

# **Université Paris II-Panthéon-Assas**

**École doctorale de droit privé**

Thèse de doctorat en droit privé  
soutenue le 5 juillet 2017

Thèse de doctorat / Juillet 2017

## **Les obligations conventionnelles nées du divorce**



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

### **Isabelle TARGUES**

Sous la direction de Monsieur Nicolas MOLFESSIS  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

Monsieur Christian JUBAULT

Professeur à l'Université du Littoral

Madame Julie KLEIN

Professeur à l'Université de Rouen

Monsieur Hervé LÉCUYER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Astrid MARAIS

Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale



## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



## **Remerciements**

*Je remercie Monsieur le Professeur Nicolas Molfessis d'avoir dirigé avec diligence et bienveillance les recherches ayant conduit à cette thèse.*

*Qu'il veuille trouver ici l'expression de ma reconnaissance.*

*Je remercie par ailleurs les membres du jury d'avoir accepté de lire cette thèse et de me permettre de la soutenir publiquement.*

*Mes remerciements s'adressent ensuite à ceux dont le soutien et les encouragements permanents m'ont permis d'achever cet ouvrage.*

*Enfin, j'ai une pensée particulière pour mes parents qui n'ont jamais cessé de m'inciter à croire en ma capacité à réaliser mes projets. Ils n'auront pas vu l'aboutissement de ce travail.*

*Vers eux va ma gratitude.*



## **Résumé**

Le phénomène de conventionnalisation du droit de la famille, plus précisément le rôle assigné à la volonté individuelle lors d'un divorce se développe de manière exponentielle. Les sources des obligations conventionnelles étant multiples, il convient de définir les éléments qui les composent. Le contrat ne constitue pas l'unique source des obligations conventionnelles. Cette catégorie doit comprendre l'ensemble des actes juridiques conventionnels. Ceux-ci se définissent comme des manifestations de volonté produisant des effets de droit.

En droit du divorce, nombreux sont les accords de volontés que les époux peuvent conclure afin de régler les conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales de leur rupture. Cette place croissante, accordée par la loi aux volontés individuelles dans l'aménagement des conséquences du divorce, invite à s'interroger sur la qualification des accords conclus par les époux. L'étude des obligations conventionnelles nées du divorce permet de démontrer que des contrats de droit commun s'épanouissent dans le droit du divorce et que parallèlement des conventions du divorce, caractérisées par l'intervention du juge, se développent en marge des principes issus du droit des contrats. En définitive, dans un contexte où est promue la liberté individuelle, les contrats de droit commun constituent un instrument privilégié pour des époux qui souhaitent organiser les conséquences patrimoniales de leur rupture. Cependant, l'ordre public familial inhérent au domaine extra-patrimonial persiste. À cet égard, il faut souligner que la théorie générale des obligations n'a pas vocation à mettre en péril l'état des personnes qui par nature doit demeurer indisponible.

### *Descripteurs :*

Obligations conventionnelles. Contrats de droit commun. Conventions du divorce.

Conséquences du divorce. Ordre public familial. Ordre public de protection. Judiciarisation.

Homologation. Liberté individuelle.

## ***Conventional obligations originating from divorce***

### ***Abstract***

The phenomenon of conventionalisation of family law and more precisely the role assigned to individual will in divorce has been increasing exponentially. As the sources of conventional obligations are multiple, it appears essential to define the various elements that make up this specific group. Contracts are not the only source of conventional obligations. This last category should include all conventional legal acts which can be defined as expressions of will intending to produce legal effect.

In divorce law, the voluntary agreements spouses are allowed to conclude in order to settle the patrimonial and extra-patrimonial consequences of their separation are numerous. The growing importance given by law to individual will in order to settle the consequences of divorce calls for the examination of the genuine qualification of spouses' agreements. The analysis of the conventional obligations originating from divorce demonstrates that common law contracts flourish in divorce law while, at the same time, divorce agreements develop on the fringes of the guiding principles of contract law. Regarding these conventions, judges' interventions add to individual will so as to reach perfect agreements.

Eventually, in a context where individual freedom is promoted, common law contracts are a privileged tool for spouses who wish to organize themselves the patrimonial consequences of their separation. However, matrimonial public order legislation remains and cannot be dissociated from the extra-patrimonial field. In this regard, it should be noted that the general theory of the law of obligations does not intend to endanger the status of persons which must inherently remain inalienable.

### *Keywords :*

Conventional obligations. Common law contracts. Divorce agreements. Consequences of divorce. Matrimonial public order legislation. Public order of protection. Judicialization. Judicial approval. Individual freedom.



## **Principales abréviations**

Actualité juridique Familles : *AJF*

*Adde.* : ajouter

al. : alinéa

art. : article

*BICC* : Bulletin d'information de la Cour de cassation

*Bull. Ass. plén.* : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière

*Bull. civ.* : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles. Les arrêts de la première chambre civile, de la deuxième et de la troisième sont aux parties I, II et III, les arrêts de la chambre sociale à la IV<sup>e</sup>, ceux de la chambre commerciale à la V<sup>e</sup>

*Bull. crim.* : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle

*Bull. mixte* : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte

c. : contre

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

CA : Cour d'appel

Cass. (1<sup>re</sup>, 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup>) civ. : Cour de cassation, (1<sup>re</sup>, 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup>) chambre civile

Cass. Ass. plén. : –, Assemblée plénière

Cass. com. : –, Chambre commerciale

Cass. crim. : –, Chambre criminelle

Cass. mixte : –, Chambre mixte

Cass. req. : –, Chambre des requêtes

Cass. soc. : –, Chambre sociale

*CCC* : Contrats, concurrence, consommation

C. civ. : Code civil

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

chron. : chronique

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

COJ : Code de l'organisation judiciaire

CPC : Code de procédure civile

coll. : collection

comp. : comparer

concl. : conclusions

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Const. : Constitution

*Contrat, conc., consom.* : Contrats, concurrence, consommation

*D.* : Recueil Dalloz

*D.C.* : Recueil Critique Dalloz

*D.H.* : Recueil Hebdomadaire Dalloz

*D.P.* : Recueil Périodique et Critique Dalloz

*Def.* : Répertoire du notariat Defrénois

dir. : sous la direction de

doctr. : doctrine

*Dr. famille* : Droit de la famille

*Dr. et patrimoine* : Droit et patrimoine

*Dr. et proc.* : Droit et procédures  
fasc. : fascicule  
éd. : édition  
*GAJC* : Les grands arrêts de la jurisprudence civile. (Pour les auteurs et l'édition, voir la bibliographie)  
*Gaz. Pal.* : Gazette du Palais  
*Ibid.* : *Ibidem* (même endroit)  
*Infra* : plus bas  
IR : informations rapides (Recueil Dalloz)  
Journal des notaires et des avocats : *Journ. not.*  
*Juris-cl. civ.* : Juris-classeur civil  
*Juris-cl. Civ. Code* : Juris-classer civil code  
*JCP E* : Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition entreprise  
*JCP G* : Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition générale  
*JCP N* : Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition notariale  
*JO* : Journal officiel  
*loc. cit.* : *loco citato* (à l'endroit cité)  
*LPA* : Les petites affiches  
n° : numéro  
obs. : observations  
*op. cit.* : *opere citato* (dans l'oeuvre citée)  
p. : page(s)  
pan. : panorama de jurisprudence pratique  
préc. : précité(e)  
rapp. : rapport du conseiller rapporteur  
*Rapport annuel* : Rapport annuel de la Cour de cassation  
rappr. : rapprocher  
*RDC* : Revue des contrats  
*RD S* : Revue de droit suisse  
*Rép. civ. Dalloz* : Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil  
*Rev. crit. législ. et de jurispr.* : Revue critique de législation et de jurisprudence  
*Rev. Lamy. Dr. civ.* : Revue Lamy Droit civil  
*RJPF* : Revue juridique Personne et Famille  
*RRJ* : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif  
*RTD civ.* : Revue trimestrielle de droit civil  
*RTD com.* : Revue trimestrielle de droit commercial  
*S.* : Recueil Sirey  
s. : suivant(e)s  
somm. : sommaires commentés (du Recueil Dalloz)  
spéc. : spécialement  
*supra* : plus haut  
T. civ. : Tribunal civil  
TGI : Tribunal de grande instance  
Trav. Ass. Capitant : Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française  
vol. : volume

# Sommaire

<b>Introduction</b>	<b>1</b>
<b>Partie 1 : Les contrats de droit commun intégrés au divorce</b>	<b>17</b>
<b>1. Titre I : Identification des contrats de droit commun intégrés au divorce</b>	<b>19</b>
Chapitre I : Pendant l’instance en divorce contentieux	21
Section I : La conclusion de contrats par des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux au regard de la loi du 11 juillet 1975	22
§1. – La jurisprudence relative à l'accord de volontés des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux	22
I. – Consécration du principe de l'indépendance de l'accord à l'égard des exigences du droit du divorce	22
A. - Domaine d’application du principe	22
1) L’application du principe aux époux séparés de biens	23
2) Le refus d’extension du principe au régime de la participation aux acquêts	28
B. - Limites au principe	31
1) Limites tenant à l’objet de l’accord	31
2) Limites tenant à la nature du divorce	33
II. – Consécration du principe de la force obligatoire de l’accord	35
§2. - Un accord répondant à la définition du contrat	38
I. – Un accord de volontés	38
II. – Un accord créateur d’obligations	41
III. – Un accord caractérisé par une force obligatoire	42
Section II : La conclusion de contrats par des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux au regard de la loi du 26 mai 2004	42
§1. – L’indépendance de la convention de l’article 265-2 du Code civil conclue par des époux séparés de biens à l’égard des autres dispositions du droit du divorce	43
I. - L’inapplicabilité de l’article 1451 du Code civil	43
II. - L’inapplicabilité de l’article 268 du Code civil	45
§2. - L’incertitude relative à l’indépendance de l’accord de volontés des époux séparés de biens ayant pour objet l’ensemble des conséquences du divorce à l’égard de l’article 268 du Code civil	46
I. - Un accord susceptible d’encourir la nullité	47
II. - La qualification contractuelle des seules clauses relatives au règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens	49
Section III : Comparaison de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004.	50

§1. – Analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004	51
§2.- Appréciation de l’analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004	52
Chapitre II : Postérieurement au prononcé du divorce contentieux	55
Section I : La conclusion de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux.	55
§1. - La conclusion de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux au regard des lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985	56
I. - La jurisprudence relative aux accords de volontés des anciens époux ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux	56
A. - La conclusion d’un accord concernant la liquidation du régime matrimonial	56
1) Un accord ayant pour objet des éléments participant à la liquidation d’un régime communautaire	57
2) Un accord ayant pour objet une modification du régime matrimonial	61
B. - La conclusion d’un accord ayant pour objet la renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge	64
1) Affirmation du principe	64
2) Une situation paradoxale	67
II. - Des accords répondant à la définition du contrat	69
A. - Qualification contractuelle de l’accord ayant pour objet la liquidation du régime matrimonial	70
1) La jurisprudence relative à la qualification contractuelle du partage limité à la communauté	70
2) Qualification contractuelle de l’accord ayant pour objet l’ensemble des opérations de liquidation du régime matrimonial	71
a) Un accord de volontés	71
b) Un accord créateur d’obligations	72
c) Un accord caractérisé par une force obligatoire	72
B. - Qualification contractuelle de l’accord ayant pour objet la renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge	73
1) Un accord de volontés	73
2) Un accord créateur d’obligations	73
3) Un accord caractérisé par une force obligatoire	74
§2. - La conclusion de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux au regard de la loi du 26 mai 2004	76
I. - La place résiduelle du contrat dans la liquidation d’un régime communautaire	76

II. - La place persistante du contrat dans la modification du montant de la prestation compensatoire fixé par le juge _____	80
§3. - Comparaison de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans les lois du 11 juillet 1975 et 23 décembre 1985 et dans la loi du 26 mai 2004 _____	82
I. - Analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans les lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985 et dans la loi du 26 mai 2004 _____	82
II. - Appréciation de l'analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans les lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985 et dans la loi du 26 mai 2004 _____	83
A. – Les faiblesses du contrôle judiciaire _____	83
B. – Propositions d'amélioration _____	91
Section II : La validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux _____	99
§1. - La validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux au regard de la loi du 11 juillet 1975 _____	100
I. – La jurisprudence relative au mécanisme de validation a posteriori _____	100
II. - La détermination du mécanisme de validation a posteriori : application de la confirmation ou de la réfection de droit commun _____	107
A. – Exposé des thèses _____	108
B. – Appréciation du mécanisme _____	112
§2. - La validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux au regard de la loi du 26 mai 2004 _____	114
§3. Comparaison de la place du mécanisme de la validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004 _____	115
I. – Analyse comparative de la place du mécanisme de la validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004 _____	116
II. – Appréciation du droit positif _____	116
<b>Conclusion du titre I _____</b>	<b>119</b>
<b>2. Titre II : Le régime des contrats de droit commun intégrés au divorce _____</b>	<b>121</b>
Chapitre I : La soumission des contrats de droit commun intégrés au divorce au droit commun des contrats _____	123
Section I : La remise en cause judiciaire de la formation des contrats de droit commun intégrés au divorce _____	123
§1. - Les conditions de validité des contrats de droit commun intégrés au divorce _____	123

§2. - La sanction du défaut de validité des contrats de droit commun intégrés au divorce : la nullité _____	125
Section II : Les sanctions judiciaires d'une exécution défailante des contrats de droit commun intégrés au divorce _____	127
§1. - La judiciarisation des contrats de droit commun intégrés au divorce _____	128
I. - L'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats de droit commun intégrés au divorce _____	128
II. - L'application des principes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations aux contrats de droit commun intégrés au divorce _____	131
§2. - Les sanctions de l'inexécution des contrats de droit commun intégrés au divorce _____	135
Chapitre II : L'adéquation des actions issues du droit commun des contrats aux contrats de droit commun intégrés au divorce _____	137
Section I : La primauté de la dimension patrimoniale des contrats de droit commun intégrés au divorce _____	137
§1. - Présentation de l'analyse faisant prévaloir la nature familiale des accords _____	138
§2. - L'identification des relations unissant les époux aux rapports liant un créancier à son débiteur _____	139
Section II : La préférence donnée à un recours judiciaire <i>a posteriori</i> _____	141
§1. - Une protection efficace de l'époux le plus faible _____	141
§2. - L'essor d'un ordre public de protection commun au droit du divorce et au droit des contrats _____	145
<b>Conclusion du titre II _____</b>	<b>147</b>
<b><i>Conclusion de la partie I _____</i></b>	<b><i>149</i></b>
<b><i>Partie 2 : Les conventions du divorce dérogatoires au droit commun des contrats _</i></b>	<b><i>153</i></b>
<b>1. Titre I : Les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce _____</b>	<b>157</b>
Chapitre I : La nature des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce _____	159
Section I : Des accords de volontés donnant naissance à des obligations sous la condition du prononcé du divorce _____	159
§1. - Des accords de volontés _____	160
I. - Le principe de libre accord _____	160
II. - Le principe de libre détermination du contenu de l'accord _____	160
A. - Le principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet la liquidation anticipée de la communauté _____	161
1) Étude du principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet la liquidation anticipée de la communauté _____	161
2) Limites au principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet la liquidation anticipée de la communauté _____	164

B. – Le principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l’usage du nom des époux divorcés _____	168
1) Étude du principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l’usage du nom des époux divorcés _____	168
2) Limites au principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l’usage du nom des époux divorcés _____	173
§2. - Le prononcé du divorce: élément générateur d’obligations _____	174
I. - Analyse du lien de dépendance entre les accords et le prononcé du divorce _____	175
A. – Le lien de dépendance entre les accords et le prononcé du divorce _____	175
B. – Nature du lien de dépendance entre les accords et le prononcé du divorce _____	176
1) Présentation du raisonnement érigeant le prononcé du divorce en « acte-déclis » _____	177
2) Application du raisonnement érigeant le prononcé du divorce en « acte-déclis » aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce _____	178
II. - Détermination du rôle tenu par le prononcé du divorce dans la formation et l’efficacité des accords _____	179
A. – Exclusion du prononcé du divorce analysé comme condition de validité des accords _____	179
1) Exclusion du prononcé du divorce analysé comme condition de fond des accords _____	179
2) Exclusion du prononcé du divorce analysé comme condition de forme des accords _____	180
B. – Exclusion du prononcé du divorce analysé comme condition suspensive _____	182
1) Présentation et portée des arguments retenus par les auteurs pour ériger le prononcé du divorce en condition suspensive _____	183
2) Critiques des arguments retenus par les auteurs pour ériger le prononcé du divorce en condition suspensive _____	185
C. – Admission du prononcé du divorce analysé comme condition d’efficacité posée par la loi _____	188
III. Absence d’incidence du prononcé du divorce sur la nature conventionnelle du rapport juridique liant les époux entre eux _____	190
Section II : Des accords de volontés caractérisés par une force obligatoire atténuée _____	193
§1. – La force obligatoire atténuée de la convention de liquidation anticipée de la communauté _____	193
I. – La consécration d’un pouvoir de révision judiciaire de la convention _____	193
II. – Admission du principe d’une force obligatoire atténuée _____	194
§2. – La force obligatoire atténuée de la convention portant sur l’usage du nom des époux divorcés _____	195
I. – L’existence d’un droit de révocation _____	195
II. – Admission du principe d’une force obligatoire atténuée _____	197

Chapitre II : Le régime des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce	199
Section I : La soumission des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce au droit commun des contrats et au droit du divorce	199
§1. – La soumission au stade de la formation des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce au droit commun des contrats	200
I. – Les conditions de validité des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce	200
A. – Les conditions de fond	200
B. – Les conditions de forme	202
II. – La sanction du défaut de validité des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce : la nullité	203
A. – Présentation et appréciation de la controverse doctrinale	204
B. – La solution retenue par la Cour de cassation	205
§2. – L'exclusion du droit commun des contrats au stade de l'exécution des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce	206
I. – L'exclusion des mécanismes du droit commun des contrats à la remise en cause de l'exécution des conventions conclues sous le jugement de divorce	207
A. – Le pouvoir de révision du juge	207
B. – La faculté de révocation du consentement par l'ancien époux	209
II. – L'exclusion des sanctions issues du droit commun des contrats à l'inexécution de la convention de liquidation anticipée de la communauté et à l'usage abusif du nom de l'ancien conjoint	210
A. – L'exclusion des sanctions issues du droit commun des contrats à l'inexécution de la convention de liquidation anticipée de la communauté	210
B. – L'exclusion des sanctions issues du droit commun des contrats à l'usage abusif du nom de l'ancien conjoint	213
Section II : Appréciation de l'adaptation des actions issues du droit commun des contrats aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce	215
§1. L'adéquation de l'application des actions issues du droit commun des contrats à la convention de liquidation anticipée de la communauté.	215
§2. L'adéquation de l'exclusion des actions issues du droit commun des contrats à la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés	219
<b>Conclusion du titre I</b>	<b>221</b>
<b>Titre II : Les conventions homologuées</b>	<b>223</b>
Chapitre I : La nature hybride des conventions homologuées	225
Section I : Des accords de volonté conditionnés par l'homologation	225
§1. - Des accords de volontés	225
I. – Le principe de libre accord	226
II. – Le principe de libre détermination du contenu de l'accord	227



A. – Le principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les conséquences du divorce à l’égard des époux _____	228
1) Étude du principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les conséquences du divorce à l’égard des époux _____	228
a) Le nom des époux _____	228
b) Les conséquences patrimoniales du divorce relatives aux époux _____	229
2) Limites au principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les conséquences du divorce à l’égard des époux _____	238
a) Limite au pouvoir de la volonté en matière de clause limitative de révision de prestation compensatoire sous forme de rente _____	239
b) Limite au pouvoir de la volonté en matière de clause dispensant les époux du devoir de fidélité _____	240
B. – Le principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les modalités d’exercice de l’autorité parentale et la contribution à l’entretien de l’enfant _____	244
1) Étude du principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les modalités d’exercice de l’autorité parentale et la contribution à l’entretien de l’enfant _____	244
a) La convention portant sur les modalités d’exercice de l’autorité parentale _____	244
b) La convention portant sur la contribution à l’entretien de l’enfant _____	246
2) Limites au principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les modalités d’exercice de l’autorité parentale et la contribution à l’entretien de l’enfant _____	247
a) L’interdiction pour les parents de renoncer à l’exercice de l’autorité parentale _____	248
b) L’interdiction pour les parents de renoncer à l’obligation d’entretien _____	249
c) L’interdiction pour les parents de prévoir une clause limitative de révision de la pension alimentaire _____	249
§2. – L’homologation : élément générateur d’obligations _____	250
I. - Analyse du lien de dépendance entre les accords et l’homologation _____	251
II. - Détermination du rôle tenu par l’homologation dans la formation et l’efficacité des accords _____	252
A. – Exclusion de l’homologation analysée comme condition de validité des accords _____	252
1) Exclusion de l’homologation analysée comme condition de fond des accords _____	253
2) Exclusion de l’homologation analysée comme condition de forme des accords _____	254
B. – Exclusion de l’homologation analysée comme condition suspensive _____	255
C. – Admission de l’homologation analysée comme condition d’efficacité posée par la loi _____	256
III. - Détermination de l’incidence de l’homologation sur la nature juridique des accords _____	257

Section II : Des accords de volontés caractérisés par une force obligatoire d'origine judiciaire	258
Chapitre II : Le régime hybride des conventions homologuées	261
Section I : La jurisprudence relative au régime hybride des conventions homologuées	261
§1. La mise à l'écart des actions en nullité fondées sur le droit commun des contrats	261
§2. La réception des actions en nullité intentées sur le fondement des procédures collectives	262
Section II : Appréciation du régime hybride des conventions homologuées	263
§1. L'adéquation du régime contractuel aux conventions de nature patrimoniale	264
§2. L'adéquation du régime judiciaire aux conventions de nature extra-patrimoniale	269
<b>Conclusion du titre II</b>	<b>271</b>
<b>Conclusion de la partie 2</b>	<b>273</b>
<b>Conclusion Générale</b>	<b>275</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>279</b>
<b>Index</b>	<b>291</b>

## Introduction

---

1. Le phénomène de la contractualisation du droit de la famille en général et, plus précisément, le rôle accru assigné à la volonté individuelle dans le cadre d'un divorce, contentieux ou non, n'est pas ignoré par la doctrine<sup>1</sup>. Le terme de « contractualisation » a toutefois pu être dénoncé. Mme Dekeuwer-Défossez souligne ainsi : « Que l'importance du rôle des accords dans le droit de la famille ou du divorce s'accroisse est une chose. Mais ce n'est que par un abus de langage que l'on en déduira la contractualisation de cette matière, si ces accords n'obéissent pas aux règles juridiques précises des contrats »<sup>2</sup>. De même pour MM. Hauser et Delmas – Saint Hilaire, il est préférable de parler « de phénomène de conventionnalisation » de la famille plutôt que de « contractualisation »<sup>3</sup>.

En effet, toutes les obligations conventionnelles ne sont pas nécessairement issues d'un contrat. Celui-ci ne constitue pas l'unique source des obligations conventionnelles. Cette dernière catégorie doit comprendre l'ensemble des actes juridiques conventionnels<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Par exemple : *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, Colloque des 3 et 4 fév. 2000 organisé sous l'égide de l'Institut Charles Dumoulin (Université Paris XI), *Economica*, T. 14, 2001. Pour M. L. Leveneur, « Introduction », p. 1 : « (...) C'est une judicieuse idée qu'ont eue les responsables de l'Institut de droit des contrats internes et internationaux de la Faculté de Sceaux d'organiser ces deux journées consacrées à l'étude de la contractualisation de la famille » ; voir aussi, X. Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels*, Presses universitaires du Septentrion, 1996 ; voir également : N. Balbo-Izarn, *Conventions entre époux et divorce : Contribution à la définition d'un ordre public conjugal de séparation*, thèse Toulon, 2000 ; C. Lesbats, *Les accords de volontés entre époux dans le divorce*, thèse Nantes, 1999.

<sup>2</sup> F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 68

<sup>3</sup> J. Hauser, P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champs contractuel ? », *Def.* 2005, art. 38115, p. 357, spéc. note n° 1.

<sup>4</sup> En ce sens J. Carbonnier, *Les obligations*, coll. *Thémis droit privé*, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige » 2004, n° 926. L'auteur propose une classification fondée sur la distinction entre l'acte juridique et le fait juridique. Selon l'auteur, l'on peut combiner cette distinction avec la classification bipartite suggérée par le Code civil, « car il y a, à peu de chose près, coïncidence, et la combinaison peut rendre plus claire la portée de la division retenue : par-delà les contrats, il existe une notion plus large de l'acte juridique, et les engagements qui se forment sans convention peuvent être ramenés à l'unité à travers une notion du fait juridique ». Cette classification a été reprise par d'autres auteurs. Voir notamment J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 16<sup>e</sup> éd., 2014, n° 55, pour qui la classification bipartite qui était proposée par le Code civil, à savoir l'opposition entre les obligations conventionnelles et les obligations qui se forment sans convention, est incomplète, car la première catégorie devrait comprendre, outre le contrat, l'ensemble des actes juridiques. Cette distinction entre l'acte et le fait juridique a, d'ailleurs, été reprise par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. *JO* 11/02/2016. L'article 1100 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 fév. 2016 dispose : « Les obligations naissent d'actes, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi ».

Ceux-ci pouvant se définir comme « toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit »<sup>5</sup>. Il y donc lieu, ici, de présenter une définition précise du contrat afin de le distinguer des autres formes d'accords de volontés.

L'article 1101 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>6</sup>, propose une nouvelle définition du contrat<sup>7</sup>. Celui-ci « est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Il importe donc de déterminer les critères de reconnaissance du contrat utiles à notre étude<sup>8</sup>. Dans la mesure où les obligations nées du divorce sont créatrices d'obligations pour chacun des époux, le contrat se présente donc ici comme un accord de volontés donnant naissance à des obligations et caractérisé par la force obligatoire qui en découle<sup>9</sup>.

2. Par ailleurs, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations énonce les principes auxquels le contrat devra répondre, parmi lesquels : le principe de la liberté contractuelle<sup>10</sup>, le principe de la

---

<sup>5</sup> J. Carbonnier, *op. et loc. cit.* Selon l'auteur l'acte juridique est : « Non seulement la manifestation de deux volontés concordantes, l'accord de volonté dont le type est le contrat, mais la manifestation d'une volonté unilatérale (ex. testament). Et non seulement, du reste, la manifestation de volonté destinée à créer des obligations, mais celle qui tend à un effet de droit quelconque : à créer des droits réels (ex. acte constitutif d'une servitude), ou un état de famille (ex. mariage) ». Cette dernière définition a été retenue par la réforme. Selon le nouvel article 1100-1 du Code civil : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ».

<sup>6</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* 11/02/2016, n° 26. L'ordonnance s'appliquera aux contrats conclus après 1<sup>er</sup> oct. 2016, les contrats antérieurs restant soumis à la loi ancienne, sauf pour les dispositions relatives aux dispositions interrogatoires applicables dès le 1<sup>er</sup> oct. 2016. Un projet de loi ratifiant l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été adopté en Conseil des ministres le 6 juill. 2016. Prise sur le fondement de la loi n° 2015-177 du 16 fév. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, l'ordonnance ratifiée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> oct. 2016. *Contrats, conc. consom.* 2016, alerte 68. Par ailleurs, le décret n° 2016-1278 du 29 sept. 2016, *JO* du 30/09/2016, n° 34, porte coordination des textes réglementaires avec l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>7</sup> En ce sens : N. Molfessis, « Droit des contrats : Que vive la réforme », *JCP G*, n° 7, 15 fév. 2016, p.180.

<sup>8</sup> L'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». La définition du contrat a suscité de nombreuses controverses, v. notamment : E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Paris, 1912 ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965 ; J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1971 ; E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, thèse Paris I, 1997 ; P. Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mélanges offerts à Monsieur J. Maury*, T. 2, Droit comparé, Théorie générale et droit privé, Dalloz, Sirey, 1960, p. 419 ; H. Battifol, *La crise du contrat et sa portée*, Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p.13.

<sup>9</sup> J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. p. 147, spéc. p. 150 ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12<sup>e</sup> éd., 2010, n° 12, 13, 14 ; selon H. Lécuyer dans sa thèse, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993, n° 107, « Tout contrat agrège un accord de volonté, un effet générateur qui lui est attaché, des obligations qui en naissent, et une force obligatoire qui l'impose ».

<sup>10</sup> Nouvel article 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

force obligatoire des conventions<sup>11</sup> ou encore l'affirmation d'une exigence générale de bonne foi<sup>12</sup>.

Cette étude ne pourra ignorer l'énonciation de ces principes, non plus que le vif débat doctrinal que ceux-ci engendrent tant du point de vue de leur contenu même, que de leur portée<sup>13</sup>.

**3.** La convention doit être distinguée du contrat. Comme le souligne le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>14</sup>, la notion de convention répond à une définition plus large. Elle peut se définir comme tout accord de volontés produisant des effets de droit<sup>15</sup>. Ces effets demeurent, néanmoins, juridiquement obligatoires<sup>16</sup>. La convention recouvre l'ensemble des actes juridiques conventionnels telle que cette notion est consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>17</sup>.

Si tout contrat est une convention, l'inverse ne se vérifie pas toujours. En effet, le seul accord de volontés des parties peut être insuffisant pour donner naissance à des obligations. Dans certaines hypothèses, un autre élément, l'intervention du juge, s'ajoute aux volontés individuelles afin de rendre l'accord efficace et donc parfait<sup>18</sup>. Par exemple, le législateur peut exiger des parties qu'elles obtiennent l'homologation de leur

---

<sup>11</sup> Nouvel article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>12</sup> Nouvel article 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

<sup>13</sup> De manière générale, v. notamment : O. Tournafond, « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, point de vue, p. 2607 ; A. Ghazi et Y. Lequette, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, chron. p. 2609 ; R. Cabrillac, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G*, 2008, I, 190 ; D. Mazeaud, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008, chron. p. 2675 ; X. Henry, « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », *D.* 2009, point de vue, p. 28 ; *La réforme du droit français des contrats*, Actes du colloque de la Revue des contrats, Sorbonne, 24 sept. 2008, *RDC* 2009, n°1.

<sup>14</sup> *JO* 11/02/2016, n° 35.

<sup>15</sup> *JO* 11/02/2016, n° 35, p.6. En ce sens : A. Bénabent, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 13.

<sup>16</sup> En ce sens : F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 68.

<sup>17</sup> Le nouvel article 1100-1 du Code civil dispose que : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ».

<sup>18</sup> Une frange de la doctrine considère que la cession de créance ou la remise de dette sont des conventions et non des contrats. Sur la distinction entre le contrat et la convention, v. notamment : A. Bénabent, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 13 ; J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, 1. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 79 ; F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 68.

Cependant, certains auteurs notent que les deux termes « contrat » et « convention » sont souvent employés dans la pratique et dans le Code civil comme synonymes. : A. Bénabent, *op. et loc. cit.*, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11<sup>e</sup> éd., 2013 n° 49 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations, Le contrat*, v. 2, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 1998, n° 2.

accord par le juge. Le contrat et la convention entretiennent donc des relations de genre à espèce. La convention étant le genre, elle contient le contrat qui est l'espèce<sup>19</sup>.

4. En droit du divorce, nombreux sont les accords de volontés que les époux sont autorisés à conclure afin de régler les conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales de leur rupture<sup>20</sup>.

Ainsi, dans le cadre d'un divorce contentieux, l'on peut citer les anciennes « conventions de liquidation anticipée de la communauté<sup>21</sup> » devenues, par application de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, les « conventions de liquidation anticipée du régime matrimonial<sup>22</sup> », les accords conclus, pendant l'instance en divorce par les époux séparés de biens, ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux, les accords conclus et les accords validés, postérieurement au prononcé du divorce, par d'anciens époux, concernant le règlement de leurs intérêts patrimoniaux, mais aussi l'accord portant sur l'usage du nom<sup>23</sup>.

Il convient, également, de mentionner tous les accords de volontés qui ne sont pas obligatoires pour le juge, qui dispose de la faculté de les intégrer dans la décision de justice qu'il s'apprête à rendre. Tel est le cas des accords conclus antérieurement par les parents que le juge « prend notamment en considération » lorsqu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>24</sup> ou des « arrangements » et des « accords » que les époux ont déjà conclus ou qu'ils ont exprimés pendant l'audience de

---

<sup>19</sup> Ce que conforte par ailleurs l'article 1100-1 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 fév. 2016 selon lequel « Les actes juridiques sont des manifestations de volontés destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raisons, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent le contrat ». Il se déduit de cet article que tous les actes juridiques conventionnels ne sont pas nécessairement des contrats. ce sens : J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, 1. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 80.

<sup>20</sup> Cette étude n'entend pas couvrir les accords portant sur le principe même du divorce. La raison de cette exclusion tient à la nature judiciaire de tels accords. Qu'il s'agisse de l'ancien divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, de l'actuel divorce accepté ou du divorce par consentement mutuel ; l'accord sur le principe est intrinsèquement lié au prononcé du divorce. La nature de ces accords est donc par essence judiciaire. En ce sens : F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », *op. cit.*, p. 70 et 72 ; C. Lesbats, thèse préc., 1999, p. 8.

Sera également exclu l'accord permettant aux époux de passer d'un divorce contentieux au divorce par consentement mutuel. Cette technique dite de « la passerelle » prévue par l'ancien article 246 du Code civil et reprise par l'article 247 du Code civil ne semble pas éteindre l'instance du divorce contentieux. L'un des époux, s'il le décide, peut donc reprendre l'instance en divorce contentieux initiale. Il en résulte que l'accord de volontés conclu par les époux afin d'opter pour un divorce par consentement mutuel se caractérise par une force obligatoire quasiment inexistante. Sur la possibilité pour un époux de revenir à la procédure contentieuse initiale, voir N. Lesourd, « Réflexions sur l'article 246 du Code civil », *Gaz. Pal.* 1981, Doct. p. 88 ; C. Lesbats, thèse préc., 1999, p. 259.

<sup>21</sup> L'ancien article 1450 C.civ visait la liquidation et le partage de la seule communauté.

<sup>22</sup> L'article 265-2 C.civ figure désormais dans une section consacrée aux conséquences du divorce pour les époux.

<sup>23</sup> Art 264 al. 2 C.civ.

<sup>24</sup> Art 373-2-11, 1° C. civ.

conciliation, et que le juge « peut prendre en considération » lorsqu'il ordonne des mesures provisoires<sup>25</sup>.

Enfin, la liste ne saurait être complète si l'on omettait les conventions homologuées réglant les conséquences du divorce. Ces conventions soumises à l'homologation du juge doivent être conclues par les époux lorsque ceux-ci divorcent par consentement mutuel<sup>26</sup>. Dans le cadre d'un divorce contentieux, les conventions peuvent avoir pour objet tout ou partie des conséquences de la rupture et demeurent facultatives<sup>27</sup>.

**5.** Cette place, sans cesse croissante, accordée par la loi aux volontés individuelles dans l'aménagement des conséquences du divorce, invite à s'interroger sur la véritable qualification des accords conclus par les époux.

Ces accords sont-ils de nature contractuelle, conventionnelle, judiciaire ou appartiennent-ils à une catégorie hybride, mi-conventionnelle, mi-judiciaire ? Cette interrogation conduit naturellement à se poser la question du rôle accordé à la volonté individuelle lors de la formation de tels accords. La volonté de chacun des époux est-elle toujours un élément suffisant à la naissance d'obligations ? La validité de certains accords n'est-elle pas subordonnée à une intervention judiciaire ?

En définitive, la question de la nature juridique de ces accords pose le délicat problème de savoir s'il y a lieu de les rattacher à la théorie générale des obligations et en particulier au droit des contrats, ou au contraire, au droit du divorce. Comme le font observer certains auteurs : « Ces nouvelles conventions totales ou partielles, vont imposer un effort de conceptualisation, de construction, qui devra autant au droit des obligations qu'au droit de la famille, bousculant ainsi les paresseuses spécialisations »<sup>28</sup>.

Dans certaines hypothèses, la seule rencontre des volontés de chacun des époux est un élément suffisant à la perfection de l'accord. L'accord conclu par les époux dans le dessein de régler les conséquences du divorce est générateur d'obligations et se caractérise par la force obligatoire qui en découle. Il s'agit alors d'un contrat de droit commun intégré au divorce. L'intérêt du rattachement de tels accords à la théorie

---

<sup>25</sup> Art 1117 CPC et art 254 du Code civil. L'ancien article 254 du Code civil a subi une modification : le juge peut prendre en considération les accords éventuels des époux, qu'il s'agisse d'accords antérieurs (ce qui était déjà prévu par l'article 1117 du CPC) ou d'accords que les époux peuvent exprimer au juge pendant l'audience de conciliation.

<sup>26</sup> Art 230 et 232 C. civ.

<sup>27</sup> Art 268 C. civ. Il convient de rapprocher de l'article 268 du Code civil, l'article 373-2-7 du même code qui prévoit la possibilité pour les parents de saisir le juge aux affaires familiales afin de voir homologuer une convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ainsi que sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

<sup>28</sup> J. Hauser, P. Delmas Saint-Hilaire, art. préc., p. 359.

générale des obligations réside, notamment, dans l'application du principe de l'autonomie de la volonté aux époux souhaitant aménager conventionnellement les conséquences de leur rupture. À cet égard, il convient de souligner que la « contractualisation » du droit du divorce ne signifie pas que les obligations issues des contrats conclus par les époux seraient dépourvues de toute force obligatoire. Bien au contraire, le terme « contractualiser » a pour signification exacte « de remplacer les barrières qu'impose la loi par celles que les parties s'imposent à elles-mêmes et dont il n'est pas dit qu'elles seront moins contraignantes que les autres »<sup>29</sup>. En effet, le principe de la force obligatoire du contrat<sup>30</sup> a vocation à s'appliquer aux contrats conclus par les époux. En outre, à l'instar des contrats ordinaires, c'est-à-dire ceux dont la conclusion se passe de toute intervention du juge, les contrats de droit commun intégrés au divorce devraient obéir à l'ensemble des règles juridiques d'un régime unitaire, le régime contractuel.

