

Recueil Dalloz 2010 p. 1243

Droit du divorce

janvier 2009 - décembre 2009

Guillaume Serra, Maître de conférences à l'Université d'Artois, Membre du Laboratoire d'Etudes et de Recherches Appliquées au Droit Privé (LERADP) de Lille 2

Lina Williatte-Pellitteri, Professeur à la Faculté libre de droit. Institut Catholique de Lille, Membre du Laboratoire d'Etudes 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)

L'essentiel

A l'heure où la loi du 12 mai 2009 confie, entre autres, au juge aux affaires familiales les suites patrimoniales de la procédure de divorce dans un but de clarification et de simplification des procédures, le droit prétorien se complexifie, rendant indispensable une analyse panoramique des arrêts récents rendus en la matière. L'étude menée permet notamment de justifier les chiffres publiés par le garde des Sceaux qui a affirmé l'important développement de la médiation familiale comme mode alternatif de résolution des conflits familiaux. Ainsi en 2006, 4 234 mesures judiciaires de médiation ont été confiées à des associations, 95 % d'entre elles étant prescrites par le JAF (Rép. min. n° 13734, Min. justice, JOAN Q, 29 janv. 2008, p. 842). A l'évidence, le contentieux du divorce est loin de voir ses sources se tarir...

I - L'action en divorce

Le divorce a quatre causes d'ouverture : le consentement mutuel des époux, l'acceptation du divorce par les époux, l'altération définitive du lien conjugal et la faute de l'époux. Bien qu'il existe une jurisprudence abondante pour chacune de ces causes, celle dont il sera fait un compte rendu est relative à la faute, cause de divorce. Son analyse est révélatrice non seulement d'une évolution des mœurs de notre société mais aussi d'une évolution du concept juridique de la faute.

A - La faute, cause de divorce

Les points abordés sont, classiquement, relatifs à la caractérisation de la faute et à sa preuve.

1 - La caractérisation de la faute

Si par extraordinaire, on devait s'inspirer du droit pénal spécial pour définir la notion de faute cause du divorce on indiquerait que celle-ci, pour être constituée, doit réunir deux conditions cumulatives. Un élément matériel : une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune, et un élément moral : la violation doit être imputable au conjoint. La notion d'imputabilité a, en droit du divorce, la même définition que celle donnée par le droit pénal spécial. Elle implique la conscience et la volonté de commettre un fait que l'on sait non respectueux d'un devoir légal. Cette identité de condition explique l'identité de solution lorsque l'auteur de la violation n'est pas juridiquement reconnu comme étant apte à assumer ses actes. En droit pénal, on parlera d'irresponsabilité, en droit du divorce on rejettera la demande de divorce aux torts exclusifs de l'époux souffrant d'un trouble mental.

C'est en ce sens que la première chambre civile de la Cour de cassation a statué dans son arrêt en date du 12 novembre 2009 (**Civ. 1, 12 nov. 2009, n° 08-20.710**, Dalloz actualité, 25 nov. 2009). En l'occurrence, l'épouse était sous curatelle et invoquait pour se défendre contre la demande de divorce à ses torts exclusifs formulée par son époux, la circonstance selon laquelle les faits qui lui étaient reprochés n'étaient que la conséquence de ses troubles mentaux, de sorte qu'ils ne pouvaient lui être imputés. La Cour de cassation reçoit cet argument et confirme ainsi la jurisprudence de la deuxième chambre civile (12 mars 1980, D. 1980. IR 76, obs. Breton). Bien évidemment, il est nécessaire d'apporter la preuve que l'époux sous curatelle souffre d'un trouble mental de nature à supprimer toute conscience des actes accomplis ainsi que toute volonté.

Cette jurisprudence ne s'applique pas uniquement au cas des majeurs juridiquement protégés, elle concerne également toute personne apportant la preuve que le comportement fautif est consécutif à des troubles psychiques, sans que ceux-ci aient été nécessairement judiciairement constatés. C'est ainsi que la cour d'appel de Bordeaux dans un arrêt du 18 novembre 2008 (**Bordeaux, 18 nov. 2008, n° 07/05592**, JCP 2009. IV. 1278) a considéré que le scandale causé par le mari dans un musée, où il a proféré des propos déplacés, s'est déshabillé et a commis des dégradations, ne pouvait être constitutif d'une faute cause de divorce dans la mesure où il a été démontré, suite à cet événement, qu'il souffrait de troubles psychiques ayant nécessité une hospitalisation.

Il faut donc avoir voulu et avoir eu conscience de l'acte pour qu'il soit juridiquement opposable. Si, dans l'hypothèse du trouble mental, la solution semble juridiquement fondée, elle peut susciter quelques interrogations dans d'autres cas, sujets à discussion. *Quid*, en effet, de l'époux qui, lors d'une soirée bien arrosée, commet l'irréparable et, dans un contexte de bonne foi, avoue à son épouse son infidélité. Celle-ci, le cœur brisé ne s'en remet pas et demande le divorce à ses torts exclusifs. Pourrait-on imaginer que l'époux plaide la non imputabilité de son acte pour rejeter la demande ? La question mérite d'autant plus d'être posée qu'en l'occurrence l'épouse fera valoir que depuis cet événement la vie commune est devenue intolérable. Que va-t-on faire prévaloir ? Le caractère intolérable de la vie commune ou l'adultère non imputable ? Eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation, il semblerait que, dans un tel cas de figure, prévale le fait que la vie commune soit altérée et qu'il n'y ait aucun espoir de réconciliation des époux.

Si l'élément d'imputabilité ne revêt pas le même poids dans les décisions des juges du fond que l'élément objectif d'altération de la vie commune, il ne peut être nié que l'imputabilité joue un rôle conséquent, notamment pour justifier le comportement fautif du conjoint. Classiquement, les juges du fond justifient en effet la faute d'un époux par le comportement de l'autre. Juridiquement, cette solution s'explique par la prise en compte de l'élément intentionnel du comportement. En témoigne l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 janvier 2009 (**Paris, 21 janv. 2009, n° 06/15148**, Dr. fam. 2009. Comm. 36). En l'espèce, un mari reprochait à sa femme d'avoir agressé celle qui allait devenir sa nouvelle épouse. Il prétendait que cette agressivité constituait une faute. Cette prétention a cependant été rejetée par les juges du fond qui ont considéré qu'en l'espèce l'agressivité de l'épouse était justifiée par les violences qu'elle subissait, les infidélités commises par son mari et particulièrement par le fait qu'il s'était remarié avec une autre femme avant même la dissolution de son premier mariage. Ainsi, bien que l'épouse ait eu conscience de son agressivité et qu'elle ait eu malgré tout la volonté de poursuivre son acte, les juges ont excusé cet écart de conduite.

La prise en compte du « mobile » permet au magistrat de justifier la faute de l'épouse et de rejeter la demande reconventionnelle en divorce pour faute du mari. Pour autant il ne s'agit pas d'une jurisprudence dont les principes fondateurs sont suffisamment stables et absolus pour en tirer un enseignement d'ordre général. Il persiste en effet un flou prétorien assez important en la matière. Ainsi, les juges refusent d'excuser la relation adultérine de l'époux ripostant à celle de son conjoint alors même que cette relation a été constatée après l'ordonnance de non-conciliation (Civ. 1, 9 juill. 2008, n° 07-19.714, D. 2009. Pan. 832, spéc. 833, obs. L. Williatte-Pellitteri  ; AJ fam. 2008. 434, obs. I. G.  ; RTD civ. 2008. 661, obs. J. Hauser ) , au motif que les époux sont toujours tenus par les devoirs du mariage, en l'espèce le devoir de fidélité, tant que le divorce n'a pas été prononcé. Et pourtant, le

