra ; 24 sept. 2008, n° 07-19.613, RTD civ. 2008. 660, obs. J. Hauser). En 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a pourtant admis que cette situation puisse être prise en considération (Civ. 1, 14 mars 2006, n° 04-20.352, Bull. civ. I, n° 155 ; D. 2007. Pan. 608, spéc. 614, obs. G. Serra ; AJ fam. 2006. 377, obs. S. David ; RTD civ. 2006. 544, obs. J. Hauser ; RJPF 2006-7-8/23, obs. T. Garé ; Defrénois 2006. 1059, obs. J. Massip). Certes, la loi autorise le juge à se fonder sur des critères dont l'énumération n'est pas limitative, n'excluant dès lors pas expressément la vie commune antérieure au mariage. Reste que l'union libre se distingue de l'union conjugale par son absence d'engagement juridique. C'est en effet le statut du mariage - et lui seul - qui oblige, via le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage, un époux à communiquer son train de vie à son conjoint. Corrélativement, c'est encore ce statut qui oblige à indemniser, par une prestation compensatoire, l'époux qui subit la disparité résultant de la rupture. En ce sens, le bénéfice d'une prestation compensatoire atténue la perte du train de vie que garantissait le seul mariage au travers de l'exécution du devoir de secours et de l'obligation de contribuer aux charges du mariage.

Le concubinage notoire de l'une ou l'autre des parties ne figure pas non plus à l'article 271, alinéa 2, du code civil, mais peut être pris en compte à condition, bien entendu, d'avoir une incidence sur ses ressources ou ses besoins. Tel n'est pas le cas d'une liaison entretenue par l'épouse avec un amant dès lors qu'ils ne cohabitent pas, qu'ils ne se rencontrent qu'une fois par semaine et qu'il n'est pas établi que le compagnon de l'épouse contribue aux dépenses de la vie courante de celle-ci (Civ. 1, 2 avr. 2008, n° 07-17.307).

L'alinéa 2 de l'article 272 du code civil, introduit par la loi du 11 février 2005 sur l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, exclut pour sa part « les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap ». Selon la cour d'appel de Paris, l'allocation adulte handicapé ne relève pas du champ de cette exclusion (Paris, 20 févr. 2008, RTD civ. 2008. 463, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 66, note V. Larribau-Terneyre). Estimant qu'elle ne compense pas un handicap, mais a pour objet d'assurer un minimum de ressources, la cour en déduit qu'elle ne présente pas un caractère indemnitaire.

La compensation évaluée, le juge doit préciser son montant, ainsi que la valeur et la quotité des droits attribués à ce titre, tel qu'un abandon de droits en pleine propriété (V. pour un mobil-home, Civ. 1, 16 avr. 2008, n° 07-12.814, préc.) ou un usufruit (rappr. s'agissant d'une pension alimentaire dans un divorce pour rupture de la vie commune, Civ. 1, 19 mars 2008, n° 07-11.267, Bull. civ. I, n° 81 ; D. 2008. AJ. 988 ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 67, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2008/49, n° 2995, obs. G. Marraud des Grottes). Lorsque la

compensation prend la forme d'un capital fractionné, le juge doit également indiquer le montant et la périodicité des versements (Civ. 1, 6 févr. 2008, n° 07-14.142, Dr. fam. 2008, Comm. n° 42, note V. Larribau-Terneyre). Toutefois, l'omission matérielle de la mention du montant de la prestation compensatoire peut toujours être réparée par la juridiction qui a rendu la décision ou par celle à laquelle elle est déférée si cette rectification ne modifie pas les droits et obligations des parties (Civ. 1, 20 févr. 2008, n° 07-12.426, Defrénois 2008. 1113, obs. J. Massip).

3 - La révision des prestations compensatoires

En vertu de l'article 228, alinéa 3, du code civil, le juge aux affaires familiales est seul compétent pour statuer sur la révision d'une prestation ou de ses modalités de paiement (Civ. 1, 2 avr. 2008, n° 07-13.159, Bull. civ. I, n° 97 ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 121 [1 esp.], note V. Larribau-Terneyre). Le juge saisi des difficultés relatives au partage de l'indivision post-communautaire n'est ainsi pas habilité à statuer sur une demande de conversion d'une rente en capital.

L'article 276-3, alinéa 1, du code civil prévoit à cet égard que « *la prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties* ». Encore faut-il que ce changement n'ait pas été envisagé lors de la fixation, dans la mesure où une prestation compensatoire est déterminée en tenant compte de la situation au moment du divorce et de son évolution dans un avenir prévisible (art. 271, al. 1, c. civ.).