Il conviendra, en évitant de dénaturer l'utilisation du terme la « contractualisation » du droit du divorce, d'appréhender les situations où les époux seront autorisés à conclure de tels contrats. Il faudra aussi se demander si le divorce constitue une des terres de conquêtes contemporaines du contrat<sup>31</sup>. Traditionnellement, le pouvoir de la volonté a toujours eu un rôle important dans les rapports patrimoniaux de la famille<sup>32</sup>. Ce constat laisse présager que les conséquences patrimoniales du divorce devraient, en principe, constituer la matière d'élection des contrats de droit commun. Cette hypothèse de travail peut-elle se vérifier dans tous les cas où le législateur conçoit à céder plus de liberté aux époux souhaitant procéder au règlement des conséquences patrimoniales du divorce ?

---

<sup>29</sup> J. Hauser, P. Delmas Saint-Hilaire, art. préc., p. 359. L'erreur d'appréciation a également été soulignée par F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », in *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 68. Selon cet auteur : « La seconde erreur d'optique est de croire que la « contractualisation » du droit de la famille en général, et du droit du divorce en particulier, serait forcément synonyme d'allègement de la force obligatoire des obligations juridiques du mariage ou du divorce. On constatera d'ailleurs que les différences de régime qui marquent la différence de nature entre divorce et contrat se traduisent souvent par une plus grande facilité à modifier ou remettre en cause les dispositions prises lors d'un divorce, que celles d'un contrat ».

<sup>30</sup> Le principe de la force obligatoire du contrat est énoncé à l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ce principe est désormais prévu par le nouvel article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>31</sup> L. Leveur, « Introduction », in *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.* p. 1, a mis en évidence le développement de la technique contractuelle dans de nombreux domaines du droit. Selon l'auteur : « Contrats de ville, contrats locaux de sécurité, contrats de plan État-Région, contrats quadriennaux État-Université, modes conventionnels de règlements des conflits, conventions de vote entre associés... Car c'est assurément portés par un mouvement d'expansion continue que les contrats sont entrés dans l'an 2000 » Et l'auteur de poursuivre : « La famille n'est pas restée étrangère à ce mouvement, loin de là ! ».

<sup>32</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op.cit.*, n° 379. Les auteurs citent notamment : le contrat de mariage, le testament, la donation.



6. Pour d'autres accords, au contraire, les seules volontés individuelles semblent insuffisantes à générer des obligations. Un élément extérieur, l'intervention du juge, s'ajoute aux volontés individuelles afin de rendre l'accord parfait. Cette participation judiciaire peut revêtir différentes modalités : accords conclus sous la condition du jugement de divorce, homologation des accords, intégration des accords dans la décision que le juge s'apprête à rendre, pouvoir conféré au juge de conclure un contrat à la place des époux. On désignera la catégorie des accords conclus par les époux afin de régler les conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales du divorce et à la formation desquels le juge se trouve associé, d'une manière ou d'une autre, par la formule « conventions du divorce »<sup>33</sup>. Il s'agira alors de déterminer et d'apprécier l'incidence de l'intervention du juge sur les règles normalement applicables à ces différents accords. On peut augurer que ces conventions du divorce n'obéiront pas aux règles juridiques précises gouvernant le contrat. Cette dérogation aux mécanismes du droit des obligations provient de l'objet même des conventions du divorce. Ces dernières conventions ont, en effet, un objet particulier. Elles portent sur les conséquences de la rupture du mariage.

7. Pour mesurer la portée et la nature de ces conventions, il faut encore s'interroger sur la notion même de mariage. Or, le Code civil ne contient pas de définition du mariage<sup>34</sup>. Néanmoins, Portalis, dans les travaux préparatoires de 1804, a proposé de définir le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »<sup>35</sup>. Eu égard à cette définition, il apparaît que le mariage ne peut être assimilé à un contrat de droit commun. Ainsi que J. Carbonnier l'a souligné, le mariage « fait plus qu'engendrer de simples rapports de créancier à

---

<sup>33</sup> Relativement aux accords qui ont pour objet le droit patrimonial de la famille, H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse préc., n° 73 et s., retient la notion de « contrats de la famille ». Mais l'auteur, *op. cit.*, n° 119, aboutit à la conclusion selon laquelle les « contrats de la famille » ne relèvent pas de la catégorie des contrats en raison de « leur incapacité à être réellement générateurs d'obligations ». Finalement, M. Lécuyer rattache ces « contrats de la famille » aux conventions. Au sujet de l'ensemble des accords qui intéressent la famille, G. Creff, « Les contrats de la famille », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 245, préfère également parler de « contrats de la famille ». Selon cet auteur, spéc. p.258, il faut reconnaître au lien de famille un « rôle perturbateur des contrats » en raison de la protection des intérêts essentiels de la famille. Un autre auteur, J. Vidal, « Les conventions de divorce », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 805, a choisi la notion de « conventions de divorce ». Cette notion comprend tous les accords conclus par les époux afin de régler l'ensemble des conséquences de tous les types de divorces. Pour C. Lesbats, *Les accords de volontés entre époux dans le divorce*, thèse Nantes, 1999, p. 20, les multiples accords de volontés dans les différents cas de divorce peuvent, suivant la qualification retenue, être de nature conventionnelle, de nature judiciaire ou de nature hybride conventionnelle et judiciaire.

<sup>34</sup> L'ancien article 144 du Code civil disposait que : « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit révolus ».

<sup>35</sup> Portalis, *Exposé des motifs*, « Séance du Corps Législatifs du 16 ventose an XI », in *LOCRÉ, La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827, tome 4, p. 481.

débiteur ; il crée une famille, l'état d'époux, la légitimité des enfants. C'est justement pour exprimer cela que, dans une conception moins individualiste, on représente le mariage comme une institution ; c'est-à-dire un tout organique, une espèce de corps social dépassant les volontés individuelles »<sup>36</sup>.

La loi du 17 mai 2013 s'est bornée, en autorisant un accès égal au mariage à tous les couples quel que soit le sexe des conjoints qui le composent, à poursuivre un objectif égalitaire<sup>37</sup>. En effet, tant l'article 143 du Code civil selon lequel « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » que l'article 165 du Code civil qui dispose que « le mariage est une cérémonie républicaine » ne définissent le mariage. En définitive, la réforme ne contient aucun élément de réponse conduisant à une définition du mariage.

**8.** Pourtant, la controverse sur la nature juridique du mariage est ancienne et rejaillit inévitablement sur la question de sa dissolution.

Dans l'ancien droit, les canonistes considéraient le mariage comme un sacrement indissoluble<sup>38</sup>. La sécularisation du mariage date de l'Édit du 17 novembre 1787 pris par Louis XVI pour permettre la reconnaissance du mariage des non catholiques<sup>39</sup>. À la Révolution<sup>40</sup>, la Constitution de 1791 affirma que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil »<sup>41</sup>. La loi du 20 septembre 1792 autorisa largement le divorce. Diverses causes de divorce étaient admises, tel le consentement mutuel par simple déclaration devant l'officier d'état civil, la faute ou l'incompatibilité d'humeur. En 1804, les rédacteurs du Code civil réaffirmèrent le caractère civil du mariage et ils maintinrent le divorce tout en restreignant les causes permettant d'en obtenir le prononcé afin d'en prévenir les abus. Il s'agissait alors d'instaurer « une famille solide,

<sup>36</sup> J. Carbonnier, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, coll. Thémis droit privé, 1<sup>re</sup> éd. « Quadriges » 2004, p. 1141.

<sup>37</sup> Loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Un commentateur de la loi du 17 mai 2013, *Dr. famille* 2013, dossier n° 18, p. 13 « Le mariage sans sexe ? » C. Bidaud-Garon, a relevé que : « Toutes les réformes entreprises dans les années 1960, 1970 et même 1980, notamment les lois que l'on nomme souvent lois Carbonnier, visaient à assurer l'égalité des époux entre eux, entre le mari et la femme, et à supprimer les notions de puissance maritale, de puissance paternelle, de chef de famille... Pour atteindre cet objectif, elles avaient fait disparaître des textes les termes de mari et de femme et avaient introduit une référence quasi systématique aux époux ou aux conjoints. La loi visait ainsi le mari et la femme, mais ne le disait pas expressément tant le législateur de l'époque ne pouvait imaginer que cette condition de différence de sexe ne serait plus évidente dans l'avenir et qu'un jour cette sémantique faciliterait l'ouverture du mariage aux couples de même sexe ».

<sup>38</sup> J. Vernay, « Le droit canonique du mariage », in *Droit canonique*, P. Valdrini, J.-P. Durand, O. Écappé et J. Vernay, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999, spéc. n° 480-482.

<sup>39</sup> Selon F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités, op.cit.*, n°332, « cet édit peut-être considéré comme ayant créé le mariage civil dans notre pays ».

<sup>40</sup> Sur la législation révolutionnaire de la famille v. notamment, M. Garaud et R. Szramkiewicz, *La révolution française et la famille*, PUF, 1978.

<sup>41</sup> Article 7 de la Constitution de 1791.

constituant la cellule de base de la société»<sup>42</sup>. Le mariage, considéré comme une institution laïque, était placé sous l'autorité du mari et le divorce était strictement encadré<sup>43</sup>. Seul était autorisé le divorce pour faute ou par consentement mutuel dont la recevabilité était limitée. À la Restauration, le catholicisme redevenant religion d'État, la loi *Bonald* de 1816 supprima le divorce. Ce n'est que par la loi Naquet du 27 juillet 1884 que le divorce fut rétabli. Cette loi n'admettait, toutefois, que la conception du divorce-sanction. Seul était autorisé le divorce pour faute à l'exclusion du divorce par consentement mutuel. Le régime de Vichy, par une loi du 2 avril 1941, tenta de lutter contre l'augmentation du nombre de divorces<sup>44</sup>. À la libération, cette loi fut partiellement abrogée par une ordonnance du 12 avril 1941. Au cours de la IV<sup>e</sup> République et dès le début de la Ve République, le chiffre des divorces connut une augmentation exponentielle. Ainsi que l'a fait observer M. Bénabent : « la séparation existant entre l'état des textes de 1884 et l'état sociologique apparaissait si criante que la nécessité d'une réforme était évidente »<sup>45</sup>. Cette réforme a finalement été réalisée par une loi du 11 juillet 1975 dont l'objectif principal fut de consacrer le divorce par consentement mutuel<sup>46</sup>. Le divorce a été, ensuite, retouché par une loi du 30 juin 2000 concernant la seule prestation compensatoire. Puis, après la réforme de l'autorité parentale en 2002, est intervenue celle du divorce par la loi du 26 mai 2004 qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janv. 2005. L'objectif principal du législateur était de moderniser le droit du divorce et de développer les idées initiées en 1975<sup>47</sup>. Si la réforme maintient le pluralisme des cas de divorce, elle simplifie la procédure de divorce. Tel est le cas de la procédure du divorce par consentement mutuel<sup>48</sup> et de celle du divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage<sup>49</sup>. Chacun de ces cas de

<sup>42</sup> J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n°76.

<sup>43</sup> Voir A. Bénabent, « La question du divorce : arrière l'Église, seul vive l'État... », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 151.

<sup>44</sup> Sur ce point v. F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, *op.cit.*, n°484.

<sup>45</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd. 2014 n° 227. L'auteur rappelle que « que les tribunaux ont de plus en plus souvent admis que des divorces par consentement mutuel soient déguisés en divorces pour fautes dans lesquels les fautes étaient constituées de toutes pièces par les parties ».

<sup>46</sup> Voir la présentation de la réforme par son auteur : J. Carbone, « La question du divorce, Mémoire à consulter », *D.* 1975, chron. p. 115.

<sup>47</sup> En ce sens : J. J. Lemouland, « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.* 2004, chron. p. 1825.

<sup>48</sup> Les deux phases, séparées par un délai de réflexion de trois mois, sont supprimées. Selon l'article 250 alinéa 2 du Code civil, « le juge examine la demande avec chacun des époux, puis les réunit. Il appelle ensuite le ou les avocats ». Et l'article 250-1 du même Code prévoit que « Lorsque les conditions prévues à l'article 232 sont réunies, le juge homologue la convention réglant les conséquences du divorce et, par la même décision, prononce celui-ci ».

<sup>49</sup> La condition selon laquelle l'un des époux devait faire état de faits rendant intolérable le maintien de la vie commune est supprimée. Désormais, l'article 233 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que « le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci ».

divorce bénéficiant, désormais, d'une section spécifique dans le Code civil. Le divorce pour altération du lien conjugal, quant à lui, se substitue à l'ancien divorce pour rupture de la vie commune. Le divorce pour faute est maintenu.

En outre, par cette réforme, le législateur a souhaité apaiser les conflits entre les époux et concentrer le règlement des conséquences du divorce au moment de son prononcé. À cette fin, la loi entend dissocier davantage les conséquences du divorce de la répartition des torts et inciter les époux à conclure, sous le contrôle du juge, des accords, même partiels, sur les conséquences des divorces autres que par consentement mutuel. Ces conventions du divorce constituent un point essentiel de la réforme puisque désormais, en application de l'article 252-3 alinéa 2 du Code civil, dès la tentative de conciliation, le juge demande aux époux de présenter pour l'audience de jugement, un projet de règlement des effets du divorce. L'article 257-2 du Code civil prévoit que la demande introduite après l'ordonnance de non-conciliation doit comporter, sous peine d'irrecevabilité, « une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux ». Enfin, l'article 268 alinéa premier du Code civil dispose que « les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce ».

La dernière réforme relative au divorce a considérablement modifié sa structure. En effet, la déjudiciarisation du divorce a été consacrée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>50</sup> prévoyant, notamment le divorce par consentement mutuel sans la présence du juge aux affaires familiales. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, les époux peuvent divorcer par acte sous signature privée contresigné par deux avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. Cette nouvelle procédure de divorce est « à la croisée des chemins entre les règles d'ordre public en matière de droit de la famille, la liberté contractuelle et les formalités imposées par le recours à l'acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire »<sup>51</sup>. Néanmoins, le divorce par consentement mutuel judiciaire demeure en cas de demande d'un enfant mineur du couple d'être auditionné par un juge<sup>52</sup> ou lorsque l'un

---

<sup>50</sup> Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JO 19/11/2016, texte n° 1 ; décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016, JO 29/12/2106, texte n° 62 ; arrêté du 28/12/2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, JO 29/12/2106, texte n° 64.

<sup>51</sup> Circulaire du 26/01/2017, n° CIV/02/17, NOR : JUSC1638274C.

<sup>52</sup> Dans une décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016, JO 19/11/2016, le Conseil constitutionnel a décidé que : « le législateur a prévu, afin d'assurer la protection de l'intérêt de l'enfant, que ce dernier, s'il est capable de discernement, soit informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge. En outre, il a exigé qu'il soit fait mention, sous le contrôle du

des époux est soumis à un régime de protection<sup>53</sup>. Dans ces hypothèses, l'homologation par le juge de la convention conclue par les époux reste obligatoire.

De façon générale, la spécificité de l'objet des conventions homologuées, à savoir les conséquences de la rupture du mariage, explique la construction d'un corps de règles propre à ce type d'accord : le droit du divorce. Pour autant, l'application à ces dernières conventions d'un régime dérogatoire au droit des obligations est-elle dans tous les cas justifiée ? C'est ce qu'il faudra vérifier.

**9.** Ce mouvement de contractualisation s'accompagne logiquement d'un reflux du rôle du juge. La délimitation du périmètre d'intervention du juge dans les conséquences du divorce est toutefois incertaine. On peut souligner que le recours au juge est susceptible de modulation dans le temps. Ainsi, le législateur peut-il étendre les pouvoirs du juge ou, au contraire, les restreindre. Assurément, par la voie de l'intervention judiciaire, l'État encadre les volontés privées ; ce qui témoigne du rôle qui peut être tenu par l'ordre public dans le droit de la famille<sup>54</sup>. L'étude de la participation judiciaire à la conclusion des accords du divorce devra donc être articulée avec la notion d'ordre public en droit du divorce. En effet, « nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité [...] »<sup>55</sup>. Le champ d'application du principe énoncé à l'article 6 du Code civil<sup>56</sup>, selon lequel « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ne saurait être limité au seul droit privé. La généralité du principe témoigne de sa vocation à s'appliquer à toutes les branches du droit<sup>57</sup>. Si l'on se réfère au Vocabulaire juridique, la notion y est ainsi définie : « Ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on

---

notaire, dans la convention de divorce, de la délivrance de cette information et du souhait du mineur de ne pas faire usage de cette faculté. Si, en revanche, le mineur demande à être entendu, la procédure conventionnelle doit être abandonnée au profit de la procédure judiciaire. Le juge est alors chargé de s'assurer que la convention ne porte pas préjudice aux intérêts du mineur. En outre, conformément à l'article 373-2-13 du code civil, dans sa rédaction résultant de l'article 50 de la loi déferée, le juge aux affaires familiales peut être saisi, après le divorce, des dispositions de cette convention relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Compte tenu des garanties ainsi apportées à la procédure conventionnelle de divorce par consentement mutuel qu'il a instaurée, le législateur n'a méconnu ni le dixième alinéa du Préambule de 1946, ni l'étendue de sa compétence ».

<sup>53</sup> Nouvel article 229-2 du Code civil.

<sup>54</sup> En ce sens : A. Bénabent, « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la direction de T. Revet, Dalloz 1996, p. 27, spéc. p ; 31.

<sup>55</sup> P. Mauraie, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Paris 1951, éd. Matot-Braine, p. 3. L'auteur, en annexe de sa thèse, a recensé vingt et une tentatives de définition de l'ordre public.

<sup>56</sup> Le nouvel article 1102 al. 2 du Code civil dispose que : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». Selon le nouvel 1162 du Code civil : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

<sup>57</sup> En ce sens : F. Terré, « Rapport introductif, « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la direction de T. Revet, *op. cit.*, p. 3. Voir également : M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001.

raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères [...] »<sup>58</sup>.

En droit civil, la fonction de l'ordre public consiste à faire prévaloir les intérêts généraux de la société sur les règles conventionnelles<sup>59</sup>. Cette notion, dont le contenu est « variable »<sup>60</sup>, doit être appréciée en fonction des époques. À cet égard, l'évolution de l'ordre public et de sa fonction de défense des intérêts essentiels de la société s'avère être particulièrement intéressante. L'ordre public classique, posant des interdits et mettant l'accent sur la sanction<sup>61</sup>, a cédé la place à un ordre public « nouveau et socialisant »<sup>62</sup>, l'ordre public économique. Se sont ainsi développés un ordre public économique de direction, caractérisé par une orientation du contenu du contrat conforme à l'utilité sociale, et un ordre économique de protection, destiné à protéger la partie la plus faible<sup>63</sup>. Ces notions d'ordre public de direction et de protection se sont étendues au-delà de la sphère économique. En droit de la famille, M. Bénabent a soutenu l'idée que l'ordre public « a été le type même d'ordre public politique, c'est-à-dire d'ordre public de direction [...], parce qu'on considérait que cet ordre public était une sorte de relais de l'ordre public plus général, plus étatique ». Et l'auteur de constater que « depuis une trentaine, il y a un total renversement. La notion d'ordre public de direction dans la famille est de plus en plus rejetée. Dans les relations privées, on se demande de plus en plus au nom de quoi l'État interviendrait »<sup>64</sup>.

Le droit du divorce fait écho à ce constat : l'ordre public de direction qui gouvernait autrefois cette matière tend à disparaître progressivement. Cet affadissement de l'ordre public de direction provient des réformes législatives successives permettant aux époux d'organiser conventionnellement leur rupture. La loi du 11 juillet 1975 a autorisé le divorce sur requête conjointe tout en soumettant la convention conclue par les époux et portant sur l'ensemble des conséquences du divorce à l'homologation du juge. La technique de l'homologation est également présente dans la loi du 4 mars 2002 relative à

<sup>58</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., 2007.

<sup>59</sup> En ce sens : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 373.

<sup>60</sup> L'expression est empruntée à J. Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in C. Perelman et R. Vanderelst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 77.

<sup>61</sup> Un auteur, F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, thèse, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 494, 2008, p. 2, a démontré que l'ordre public est une notion qui ne peut se résumer à une somme de lois impératives.

<sup>62</sup> L'expression est empruntée à F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 376.

<sup>63</sup> Sur le développement de l'ordre public économique de direction et de protection : v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 382 et s.

<sup>64</sup> A. Bénabent, *op. cit.*, p. 30. L'auteur précise que « potentats et despotes domestiques » étaient protégés par la l'ordre public. Il était impossible d'organiser les liens familiaux autrement que ce qui était prévu par la loi.

l'autorité parentale. En effet, l'article 373-2-7 alinéa 1 du Code civil dispose que « les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant ». La réforme du 26 mai 2004 relative au divorce entend, sous le contrôle du juge, favoriser la conclusion d'accords par les époux, et ce, quel que soit le cas de divorce. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoit l'homologation de la convention conclue par les époux dans l'hypothèse où l'enfant mineur demande à être entendu par le juge ou lorsque l'un des époux est soumis à un régime de protection. Cette présence accrue de la technique de l'homologation dans le règlement des conséquences du divorce atteste de la volonté du législateur d'octroyer, sous le contrôle du juge, davantage de liberté aux époux. Le contrôle judiciaire des accords semble, ainsi, constituer la contrepartie de la liberté conventionnelle accordée aux époux. À cet égard, M. Hauser a soutenu l'idée que « le rôle du juge dans une procédure quelconque est toujours un révélateur, un révélateur du rôle que veut jouer la société dans la matière considérée et de l'importance qu'elle lui accorde. Le droit de la famille ne fait pas exception à cette règle. Selon qu'il décide, qu'il contrôle, qu'il autorise, qu'il homologue, le juge symbolise le regard que porte la société sur l'objet de son intervention »<sup>65</sup>.

L'évolution de la notion d'ordre public dans le droit du divorce sera donc au cœur de cette étude. Elle conduira notamment à s'interroger sur la fonction de l'ordre public dans le droit du divorce et à se demander si l'intervention du juge n'aurait pas pour unique dessein d'assurer la protection du plus faible, à savoir l'enfant ou le conjoint le plus vulnérable. En d'autres termes, cette présence accrue du juge dans la sphère privée ne manifesterait-elle pas l'importance du rôle attribué à l'ordre public de protection dans le droit du divorce ?

**10.** A fronts renversés, le droit commun des obligations a subi une évolution se manifestant par un mouvement de judiciarisation du contrat. On assiste, ainsi, à l'émergence d'une obligation de bonne foi imposée par le juge aux contractants au stade de l'exécution du contrat. On peut, notamment, citer la jurisprudence consacrant un

---

<sup>65</sup> J. Hauser, « Le juge homologateur en droit de la famille », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, coll. Etudes Juridiques, 2001, p. 114, spéc. p. 114.

devoir de loyauté et sanctionnant la mauvaise foi du débiteur ou du créancier lors de l'exécution du contrat<sup>66</sup>. Pour une partie de la doctrine, ces décisions cristalliseraient la thèse du solidarisme contractuel<sup>67</sup>. Cette thèse, développée par Demogue<sup>68</sup>, construite sur l'idée d'une certaine éthique contractuelle est symbolisée par la devise : « loyauté, solidarité, fraternité »<sup>69</sup>. Cette exigence généralisée de bonne foi est désormais prévue par l'article 1104 du Code civil<sup>70</sup> issu de la réforme du droit des contrats. Dans ce contexte, on constate que la mission du juge consiste à protéger, en cas de mauvaise foi manifeste de la part de l'un des contractants, la partie la plus faible. En outre, la réforme du droit des contrats favorise, en cas d'imprévision, la renégociation du contrat entre les parties et consacre en cas de refus ou d'échec, le pouvoir du juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin<sup>71</sup>. Assurément, cette immixtion croissante du juge dans la sphère contractuelle traduit l'essor d'un ordre public de protection.

**11.** Aussi, assiste-t-on à une évolution croisée. D'un côté, le droit du divorce, matière traditionnellement marquée par l'ordre public, octroie davantage de place aux volontés privées, mais sous le contrôle du juge dont les interventions se multiplient. De l'autre, le droit des contrats, matière gouvernée par le principe de l'autonomie de la volonté, se judiciaire progressivement. Ce changement de perspective invite à comparer le rôle du juge dans le droit du divorce et dans le droit des contrats.

À l'évidence, il existe une différence manifeste entre ces deux modes d'intervention judiciaire. Dans le droit du divorce, le contrôle se fait *a priori*, c'est-à-dire avant la

<sup>66</sup> Voir notamment : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juill. 1986, *Bull. civ.* I, n° 223, p. 212 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 avr. 1987, *Bull. civ.* III, n° 88, p. 53, *RTD civ.* 1988, p. 122, obs. J. Mestre.

<sup>67</sup> Voir notamment : R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, thèse, Paris II, 1992 ; C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Études offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; du même auteur : « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patrimoine* 1998, p. 46 ; du même auteur : « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, chron. p. 901 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

<sup>68</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en générale*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1932. L'auteur soutient, notamment que « par le contrat, les personnes s'associent pour leur intérêt commun », p. 697.

<sup>69</sup> D. Dekeuwer-Défossez, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré, L'avenir du droit*, éd. PUF, Dalloz, 1999, p. 603.

<sup>70</sup> Le nouvel article 1104 du Code civil dispose que : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

<sup>71</sup> Selon le nouvel article 1195 du Code civil : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Voir N. Molfessis, art. préc., p. 2.



conclusion de l'accord, tandis que dans le droit des contrats, le juge intervient après la conclusion du contrat, au moyen d'un contrôle *a posteriori*. Nonobstant cette différence, n'existe-t-il pas, cependant, un ordre public de protection commun à ces deux matières orienté vers la protection du plus faible ? La réponse apportée à cette interrogation devrait permettre de définir et de justifier les places respectives susceptibles d'être tenues par les contrats de droit commun et les conventions du divorce dans le droit du divorce.

**12.** La démarche qui préside généralement à l'étude des sources des obligations conventionnelles conduit à analyser, tout d'abord, les contrats de droit commun gouvernés par les principes issus de la théorie générale des obligations, puis les contrats spéciaux relevant de règles dérogatoires au droit des obligations<sup>72</sup>. Au sein des obligations conventionnelles nées du divorce, cette distinction entre le droit commun et le droit spécial se retrouve. Ainsi, peut-on considérer que des contrats de droit commun s'épanouissent dans le droit du divorce, et que parallèlement des conventions du divorce se développent en marge des principes généraux issus du droit des contrats.

On s'intéressera donc, dans un premier temps, à l'analyse des contrats de droit commun intégrés au divorce (Première partie), avant d'envisager, dans un second temps, l'étude des conventions du divorce dérogatoires au droit commun des contrats (Deuxième partie).

---

<sup>72</sup> En ce sens : J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, 1. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 78.



## Partie 1 : Les contrats de droit commun intégrés au divorce

---

13. Depuis une trentaine d'années, le droit de la famille a subi une évolution qui se traduit par un relâchement du lien familial au profit d'un développement de l'idée de liberté individuelle<sup>1</sup>. En outre, lors de la rupture du mariage, nombreux sont les couples qui arrivent à « passer d'une vengeance instinctive à une négociation raisonnée »<sup>2</sup>, en particulier dans le domaine patrimonial. Dès lors, le principe d'autonomie de la volonté devrait s'épanouir au sein du droit patrimonial du divorce.

Ainsi, sur un tel terreau, les contrats de droit commun constituent un instrument privilégié au service des époux qui, dans un climat d'apaisement, souhaitent organiser eux-mêmes les conséquences de leur rupture<sup>3</sup>.

Que ce soit en cours de procédure ou en vue du divorce lui-même, les époux peuvent être amenés à conclure divers contrats ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux.

Ces contrats présentent la particularité d'être importés du droit commun pour être intégrés à la procédure de divorce et au divorce. Ils semblent ne pas subir leur terrain d'accueil et être à l'abri des soubresauts du divorce.

C'est cette autonomie qui justifie, d'une part, d'identifier les contrats de droit commun intégrés au divorce (Titre I), et d'autre part, d'exposer le régime auquel ceux-ci sont soumis (Titre II).

---

<sup>1</sup> En ce sens : A. Bénabent, *La famille op. cit.*, n° 12.

<sup>2</sup> L'expression est empruntée à C. Neirinck, « Vers un droit commun de la rupture, in Reconstruire la famille : le droit commun du couple », *LPA* 20 déc. 2007, p. 28.

<sup>3</sup> Un auteur, J. Revel, « Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », *JCP G* 1982, I, 3055, spéc. n° 3, précise que tout contrat n'a pas nécessairement pour objet « la réalisation d'un projet en commun ; on peut s'accorder pour aménager ou supprimer des relations préexistantes ».



## **1. TITRE I : IDENTIFICATION DES CONTRATS DE DROIT COMMUN INTEGRES AU DIVORCE**

**14.** L'identification des contrats de droit commun intégrés au divorce peut tenir à plusieurs facteurs. On pourrait penser que la liberté contractuelle accordée par la loi et la jurisprudence aux époux afin de procéder au règlement de leurs intérêts patrimoniaux constitue un des éléments permettant d'identifier de tels contrats. En réalité, il n'en est rien. En effet, cette liberté n'est pas le facteur déterminant de reconnaissance des contrats de droit commun intégrés au divorce. La liberté dont disposent les époux est liée aux circonstances dans lesquelles sont conclus de tels contrats.

Ainsi une distinction majeure s'impose entre deux types de situations contractuelles. Celle-ci est relative au moment où est conclu le contrat.

La meilleure manière de procéder consiste à effectuer une distinction entre, d'une part, les contrats conclus pendant l'instance en divorce, et d'autre part, ceux passés postérieurement au prononcé du divorce.

Pendant l'instance en divorce contentieux, les époux sont soumis aux dispositions du droit du divorce et ne peuvent être assimilés à des contractants de droit commun. Seuls certains époux, les époux séparés de biens, peuvent s'émanciper de certaines exigences inhérentes au droit du divorce afin de conclure un contrat ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux. La spécificité du régime de séparation de bien réside dans l'autonomie des patrimoines respectifs de chacun des époux. C'est ce qui justifie que les époux séparés de biens soient autorisés à conclure des contrats de droit commun (Chapitre I).

Postérieurement au prononcé du divorce contentieux, l'ensemble des anciens époux redeviennent des contractants de droit commun. À ce titre, ces époux peuvent passer tout contrat dans les matières où ils ont la libre disposition de leurs droits. Ils disposent, ainsi, de la possibilité d'éluder les règles issues du droit matrimonial et du droit du divorce qui leur étaient applicables en vertu de leur qualité d'époux (Chapitre II).



## Chapitre I : Pendant l'instance en divorce contentieux

15. Les conventions de liquidation anticipée du régime matrimonial ont été longtemps interdites en raison du principe d'immutabilité du régime matrimonial<sup>1</sup>. La loi du 11 juillet 1975 a offert la possibilité aux époux, pendant l'instance en divorce, de passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de la seule communauté. La loi du 26 mai 2004 a autorisé les époux, pendant l'instance en divorce, à passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial. Ces conventions, qu'elles soient conclues sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975 ou de la loi du 26 mai 2004, présentent la particularité d'être soumises à certaines exigences propres au droit du divorce. Les effets de ces conventions sont, notamment, suspendus jusqu'au prononcé du divorce.

Ce n'est pas le cas pour les effets des conventions conclues par les époux séparés de biens. Ceux-ci peuvent s'émanciper des dispositions du droit du divorce afin de conclure un contrat ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux. La liberté contractuelle dont disposent ces époux afin de procéder au règlement de leurs intérêts patrimoniaux varie selon la loi sous laquelle ces accords sont conclus. Aussi, l'étude des contrats conclus, pendant l'instance en divorce contentieux, par des époux séparés de biens et ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux au regard de la loi du 11 juillet 1975 (Section I) précédera l'analyse de ces mêmes contrats à la lumière de la loi du 26 mai 2004 (Section II).

Le législateur défend une conception générale du divorce fondée sur un encadrement judiciaire des volontés individuelles. Il faudra tirer les enseignements de ce constat afin de comparer la place des contrats conclus par des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004 (Section III).

---

<sup>1</sup> J.Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>e</sup> éd., Armand Colin, 2001, n° 493.

## **Section I : La conclusion de contrats par des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux au regard de la loi du 11 juillet 1975**

16. L'analyse de la jurisprudence relative à l'accord de volontés des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux (§1), permettra de démontrer que cet accord répond, en tous points, à la définition du contrat (§2).

### ***§1. – La jurisprudence relative à l'accord de volontés des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux***

17. Afin de mettre un terme aux errements jurisprudentiels, la Cour de cassation a consacré le principe de l'indépendance de l'accord conclu par des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux, à l'égard des exigences propres au droit du divorce, à savoir les articles 1450 et 1451 du Code civil (I). Elle a, par ailleurs, décidé que cet accord était soumis au principe de la force obligatoire des conventions (II).

#### ***I. – Consécration du principe de l'indépendance de l'accord à l'égard des exigences du droit du divorce***

18. L'étude du domaine d'application du principe (A) précédera celle de ses limites (B).

##### ***A. - Domaine d'application du principe***

19. Le principe de l'indépendance de l'accord à l'égard des exigences du droit du divorce est appliqué au seul régime de séparation de biens (1) à l'exclusion de tout autre régime, en particulier, le régime de la participation aux acquêts (2).



### 1) L'application du principe aux époux séparés de biens

20. Dans une décision du 5 mai 1987<sup>2</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la forme notariée prescrite par l'article 1450 alinéa 2 du Code civil pouvait s'appliquer au partage des biens indivis entre époux séparés de biens<sup>3</sup>. Opérant un revirement de jurisprudence, la même chambre, par un arrêt du 6 mai 1997<sup>4</sup>, a affirmé que pour le règlement de leurs intérêts patrimoniaux, les époux séparés de biens n'étaient pas tenus de se soumettre aux exigences de l'article 1450 du Code civil. En conséquence, selon la Haute juridiction, l'un des époux « pouvait valablement, pendant l'instance en séparation de corps, contracter une obligation envers son conjoint tendant à la liquidation de leur régime matrimonial dès lors que cette obligation n'avait pas pour but d'inciter à la séparation ». L'acte sous seing privé signé par les époux, par lequel la femme reconnaissait devoir à son mari la somme de 190.000 francs correspondant au montant des travaux effectués par celui-ci dans un studio appartenant à l'épouse, devait donc être jugé valable.

À la lecture de cet arrêt, il apparaît clairement qu'un époux peut valablement, pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce<sup>5</sup>, et sans être assujéti au formalisme de l'article 1450 alinéa 2 du Code civil, contracter une obligation envers son conjoint tendant à la liquidation de leur régime matrimonial<sup>6</sup>. En outre, corollaire de cette assertion, les dispositions de l'article 1451 du Code civil ne s'appliquent pas à cet accord.

<sup>2</sup> Cass. 1re civ., 5 mai 1987, *Bull. civ. I*, n° 139, p. 109 ; *JCP G* 1988, II, 20996, obs. Ph. Simler ; *Deffrénois* 1988, art. 34337, p. 1248, obs. G. Champenois.

<sup>3</sup> Dès l'adoption de la loi du 11 juill. 1975, M. J. Massip, *La réforme du divorce*, T.1, éd. Deffrénois 1976, n° 276, spéc. note 389, a considéré que les articles 1450 et 1451 seraient applicables au partage des biens entre époux séparés de biens. Car selon l'auteur, l'article 1542 du Code civil étend au partage des biens indivis, les modalités du partage de la communauté telles qu'elles sont prévues par l'article 1476 du Code civil.

<sup>4</sup> Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 147, p. 148 ; *D.* 1998, jur. p. 357, obs. J. Ravanais ; *Deffrénois* 1997, art. 36640, p. 1090, 1<sup>ère</sup> esp., obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1998, p. 729, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 1997, comm. n°123, note H. Lécuyer.

Concernant le revirement de jurisprudence constitué par cet arrêt, nous nous rallions à la position défendue par M. Lécuyer, note sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Dr. famille* 1997, comm. n° 123 : l'auteur s'interrogeant sur le point de savoir si cet arrêt opère un revirement de jurisprudence, affirme que puisqu'il s'agit d'une règle requise *ad validitatem*, l'arrêt de 1987 doit être lu comme obligeant les époux séparés de biens à se conformer aux exigences de l'article 1450 du Code civil. Les époux n'étant plus liés par cette règle formelle, il y a donc revirement.

Certains auteurs limitent la portée de l'arrêt : selon M. Champenois, obs sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Deffrénois* 1997, art. préc., p. 1093 : La Cour de cassation « ne condamne pas la solution donnée par l'arrêt du 6 mai 1987 et elle laisse penser que ce texte *pourrait* s'appliquer au partage de biens indivis dans des circonstances très particulières (qui resteraient à préciser) ». Et pour M. Ravanais, art. préc. p. 359 : La décision relève plus d'une clarification que d'un revirement de jurisprudence.

Pour un rappel du principe : v. Cass. 1re civ., 30 juin 1998, *Juris-Data* n°002326 ; *Dr. famille*, 1998, comm. n° 117, note H. Lécuyer ; Cass. 1re civ., 29 janv. 2002, *Bull. civ. I*, n° 34, p. 27 ; *Dr. famille* 2002, comm. n° 70, note H. Lécuyer.

<sup>5</sup> Bien que la seule séparation de corps soit visée par l'arrêt, le divorce est également concerné, la différence entre les deux n'apparaissant qu'au niveau des effets.

<sup>6</sup> En ce sens : G. Champenois obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Deffrénois* 1997, art. 36640, p.1092 ; J. Ravanais, obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *D.* 1998, jur. p. 358. En l'espèce, il s'agissait d'une reconnaissance de dette.

La faculté ouverte aux époux, par l'arrêt du 6 mai 1997, participe de la nature même du régime de séparation de biens et n'est pas exceptionnelle. Pendant le mariage, les époux peuvent accomplir toutes les opérations visant à dénouer les liens patrimoniaux<sup>7</sup> qui ont pu se tisser entre eux. Le moment où interviennent ces opérations est indifférent. Comme le relève M. Simler, « l'indivision n'étant pas de la nature du régime de séparation – elle serait même contre sa nature — ne participe pas du principe d'immutabilité. Par conséquent, les époux peuvent à tout moment procéder au partage de la masse indivise. Bien plus, chacun peut exiger qu'il y soit procédé, conformément à l'article 815 alinéa 1er du Code civil. Cette solution est indiscutée. Il faut admettre corrélativement que cette faculté est indépendante de toute instance en divorce et donc que, si un tel partage intervient, en dehors ou pendant une telle instance, il n'est pas soumis aux exigences et restrictions particulières formulées par les articles 1450 et 1451 du Code civil »<sup>8</sup>.