raisonnement est le même que dans l'espèce considérée : l'époux commet l'adultère en réponse à la faute préalablement constatée de son épouse, sauf qu'en l'occurrence les juges ont estimé que le comportement de l'un n'excusait pas le comportement de l'autre et ont prononcé le divorce aux torts partagés alors qu'initialement la procédure avait été engagée aux torts exclusifs de l'épouse. L'exemple n'est pas unique et d'autres pourraient être cités. Est-ce le moment de la procédure qui justifie la différence de solution, ou la gravité du fait initial générateur du contentieux qui est prise en compte par les juges pour justifier le comportement de l'époux fautif ? A l'évidence, cette gravité joue un rôle prépondérant dans l'appréciation du fait fautif commis par l'époux en riposte. Dans l'espèce considérée, l'époux bigame avait été violent. La violence conjugale, reconnue comme l'une des grandes causes nationales pour 2010, est une faute grave. Partant, il est légitime que la faute commise en réponse à une violence conjugale puisse être excusée par les juges du fond qui refusent, dans une telle hypothèse, de prononcer le divorce aux torts partagés. Il semble donc que les juges apprécient la légitimité de la riposte en fonction de la gravité des faits à l'origine de la faute du conjoint. En témoigne, dans un tout autre registre, l'arrêt de la cour d'appel d'Orléans rendu le 24 février 2009 (**Orléans, 24 févr. 2009**, JCP 2009. 299). L'époux intente une action en divorce aux torts exclusifs de l'épouse qui lui interdisait l'accès au domicile conjugal. Celle-ci riposte en formant une demande reconventionnelle en divorce pour faute au motif que son conjoint avait des relations extraconjugales homosexuelles doublées d'un penchant au travestissement le conduisant à acquérir certains caractères du sexe féminin, en l'occurrence un accroissement du volume de la poitrine. Malgré une défense fondée, les juges du fond prononcent, à juste titre, le divorce aux torts exclusifs du mari. L'adultère homosexuel et l'attitude tendancieuse de l'époux ont rendu impossible la vie conjugale du couple altérant définitivement le lien conjugal. Les circonstances de l'espèce laissent deviner qu'en l'occurrence la faute réside plus dans l'attitude du conjoint, qui rend intolérable le maintien de la vie commune, que dans le fait qu'il a commis l'adultère, qui n'est plus une cause péremptoire de divorce. Même si, à ce propos, l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 24 novembre 2009 (**Bordeaux, 24 nov. 2009**, Dr. fam. 2010. Comm. 19), suscite l'interrogation. En l'espèce, c'est sur la base d'attestations et de notes d'hôtels que l'épouse a convaincu les juges de l'infidélité de son conjoint qui, pour se défendre, a fait état de l'attitude castratrice de son épouse. Argument non retenu par les magistrats qui soulignent la liberté dont pouvait disposer le mari en sa qualité d'universitaire, ayant à ce titre l'opportunité de voyager fréquemment. La preuve de la relation extra conjugale a suffi pour prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'époux sans qu'il soit fait état du caractère intolérable de la vie commune, même si cette condition est sous jacente. En tout état de cause, cet arrêt est intéressant en ce qu'il nous rappelle que l'adultère peut encore se prouver par tous moyens, en ce compris de simples attestations ou des notes d'hôtels.

2 - La preuve de la faute

Sur ce point, l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 juin 2009 (**Civ. 1, 17 juin 2009, n° 07-21.796**, D. 2009. AJ 1758, obs. V. Egéa, et Pan. 2714, obs. T. Vasseur ; AJ fam. 2009. 298, obs. S. David  ; RTD civ. 2009. 514, obs. J. Hauser ), qui reçoit comme mode de preuve de l'adultère, le simple SMS récupéré sur le téléphone du conjoint, doit être retenu. Le mini message s'inscrit désormais parmi les moyens probatoires pouvant être produits dans le cadre d'une procédure de divorce et complète ainsi la liste des preuves recevables telles que : les lettres (Civ. 2, 26 nov. 1975, n° 74-13.034, Bull. civ. II, n° 314 ; D. 1976. Jur. 371), le journal intime (Civ. 2, 6 mai 1999, n° 97-12.437, Bull. civ. II, n° 85 ; D. 2000. Jur. 557, note C. Caron  ; RTD civ. 1999. 608, obs. J. Hauser ), le courrier électronique ou le rapport d'enquête privée (Civ. 1, 18 mai 2005, n° 04-13.475, Bull. civ. I, n° 213).

Reste à préciser que la recevabilité de ces moyens de preuve est subordonnée à l'absence de fraude ou de violence de la part de l'époux demandeur. La Cour de cassation rappelle, en effet, l'impératif de loyauté dans la production de la preuve. Un impératif que l'on tempère dans la mesure où par essence l'accès au SMS du conjoint suppose une violation du secret des correspondances et par conséquent de l'article 9 du code civil qui garantit le respect à la vie privée. Sur ce point, on relèvera que les juges font une application peu stricte des dispositions de cet article dans la mesure où ils acceptent par exemple que l'épouse produise en justice le

certificat médical attestant de l'alcoolisme de son conjoint alors même qu'il s'agit d'un élément de vie privée protégé par ailleurs par le secret médical (Aix-en-Provence, 27 févr. 2008, D. 2009. Pan. 832, spéc. 834  ; Dr. fam. 2008. Comm. 142). Mais il est désormais classiquement admis qu'en matière de divorce, le droit à la preuve prévaut sur le droit au respect de la vie privée. Une prévalence parfois contestée, particulièrement en ce qu'elle incite à la mauvaise foi entre époux. Le risque d'un stratagème mis en place par un époux afin de récupérer un élément prouvant l'infidélité de son conjoint, lui-même dans l'incapacité d'apporter la preuve de la fraude du conjoint, ne peut en effet être ignoré. L'exemple est simple : l'épouse doute de la fidélité de son conjoint. Elle lui emprunte son téléphone portable, alors qu'il pense l'avoir perdu. Quelques semaines plus tard, feignant de l'avoir retrouvé, elle le consulte, découvre le SMS et fait appel au service d'un huissier. Dans cette hypothèse, il appartiendra à son époux d'apporter la preuve de la mauvaise foi de son épouse et particulièrement de sa fraude, ce qui, à l'évidence, revient à exiger la production d'une preuve impossible.

Cependant, tout n'est pas permis sur le plan probatoire en matière de divorce. En témoigne l'arrêt de la cour d'appel de Douai du 17 décembre 2009 (**Douai, 17 déc. 2009, n° 09/05367**, JCP 2010. 113), qui a refusé de prendre en compte l'enquête privée de voisinage réalisée par l'époux trompé qui n'avait pas eu à sa disposition d'autres moyens pour prouver l'adultère de son épouse que d'interpeller ses voisins pour qu'ils puissent en attester. Un moyen non recevable selon les magistrats douaisiens en ce que, ce faisant, l'époux exposait sa propre vérité à des tiers étrangers au couple et surtout révélait des éléments de la vie privée de son épouse qu'ils n'avaient pas à connaître.

Partant, s'il est de coutume d'affirmer qu'en matière de divorce le droit de la preuve prévaut sur le droit au respect de la vie privée, cette affirmation doit être largement relativisée lorsque la vie privée des membres du couple est exposée aux tiers.

Il en va de même lorsqu'il s'agit de faire état de la prévalence de la preuve écrite sur les indices puisés dans la vie courante. Si, en règle générale, en matière probatoire, l'écrit revêt une force indiscutable, réserve doit être faite en ce qui concerne le divorce. L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 25 novembre 2009 (**Civ. 1, 25 nov. 2009, n° 08-17.117**, Dalloz actualité, 15 déc. 2009 ; AJ fam. 2010. 135, obs. S. David ) en témoigne. En l'espèce, deux époux divorcent pour altération définitive du lien conjugal. Pour que leur demande soit recevable, il leur est demandé de prouver la cessation de leur vie commune depuis au moins deux ans à la date de l'assignation. Pour cela, l'époux produit un accord écrit signé des deux parties réglant pour l'avenir la séparation de leur compte bancaire et la contribution de chacun aux charges du mariage. Les juges ont cependant refusé de prendre en compte la date de cet écrit comme point de départ de la cessation de la communauté de vie et ont préféré se fonder sur des éléments prouvant la cessation effective de la vie commune quelques mois auparavant, tel que le contrat de bail conclu par l'époux deux mois plus tôt ainsi que le témoignage de voisins l'ayant vu s'installer dans les locaux loués à cette période. La démonstration, par tous moyens, d'une cessation effective de toute communauté de vie a ainsi été préférée à l'écrit par lequel les parties s'étaient accordées sur les modalités de cette cessation.