L'article 276-3, alinéa 1, peut être invoqué pour un départ en retraite anticipé, bien que volontaire (Civ. 1, 9 janv. 2008, n° 06-18.524, RJPF 2008-4/19, obs. T. Garé). En revanche, comme le rappelle un arrêt de la Cour de cassation, son application ne se justifie pas lorsque les juges du fond ont constaté que la mise à la retraite a été prise en compte dans le calcul initial de la rente (**Civ. 1, 25 juin 2008, n° 07-14.209**, Bull. civ. I, n° 180 ; AJ fam. 2008. 345, obs. S. David  ; RTD civ. 2008. 663, obs. J. Hauser  ; RJPF 2008-10/24, obs. T. Garé  ; Dr. fam. 2008, Comm. n° 122, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2008/52, n° 3119, obs. G. Serra). Cet arrêt considère par ailleurs que « *l'absence de liquidation dans un délai raisonnable de l'actif de communauté dont le montant devait permettre à chacun des époux de disposer d'un patrimoine conséquent constitue un changement important dans les ressources [du débiteur] justifiant la suspension de la rente viagère* ». Conformément à l'article 276-3, alinéa 1, cette jurisprudence doit aussi permettre, le cas échéant, de réviser ou supprimer une rente viagère. En l'espèce, le conflit sur la liquidation opposait les parties depuis plus de vingt ans. La difficulté n'en demeure pas moins de savoir ce que représente un délai raisonnable. L'arrêt n'apporte aucune précision. De même que l'importance d'un changement dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, laissée à l'appréciation des juges du fond, le caractère raisonnable de la durée d'une liquidation dépend des circonstances propres à chaque espèce. Reste que, dans les divorces autres que par consentement mutuel, l'article 267-1 du code civil, introduit par la loi du 26 mai 2004, enferme les opérations de liquidation et de partage dans un délai d'un an, éventuellement prorogé de six mois par le juge. Ces solutions ne se limitent pas aux rentes viagères accordées dans les divorces contentieux depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004. D'une part, l'article 276-3 s'applique pour celles fixées dans une convention définitive homologuée depuis le premier janvier 2005 (art. 279, al. 3, c. civ.). D'autre part, l'article 276-3 s'applique pour celles fixées par le juge ou par convention avant le premier janvier 2005 (L. 26 mai 2004, art. 33, VI, al. 2).

Le juge dispose d'une certaine liberté dans sa tâche. S'il constate que le maintien en l'état d'une rente procure au créancier un avantage manifestement excessif, il n'est ainsi pas tenu de supprimer la rente (Civ. 1, 2 avr. 2008, n° 06-18.431, Dr. fam. 2008, Comm. n° 121 [3 esp.], note V. Larribau-Terneyre). Il peut en suspendre le paiement ou en réduire le montant. Le choix relève de son pouvoir d'appréciation.

En dehors du divorce par consentement mutuel, le juge est en revanche tenu par le point de départ de la révision. En vertu de l'article 276-3 du code civil, la prestation compensatoire

judiciairement révisée, par suite d'un changement important dans les ressources du débiteur, prend effet à la date de la demande en révision (Civ. 1, 20 févr. 2008, n° 07-11.779, Dr. fam. 2008, Comm. n° 121 [2 esp.], note V. Larribau-Terneyre). Différant de la position de la deuxième chambre civile qui se fondait sur le jour de la décision ordonnant la révision (Civ. 2, 19 nov. 1998, n° 96-17.062, Bull. civ. II, n° 276 ; D. 1999. Somm. 286, obs. C. Willmann ; RTD civ. 1999. 71, obs. J. Hauser), cette jurisprudence de la première chambre civile est constante (Civ. 1, 19 avr. 2005, n° 02-19.898, Bull. civ. I, n° 193 ; D. 2005. IR. 1249 ; AJ fam. 2005. 319, et 358, obs. S. David ; RTD civ. 2005. 580, obs. J. Hauser ; 19 juin 2007, n° 06-13.086, Bull. civ. I, n° 243 ; D. 2007. AJ. 1967, obs. C. Delaporte-Carré ; AJ fam. 2007. 439, obs. S. D. ; RTD civ. 2007. 759, obs. J. Hauser).

De même, saisi d'une contestation relative à l'interprétation d'une précédente décision, le juge ne peut, sous prétexte d'en déterminer le sens, apporter une modification quelconque aux dispositions précises de la décision, fussent-elles erronées (V. s'agissant d'une prestation allouée sous forme d'un capital, Civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-16.690, Bull. civ. I, n° 158 ; D. 2009. Pan. 53, obs. M. Douchy-Oudot ; RJPF 2008-9/22, obs. T. Garé ; RLDC 2008/51, n° 3067, obs. G. Serra). Cette jurisprudence repose sur l'objet du recours en interprétation, qui consiste à revenir sur un jugement ambigu (art. 461 c. pr. civ.) ou sur la stipulation d'une clause ambiguë (art. 1156 s., c. civ.). L'intervention judiciaire est destinée à clarifier le sens d'un jugement ou d'un contrat. Dans la mesure où une requête en interprétation tend à modifier des dispositions précises, elle se heurte à l'autorité de la chose jugée (art. 1351 c. civ.) ou à la force obligatoire du contrat (art. 1134 c. civ.). La solution dépasse les faits de l'espèce. Elle s'applique aussi bien pour les prestations compensatoires (Civ. 2, 19 oct. 2006, n° 05-17.672) que pour les anciennes pensions alimentaires (Civ. 2, 20 nov. 1996, n° 95-13.815), sans qu'il importe que la compensation soit prononcée par le juge ou convenue entre les parties (puisque l'interprétation clarifie un jugement ou une clause).

G. S.

Mots clés :

DIVORCE * Panorama 2008

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2010