La décision rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation le 14 novembre 2000<sup>9</sup> illustre parfaitement le principe. En l'espèce, des époux s'étaient mariés sans contrat de mariage, puis ils avaient décidé d'effectuer un changement de régime matrimonial en adoptant le régime de séparation de biens. Un jugement du 20 mars 1997 a ordonné, postérieurement à l'homologation du changement de régime, la liquidation et le partage de la communauté ainsi que la liquidation de l'indivision qui existait entre les époux depuis l'adoption du régime de séparation de biens. La Cour d'appel a infirmé le jugement aux motifs que la liquidation ne pouvait être étendue à l'indivision qui existait entre les époux depuis l'adoption du régime de séparation de biens et qu'aux termes de l'article 1542 du Code civil, ce n'est qu'après la dissolution du mariage que s'opère le partage des biens indivis d'époux séparés de biens<sup>10</sup>. La Cour de cassation a, au visa de l'article 815 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, cassé l'arrêt et affirmé que les époux justifiaient

<sup>7</sup> En ce sens : J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 749.

<sup>8</sup> Ph. Simler, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 461, spéc. p. 469.

<sup>9</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 290, p. 188 ; *Dr. famille* 2001, comm. n° 8, note B. Beignier ; *D.* 2001, jur. p. 1755, note P. Lipinski ; M. Beignier, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 nov. 2000, *Dr. famille* 2001, comm. n° 8, fait remarquer que cet arrêt n'est pas le premier à donner cette solution, mais il est le premier à le faire avec autant de clarté. Voir également en ce sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 1985, *Bull. civ. I*, n° 267, p. 238 ; *D.* 1986, jur. p. 241, note A. Breton ; *Deffrénois* 1986, art 33757, p. 859, même note ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 nov. 1985, *Bull. civ. I*, n° 285, p. 254.

<sup>10</sup> L'alinéa premier de l'article 1542 du Code civil dispose : « Après la dissolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, le partage des biens indivis entre époux séparés de biens, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien dans l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre « Des successions » pour les partages entre cohéritiers ». Et selon l'alinéa second du même article : « Les mêmes règles s'appliquent après divorce ou séparation de corps. Toutefois, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit. Il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant ».

d'un droit au partage des biens indivis qu'ils pouvaient exercer à tout moment et sans même attendre la dissolution du mariage.

À la lecture de cet arrêt, il apparaît également que la qualité d'époux ne modifie en rien l'application du droit commun de l'indivision<sup>11</sup>. L'article 1542 du Code civil est applicable alors même que le partage des biens indivis intervient pendant l'union des époux et ce texte soumet le partage de ces biens aux règles prévues par le droit successoral<sup>12</sup>. L'application de ces règles ne suscite aucune difficulté particulière. Elles peuvent, notamment, être écartées par toute convention contraire. Il s'agit là d'un partage amiable. Le principe est donc la liberté pour les époux de procéder au partage des biens indivis comme ils l'entendent<sup>13</sup>.

Ce que conforte d'ailleurs un arrêt peu commenté et pourtant riche d'enseignements rendu par la Cour de cassation le 28 novembre 2007<sup>14</sup>. Dans cette affaire, des époux séparés de biens avaient convenu, par un acte sous seing privé du 7 mai 1998, de partager le prix de cession d'un immeuble leur appartenant indivisément pour moitié. L'acte prévoyait également que l'épouse devait percevoir une somme supplémentaire de 200000 francs payable pour partie sous forme d'une rente mensuelle. L'épouse a ensuite engagée une demande en divorce pour faute. Au cours de l'instance en divorce contentieux, une convention de partage des autres biens indivis était conclue. Aux termes de cette convention, il était prévu qu'un appartement évalué à 300000 francs était attribué à l'époux et qu'un appartement estimé à 700000 francs revenait à l'épouse. Le divorce des époux a été prononcé par un jugement du 24 mai 2002 à leurs torts partagés. Des difficultés sont nées lors de la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux. Par une décision du 29 juin 2006, la Cour d'appel d'Agen a confirmé le jugement ayant prononcé la nullité de l'acte sous seing privé du 7 mai 1998 et décidé que les deux appartements devaient être partagés par moitié entre les époux. Les juges du fond ont tout d'abord affirmé que si l'interdiction des conventions portant sur la liquidation et le partage de la communauté prévue par l'article 1450 du Code civil ne peut trouver

---

<sup>11</sup>Voir déjà en ce sens : P. Lipinski, *La liquidation dans le régime de séparations de biens*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 367, 2002, préf. G. Champenois, n° 128. Cependant, l'auteur note qu'il existe des exceptions : en raison du statut impératif, les articles 217 et 215 alinéa 3 du Code civil s'appliquent aux biens indivis. Monsieur Lipinski, thèse préc., n° 128, souligne également que l'indifférence de la qualité d'époux indivisaires se vérifie lorsque l'indivision a été organisée conventionnellement ou que les époux ont choisi de constituer une société d'indivision en faisant entrer dans l'actif d'une société des biens indivis.

<sup>12</sup> Pour la question de l'indépendance des règles du partage des biens indivis par rapport à celles du partage de la communauté : v. Lipinski, thèse préc., n° 144.

<sup>13</sup> Le partage amiable est un contrat consensuel : v. F. Terré, Y. Lequette, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, coll. Précis, 4e éd., 2013, n° 928.

<sup>14</sup> Cass. 1re civ., 28 nov. 2007, Juris-Data n°2007-041643 ; *Dr. famille* 2008, comm. n° 13, note B. Beignier.

application dans le cadre d'un régime de séparation de biens, il faut cependant que la convention intervienne pendant le divorce, qu'elle soit constatée par acte notarié et qu'elle n'est pas pour but d'inciter à la séparation. Puis, les juges du fond ont considéré que la convention de mai 1988 n'avait pas été passée pendant l'instance en divorce par acte notarié et qu'elle avait nécessairement pour but de favoriser la séparation puisque aucun élément objectif ne permettait d'avantager l'épouse, le bien vendu étant indivis et le mari prenant encore les emprunts à sa charge. Les juges du fond ont alors déduit la nullité de l'ensemble des conventions conclues par les époux séparés de biens. Sur le visa des articles 1131 et 1134 du Code civil, la Cour de cassation va d'abord rappeler que les époux séparés de biens pouvaient valablement, pendant la durée du mariage et de l'instance en divorce, conclure toute convention pour la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux, sans être tenus de les passer par acte notarié, avant de censurer la Cour d'appel qui, après avoir constaté que le divorce avait été prononcé selon une procédure contentieuse engagée par l'épouse, ne s'était fondée que sur le déséquilibre du partage pour en déduire que la convention du 7 mai 1988 avait pour but d'inciter à la séparation. Tout d'abord, cette décision ne saurait être réduite à un simple rappel du principe selon lequel les époux séparés de biens peuvent procéder à tout moment et comme ils l'entendent au partage de biens indivis, sans être obligés de respecter la forme notariée. En outre, de cet arrêt découlent deux conséquences.

En premier lieu, la Cour de cassation ne manque pas d'évoquer le contexte dans lequel est intervenue l'affaire : la Cour d'appel a constaté qu'il s'agissait d'un divorce contentieux prononcé après une procédure engagée par l'épouse. La Haute juridiction entend rappeler aux juges du fond que l'espèce dont ils ont eu à connaître ne relevait pas de la procédure gracieuse. Ce qui aurait dû amener les juges du fond à exclure toute application des dispositions issues du droit du divorce aux conventions conclues par les époux. Étaient non seulement exclue toute constatation par acte notarié, mais également toute forme de contrôle judiciaire des accords, notamment par la voie de l'homologation. Par ailleurs, la mécontente des époux était intervenue avant la conclusion de l'accord. Bien plus, c'est la mécontente des époux qui avait conduit à leur séparation. Les obligations dont l'époux s'était rendu débiteur envers son épouse ne pouvaient donc avoir pour but d'inciter à la séparation. Les juges du fond ne pouvaient déduire d'un simple déséquilibre du partage contenu dans la convention une incitation à la séparation.

En second lieu, les articles visés par la Cour de cassation donnent toute sa portée à l'arrêt. Les articles 1131 et 1134 du Code civil sont des dispositions issues du droit commun des obligations. Les articles 1131 et 1134 du Code civil concernent respectivement la théorie de la cause<sup>15</sup> et le principe obligatoire des conventions<sup>16</sup>. Selon la Cour de cassation, la cause du contrat était parfaitement licite et les conventions constatées par les juges du fond s'imposaient aux parties. Cette décision semble donc être une consécration du principe selon lequel pour tout ce qui concerne la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux, les époux séparés de biens sont soumis à la seule théorie générale des obligations.

Concernant les dettes susceptibles de naître entre les conjoints, le principe est identique : il n'y a pas lieu de distinguer selon que les époux sont ou ne sont pas en instance de divorce (ou de séparation de corps)<sup>17</sup>.

Enfin, les époux disposent, pendant le mariage et la procédure de divorce, de la liberté d'opter soit pour une liquidation globale du régime, soit pour une liquidation partielle<sup>18</sup>, par exemple le partage de certains biens indivis, le paiement de certaines créances, la liquidation d'une éventuelle société créée de fait ou bien encore l'utilisation du mécanisme de l'enrichissement sans cause<sup>19</sup>. À ce sujet, M. Lipinski, dans sa thèse consacrée à la liquidation dans le régime de séparation de biens, n'hésite pas à affirmer

---

<sup>15</sup> La notion de cause en tant que telle, n'a pas été reprise par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Comme le souligne le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* 11/02/2016, n° 35, p. 11, « La cause, ignorée de la plupart des droits étrangers comme des différents instruments européens de codification, reste néanmoins mal définie et recouvre en réalité une multiplicité de sens, que la doctrine, se fondant sur une jurisprudence abondante et fluctuante, s'est attachée à théoriser. Ainsi, la cause « subjective », ou cause du contrat, renvoie aux motifs personnels qui ont déterminé le consentement, tandis que la cause « objective », ou cause de l'obligation, correspond au but immédiat et abstrait du contrat, lequel est toujours le même quel que soit le type de contrat. En outre, certains arrêts de la Cour de cassation ont appliqué une conception subjective de la cause de l'obligation, invitant à rechercher non plus des motifs abstraits, communs à tous les contrats du même type, mais le but concret voulu par les parties, et ce afin de rééquilibrer le contrat. C'est pourquoi, face à la difficulté de donner à la notion de cause une définition précise, qui en engloberait tous les aspects, face aux critiques dont elle est l'objet tant de la part d'une partie de la doctrine que de la pratique, qui la perçoit comme un facteur d'insécurité juridique et un frein à l'attractivité de notre droit, il a été fait le choix de ne pas recourir à cette notion, pour la remplacer par des règles aux contours mieux définis, permettant au juge de parvenir aux mêmes effets, tout en évitant le contentieux abondant que suscite cette notion. L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. La section sur la validité du contrat demeure introduite par un article liminaire exposant les conditions nécessaires à sa validité : le consentement des parties, la capacité de contracter, et désormais « un contenu licite et certain » (article 1128) ».

<sup>16</sup> Selon le nouvel article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>17</sup> J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 749. Les époux disposent de la possibilité d'écarter les règles légales relatives au paiement des créances : l'article 1543 du Code civil opère un renvoi à l'article 1479 du même code. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1479 prévoit que le règlement des créances est soumis au principe du nominalisme monétaire, il s'agit, ici, d'une application du droit commun des obligations. Et, l'alinéa 2 du même article opère un renvoi, s'agissant des dépenses d'investissement, à l'alinéa 3 de l'article 1469 du Code civil qui prévoit, pour ce type de créances, l'application du principe de la dette de valeur. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 1479 contient une réserve : « Sauf convention contraire des parties ».

<sup>18</sup> MM. J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op.cit.*, n° 749, affirment qu'« une séparation de biens n'a toutes chances de continuer à mériter son nom que si elle fait l'objet d'une liquidation permanente et ponctuelle ». Et les auteurs de rajouter que les époux, en pratique, ne se préoccupent guère de cette « pureté théorique », la liquidation étant reportée à l'époque qui suit la dissolution.

<sup>19</sup> Selon M. Champenois, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1997, *Deffrénois* 1997, art. 36640, p. 1092, la créance du mari était probablement fondée sur le mécanisme de l'enrichissement sans cause.

que si le principe d'immutabilité ne s'applique pas au régime de séparation de biens, c'est précisément parce que la liquidation, ici, n'est pas une question de régime matrimonial<sup>20</sup>. Selon l'auteur, l'objet même de la liquidation est tout autre, il porte notamment sur l'indivision, sur les créances entre époux ou la preuve de la propriété des biens<sup>21</sup>. Cette liquidation globale ou partielle intervenant pendant le mariage et l'instance en divorce contentieux, inhérente au régime de séparation de biens, est l'un des éléments qui distinguent ce régime des régimes de type communautaire pour lesquels la liquidation, nécessairement globale, intervient obligatoirement à la dissolution de la communauté<sup>22</sup>.

*2) Le refus d'extension du principe au régime de la participation aux acquêts*

**21.** La liquidation d'un autre type de régime matrimonial a suscité une attention particulière. Il s'agit de la participation aux acquêts et, plus précisément, de la liberté conventionnelle dont sont susceptibles de jouir les époux mariés sous un tel régime. On s'est ainsi interrogé sur la portée de la jurisprudence consacrant le principe d'autonomie de la volonté des époux séparés de biens dans la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux. En d'autres termes, des époux ayant choisi la participation aux acquêts pourraient-ils conclure, pendant le mariage ou l'instance en divorce, une convention ayant pour objet la liquidation de leur régime matrimonial ?

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que le régime de la participation aux acquêts « vit en régime de séparation de biens »<sup>23</sup>. Il s'en distingue, cependant, lors de sa dissolution en raison des idées communautaires qui soufflent sur la liquidation de la créance de participation<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> P. Lipinski, *La liquidation dans le régime de séparations de biens*, thèse préc., n° 134.

<sup>21</sup> P. Lipinski, *op. et loc. cit.*

<sup>22</sup> Article 1467 du Code civil.

<sup>23</sup> A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, 12<sup>e</sup> éd., Litec, 2004 n° 1224. Certains auteurs, H.-L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, t. IV, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. 1982, mise à jour 1986, par de M. de Juglart, n° 93-2, soutiennent la thèse d'un régime séparatiste en raison, notamment, de l'absence de biens communs.

<sup>24</sup> A. Colomer, *Régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 1248 et s. En pratique le régime de la participation aux acquêts est un régime peu choisi par les couples. Sur ce point v. F. Terré et P. Simler, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 815.

Dans un arrêt de principe du 8 avril 2009<sup>25</sup>, la Cour de cassation s'est prononcé dans le sens d'une limitation de la liberté conventionnelle des époux mariés sous le régime la participation aux acquêts.

Dans cette affaire, un époux proposait d'acquérir des parts sociales appartenant à son épouse. L'offre s'accompagnait d'une clause selon laquelle la cession ne serait considérée comme étant réalisée qu'après le prononcé du divorce des époux. Il était d'ailleurs précisé que les effets de cette cession seraient identiques à ceux produits par une cession entre étrangers. Après avoir accepté cette offre, l'épouse a assigné son mari en exécution de la cession et en paiement du prix. Elle l'a ensuite assigné en divorce.

Une Cour d'appel a déclaré valable la cession et a condamné l'époux à en payer le prix. À l'appui de leur décision, les juges du fond ont affirmé que la clause ne s'analysait pas en une convention liquidative, mais en une renonciation du cédant à sa créance de participation sur les droits cédés. Par suite, cette clause ne pouvait affecter la validité de la vente des parts sociales, qui par ailleurs, était parfaite en application de l'article 1589 du Code civil. Enfin, les juges du fond ont considéré que la vente était nécessairement licite puisque la participation aux acquêts est un régime fonctionnant jusqu'à la dissolution du mariage comme un régime de séparation de biens dans lequel les parties conservent le droit de faire des actes sur tous les biens. Sur le visa des articles 265-2 et 1396 alinéa 3 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006, la Cour de cassation a cassé l'arrêt aux motifs que la convention litigieuse, qui avait pour objet et pour effet de priver l'épouse de sa créance éventuelle de participation sur des acquêts réalisés par l'époux, ne pouvait s'analyser que comme une convention relative à la liquidation du régime matrimonial et qu'une telle convention était illicite dès lors qu'elle altérerait l'économie du régime de participation aux acquêts et que, de surcroît, elle avait été conclue avant l'introduction de l'instance en divorce.

Cette décision est doublement intéressante. Tout d'abord, la Haute juridiction, en visant l'article 1396 alinéa 3 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006<sup>26</sup>, entend rappeler aux juges du fond que le principe d'immutabilité du régime

---

<sup>25</sup> Cass. 1re civ., 8 avr. 2009, *Bull. civ.* I, n° 80, p. 203 ; *D.* 2009, jur. p. 1201, obs. V. Egéa ; *Dr. famille* 2009, comm. n° 59, note B. Beignier ; *AJF* 2009, jur. p. 219, note S. David.

<sup>26</sup> L'article 1396 alinéa 3 dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juin 2006 dispose : « Le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement, soit à la demande de l'un des époux, dans le cas de la séparation de biens ou des autres mesures judiciaires de protection, soit à la requête conjointe des deux époux, dans le cas de l'article suivant ». M. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 188, a fait observé qu'il avait eu un assouplissement du principe d'immutabilité. Selon cet auteur, « Le régime reste conventionnellement immuable. Il est devenu judiciairement muable ».

matrimonial doit s'appliquer aux époux ayant opté pour le régime de participation aux acquêts. La vente des parts sociales, en privant l'épouse de sa créance éventuelle de participation, constituait une convention liquidative. Il en résultait une modification du régime<sup>27</sup>. Une telle convention était illicite puisqu'elle avait été conclue pendant le mariage et n'avait pas été homologuée par le juge. Cette dernière convention violait donc le principe d'immutabilité du régime matrimonial. Ensuite, à la lecture de la seconde partie de l'attendu de principe, il apparaît que l'instance en divorce<sup>28</sup> est le seul moment où les époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts sont autorisés à conclure une convention portant liquidation anticipée de leur régime matrimonial. Sur ce point, la situation de ces derniers époux est donc ressemblante à celle des époux mariés sous un régime de communauté. En effet, ces derniers époux ne disposent pas, pendant le fonctionnement de leur régime, de la faculté de procéder à des opérations participant à la liquidation de la communauté. Les conventions de liquidation anticipée de la communauté ne sont valables, conformément aux dispositions issues du droit du divorce, que pendant le cours de l'instance.

**22.** En dépit des ressemblances de fonctionnement existant entre le régime de la participation aux acquêts et celui de la séparation de biens, le premier ne saurait être assimilé au second. Il en résulte que la liberté conventionnelle dont sont susceptibles de jouir des époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts lors des opérations de liquidation du régime est nécessairement limitée par rapport à celle dont disposent les époux séparés de biens procédant au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Ce qui n'apparaît en rien critiquable. Un auteur a, d'ailleurs, affirmé que la Cour de cassation, à travers cette décision, préserve « un ordre public matrimonial de dimension patrimoniale »<sup>29</sup>. Cette position semble d'autant plus justifiée que la Haute juridiction ne pouvait que sanctionner le désir du mari d'escamoter, pendant le mariage, les règles applicables à la liquidation d'un régime de participation aux acquêts.

---

<sup>27</sup> La convention, conclue pendant le mariage, ne devait prendre effet qu'après le prononcé du divorce. L'astuce du mari consistait donc à diminuer la vocation aux acquêts de son épouse. Ce qui n'a d'ailleurs pas échappé à la vigilance des magistrats de la Cour de cassation.

<sup>28</sup> L'article 265-2 du Code civil visé par la Cour de cassation est issu de la loi du 26 mai 2004. Néanmoins, il semblait opportun d'étudier cet arrêt à ce stade de la démonstration. Le choix consistant à privilégier la nature du régime matrimonial ne semble d'ailleurs pas desservir l'étude puisque le sens et la portée de l'arrêt sont également valables sous l'empire de l'ancien article 1450 du Code civil.

<sup>29</sup> V. Egéa, obs. sous Cass. 1re civ., 8 avr. 2009, préc., p. 1202.



**23.** À l'issue de cette étude jurisprudentielle, on peut affirmer que seuls les époux mariés sous un régime de séparation de biens sont censés « vivre en quelque sorte côte à côte, patrimoniallement parlant »<sup>30</sup>. Cet état ne doit pas être tributaire de dispositions du droit du divorce, qui par ailleurs, sont spécifiquement établies au titre de la liquidation et du partage de la communauté<sup>31</sup>. Ainsi, lorsqu'il n'y a pas d'immeuble, l'accord de volontés ayant pour objet la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux est établi, pour des questions de preuve, par acte sous seing privé. Pour les opérations soumises à publicité foncière, c'est-à-dire lorsque le partage des biens indivis, ainsi que la liquidation des créances entre époux, et éventuellement celle d'une société de fait, portent sur des biens soumis à la publicité foncière, la forme notariée est requise. Il s'agit ici, d'un préalable nécessaire à l'accomplissement de la publicité<sup>32</sup>, les dispositions du droit du divorce sont totalement étrangères à l'exigence d'un acte constaté par acte authentique.

Pour autant, le principe de l'indépendance de l'accord à l'égard des exigences du droit du divorce n'est pas sans limites.

### *B. - Limites au principe*

Les limites au principe tiennent d'une part à l'objet de l'accord (1) et d'autre part à la nature de l'accord (2).

#### *1) Limites tenant à l'objet de l'accord*

**24.** La première question qui se pose concerne les limites de la liberté conventionnelle des époux séparés de biens. On s'est interrogé sur le point de savoir si ceux-ci pouvaient

---

<sup>30</sup> J. Hauser, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1997, préc., p. 730. Cet auteur fait remarquer que dans une vision idéale des choses, la séparation de biens, hormis les effets du régime primaire et notamment de l'article 220 du Code civil, n'appelle à proprement parler aucune liquidation.

<sup>31</sup> M. Hauser, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1997, préc., p. 730, a critiqué la simplicité de l'argumentation utilisée par la première Chambre civile dans son arrêt du 6 mai 1997 : « Beau raisonnement, en vérité, qui conduit à découvrir qu'un texte du régime légal ne s'applique pas au régime séparatiste ! Belle enfilade de portes ouvertes ».

<sup>32</sup> Sur les formalités de publicité : voir Ph. Simler, Ph. Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis 6<sup>e</sup> éd., 2012, n° 727.

inclure dans leur accord une disposition relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire.

Dans un arrêt du 23 mars 1994<sup>33</sup>, la Cour de cassation a considéré que les conjoints ne pouvaient, pendant l'instance d'un divorce sur demande acceptée, conclure une convention de l'article 1450 du Code civil portant sur la prestation compensatoire, celle-ci relevant de la seule compétence du juge. La Cour de cassation a, par la suite, posé un principe général en interdisant, pendant l'instance en divorce, toute convention relative à l'attribution à l'un des époux d'une prestation compensatoire. En effet, la Haute juridiction, dans un arrêt du 14 décembre 2004<sup>34</sup>, a affirmé que sauf lorsque le divorce est prononcé sur demande conjointe, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge ; qu'il en résulte qu'aucune convention, fût-elle notariée, relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire, ne peut être conclue par les époux. Cette décision a conduit un auteur à noter que la Cour de cassation pose une limite à la contractualisation du divorce : « les dispositions relatives à la prestation compensatoire sont d'ordre public pour la Cour de cassation et la prestation compensatoire ne fait pas partie, selon elle des droits dont les parties ont la libre disposition »<sup>35</sup>.

Par conséquent, s'agissant plus précisément des époux séparés de biens, ceux-ci ne peuvent inclure dans leur convention, une disposition portant sur la prestation compensatoire. Pourtant, d'un point de vue pratique, l'interdiction imposée par la Cour de cassation semble difficilement conciliable avec la liberté contractuelle dont disposent ces époux. En effet, l'attribution d'une prestation compensatoire à l'un d'entre eux, peut

<sup>33</sup> Cass. 1re civ., 23 mars 1994, 23 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 103, p. 78 ; *Deffrénois*, art. 35891, p. 1090, obs. J. Massip.

<sup>34</sup> Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, *Bull. civ. I*, n° 325, p. 270 ; *D.* 2005, jur. p. 1985, note C. Mathieu ; *AJF* 2005 jur. p. 65, note S. David ; *Dr. famille* 2005, comm. n° 32, note V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2005, p. 24, obs. T. Garé. Dans le même sens v. Cass. 1re civ., 24 avr. 2006, *Bull. civ. I*, n° 201, p. 183, *D.* 2006, Inf. rap., p. 1331. Dans ce dernier arrêt la Cour de cassation justifie le processus d'homologation de tout accord conclu dans le cadre de l'ancien divorce sur requête conjointe. Selon la Haute juridiction « la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge et ne peut l'être par voie conventionnelle que dans le cadre du divorce sur requête conjointe prévoyant l'homologation de l'accord par le juge dans les conditions prévues par l'article 278 du même code, forme de divorce à laquelle les parties ne sont pas soumises alors que ces règles présentent un caractère d'ordre public à l'effet de garantir la liberté de leur consentement et de préserver leurs droits.. ». Notons également que selon la Cour de cassation : la transaction sur la prestation compensatoire est exclue lorsqu'elle intervient avant toute procédure de divorce, le droit à prestation n'étant alors qu'un droit futur. Par conséquent, une telle transaction est frappée de nullité absolue : Cass. 1re civ., 3 fév. 2004, *Bull. civ. I*, n° 30, p. 26 ; *AJF* 2004, jur. p. 101, note S. David ; *Dr. famille* 2004, comm. n° 78, note V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2004, p. 15, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2004, p. 272, obs. J. Hauser.

<sup>35</sup> V. Larribau-Terneyre, note sous Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, *Dr. Famille* 2005, comm. n° 32. Et, selon un autre commentateur de l'arrêt, C. Mathieu, note sous Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, *D.* 2005, jur. p. 1986, la nouveauté de cette décision réside dans la motivation de l'arrêt. Alors que la Cour de cassation fondait sa jurisprudence antérieure sur le principe de droit non encore acquis, elle semble désormais utiliser le critère de l'indisponibilité du droit.

se réaliser au moment de la liquidation du régime matrimonial<sup>36</sup>. Ainsi, parfois, les époux conviennent-ils que la convention portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux comportera une disposition stipulant l'abandon d'un bien personnel de l'un des époux à l'autre. Bien souvent, il s'agit là d'une matérialisation de la prestation compensatoire. Dans la mesure où, les époux ont conventionnellement prévu que ce droit à compensation prendra la forme « d'un avantage compensatoire à cause de divorce »<sup>37</sup>, on ne comprend pas la raison pour laquelle il faudrait leur dénier une telle faculté.

L'objet de l'accord ne constitue pas la seule limite au principe de l'indépendance de l'accord à l'égard des exigences du droit du divorce. Une autre limite doit être examinée. Celle-ci concerne le type de divorce envisagé par les époux.

## 2) *Limites tenant à la nature du divorce*

**25.** La cohérence du raisonnement voudrait que la faculté laissée aux époux séparés de biens de s'émanciper des exigences du droit du divorce ne soit pas limitée au seul cas du divorce contentieux, mais qu'elle concerne aussi le divorce sur demande conjointe. Tel n'est cependant pas le sens de la décision rendue, le 10 mars 1998, par la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>38</sup>. Selon cette dernière décision, si des époux séparés de biens ne sont pas tenus de se conformer aux dispositions de l'article 1450 du Code civil pour liquider leurs intérêts matrimoniaux, il résulte des articles 230 et 232 de ce code et de l'article 1097 du Code de procédure civile que, dans la procédure de divorce sur requête conjointe et quelle que soit la nature du régime matrimonial des époux, la convention soumise à l'homologation du juge doit porter règlement complet des effets du divorce et que les conventions des parties intéressant ce règlement ne sont valables que si elles sont soumises à homologation. Par conséquent, la Cour de cassation considère que se trouve légalement justifié l'arrêt par lequel une Cour d'appel a annulé

---

<sup>36</sup> À propos du divorce sur requête conjointe, cas de divorce où les époux doivent se prononcer sur la prestation compensatoire, G. Cornu, *Droit civil, La famille*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2006, n° 329, fait remarquer que « L'essentiel est de comprendre que la compensation, une fois décidée, peut trouver sa mise en œuvre dans un mécanisme matrimonial... ».

<sup>37</sup> L'expression est empruntée à G. Cornu, *op. et loc. cit.* L'auteur développe cette notion au sujet de l'intégration de la prestation compensatoire au règlement d'ensemble des intérêts patrimoniaux des époux divorcés au moyen d'un divorce sur demande conjointe.

<sup>38</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mars 1998, Juris-Data n° 001094 ; *Defrénois*, 1998, art. 36828, p. 827, obs. G. Champenois ; *Defrénois*, 1998, art. 36865, p. 1111, obs. J. Massip ; *RTD civ.*, 1998, p. 729, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 1998, comm. n° 117, note H. Lécuyer.

la convention des époux séparés de biens, après avoir relevé que celle-ci, portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux, avait été conclue pendant l'instance en divorce, mais n'avait pas été soumise à l'homologation du juge.

Selon la Cour de cassation, c'est le moment où a été conclue la convention, c'est-à-dire l'instance en divorce, qui en justifie l'annulation. En l'espèce, les époux ont établi cette convention ayant pour objet la fin de l'indivision dans l'unique dessein de divorcer.

Nonobstant cette motivation, cet arrêt n'est pas sans susciter un certain nombre de critiques.

D'une part, il encourage les époux séparés de biens à recourir fictivement à un divorce contentieux<sup>39</sup>, afin de pouvoir régler librement, pendant l'instance en divorce, leurs intérêts patrimoniaux. D'autre part, il incite les époux, s'ils souhaitent néanmoins toujours utiliser la voie de la requête conjointe, à liquider leurs intérêts pécuniaires avant d'engager une procédure de divorce<sup>40</sup>. Enfin, M. Hauser a pu constater que ces nuances traduisaient un malaise : « On se doute que ces accords survenus en temps de crise ne sont pas neutres, ni sereins, ni égaux. Loin du notaire et du juge, la part sera belle au conjoint le plus habile, le plus obstiné, le plus autoritaire. Voilà bien un point faible pour la séparation de biens assortie d'une indivision, qu'elle condamne les époux à voir contrôler efficacement leurs accords patrimoniaux seulement s'ils divorcent par consentement mutuel, c'est-à-dire s'ils sont globalement d'accord sur tout... »<sup>41</sup>.

Il apparaît donc que seuls les époux divorçant au moyen d'un divorce contentieux, disposent de la faculté de s'émanciper des exigences des articles 1450 et 1451 du Code civil afin de conclure un accord tendant au règlement de leurs intérêts patrimoniaux.

Cela pose nécessairement la question de savoir quelle est la force obligatoire d'un tel accord.

---

<sup>39</sup> En ce sens : J. Massip, obs. sous Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Defrénois*, 1998, art. 36865, p. 1114, spéc. p. 1115. Et l'auteur de noter que les époux disposent, éventuellement, de la faculté qui est prévue à l'article 248-1 du Code civil, permettant à ces derniers de demander au juge de « se limiter à constater dans les motifs du jugement qu'il existe des faits constituant une cause de divorce, sans avoir à énoncer les torts et griefs des parties ».

<sup>40</sup> En ce sens : J. Massip, obs. sous Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Defrénois*, 1998, art. 36865, p. 1114, spéc. p. 1115. Selon cet auteur, note n° 3, il y aurait là un procédé critiquable. Celui-ci pourrait apparaître comme une véritable fraude à la loi, car il aurait pour objet d'éluder le contrôle du juge. Et l'auteur de préciser que ce procédé pourrait s'avérer inefficace, car le juge pourrait, s'il était informé, corriger les effets d'une convention inéquitable en conditionnant l'homologation à d'autres modalités de partage ou au versement d'une prestation compensatoire au profit de l'époux défavorisé.

<sup>41</sup> J. Hauser, obs. sous Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *RTD civ.*, 1998, p. 731.

## II. – Consécration du principe de la force obligatoire de l'accord

26. Dans sa décision du 6 mai 1997, la Cour de cassation<sup>42</sup> a consacré le principe de la force obligatoire de l'accord tendant au règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens.

En l'espèce, le 22 mai 1989, la Cour d'appel de Toulouse avait prononcé le divorce d'époux séparés de biens et donné acte aux parties de leur accord, conclu pendant l'instance en divorce, selon lequel, elles reconnaissaient n'avoir aucune réclamation à formuler, sauf à régler entre elles le sort de l'immeuble indivis et les prêts y afférents. La femme, après la vente amiable de l'immeuble indivis, a refusé d'exécuter cet accord ; elle invoquait des créances contre son mari qui seraient nées antérieurement à la décision leur donnant acte de leur accord. Par un arrêt du 29 novembre 1994, la Cour d'appel de Toulouse a rejeté sa demande. L'épouse s'est pourvue en cassation. Elle faisait grief à la Cour d'appel, d'une part, d'avoir attribué l'autorité de chose jugée à une décision qui se bornait à donner acte aux époux de leur accord et, d'autre part, d'avoir refusé d'admettre que les créances invoquées se rapportaient aux opérations de partage de l'immeuble indivis.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi au motif que l'arrêt attaqué, ayant relevé que la décision du 22 mai 1989 avait, par un donné acte, constaté l'accord des époux séparés de biens quant au règlement de leurs intérêts patrimoniaux, cet accord s'imposait aux parties.

Selon la Haute juridiction, l'accord constaté par les juges du fond « s'imposait aux parties »<sup>43</sup>. La Cour de cassation fait donc référence au principe obligatoire des conventions, tel qu'il est défini à l'article 1134 alinéa premier du Code civil<sup>44</sup>. Ce qui a conduit M. Champenois à affirmer que « cet accord s'imposait aux parties avec la force obligatoire d'un contrat. L'on était, somme toute, en présence d'un contrat judiciaire »<sup>45</sup>.

Cependant, une question subsiste, elle a trait à la définition même du contrat judiciaire et par voie de conséquence à la nature juridique de celui-ci. En d'autres termes, le

---

<sup>42</sup> Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Bull. civ.* I, n° 148, p. 148 ; *Defrénois* 1997, art. 36640, p.1090, 2<sup>ème</sup> esp., obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1998, p. 729, obs. J. Hauser.

<sup>43</sup> En substituant au mot « époux » celui de « parties », il est possible de penser que la Cour de cassation souhaite mettre en évidence la relation « créancier-débiteur » unissant les époux.

<sup>44</sup> Selon le nouvel article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>45</sup> G. Champenois, obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, art. 36640 p.1094.

contrat judiciaire est-il une convention ou bien, au contraire, relève-t-il de la catégorie des jugements ?

Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation, alors même qu'elle ne le précise pas expressément, ne semble pas contester le défaut d'autorité de chose jugée de la décision judiciaire donnant acte aux parties de leur accord<sup>46</sup>. Pour autant, la nature juridique du contrat judiciaire n'est pas clairement définie.

Par la suite, la jurisprudence a apporté une réponse sans équivoque à cette interrogation. Dans un arrêt du 25 juin 2008<sup>47</sup>, la Cour de cassation a décidé que la disposition du jugement se bornant à donner acte aux époux de leur accord était dépourvue de toute valeur juridique indépendamment de cet accord préalable et qu'un contrat judiciaire ne se forme qu'autant que les parties s'obligent dans les mêmes termes.

Cette décision présente un double intérêt.

Tout d'abord, on peut constater que le juge ne peut modifier le contenu de l'accord. Celui-ci doit, en effet, dans le jugement de donné-acte, se limiter à reprendre les termes de l'accord conclu par les parties, sous peine de violer le principe de la force obligatoire des conventions.

Ensuite, la décision semble se prononcer en faveur de la nature conventionnelle du contrat judiciaire. À l'évidence, le jugement de donné-acte n'est pas un jugement contentieux puisque le juge ne tranche pas de litige. Il ne s'agit pas non plus d'un jugement gracieux, car l'intervention du juge n'est pas obligatoire.

Un arrêt<sup>48</sup> rendu quelques mois après cette décision est venu conforter ce point de vue. Selon la Cour de cassation, le chef du dispositif constatant l'accord des époux sur les conséquences pécuniaires du divorce, qui ne tranchait aucune contestation, était dépourvu de l'autorité de la chose jugée.

---

<sup>46</sup> G. Champenois, obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, art. 36640, p.1094.

<sup>47</sup> Cass. 1re civ., 25 juin 2008, *Bull. civ.* I, n° 179 ; *AJF* jur. p. 396, note P. Hilt.

<sup>48</sup> Cass. 1re civ., 28 sept. 2008, *Dr. famille* 2008, comm. n° 153, note V.Larribau-. Terneyre. Cette décision n'a, pourtant, pas été publiée au bulletin. Il s'agissait, probablement, d'un cas d'espèce. Dans cette affaire, les premiers juges avaient prononcé le divorce d'époux mariés sous le régime de la communauté et constaté leur accord sur les conséquences patrimoniales du divorce contenu dans une convention. Les juges du fond, quant à eux, ont décidé que la convention contenant l'accord des époux sur les conséquences patrimoniales du divorce ne pouvait être déclarée nulle sur le fondement de l'article 1450 du Code civil puisqu'elle figurait dans le jugement de divorce ayant acquis un caractère définitif pour n'avoir pas été frappé d'appel dans les délais légaux de sorte que la convention ne pouvait être remise en cause, pas plus que le jugement de divorce devenu définitif. La décision des premiers juges laisse dubitatif, dans la mesure où, ils ont donné-acte aux époux de leur accord. Finalement, les juges du fond se sont trouvés face à une convention qui aurait dû être annulée sur le fondement de l'article 1450 du Code civil, pour n'avoir pas été passée par acte notarié. Ce qui n'a probablement pas échappé à la Cour de cassation qui, sur le visa de l'article 480 du Code de procédure civile, censura l'arrêt des juges du fond et affirma que le jugement de donné-acte était dépourvu de l'autorité de la chose jugée. La nature conventionnelle du donné-acte semble être clairement définie par cette décision. Pourtant, un des commentateurs de l'arrêt, V. Larribau-Terneyre, note sous Cass. 1re civ., 28 sept. 2008, préc., p. 21, relève que : « l'incertitude demeure sur la qualification exacte du donné-acte ».