B - La procédure

En la matière, les questions sont récurrentes. Elles sont principalement relatives à l'office du juge et à certaines difficultés liées à l'application de la loi dans le temps, à l'exercice des voies de recours et à la tenue de l'instance.

1 - L'office du juge

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

De nouveau, l'année 2009 a été riche en décisions faisant état de conflits de compétence entre les juges internationaux et les juges français en matière de divorce. L'ensemble permet d'affiner la jurisprudence relative aux compétences *loci* et *materiae* du juge français et celle

relative à son office lorsqu'il est amené à se prononcer sur l'exercice par les époux de droits qualifiés d'indisponibles.

- *Rationae loci et materiae*

S'il est désormais clairement établi que les sept chefs de compétence prévus à l'article 3 du règlement II *bis* du 27 novembre 2003 sont alternatifs (Civ. 1, 24 sept. 2008, n° 07-20.248, D. 2008. AJ 2438, et 2009, Pan. 832, obs. L. Williatte-Pellitteri ¹ ; AJ fam. 2008. 432, obs. A. Boiché ², cassation de l'arrêt des juges d'appel qui avaient estimé que le droit communautaire consacrait une primauté du critère de la résidence habituelle sur celui de la nationalité commune), il n'en demeure pas moins que la question de leur hiérarchie persiste lorsque le divorce concerne deux époux titulaires d'une double nationalité commune relevant de l'Union européenne.

C'est pourquoi, confrontée à une demande en divorce d'époux de nationalité française et hongroise, la Cour de cassation a sollicité la Cour de justice afin d'obtenir une interprétation claire des règles de compétences prévues par le règlement II *bis* de 2003 (**CJCE, 3 ch., 16 juill. 2009, aff. C-168/08**, D. 2009. AJ 2106, obs. V. Egéa ; AJ fam. 2009. 348, obs. A. Boiché ³ ; JDI 2010. Comm. 4, note L. d'Avout. V. égal., l'arrêt appliquant cette décision: Civ. 1, 17 fev. 2010, n°07-11.648, D. 2010. AJ 588).

En l'espèce, il s'agissait d'époux hongrois dont le mariage avait été célébré en Hongrie. Ils avaient ensuite immigré en France, puis obtenu la double nationalité. Une instance en divorce pour faute a été introduite par l'épouse en 2003 devant les tribunaux français. Or, un jugement définitif rendu par les juridictions hongroises a prononcé le divorce des époux en 2004. En 2005, le juge français a, dès lors, déclaré la demande en divorce de l'épouse irrecevable. La cour d'appel a infirmé le jugement au motif que la décision hongroise ne pouvait être reconnue en France. Mécontent de cette solution, l'époux forme un pourvoi en cassation, reprochant à la cour d'appel de s'être fondée uniquement sur l'article 3, § 1, sous a), du règlement n° 2201/2003 qui vise la résidence habituelle des époux (en l'occurrence la France) et non pas sur l'article 3, § 1, sous b), du même règlement qui donne compétence aux tribunaux de la nationalité des époux (en l'occurrence la Hongrie). Dans ces conditions, la Cour de cassation surseoit à statuer et saisit la CJCE de plusieurs questions préjudicielles. Elle l'interroge principalement sur une éventuelle priorité à accorder au critère de nationalité sur celui de la résidence lorsque les époux résident en France et ont tous deux les nationalités française et hongroise.

Tout en excluant le principe de la hiérarchisation entre les chefs de compétence, la Cour de justice estime que les juridictions des Etats membres dont les deux époux possèdent la nationalité sont compétentes en vertu du règlement II *bis* ; ces derniers pouvant saisir, selon leur choix, les juridictions de l'un ou de l'autre de ces Etats. Dans ce cas de figure, ce n'est donc pas nécessairement la nationalité du *for* qui prime. En tout état de cause, cette nationalité, pour être opérationnelle, ne doit pas être forcément effective. Ainsi, un couple possédant la nationalité d'un Etat membre peut toujours en saisir les juridictions, même s'il n'y a pas fixé sa résidence habituelle et que peu d'éléments laissent supposer un réel rattachement à ce dernier.

On peut toutefois regretter l'absence de directives précises en la matière permettant aux juristes d'établir des règles stables rendant moins risquée la saisine des juridictions en cas de divorce communautaire, à l'instar des décisions rendues en matière d'application des règles de droit transitoire étranger. Ainsi, dans un arrêt du 17 décembre 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation (n° 07-18.851, D. 2009. AJ 167, obs. I. Gallmeister, et Pan. 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ⁴ ; AJ fam. 2009. 129, obs. A. Boiché ⁵ ; Rev. crit. DIP 2009. 59, obs. D. Sindres ⁶) a clairement rappelé qu'en cas de modification de la loi étrangère applicable au divorce, il appartient au juge français, qui en fait l'application, de rechercher les dispositions transitoires prévues par ladite loi. En l'occurrence, il s'agissait de l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 1 août 1981 (modifié par le nouveau code du statut personnel marocain publié le 5 fevr. 2004), selon lequel, en cas de dissolution du mariage, s'applique la loi du pays dont les époux ont tous les deux la nationalité.

Cet arrêt s'inscrit dans une certaine constance (arrêt *Leppert*, Civ. 1, 3 mars 1987, *GADIP*, n° 73), à l'image des décisions rendues par la haute Cour relativement à l'office du juge en matière de droits indisponibles. A ce titre, plusieurs arrêts rendus en 2009, faisant état des devoirs devant être respectés par le juge du divorce international et communautaire lorsqu'il est amené à se prononcer sur des droits dont les parties ne disposent pas, doivent être relevés.

- La compétence liée du juge en matière d'exercice de droits indisponibles

En application de l'article 3 du code civil, il appartient au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en oeuvre, même d'office, la règle de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle. C'est en ce sens que la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel de Nancy (**Civ. 1, 11 mars 2009, n° 08-15.348**, D. 2009. AJ 950 ; AJ fam. 2009. 220) qui avait appliqué la loi française au divorce de deux époux mariés au Maroc et dont l'un d'entre eux était titulaire de la nationalité marocaine. S'agissant de la dissolution d'un lien matrimonial, il appartenait, selon la Cour, au juge français de rechercher la loi nationale applicable en ce qu'il s'agit de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition. Une décision analogue a été rendue en matière de nullité du mariage. Ainsi, la première chambre civile a considéré que le non-respect des conditions de fond du mariage rendant impératif le prononcé de la nullité relevait de la loi nationale de chacun des époux et ce, même si le mariage avait été célébré en France (**Civ. 1, 11 févr. 2009, n° 08-10.387**, D. 2009. AJ 564, obs. V. Egéa, et 2010. Pan. 728, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2009. 129 ; Rev. crit. DIP 2009. 493, obs. P. Lagarde).

Cependant, lorsqu'il s'agit d'un droit qui ne relève pas de l'état des personnes, le juge français retrouve sa liberté. En témoigne l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 10 novembre 2009 (**Bordeaux, 10 nov. 2009, n° 08/03225**, Dr. fam. 2010. Comm. 21, obs. V. Larribau-Terneyre) qui, constatant que les dispositions de l'article 262-1 du code civil ne concernent que les effets patrimoniaux du divorce et non l'état des personnes, valide la décision du juge français d'autoriser les parties à l'instance, divorcées sous la loi marocaine, à obtenir le report des effets du jugement conformément à la loi française.

Le juge français a donc une compétence liée lorsque le contentieux est relatif à un droit indisponible. Il peut toutefois écarter l'application du droit étranger contraire à l'ordre public international (Civ. 1, 4 juin 2009, n° 08-11.872, D. 2009. AJ 1695, obs. I. Gallmeister). Tel est le cas par exemple lorsque la loi étrangère autorise la répudiation d'un époux. A ce titre, la première chambre civile a refusé de reconnaître le jugement de divorce rendu par le tribunal de première instance de Khemisset au motif qu'il était « (...) contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage (...), que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction et donc à l'ordre public international » (**Civ. 1, 4 nov. 2009, n° 08-20.574**, D. 2009. AJ 2749, obs. I. Gallmeister, et 2010. Jur. 543, note G. Lardeux ; AJ fam. 2010. 86, obs. A. Boiché ; Dr. fam. 2010. Comm. 13, obs. L. Abadie).

Force est de constater que l'office du juge du divorce international ou communautaire est de plus en plus encadré. Les règles, bien qu'encore imprécises, commencent cependant à s'inscrire dans une cohérence stable. Le juge français doit respecter les normes internationales qui s'imposent à lui et qui, en conséquence, limitent son champ d'action sauf à signaler cependant quelques décisions laissant à penser que le juge français peut encore bénéficier d'une certaine liberté. En témoigne la décision de la première chambre civile du 3 décembre 2008 (n° 07-19.657, D. 2009. AJ 21, obs. I. Gallmeister, et Pan. 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2009. 78, obs. A. Boiché ; Rev. crit. DIP 2009. 537, obs. E. Gallant ; Dr. fam. 2009. Comm. 71, obs. V. Larribau-Terneyre) qui affirme qu'aucune disposition du droit français n'impose au juge saisi du divorce de statuer en matière d'autorité parentale. Partant, en ayant renvoyé la question de l'exercice de l'autorité parentale accessoire au divorce au juge belge, juge du lieu de résidence du père et des enfants, le juge français n'avait commis aucune erreur.

b - L'office du juge français

Plus qu'un accroissement de ses compétences, le JAF est désormais reconnu comme étant « le juge » du divorce, en ce que dorénavant il est en charge non seulement du contentieux suscité par le prononcé du divorce mais aussi de celui créé par les suites patrimoniales de la procédure de divorce.

En effet, depuis la loi de simplification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009 (**L. n° 2009-526, 12 mai 2009**, JO 13 mai), la répartition des tâches entre les juridictions civiles de première instance a été modifiée. Ainsi, l'article L. 213-3 du code de l'organisation judiciaire déclare que le JAF connaît non seulement du divorce et de la séparation de corps mais aussi de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux. Par ailleurs, il est en charge des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou à l'entretien et à l'éducation des enfants, ainsi que des actions relatives à l'exercice de l'autorité parentale et à la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement. L'ensemble de ces dispositions est applicable aux demandes en justice formées depuis le 1 janvier 2010.

Cependant, l'article L. 213-4 du code de l'organisation judiciaire réserve l'hypothèse du renvoi par le JAF à la formation collégiale du tribunal de grande instance qui statue comme juge aux affaires familiales et précise que ce renvoi est de droit à la demande des parties pour le divorce et la séparation de corps.

Cette norme simplificatrice est la bienvenue en ce qu'elle confie à un seul juge l'ensemble du contentieux du divorce, ce qui permet de croire qu'en ayant en charge la totalité de la procédure, le JAF pourra envisager et appréhender plus efficacement les conflits postérieurs au prononcé du divorce. Reste à espérer que les moyens mis à la disposition des JAF seront à la hauteur de leurs nouvelles missions !

2 - Les difficultés procédurales

On signalera à ce titre, les difficultés recensées en matière d'application de la loi dans le temps, de recevabilité des voies de recours et de tenue de l'instance en divorce.

a - Les difficultés liées à l'application de la loi dans le temps

Bien que la réforme du divorce soit en vigueur depuis près de cinq ans, les interrogations suscitées par l'application du droit transitoire persistent. En témoignent deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation.

Le premier, du 17 décembre 2008 (**Civ. 1, 17 déc. 2008, n° 06-19.125**, D. 2009. AJ 229 ; AJ fam. 2009. 79, obs. S. David ) , est relatif à une demande de conversion d'une séparation de corps en divorce. L'épouse contestait en l'espèce l'application de la loi du 30 juin 2000 à sa demande. Contestation non entendue par la Cour de cassation, qui affirme que les dispositions de la loi du 26 mai 2004 ne sont pas applicables aux actions en conversion, lorsque le jugement a été prononcé antérieurement au 1 janvier 2005. Par ailleurs, la Cour précise que dans une telle hypothèse, la loi applicable est la loi en vigueur, non pas au moment de la décision de conversion, mais au moment de la requête en séparation de corps. Cette solution doit être approuvée, non seulement parce qu'elle est conforme à l'article 33 IV de la loi de 2004 selon lequel l'appel et le pourvoi en cassation sont formés, instruits et jugés selon les règles applicables lors du prononcé de la décision de première instance, mais aussi en ce qu'elle est novatrice puisqu'elle fait application de cet article aux demandes de conversion des séparations de corps en divorce.

Le second, du 1 juillet 2009 (**Civ. 1, 1 juill. 2009, n° 08-16.636**, D. 2009. AJ 2037 ; AJ fam. 2009. 349, obs. I. Gallmeister  ; RTD civ. 2009. 702, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2009. Comm. 102, obs. V. Larribau-Terneyre), concerne la loi applicable aux effets du divorce pour rupture de la vie commune prononcé avant l'entrée en vigueur de la loi de 2004. Plus particulièrement, il s'agissait d'un époux condamné en première instance (jugement du 20 juin 1994) à verser à son ex-épouse une pension alimentaire. Apprenant qu'elle vivait en

concubinage notoire, il décide d'agir en justice (le 23 juin 2005) en invoquant l'article 282, alinéa 2, du code civil qui permet de demander la suppression de la pension alimentaire s'il est démontré que le créancier vit en état de concubinage notoire. Sa demande est rejetée au motif que la requête est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004 qui a abrogé les articles 282 à 285 du code civil. Cependant, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt au motif qu'en l'absence de dispositions spécifiques prévues par la loi nouvelle, la loi qui régit le prononcé du divorce en régit aussi les effets. La loi nouvelle n'ayant pas prévu, parmi ses multiples dispositions transitoires, de règles applicables aux effets du divorce prononcé sous l'empire de la loi ancienne, et plus particulièrement au sort des pensions alimentaires, ce sont les principes classiques d'application de la loi dans le temps qui s'appliquent. Ainsi s'explique la survivance de certains articles abrogés par la loi de 2004, en l'occurrence l'article 282, alinéa 2, du code civil.

b - Les difficultés liées à la recevabilité des voies de recours

Les arrêts relatifs à la recevabilité des voies de recours exercées contre une décision prononçant le divorce font toujours l'objet d'une attention particulière en ce qu'ils contribuent tous, plus ou moins, à la construction d'un édifice, encore fragile, en la matière.

Tel est le cas par exemple de l'arrêt rendu par la première chambre civile le 28 septembre 2008 (**Civ. 1, 24 sept. 2008, n° 07-18.114**, RTD civ. 2008. 662, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2008. Comm.153, obs. V. Larribau-Terneyre) dans lequel la Cour distingue très nettement la convention contenant l'accord des parties sur les conséquences patrimoniales du divorce du jugement qui constate cet accord et prononce le divorce. Alors que les juges du fond avaient considéré que la convention n'était plus susceptible de recours dès lors que le jugement en donnant acte était devenu définitif, la Cour de cassation casse et annule cette décision au motif que le chef du dispositif constatant l'accord des époux sur les conséquences pécuniaires du divorce était dépourvu de l'autorité de la chose jugée. En d'autres termes, la Cour opère une distinction entre le jugement qui prononce le divorce et qui est à ce titre soumis aux principes et limites régissant les voies de recours traditionnelles et le chef du jugement qui constate l'accord des parties sur les conséquences patrimoniales du divorce, par essence gracieux et qui partant, n'est pas soumis aux mêmes principes et limites des voies de recours traditionnelles.

c - Les difficultés liées à la tenue de l'instance en divorce

Dans un arrêt du 28 octobre 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation (**Civ. 1, 28 oct. 2009, n° 08-18.488**, D. 2009. 2685, obs. V. Egéa ; AJ fam. 2010. 40, obs. I. Gallmeister  ; RLDF 2009, n° 66, Actu. 3654) a considéré que les décisions statuant après divorce et, en l'occurrence, sur la suppression ou la modification d'une prestation compensatoire ne sont pas des décisions "*relatives au divorce au sens de l'alinéa 2 de l'article 1074 du code de procédure civile*". A ce titre, elles doivent être rendues en chambre du conseil. Cette solution, bien qu'elle ait le mérite de rendre plus claires les règles en la matière, peut surprendre en ce que la Cour fait une distinction (utile ?) entre les décisions qui prononcent le divorce et celles relatives aux conséquences du divorce. Les premières sont rendues en audience publique, les secondes en chambre du conseil. On peut toutefois se poser la question de l'intérêt réel d'une telle distinction...