Cette qualification conventionnelle du contrat judiciaire semble faire l'unanimité en doctrine. Selon les auteurs, le contrat judiciaire peut se définir comme étant « judiciaire en la forme, conventionnel par son origine », tirant « donc son autorité de la seule volonté des parties et non pas de la décision du juge »<sup>49</sup>.

On peut donc en déduire que l'accord des époux séparés de biens, même s'il a été constaté par le juge, demeure une convention, une convention ayant la valeur d'un acte authentique<sup>50</sup>. La décision donnant acte aux époux de leur accord n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Néanmoins, il est important de rappeler que la constatation judiciaire doit demeurer une faculté pour les pour les époux, notamment lorsque ces derniers époux souhaitent lier la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux au prononcé du divorce. Il ne s'agit en aucun cas d'une homologation judiciaire indispensable à la production d'effet de la convention définitive conclue, dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe, par les époux. Le cas envisagé ici se situe, en effet, dans le cadre d'un divorce contentieux.

La décision de la Cour de cassation du 6 mai 1997 exprimant la règle de la force obligatoire de la convention conclue par des époux séparés de biens n'est pas restée isolée. Elle fut, en effet, confirmée par l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 novembre 2007<sup>51</sup>. Dans cette décision, la Haute juridiction a censuré les juges du fond sur le visa, notamment, de l'article 1134 du Code civil au motif que les conventions portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens s'imposaient aux parties.

Cette jurisprudence construite sur la base du principe de la force obligatoire des conventions révèle le rayonnement du droit des obligations dans le droit du divorce. Plus précisément, ce courant jurisprudentiel manifeste, non seulement, l'utilité de l'application de la théorie générale des obligations aux conventions conclues par des époux séparés de biens afin de liquider leurs intérêts patrimoniaux, mais autorise, également, à rattacher ce type de conventions au seul droit des obligations. Telle était bien la conclusion à laquelle avait abouti G. Cornu à propos de la convention qui n'avait

---

<sup>49</sup> S. Guinchard et F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 32<sup>e</sup> éd., 2014, p. 213.

<sup>50</sup> Pour MM. B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations, 2. Le contrat, op. cit.*, n° 223, le contrat judiciaire est un contrat solennel rédigé par acte authentique : « Le notaire n'a pas le monopole de l'authenticité. Il arrive que les parties tombent d'accord devant le juge. On parle de contrat judiciaire. Celui-ci ne se forme qu'autant que les deux parties s'engagent dans les mêmes termes et que leur engagement est constaté par le juge ». Et pour P. Hilt, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2008, préc. , p. 397, la nature du contrat judiciaire est contractuelle.

<sup>51</sup> Arrêt préc., Juris-Data n°2007-041643 ; *Dr. famille* 2008, comm. n°13, note B. Beignier.

pu trouver de qualification juridique. Selon l'auteur, l'article 1134 alinéa premier du Code civil est un des éléments qui permet de rattacher la majorité des conventions dépourvues de qualification juridique à la théorie générale des obligations<sup>52</sup>.

Si l'accord de volontés des époux séparés de biens portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux relève de la théorie générale des obligations, encore faut-il qu'il réponde, en tous points, à la définition du contrat.

## ***§2. - Un accord répondant à la définition du contrat***

**27.** Afin de pouvoir affirmer que l'accord de volontés des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux répond aux critères du contrat<sup>53</sup>, il convient de vérifier s'il constitue un accord de volontés (I), exprimé en vue de produire des obligations (II) et caractérisé par la force obligatoire qui en découle (III)<sup>54</sup>.

### ***I. – Un accord de volontés***

**28.** L'accord de volontés doit être librement conclu<sup>55</sup>. Autrement dit, la liberté contractuelle dont disposent les parties doit concerner aussi bien le principe même de l'accord (les parties doivent être libres de contracter ou de s'abstenir) que le contenu de celui-ci<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> G. Cornu, préface, in *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, Economica, 1987, p. 1. Selon l'auteur : « Quand un accord informe et vague se cherche en dehors des modèles, que le législateur et l'interprète, avant de l'habiller à part, relisent chacun sept fois ces maximes cosouveraines qui règnent sans toujours assez gouverner : l'article 1134 qui unit le souffle de la morale et ce lui de la liberté (une seule parole, une bonne foi pour toutes !). Ce serait assez pour l'onction et la jouvence de la plupart des contrats de la terre ».

<sup>53</sup> L'article 1101 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations propose une nouvelle définition du contrat. Celui-ci « est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

<sup>54</sup> La démonstration est empruntée à M. H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993, n° 109 et s., qui, dans sa thèse confronte « *les contrats de la famille* » aux éléments déterminants du contrat dans le dessein de déterminer si ces derniers sont susceptibles ou non de revêtir un caractère contractuel.

<sup>55</sup> Le nouvel article 1102 du Code civil dispose : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

<sup>56</sup> Selon R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, Paris 1901, n°89 et s., spéc. p.229, la qualification contractuelle suppose la liberté de contracter et la libre détermination du contenu du contrat. A propos des contrats d'adhésion, l'auteur, *op. et loc. cit.*, exclu la qualification contractuelle car cette dernière qualification suppose non seulement le consentement des parties mais également la libre détermination du contenu. Ce qui conduit l'auteur à retenir la notion de « déclaration unilatérale de volonté ».



**29.** Concernant, d'une part, le principe même de l'accord, les époux séparés de biens sont libres de s'engager ou de refuser un tel accord.

S'agissant, d'autre part, du contenu même de l'accord, comme nous avons pu le constater précédemment, les conjoints disposent d'une importante liberté contractuelle. À l'évidence, en cette matière les conjoints ont la libre disposition de leurs droits. À cet égard, il convient de relever que la liberté contractuelle dont disposent les époux est plus importante que celle dont disposent certaines parties pour contracter dans des matières qui font l'objet de réglementations spécialisées. MM. Terré, Simler et Lequette dénoncent, ainsi l'obligation qui est faite aux parties de se placer sous l'empire d'un statut légal impératif. Selon ces auteurs, l'interventionnisme étatique altère gravement la liberté des parties de déterminer le contenu de leur contrat<sup>57</sup>. Cette réglementation spécialisée ne semble pas concerner les conventions ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens, qui demeurent régies, conformément à la théorie générale des obligations, par le principe de la libre détermination du contenu.

La liberté contractuelle dont disposent ces époux est, cependant, tempérée. Selon la Première chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 6 mai 1997<sup>58</sup>, l'obligation d'un époux envers son conjoint, tendant à la liquidation de leur régime matrimonial, est valable dès lors qu'elle n'a pas pour but d'inciter à la séparation. Cette réserve constitue-t-elle la marque du monopole dont dispose l'autorité publique dans la rupture du lien marital ? Un auteur répond à cette question en affirmant que le mariage est trop essentiel à l'État, qui en régit la formation, pour qu'il s'en désintéresse lors de sa dissolution. Il ne peut donc l'abandonner aux seuls accords de volontés. Et d'affirmer, la cause du contrat est mise au service un monopole : celui de l'État<sup>59</sup>.

La théorie de la cause est, à l'évidence, utilisée ici de la même manière qu'elle l'est dans le droit des obligations<sup>60</sup>. Il ne s'agit que d'une application de l'article 6 du Code civil<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 36. Il s'agit par exemple des règles impératives propres aux baux à usage d'habitation, aux baux ruraux ou aux baux commerciaux.

<sup>58</sup> Arrêt préc. *Bull. civ.* I, n° 147, p. 148.

<sup>59</sup> J. Ravanans, obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, D. 1998, jur., p.360. Concernant cette restriction, M. Hauser, obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, RTD civ. 1998, p. 731, a noté que : « L'article 1450 alinéa 1 du Code civil se borne à imposer la forme notariée, et pourtant la Cour s'aventure en une question de fond, la cause de l'engagement ».

<sup>60</sup> La notion de cause en tant que telle, n'a pas été reprise par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. Comme le souligne le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO 11/02/2016, n° 35, p. 11, « L'apport de la réforme sur ce point consiste donc dans la suppression de la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. La Section sur la validité du contrat demeure introduite par un article liminaire exposant les conditions nécessaires à sa validité : le consentement des parties, la capacité de contracter, et désormais « un contenu licite et certain » (article 1128) ».

selon lequel : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La portée de cette restriction à la liberté contractuelle ne doit pourtant pas être surestimée dans la mesure où la mécontente des époux est, en général, indépendante de l'économie de la convention portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux<sup>62</sup>. Certains auteurs ont d'ailleurs relevé que cette mécontente précède, bien souvent, la liquidation du régime matrimonial<sup>63</sup>. En d'autres termes, la convention est conclue par des époux qui ont pris, en amont, la décision de se séparer. Cette dernière convention est la suite logique d'une décision de rupture et ne peut donc avoir pour but d'inciter à la séparation.

En outre, la Cour de cassation effectue un contrôle strict de l'application par les juges du fond du principe selon lequel l'obligation d'un époux envers son conjoint, pour être jugée valable, ne doit avoir pour but d'inciter à la séparation. En témoigne de façon éclairante, l'arrêt du 28 novembre 2007<sup>64</sup>. Dans cette décision, la Cour de cassation cassa, sur le visa de l'article 1131 du Code civil, l'arrêt rendu par la Cour d'appel et affirma que les juges du fond ne pouvaient déduire d'un simple déséquilibre du partage contenu dans la convention, une incitation à la séparation.

La preuve d'une cause illicite de l'accord semble ainsi difficile à rapporter. On ne relève, d'ailleurs, dans le tableau jurisprudentiel, aucune décision qui aurait prononcé la nullité d'une telle convention pour cause illicite.

Enfin, une autre réserve doit être émise, qui a trait à la protection des droits des créanciers. Ces derniers pourraient, en effet, avoir à subir les conséquences d'un partage frauduleux des biens indivis. À cet égard, les créanciers sont protégés par les dispositions de l'article 882 du Code civil, issues du droit commun du partage, selon lesquelles si la protection préventive, à savoir 'intervention au partage, n'a pas suffi, le droit commun de l'action paulienne retrouve application. En outre, la jurisprudence accorde aux créanciers d'autres actions, telle l'action en rescision du partage pour cause de lésion par la voie de l'action oblique. En cas de fraude manifeste lors de la réalisation

---

<sup>61</sup> L'article 1387 du Code civil selon lequel « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent » est une disposition spécifiquement établie pour les biens des époux. Elle n'est, selon nous, qu'une application, à cette matière, de l'article 6 du Code civil. M. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse préc., n° 112, spéc. note n° 3, affirme que l'article 1387 du Code civil n'empêche pas l'application des dispositions génériques de l'article 6 du Code civil.

<sup>62</sup> Tel était le cas dans l'affaire qui était l'objet de l'arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 28 nov. 2008. Arrêt précité, *Juris-Data* n°2007-041643 ; *Dr. famille* 2008, comm. n°13, note Bernard Beignier.

<sup>63</sup> En ce sens, Ravanat, obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *D.* 1998, jur., p. 359.

<sup>64</sup> Arrêt préc. *Juris-Data* n°2007-041643 ; *Dr. famille* 2008, comm. n°13, note Bernard Beignier.

du partage des biens indivis, une telle protection du droit des créanciers est justifiée et n'amointrit en rien la liberté contractuelle dont disposent les époux séparés de biens. Ainsi, le principe de liberté contractuelle est donc, en notre matière, respecté. Encore faut-il que cet accord soit exprimé en vue de produire des obligations.

## II. – *Un accord créateur d'obligations*

**30.** Il ne fait aucun doute que cet accord donne naissance à des obligations. La Première chambre civile de la Cour de cassation, dans l'arrêt du 6 mai 1997, a affirmé que, pendant l'instance en séparation de corps, l'un des époux pouvait valablement contracter une obligation<sup>65</sup> envers son conjoint tendant à la liquidation de leur régime matrimonial. En outre, l'accord conclu par les époux séparés de biens et tendant à la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux n'est pas conditionné par le prononcé du divorce. L'élément générateur d'obligations n'est en aucun cas subordonné à un « évènement-déclac » tel que le décrit J. Carbonnier dans sa thèse sur *le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*<sup>66</sup>. Cet accord n'a, en effet, pas pour objet la dissolution du régime matrimonial, celle-ci étant seule conditionnée par le prononcé du divorce<sup>67</sup>. Cependant, si les époux exécutent l'accord sans souhaiter le résilier par leurs *mutuus dissensus*, leur régime matrimonial se trouvera vidé de tous ses éléments d'actif et de passif ; il deviendra une « coquille vide ». Il apparaît donc que cet accord de volontés se suffit à lui-même pour donner naissance à des obligations. Il doit, cependant, être caractérisé par une force obligatoire.

<sup>65</sup> Arrêt préc. *Bull. civ. I*, n° 147, p. 148. Selon la Haute juridiction, la Cour d'appel a souverainement retenu que l'acte sous seing privé signé par les deux époux dans lequel l'épouse reconnaissait devoir une somme d'argent à son conjoint, avait pour cause les travaux effectués par celui-ci pour le compte de son épouse.

<sup>66</sup> J. Carbonnier, *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932. Voir spéc. p. 547 et 552. Selon cet auteur, s'agissant du régime légal, l'élément générateur réside dans l'acte de mariage. Et pour ce qui est des régimes conventionnels, « les conventions matrimoniales sont radicalement impuissantes, par elles-mêmes, à déclencher la loi en vue d'engendrer un régime matrimonial ». La raison en est simple, les régimes conventionnels « ne prennent pas naissance de ce contrat... L'évènement-déclac réside dans l'acte de mariage lui-même » p. 552. V. également H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, préc., n° 114, qui transpose, notamment, le raisonnement de J. Carbonnier, aux conventions de liquidation anticipée de la communauté prévues à l'ancien article 1450 du Code civil. Selon M. Lécuyer, les effets de ces dernières conventions sont suspendus, ainsi que le prévoit l'ancien article 1451 du Cde civil, au prononcé du divorce. Par conséquent, « l'acte-déclac » est constitué par le jugement de divorce.

<sup>67</sup> La date à laquelle la dissolution du régime matrimonial prend effet varie selon que l'on envisage les rapports entre époux ou leurs rapports avec les tiers. À l'égard des tiers, la dissolution du régime matrimonial, selon l'article 262 du Code civil, leur est opposable à la date d'accomplissement de la formalité légale de publicité (c'est-à-dire à la date de la mention du jugement de divorce en marge des actes de l'état civil). Concernant les rapports entre époux, la dissolution du régime, selon l'ancien article 262-1 alinéa 1 du Code civil, prend effet à la date de l'assignation en divorce. L'un des époux, en vertu de l'alinéa 2 de ce même article, peut demander au juge, à condition que ne lui incombent pas à titre principal les torts de la séparation, que la date de dissolution soit reportée à la date où la séparation de fait s'est établie.

### ***III. – Un accord caractérisé par une force obligatoire***

**31.** L'accord portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de bien est soumis au principe de la force obligatoire du contrat énoncé à l'article 1134 alinéa premier du Code civil<sup>68</sup>. En effet, il résulte d'une jurisprudence constante<sup>69</sup> que l'accord « s'imposait aux parties ». Par ailleurs, ce principe s'impose également au juge. Celui-ci ne peut modifier l'accord en faisant application de dispositions du droit du divorce. L'article 1451 alinéa 2 du Code civil qui dispose que « l'un des époux peut demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences du divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage » est, on l'a constaté précédemment, inapplicable ici.

Il doit donc être admis que les époux séparés de biens, qui ont choisi la voie contentieuse pour se séparer, disposent, pendant l'instance en divorce, de la faculté de conclure un contrat ayant pour objet la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux.

Il convient maintenant d'examiner l'influence que pourrait avoir la loi du 26 mai 2004 sur la conclusion de ce type de contrat.

#### **Section II : La conclusion de contrats par des époux séparés de biens ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux au regard de la loi du 26 mai 2004**

**32.** L'article 265-2 du Code civil autorise les époux à passer, pendant l'instance en divorce, une convention pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial. Lorsque cette convention est conclue par des époux séparés de biens, son efficacité n'est soumise à aucune autre disposition du droit du divorce ; ce qui tend à établir qu'il s'agit là d'un contrat de droit commun (§1). Par ailleurs, dans le cadre d'un divorce autre que par consentement mutuel, l'article 268 du Code civil offre la possibilité aux époux de

---

<sup>68</sup> Le nouvel article 1103 du Code civil dispose : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>69</sup> Arrêts préc. : Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Bull. civ.* I, n° 148, p.148 ; *Defrénois* 1997, art. 36640, p.1090, 2<sup>ème</sup> esp. , obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1998, p. 729, obs. J. Hauser ; Cass. 1re civ., 28 nov. 2007, *Juris-Data* n°2007-041643 ; *Dr. famille* 2008, comm. n°13, note Bernard Beignier.

soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. Celui-ci pourra les homologuer en prononçant le divorce, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés. Cependant, ce texte n'est pas sans susciter des interrogations à propos de l'hypothèse dans laquelle des époux séparés de biens auraient conclu une convention comprenant, outre la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux, des dispositions relatives à l'ensemble des conséquences du divorce (§2).

***§1. – L'indépendance de la convention de l'article 265-2 du Code civil conclue par des époux séparés de biens à l'égard des autres dispositions du droit du divorce***

**33.** La convention de l'article 265-2 du Code civil conclue par des époux séparés de biens revêt une nature contractuelle. En effet, sa mise en œuvre n'est soumise ni aux conditions de l'article 1451 du Code civil (I), ni à celles de l'article 268 du Code civil (II).

***I. - L'inapplicabilité de l'article 1451 du Code civil***

**34.** Le point qui a suscité un intérêt particulier concerne les effets des conventions passées par les époux séparés de biens en application de l'article 265-2 du Code civil<sup>70</sup> : ceux-ci sont-ils suspendus, ainsi que le prévoit l'article 1451 du Code civil jusqu'au prononcé du divorce ?

La réforme a élargi le domaine d'application de l'ancien article 1450 du Code civil. Celui-ci devenu l'article 265-2 figure désormais dans une Section intitulée « Des conséquences du divorce pour les époux ». Si l'ancien article 1450 ne visait que la liquidation et le partage de la communauté, l'article 265-2 du Code civil concerne la

---

<sup>70</sup> L'article 265-2 du Code civil dispose que « Les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial » (al. 1<sup>er</sup>). « Lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, la convention doit être passée par acte notarié » (al. 2).

liquidation et le partage du régime matrimonial. À cet égard, un auteur étudiant l'objet des accords prévus par la réforme, a affirmé que « les époux pourront en effet passer en cours d'instance des conventions relatives à la liquidation et au partage du régime matrimonial, ce que l'article 1450 ne permet pour l'instant qu'en régime de communauté et qui sera désormais aussi possible en régime de séparation de biens »<sup>71</sup>. L'affirmation paraît critiquable. Les époux séparés de biens qui ont, sous l'empire de l'ancienne loi, engagé une procédure de divorce disposent, on l'a démontré précédemment, de la faculté de conclure, pendant l'instance en divorce contentieux, un contrat tendant au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. La nouveauté de la loi du 26 mars 2004 est donc ailleurs. Elle tient au choix fait par le législateur d'élargir la portée de l'ancien article 1450 du Code civil, devenu l'article 265-2 du même code et, parallèlement, de ne pas modifier le sens non plus que l'emplacement de l'article 1451, qui demeure dans une Section consacrée à la dissolution de la communauté. Ce choix n'est pas sans incidence. Selon M. Bénabent, « il faut peut-être en déduire que les conventions passées en application de l'article 265-2 pour la liquidation d'un régime non communautaire ne seraient pas suspendues jusqu'au prononcé du divorce »<sup>72</sup>. Ainsi, cette solution serait en définitive une consécration des décisions jurisprudentielles selon lesquelles les époux séparés de biens n'étaient pas tenus de se soumettre aux exigences des articles 1450 et 1451 du Code civil pour procéder à la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux<sup>73</sup>.

Afin d'éprouver le propos, une hypothèse doit être envisagée : celle d'époux séparés de biens qui souhaitent, pendant l'instance en divorce contentieux, conclure un accord ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Cet accord, s'il n'y a pas d'immeubles, prendra la forme d'un acte sous seing privé. En effet, conformément à l'article 265-2 du Code civil, la forme notariée n'est requise que s'il existe des immeubles. Toutefois, selon M. Bénabent envisageant cette hypothèse, il s'agit là d'une règle de forme et non de publicité, par conséquent, une convention non notariée encourra la nullité même entre époux<sup>74</sup>. L'article 265-2 du Code civil ne soumet à

---

<sup>71</sup> V. Larribau-Terneyre, « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Deuxième partie : Les moyens du changement », *Dr. famille* 2004, chr. n° 16, p. 9.

<sup>72</sup> A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article*, éd. Defrénois, 2004, p. 124.

<sup>73</sup> Contra : Selon M. H. Lécuyer, « Quel régime matrimonial pour quelle situation et quel objectif », *Dr. et patrimoine* 2004, Analyse, p. 55 : « Ce changement étend le domaine d'application de l'ancien article 1450 du Code civil, qui comprend désormais, non plus les seuls régimes communautaires, mais tous les régimes, y compris ceux d'essence séparatistes ». Et l'auteur de s'interroger : « Puisque la convention de liquidation et de partage anticipés ne peut avoir lieu, selon les prévisions de l'article 1450 du Code civil, qu'au cours de l'instance en divorce, et que cet article est dit applicable au régime séparatiste, la sortie de l'indivision pourrait-elle désormais intervenir en amont ? ».

<sup>74</sup> A. Bénabent, *op.cit.*, p. 86.

aucune autre condition la formation d'un tel accord. Dès lors, il ne semble pas cohérent d'appliquer aux époux séparés de biens l'article 1451 du Code civil, lequel ne concerne que la dissolution de la communauté. Finalement, la loi du 26 mars 2004 ne fait que consacrer une solution jurisprudentielle acquise sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975 : l'effet de la convention ayant pour objet la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens n'est pas suspendu jusqu'au prononcé du divorce et l'un des époux ne peut demander que le jugement de divorce modifie la convention. Ainsi qu'on a pu le souligner, cet accord n'a pas pour objet la dissolution du régime matrimonial, celle-ci étant seule conditionnée par le prononcé du divorce<sup>75</sup>.

La convention de l'article 265-2 du Code civil, conclue par des époux séparés de biens, est donc susceptible de revêtir la qualification contractuelle. Ce que conforte, par ailleurs, l'inapplicabilité de l'article 268 du Code civil.

## *II. - L'inapplicabilité de l'article 268 du Code civil*

**35.** Dans un souci de pacifier le divorce et de favoriser le règlement complet de toutes les conséquences au moment de son prononcé, la loi prévoit de donner une large place aux accords, même ponctuels, des époux. En effet, l'une des mesures phares de la réforme est constituée par les dispositions novatrices de l'article 268 du Code civil, selon lesquelles « Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce » (alinéa 1<sup>er</sup>). « Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce » (alinéa 2).

À la lecture de ce texte, on s'est posé la question de savoir si une convention conclue en application de l'article 265-2 devait être soumise à l'homologation du juge. Selon M. Bénabent : « Il ne le semble pas : si tel était le cas, l'article 265-2 n'aurait aucune utilité

---

<sup>75</sup> S'agissant des tiers, l'article 262 du Code civil n'ayant pas subi de modifications, le jugement de divorce leur est opposable à la date d'accomplissement de la mention du jugement en marge des actes de l'état civil. Concernant les rapports entre époux, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 262-1 du Code civil a été modifié. Désormais la date à laquelle la dissolution du régime matrimonial prend effet, dans les cas de divorce autres que par consentement mutuel, est fixée au jour de l'ordonnance de non-conciliation. L'alinéa 2 du même article a également été réécrit. L'un des époux, alors même que lui incomberaient à titre principal les torts de la séparation, peut demander au juge que la date de la dissolution soit reportée à la date où la séparation de fait est établie. Et cette demande ne peut être effectuée « qu'à l'occasion de l'action en divorce ». En outre, M. A. Bénabent, op.cit., p. 81, note que « le juge acquiert un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de ce report, même lorsque les conditions objectives en sont réunies : il « peut » fixer... ; dans le système antérieur, le report était de droit ; il n'est cependant donné aucun critère ni directive au juge pour apprécier cette opportunité ». Enfin la jouissance du logement conjugal par un seul des époux ne peut donner lieu, jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, à aucune indemnité d'occupation.

autonome et pas de raisons d'être. On doit donc considérer que les conventions visées à l'article 268 seront celles qui règlent les conséquences du divorce autres que la liquidation et le partage du régime matrimonial (ou encore celles qui concernent des immeubles sans avoir été passées devant notaire) »<sup>76</sup>.

Par conséquent, s'agissant plus précisément des époux séparés de biens, ceux-ci, afin de régler leurs intérêts patrimoniaux, disposent de la faculté de conclure une convention en ne la soumettant pas à l'homologation du juge, laquelle peut être qualifiée de contrat de droit commun<sup>77</sup>. Néanmoins, si la situation l'impose, ces époux peuvent compléter ce contrat au moyen d'une convention de l'article 268 du Code civil, qui devrait être homologuée et aurait notamment pour objets, la prestation compensatoire, les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien des enfants.

Reste à envisager le sort qui serait réservé à une convention globale non homologuée conclue par ces mêmes époux, comprenant entre autre la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux.

***§2. - L'incertitude relative à l'indépendance de l'accord de volontés des époux séparés de biens ayant pour objet l'ensemble des conséquences du divorce à l'égard de l'article 268 du Code civil***

**36.** Une convention conclue par des époux séparés de biens réglant l'ensemble des conséquences de leur divorce et non soumise à homologation serait susceptible d'encourir la nullité (I). Mais si un tel accord devait, néanmoins, être jugé valable, seules les clauses de cet accord relatives au règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens pourraient relever de la qualification contractuelle (II).

---

<sup>76</sup> A. Bénabent, *op.cit.*, p.86.

<sup>77</sup> Voir *supra* n° 27 et s.



### *I. - Un accord susceptible d'encourir la nullité*

**37.** La sanction qui serait susceptible de frapper une convention non homologuée qui aurait pour objet l'ensemble des conséquences du divorce serait la nullité. Il est probable que les magistrats seront enclins à s'inspirer de la solution qu'ils ont dégagée, sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, à propos des époux séparés de bien divorçant au moyen d'un divorce par requête conjointe. En effet, dans l'arrêt du 10 mars 1998, la Cour de cassation<sup>78</sup> a décidé, notamment, que les conventions des parties ne sont valables que si elles sont soumises à homologation. Par conséquent, selon la Haute juridiction, se trouve légalement justifié l'arrêt d'appel qui a annulé la convention des époux séparés de biens, après avoir relevé que celle-ci, portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux, avait été conclue pendant l'instance, mais n'avait pas été soumise à l'homologation du juge.

Un point commun peut être relevé entre l'ancien divorce sur requête conjointe et les accords que les époux, dans le cadre d'un divorce contentieux, sont désormais autorisés à conclure : la nécessité du contrôle juridictionnel constitué par l'homologation. Dans les deux cas de figure, la convention des époux contient des éléments tels que la prestation compensatoire ou l'exercice de l'autorité parentale, que le législateur et le juge ne semblent pas prêts à abandonner aux seules volontés individuelles. Mais une telle décision se justifierait-elle pour autant ? On en doute et ce, pour différentes raisons. Tout d'abord, on l'a démontré précédemment, les époux séparés de biens disposent, d'un point vu patrimonial (liquidation de leur régime matrimonial et éventuellement attribution d'une prestation compensatoire), d'une importante liberté, qui n'est en rien critiquable, car elle participe de la nature même du régime de séparation de biens. Il ne semble donc pas opportun de les obliger à se soumettre à un contrôle du juge. Ensuite, la loi du 4 mars 2004 qui unifie, quelle que soit la situation des parents, les règles d'exercice de l'autorité parentale, offre la possibilité aux époux de conclure une convention ayant pour objet les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. En effet, l'article 373-2-7 du Code civil dispose « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de

---

<sup>78</sup> Arrêt préc., JurisData n° 001094.

l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant » (alinéa 1<sup>er</sup>). « Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement » (alinéa 2).

L'emploi du verbe « pouvoir » par le législateur a suscité un débat doctrinal<sup>79</sup>. Ainsi, P. Courbe a-t-il pu écrire : « En d'autres termes, si les père et mère de l'enfant se séparent et sont d'accord pour aménager les conséquences qui en résultent pour la vie de l'enfant, ils n'ont pas l'obligation de saisir le juge aux affaires familiales pour voir homologuer leur convention. C'est l'application d'une idée directrice de la réforme du 4 mars 2002 qui privilégie l'exercice consensuel de l'autorité parentale et favorise les solutions négociées entre les parents »<sup>80</sup>. Au contraire, Mme Rebourg, qui étudie les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant, considère que « [...] si l'on interprète l'article 372-2-7 du Code civil à la lumière des articles qui l'entourent, on ne peut que constater que ceux-ci attachent des conséquences juridiques à la seule convention homologuée ». Et l'auteur de conclure, « la confusion opérée résulterait d'une maladresse de rédaction du texte. Ainsi, les parents auraient la faculté de passer de telles conventions, mais pour bénéficier de la force exécutoire, ils auraient l'obligation de la soumettre au juge pour homologation »<sup>81</sup>.

En pratique, la question d'une convention non homologuée ne semble pas se poser, car la majorité des époux qui sont engagés dans une procédure de divorce contentieux, saisissent le juge aux affaires familiales afin qu'il statue sur les questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale<sup>82</sup>.

Cependant, cette controverse doctrinale n'en est pas moins riche d'enseignements d'un point de vue théorique. En effet, il apparaît que la convention de l'article 372-2-7 du Code civil non homologuée serait, certes dénuée de toute force exécutoire, mais néanmoins valable. Il faudrait donc en déduire que le contrôle du juge ne serait pas obligatoire.

---

<sup>79</sup> Notons que l'article 268 du Code civil contient également le verbe pouvoir. Cet emploi n'a suscité aucun débat doctrinal, car lorsque les conséquences du divorce ne sont pas prévues par les époux dans la convention, elles sont fixées judiciairement.

<sup>80</sup> P. Courbe, *Droit de la famille*, Armand Colin, 4<sup>e</sup> éd., 2005, n° 1032-1. Cependant, l'auteur précise, n° 1032-2, qu'il s'agit là d'une « vision théorique ».

<sup>81</sup> M. Rebourg, « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », *Dr. famille* 2004, chron. n° 17, p. 13.

<sup>82</sup> Cette réserve d'ordre pratique n'a d'ailleurs pas échappé à M. Courbe, *op. cit.*, n°1032-2, qui ne manque pas de souligner que les époux saisissent « naturellement » le juge aux affaires familiales.

Dès lors, il ne serait pas cohérent d'envisager la nullité de la convention de l'article 268 du Code civil ayant pour objet l'autorité parentale, au motif qu'elle n'a pas été soumise à homologation, alors même que dans une situation semblable, la convention de l'article 372-2-7 du Code civil serait jugée licite.

De manière générale, il ne semble pas justifié d'annuler, sous prétexte qu'elle n'a pas été contrôlée par le juge, une convention de l'article 268 du Code civil conclue par des époux séparés de biens qui aurait pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux et plus largement les conséquences du divorce. Cependant, il n'est pas acquis que la jurisprudence, eu égard aux solutions qu'elle a dégagées au sujet de l'ancien divorce sur requête conjointe, jugera licite un tel accord.

Il n'en demeure pas moins, que la question de la qualification contractuelle d'un tel accord se pose.

## *II. - La qualification contractuelle des seules clauses relatives au règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens*

**38.** Dans l'hypothèse où des époux séparés de biens seraient autoriser à conclure une convention ayant pour objet les conséquences du divorce sans la soumettre à homologation, une distinction devrait être effectuée entre les dispositions qui concernent le règlement des intérêts patrimoniaux des époux et celles relatives aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale ainsi qu'à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Il ne semble, en effet, pas concevable, eu égard à l'intérêt de l'enfant, d'attacher un caractère contractuel aux dispositions traitant de l'autorité parentale<sup>83</sup>. Ainsi qu'on le démontrera, l'objet de la convention étant relatif aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, les parents ne disposent pas de la faculté de renoncer à exercer leurs droits<sup>84</sup>. N'est pas consacrée, en la matière, la libre disponibilité de l'autorité parentale. De plus, l'intérêt de l'enfant justifie la modification de la convention à tout moment par le juge à la demande des parents ou de tiers. Les caractéristiques mêmes du contrat et par

---

<sup>83</sup> Voir *infra* n° 264 et s.

<sup>84</sup> En ce sens : M. Rebourg, *Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant*, art. préc., p. 11.

conséquent de son régime se trouvent donc gravement altérées. Ce qui tend à établir que de telles dispositions relèvent de la convention ou de l'accord ou bien encore du pacte.

Les clauses de la convention relatives aux intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens, il conviendrait, on l'a précédemment démontré, de leur attribuer une qualification contractuelle.

Finalement, la convention des époux séparés de bien réglant les conséquences du divorce devrait être, d'un point de vue de la qualification juridique, scindée en deux parties : d'une part, les clauses relatives à l'autorité parentale qui auraient une nature conventionnelle avec un régime spécifique et, d'autre part, les clauses traitant de la liquidation des intérêts patrimoniaux qui auraient une nature contractuelle. Il s'agirait là d'une convention présentant un caractère hybride ou mixte.

**39.** Cette étude a permis de démontrer que la loi du 6 mai 2004 autorise les époux séparés de biens à conclure, pendant l'instance en divorce contentieux, un contrat ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Pour autant, peut-on considérer que cette réforme octroie plus de liberté contractuelle aux époux séparés de biens que la loi du 11 juillet 1975 n'en accordait à ces derniers époux ? De manière générale, la loi nouvelle constitue-t-elle une avancée significative du point de vue du principe de l'autonomie de la volonté des époux séparés de biens ? La comparaison de la place des contrats conclus par des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004 permettra de répondre à ces interrogations.

### **Section III : Comparaison de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004.**

**40.** L'analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004 (§1) ne pourra que s'enrichir d'une appréciation de l'analyse comparative de la place de ces derniers contrats dans ces deux systèmes législatifs (§2).

***§1. – Analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004***

**41.** La loi du 26 mai 2004 a consacré la jurisprudence établie sous l’empire de la loi du 11 juillet 1975 selon laquelle les époux séparés de biens divorçant de manière contentieuse n’étaient pas tenus de se soumettre aux exigences des articles 1450 et 1451 du Code civil afin de procéder au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Doit-il en être déduit une contractualisation de la matière ? Il ne semble pas. La faculté pour les époux séparés de biens de conclure un contrat ayant pour objet la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux est, on l’a démontré, inhérente à ce type de régime. Sur ce point, la loi du 26 mai 2004 n’apparaît donc pas véritablement innovante. Ce que conforte, par ailleurs, l’absence de disposition issue de cette réforme qui permettrait aux époux séparés de biens d’inclure dans la convention portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux, une disposition relative à la prestation compensatoire.

La convention de l’article 268 du Code civil conclue par des époux séparés de biens et réglant l’ensemble des conséquences du divorce contentieux, ou du moins ses conséquences patrimoniales devra être soumise à une homologation judiciaire. En effet, la loi du 26 mai 2004 ne contient aucune disposition qui dispenserait ces derniers époux de présenter leur convention à l’homologation du juge. À cet égard, on a pu estimer que la jurisprudence irait probablement dans le sens d’une annulation de toute convention non soumise au contrôle du juge. Le législateur ne semble pas, ici, faire de place au contrat. En témoigne l’absence de dispositions de la loi du 26 mai 2004 concernant les époux séparés de biens divorçant au moyen d’un divorce par consentement mutuel. La jurisprudence rendue en la matière sous la loi du 11 juillet 1975 est sans ambiguïté : obligation est faite pour les époux qui ont divorcé au moyen d’un divorce sur requête conjointe, de soumettre leur convention portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux à l’homologation du juge. La convention non homologuée qui est conclue par les époux dans le seul dessein de divorcer est frappée de nullité. Aucune disposition issue de la loi du 26 mai 2004 n’autorise à envisager la construction de solutions jurisprudentielles plus souples qui modifierait la situation de ces conjoints divorçant par consentement mutuel.

En définitive, la réforme n'a pas accru la liberté contractuelle dont disposaient les époux séparés de biens, sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, afin de procéder au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Le législateur de 2004 s'est, semble-t-il, refusé à ouvrir les portes de l'autonomie de la volonté à ces époux ayant trouvé un terrain d'entente dans le règlement de l'ensemble des conséquences patrimoniales du divorce. Pour autant, eu égard à la démarcation des patrimoines inhérente au régime de séparation de biens, on peut s'interroger sur la légitimité d'une telle position.

***§2.- Appréciation de l'analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004***

42. Afin de concentrer le règlement des conséquences du divorce au moment de son prononcé, la réforme tend à inciter les époux à conclure, pendant l'instance en divorce, une convention réglant les conséquences patrimoniales de la rupture, ceci sous le contrôle du juge<sup>85</sup>. Le choix du législateur consiste, non seulement, à généraliser le procédé d'homologation au divorce contentieux, mais également, à appliquer ce dernier procédé à tous les types de régimes matrimoniaux. La distinction essentielle tient au rôle que l'on fait jouer à l'homologation, qui de facultative sous le régime de 1975 est devenue obligatoire sous l'empire de la loi de 2004. Ce recours systématique à l'homologation est doublement critiquable.