Par ailleurs, concernant le rôle des conseils lors de la procédure de divorce, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 mai 2009 (**Paris, 1 ch. A, 12 mai 2009, n° 07/17097**, AJ fam. 2009. 399, obs. C. Lienhard  ; JCP, n° 36, 2009. 188) a rappelé qu'outre le notaire chargé de rédiger l'acte liquidatif de la communauté légale, il incombe à l'avocat de veiller à l'équilibre des intérêts des parties sauf pour lui à engager sa responsabilité civile. En l'espèce, l'immeuble commun des époux qui avait été attribué au mari pour un prix équivalent à celui de l'acquisition a été revendu quelques mois plus tard pour un prix deux fois plus important. Les juges du fond ont estimé que ce manque de diligence avait fait perdre à l'épouse une chance de bénéficier d'une évaluation équitable de l'immeuble.

De plus, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur le sort des honoraires d'un

avocat dessaisi avant d'avoir pu mener sa mission à terme (**Civ. 2, 9 avr. 2009, n° 05-13.977**, D. 2009. AJ 1285, obs. V. Avena-Robardet ; AJ fam. 2009. 222, obs. V. Avena-Robardet¹). En l'espèce, l'avocat avait conclu avec son client une convention contenant un honoraire de diligences et de résultat. N'ayant pu être assisté par son avocat jusqu'au terme de la procédure, le client a refusé de payer. Alors que le bâtonnier, suivi par le président de la cour d'appel, avait proposé, eu égard à la convention initialement conclue, une solution permettant de trancher équitablement le litige en fixant une somme équivalente au travail effectué par l'avocat, la Cour de cassation casse l'arrêt, estimant que si l'avocat devait être rémunéré pour le travail effectué, il devait l'être en application de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et non pas en application de la convention d'honoraire préalablement convenue, dans la mesure où celle-ci n'avait plus lieu d'être puisque son objet n'avait pas pu être réalisé.

Enfin, concernant la communication des pièces lors de la procédure, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 25 février 2009 (**Civ. 1, 25 févr. 2009, n° 08-13.712**, Dr. fam. 2009. Comm. 37, obs. V. L.-T.) rappelle que *"si, en cause d'appel, une nouvelle communication des pièces déjà versées aux débats de première instance n'est pas exigée, toute partie peut néanmoins la demander. En ce cas, le juge ne peut la refuser s'il entend fonder sa décision sur ces pièces"*. Cette jurisprudence n'est pas nouvelle, toutefois, elle doit être signalée en ce qu'en l'espèce, la première chambre reprend les solutions développées par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (Civ. 2, 13 janv. 1993, D. 1993. Somm. 187, obs. P. Julien²).

L. W.-P.

II - Les conséquences patrimoniales du divorce

A - L'apurement du passé

1 - Le logement familial

Le sort du logement familial est toujours délicat à appréhender, notamment en raison de l'articulation de la législation du divorce avec le droit des régimes matrimoniaux. Deux arrêts de la Cour de cassation apportent à cet égard leur éclairage.

Le premier arrêt reconnaît que l'attribution de la jouissance gratuite du domicile conjugal accordée à un époux au titre des mesures provisoires laisse subsister la cotitularité du bail (**Civ. 3, 1 avr. 2009, n° 08-15.929**, Bull. civ. III, n° 72 ; D. 2009. AJ 1090, obs. G. Forest ; AJ fam. 2009. 221, obs. I. Gallmeister³ ; AJDI 2010. 123, obs. N. Damas⁴ ; RTD civ. 2009. 510, obs. J. Hauser⁵, et 567, obs. B. Vareille⁶ ; Dr. fam. 2009. Comm. 70, note V. Larribau-Terneyre ; RJPF 2009-6/30, obs. T. Garé ; RLDC 2009/61, n° 3469, obs. E. Pouliquen). Conforme à la ligne jurisprudentielle développée par la Cour de cassation sur la base de l'article 1751 du code civil, la solution n'en est pas moins sévère à l'encontre du bailleur.

En l'espèce, la jouissance exclusive du logement loué par deux époux a été attribuée à l'épouse pendant l'instance en divorce en vertu de l'article 255, 4°, du code civil. L'épouse réceptionne et accepte ainsi seule une proposition de nouveau bail, adressée au couple par le bailleur. Peu de temps après, elle lui notifie un congé. C'est alors que le mari se fonde sur l'article 1751 du code civil pour faire constater l'inopposabilité à son égard du congé délivré et de la signature du nouveau bail, ce qu'il obtient. Le bail initial est en conséquence tacitement reconduit aux mêmes conditions et le bailleur tenu de s'acquitter d'une somme de 2 500 € au titre des frais et dépens du procès.

Lorsqu'un locataire est marié, l'article 1751 du code civil impose au bailleur deux preneurs. De cette cotitularité découle une obligation systématique de concours des époux dont le non-respect est sanctionné par l'inopposabilité. La proposition tendant à fixer un nouveau loyer doit par exemple être notifiée à chacun des époux (Civ. 3, 27 janv. 1993, n° 90-21.933, Bull. civ. III, n° 11 ; D. 1993. Somm. 173, obs. P. Bihr⁷ ; AJDI 1993. 514⁸ ; 15 avr. 2008,

n° 07-12.599). La cotitularité du bail est donc particulièrement exigeante pour le bailleur. D'autant que, bien que l'article 1751 vise le bail « *qui sert effectivement à l'habitation de deux époux* », la troisième chambre civile considère que la cotitularité s'applique même en l'absence de communauté de vie (Civ. 3, 31 mai 2006, n° 04-16.920, Bull. civ. III, n° 135 ; D. 2006. Jur. 2777, note N. Damas, et 2007. Pan. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJDI 2006. 729, obs. Y. Rouquet ; RTD civ. 2006. 812, obs. B. Vareille). Tel est bien le cas lorsque les époux sont autorisés à résider séparément pendant l'instance en divorce puisque le mariage subsiste encore.

Afin de tempérer la rigueur imposée au bailleur, la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 a été complétée par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 : l'article 9-1 prévoit ainsi que, nonobstant les dispositions de l'article 1751 du code civil, les significations faites par un bailleur sont de plein droit opposables au conjoint du signataire si le mariage n'a pas été au préalable porté à sa connaissance. La règle suppose pour les époux de rapporter la preuve de l'accomplissement d'une démarche positive (Civ. 3, 19 oct. 2005, n° 04-17.039, Bull. civ. III, n° 198 ; D. 2005. IR 2897, et 2006. Pan. 958, obs. N. Damas ; AJDI 2006. 201, obs. Y. Rouquet). En revanche, aucune information n'est requise dans le cadre de l'instance en divorce, bien que les époux peuvent être autorisés par le juge, au titre des mesures provisoires, à résider séparément. D'où l'importance, pour le bailleur, de s'assurer systématiquement de la signature de chacun des époux.

Le second arrêt précise que « *l'attribution, à titre provisoire, de la jouissance du logement conjugal à l'un des époux par le juge du divorce ne fait pas obstacle à une autorisation judiciaire de vente du logement familial à la demande de l'autre époux en application de l'article 217 du code civil* » (Civ. 1, 30 sept. 2009, n° 08-13.220, Bull. civ. I, n° 196 ; D. 2009. AJ 2489, obs. V. Egéa ; AJ fam. 2009. 451, obs. S. David ; RTD civ. 2009. 703, obs. J. Hauser ; RLDC 2009/65, n° 3613, obs. E. Pouliquen). C'est la première fois que la Cour de cassation se prononce sur la mise en oeuvre de ce texte pour permettre la vente du logement familial pendant l'instance en divorce par l'époux qui en est propriétaire (V. aussi en ce sens : Bordeaux, 27 mai 2008, n° 08/02100).