En premier lieu, la technique de l'homologation, outre les difficultés qu'elle engendre quant à la nature mixte de la convention homologuée<sup>86</sup>, ne semble pas être adaptée à l'esprit du régime de séparation de biens. À cet égard, on a relevé l'incompréhension des époux séparés de biens qui ont divorcé au moyen de l'ancien divorce sur requête conjointe et qui ont dû soumettre leur convention portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux à l'homologation du juge. On a d'ailleurs noté le paradoxe de la situation :

---

<sup>85</sup> L'article 252-3 alinéa 2 du Code civil prévoit que, dès la tentative de conciliation, le juge demande de présenter pour l'audience de jugement, un projet de règlement des effets du divorce. Et selon l'article 257-2 du Code civil sous peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance doit comporter « une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux de époux ». Cette dernière proposition est susceptible de faire l'objet d'une convention de l'article 268 du Code civil soumise à l'homologation du juge.

<sup>86</sup> Sur ce point v. infra

le juge opère un contrôle de la convention conclue par les époux séparés de biens sous la seule condition que ces derniers époux soient en accord sur tout. Ce curieux paradoxe est plus que jamais d'actualité puisque l'homologation judiciaire est susceptible, en application de la loi du 26 mai 2004, de concerner, outre le divorce par consentement mutuel, l'ensemble des types de divorce. Comment expliquer aux époux séparés de biens qui, bien qu'ils ne soient pas d'accord sur les causes du divorce<sup>87</sup>, ont néanmoins trouvé un terrain d'entente afin de liquider leurs intérêts patrimoniaux et se trouvent dans l'obligation de soumettre toute convention à l'homologation du juge ?

En second lieu, la nécessité du contrôle juridictionnel constitue une incitation pour les époux séparés de biens à liquider d'un commun accord leurs intérêts pécuniaires avant d'engager une quelconque procédure de divorce. Ce procédé avait été dénoncé par M. Massip. Selon cet auteur, il y aurait là une véritable fraude à la loi consistant à éluder le contrôle du juge<sup>88</sup>.

Pourtant, les développements précédents ont permis de mettre en évidence l'importance du rôle joué par le contrat dans un régime de séparation de biens. Seul le mécanisme contractuel semble être adapté à l'esprit même de ce régime. Le contrat évite, notamment, l'intervention du juge, laquelle peut paraître d'autant plus inutile que, pendant la vie de leur régime, les époux séparés de biens ont pu accomplir seuls toutes les opérations visant à dénouer leurs liens patrimoniaux. En effet, la spécificité du régime de séparation de biens réside dans l'autonomie des patrimoines respectifs des époux. Ce point de vue a été défendu par R. Savatier. Selon l'auteur, « La séparation de biens n'est pas, à proprement parler, un régime matrimonial ; c'est plus exactement l'absence de régime matrimonial : on ne marie que les personnes ; quant aux patrimoines, ils restent ce qu'ils étaient auparavant, indépendants »<sup>89</sup>. Dès lors, il semblait opportun d'autoriser les époux séparés de biens à conclure, pendant l'instance en divorce et indifféremment du type de divorce choisi, un contrat portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux et comprenant, outre la liquidation du régime, une disposition relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire.

---

<sup>87</sup> L'article 229 du Code civil dispose que « le divorce peut-être prononcé en cas : soit de consentement mutuel ; soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage, soit d'altération définitive du lien conjugal ; soit de faute ». Dans l'hypothèse retenue, il s'agirait d'un divorce autre que par consentement mutuel.

<sup>88</sup> J.Massip, obs. préc. sous Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Deffrénois*, 1998, art. 36865, p. 1114, spéc. p. 1115, note n°3.

<sup>89</sup> R. Savatier, « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens », *D.* 1929, chron. p. 21, spéc. p. 21. Contra : F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, thèse préc., spéc. n° 400 et s. Cet auteur entend démontrer que le principe associatif est d'ordre public, ce dernier principe à donc vocation à s'appliquer à tous les types de régimes matrimoniaux, notamment au régime de séparation de biens.

Pour autant, le contrat ne doit pas être l'apanage des seuls époux séparés de biens. Celui-ci peut, en effet, constituer un mécanisme utilisé par d'anciens conjoints afin de procéder, postérieurement au prononcé du divorce contentieux, au règlement leurs intérêts patrimoniaux.



## Chapitre II : Postérieurement au prononcé du divorce contentieux

43. Après le prononcé d'un divorce contentieux, l'ensemble des anciens conjoints se trouvent, d'un point de vue patrimonial, dans une situation identique à celle de deux étrangers. Ces anciens conjoints redeviennent des contractants de droit commun. À ce titre, ils peuvent passer tout contrat dans les matières où ils ont la libre disposition de leurs droits.

Une distinction doit être effectuée entre deux situations contractuelles. Cette distinction est relative au choix du mécanisme contractuel utilisé par les anciens époux.

Dans une première hypothèse, les anciens époux considèrent qu'ils ne sont liés par aucune règle issue du droit matrimonial et qu'ils peuvent éluder toutes les décisions judiciaires qui leur étaient applicables en vertu de leur qualité d'époux. C'est ce qui justifie que ces anciens époux puissent conclure des contrats de droit commun (Section I). Dans une seconde hypothèse, les anciens époux choisissent de valider *a posteriori* des contrats qui ont été conclus pendant le mariage, l'instance en divorce ou le jour de son prononcé, et dont la cause de nullité résidait dans l'état d'époux (Section II).

### Section I : La conclusion de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux.

44. L'étude des contrats conclus postérieurement au prononcé du divorce, ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux, au regard des lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985 (§1), précédera l'analyse de ces mêmes contrats à la lumière de la loi du 26 mai 2004 (§2). Puis, ce travail s'accompagnera d'une comparaison de la place des contrats conclus par d'anciens époux dans les lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985 et dans la loi du 26 mai 2004 (§3).

**§1. - La conclusion de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux au regard des lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985**

45. L'analyse de la jurisprudence relative aux accords de volontés des anciens époux ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux (I) permettra de démontrer que ces accords répondent aux critères précis de définition du contrat (II).

***I. - La jurisprudence relative aux accords de volontés des anciens époux ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux***

46. Deux types particuliers d'accords conclus par des anciens époux ont été soumis à l'attention des juges : d'une part, l'accord concernant la liquidation du régime matrimonial (A), d'autre part, l'accord ayant pour objet une renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge (B).

***A. - La conclusion d'un accord concernant la liquidation du régime matrimonial***

47. La conclusion d'accords ayant pour objet la liquidation du régime de séparation de biens ne suscite aucune difficulté. Les époux séparés de biens, on l'a précédemment démontré, disposant de cette liberté au cours du régime<sup>1</sup>, ils en disposent a fortiori après le prononcé du divorce. Cependant, cette liberté contractuelle s'exprime différemment selon le moment où la convention a été conclue. En effet, selon la jurisprudence, la décision qui ordonne la liquidation de tous les rapports pécuniaires existant entre les époux est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Par conséquent, à la différence d'une liquidation qui interviendrait en cours de régime, une liquidation partielle est impossible, celle-ci doit être globale<sup>2</sup>.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur deux autres types d'accords : l'accord portant sur des éléments participant à la liquidation d'un régime communautaire

---

<sup>1</sup> Supra n° 17 et s.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 1993, *Bull. civ.* I, n° 143, p. 96 ; *JCP N* 1994, II, p. 113, note J. Héral ; *JCP N* 1994, I, p. 238, n° 22, *JCP G* 1994, I, note M. Storck ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 306, p. 198 ; *Dr. et patrimoine* 2001, comm. n° 2816, obs. A. Bénabent.

(1) et celui ayant pour objet une modification du régime matrimonial afin de procéder à sa liquidation (2).

*1) Un accord ayant pour objet des éléments participant à la liquidation d'un régime communautaire*

**48.** Après le prononcé d'un divorce contentieux, le notaire propose aux anciens époux un accord portant sur les opérations de liquidation et de partage de la communauté<sup>3</sup>. Les règles s'appliquant à ces opérations sont celles issues du Code civil<sup>4</sup>. Néanmoins, on s'est interrogé sur le point de savoir si les anciens époux disposaient de la liberté de déterminer librement le contenu de leur accord. En d'autres termes, les époux sont-ils libres de liquider leurs intérêts patrimoniaux en éludant les règles qui gouvernaient leur régime ?

**49.** Le règlement des récompenses constitue un mécanisme inhérent à la liquidation d'un régime communautaire<sup>5</sup>. Dans un arrêt de principe du 28 juin 1983<sup>6</sup>, la première Chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'aux termes de l'article 1396 alinéa 3 du Code civil, une fois le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement, soit à la demande de l'un des époux, dans le cas de séparation de biens ou des autres mesures judiciaires de protection, soit à la requête conjointe des deux époux dans le cas de l'article 1397 du Code civil ; que, par voie de conséquence, les dispositions de l'article 1469 du Code civil<sup>7</sup>, qui fixent le mode de calcul des récompenses, s'imposent, lorsqu'elles n'ont pas été écartées par le contrat de mariage ou par une convention passée pendant l'instance en divorce ou

<sup>3</sup> La Cour de cassation, Cass. 1re civ., 16 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, II, p. 495 (2<sup>e</sup> esp.), note J. M., a décidé que l'article 1450 ne vise que les actes conclus pendant l'instance en divorce et non le partage amiable postérieur à la dissolution de la communauté.

<sup>4</sup> Article 1467 et suivants du Code civil.

<sup>5</sup> Le partage de l'actif ne sera pas évoqué en tant que tel, car en pratique le règlement des récompenses est lié au partage. Selon MM. Flour et Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op.cit.*, n° 625 : « On sait que celles qui sont dues à la communauté peuvent être réglées par la méthode de l'imputation : on attribue, en fait, *moins* de biens communs à l'époux débiteur qu'à son conjoint. Symétriquement celles qui sont dues *par* la communauté, au lieu d'être réglées par un prélèvement préalable, peuvent l'être par l'attribution de *plus* de biens communs à l'époux créancier ».

<sup>6</sup> Cass. 1re civ., 28 juin 1983, *Bull. civ.* I, n° 190, p. 167 ; *D.* 1984, Jurisp. p.254, note G. Morin ; *Defrénois* 1984, art. 33250, p.345, même note ; *JCP G* 1984, II, 20330, note J-F Pillebout.

<sup>7</sup> L'article 1469 alinéa 1 premier du Code civil dispose que : « La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant ». Selon son alinéa deux : « Elle ne peut, toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire ». Et, l'alinéa trois du même article prévoit qu' : « Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation ; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien ».

postérieurement à la dissolution de la communauté. La solution rendue par la Cour de cassation ne présente aucune ambiguïté. D'une part, les règles de calcul relatives aux récompenses peuvent être écartées par le contrat de mariage ou par une convention homologuée de l'article 1397 du Code civil passée pendant le mariage. Ces règles ne sont donc pas d'ordre public<sup>8</sup>. D'autre part, le principe d'immutabilité du régime matrimonial prenant fin à la dissolution de la communauté<sup>9</sup>, les anciens conjoints sont libres de liquider les récompenses sans tenir compte des règles fixées par la loi. Selon les auteurs, les anciens époux disposent également de la liberté d'écarter les règles prévues par le contrat de mariage<sup>10</sup>.

Cette faculté dont disposent les époux de ne pas tenir compte des règles prévues par la loi peut s'exercer lors d'une dépense d'investissement. Les conjoints peuvent, en effet, opter pour une exclusion de la règle prévue à l'article 1469 alinéa 3, qui est une application de la notion de dette de valeur, au profit d'une acception du principe du nominalisme monétaire. Cette solution a été nettement affirmée dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 17 septembre 2003<sup>11</sup>. En l'espèce, au cours du mariage, des deniers communs avaient été utilisés pour financer des travaux de construction d'un golf sur un terrain appartenant à l'époux. Postérieurement au prononcé du divorce, les époux ont conclu une convention selon laquelle la récompense due à la communauté sera évaluée par un expert, en fonction du coût des travaux. Mais, l'ancien mari considérant que le golf était sans valeur et non utilisé, a refusé de payer la récompense<sup>12</sup>. Par suite, la Cour d'appel a homologué le rapport d'expertise et considéré que les époux devaient appliquer l'accord conclu. L'ancien mari s'est alors pourvu en cassation soutenant, notamment, qu'il ne peut y avoir de récompense sans qu'il y ait profit subsistant. La Cour de cassation a rejeté le premier moyen du pourvoi aux motifs que la Cour d'appel a relevé que les parties, écartant les dispositions légales relatives au calcul

<sup>8</sup> À ce sujet, la doctrine, avant même l'arrêt rendu par la Cour de cassation, était unanime. En ce sens : C. Aubry et C. Rau, par A. Ponsard, *Cours de droit civil français*, Librairie Techniques, t. VIII, 7<sup>e</sup> éd., 1973, n° 334 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, par P. Raynaud, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1985, mise à jour au 1<sup>er</sup> janv. 1986, n° 358.

<sup>9</sup> C'est en vertu de ce principe d'immutabilité des conventions matrimoniales que selon la Cour de cassation, une fois le mariage célébré, hormis la procédure prévue par l'article 1397 du Code civil, les époux ne peuvent passer de contrat ayant pour objet la modification des règles de calcul des récompenses. Pour une illustration de la nullité d'une convention conclue au cours du mariage par laquelle les époux ont décidé de modifier les règles de calcul des récompenses : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1983, *Bull. civ. I*, n° 190, p. 167 ; *D.* 1984, jur. p. 254, obs. G. Morin ; *JCP G* 1985, II, 20330, note J.-F. Pillebout.

<sup>10</sup> En ce sens : G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op.cit.*, p.514, n° 550 ; G. Morin, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1983, *D.* 1984, jur. p.256. Selon ce dernier auteur, obs. préc., c'est un enseignement que comporte l'arrêt.

<sup>11</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 sept. 2003, *D.* 2004, Somm. p.2265, obs. J. Revel.

<sup>12</sup> Le refus de l'ancien mari tient au système de calcul prévu par la loi qui lui aurait été plus favorable : le golf n'ayant pas généré de profit, il aurait fallu combiner les alinéas 1<sup>er</sup> et 3 de l'article 1469 du Code civil aux termes desquels la récompense doit être fixée à la plus faible des deux sommes, c'est-à-dire au profit subsistant donc zéro.

des récompenses, étaient parvenues devant l'expert à un accord sur le principe de l'estimation des travaux et n'avaient pas remis en cause le montant de l'évaluation retenue par l'expert, lequel correspondait à celui de la dépense faite.

Par ailleurs, les auteurs s'accordent à dire que cette liberté conventionnelle concerne aussi l'existence même du droit à récompense<sup>13</sup>. Ainsi, les anciens époux ont la liberté de prévoir que l'un des deux n'exercera pas son droit à récompense. À cet égard, la première Chambre de la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 décembre 1982<sup>14</sup>, a précisé les conditions d'une telle renonciation, en décidant que : « la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer ». En l'espèce, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que l'indication par le mari, dans la déclaration de succession de sa femme, selon laquelle celle-ci ne devait aucune récompense à la communauté, ne pouvait être interprétée comme valant, de sa part, renonciation à la récompense<sup>15</sup>. Il apparaît donc qu'une indication insuffisamment précise sur la cause et le montant de la récompense ne peut consister en une renonciation à une telle récompense. Une telle solution se justifie, en effet, par l'importance que l'on peut attacher à un tel acte ; la renonciation, si elle procède d'une intention libérale à l'égard de l'ancien conjoint, pourra être qualifiée de donation indirecte<sup>16</sup>.

Il se déduit de cette jurisprudence que la volonté des parties de renoncer à une récompense doit être manifeste et sans équivoque. L'accord conclu devra contenir une clause précisant non seulement la volonté de l'un des époux de renoncer à la récompense, mais également la cause et le montant de celle-ci.

En outre, il convient de préciser que l'application de cette jurisprudence ne saurait se réduire au cadre d'une dissolution de communauté par le seul décès. L'arrêt concernant d'anciens conjoints, il y a lieu d'élargir sa portée à la dissolution de la communauté par divorce.

Cette faculté dont disposent les anciens conjoints communs en biens qui consiste, postérieurement au prononcé du divorce, à conclure une convention dans le dessein de

---

<sup>13</sup> En ce sens : G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, *op.cit.* n° 550 ; G. Morin, obs. sous Cass. 1re civ., 28 juin 1983, D. 1984, jur. p. 256.

<sup>14</sup> Cass. 1re civ., 8 déc. 1982, D. 1983, Jurisp. p. 209, note G. Morin.

<sup>15</sup> Dans cette affaire, deux époux s'étaient mariés sous l'ancien régime de la communauté de biens réduite aux acquêts. Après le décès de sa femme, le mari se remaria sous le régime de la séparation de biens. Il décéda ensuite, laissant sa seconde épouse, légataire du tiers de ses biens en pleine propriété, et ses deux enfants issus du premier lit. Ces derniers souhaitaient s'exonérer du montant d'une récompense due par la succession de leur mère à la communauté ayant existé entre elle et son mari.

<sup>16</sup> En ce sens : G. Morin, obs. sous Cass. 1re civ., 28 juin 1983, D. 1984, Jurisp. p. 256. Et selon cet auteur, spéc. note n° 8, le fisc pourra à ce titre percevoir les droits de donation.

liquider comme ils l'entendent leur régime matrimonial, ne se limite pas aux seules récompenses.

**50.** Ainsi, les anciens époux disposent-ils de la liberté d'écarter les règles prévues par la loi afin de procéder au règlement de leurs créances personnelles. À l'instar de la solution prévue en matière de récompenses, les anciens conjoints communs en biens peuvent choisir de ne pas soumettre le règlement de leurs créances aux principes édictés par l'article 1479 du Code civil<sup>17</sup>. Cependant, cette solution ne se justifie nullement par l'argument tiré de la dissolution du régime matrimonial et de sa conséquence : la disparition du principe d'immutabilité de celui-ci. Les auteurs sont, en effet, en majorité en accord pour affirmer que le paiement des créances entre époux peut s'effectuer en cours de régime<sup>18</sup>. Selon M. Lipinski, cette affirmation se justifie par le constat selon lequel le compte global des créances ne détermine pas les droits que les époux tiennent de leur régime matrimonial : les créances restent étrangères au régime de communauté<sup>19</sup>. En outre, s'agissant des dépenses d'investissement, l'article 1479 alinéa 2 du Code civil opère un renvoi à l'alinéa 3 de l'article 1469 du même code<sup>20</sup>. Mais, le législateur a pris soin d'autoriser les « conventions contraires »<sup>21</sup>. M. Champenois a pu préciser que celui-ci n'a pas seulement voulu dire qu'il était possible aux époux de déroger à la règle légale par des stipulations du contrat de mariage, car « cette solution est acquise pour les récompenses et un simple rappel du droit commun eût sans doute été inutile »<sup>22</sup>. La convention contraire ici visée doit s'entendre d'une clause insérée dans la convention génératrice de la créance dont il s'agit, et cela pendant le mariage. Cette solution, qui fait l'unanimité en doctrine<sup>23</sup>, a trouvé une consécration jurisprudentielle. La Cour de

<sup>17</sup> L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1479 prévoit que « Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre ne donnent pas lieu à prélèvement et ne portent intérêt que du jour de la sommation ». Selon les auteurs, le règlement des créances s'opère selon le droit commun des obligations : v. notamment : G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 678 ; F. Terré, Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 647. Par conséquent, celui-ci est soumis au principe du nominalisme monétaire : En ce sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juill. 1985, *Bull. civ. I*, n° 234, p. 208 ; *D.* 1985, I.R. p. 481 ; *JCP N* 1986, II, p. 77, note Ph. Simler, *Defrénois* 1985, art. 33636, p. 1476, obs. G. Champenois.

<sup>18</sup> En ce sens voir notamment : G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 677 ; A. Colomer, *Régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 928 ; F. Terré, Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 646.

<sup>19</sup> Lipinski, *La liquidation dans le régime de séparations de biens*, thèse préc., n° 53.

<sup>20</sup> Concrètement, cela signifie que dès lors que le transfert d'un patrimoine propre à l'autre a eu pour objet une opération d'investissement, la créance ainsi créée, est soumise au régime de la dette de valeur.

<sup>21</sup> Selon l'article 1469 alinéa 2 du Code civil : « Sauf convention contraire des parties, elles sont évaluées selon les règles de l'article 1469, troisième alinéa, dans les cas prévus par celui-ci ; les intérêts courent alors du jour de la liquidation ».

<sup>22</sup> G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux op. cit.*, n° 682.

<sup>23</sup> A. Colomer, *Régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 991 ; F. Terré, Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 647, spéc. note n° 2 ; G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 530. Contra : M.-A. Guerriero, « La loi du 23 déc. 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens de leurs enfants mineurs », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIII, 1985, n° 48, spéc. p. 141.

cassation, a en effet, considéré qu'une Cour d'appel avait légalement justifié sa décision, en retenant, que puisque le contrat de prêt, personnellement conclu par l'épouse au profit de son mari, en prévoyait les modalités d'exécution, le montant de la dette du mari ne pouvait être déterminé qu'en application des dispositions contractuelles<sup>24</sup>. À la lecture de cette décision il apparaît que la convention contraire peut-être implicite, c'est-à-dire résulter de clauses relatives au montant de la dette qui sont incompatibles avec les règles légales relatives aux dettes de valeur<sup>25</sup>.

Postérieurement au prononcé du divorce, les époux communs en biens disposent de la faculté de modifier au moyen d'une convention les règles légales prévues pour le règlement de leurs créances personnelles. Cette faculté n'est en rien justifiée par la dissolution du régime matrimonial ; elle naît au cours du mariage et se prolonge naturellement après sa rupture. En d'autres termes, les époux pouvant, au cours du mariage, effectuer le règlement de leurs créances et en modifier de manière conventionnelle les règles légales prévues à cet effet, ceux-ci disposent, a fortiori, postérieurement au prononcé du divorce, de la même liberté conventionnelle.

**51.** Cette possibilité offerte aux époux communs en biens qui consiste, pendant le mariage, à conclure des conventions ayant pour objet le règlement de leurs créances, et donc tendant de manière ponctuelle à la liquidation de leur régime matrimonial sans contrôle judiciaire, demeure une exception. De façon générale, la liberté conventionnelle accordée par la loi et la jurisprudence aux époux est la conséquence du prononcé du divorce, le principe d'immutabilité cessant de produire ses effets. C'est ce qui justifie la faculté octroyée par la jurisprudence aux époux de modifier le régime matrimonial afin de procéder à sa liquidation.

*2) Un accord ayant pour objet une modification du régime matrimonial*

**52.** Les anciens époux disposent de la faculté de choisir un régime matrimonial différent de celui qui s'appliquait en cours de régime, afin de procéder à sa liquidation. En témoigne un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 mars

---

<sup>24</sup> Cass. 1re civ., 20 fév. 1996, *Bull. civ. I*, n° 100, p. 68 ; *D.* 1996, somm. p. 392, obs. M. Grimaldi.

<sup>25</sup> En ce sens M. Grimaldi, obs. sous Cass. 1re civ., 20 fév. 1996, *D.* 1996, somm. p.393.

1994<sup>26</sup>. En l'espèce, le Tribunal de grande instance du Mans avait, par un jugement en date du 24 juin 1981, homologué le changement de régime matrimonial d'un couple, ce changement consistant dans la substitution de la séparation de biens à leur régime initial, soit le régime légal. Le 6 décembre 1984, le même Tribunal a prononcé le divorce des conjoints, dont la communauté n'était pas encore liquidée<sup>27</sup>. Par acte transactionnel du 15 mars 1988, les ex-époux ont décidé de procéder amiablement à cette liquidation en se plaçant au 1<sup>er</sup> avril 1983 pour déterminer la composition de la communauté et sans tenir compte du changement de régime matrimonial. Le 7 août 1989, l'un des anciens conjoints a demandé l'homologation de l'état liquidatif annexé à la transaction du 15 mars 1988. La Cour d'appel d'Angers, par un arrêt du 8 janv. 1992, a accueilli cette demande. L'ancienne épouse s'est alors pourvue en cassation en soutenant que la communauté se dissout par le changement de régime matrimonial, qui produit effet entre les parties à compter du jugement d'homologation, et qu'il ne peut y avoir lieu à continuation de cette communauté malgré toute convention contraire. Enfin, selon le pourvoi, en homologuant l'état liquidatif dressé à la suite de cette convention, la Cour d'appel aurait violé les principes d'ordre public issus du droit matrimonial<sup>28</sup>. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs qu'après la dissolution de leur mariage par le divorce, les ex-époux sont libres de liquider leur régime matrimonial comme ils l'entendent et de passer, à cet effet, toutes conventions transactionnelles, sous réserve des droits des créanciers tels que fixés par l'article 882 du Code civil ; la Cour d'appel ayant constaté que la communauté n'avait pas été liquidée avant le jugement de divorce, c'est à bon droit que celle-ci a homologué l'état liquidatif annexé à la transaction du 15 mars 1988, qui n'a pas tenu compte du changement de régime matrimonial.

Selon la Cour de cassation les époux ont donc la possibilité, postérieurement au prononcé du divorce et sous la condition que le régime matrimonial n'ait pas été liquidé antérieurement<sup>29</sup>, de passer une convention dans le dessein de procéder à la liquidation du dit régime et cela, sans tenir compte des règles impératives issues du droit matrimonial (en l'espèce le changement de régime). Le principe énoncé par la Haute juridiction a donc une portée générale ; il ne se limite pas à autoriser les anciens époux à

---

<sup>26</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 90, p.69 ; *JCP G* 1994, I, 3785, n° 7, obs. A. Tisserand ; *Defrénois* 1994, art. 35953, p. 1536, obs. G. Champenois ; *Dr. et patrimoine* 2004, comm. n° 579, obs. A. Bénabent.

<sup>27</sup> En l'espèce, il ne s'agit donc pas d'un divorce par consentement mutuel. L'arrêt ne donne, cependant, pas plus de précision.

<sup>28</sup> C'est à dire les articles 1397 alinéa 3, 1441 et 1442 du Code civil.

<sup>29</sup> La Cour de cassation fait ici référence à la liquidation du régime matrimonial qui aurait été consécutive au changement de régime. En outre, il convient de rappeler qu'à la différence de la séparation de biens judiciaire (article 1444 du Code civil) la loi n'impose aux époux aucun délai pour procéder à la liquidation.



modifier la date de la dissolution du régime<sup>30</sup>. Ce que n'a pas manqué de souligner M. Bénabent. Selon l'auteur : « Le divorce apporte la liberté, même sur le terrain des conventions matrimoniales »<sup>31</sup>.

Enfin, il convient de rappeler, alors même que la Cour ne le précise pas, que l'homologation judiciaire de l'état liquidatif doit demeurer une faculté pour les époux utilisant la voie du divorce contentieux.

**53.** Cette solution doit être rapprochée de celle qui autorise les anciens conjoints, afin de liquider leur régime matrimonial, à modifier la qualification d'un bien, c'est-à-dire à procéder à un changement partiel de régime<sup>32</sup>. La Cour de cassation a affirmé que si le mariage une fois célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement, et que si les dispositions de l'article 1408, aux termes desquelles l'acquisition faite à titre de licitation ou autrement de portion d'un bien dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un acquêt, sont impératives, ces dernières peuvent être écartées par une convention passée pendant l'instance en divorce ou postérieurement à la dissolution de la communauté<sup>33</sup>.

Force est donc de constater que lorsque le divorce contentieux des conjoints est prononcé, ces derniers se trouvent dans une situation assimilable à celle de deux étrangers et ils peuvent ainsi éluder toutes les règles spéciales issues du droit matrimonial qui leurs étaient applicables en leur qualité d'époux<sup>34</sup>. À cet égard, M. Martin, s'interrogeant sur le point de savoir si les conventions librement liquidatives du régime matrimonial en sont des actes d'application, a pu écrire : « on peut hésiter à y voir de simples conventions d'application du régime matrimonial ; car si celui-ci comporte des directives de liquidation et de partage, c'est y déroger et non point les appliquer que de convenir, in fine, d'autre chose. Aussi la validité de ces conventions

---

<sup>30</sup> La Cour de cassation avait déjà autorisé les conjoints à retenir, dans leurs rapports, une date postérieure à l'assignation en divorce (date légale de dissolution du régime matrimonial fixée par l'ancien article 262-1 du Code civil), ce qui avait pour conséquence de faire tomber en communauté un fonds de commerce acquis en cours d'instance : Cass. 1re civ., 17 oct. 1973, *Bull. civ.* I, n° 270, p. 240 ; *Journ. not.* 1974, art. 51546, p. 116, note J. Viatte. Pour la non application du report conventionnel de la date de dissolution du régime matrimonial aux tiers : v. G. Champenois, obs. sous Cass. 1re civ., 9 mars 1994, *Deffrénois* 1994, art. 35953, p. 1538 ; A. Tisserand, obs. sous Cass. 1re civ., 9 mars 1994, *JCP G* 1994, I, 3785, n° 7.

<sup>31</sup> A. Bénabent, obs. sous Cass. 1re civ., 9 mars 1994, *Dr. et patrimoine* 2004, comm. n° 579.

<sup>32</sup> Pendant le mariage les époux ne peuvent modifier la répartition entre les biens communs et les biens propres : nullité de la convention conclue entre époux attribuant le caractère de bien commun à une construction édifée à frais commun sur un terrain appartenant en propre à l'un des époux : v. Cass. 1re civ., 24 nov. 1987, *Bull. civ.*, I, n° 308, p. 220 ; *JCP G* 1989, II, 21255, note M. Dagot ; *Gaz. Pal.* 1988, I, p. 323, note E.- S. De La Marnierre ; *Deffrénois* 1988, art. 34289, p. 928, obs. G. Champenois.

<sup>33</sup> Cass. 1re civ., 11 juin 2003, *Bull. civ. Dr. Famille* 2003, comm. n°101, note H. Lécuyer.

<sup>34</sup> En ce sens : J. Revel, *Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial)*, art. préc., spéc. n° 20.

semble devoir s'expliquer autrement : par la cessation de l'immutabilité d'ordre public du régime matrimonial [...]. Au total, il s'avère que les conventions librement liquidatives sont plus que de simples conventions d'application : elles passent outre le régime matrimonial et introduisent, par là, l'idée d'une transcendance contractuelle du régime matrimonial »<sup>35</sup>.

Cette liberté conventionnelle dont disposent les époux, postérieurement au prononcé du divorce contentieux, ne se limite pas à la seule liquidation du régime matrimonial. En effet, la jurisprudence autorise les anciens époux à conclure un accord ayant pour objet la renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge.

*B. - La conclusion d'un accord ayant pour objet la renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge*

**54.** L'affirmation du principe par la jurisprudence (1) conduit, eu égard à la solution prévue par la loi dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe, à une situation paradoxale (2).

*1) Affirmation du principe*

**55.** Les anciens époux qui ont choisi la voie du divorce contentieux peuvent, après le prononcé du divorce, transiger sur le montant de la prestation compensatoire qui avait été fixé par le juge. Tel est l'enseignement de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 décembre 1985<sup>36</sup>. Dans cette affaire, d'anciens époux avaient, par une convention, modifié le montant de la prestation compensatoire fixé par le juge lors du prononcé du divorce pour faute<sup>37</sup>. Dans une décision rigoureusement motivée, la Cour d'appel de Paris a admis la validité d'un tel accord. En effet, selon la Cour, l'article 279 alinéa 2 du Code civil qui soumet à l'homologation du juge une nouvelle convention modifiant la convention précédemment homologuée par celui-ci n'est applicable que dans le cas du

---

<sup>35</sup> D. R. Martin, « Régimes matrimoniaux et contrat », in *La contractualisation de la famille, op.cit.*, p.189.

<sup>36</sup> CA Paris, 17 déc. 1985, *D.* 1987, somm. p. 46, obs. A. Bénabent. Contra : v. CA Nancy, 12 mai 1995, *JCP G*, 1997, I, 4045, n°4, obs. H. Bosse-Platière, qui a annulé une convention conclue par d'anciens époux qui avait pour objet la révision de certaines modalités de la prestation compensatoire fixée par le juge car cette dernière convention était contraire à l'autorité de la chose jugée

<sup>37</sup> Le juge avait fixé une prestation compensatoire sous forme de rente d'un montant de 7000 francs. L'accord des époux prévoyait : une rente de 2500 francs indexée comme la précédente et augmentée de 13 p. 100 du salaire du débiteur, sous réserve que le total n'excède pas le quart de ce salaire, le tout limité à déc. 1990.

divorce sur demande conjointe, et non dans le cas du divorce pour faute. Lorsqu'un tel divorce est devenu irrévocable, les parties, qui ont la libre disposition de leurs droits, ont le pouvoir de transiger et de conclure tout accord sur le montant de cette prestation.

La portée de cette décision ne saurait se restreindre au montant de la prestation compensatoire. Après le prononcé du divorce, les époux ayant la libre disposition de leurs droits, il faut en déduire qu'ils disposent, également, de la faculté de transiger sur les modalités de la prestation compensatoire initialement fixées par le juge.

Ce principe a été réitéré par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 8 février 2005<sup>38</sup>. Cependant, si dans cette décision le principe est fermement affirmé, les faits mêmes de l'espèce laissent dubitatifs, dans la mesure où les époux avaient divorcé sur requête conjointe et non au moyen d'un divorce contentieux.

Dans cette affaire, à la suite d'un licenciement, un ancien époux a réduit le montant de la prestation compensatoire stipulée dans la convention définitive homologuée. L'ex-conjointe a alors mis en œuvre une procédure de paiement direct afin de recouvrer l'intégralité des sommes dues en vertu de cette convention. La Cour d'appel a fait droit à sa demande et pour dénier l'existence d'un accord amiable entre les parties sur une réduction du montant de la prestation compensatoire a jugé que « les dispositions relatives à la prestation compensatoire sont d'ordre public et qu'en conséquence, il n'est pas possible d'y renoncer ». La Cour de cassation a censuré les juges du fond au visa de l'article 1134 du Code civil et a affirmé que dès lors qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire, mais ils peuvent renoncer en tout ou partie aux effets de celle qui a été judiciairement fixée.

Dans un premier temps, la solution dégagée par la Haute juridiction apparaît convaincante, et ce, pour deux raisons.

Avant de poser le principe général de l'arrêt, la Cour de cassation prend soin de rappeler que la prestation compensatoire ne peut faire l'objet d'aucune transaction en dehors de toute procédure de divorce<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cass. 1re civ., 8 fév. 2005, *Bull. civ.* I, n° 70, *D.* 2005, IR p. 594 ; *RTD civ.* 2005, p. 372, obs. J. Hauser ; *Deffrénois* 2005, art. 1841, obs. J. Massip ; *AJF*, jur. p. 232, note S. David ; *Dr. famille* 2005, comm. n° 75, note V. Larribau-Terneyre.

<sup>39</sup> En ce sens voir précédemment : Cass. 2e civ., 21 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, p. 38, note J. Massip ; Cass. 2e civ., 10 mai 1991, *Bull. civ.* II, n° 140, p. 75 ; Cass. 1re civ., Cass. 1re civ., 3 fév. 2004, *Bull. civ.* I, n° 30, p. 26 ; *AJF* 2004, jur. p. 101, note S. David ; *Dr. famille* 2004, comm. n° 78, note V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2004, p. 15, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2004, p. 272, obs. J. Hauser.

Ensuite, nul doute que la généralité de l'attendu de principe atteste de la libre disponibilité de la prestation compensatoire fixée initialement par le juge<sup>40</sup> ainsi que, eu égard au visa de la décision, de la vigueur du principe de la force obligatoire des conventions.

Dans un second temps, on s'aperçoit, néanmoins, que cette décision n'est pas sans susciter quelques critiques.

Tout d'abord, la prestation compensatoire n'a pas, en l'espèce, été fixée judiciairement : elle a été convenue par les parties dans la convention définitive qui a été soumise à l'homologation du juge. Bien que le caractère juridictionnel du contrôle effectué par le juge confère à l'acte gracieux l'autorité de la chose jugée<sup>41</sup>, la prestation compensatoire demeure l'œuvre des époux<sup>42</sup>. Cette dernière affirmation est d'autant plus justifiée que le juge ne peut modifier le montant de cette prestation. Il peut simplement, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 232 du Code civil, refuser d'homologuer la convention et de prononcer le divorce, s'il considère que cette convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux.

En outre, dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe, selon une jurisprudence constante, toute modification de la convention définitive homologuée nécessite, en application de l'article 279 alinéa 2 du Code civil, une homologation de la nouvelle convention par le juge<sup>43</sup>. Dans l'affaire du 8 février 2005, les époux avaient modifié, au moyen d'un simple accord, le contenu de la convention homologuée. Les juges du fond n'ont pourtant pas appliqué les dispositions de l'article 279 alinéa 2 du Code civil et ce, sans être censurés par la Haute juridiction. Cela semble d'autant plus surprenant que, on le constatera ultérieurement, la première Chambre civile s'est prononcée au mois de

---

<sup>40</sup> Selon les auteurs, v. notamment A. Bénabent, obs. sous CA Paris, 17 déc. 1985, *D.* 1987, Somm. p. 47 ; J. Hauser, P. Delmas-Saint-Hilaire, *Juris-cl.civ.* Civil, Fasc. 240, n° 80, généralement, l'indisponibilité est liée à l'insaisissabilité. Or, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a consacré le principe de l'insaisissabilité de la prestation compensatoire : V. Cass. 2e civ., 27 juin 1985, *D.* 1986, IR p. 112, obs. A. Bénabent ; Cass. 2e civ., 10 mars 2005, *Dr. famille* 2005, comm. n° 73, note V. Larribau-Terneyre ; *AJF* 2005, jur. p. 143, note S. David. Il semble donc qu'il y ait une divergence d'opinions entre la deuxième Chambre civile et la première Chambre qui elle, consacre le principe de la disponibilité de la prestation compensatoire. Il n'y aurait là rien d'étonnant, puisque sur le terrain voisin d'un bien omis dans la convention définitive homologuée, la divergence de solutions entre les deux chambres perdura un certain temps

<sup>41</sup> En ce sens voir notamment A. Bénabent, *La famille, op. cit.*, n° 314. Selon l'auteur « le jugement « absorbe » ainsi la convention dont les clauses acquièrent force de chose jugée.

<sup>42</sup> Contra : V. Larribau-Terneyre, note sous Cass. 2e civ., 10 mars 2005, arrêt préc., *Dr. famille* 2005, comm. n° 73. Selon cet auteur : « Ainsi, même dans ce cas la prestation est « judiciairement fixée » puisque le juge rend une décision d'homologation ».

<sup>43</sup> Un des commentateurs de l'arrêt du 8 fév. 2005, S. David note sous Cass. 1re civ., 8 fév. 2005, *AJF*, jur. p. 232, note simplement que le formalisme légal n'avait pas été respecté par les parties, ce dont la créancière aurait pu se prévaloir plus efficacement.

<sup>43</sup> Voir *infra* n° 56.

janv. 2005, dans une affaire comparable, pour une application de l'article 279 alinéa 2 du Code civil.

Cet arrêt ambigu apparaît donc aller à l'encontre d'une tendance jurisprudentielle bien marquée. On pourrait dès lors souhaiter qu'il reste isolé. Toutefois, si l'on devait admettre l'application par la jurisprudence des dispositions de l'article 279 alinéa 2 du Code civil, il faudrait constater qu'elle conduit, eu égard à la solution dégagée en matière de divorce contentieux, à une situation, pour le moins, paradoxale.

## 2) Une situation paradoxale

**56.** Selon l'article 279 du Code civil : « La convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice » (al.1). « Elle ne peut être modifiée que par une nouvelle convention entre les époux, également soumise à homologation » (al.2)<sup>44</sup>.

Il résulte de cet article que la convention définitive homologuée ne peut souffrir, à défaut de révision conventionnelle soumise à homologation, aucune révision purement volontaire<sup>45</sup>.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a appliqué le principe dans un arrêt du 17 mars 1993<sup>46</sup>. Dans cette espèce, un jugement avait prononcé le divorce des époux sur requête conjointe et avait homologué leur convention définitive, aux termes de laquelle le mari recevait en propriété un immeuble commun, à charge pour lui de supporter la totalité du passif et de régler une soulte à sa femme. Par suite, les anciens époux ont vendu l'immeuble à un prix inférieur à celui auquel il avait été évalué et sans pouvoir désintéresser la totalité des créanciers. L'ancienne épouse a alors réclamé le paiement de la soulte à son ex-conjoint. Un jugement a accueilli sa demande. Par un arrêt infirmatif, la Cour d'appel a jugé qu'il résultait des éléments du dossier que l'ancienne épouse avait renoncé à se prévaloir de l'acte de partage, que les parties avaient entendu ne pas exécuter. La Cour de cassation a cassé l'arrêt au visa de l'article

---

<sup>44</sup> J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991, n° 164, ont souligné que la règle énoncée à l'article 279 alinéa 2 du Code civil, bien qu'elle figure dans un paragraphe traitant de la prestation compensatoire, a une valeur générale.

<sup>45</sup> En ce sens : G. Cornu, *La famille, op.cit.*, n° 339. S'agissant du rejet de la demande de révision, de la part d'un seul époux, des modalités de paiement de la prestation compensatoire (conversion d'une rente prévue dans la convention définitive en capital) la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation applique l'article 279 du Code civil : v. par exemple : Cass. 2e civ., 5 juill. 2001, Juris-Data n° 010755 ; *Dr. famille* 2002, comm. n° 30, note H. Lécuyer.

<sup>46</sup> Cass. 2e civ., 17 mars 1993, *Bull. civ.* II, n° 111, p.58 ; D. 1993, IR p. 88 ; *Gaz. Pal.* 1993, II, Pan. 202, *Deffrénois* 1994, art. 35864, p. 943, note M.C. Forgeard. V. également : Cass. 2e civ., 5 janv. 1994, *Bull. civ.* II, n° 5, p. 3 ; D. 1994, inf.rap. p. 29 ; *Deffrénois* 1994, art. 35864, p. 943, note M. C. Forgeard ; *RTD civ.* 1994, p. 329, obs. J. Hauser.

279 alinéa deux du Code civil aux motifs que la convention homologuée par le juge qui prononce le divorce sur demande conjointe a la même force exécutoire qu'une décision de justice ; qu'elle ne peut être modifiée que par une nouvelle convention entre les époux également soumise à homologation et qu'en statuant comme elle l'avait fait, alors que le non-paiement de la soulte mise à la charge du mari constituait une modification de la convention définitive homologuée, la cour d'appel avait violé le texte susvisé.

Cette solution fut reprise le 11 janv. 2005 par la première Chambre civile de la Cour de cassation<sup>47</sup>. En l'espèce, un jugement avait prononcé la séparation de corps des époux sur requête conjointe et avait homologué la convention définitive fixant la pension alimentaire due à l'épouse à la somme mensuelle indexée de 3000 francs. L'ancien époux avait, ensuite, saisi le juge aux affaires familiales afin de voir diminuer le montant de la pension alimentaire due à son ex-conjointe. À l'appui de sa demande, il produisait l'original d'une lettre dans laquelle il se proposait de réduire la pension à 800 francs par mois et sur laquelle son ancienne épouse avait porté la mention : « bon pour accord... ». Le juge n'a pas fait droit à sa demande. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Selon cette juridiction, l'ex-conjointe avait accepté sans aucune restriction la modification du montant de la pension. Elle n'établissait pas qu'elle n'avait pas toute sa lucidité au moment où elle avait souscrit à la proposition de son ancien mari et donc, il y avait lieu de tirer toutes les conséquences de l'accord intervenu entre les parties. La première Chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt au visa de l'article 279 alinéa 2 du Code civil en reprenant la solution de l'arrêt précédent rendu par la deuxième Chambre civile. En effet, la première Chambre a décidé que la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice ; que, sauf décision judiciaire en ce qui concerne les mesures pouvant faire l'objet d'une demande de modification, elle ne peut-être modifiée que par une nouvelle convention soumise à homologation et qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la modification conventionnelle d'une convention homologuée fixant la pension alimentaire due à l'épouse au titre du devoir de secours doit être soumise à homologation, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

À la lecture de ces décisions, il apparaît qu'une convention conclue par d'anciens époux ne peut avoir pour objet de modifier un élément contenu dans la convention homologuée

---

<sup>47</sup> Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, *Bull. civ.* I, n° 16 ; *D.* 2005, IR p.314 ; *Defrénois* 2005, art. 1050, obs. J. Massip ; *AJF* 2005, jur. p. 104, note S. David.

qui « a la force exécutoire d'une décision de justice »<sup>48</sup>. Comme l'a soutenu M. Hauser, « La convention entre époux, même une fois homologuée et le divorce prononcé, ne rejoint jamais le droit commun qui permettrait une modification par accord exprès ou tacite avec la force obligatoire des conventions. L'accord non homologué ne sortira jamais du domaine de l'engagement d'honneur »<sup>49</sup>. Finalement, c'est bien sur ce point que repose le paradoxe de la situation : seuls les époux ayant choisi la voie contentieuse disposent de la faculté d'opter pour une révision purement amiable du montant ou des modalités de la prestation compensatoire initialement déterminées par le juge, les époux divorcés sur requête conjointe ayant, quant à eux, l'obligation de soumettre tout nouvel accord au contrôle du juge<sup>50</sup> et sont susceptibles, en cas de refus du juge de modifier le montant de la prestation compensatoire, de se retrouver « prisonniers de leur convention »<sup>51</sup>.

**57.** Il résulte de l'étude de la jurisprudence que, d'un point de vue patrimonial, les époux divorcés au moyen d'un divorce contentieux redeviennent des contractants de droit commun. À ce titre, ils ne sont liés par aucune des règles spéciales issues du droit matrimonial et ils peuvent éluder toutes les décisions judiciaires qui leur étaient applicables en vertu de leur qualité d'époux. La convention conclue par les anciens époux n'est en rien altérée par le droit des régimes matrimoniaux non plus que par le droit du divorce auxquels ils étaient soumis lors de leur rupture. En effet, l'accord de volontés tendant au règlement de leurs intérêts patrimoniaux répond aux critères de définition du contrat.

## ***II. - Des accords répondant à la définition du contrat***

**58.** Seront envisagées successivement la démonstration de la qualification contractuelle<sup>52</sup> de l'accord ayant pour objet la liquidation du régime matrimonial (A),

---

<sup>48</sup> L'expression est empruntée à M. Lécuyer qui privilégie l'identification à l'assimilation : note sous Cass. 2e civ., 5 juill. 2001, *Dr. famille* 2002, comm. n° 30.

<sup>49</sup> J. Hauser, obs. sous Cass. Civ. 5 janv. 1994, *RTD civ.* 1994, p.329.

<sup>50</sup> En ce sens : S. David, note sous Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, *AJF* 2005, jur. p. 104.

<sup>51</sup> L'expression est empreintée à M. Giaccopelli-Mori, « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », *RTD. civ.* 2001, p. 505, spéc. p. 507, qui met en exergue le régime libéral octroyé par la loi et la jurisprudence aux époux contentieusement divorcés.

<sup>52</sup> Le nouvel article 1101 du Code civil propose une nouvelle définition du contrat. Celui-ci « est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

puis celle de la qualification contractuelle de l'accord ayant pour objet la renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge (B).

*A. - Qualification contractuelle de l'accord ayant pour objet la liquidation du régime matrimonial*

**59.** À titre préliminaire, il conviendra de rappeler que la jurisprudence qualifie le partage de la communauté, opération particulière de la liquidation de l'actif<sup>53</sup>, de contrat (1). Cette qualification contractuelle opérée par la jurisprudence étant circonscrite au partage de la communauté, il faudra, ensuite, vérifier que l'accord de volontés ayant pour objet l'ensemble des opérations de liquidation du régime matrimonial des anciens époux répond également à la définition du contrat (2).

*1) La jurisprudence relative à la qualification contractuelle du partage limité à la communauté*

**60.** Dans une décision en date du 3 juin 2003<sup>54</sup>, la Cour de cassation était invitée à se prononcer sur le sort du partage de la communauté réalisé entre la cessation des paiements d'un copartageant et le jugement déclarant à son encontre une procédure de liquidation judiciaire. Se posait donc également à la Haute juridiction la question de la nature juridique du partage de la communauté. La Cour de cassation, conformément à ses décisions antérieures<sup>55</sup>, a approuvé la Cour d'appel d'avoir prononcé la nullité de l'acte de partage sur le fondement des articles L. 621-107 et L. 621-108 du Code de commerce, au motif que cet acte auquel ont procédé les anciens époux à la suite de leur

---

<sup>53</sup> La liquidation de l'actif se divise en deux opérations : la formation de la masse partageable et le partage lui-même. En ce sens v. G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op.cit.*, n° 543. Cependant, cet auteur, *op. cit.* et *loc. cit.*, ajoute que la terminologie est assez mal fixée : « On réserve parfois le terme liquidation à la première, spécialement à son point principal, qui consiste à déterminer, calculer et régler les récompenses ».

<sup>54</sup> Cass. 1re civ., 3 juin 2003, *Bull. civ.* I, n° 136, p. 107; *D.*2003, jur. p.2655, note P.-G. Marly.

<sup>55</sup> La Chambre des requêtes affirmait déjà que le partage constituait un acte à titre onéreux et qu'il pouvait être annulé, en vertu de l'article 447 du Code de commerce, dès lors que le copartageant avait eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur. Voir En ce sens : Cass. req. 28 mai 1895, *D.P.* 1896, 2, p. 154, rapp. Marignan ; *S.* 1896, I, p.396, note Lyon-Caen ; v. également Cass. Com. 27 fév. 1957, *Bull. civ.* III, n° 78, p. 66. Puis, la jurisprudence, faisant application de la loi du 13 juill. 1967, a considéré que le partage était, de surcroît, un contrat commutatif susceptible d'être déclaré inopposable lorsque conclu en période suspecte, il présentait un caractère lésionnaire ou était accompli en connaissance de la cessation des paiements. En ce sens : Cass. ch. mixte, 6 déc. 1985, *Bull. civ.*, n° 1, p. 1 ; *D.* 1986, jur. p. 185, note F. Derrida ; Cass. com, 28 avr. 1998, *Bull. civ.* III, n° 1, p. 10 ; *D.* 1999, somm. p. 20, obs. J. Revel. Sous la loi du 25 janv. 1985, la jurisprudence demeure constante et fait application de la nouvelle sanction édictée par la loi : la nullité. En ce sens : Cass. 1re civ., 25 janv. 2000, *Bull. civ.* I, n° 19, p. 12 ; *D.* 2000, actu. jur. p. 103, note A. Lienhard ; *Defrénois* 2000, art. 37179, p. 652, obs. J. Massip; *RTD civ.* 2000, p. 553, obs. J. Hauser.



divorce pour faute, s'analysait en un contrat commutatif, affecté en l'espèce d'un déséquilibre, et qu'il constituait un acte à titre onéreux consenti par le copartageant en connaissance de la cessation des paiements du débiteur. En la matière, la question ne soulève aucune difficulté.

Le partage de la communauté, opération particulière de liquidation de l'actif, devant être considéré comme un contrat, il importe, désormais, de vérifier que l'accord de volontés ayant pour objet la liquidation globale du régime matrimonial des anciens époux répond également à la définition du contrat.

*2) Qualification contractuelle de l'accord ayant pour objet l'ensemble des opérations de liquidation du régime matrimonial*

**61.** Il s'agit, ici, de s'assurer que l'accord de volontés ayant pour objet la liquidation globale du régime matrimonial constitue un accord de volontés (a), exprimé en vue de produire des obligations (b) et caractérisé par la force obligatoire qui en découle (c).

*a) Un accord de volontés*

**62.** Le principe de liberté contractuelle<sup>56</sup> est respecté. En effet, concernant le principe même de l'accord, les anciens époux sont libres de contracter ou de s'abstenir.

Ces époux disposent également d'une importante liberté afin de déterminer le contenu de l'accord. Ils peuvent, afin de liquider leur régime matrimonial, écarter les règles fixées par la loi ou leur contrat de mariage. La seule réserve émise par la jurisprudence, vise la protection des droits des créanciers. Selon la Cour de cassation, les époux sont libres de liquider leur régime matrimonial sous réserve des droits des créanciers tels que fixés par l'article 882 du Code civil<sup>57</sup>. Ce texte prévoit que si la protection préventive (l'intervention au partage) n'a pas suffi, le droit commun de l'action paulienne retrouve application<sup>58</sup>. Le danger principal qui menace les créanciers serait la réalisation d'un

---

<sup>56</sup> Le nouvel article 1102 du Code civil dispose : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

<sup>57</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 90, p.69.

<sup>58</sup> L'article 1476 du Code civil soumet le partage des biens communs aux règles du droit successoral ; cet article dispose, en son alinéa 1er : « Le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien dans l'indivision et l'attribution

partage frauduleux, par exemple l'attribution à l'ancien conjoint débiteur d'un lot sans valeur. À cet égard, la jurisprudence, afin de préserver leur droit de gage, accorde aux créanciers d'autres actions, telles que l'action en rescision du partage pour cause de lésion par la voie de l'action oblique ou la possibilité de se prévaloir, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, des nullités de la période suspecte<sup>59</sup>. Ainsi, la protection accordée par la loi et la Cour de cassation à ces créanciers apparaît justifiée et n'entrave en rien la liberté contractuelle dont disposent les anciens conjoints. Il faut maintenant vérifier que cet accord soit exprimé en vue de produire des obligations.

### *b) Un accord créateur d'obligations*

**63.** Cet accord de volontés engendre des obligations. En premier lieu, il ne fait pas de doute que les conjoints contractent l'un envers l'autre des obligations tendant à la liquidation de leur régime matrimonial. Ensuite, l'élément générateur d'obligations n'est en aucun cas subordonné à un évènement particulier, tel le prononcé du divorce. Cet accord de volontés se suffit donc à lui-même pour donner naissance à des obligations. Encore faut-il qu'il se caractérise par une force obligatoire.

### *c) Un accord caractérisé par une force obligatoire*

**64.** Le principe de la force obligatoire du contrat<sup>60</sup>, énoncé à l'article 1134 alinéa premier du Code civil est respecté. L'arrêt du 17 septembre 2003<sup>61</sup> en fournit une illustration parfaite, puisque la Cour de cassation a décidé que l'accord s'imposait aux parties. Un des commentateurs de l'arrêt a d'ailleurs pu écrire que « si en d'autres lieux – les lieux purement contractuels – on s'interroge sur ce qu'il reste de l'art. 1134, al. 1<sup>er</sup>, on peut encore voir des décisions qui le tiennent pour du droit positif »<sup>62</sup>. Ce principe s'impose également au juge qui, postérieurement au prononcé du divorce, ne dispose pas du pouvoir de modifier l'accord.

---

préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre « Des successions » pour les partages entre cohéritiers »

<sup>59</sup> Sur les moyens de sauvegarde du droit de gage des créanciers : *infra* n° 298.

<sup>60</sup> Selon nouvel article 1103 du Code civil : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>61</sup> Arrêt préc., *D.* 2004, Somm. p.2265, obs. J. Revel.

<sup>62</sup> . Revel, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 sept. 2003, *D.* 2004, somm. p.2266.

Après avoir vérifié que l'accord de volontés qui tend à la liquidation du régime matrimonial revêt la qualification contractuelle, il convient maintenant de démontrer que l'accord ayant pour objet la renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge est également un contrat.

*B. - Qualification contractuelle de l'accord ayant pour objet la renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge*

**65.** L'accord ayant pour objet la renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge doit être confronté aux critères de reconnaissance du contrat. Ce dernier accord doit donc constituer un accord de volontés (2), exprimé en vue de produire des obligations et caractérisé par la force obligatoire qui en découle (3).

*1) Un accord de volontés*

**66.** Le principe de liberté contractuelle<sup>63</sup> est respecté. En effet, les anciens époux sont libres d'établir un accord relatif à la prestation compensatoire ou, au contraire, de s'en abstenir. Relativement au contenu même de l'accord, ceux-ci disposent d'une grande latitude. Ainsi, peuvent-ils envisager une augmentation ou une diminution du montant de la prestation compensatoire. Ils peuvent aussi choisir de modifier les modalités de paiement, notamment de convertir une rente en capital ou inversement.

Il convient maintenant de s'assurer que cet accord soit créateur d'obligations.

*2) Un accord créateur d'obligations*

**67.** Cet accord de volontés engendre des obligations. Assurément, l'accord conclu par les anciens époux ayant pour objet une révision du montant ou des modalités de la prestation compensatoire donne naissance à des obligations<sup>64</sup>. Ce dernier accord n'est subordonné à la réalisation d'aucune condition particulière. L'élément générateur

---

<sup>63</sup> Le nouvel article 1102 du Code civil dispose : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

<sup>64</sup> Lorsque l'accord prévoit que l'un des époux renonce totalement au versement d'une prestation compensatoire, il s'agit alors d'une obligation de ne pas faire de la part de l'ancien époux débiteur.

d'obligations n'est pas subordonné à l'intervention d'une décision judiciaire. Cet accord se suffit donc à lui-même pour donner naissance à des obligations. Il doit, cependant, être caractérisé par une force obligatoire.

### 3) *Un accord caractérisé par une force obligatoire*

**68.** Cet accord s'impose aux parties comme au juge<sup>65</sup>. Celui-ci ne peut modifier l'accord en faisant application de dispositions issues du droit du divorce. Cependant, dans l'hypothèse où la transaction conduirait l'un des anciens époux à renoncer totalement à la prestation allouée par une décision judiciaire, M. Bénabent s'est interrogé sur le point de savoir si cette renonciation s'imposait définitivement à lui, s'il se trouvait dans un état de besoin<sup>66</sup>.

En réalité, cette force obligatoire pose exactement la même difficulté qu'en droit commun. En d'autres termes, il s'agirait là d'un contexte économique difficile qui conduirait l'une des parties à ne pouvoir exécuter le contrat prévu. Serait-il alors possible à l'un des époux, en état de besoin, de saisir le juge dans le dessein d'obtenir la révision du contrat ?

L'hypothèse s'inscrirait, nettement, dans la délicate question de la théorie de l'imprévision contractuelle. En dépit du refus de la Cour de cassation de consacrer, dans le célèbre arrêt « Canal de Craponne »<sup>67</sup>, la révision pour imprévision, nombre d'auteurs plaident pour une admission, en application du devoir d'exécuter le contrat de bonne foi (édicte par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil), d'une obligation de renégocier les contrats devenus, en cours d'exécution, profondément déséquilibrés<sup>68</sup>. Il ne saurait être

<sup>65</sup> Selon nouvel article 1103 du Code civil : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>66</sup> A. Bénabent, obs. sous CA Paris, 17 déc. 1985, *D.* 1987, somm. p. 47.

<sup>67</sup> Cass. 1re civ., 6 mars 1876, *D.P.* 1876, I, jur. p. 193, note Giboulot, *GAJC* n° 165, p. 183. Pour une interdiction par les juges de réviser le contrat en vue de restaurer l'équilibre contractuel en cas de changement de circonstances v. : Cass. Civ. 3<sup>ième</sup>, 18 mars 2009, *Bull. civ.* III, n° 64, p. 56, *D.* 2009, jur. p. 950, obs. Y. Rouquet, *RTD civ.* 2009, p. 528, obs. B. Fages

<sup>68</sup> Voir notamment, Ch. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil, in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », art. préc., p. 46. Selon Mme F. Dekeuwer-Défossez, note sous Cass. 1re civ., 16 mars 2004, *D.* 2004, jur. p. 1754, spéc. pp. 1754-1756, la Cour de cassation « si elle n'est toujours pas disposée à faire sauter le « canal de Craponne », elle concède cependant l'existence d'une mince ouverture dans le monument jurisprudentiel, édifié en 1876, sous la forme de la reconnaissance d'une obligation de renégocier les contrats devenus profondément déséquilibrés ». Et l'auteur, par la suite, de s'interroger : « on peut se demander si un des mérites de l'arrêt rendu par la première Chambre civile n'est pas de rectifier le tir et de replacer, ainsi, l'obligation de renégocier dans l'orbite de la théorie de l'imprévision ». Sur le débat doctrinal suscité par ce dernier commentaire, voir J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, chron. p. 2239 ; selon M. A. Bénabent, « Doctrine ou Dallas », *D.* 2005, chron. p. 852, « que deux auteurs fassent d'une loi, une lecture différente est admis par tous comme étant dans l'ordre naturel. Pourquoi en serait-il autrement d'un arrêt, quelles que soient ses conditions d'élaboration ? ». Et cet auteur de poursuivre : « On doit donc rejeter le ton hégémonique voulant enfermer la note d'arrêt dans le décorticage d'une « technique » aux épreuves initiatiques qui serait réservée à quelques grands

question de prendre ici parti sur ce point. Mais si les tenants de cette thèse devaient être suivis, il faudrait admettre que l'un des époux pourrait, en cas d'échec de la renégociation, saisir le juge afin de demander l'adaptation du contrat ou sa résiliation<sup>69</sup>. Telle est bien, en substance, la solution retenue par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, Selon le nouvel article 1195 du Code civil, la révision judiciaire pour imprévision n'est possible qu' « en cas de refus ou d'échec de la renégociation » et si les parties en sont d'accord. En outre, à défaut d'accord des parties « dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe »<sup>70</sup>.

En définitive, pourrait être admise une révision judiciaire du montant ou des modalités de la prestation compensatoire déterminés par l'accord. Il serait possible pour le juge, en cas de renonciation de la part d'un ancien époux à la prestation compensatoire, de statuer sur une nouvelle attribution. Serait également envisageable, la solution qui conduirait le juge à mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixerait. Ce qui entraînerait, *ipso facto*, l'application immédiate de la décision, rendue initialement par le juge, fixant le montant et les modalités du versement de la prestation compensatoire à l'un des anciens conjoints.

Ainsi, par exception au principe de la force obligatoire des conventions, une révision du contrat ayant pour objet une renonciation aux effets de la prestation compensatoire fixée par le juge pourrait intervenir, mais en application de la seule théorie de l'imprévision et dans les conditions issues du seul droit commun des obligations.

**69.** Aux termes de ces développements, il apparaît que les accords de volontés, conclus par les anciens conjoints postérieurement au prononcé du divorce contentieux et ayant

---

prêtres. Et, au contraire, encourager les commentateurs, praticiens et universitaires réunis, à continuer d'enrichir les revues juridiques de leurs perceptions et réactions sans avoir à en passer par l'adoubement de quiconque ».

En ce sens également : L'article 92 du texte issu du Groupe de travail de l'Académie des Sciences Morales, qu'il convient d'appeler le projet Terré prévoit qu'en « l'absence d'accord des parties, dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe » (alinéa 3). *Pour une réforme du droit des contrats. Réflexion et proposition d'un groupe de travail sous l'impulsion de François Terré, Président de l'Académie des Sciences Morales*, éd. Dalloz, 2008. Pour une analyse de ces propositions v. notamment : F. Dekeuwer-Défossez, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, chron. p. 1364.

<sup>69</sup> Contra : J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 1. *L'acte juridique, op.cit.*, n° 411, soutiennent l'idée selon laquelle il convient d'exclure toute révision du contrat par le juge. La raison de cette affirmation tient au rôle du juge. Pour ces auteurs, le juge n'a pas pour fonction de déterminer le contenu du contrat et l'équilibre contractuel, mais de dire le droit.

<sup>70</sup> Selon le nouvel article 1195 du Code civil : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux, revêtent une nature contractuelle. Reste à déterminer les modifications engendrées par la loi du 26 mai 2004 sur la conclusion de ces types de contrat.

## ***§2. - La conclusion de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux au regard de la loi du 26 mai 2004***

**70.** La place laissée par le législateur au contrat dans la liquidation d'un régime communautaire<sup>71</sup> est résiduelle (I). Cependant, la réforme ne contient aucune disposition relative à une modification amiable du montant de la prestation compensatoire fixé par le juge, ce qui témoigne implicitement de la place persistante du contrat en cette matière (II).

### ***I. - La place résiduelle du contrat dans la liquidation d'un régime communautaire***

**71.** La faculté dont disposaient les anciens époux, sous l'empire des lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985, de conclure, postérieurement au prononcé du divorce, un contrat tendant à la liquidation et au partage de la communauté sera nettement moins usitée par ces derniers. La raison tient au souhait du législateur de concentrer le règlement des conséquences du divorce au moment de son prononcé, et ainsi limiter le contentieux de l'après divorce. À cette fin, la loi incite les époux à conclure des accords qui tendent, de manière générale, à la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux. Néanmoins, la réforme ne donne pas tous pouvoirs à la volonté individuelle des époux. Ces accords sont, en effet, conclus sous le contrôle du juge, dont les pouvoirs sont accrus.

L'article 252-3 alinéa 2 du Code civil dispose que, dès la tentative de conciliation, le juge demande aux époux de présenter pour l'audience de jugement, un projet de règlement des effets du divorce. Le texte prévoit également que le juge peut, à cet effet, prendre les mesures provisoires édictées par l'article 255 du Code civil. Le magistrat peut donc proposer aux époux une mesure de médiation, mais aussi désigner un

---

<sup>71</sup> L'étude est centrée sur la liquidation d'un régime de type communautaire car on a précédemment étudié l'influence de la loi du 26 mai 2004 sur la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens. Voir *supra* n° 70 et s.

professionnel qualifié pour dresser un inventaire estimatif ou faire des propositions de règlement ou bien encore, désigner un notaire dans la perspective de préparer la liquidation du régime matrimonial<sup>72</sup>. Selon M. Bénabent « toutes ces mesures peuvent aider les époux à être en mesure, lors de l'audience de jugement, de présenter un « projet de règlement des effets de leur divorce » qui permettra soit de passer à un divorce par consentement mutuel, soit à tout le moins d'établir des accords partiels homologables selon l'article 268 »<sup>73</sup>.

L'article 257-2 du Code civil concerne la demande en divorce introduite après l'ordonnance de non-conciliation. Ce dernier article prévoit que celle-ci doit comporter, sous peine d'irrecevabilité, « une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux ». À défaut d'accord sur la liquidation lors du prononcé du divorce, le juge ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux (alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 267). Et, « si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou de l'autre des époux, statue sur les désaccords persistants entre eux » (alinéa 4 de l'article 267).

**72.** Pendant l'instance en divorce, la mission principale du juge est donc d'aider les époux à trouver un terrain d'entente afin de procéder au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Dans ce dessein, deux conventions sont envisageables<sup>74</sup> : soit, l'accord des époux est limité à la liquidation et au partage de la communauté et dans ce cas, il s'agit d'une convention relevant des articles 265-2 et 1451 du Code civil. La qualification contractuelle de cet accord est, on l'a précédemment constaté, exclue<sup>75</sup>. Il faut, notamment, rappeler que selon l'alinéa 2 de l'article 1451, le juge peut à la demande de l'un des époux, modifier la convention si les conséquences du divorce fixées par le jugement « remettent en cause les bases de la liquidation et du partage ». Soit, l'accord des époux est plus général, outre la liquidation du régime matrimonial, il

---

<sup>72</sup> Ces mesures étaient déjà prévues par l'ancien article 1116 CPC, qui disposait que : « Le juge aux affaires familiales peut, même d'office, charger un notaire ou un professionnel qualifié d'établir un projet de règlement des prestations et pensions après divorce. Il peut aussi donner mission à un notaire de dresser un projet de liquidation du régime matrimonial ».

<sup>73</sup> A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article*, op. cit., n° 65.

<sup>74</sup> Contra : un auteur, V. Larribau-Terneyre, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 sept. 2008, art. préc., p. 22, s'est interrogé sur le point de savoir si, dans le contexte actuel de la loi du 26 mai 2004, les époux disposeraient de la faculté de demander au juge un simple donné-acte. Selon cet auteur, « dès lors que l'homologation n'est pas obligatoire, rien ne s'y oppose véritablement ».

<sup>75</sup> Les effets de la convention ayant pour objet la liquidation et le partage de la communauté sont suspendus jusqu'au prononcé du divorce. Il en résulte que les seules volontés individuelles sont insuffisantes à générer des obligations. Sur la nature d'une telle convention voir *infra* n° 72.

peut comprendre la prestation compensatoire, l'exercice de l'autorité parentale ainsi que la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Dans ce cas précis, l'accord est soumis, en vertu de l'article 268 du Code civil, à une homologation judiciaire<sup>76</sup>. Homologation qui implique un contrôle du contenu de l'accord par le juge, puisqu'en vertu de l'article 268 alinéa 2 du Code civil, « le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce ».

**73.** Néanmoins, si l'accord portant sur la liquidation et le partage de la communauté n'est pas possible pendant l'instance, des délais sont impartis aux anciens époux pour parvenir à un terrain d'entente postérieurement au prononcé du divorce.

L'article 267-1 du Code civil issu de la loi du 26 mai 2004 dispose ainsi que « si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée, le notaire transmet au tribunal un procès-verbal de difficultés reprenant les déclarations respectives des parties » (alinéa 1<sup>er</sup>). « Au vu de celui-ci, le tribunal peut accorder un délai supplémentaire d'une durée maximale de six mois » (alinéa 2).<sup>77</sup> À cet égard, un auteur, s'interrogeant sur le délai qui serait susceptible de s'écouler entre le moment où le procès - verbal du notaire devait être établi et la décision du tribunal, avait abouti au constat selon lequel ce dernier délai serait, en réalité, bien supérieur à six mois<sup>78</sup>. C'est probablement, en partie, pour cette dernière raison que la loi du 12 mai 2009 relative à la simplification et à la clarification du droit et à l'allègement des procédures, dont l'une des dispositions principales a eu, notamment, pour objet d'élargir les compétences du juge aux affaires familiales à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux<sup>79</sup>, a modifié l'article 267-1 du Code civil issu de la loi du 26 mai 2004.

---

<sup>76</sup> En ce sens : A. Bénabent, *op. cit.*, n° 102. Selon cet auteur : l'article 265-2 du Code civil doit être articulé avec l'article 268 du même code. Le premier, autorise les époux à conclure des conventions portant sur la liquidation et le partage de leur régime matrimonial, conventions sous seings privés, ou passées sous la forme notariée en présence d'immeubles. Par conséquent, l'homologation prévue par le second article n'est exigée que lorsque l'accord a un objet plus large.

<sup>77</sup> « Si, à l'expiration de ce délai, les opérations ne sont toujours pas achevées, le notaire en informe le tribunal. Il établit, si les changements intervenus le rendent nécessaire, un nouveau procès-verbal » (alinéa 3). « Le tribunal statue sur les contestations subsistant entre les parties et les renvoie devant le notaire afin d'établir l'état liquidatif » (alinéa 4).

<sup>78</sup> J.-P. Claux, « Le nouveau calendrier liquidatif », *AJF* 2005, p. 127.

<sup>79</sup> La loi du 12 mai 2009 a abrogé l'article 228 du Code civil. Ce texte donnait compétence au juge aux affaires familiales pour prononcer le divorce. S'agissant de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux après le divorce, le tribunal de grande instance était investi d'une compétence exclusive. Désormais, l'article L 213-3, 2° du Code de l'organisation judiciaire prévoit que le juge aux affaires connaît du divorce, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux. Relève également de la compétence du juge aux affaires familiales l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, les



Désormais, le nouvel article 267-1 du Code civil dispose que « les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent suivant les règles fixées par le code de procédure civile »<sup>80</sup>. Le décret d'application de loi du 12 mai 2009, en date du 17 décembre 2009<sup>81</sup>, a créé une Section II bis intitulée : « le fonctionnement, la liquidation et le partage des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins dans » dans le livre III du titre Ier du chapitre V du Code de procédure civile. Cette dernière Section comprend deux articles : l'article 1136-1 et l'article 1136-2<sup>82</sup>. L'article 1136-1 du Code de procédure civile prévoit, notamment, que les demandes relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux relevant de la compétence du juge aux affaires familiales obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance. L'article 1136-2 du Code de procédure civile dispose que « les dispositions de la Section VI du chapitre II du titre III du livre III sont, sous réserve des dispositions de l'article 267 du Code civil, applicables au partage des intérêts patrimoniaux des époux... »<sup>83</sup>.

L'article 1370 du Code de procédure civile prévoit qu'« en raison de la complexité des opérations, une prorogation du délai, ne pouvant excéder un an, peut-être accordé par le juge commis saisi sur demande du notaire ou sur requête d'un copartageant ». Une comparaison entre ce dernier article et l'ancien article 267-1 issu de la loi du 26 mai

---

demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et de la séparation de biens judiciaire. Par ailleurs, le juge aux affaires familiales est compétent pour connaître du contentieux patrimonial des couples pacés ou en concubinage, au cours de leur vie commune ou au moment de la rupture. Pour un commentaire de la loi du 12 mai 2009 v. notamment : J. Hauser, « Compétence tutélaire : la pétaudière normative ! », *RTD civ.* 2009, p. 700 ; L. Gebler, « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJF* 2009, p. 256 ; V. Larribau-Terneyre, « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. famille* 2009, chr. n° 29 ; X. Labbé, « La judiciarisation du PACS et du concubinage », *D.* 2009, chron. p. 2053 ; M. Douchy-Oudot, « Contentieux familial », *D.*, chron. p. 2690.

<sup>80</sup> L'ancien article 1136-3 du Code de procédure civile opérait un renvoi généralisé aux dispositions relatives au partage successoral à savoir aux articles 1359 et suivants (Section 6 du chapitre II du titre III du livre III du Nouveau code de procédure civile) sous réserve des dispositions de l'article 267 du Code civil.

<sup>81</sup> Pour un commentaire du décret du 17 déc. 2009 v. notamment : V. Larribau-Terneyre, « Opérations de liquidation après divorce : précisions », *Dr. famille* 2010 » étude n° 3. L'auteur souhaite apporter des précisions quant à l'affirmation faite dans un article précédent, « Infortunes et regrets », *Dr. famille* 2009, étude n°33, selon laquelle l'encadrement dans le temps des opérations de liquidation après divorce a disparu. Selon l'auteur : « Si la déception demeure, l'exactitude juridique impose cependant de rectifier cette formulation qui n'est exacte : l'encadrement spécifique des liquidations après divorce a disparu, c'est un fait. Néanmoins, la procédure prévue par le Code de procédure civile... prévoit un encadrement dans le temps du partage successoral » ; B. Beignier, « Décret du 17 déc. 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision », *Dr. famille* 2010, étude n° 42.

<sup>82</sup> Ces dispositions issues du décret du 17 déc. 2009 confirment le renvoi par la loi du 12 mai 2009 pour les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux aux règles applicables en matière de partage successoral.

<sup>83</sup> La Section VI du chapitre du chapitre II du titre III du livre III du Code de procédure civile est consacrée au partage judiciaire successoral. La sous-Section II de cette dernière Section concerne plus précisément le partage judiciaire. Il convient de noter que deux articles de cette sous-Section traitent des délais pendant lesquels les opérations de liquidation et de partage doivent s'effectuer. L'article 1368 du Code de procédure civile dispose que : « dans le délai d'un an suivant sa désignation, le notaire dresse un état liquidatif qui établit les comptes entre copartageants, la masse partageable, les droits des parties et la composition des lots à répartir ».

2004 permet d'affirmer que le délai supplémentaire pendant lequel les opérations doivent s'achever a été augmenté<sup>84</sup>. De six mois, il est passé à un an. Manifestement, le législateur semble avoir tenu compte du constat selon lequel il était difficile, voire impossible, de voir respecter le délai de six mois.

A la lecture de ces textes, on constate, en dépit de l'allongement du délai, qu'il n'est pas de l'essence de la réforme d'encourager les époux à conclure postérieurement au prononcé du divorce et sous la diligence du notaire une convention portant liquidation et partage de la communauté<sup>85</sup>. Assurément, la place du contrat reste, ici, subsidiaire.

Toutefois, constatation pour le moins surprenante, les anciens époux divorcés au moyen d'un divorce contentieux, disposent toujours de la faculté de modifier de manière contractuelle le montant de la prestation compensatoire fixé par le juge.