Là encore, la jouissance gratuite du logement familial avait été attribuée à l'épouse au titre des mesures provisoires en vertu de l'article 255, 4°, du code civil. Etant très endetté, le mari, par ailleurs seul propriétaire, invoque l'article 217 du même code pour obtenir l'autorisation judiciaire de vendre, sans devoir attendre que le divorce devienne définitif. La première chambre civile accueille la demande en faisant primer le second texte sur le premier.

Peu importe que le logement familial soit la propriété exclusive d'un époux ou qu'il soit loué. Quel que soit leur régime matrimonial, communautaire ou séparatiste, les articles 215, alinéa 3, et 1751, alinéa 1, du code civil imposent aux époux une cogestion durant le mariage. Obligeant les époux à un minimum d'association dans l'intérêt commun du ménage, la cogestion s'applique tant que persiste le mariage, donc jusqu'à ce que celui-ci soit dissous par divorce ou par décès. L'article 217 représente quant à lui un garde-fou destiné à éviter que la cogestion ne devienne une source de paralysie sans pour autant servir les intérêts de la famille. Un époux peut ainsi être autorisé en justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire. L'article 217 ne saurait à cet égard s'effacer devant l'article 255, 4°, l'attribution exclusive au titre des mesures provisoires ne concernant que la jouissance du logement et non le droit de propriété ou le droit au bail.

Reste que la lettre de l'article 217 requiert que le refus opposé par un époux ne soit pas justifié par l'intérêt de la famille. Condition peu appropriée dans le cadre de l'instance en divorce où des intérêts individuels s'opposent, sauf à estimer que la vente du logement familial ou la résiliation du bail soit moins légitime si un enfant y est hébergé.

2 - L'omission d'une dette dans une convention définitive homologuée

« *Si la convention définitive homologuée, ayant la même force exécutoire qu'une décision de justice, ne peut être remise en cause, un époux divorcé demeure recevable à présenter une demande ultérieure tendant au partage complémentaire de biens communs ou de dettes*

communes omis dans l'état liquidatif homologué » (Civ. 1, 30 sept. 2009, n° 07-12.592, D. 2010 Jur. 132, note J. Théron ; AJ fam. 2009. 492, obs. S. David ; RTD civ. 2009. 707, obs. J. Hauser). Consacrant la recevabilité d'un partage complémentaire consécutif à l'omission d'une dette commune dans un état liquidatif homologué, cet attendu de principe réaffirme une jurisprudence bien assise (Comp. Civ. 1, 25 mars 2003, n° 00-21.547, AJ fam. 2003. 229).

La décision se fonde sur le visa des articles 279 et 887 (dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006), ensemble les articles 1477, 1478 et 1485 du code civil, lesquels n'ont pas été réécrits par la loi du 26 mai 2004. La solution énoncée, bien que rendue sous l'empire des dispositions antérieures à la réforme de 2004, peut donc être transposée au droit positif. Elle concerne le divorce par consentement mutuel et, par renvoi légal, la séparation de corps.

Selon l'article 279, alinéa 2, du code civil, une convention définitive homologuée ne peut être modifiée que par une nouvelle convention, également soumise à homologation. La Cour de cassation admet cependant que l'omission d'un bien commun puisse faire l'objet d'un partage complémentaire sans qu'il soit nécessaire de recourir à un tel formalisme. La première chambre civile est à l'origine de cette jurisprudence (Civ. 1, 8 déc. 1987, n° 86-12.426, Bull. civ. I, n° 333 ; 22 févr. 2005, n° 02-13.745), à laquelle la deuxième chambre civile s'est ralliée (Civ. 2, 27 janv. 2000, n° 97-14.657, Bull. civ. II, n° 18 ; D. 2001. Somm. 2935, obs. J. Revel ; RTD civ. 2000. 299, et 553, obs. J. Hauser). L'analyse de la présente décision permet de clarifier le fondement et la portée de cette jurisprudence.

Le fondement repose en définitive sur l'idée qu'un partage complémentaire destiné à remédier à une omission ne modifie pas une convention définitive homologuée et ne se heurte dès lors pas à l'intangibilité dont elle fait l'objet (laquelle découle de l'indivisibilité entre le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive, V. Civ. 2, 6 mai 1987, n° 86-10.107, Bull. civ. II, n° 23). La position de la Cour de cassation revient en effet à considérer que la force obligatoire de la convention définitive homologuée ne s'applique qu'à ce qui relève de l'accord des époux et que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce qui a été soumis à un contrôle judiciaire.

L'analyse explique que l'intangibilité de la convention définitive homologuée rende irrecevable l'exercice d'une action dirigée contre la convention : c'est ce qui a été jugé au sujet de l'action en nullité pour vice du consentement (Civ. 2, 13 nov. 1991, n° 90-17.840, Bull. civ. II, n° 303), de l'action en rescision pour lésion (Civ. 1, 6 mai 1987, n° 86-10.107, Bull. civ. II, n° 103) et du recours en interprétation (Civ. 1, 5 nov. 2008, n° 07-14.439, Bull. civ. I, n° 247 ; D. 2008. AJ 2939, et 2009. Pan. 832, spéc. 837, obs. G. Serra ; AJ fam. 2008. 476, obs. S. David ; RTD civ. 2009. 100, obs. J. Hauser). L'analyse justifie encore que le partage complémentaire ne soit pas soumis au formalisme de l'article 279, alinéa 2, et puisse concerner aussi bien l'omission d'un bien que celle d'une dette. C'est pourquoi l'arrêt du 30 septembre 2009 l'admet pour le remboursement de prêts à la consommation.

B - L'aménagement de l'avenir

1 - Les prestations compensatoires

a - L'attribution

En vertu de l'article 270, alinéa 2, du code civil « *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* » (V. P. Malaurie, La prestation compensatoire, Defrénois 2009. 2385). L'alinéa suivant précise que « (...) le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à 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 ». La cour d'appel de Paris a ainsi jugé que l'équité commande de ne pas faire droit à la demande de prestation compensatoire d'un mari juriste d'entreprise parce qu'il n'établit pas avoir renoncé, durant le mariage, à sa carrière professionnelle, que ses qualifications lui permettent d'espérer les mêmes évolutions professionnelles que sa femme avocate et qu'il est domicilié depuis la séparation dans un immeuble commun dont le partage créera pour chacun

un enrichissement (Paris, 18 juin 2009, n° 08/13289). La cour d'appel de Grenoble a quant à elle refusé le bénéfice d'une prestation compensatoire à une épouse pour avoir abandonné brutalement le domicile conjugal, en emmenant avec elle les quatre enfants du couple et certains biens mobiliers, sans avertissement et sans indication de sa destination (Grenoble, 20 oct. 2009, n° 06/01562, AJ fam. 2009. 495, obs. I. Gallmeister¹). L'équité n'en demeure pas moins un critère particulièrement délicat à cerner et des divergences d'appréciation sont donc susceptibles de survenir d'une juridiction à l'autre.