## ***II. - La place persistante du contrat dans la modification du montant de la prestation compensatoire fixé par le juge***

74. Il n'est pas certain que la réforme est mise un terme à la situation paradoxale qui existait sous l'empire de la loi ancienne et qui tenait au fait que la faculté de modifier au moyen d'un contrat le montant de la prestation compensatoire, n'était accordée qu'aux seuls anciens époux divorcés par divorce contentieux. Les époux divorcés sur requête conjointe ne pouvaient, en effet, faire l'économie d'un nouveau passage devant le juge<sup>86</sup>. En matière de modification volontaire de la part des époux du montant de la prestation compensatoire fixé par la convention homologuée, aucun changement n'est intervenu. En effet, l'article 279 du Code civil, dans ses alinéas premier et deuxième, n'a subi aucune modification : « La convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice » (al. 1<sup>er</sup>). « Elle ne peut être modifiée que par une nouvelle

---

<sup>84</sup> Outre l'augmentation du délai d'autres différences existent entre l'ancien article 267-1 du Code civil et les règles relatives au partage judiciaire successoral. Ainsi, peut-on observer que l'ancien article 267-1 du Code civil dispose que le notaire doit « si les opérations de liquidation et de partage ne sont pas achevées dans le délai d'un an après que le jugement de divorce est passé en force de chose jugée » transmettre au tribunal de grande instance un procès-verbal de difficulté. L'article 1368 du Nouveau code de procédure civile, prévoit quant à lui, que le notaire dresse un état liquidatif, « dans le délai d'un an suivant sa désignation ». Il apparaît donc que le point de départ à partir duquel le notaire doit établir l'état liquidatif et à défaut dresser un procès-verbal de difficultés est différent : en ce sens v. V. Larribau-Terneyre, art. préc., « Opérations de liquidation après divorce : précisions », p. 18. L'auteur note que « plus généralement, le déroulement des opérations de liquidation prévu par l'article 267-1 du Code civil était potentiellement plus souple et plus simple que le déroulement des opérations du partage judiciaire successoral prévu pour les partages les plus complexes par les articles 1364 et suivants ».

<sup>85</sup> L'ancien article 264-1 du Code civil selon lequel « en prononçant le divorce, le juge aux affaires familiales ordonne la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux et il statue, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle » a été abrogé par la loi du 26 mai 2004.

<sup>86</sup> Voir *supra* n° 54 et s.

convention entre les époux, également soumise à homologation ». La situation a pu être d'autant plus légitimement critiquée, qu'elle est issue d'une réforme désireuse de simplifier et d'accélérer la procédure de divorce par consentement mutuel et qui a prévu, à cette fin, le principe... d'une seule comparution devant le juge<sup>87</sup>.

La révision du montant de la prestation compensatoire contenue dans une convention homologuée conclue par des époux ayant choisi la voie du divorce contentieux est calquée, par renvoi de l'article 279-1 du Code civil à l'article 279 du même code, sur celle de la convention homologuée du divorce par consentement mutuel. Une nouvelle homologation est donc nécessaire.

Cependant, une question subsiste. Elle concerne la révision purement contractuelle du montant de la prestation compensatoire fixé par le juge lors du prononcé d'un divorce contentieux.

Aucune disposition de la loi nouvelle ne régit cette situation. La loi n'a donc pas fait écho à la réflexion de M. Bénabent qui, en 1987, s'interrogeait sur le point de savoir « (...) s'il ne serait pas bon pour le législateur d'étendre la disposition de l'art. 279 pour soumettre à homologation judiciaire toute révision amiable d'une prestation allouée en justice »<sup>88</sup>.

Deux poids, deux mesures. Tel est le choix implicite du législateur en matière de révision convenue par les époux de la prestation compensatoire initiale. Ce qui semble regrettable, car il semblerait logique d'unifier le régime de révision de cette prestation. Deux solutions se présentaient au législateur : soit, ainsi que M. Bénabent l'avait proposé, étendre la disposition de l'article 279 alinéa 2 du Code civil à la révision amiable d'une prestation fixée par le juge, soit autoriser les anciens époux à réviser, au moyen d'un contrat et donc sans contrôle du juge, le montant de cette prestation convenue dans une convention homologuée.

**75.** A l'issue de ces développements, il apparaît que l'utilisation du mécanisme contractuel par d'anciens époux dans le dessein de procéder au règlement de leurs intérêts patrimoniaux se révèle être exceptionnel. Afin de comprendre les dispositions issues de la loi du 26 mai 2004 qui ont affecté la liberté contractuelle des anciens époux,

---

<sup>87</sup> En ce sens : S. David, note sous Cass. 1re civ., *AJF* 2005, jur. p. 104.

<sup>88</sup> A. Bénabent, obs. sous CA Paris, 17 déc. 1985, *D.* 1987, somm. p. 47.

il convient de comparer cette dernière loi avec les lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985.

***§3. - Comparaison de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans les lois du 11 juillet 1975 et 23 décembre 1985 et dans la loi du 26 mai 2004***

76. L'analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans les lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985 et dans la loi du 26 mai 2004 (I) sera complétée par une appréciation de l'analyse comparative de la place de ces derniers contrats dans ces deux systèmes législatifs (II).

***I. - Analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans les lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985 et dans la loi du 26 mai 2004***

77. Sous l'empire des lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985, les époux jouissaient d'une importante liberté contractuelle afin de procéder, postérieurement au prononcé du divorce contentieux, au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. À l'évidence, le principe de l'autonomie de la volonté redevenait la règle.

La loi du 26 mai 2004 a accru le contrôle judiciaire des accords par la voie de l'homologation. De façon générale, il en résulte une diminution substantielle de la place du contrat dans le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux. À cet égard, on a pu constater que l'esprit de la réforme ne consistait pas encourager les époux à procéder, postérieurement au prononcé du divorce, à la réalisation des opérations de liquidation et de partage. Finalement, le statut des anciens époux, d'un point de vue patrimonial, n'est plus assimilable à celui de contractants de droit commun.

Un tel constat traduit probablement une certaine défiance de la part du législateur à l'égard des anciens époux, qui s'ils ne sont pas en accords sur les causes du divorce, ont néanmoins trouvé un terrain d'entente pour en régler les conséquences. Pour autant,

cette position se trouve-t-elle véritablement justifiée ? C'est ce qu'il faut maintenant vérifier.

***II. - Appréciation de l'analyse comparative de la place des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans les lois du 11 juillet 1975 et du 23 décembre 1985 et dans la loi du 26 mai 2004***

**78.** Le contrôle judiciaire des conventions n'apparaît pas satisfaisant. En effet, de nombreuses faiblesses affectent son fonctionnement (A). Ce constat conduit à proposer de nouvelles solutions (B).

*A. – Les faiblesses du contrôle judiciaire*

**79.** Eu égard au choix du législateur d'accroître le nombre de conventions homologuées et, par voie de conséquence, de contribuer à la diminution progressive du mécanisme contractuel dans les conséquences patrimoniales du divorce, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir si le juge dispose des moyens et du temps nécessaires afin de procéder à un véritable contrôle du contenu de la convention. La conclusion à laquelle est arrivée Mme Dekeuwer-Défossez, à propos de l'intervention judiciaire dans le cadre de l'ancien divorce sur requête conjointe, manifeste son scepticisme : « En définitive, le contrôle judiciaire fonctionne mal, parce qu'il est en porte-à-faux, le juge n'ayant aucun moyen de l'effectuer correctement et rendant dès lors une décision de pure forme. Or, c'est particulièrement fâcheux dans la mesure où c'est ce contrôle judiciaire qui justifie, ensuite, la soumission du divorce sur requête conjointe à un régime juridique qui n'a plus rien ou presque de contractuel »<sup>89</sup>. En effet, l'intervention du juge n'est pas sans conséquences sur la nature juridique de l'accord. L'homologation judiciaire obligatoire a, notamment, pour effet d'exclure cet accord du champ contractuel. Toute convention homologuée, à l'instar de la convention définitive homologuée dans le cadre de l'ancien divorce sur demande conjointe ou de la convention homologuée du divorce par consentement mutuel, fait corps avec le jugement de divorce. La mission confiée par la loi au juge qui consiste à vérifier que la convention

---

<sup>89</sup> F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », art. préc., p. 75.

préserve suffisamment les intérêts des enfants et des époux (art. 268 al.2 C. civ) confère à l'acte gracieux l'autorité de la chose jugée<sup>90</sup>. Dès lors, les critiques formulées par Mme Dekeuwer-Défossez au sujet du contrôle judiciaire de l'ancien divorce sur requête conjointe sont parfaitement transposables au système d'homologation repris par la loi du 26 mai 2004. Il paraît peu vraisemblable que le juge puisse acquérir une connaissance suffisante des affaires pécuniaires des époux et de leur vie privée, pour pouvoir procéder à un réel contrôle de la convention. Sans doute ne peut-il se fier, pour l'essentiel en tout cas, qu'aux apparences. Ce que semble conforter, par ailleurs, l'utilisation par le juge de formulaires contenant des motifs préimprimés. La Cour de cassation a d'ailleurs décidé, dans un arrêt du 14 février 1990<sup>91</sup>, que l'utilisation, dans une décision judiciaire, de motifs établis d'avance sur un formulaire n'était prohibée par aucun texte. Le juge pouvait donc constater, par des motifs imprimés, que les époux avaient persisté dans leur libre accord et que la convention définitive préservait suffisamment les intérêts des époux et de chacun des enfants.

Dans ces conditions, il semble peu probable qu'un juge puisse réellement examiner les détails d'une convention afin de déceler une quelconque anomalie<sup>92</sup>. Pourtant, d'un point de vue du régime juridique de l'accord, les conséquences attachées à la technique de l'homologation judiciaire ne sont pas banales. Comme l'a souligné Mme Dekeuwer-Défossez, cette technique a, notamment, pour effet de priver la convention d'un régime purement contractuel. Il est prévisible que les difficultés nées de la nature hybride, « mi-contractuelle mi-judiciaire »<sup>93</sup>, qui ont été dénoncées en matière d'ancien divorce sur demande conjointe, concerneront, non seulement, l'ensemble des types de divorce, mais également, toute convention qui aura pour objet l'ensemble des conséquences patrimoniales de la rupture. Telle semble bien être la contrepartie de la volonté du législateur de refuser d'intégrer le mécanisme contractuel au droit du divorce et, parallèlement, d'inciter les époux à s'entendre, pendant l'instance en divorce et sous le contrôle du juge, sur l'ensemble des conséquences de leur rupture.

---

<sup>90</sup> S'agissant de la convention définitive homologuée de l'ancien divorce sur requête conjointe, J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, op.cit.*, n° 174, ont précisé que « l'autorité de chose jugée ne s'attache qu'à ce qui fait l'objet d'une vérification du juge ».

<sup>91</sup> Cass. 2e civ., 14 fév. 1990, *Bull. civ.* II, n° 31, p. 18 ; *JCP G* 1990, IV, 140.

<sup>92</sup> En ce sens : B. Beignier, « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Dr. famille* 2008, étude n° 12, spéc. p. 10.

<sup>93</sup> Voir A. Tisserand, « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe » in *Mélanges à la mémoire D. Huet-Weiller*, Droit des personnes et de la famille, PU Strasbourg et LGDJ, 1994, p. 512. L'auteur souligne les paradoxes liés au caractère indissociable qui unit le prononcé de l'ancien divorce sur requête conjointe à la convention définitive homologuée.

**80.** À cet égard, on constate que certaines dispositions qui devaient inciter les époux à s'entendre, pendant l'instance en divorce, sur les conséquences patrimoniales du divorce contentieux, ne sont, dans certaines circonstances, plus appliquées par les juridictions. Tel est le cas pour les articles 252-3 alinéa 2, 255 10°, 257-2 et 267 alinéa 4 du Code civil.

Il convient de rappeler que le premier de ces textes dispose que, dès la tentative de conciliation, le juge demande aux époux de présenter pour l'audience de jugement, un projet de règlement des effets du divorce. À cet effet, le texte prévoit que le juge peut prendre les mesures provisoires prévues à l'article 255 du Code civil. Celui-ci peut donc, en application de l'article 255 10° du Code civil, désigner un notaire dans la perspective d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial. La demande en divorce introduite après l'ordonnance de non-conciliation doit, en application de l'article 257-2 du Code civil, comporter, sous peine d'irrecevabilité, « une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux ». Et selon l'article 267 alinéa 4 du Code civil : « si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistants entre eux ».

La réticence de la part des juridictions à ne plus appliquer ces dispositions se traduit de deux manières :

Tout d'abord, les juges ont, dans la plupart des divorces où des désaccords importants persistent entre les époux, abandonné la possibilité de nommer, lors de la tentative de conciliation, un notaire afin de préparer le projet de liquidation du régime matrimonial. De manière générale, le juge n'exige pas des époux ayant rompu tout dialogue de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce. Puis, au stade de l'assignation, la « proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux » se résume bien souvent à une proposition d'ensemble, de quelques lignes, dans laquelle la question de la liquidation du régime est vaguement abordée<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Ces informations sont issues de l'article de J. Casey, « Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial. Le divorce de la raison et du possible ? », *Dr. famille* 2008, étude, n° 1, spéc. p. 8.

À l'issu de ce constat, on ne peut que s'interroger sur les raisons qui ont conduit les juridictions à ne plus inviter les époux à s'entendre, pendant l'instance en divorce, sur les conséquences de leur rupture.

**81.** Afin d'expliquer cette situation, un auteur a affirmé que la liquidation du régime matrimonial dépendrait en réalité de « l'état d'esprit du notaire » et que l'on devrait « s'interroger longtemps sur la légitimité du notaire ainsi érigé en juge de fait des prétentions des parties »<sup>95</sup>. Et l'auteur de poursuivre son raisonnement en soutenant l'idée qu'un certain nombre de juges ne désigne pas de notaire, car « ils ne tiennent pas spécialement à devoir trancher les désaccords persistants n'étant pas, forcément au sein du TGI, juges de la liquidation »<sup>96</sup>.

Ces justifications apparaissent critiquables.

L'auteur semble oublier que le notaire a un statut d'officier ministériel. En cette qualité, il ne peut donner son aval à un acte qui serait contraire à l'intérêt d'une partie ou à l'ordre public. Comme le soutient M. Beignier, le statut d'officier ministériel du notaire « fait de lui un auxiliaire de justice [...]. Le notariat a en charge une véritable mission de service public »<sup>97</sup>.

Les compétences du juge aux affaires familiales lui permettent, aisément, de maîtriser toutes les opérations de liquidation du régime matrimonial.

Il n'y a donc pas lieu de douter ni de la déontologie notariale, ni des compétences du juge aux affaires familiales. Les raisons qui ont conduit les juges à ne plus inviter certains époux à liquider conventionnellement leurs intérêts patrimoniaux pendant l'instance en divorce contentieux sont ailleurs.

Il semblerait que ce phénomène puisse s'expliquer par l'impossibilité pour les juges aux affaires familiales d'amener des époux, se trouvant dans l'incapacité de surmonter leur sentiment de rancœur et de haine, à conclure un quelconque accord. Et outre, ces vaines tentatives d'accords sont susceptibles de ralentir le cours de la procédure de divorce et,

---

<sup>95</sup> J. Casey, art. préc., p. 8.

<sup>96</sup> J. Casey, art. préc. . , p. 8. Selon l'article

<sup>97</sup> B. Beignier, art. préc. p. 9.



dans certaines hypothèses où le dialogue entre les époux est rompu, de conduire « à des situations de total immobilisme »<sup>98</sup>.

**82.** Ainsi, il apparaît que le législateur, en dépit de sa volonté de limiter le contentieux de l'après divorce, ne puisse contraindre des époux, qui n'en ont nullement l'intention, à s'entendre sur les conséquences patrimoniales de leur rupture. Ce constat invite à s'interroger sur la manière dont une convention pourrait se former en dehors de tout accord de volontés. En d'autres termes, pourrait-on octroyer au juge la possibilité, par sa seule décision, de conclure un accord en se substituant à la volonté des époux ? L'hypothèse envisagée n'est pas exceptionnelle, le droit du divorce connaît des actes juridiques dont la formation se dispense de tout accord de volontés<sup>99</sup>. L'on pense, notamment, à l'article 274 2° du Code civil qui permet au juge d'imposer à l'époux propriétaire la cession de son bien en pleine propriété ou la cession « d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit » comme mode de paiement de la prestation compensatoire. Néanmoins, l'accord de l'époux débiteur de la prestation est requis pour l'attribution en propriété de biens reçus par succession ou donation.

Par un arrêt rendu le 12 novembre 2009<sup>100</sup>, la Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur l'application de l'article 274 2° du Code civil. Dans cette affaire, une Cour d'appel avait débouté une épouse de sa demande tendant à voir fixer la prestation compensatoire sous la forme de l'attribution en pleine propriété d'un appartement, au motif que celui-ci appartenait à son conjoint avant le mariage et que son accord était exigé. Sur le visa de l'article 274 du Code civil, la Cour de cassation censura l'arrêt des juges du fond et affirma « que pour l'attribution de biens en propriété à titre de prestation compensatoire, l'accord de l'époux débiteur n'est exigé que pour les biens qu'il a reçus par succession ou donation ».

---

<sup>98</sup> L'expression est empruntée à J. Casey, art.préc., p. 8. L'auteur constate que dans les cas où, en dépit de la mésestimation des époux, le juge nomme un notaire sur le fondement de l'article 255, 10°, il est assez rare, en pratique, que l'ordonnance de non-conciliation fixe un délai au notaire afin qu'il rend son rapport. Et l'auteur de préciser qu'il est fréquent que le notaire demande au juge un prolongement de la durée de sa mission.

<sup>99</sup> Voir notamment les développements consacrés par Alice Engel-Creach, dans sa thèse : *Les contrats judiciairement formés*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, n° 96 et s., aux contrats formés par le juge. L'auteur fait observer que, dans le droit privé, les dispositions permettant au juge de former un accord en dehors de toute manifestation de volontés de la part des parties se multiplient. L'auteur relève, thèse préc., n° 96, que dans ces hypothèses : « le juge se voit reconnaître la possibilité de renier la liberté de principe dont elles disposent, de contracter ou de ne pas contracter, de choisir leur partenaire contractuel et de déterminer le contenu du contrat qu'elles concluent : il est admis à créer, de toutes pièces, le contrat qui liera les parties comme s'elles étaient parvenues à s'entendre ».

<sup>100</sup> Cass. 1re civ., 12 nov. 2009, *AJF* 2010, jur. p. 83, note S. David; *Dr. famille* 2010, comm. n° 15, note V. Larribau-Terneyre.

À la lecture de cette décision, il apparaît que la nécessité de l'accord de l'époux est limitée aux biens reçus par succession ou donation et ne saurait être étendue aux biens présents c'est-à-dire à ceux dont l'époux était propriétaire ou possesseur au jour de la célébration du mariage<sup>101</sup>. En définitive, le jugement opère une cession forcée de la propriété d'un bien au profit de l'époux créancier de la prestation compensatoire<sup>102</sup>. Cette hypothèse de contrat forcé n'est pas isolée dans le droit du divorce. Elle concerne également le bail du logement de la famille. Ainsi, l'article 285-1 du Code civil autorise-t-il le juge à concéder à bail à l'un des époux exerçant seul ou en commun l'autorité parentale, le local appartenant en propre ou personnellement à l'autre conjoint et ayant servi de logement familial. Lors de l'entrée en vigueur de la loi du 11 juillet 1975, Monsieur Massip avait manifesté son étonnement à l'égard d'une telle disposition : « le rôle donné au juge est, à l'évidence, exorbitant du droit commun : le juge va se substituer au bailleur et passer le contrat à sa place. C'est le juge faiseur de contrat. A notre connaissance, une disposition de cette nature ne comporte pas de précédents dans notre droit »<sup>103</sup>.

Pourtant, ces situations seraient susceptibles de satisfaire Demogue qui avait souhaité que le juge tienne un rôle prépondérant lors de la conclusion du contrat : « La vie est pleine de situations où il faut s'entendre. Si on n'y parvient pas, le juge doit créer un acte qui vaudra entente »<sup>104</sup>. Néanmoins, en raison de l'absence de tout caractère conventionnel de ces rapports, on en vient à douter de la véritable nature conventionnelle de ces contrats forcés<sup>105</sup>. Ce qui n'a pas échappé à un auteur qui a évoqué la notion de « rapport juridique d'origine judiciaire »<sup>106</sup>.

**83.** La loi du 26 mai 2004 n'est pas allée jusqu'à autoriser le juge à imposer aux époux un accord ayant pour objet l'ensemble des conséquences patrimoniales du divorce. L'article 267 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prévoit « qu'à défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et

<sup>101</sup> L'article 1405 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose : « restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs ».

<sup>102</sup> En ce sens : v. S. David, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 nov. 2009, *AJF* 2010, jur. p. 84. Néanmoins, l'auteur précise qu'un tel cas reste assez rare en pratique.

<sup>103</sup> J. Massip, *La réforme du divorce, op. cit.*, n° 197, p. 244.

<sup>104</sup> R. Demogue, *Traité des obligations, Source des obligations*, t. II, Librairie Arthur Rousseau, 1923, n° 727, p. 503.

<sup>105</sup> Pour certains auteurs, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 36, le législateur a créé « de toutes pièces un rapport qui n'a plus de contractuel que le nom ». Sur l'exclusion de ces actes de la catégorie des conventions du divorce.

<sup>106</sup> A. Engel-Creach, thèse préc., n° 9.

le partage de leurs intérêts patrimoniaux ». Assurément, le juge ne peut se substituer à la volonté des époux<sup>107</sup>. Ce choix apparaît opportun, car l'objectif principal de la réforme consistant à concentrer le règlement des conséquences du divorce au moment de son prononcé ne pourrait justifier qu'un individu soit engagé dans des liens contractuels sans avoir à manifester de volonté dans ce sens.

**84.** Pour autant, la réforme ne s'est pas attachée à éviter le phénomène inverse. En effet, le juge peut priver d'effet tout accord préalablement conclu par les époux en rejetant la demande d'homologation. Cette atteinte portée à la volonté contractuelle des époux concerne désormais tous les types de divorce.

Comment justifier que des époux, qui ont exprimé leur volonté en concluant un accord ayant pour objet les conséquences patrimoniales du divorce, se trouvent, en réalité, placés sous la tutelle d'un magistrat ?

En définitive, on en vient à se demander si, en droit du divorce, le législateur n'entend pas progressivement dépouiller les époux du choix de contracter<sup>108</sup>. Ainsi, cette atteinte portée au choix de contracter est susceptible de se manifester de deux façons distinctes et opposées l'une de l'autre, qu'il convient ici de rappeler.

En premier lieu, le juge dispose de la possibilité d'imposer aux époux un accord de volonté et le droit du divorce, au travers des articles 274 2° et 285-1 du Code civil, connaît déjà une telle situation. L'on pourrait donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si, à l'avenir, le législateur n'entend pas appliquer ce procédé du contrat forcé à l'ensemble des conséquences du divorce.

En second lieu, en généralisant le contrôle judiciaire à tous les accords conclus par les époux, le législateur manifeste sa défiance à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté. Le refus de la part du juge d'homologuer une convention a pour effet de rendre inefficace la volonté concordante des époux.

Assurément, la liberté contractuelle des époux, et plus précisément leur volonté de contracter ou de ne pas contracter, semble peu à peu disparaître au profit d'un

---

<sup>107</sup> En ce sens : É. Buat-Ménard, « Le partage du régime matrimonial devant le juge aux affaires familiales : état des lieux au lendemain d'une réforme », dossier « Liquidation du régime matrimonial (1<sup>ère</sup> partie) », *AJF* 2010, p. 157. Selon l'auteur, « l'article 267 c. civ. dispose que, à défaut de règlement conventionnel par les époux, le juge ne saurait y suppléer : il ne fait qu'ordonner la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux en même temps qu'il prononce le divorce. Ce faisant, le JAF vide sa saisine et ne saurait, en conséquence, statuer sur les désaccords des époux au sujet du règlement de leur régime matrimonial ».

<sup>108</sup> En ce sens à propos de l'ensemble du droit privé : Voir A. Engel-Creach, thèse préc., n° 96 et s.

développement des pouvoirs du juge. Néanmoins, celui-ci dispose d'une marge de manœuvre relativement faible. Son pouvoir est, en effet, encadré par les dispositions de l'article 268 alinéa 2 du Code civil. Ce texte prévoit que : « le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce ». La loi n'autorise donc pas le juge à modifier le contenu des conventions conclues par les époux. Aussi, l'on ne partage pas le point de vue de Mme Niboyet<sup>109</sup> qui, dans sa thèse, affirme, tout d'abord, que, lors de l'audience, le juge peut être amené à corriger l'accord sans que les époux consentent réellement aux modifications et, ensuite, s'interroge : « N'est-ce pas là une manière d'admettre que le juge peut finalement se substituer aux parties ? ». Cet auteur justifie ses propos en se basant sur le « souci de rapidité de la procédure » qui « sert en même temps l'ordre public »<sup>110</sup>.

Tout d'abord, on ne comprend pas les raisons qui ont conduit l'auteur à fonder sa démonstration sur l'ordre public. On peut, simplement, souligner qu'il semble douteux de s'appuyer sur l'argument tiré de l'ordre public pour priver les parties de l'exercice de leur liberté contractuelle. Le raisonnement soutenu apparaît contestable, dans la mesure où il conduit à se passer de la volonté des époux afin de les engager dans les liens contractuels pour légitimer, de la sorte, la pratique des contrats forcés. Le souci de rapidité de la procédure et la notion d'ordre public ne peuvent suffire à ôter aux parties la liberté de ne pas contracter. En outre, la lecture de l'article 1099 alinéa 2 du Code de Procédure civile n'autorise pas une telle déduction. Cet article dispose qu'« avec l'accord des parties, en présence, du ou des avocats, le juge peut faire supprimer ou modifier les clauses de la convention qui lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou de l'un des époux ». Le juge ne peut donc réformer les conventions qu'avec le consentement des époux. Son pouvoir se limite à approuver les conventions, ou au contraire, à les désapprouver dans l'hypothèse où des époux n'accepteraient pas les modifications proposées.

Finalement, la cohérence du raisonnement commanderait, sans doute, de ne pas tenter de convaincre, en vain, des époux ayant rompu tout dialogue à conclure des accords et, au contraire, de laisser intacte la liberté contractuelle de ceux qui ont choisi de régler eux-mêmes les conséquences patrimoniales de leur rupture, en ne soumettant pas les

---

<sup>109</sup> F. Niboyet, thèse préc., n° 610. À propos de l'article 1099 alinéa 2 du Code de Procédure Civile, l'auteur se pose la question de savoir si ce n'est pas là « une manière d'admettre que le juge peut finalement se substituer aux parties ? ».

<sup>110</sup> Thèse préc., *op. et loc. cit.*

conventions ainsi conclues au contrôle du juge. En définitive, ce contrôle a montré ses faiblesses. Ce qui conduit à proposer de nouvelles solutions.

### *B. – Propositions d'amélioration*

**85.** De manière générale, le contrôle *a priori* des accords manifeste l'importance croissante du rôle joué par l'ordre public en la matière. Un auteur a, d'ailleurs, soutenu la thèse selon laquelle l'ordre public s'affirmerait dans toutes les branches du droit<sup>111</sup>. Cette tendance semble se confirmer dans le droit du divorce. Le législateur a souhaité encadrer les volontés individuelles au moyen de la technique de l'homologation. Et l'on constate une présence globale de l'ordre public dans le règlement des conséquences du divorce.

Habituellement, on enseigne que le rayonnement de l'ordre public serait moins intense en matière patrimoniale que pour les questions liées à l'état des personnes<sup>112</sup>. En droit du divorce, cette dichotomie semble s'atténuer. L'ordre public a vocation à gouverner aussi bien les conséquences extra-patrimoniales que patrimoniales du divorce. S'agissant du mariage et plus précisément de la fonction de protection du couple assuré par l'ordre public matrimonial, un auteur a souligné ce changement de perspective : « Aujourd'hui, si l'ordre public a du mal à rester ancré dans la sphère personnelle des époux, il ressort presque plus visiblement dans leur sphère patrimoniale. Est-ce à dire que l'on tend désormais à unir les patrimoines et non plus les personnes ? »<sup>113</sup>. Le constat est identique en droit du divorce. Mais, il ne semble pas satisfaisant. En effet, une distinction devrait être effectuée entre les rapports personnels et les rapports patrimoniaux des couples divorcés. La thèse selon laquelle la famille formerait un entrelacs de droits et de devoirs tant extrapatrimoniaux que patrimoniaux<sup>114</sup>, ce qui justifierait la présence croissante de l'ordre public matrimonial, ne convainc pas pleinement. En droit du divorce, les époux qui ont trouvé un terrain d'entente afin de régler les conséquences patrimoniales de leur rupture ne ressentent pas la nécessité de soumettre leur accord à une homologation judiciaire. Le règlement des intérêts

---

<sup>111</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, thèse préc., p. 1 et s.

<sup>112</sup> En ce sens : Voir notamment : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 379.

<sup>113</sup> F. Niboyet, thèse préc., n° 432.

<sup>114</sup> F. Niboyet, thèse préc., n° 7.

patrimoniaux du divorce est entré dans une « prévisibilité conventionnelle »<sup>115</sup> qui semble exclure un contrôle judiciaire *a priori* des accords. En d'autres termes, s'il apparaît opportun de soumettre l'état des personnes à un ordre public familial, celui-ci se traduisant par un contrôle judiciaire visant à vérifier que la volonté de divorcer de chacun des époux est réelle, que leur consentement est libre et éclairé et que les intérêts des enfants mineurs sont préservés<sup>116</sup>, il n'en saurait être de même pour les conséquences patrimoniales du divorce et, plus précisément, pour les rapports pécuniaires liant les époux entre eux. Aussi, il serait légitime, que s'agissant des intérêts patrimoniaux des époux, leur liberté contractuelle puisse s'exercer pleinement.

Cette proposition se justifie d'autant plus que la loi du 26 mai 2004 concerne uniquement les rapports entre époux et n'envisage pas les conséquences du divorce à l'égard des enfants. À cet égard, l'on peut observer que l'ancienne Section III intitulée « Des conséquences du divorce pour les enfants » ne contient plus aucune disposition. La loi du 4 mars 2002 a, en effet, modifié le contenu de l'article 286 du Code civil qui renvoie désormais au chapitre Ier du titre IX du livre Ier. Ce dernier titre concerne l'autorité parentale. L'objectif principal de la loi du 4 mars 2002 est de poser le principe selon lequel la séparation des parents ne doit pas modifier les règles de dévolution de l'autorité parentale<sup>117</sup>. À l'évidence, la loi du 26 mai 2004 se veut « la loi du couple »<sup>118</sup> et le sort des enfants ne se voit donc pas menacé par une contractualisation des rapports patrimoniaux des époux divorcés.

Par ailleurs, le droit patrimonial de la famille connaît déjà des situations dans lesquelles le recours au juge ne constitue plus le principe et est limité à des hypothèses précises. L'on pense, notamment, au changement de régime matrimonial. Aux termes de l'article 1397 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil issu de loi du 23 juin 2006 sur les successions et les libéralités et de la loi du 5 mars 2007 : « Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par acte notarié. À peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire ». Le principe de liberté contractuelle des époux est, néanmoins, encadré. L'homologation est

---

<sup>115</sup> L'expression est empruntée à MM. J. Hauser, P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champs ? », art. préc., p. 357, spéc. p. 360.

<sup>116</sup> Sur ce point voir. *infra*. n° 264 et s.

<sup>117</sup> L'article 373-2 alinéa premier du Code civil dispose que : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ».

<sup>118</sup> B. Beignier, art. préc. p. 9.

exigée par la loi en présence d'enfants mineurs (alinéa 5 de l'article 1397 du Code civil) ou d'opposition, soit d'enfants majeurs qui devront personnellement être informés (alinéa 2 de l'article 1397) de la modification, soit des créanciers (alinéa 3 de l'article 1397). Assurément, le système d'un contrôle *a priori* des conventions constitue l'exception au principe de liberté contractuelle des époux.

Il apparaît donc que l'homologation judiciaire n'est plus imposée aux époux qui souhaitent changer de régime matrimonial. La matière se déjudiciarise partiellement, et par voie de conséquence, se contractualise progressivement. Il doit en être déduit que le droit patrimonial de la famille, et en particulier le droit patrimonial du divorce, ne doit plus être perçu comme un droit de contrainte caractérisé par une défiance à l'égard du principe de l'autonomie de la volonté. Le contrat est un instrument qui a sa place dans le droit patrimonial du divorce. Souhaiter en limiter son rayonnement en s'appuyant, d'une part, sur la spécificité du droit patrimonial, et d'autre part, sur la notion d'un ordre public matrimonial ne saurait convaincre<sup>119</sup>. Comme le relève M. Beignier : « le nouvel ordre public patrimonial est bien celui de la liberté »<sup>120</sup>. Ce que conforte, par ailleurs, la déjudiciarisation du divorce consacrée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoyant, notamment le divorce par consentement mutuel sans la présence du juge aux affaires familiales. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, les époux peuvent divorcer par acte sous signature privée contresigné par deux avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.

**86.** Pourtant, une frange de la doctrine a manifesté son scepticisme à l'égard de la réelle adéquation entre le droit des contrats et le droit patrimonial de famille. Il convient, ici, d'exposer les principales réserves relevées par les auteurs.

Tout d'abord, le droit des obligations, dont le dessein serait la mise en œuvre de tous les moyens nécessaires pour assurer à chacun son dû, ne serait pas susceptible de satisfaire les finalités propres, tant patrimoniales qu'extra-patrimoniales, du droit de la famille, c'est à dire donner à chacun selon ses besoins<sup>121</sup>. Ensuite, le droit des contrats serait caractérisé par un fort individualisme incompatible avec la notion de cohésion

---

<sup>119</sup> Cette thèse est défendue par F. Niboyet, thèse préc. , n° 605. Selon l'auteur : « Vouloir faire tomber le droit matrimonial dans celui des contrats nous paraît aussi excessif que vouloir prôner un retour à une généralisation des interdictions ».

<sup>120</sup> B. Beignier, art. préc. p. 9.

<sup>121</sup> E. Du Pontavice, *L'autonomie du droit de la famille*, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques, Sceaux, Ed. Techniques et Economiques, 1974, p. 12, spéc. p. 23, n°7.

familiale<sup>122</sup>. Enfin, les rapports issus du droit de la famille empreints de sentiments et de complexité seraient bien plus nuancés que le seraient les rapports obligatoires<sup>123</sup>. Ces affirmations apparaissent critiquables.

En premier lieu, ainsi qu'on la souligné précédemment, le droit extra-patrimonial doit être distingué du patrimonial de la famille. Plus précisément, le droit extra-patrimonial du divorce doit être différencié de son versant patrimonial. Une distinction doit être faite entre le prononcé du divorce affectant l'état des personnes et les intérêts patrimoniaux de chacun des membres du couple. Au soutien de cette affirmation, l'on peut, notamment, citer la jurisprudence posant le principe selon lequel les éléments de nature patrimoniale contenus dans la convention homologuée doivent être distingués du prononcé du divorce. En effet, la première chambre Civile<sup>124</sup> puis la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>125</sup> ont considéré que les dispositions patrimoniales et pécuniaires contenues dans la convention homologuée et conclue après la date de cessation des paiements étaient susceptibles d'être frappées par l'une des nullités affectant les actes accomplis au cours de la période suspecte. La Cour de cassation, soucieuse de sanctionner, au moyen d'une action en nullité, les fraudes commises par les époux lors de l'ouverture d'une procédure collective n'entend pas, pour autant, remettre en cause, le principe même du divorce. Il faut donc admettre que le prononcé du divorce ne saurait être altéré par l'annulation qui frappe l'acte de partage contenant les dispositions patrimoniales contestées par les organes de la procédure<sup>126</sup>. Il ne serait, en effet, pas admissible qu'un divorce soit annulé à la demande d'un administrateur d'une entreprise en difficulté. Aussi, doit-on considérer que le prononcé du divorce étant un jugement, il ne peut, à ce titre, rentrer dans le champ contractuel des époux. Au contraire, les conséquences patrimoniales de la rupture doivent être régies par le principe de l'autonomie de la volonté<sup>127</sup>.

<sup>122</sup> J. M. Grossen, « Quelques remarques sur la situation et les méthodes du droit de la famille », *RDS* 1966, p. 41, spéc., p. 48.

<sup>123</sup> Cette objection est soulevée par M. Lécuyer, thèse préc. n° 3 et 8, qui, dans un premier temps, s'interroge sur l'aboutissement de la mise en relation de la théorie générale des obligations et du droit patrimonial de la famille, afin, dans un second temps, de mieux cerner la manière dont la première est susceptible de pénétrer le second.

<sup>124</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janv. 2000, *D.* 2000, jur. p. 103, obs. A. Lienhard ; *D.* 2000, somm. p. 333, obs. J. Revel ; *Dr. famille* 2000, comm. n° 48, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 2000, p. 553, obs. J. Hauser ; *RTD com.* 2000, p. 460, obs. A. Martin-Serf.

<sup>125</sup> Cass. Com. 7 nov. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 216, p. 242 ; *D.* 2006, jur. p. 2911, obs. A. Lienhard ; *JCP G* 2007, I. 153, n° 7, obs. M. Cabrillac ; *Dr. famille*, 2007, comm. n° 61, note V. Larribau-Terneyre ; *Dr et proc.* 2007, p. 94, obs. E. Putman ; *RTD civ.* 2007, p. 322, obs. J. Hauser.

<sup>126</sup> Pour les actions ouvertes aux tiers contre la convention homologuée v. *infra* n° 298 et s.

<sup>127</sup> En ce sens : F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », *op. cit.*, p. 72 et 73. L'auteur précise que « l'union matrimoniale demeure indisponible ».



En second lieu, on observe dans le droit de la famille un fort individualisme généré par un développement des libertés au sein du couple. Un auteur a d'ailleurs démontré que le mouvement de libéralisation des relations conjugales concerne principalement la femme et se manifeste par une autonomie financière accrue de cette dernière<sup>128</sup>. Il en résulte une disparition progressive de la notion de groupe conjugal au profit d'un accroissement des droits individuels et chacun des membres du couple revendique son « dû ». En raison de ces revendications individuelles, le droit des obligations et spécialement le droit des contrats apparaît comme un instrument pouvant satisfaire les finalités du droit patrimonial de la famille envisagé du point de vue des relations entre les époux et, en particulier, les finalités du droit patrimonial du divorce. En outre, il semble quelque peu illusoire d'envisager les relations entre époux divorcés comme des rapports empreints de sentiments. On constate bien souvent, que lors d'un divorce, les intérêts financiers de chacun l'emportent sur toute considération d'ordre sentimental. Bien d'avantage encore, les intérêts financiers divergents de chacun des époux sont de natures à exclure tout sentiment.

Les positions défendues par certains auteurs se révèlent donc obsolètes.