La Cour de cassation estime pour sa part que la liquidation du régime matrimonial communautaire est « *par définition égalitaire* » et qu'il n'y a donc « *pas lieu de tenir compte de la part de communauté devant revenir à [l'épouse] pour apprécier la disparité créée par la rupture du lien conjugal dans les situations respectives des époux* » (**Civ. 1, 1 juill. 2009, n° 08-18.486**, Bull. civ. I, n° 146 ; AJ fam. 2009. 400, obs. S. David² ; Dr. fam. 2009. Comm. 125, note V. Larribau-Terneyre). Désormais suivie par la première chambre civile, cette jurisprudence, déjà appliquée par la deuxième chambre civile lorsqu'elle était en charge du contentieux du divorce (V. not. : Civ. 2, 12 juill. 1984, n° 83-14.265, Bull. civ. II, n° 133 ; 7 mai 2002, n° 00-14.241, Dr. fam. 2002. Comm. 87, note H. Lécuyer), n'en est pas moins contestable. D'une part, parce qu'elle méconnaît l'incidence d'éventuelles récompenses. D'autre part, parce que l'importance des masses peut sensiblement modifier la situation patrimoniale des parties même en cas de partage égal (comme l'illustre M. Bénabent, « *soit, hors communauté, des actifs de 10 et 100, c'est-à-dire une forte disparité ; après partage d'une communauté de 1200, ce rapport passe de 610 à 700 et la disparité s'évanouit* » [cf. A. Bénabent, Assainir l'après divorce. De quelques réflexions propres à ..., in *Mélanges D. Huet-Weiller*, PUS/LGDJ, 1994, p. 19, spéc. p. 23]). Seuls les époux qui s'entendent sur les conditions dans lesquelles la prestation compensatoire est attribuée, et dont l'accord est homologué, sont susceptibles de contourner cette jurisprudence. Rappelons qu'une telle faculté ne se limite plus au divorce par consentement mutuel (art. 278 c. civ.), puisque la loi du 26 mai 2004 a permis de soumettre à l'homologation du juge aux affaires familiales des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce (art. 268 et 279-1 c. civ.).

b - L'évaluation

L'article 271, alinéa 1, du code civil énonce que « *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* ». Les charges du débiteur se déduisent ainsi de ses ressources, ce qui est le cas pour la contribution d'un mari à l'entretien des enfants communs (Civ. 1, 20 mai 2009, n° 08-12.037). En revanche, les juges du fond n'ont pas à tenir compte de la vie commune antérieure au mariage (**Civ. 1, 1 juill. 2009, n° 08-18.147**, AJ fam. 2009. 491, obs. S. David³ ; RTD civ. 2009. 706, obs. J. Hauser⁴ ; Dr. fam. 2009. Comm. 105, note V. Larribau-Terneyre). Sous réserve d'un arrêt demeuré isolé (Civ. 1, 14 mars 2006, n° 04-20.352, Bull. civ. I, n° 155 ; D. 2007. Pan. 608, spéc. 614, obs. G. Serra⁵ ; AJ fam. 2006. 377, obs. S. David⁶ ; RTD civ. 2006. 544, obs. J. Hauser⁷ ; RJPF 2006-7-8/23, obs. T. Garé ; Defrénois 2006. 1059, obs. J. Massip), cette jurisprudence de la Cour de cassation est constante (Civ. 2, 18 mars 1992, n° 90-21.539 ; Civ. 1, 16 avr. 2008, n° 07-12.814, Bull. civ. I, n° 112 ; D. 2008. AJ 1271, obs. V. Avena-Robardet, et 2009. Pan. 832, spéc. 839, obs. G. Serra⁸ ; AJ fam. 2008. 251, obs. S. David⁹ ; RTD civ. 2008. 463, obs. J. Hauser¹⁰). Le juge n'est certes pas tenu par l'énumération des éléments figurant à l'alinéa 2 de l'article 271 (puisque cette liste n'est pas exhaustive, comme l'atteste l'emploi de l'adverbe « notamment »). Toutefois, comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 270, c'est la disparité créée par la rupture du mariage qui doit être compensée : l'attribution d'une prestation compensatoire n'est ni plus ni moins que l'expression d'un devoir de solidarité fondé sur un engagement pris lors du mariage (rapp. H. Fulchiron, Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ?, D. 2009. Chron. 1703, spéc. 1705¹¹).

L'alinéa 2 de l'article 272 dispose pour sa part que « *dans la détermination des besoins et des ressources, le juge ne prend pas en considération 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* ». Un arrêt de la première chambre civile a clarifié la portée de cette exclusion

introduite par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 sur l'égalité des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (**Civ. 1, 28 oct. 2009, n° 08-17.609**, Bull. civ. I, n° 214 ; D. 2009. AJ. 2744, obs. V. Egéa, et 2010. Chron. C. cass. 522, obs. N. Auroy ; AJ fam. 2010. 39, obs. I. Gallmeister ; JCP n° 47, 2009. 451, obs. A. Devers ; Dr. fam. 2009. Comm. 151, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2009/66, n° 3655, obs. E. Pouliquen). L'arrêt souligne que le juge n'a pas à prendre en compte la perception d'une rente d'invalidité pour accident du travail, car elle répare l'incapacité permanente de l'assuré social (la Cour de cassation avait rendu une précédente décision en ce sens, mais sans se fonder sur cette justification : Civ. 1, 4 juin 2009, n° 08-16.388, RTD civ. 2009. 517, obs. J. Hauser. V. *a contrario* sous l'empire de la législation antérieure : Civ. 2, 24 mai 1984, n° 83-10.030, Bull. civ. II, n° 94), contrairement à une allocation aux adultes handicapés, qui ne compense pas le handicap de son bénéficiaire, mais lui garantit un minimum de revenus (V. déjà : Paris, 20 févr. 2008, D. 2009. Pan. 832, spéc. 840, obs. G. Serra ; RTD civ. 2008. 463, obs. J. Hauser ; Dr. famille 2008. Comm. 66, note V. Larribau-Terneyre. V. *a contrario* sous l'empire de la législation antérieure : Civ. 1, 14 nov. 2007, n° 07-10.517, Bull. civ. I, n° 354 ; D. 2007. AJ 3012, obs. F. Luxembourg ; AJ fam. 2009. 34, obs. S. David). Cette jurisprudence est parfaitement cohérente, l'article 272, alinéa 2, n'excluant, dans la détermination des besoins et des ressources des parties, que des sommes dont le versement relève d'un fondement indemnitaire et non d'un fondement alimentaire. L'arrêt se prononce également sur l'application dans le temps de l'alinéa 2 de l'article 272. La première chambre civile le reconnaît « applicable aux instances introduites après le 1 janvier 2005 », soit à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004. Comme le retient un autre arrêt récemment rendu par la première chambre civile (V. pour une rente d'invalidité pour accident du travail, sous l'empire de l'art. 272, dans sa rédaction issue de la loi du 30 juin 2000 : Civ. 1, 1 juill. 2009, n° 08-19.586, RJPF 2009-11/24, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2009. Comm. 104, note V. Larribau-Terneyre), lorsque l'assignation en divorce est antérieure à cette date, les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail ou du droit à la compensation d'un handicap sont donc à prendre en considération dans les besoins et les ressources des parties.

c - Le recouvrement

Les politiques de concentration des effets du divorce autour de son prononcé et de pacification des conflits ont été successivement mises en oeuvre par la loi du 11 juillet 1975 et la loi du 26 mai 2004 pour éradiquer le contentieux de l'après divorce. Dans cette perspective, le législateur garantit le paiement des prestations compensatoires en amont comme en aval.

« L'article 275, alinéa 2, du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, qui permet, lorsqu'il existe un risque de non-paiement volontaire de la part du débiteur, de différer provisoirement certains effets de la décision de divorce afin de garantir au créancier le versement effectif du capital fixé par le juge à titre de prestation compensatoire, n'instaure pas un empêchement au remariage et n'est contraire ni aux articles 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et 23 du Pacte international de New-York, relatif aux droits civils et politiques, ni au principe de proportionnalité » (**Civ. 1, 20 mai 2009, n° 08-10.576**, RTD civ. 2009. 513, obs. J. Hauser ; RJPF 2009-9/21, obs. T. Garé. V. déjà : Civ. 1, 13 mars 2007, n° 06-12.419, Bull. civ. I, n° 106 ; D. 2008. Pan. 807, spéc. 814, obs. G. Serra ; RTD civ. 2007. 320, obs. J. Hauser). Destiné à répondre aux difficultés suscitées par les pensions alimentaires versées entre divorcés dont les deux tiers étaient mal payées, voire impayées, l'ancien article 275, alinéa 2, abrogé par la loi du 26 mai 2004, s'inscrivait dans l'objectif de concentration des effets du divorce poursuivi en 1975. La règle autorisait le juge à subordonner le prononcé du divorce au paiement effectif des seules prestations compensatoires allouées en capital pour les procédures introduites avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, c'est-à-dire antérieures au 1 janvier 2005. Désormais, le paiement d'une prestation compensatoire ne peut plus être garanti que par une hypothèque légale ou judiciaire, un cautionnement ou la souscription d'un contrat tel qu'un prêt ou une assurance. Et, contrairement à la règle prévue par l'ancien article 275, alinéa 2, du code civil, ces mesures ont l'avantage de pouvoir être imposées par le juge, aussi bien au débiteur d'un capital que d'une rente viagère (art. 277 c. civ.). Rien ne s'oppose par ailleurs à la stipulation de telles garanties dans une convention définitive homologuée, dans la mesure où les époux

sont habilités à fixer les modalités d'une prestation compensatoire (art. 278, al. 1, c. civ.).

S'agissant des rentes viagères, la procédure de recouvrement public ne s'applique « *qu'aux termes à échoir ainsi qu'à ceux (...) échus à compter du sixième mois ayant précédé la date de la demande* » (**Civ. 1, 11 févr. 2009, n° 07-16.993**, Bull. civ. I, n° 24 ; AJ fam. 2009. 128, obs. S. David  ; RTD civ. 2009. 302, obs. J. Hauser  ; Dr. fam. 2009. Comm. 23, note V. Larribau-Terneyre ; JCP 2009. IV. 1425). Conforme à l'adage « aliments ne s'arrangent pas », ce rappel à la loi témoigne de l'admission mesurée du recouvrement des arriérés. Lorsqu'une prestation compensatoire prend la forme d'une rente viagère, les procédures de recouvrement sont les mêmes que celles utilisées dans le cas d'une pension alimentaire. Or, la procédure de paiement direct se limite au recouvrement des termes à échoir et à ceux échus pour les six mois précédant la notification (L. n° 73-5, 2 janv. 1973, art. 5). Quant à la procédure de recouvrement public, elle ne permet de recouvrer que les termes à échoir et ceux échus pour les six premiers mois précédant la demande (L. n° 75-618, 11 juill. 1975, art. 3). Divorcée sur requête conjointe, la créancière d'une rente viagère qui n'avait reçu aucun versement entre 1986 et 2002 s'est ainsi vue opposer les limites respectives de ces deux procédures. D'où la nécessité d'agir en justice le plus tôt possible, mais aussi de garantir en amont le recouvrement, afin d'anticiper les difficultés dans un souci de pacification des conflits. Difficultés d'ailleurs susceptibles de se rencontrer aussi bien pour une rente viagère qu'un capital (d'autant que le versement de celui-ci peut s'échelonner sur une durée pouvant aller jusqu'à huit ans) et ce, même lorsque la prestation compensatoire résulte d'un accord (comme en l'espèce). C'est tout l'intérêt des garanties de l'article 277 du code civil, introduit par la loi du 26 mai 2004, puisqu'elles s'appliquent pour toutes les prestations compensatoires.

2 - Les dommages et intérêts

L'article 266 du code civil permet d'indemniser des préjudices dépendants du prononcé du divorce lorsque la demande d'indemnisation est formée à cette occasion (en pratique, ce sont essentiellement des préjudices moraux qui sont réparés. V. sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 26 mai 2004, pour des violences répétées contre une épouse : Paris, 14 janv. 2009, Dr. fam. 2009. Comm. 54 [1 esp.], note V. Larribau-Terneyre).

La loi du 26 mai 2004 a imposé que les dommages et intérêts ne puissent être accordés à un époux qu'« *en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint* ». L'article 266 ne fournit aucune autre directive, mais la Cour de cassation s'est pour la première fois exprimée sur ce critère (**Civ. 1, 1 juill. 2009, n° 08-17.825**, Bull. civ. I, n° 145 ; D. 2009. AJ 1897, obs. C. Le Douaron ; AJ fam. 2009. 347, obs. S. David  ; RTD civ. 2009. 705, obs. J. Hauser  ; RJPF 2009-11/25, obs. T. Garé ; Dr. fam. 2009. Comm. 103, note V. Larribau-Terneyre ; RLDC 2009/64, n° 3583, obs. E. Pouliquen ; *adde* D. Piwnica, Les dommages et intérêts de l'article 266 du code civil dans la loi du 26 mai 2004, JCP n° 45, 2009. 407). Une cour d'appel ne peut ainsi condamner un époux en se bornant à retenir que celui-ci a quitté son épouse après trente-neuf ans de mariage, dans des conditions difficiles et en recherchant une nouvelle compagne : ces motifs ne suffisent pas à caractériser des conséquences d'une particulière gravité subies par l'épouse du fait de la dissolution du mariage. La décision peut sembler sévère compte tenu de la pluralité et de la nature des circonstances relevées. D'autant que, sous l'empire du droit antérieur, la Cour de cassation admettait que des dommages et intérêts puissent être dus en cas de rupture faisant suite à une vie commune prolongée (V. Civ. 2, 27 janv. 2000, n° 96-11.410, Bull. civ. II, n° 17 ; D. 2000. IR 96  ; RTD civ. 2000. 303, obs. J. Hauser ).

L'exigence de « conséquences d'une particulière gravité » est délibérément réductrice. Elle correspond à la volonté du législateur, dans une perspective de pacification des conflits, de ne laisser jouer à l'article 266 que le rôle d'une mesure de sauvegarde. Ceci étant, la Cour de cassation se contente d'exercer un contrôle purement formel, l'absence de précision sur la notion même d'exceptionnelle gravité laissant planer le flou, ce qui ne rassurera ni les

professionnels du droit (avocats comme magistrats) ni les justiciables. En comparaison, un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris considère que la notion d'exceptionnelle gravité s'entend des conséquences qui excèdent celles habituelles affectant toute personne se trouvant dans la même situation (**Paris, 15 janv. 2009, n° 08/07520**, Dr. fam. 2009. Comm. 54 [4 esp.], note V. Larribau-Terneyre). En l'espèce, le préjudice se trouvait caractérisé par une grave dépression liée à la rupture en ce qu'il bouleversait totalement les conditions de vie d'une épouse, ainsi privée du milieu artistique dans lequel elle évoluait depuis son mariage. La définition proposée mériterait d'être reprise par la Cour de cassation. D'abord parce qu'elle est suffisamment claire et précise pour permettre aux juridictions du fond d'exercer convenablement leur pouvoir souverain d'appréciation des faits qui leur sont soumis (la cour d'appel de Paris s'était précédemment référée à un critère moins évocateur, celui de l'existence d'un « *préjudice réel et renforcé* » : Paris, 20 févr. 2008, Dr. fam. 2008. Comm. 55, note V. Larribau-Terneyre). Ensuite, parce que cette définition rappelle celle retenue en droit constitutionnel pour l'égalité, laquelle s'inscrit dans la conformité à l'équité, et que le bénéfice de l'article 266 représente justement une soupape d'équité.

L'article 1382 du code civil permet quant à lui d'indemniser des préjudices indépendants du prononcé du divorce. Contrairement à ce que prescrit l'article 266, peu importe que la demande soit formée au cours de la procédure de divorce et que les conséquences du préjudice matériel ou moral allégué revêtent une exceptionnelle gravité. Le droit commun de la responsabilité civile n'en exige pas tant. Un mari peut ainsi obtenir réparation parce que son épouse le prive de ses enfants (**Civ. 1, 14 janv. 2009, n° 08-10.538**, AJ fam. 2009. 259, obs. S. David )... ou parce que son épouse le fait interner abusivement et entretient une liaison adultère (**Civ. 1, 11 févr. 2009, n° 08-12.032**, AJ fam. 2009. 130, obs. I. Gallmeister  ; Dr. fam. 2009. Comm. 25, note V. Larribau-Terneyre)... tout comme une épouse est fondée à être indemnisée en raison du désintérêt de son mari à l'égard d'une maladie grave qu'elle a contractée et des séquelles qui en résultent (**Civ. 1, 25 févr. 2009, n° 08-13.413**).

G. S.

Mots clés :

DIVORCE * Panorama 2010

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2010