**87.** Ainsi, la solution qui consistait à autoriser les époux à conclure, pendant l'instance en divorce ou à défaut après son prononcé par le juge, un contrat portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce, ceci sous l'égide du notaire liquidateur, aurait pu sembler préférable. Au soutien de cette affirmation, plusieurs raisons peuvent être invoquées.

Tout d'abord, le contrat est un instrument négocié. Et ainsi que l'ont exprimé MM. Terré, Simler et Lequette : « le contrat est synonyme d'obligation acceptée. Or l'on supporte plus aisément et l'on exécute de meilleure grâce des obligations auxquelles on a volontairement souscrit »<sup>129</sup>. Ce raisonnement à une portée générale, il peut donc s'appliquer au droit du divorce. Le contrat ayant pour objet les conséquences

---

<sup>128</sup> En ce sens : F. Niboyet, thèse préc. , n° 151. L'auteur démontre que l'autonomie financière des époux et en particulier celle de la femme se manifeste, d'une part, par son autonomie financière dans les actes de la vie courante et, d'autre part, par la reconnaissance de sa liberté professionnelle.

<sup>129</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 48.

patrimoniales de la rupture deviendrait la loi des parties. À ce titre, il n'en serait que mieux respecté et exécuté par les époux divorcés<sup>130</sup>.

Enfin, on l'a déjà souligné précédemment, en tant qu'officier ministériel, le notaire ne pourrait prêter son concours à un contrat qui serait contraire aux intérêts de l'une des parties et, notamment, de l'époux le plus faible. Le notaire aurait également pour rôle de s'assurer que la volonté des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. A l'évidence, l'État, par l'intermédiaire du notaire, ne perdrait pas tout droit de regard sur les accords conclus par les époux. Le règlement des conséquences patrimoniales du divorce par les époux se réaliserait dans un cadre authentique, sous la responsabilité du notaire, celui-ci se substituant au juge<sup>131</sup>. A cet égard, on peut observer que, de manière générale, le législateur fait confiance au notaire en lui attribuant une place prépondérante dans les réformes du droit successoral et matrimonial. L'on pense, notamment, à la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. L'article 812-1-1 alinéa 3 du Code civil impose, en effet, la forme notariée au mandat à effet posthume. Quant à la renonciation anticipée à l'action en réduction, l'article 930 alinéa 1<sup>er</sup> dispose que celle-ci doit être « établie par acte authentique spécifique reçu par deux notaires ». De la même manière, le législateur, en l'absence d'enfant mineur, confie au notaire la tâche de rédiger l'acte ayant pour objet la modification du régime matrimonial (article 1397 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil). Comme l'exprime un auteur : « le droit volontaire familial et patrimonial ne se conçoit pas de façon anarchique, sur une simple feuille de papier, mais dans un cadre authentique, sous la surveillance d'une autorité de l'État, par délégation, qui n'est plus ici le juge, mais le notaire »<sup>132</sup>. Il semblerait donc cohérent d'étendre la fonction du notaire au droit patrimonial du divorce, et plus précisément de l'autoriser à rédiger les contrats portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce. En outre, la déontologie notariale met à la charge du notaire un devoir de conseil, obligeant celui-ci à refuser de donner son aval à un contrat qui serait totalement déséquilibré. Assurément, le notaire, en qualité

---

<sup>130</sup> En ce sens : Ph. Potentier, « Le divorce par consentement mutuel : un débat qui n'est pas clos », Dossier « Prochaine réforme de la procédure familiale », *AJF* 2008, p. 328, spéc. 330. Selon l'auteur « parce que le droit est ici une loi volontaire et choisi, celui-ci est nécessairement personnalisé et adapté ».

<sup>131</sup> S'agissant du rôle du notaire dans le droit patrimonial de la famille, un auteur, Ph. Potentier, art. préc. p. 330, considère que le notaire rédacteur et authenticateur de l'acte engagerait non seulement sa responsabilité mais également celle de « la profession tout entière, dont il dépend ».

<sup>132</sup> Ph. Potentier, art. préc. p. 330.

d'auxiliaire de justice, aurait pour mission de protéger, au stade de la formation du contrat, les intérêts de chacun des époux<sup>133</sup>.

On pourrait s'attendre à ce que cette proposition soit consacrée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoyant, notamment, le divorce par consentement mutuel sans la présence du juge aux affaires familiales. Or, il n'en est rien. Tout d'abord, le rôle du notaire est formel. Celui-ci, en application du nouvel article 229-1 du Code civil, est chargé d'effectuer un contrôle du respect des exigences formelles c'est-à-dire des mentions imposées à peine de nullité<sup>134</sup>. Il doit également vérifier que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion de quinze jours. Si la convention est contraire à l'ordre public, le notaire devra en alerter les avocats<sup>135</sup>. Après avoir contrôlé l'ensemble des mentions requises à peine de nullité et les annexes nécessaires, le notaire dépose la convention au rang de ses minutes. Comme le relève M. Brenner : « Il en résulte assurément que le notaire n'est pas habilité à vérifier l'équilibre de la convention, la liberté et le caractère éclairé du consentement des époux »<sup>136</sup>. À l'évidence, la loi n'a pas fait du notaire le juge du contenu de la convention.

Ensuite, il semble douteux que la convention de divorce par consentement mutuel, prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, relève de la catégorie des contrats de droit commun. En effet,

---

<sup>133</sup> Le devoir de conseil n'est pas le monopole du notaire. Selon B. Beinier, art. préc., p. 12, les avocats pourraient se spécialiser en droit patrimonial de la famille afin de tenir le rôle de conseiller des parties. Ainsi, une convention de divorce pourrait être élaborée par un avocat spécialiste de la matière et le notaire n'interviendrait qu'au titre de l'instrument authentique en cas d'immeubles. Ce qui aurait pour effet « de calmer les appréhensions du barreau ». Cependant, l'auteur fait remarquer que peu d'avocats sont spécialisés en droit patrimonial de la famille. Et, selon J. Casey, art. préc., p. 9, si les avocats étaient obligés de préparer une liquidation, ils devraient « s'attaquer de façon frontale à la question ». Néanmoins, l'auteur précise que nombreux sont les avocats à suivre des formations en la matière. Sur le rôle du notaire v. notamment : J. Lafond, « Notaires et avocats dans le nouveau droit du divorce », *JCP N*, 2005, 1181, R. Brochard, « La mission du notaire dans le cadre du nouveau divorce », *JCP N*, 2005, 1177, N. Couzigou-Suhas, « Les incitations procédurales à une liquidation rapide et efficace du régime matrimonial », *JCP N* 2005, 1178, J. Vassaux, « Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire », *Dr. et patrimoine* 2005, n° 134, A. Depondt, « Réflexions sur le rôle du notaire dans le nouveau divorce », *Deffrénois* 2006, p. 1815.

<sup>134</sup> Le nouvel article 229-3 du Code civil dispose que : « Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas. La convention comporte expressément, à peine de nullité :

1° Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;  
2° Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;  
3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;  
4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;  
5° L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;  
6° La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté ».

<sup>135</sup> En ce sens : Circulaire du 26/01/2017, n° CIV/02/17, NOR : JUSC1638274C, fiche n° 6.

<sup>136</sup> C. Brenner, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G*, 27 fév. 2017, 195.

le législateur n'utilise jamais le terme « contrat ». Un des commentateurs de la loi a critiqué la multitude des formules employées par le législateur : ces « formules pouvant se mélanger pour donner l'incroyable : « convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire », ce qui n'est pas exclusif d'une formulation infiniment plus vague : « accords par lesquels les époux consentent mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresignée par avocats, déposés au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues à l'article 229-1 du Code civil »<sup>137</sup>. Selon cet auteur : « On trouve donc de tout : « convention », « acte sous signature privée contresigné(e) par avocat », « accords ». Mais jamais le mot « contrat »<sup>138</sup>. Ce qui témoigne implicitement de la volonté du législateur de ne pas définir la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire comme un contrat au sens du nouvel article 1101 du Code civil, c'est-à-dire comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». En outre, la loi du 18 novembre 2016 consacrant la déjudiciarisation du divorce ne prévoit pas que cette dernière convention soit soumise aux principes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Notamment, les principes tels que : le principe de la liberté contractuelle, le principe de la force obligatoire des conventions ou encore l'affirmation d'une exigence générale de bonne foi ne sont pas énoncés dans la loi du 18 novembre 2016. Il apparaît donc difficile d'envisager d'assimiler cette convention à un contrat de droit commun. Ainsi que l'exprime un auteur : « En réalité, si le divorce conventionnel s'épanouira à l'abri de l'essentiel des règles du droit des contrats, c'est surtout parce que nombre d'entre elles lui sont totalement étrangères en raison de sa nature particulière »<sup>139</sup>. Dès lors, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir à quelle catégorie appartient la convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire. Le nouveau droit du divorce semble s'affranchir des règles prévues par le nouveau droit

---

<sup>137</sup> J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair obscur », *AJF*, janv. 2017, dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », p. 14, spéc., p. 17.

<sup>138</sup> J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair obscur », art.préc., p. 17.

<sup>139</sup> F. Chénéde, « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », *AJF*, janv. 2017, dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », p. 26, spéc., p. 27.

du contrat. Ce qui conduit à affirmer que cette dernière convention semble pouvoir être qualifiée de convention *sui generis*<sup>140</sup>.

En définitive, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoyant, notamment, le divorce par consentement mutuel sans la présence du juge aux affaires familiales n'a pas consacré la solution qui consistait à autoriser les époux à conclure, pendant l'instance en divorce ou à défaut après son prononcé par le juge, un contrat portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce, ceci sous l'égide du notaire liquidateur.

**88.** Si l'on admet qu'après le prononcé du divorce contentieux, les anciens époux sont susceptibles de redevenir, d'un point de vue patrimonial, des contractants de droit commun, ne doit-on pas également admettre qu'ils devraient disposer de la faculté de valider *a posteriori* des contrats qui ont été conclus pendant le mariage, l'instance en divorce ou le jour de son prononcé, et dont la cause de nullité résidait dans l'état d'époux ? C'est ce qu'il convient maintenant de vérifier.

## **Section II : La validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux**

**89.** Pour apprécier la pertinence du traitement de la validation des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux, il faut envisager successivement leur sort sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975 (§1) puis à la lumière de la loi du 26 mai 2004 (§2) afin de comparer les mécanismes de validation mis en place dans ces deux lois (§3).

---

<sup>140</sup> En ce sens : J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair obscur », art. préc., p. 18 ; F. Chénéde, « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », art., préc., p. 26.

## **§1. - La validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux au regard de la loi du 11 juillet 1975**

**90.** L'analyse de la jurisprudence relative au mécanisme de validation *a posteriori* des contrats conclus entre époux (I), permettra de démontrer qu'il s'agit là, en fonction du type de nullité encouru, d'une application de la confirmation ou de la réfection, mécanismes tous deux issus du droit commun des obligations (II).

### **I. – La jurisprudence relative au mécanisme de validation *a posteriori***

**91.** Avant la loi du 11 juillet 1975, il était de jurisprudence constante que les conventions de liquidation anticipée du régime matrimonial étaient interdites en raison du principe d'immutabilité du régime matrimonial. La sanction qui frappait ce type de liquidation était la nullité absolue<sup>141</sup>. La question se posait néanmoins de savoir si une liquidation effectuée par les anciens époux après que le jugement de divorce fut devenu définitif, mais en exécution d'un règlement amiable antérieur, était valable.

Dans un arrêt du 12 octobre 1965<sup>142</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la liquidation de communauté, faite entre deux époux, au cours d'une instance en divorce, était nulle, même si elle ne devait être exécutée qu'après le jugement. La liquidation devait donc être considérée comme nulle et non susceptible de confirmation, car elle était exécutée en application d'un règlement antérieur frappé de nullité absolue<sup>143</sup>.

Dans un arrêt de principe en date du 4 mai 1966<sup>144</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation, a opéré un revirement de jurisprudence<sup>145</sup> en décidant que « si l'acte nul de nullité absolue ne peut-être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de

<sup>141</sup> Pour un régime de communauté v. par exemple : Cass. 1re civ., 7 juin 1961, *Bull. civ. I*, n° 294, p. 234.

<sup>142</sup> Cass. 1re civ., 12 octobre 1965, *Bull. civ. I*, n° 535, p. 405 ; *JCP G* 1966, II, 14682, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1967, p. 381, note R. Nerson.

<sup>143</sup> Voir également : Cass. 1re civ., 26 mai 1959, *Bull. civ. I*, n° 267, p. 222 ; *JCP G* 1959, II, 11202, note M. Voirin. Dans cette décision, les magistrats ont considéré que la liquidation anticipée de la communauté était nulle, de nullité absolue et que la même nullité entachait l'acte de liquidation conclu postérieurement au divorce, « lequel ne constituait qu'une application pure et simple de l'accord susvisé, bien que ne comportant aucune référence à celui-ci et dont différentes clauses avaient déjà reçu exécution (...). L'atteinte portée à une règle d'ordre public n'étant pas susceptible de ratification ou de validation ».

<sup>144</sup> Cass. 1re civ., 4 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 265, p.206 ; *D.* 1966, jur. p. 553, note P. Malaurie ; *JCP G* 1967, II, 15038, note J. Dekeuwer-Défossez ; *RTD civ.* 1967, p.148, obs. J. Chevallier.

<sup>145</sup> Selon Monsieur Malaurie, obs. sous Cass. 1re civ., 4 mai 1966, *D.* 1966, p. 554, : « L'arrêt rapporté paraît donc nettement contraire aux décisions de 1959 et 1965, réagit contre leur sévérité excessive, et ne s'embarrasse pas de subtilités déconcertantes ».

renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé ». En l'espèce, la Cour d'appel avait déduit des faits qu'après expiration des délais d'appel, les parties avaient manifesté leur volonté d'exécuter entre elles le partage dans des conditions identiques à celles prévues à l'acte nul. La Cour de cassation prend soin de rappeler les éléments de faits relevés par les juges du fond : l'ancienne épouse (celle-là même qui par la suite a refusé de renouveler l'accord devant le notaire) s'était rendue chez le notaire chargé de la liquidation et du partage de la communauté afin de procéder au partage des biens tel qu'il a été prévu par le compromis. Par conséquent, selon la Haute juridiction, la Cour d'appel : « a souverainement constaté que les volontés des anciens époux s'étaient à nouveau rencontrées, alors que le divorce était définitif [...] ».

Cette décision fut ensuite confortée par un arrêt rendu par la même chambre le 1<sup>er</sup> décembre 1976<sup>146</sup>. La Cour de cassation a rappelé, dans des termes identiques, l'énoncé de principe qu'elle avait dégagé en 1966. La Haute juridiction a considéré qu'ayant relevé que l'ancien conjoint avait accompli, après que le divorce fut passé en force de chose jugée, divers actes d'exécution de la convention litigieuse et que l'ancienne épouse avait elle-même, dans le cadre de l'exécution de cette convention, reçu un chèque représentant sa part dans le prix d'une villa, « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel a estimé que les volontés, mêmes tacites, des deux époux s'étaient à nouveau rencontrées ».

Un peu plus d'un mois après ce dernier arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans une décision du 5 janv. 1977<sup>147</sup>, a réitéré la solution. Dans cette affaire, la Haute juridiction après avoir rappelé le principe de 1966, a affirmé que c'est à bon droit que la Cour d'appel, après avoir relevé « au vu des documents de la cause » que les parties avaient « maintenu leur commune volonté » à la suite du jugement de séparation de corps<sup>148</sup>, a reconnu la validité de la convention sous signatures privées contenant le partage amiable de la communauté.

Puis dans un arrêt en date du 29 novembre 1983, la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>149</sup>, tout en énonçant à nouveau le principe de 1966, a considéré qu'en l'espèce, la Cour d'appel, après avoir constaté que la convention conclue par les époux le

<sup>146</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, *Bull. civ. I*, n° 380, p. 301.

<sup>147</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1977, *Bull. civ. I*, n° 14, p.10.

<sup>148</sup> Les parties sont donc toujours mariées.

<sup>149</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n° 281, p. 252 ; *Gaz. Pal.* 1984, II, p.495, note J. Massip ; Defrénois 1984, art. n° 33326, p. 798, même note. Dans cette espèce, les époux avaient divorcé en application de la loi du 11juill. 1975.

jour du prononcé du divorce avait reçu exécution tant avant qu'après la date à laquelle le jugement de divorce était devenu irrévocable et que l'ancien époux (qui a ensuite refusé de renouveler cet accord devant le notaire liquidateur) avait réclamé le respect rigoureux de cette convention dans le détail de ses modalités, « a souverainement estimé que les volontés, mêmes tacites des deux parties, s'étaient à nouveau rencontrées pour renouveler cet accord ».

À la lecture de ces différentes décisions, il apparaît que les juges du fond disposent d'un important pouvoir d'appréciation pour appliquer le principe de validation *a posteriori* dégagé par la Cour de cassation. C'est à ces derniers juges qu'il appartient de déterminer, au vu des éléments de fait, si les parties ont souhaité maintenir leur commune volonté ou réitérer leur accord en exécutant la convention après que le jugement de divorce fut devenu définitif<sup>150</sup>. En témoigne de manière éclairante, un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 janv. 1985<sup>151</sup>. Dans cette affaire, deux époux ont divorcé et le jugement de divorce ordonnant la liquidation de la communauté est devenu irrévocable le 17 février 1976<sup>152</sup>. Par la suite, l'ancienne épouse a demandé la vente de deux immeubles qui dépendaient de la communauté. Son ancien conjoint 'y est opposé en se prévalant d'accords qui seraient intervenus entre les parties le 16 novembre 1975 et le 2 janv. 1976, ayant pour objet la liquidation de la communauté. Selon lui, ces accords auraient été réitérés verbalement chez le notaire le 22 novembre 1976 et auraient reçu un commencement d'exécution. La Cour d'appel a déclaré nulles les conventions invoquées au motif qu'elles ont eu pour but de faciliter la rupture du lien conjugal et qu'il n'est pas établi que ces conventions aient été exécutées après que le jugement de divorce fut devenu définitif. L'ancien conjoint s'est alors pourvu en cassation soutenant, notamment, que l'exécution même partielle d'une convention entachée d'une nullité, fut-elle absolue, emporte, dès lors que le vice a cessé, confirmation. La Cour de cassation, tout en rappelant le principe qu'elle avait dégagé en 1966, a rejeté le pourvoi au motif que « la Cour d'appel, par une appréciation souveraine des faits de la cause et la recherche de la commune intention des parties, a estimé qu'il n'était pas établi que les deux parties aient entendu renouveler ou maintenir leur

---

<sup>150</sup> Cette condition est essentielle à la validité d'un tel accord, puisque le mariage se trouve dissous à la date où le jugement de divorce est passé en force de chose jugée. Par conséquent, toute convention conclue antérieurement à la date où les délais d'appel ne seraient pas expirés serait frappée de nullité. À ce sujet, J. Massip, *La réforme du divorce*, T. 1, éd. Defrénois, 2<sup>e</sup> éd. 1986, n° 279, a pu affirmer que la convention de liquidation pouvait, en application de l'article 1120 du nouveau Code de procédure civile, valoir acquiescement au jugement

<sup>151</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 janv. 1985, *Bull. civ.* I, n° 6, p.5.

<sup>152</sup> En l'espèce, les époux ont divorcé en application du droit antérieur à la loi du 11 juill. 1975.



accord ». La Cour de cassation a pris soin, à nouveau, de rappeler les éléments de faits relevés par la Cour d'appel à l'appui de sa décision : les deux parties n'avaient pas manifesté leur intention d'exécuter l'accord soit chez le notaire, le 22 novembre 1976, soit à l'occasion du remboursement, en mai et août 1977, par l'ancien époux, de deux échéances du prêt bancaire souscrit par la communauté pour le financement de travaux sur les immeubles communs, échéances qui avaient été réglées par prélèvements sur le compte bancaire de sa femme, laquelle n'avait accepté ces deux remboursements que sous toutes réserves.

Critiquant ce dernier arrêt, Mme Balbo-Izarn dans sa thèse consacrée *aux conventions entre époux et divorce*<sup>153</sup>, soutient son défaut de cohérence par rapport à l'ensemble des solutions rendues par la Cour de cassation : « Ainsi, tantôt la Cour de cassation admet qu'il puisse y avoir validation *a posteriori* de la convention nulle par simple exécution de la convention, une exécution valant maintien tacite. Tantôt elle considère que l'exécution est insuffisante pour être constitutive d'un maintien de l'accord. Il faut pourtant noter que l'affaire de 1985 ne concernait qu'un début d'exécution mais cela semble suffisant... L'ensemble de ces décisions est contradictoire, il en ressort un important pouvoir d'interprétation des juges du fond ».

On ne peut partager l'opinion de cet auteur. En effet, chacune des décisions de Cour d'appel est toujours parfaitement motivée eu égard au principe dégagé par la Cour de cassation en 1966. Notamment, dans l'affaire de 1985, les parties n'ont jamais souhaité, d'un commun accord et postérieurement à la date où le divorce fut devenu définitif, exécuter l'accord ayant pour objet la liquidation de la communauté. Il s'en déduit que les volontés des parties ne sont jamais rencontrées dans le dessein de renouveler ou maintenir cet accord. C'est en fonction des éléments de faits de chaque espèce que les juges du fond sont amenés à exercer leur pouvoir d'appréciation. Ces différentes décisions n'apparaissent en rien contradictoires. Bien au contraire, elles illustrent le pouvoir souverain d'appréciation dévolu aux juges du fond en matière d'intention des parties. La Cour de cassation se borne à contrôler la motivation de ces décisions. La jurisprudence établie par la Haute juridiction, à ce sujet, est homogène et cohérente.

**92.** Ces décisions doivent être rapprochées des arrêts qui consacrent le même principe pour le règlement de certains des intérêts patrimoniaux des anciens époux : la faculté

---

<sup>153</sup> N. Balbo-Izarn, thèse préc., n° 319.

pour ces derniers de valider a posteriori des contrats qui ont été conclus pendant le mariage, l'instance en divorce ou le jour de son prononcé, et dont la cause de nullité résidait dans l'état d'époux.

Ainsi, en 1976, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir appliqué le mécanisme de validation *a posteriori* aux donations déguisées consenties par les époux pendant le mariage ou en prévision de celui-ci. Dans cette affaire, un couple a divorcé et le jugement de divorce est devenu définitif le 19 juin 1967. Par des accords contenus dans des lettres datées des 6 et 9 janv. 1968, les anciens conjoints ont procédé au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. L'ancien conjoint est ensuite décédé. L'ancienne épouse a alors assigné les héritiers dans le dessein de faire prononcer, sur le fondement de l'article 1099 alinéa 2 du Code civil<sup>154</sup>, la nullité de diverses donations déguisées qu'elle aurait consenties à son mari et dont les défendeurs étaient devenus bénéficiaires. La Cour d'appel de Paris a débouté l'ancienne conjointe en se fondant sur les accords intervenus après le divorce. Celle-ci s'est alors pourvue en cassation, soutenant notamment que la nullité des donations déguisées est une nullité absolue qui ne peut faire l'objet d'aucune confirmation. La Cour de cassation, dans une seconde décision du 1<sup>er</sup> décembre 1976<sup>155</sup>, a rejeté le pourvoi en décidant que « la prohibition des donations déguisées entre époux cesse nécessairement par l'effet du divorce, et qu'il est loisible, en conséquence, aux époux, après la dissolution de leur mariage, de maintenir leur commune volonté de faire produire effet aux donations déguisées qu'ils avaient pu se consentir pendant le cours de l'union conjugale ou en prévision de cette union ». Et la Haute juridiction de rappeler les éléments de faits qui ont justifié la décision rendue par les juges du fond : les « accords » de janv. 1968, « passés, en connaissance de cause, par des personnes dégagées des liens du mariage » s'analysent en « un règlement définitif et sans réserve de la totalité des questions d'ordre financier qui pouvaient se poser entre elles ». Par conséquent, selon la Cour de cassation, la Cour d'appel a pu en déduire que ces accords impliquaient nécessairement la renonciation de l'ancienne conjointe à se prévaloir d'éventuelles donations déguisées.

---

<sup>154</sup> L'ancien article 1099 alinéa 2 du Code civil dispose : « Toute donation, ou déguisée, ou faite à personne interposée, sera nulle ».

<sup>155</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, *Bull. civ.* I, n° 381, p. 301 ; *D.* 1977, jur. p. 177, note A. Breton ; *JCP G* 1977, II, 18625, obs. J. Patarin, *Gaz. Pal.*, 1977, II, p. 451, note T. Viallatte.

Par un arrêt du 20 janv. 1993<sup>156</sup>, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a admis l'application du mécanisme de validation *a posteriori* au contrat conclu par des époux et ayant pour objet l'attribution d'une prestation compensatoire à l'un des anciens conjoints. Dans cette affaire, le jugement de divorce avait été prononcé en application de l'article 248-1 du Code civil et il avait donné acte à l'ancien conjoint de ce qu'il consentait à verser à son ancienne épouse une prestation compensatoire sous forme de rente mensuelle indexée<sup>157</sup>. L'ancien conjoint ayant cessé le versement, son ancienne épouse l'a alors assigné afin d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'elle avait subi du fait de l'inexécution du contrat. La Cour d'appel a fait droit à cette demande. L'ancien conjoint s'est alors pourvu en cassation. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et par substitution de motifs a décidé que « si l'acte nul ne peut être rétroactivement confirmé, les parties peuvent renouveler leur accord et maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé ». La Haute juridiction prend soin de rappeler les éléments de faits justifiant sa décision : en l'espèce, l'ancien conjoint a continué de régler dans les mêmes conditions, pendant plusieurs années après le prononcé irrévocable du divorce, la prestation convenue.

Cette décision illustre parfaitement le principe dégagé par la Cour de cassation en 1966 : l'ancien conjoint ayant continué de payer dans les mêmes conditions et pendant plusieurs années après le prononcé irrévocable du divorce, la prestation convenue, la convention a donc reçu exécution. Par conséquent, il est manifeste que les volontés des parties se sont à nouveau rencontrées afin de renouveler ou maintenir cet accord<sup>158</sup>.

Cette solution fut ensuite réitérée, en 1996, par la première chambre civile de la Cour de cassation. En l'espèce, un époux avait engagé une procédure de divorce sur double aveu. Lors de la tentative de conciliation, il s'était engagé à laisser à son épouse le solde du prix de vente de l'immeuble commun. Le divorce fut prononcé le 21 mars 1985, sans que le jugement n'alloue de prestation compensatoire à l'épouse. Le 4 octobre 1985, les anciens époux ont, par acte sous seing privé, conclu une convention ayant pour objet la liquidation de leurs intérêts pécuniaires et l'attribution à l'ancienne épouse de l'appartement commun « à titre de prestation compensatoire ». En contrepartie, cette

---

<sup>156</sup> Cass. 2e civ., 20 janv. 1993, *Bull. civ.*, II, n° 20, p. 10.

<sup>157</sup> Il convient de noter que l'engagement pris par le mari alors même le juge lui en aurait « donné acte » était nul, de nullité absolue. Car, la prestation compensatoire relève de la compétence du juge. Ce qui constituait précisément le moyen du pourvoi.

<sup>158</sup> Il convient, cependant, de noter que, dans cet arrêt, la Cour de cassation substitue la conjonction « et » à la conjonction « ou » employée dans ces décisions antérieures. Veut-elle, ainsi, signifier que le maintien de la commune volonté des parties serait consécutif au renouvellement d'un accord ?

dernière avait acquiescé au jugement prononçant le divorce. Puis, l'ancienne conjointe a saisi le Tribunal de grande instance de Troyes dans le dessein de faire judiciairement constater la convention de liquidation de la communauté établie par le notaire. L'ancien mari s'y est opposé, arguant de la nullité de cet accord. Le Tribunal, dans un jugement du 17 mars 1993, a fait droit à la demande de l'ancienne conjointe. La Cour d'appel d'Amiens a confirmé, par un arrêt du 12 janv. 1995, le jugement de première instance qui avait donné acte aux parties de leur accord portant sur l'état liquidatif. L'ancien époux s'est alors pourvu en cassation soutenant qu'en cas de divorce sur demande acceptée, la prestation compensatoire, étrangère aux opérations de partage de la communauté, ne pouvait être que judiciairement fixée. La Cour de cassation, dans un arrêt du 17 décembre 1996<sup>159</sup>, a rejeté le pourvoi au motif que si l'engagement pris par l'ancien époux « au cours de l'instance en divorce était nul, il lui était loisible de renouveler son accord dès lors que la cause de nullité avait cessé ». Par conséquent, la Haute juridiction a considéré que la Cour d'appel ayant relevé que la convention attribuant à l'ancienne épouse « la propriété de l'immeuble commun avait également mis fin à l'instance en divorce, l'arrêt attaqué est par ce seul motif, légalement justifié [...] ». Tout d'abord, il est à noter que cette décision présente une différence avec celle rendue en 1993<sup>160</sup> : la convention était valable dès sa conclusion, car elle avait été conclue postérieurement au prononcé du divorce. Alors que dans la décision de 1993, la convention étant nulle, car conclue le jour du prononcé du divorce, il était indispensable de rechercher si, postérieurement au prononcé irrévocable du divorce, elle avait reçu exécution<sup>161</sup>.

Par ailleurs ces deux arrêts ont un point commun, la première Chambre civile et la deuxième Chambre civile<sup>162</sup> de la Cour de cassation ne reprennent pas la qualification de « prestation compensatoire » retenue par les parties. Il semblerait donc que l'on perçoive, ici, une certaine réticence de la part des hauts magistrats à qualifier de « compensatoire » une prestation qui, hors le cas d'un divorce sur demande conjointe, a été fixée par les parties. Un des commentateurs de l'arrêt justifie cette réticence en

<sup>159</sup> Cass. 1re civ., 17 déc. 1996, *Bull. civ.* I, n° 450, p. 316 ; *Defrénois* 1997, art. 36531, p.455, obs. D. Bignon.

<sup>160</sup> Cass. 2e civ., 20 janv. 1993, arrêt préc., *Bull. civ.*, II, n° 20, p.10.

<sup>161</sup> Selon D. Bignon, obs. sous Cass. 1re civ., 17 déc. 1996, *Defrénois* 1997, art.36531, p.458, « Jusqu'à présent, dans la plupart des affaires dans lesquelles la Cour de cassation avait validé de telles conventions, les accords avaient été conclus pendant l'instance en divorce et n'avaient pas été réitérés après que le jugement de divorce fut devenu irrévocable. Mais ces accords avaient reçu un commencement d'exécution après la date où le jugement était devenu irrévocable, ce qui permettait d'en déduire la volonté des deux parties de les maintenir ».

<sup>162</sup> Cass. 2e civ., 20 janv. 1993, arrêt préc., *Bull. civ.*, II, n° 20, p.10. Dans cet arrêt, la Cour de cassation emploie le terme de « prestation convenue ».

arguant que l'on ne pouvait employer le terme de « prestation compensatoire », car cette prestation devait nécessairement être prévue par le jugement prononçant le divorce, et de poursuivre que cette opération entrerait dans les opérations de liquidation de la communauté ayant existé entre les époux<sup>163</sup>. Cependant, il n'est pas certain d'après les faits que, dans l'esprit des parties, la « prestation convenue » se résumait à une simple opération de partage ; surtout si elle visait, ainsi que le prévoit l'article 270 du Code civil, à « compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». La réticence que l'on peut percevoir de la part de la Cour de cassation peut certes se comprendre, une « prestation compensatoire » étant d'ordinaire fixée lors du jugement prononçant le divorce, mais ne peut se justifier ainsi. La dénomination de « prestation compensatoire » donnée par les époux correspondait à l'économie réelle de l'accord. Il semblerait donc quelque peu injustifié de modifier la qualification de la convention.

**93.** À travers les différents arrêts étudiés, il apparaît que les anciens époux disposent de la faculté de valider *a posteriori* des contrats conclus pendant le mariage, l'instance en divorce ou le jour de son prononcé, et dont la cause de nullité résidait dans l'état d'époux. Cependant, une interrogation subsiste. Celle-ci a trait au type de mécanisme de validation *a posteriori* utilisé par la Cour de cassation et concerne, plus précisément, le point de savoir si ce dernier mécanisme est issu du droit commun des obligations.

## ***II. - La détermination du mécanisme de validation a posteriori : application de la confirmation ou de la réfection de droit commun***

**94.** L'énoncé de principe dégagé par la Cour de cassation en 1966 n'est pas aussi limpide qu'il n'y paraît à première lecture. « Si l'acte nul de nullité absolue ne peut être rétroactivement confirmé, il est loisible aux parties de renouveler leur accord ou de maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé ». Dans un premier temps, la Cour de cassation exclut la confirmation. Néanmoins, l'hésitation paraît lorsqu'elle ajoute qu'il est possible aux parties de « maintenir leur commune volonté lorsque la cause de nullité a cessé ». En d'autres termes, il semblerait que les parties soient admises à maintenir le contrat originaire. Cet énoncé de principe invite donc à

---

<sup>163</sup> D. Bignon, obs. sous Cass. 1re civ., 17 déc. 1996, Defrénois 1997, art.36531, p.457.

s'interroger sur le type de mécanisme de validation *a posteriori* utilisé par la Haute juridiction. L'exposé des thèses en présence (A) puis une appréciation du mécanisme (B) permettra de déterminer si celui-ci relève de la confirmation ou de la réfection de droit commun.

### A. – Exposé des thèses

**94.** De manière générale, la question de la confirmation ou de la réfection du contrat demeure très discutée en doctrine. Les positions doctrinales varient en fonction de la conception que se font les auteurs du type de nullité qui affecte le contrat : nullité relative, nullité absolue, nullité absolue temporaire, nullité mixte<sup>164</sup>. Il n'entre pas dans le cadre du présent propos de développer de manière exhaustive les différents courants doctrinaux, mais de présenter une analyse utile à la compréhension des décisions étudiées.

La confirmation n'était pas définie par le Code civil, mais celui-ci dans son titre III du livre III (Des preuves), des articles 1338 à 1340, en présentait son régime<sup>165</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations consacre une définition de la confirmation. En effet, selon le nouvel article article 1182 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat »<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> Le Code civil ne consacre pas une théorie générale des nullités. Par conséquent, selon MM. Terré, Simler et Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 86, la matière est abandonnée « à la sagacité des magistrats et aux réflexions des auteurs ». Selon la théorie classique, le contrat est assimilé à un organisme vivant. Si l'acte est atteint d'un vice incurable (absence de consentement, d'objet ou de cause), l'acte est « mort-né ». La nullité est absolue. Pour un exposé de la théorie classique des nullités, v. D. Berthiau, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 320, 1999, spéc. n°168-214. Dès le début du XXe siècle, les auteurs, notamment F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités, Étude de droit civil*, thèse Aix, 1902, ont critiqué cette conception. Selon, R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909, il n'y a pas d'infirmité de l'acte. La nullité de l'acte est la sanction d'une règle légale. Le régime de la nullité doit être déduit de la nature de la règle légale qui a été violée (le motif peut-être d'ordre général ou particulier). Aujourd'hui, de manière générale, le critère retenu est celui de la finalité poursuivie par la règle transgressée. Si cette règle tend à assurer la protection d'intérêts privés, la nullité est relative. Si celle-ci assure la sauvegarde de l'intérêt général, la nullité est absolue.

<sup>165</sup> L'alinéa premier de l'article 1338 du Code civil dispose : « L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée ». Selon l'alinéa deux du même article : « À défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée ». Et, selon l'alinéa 3 : « La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins des droits des tiers ».

<sup>166</sup> Nouvel article 1182 du Code civil : « La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat » (alinéa 2). « L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé » (alinéa 3). « La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers » (alinéa 4).

L'ordonnance portant réforme du droit des contrats articule la nullité relative avec la confirmation :

Cette définition contenue dans l'ordonnance portant réforme du droit des contrats s'inspire de celle proposée par MM. Terré, Simler et Lequette selon laquelle : « La confirmation est l'acte juridique par lequel une personne qui peut demander la nullité d'un acte renonce à se prévaloir des vices dont celui-ci est entaché. Si cette personne était seule à pouvoir se prévaloir de cette nullité, le vice dont l'acte était atteint est couvert. L'acte est rétroactivement valable. Dans le cas contraire, les autres titulaires conservent leur droit d'agir en nullité. L'acte n'est alors efficace qu'à l'égard du confirmant »<sup>167</sup>. Quant à la réfection du contrat, « celle-ci résulte d'un nouvel accord des volontés, analogue à celui qui avait donné naissance au contrat primitif, mais échappant à la cause de nullité qui l'affectait. Ayant constaté à l'amiable la nullité de leur accord initial, les parties concluent un nouvel accord qui n'est pas entaché du vice qui justifiait l'annulation du premier. Ce nouveau contrat produit effet, à compter de sa formation, sans aucune rétroactivité »<sup>168</sup>.

**95.** Selon la Cour de cassation, le contrat conclu par les époux pendant l'instance en divorce ou le jour de son prononcé est frappé de nullité absolue. Cette nullité absolue se justifie par un double fondement : d'une part, l'atteinte portée à une règle d'ordre public, le contrôle de la mutabilité des conventions matrimoniales, et d'autre part, selon M. Malaurie : « la lutte contre les marchandages conjugaux favorisant le divorce »<sup>169</sup>. Cependant, toujours selon la Haute juridiction, une telle convention frappée de nullité absolue est susceptible de devenir juridiquement obligatoire dès lors que les parties renouvellent ou maintiennent leur accord postérieurement à la dissolution du mariage. À cet égard, M. Couturier, dans sa thèse consacrée à la *confirmation des actes nuls*<sup>170</sup> a pu s'interroger : « S'il en est ainsi, toute exécution par les époux du partage anticipé, une fois le divorce acquis, peut apparaître comme manifestant le maintien de leur accord de volonté ; de la sorte il suffirait que la convention nulle soit exécutée après dissolution du mariage pour que pratiquement elle devienne inattaquable. Une telle solution est-elle

---

Nouvel article 1181 du Code civil : « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger » (alinéa 1<sup>er</sup>). « Elle peut être couverte par la confirmation » (alinéa 2).

« Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir » (alinéa 3).

Nouvel article 1183 du Code civil : « Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé.

« L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé ».

<sup>167</sup> F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simler, *Les obligations, op.cit.*, n° 398.

<sup>168</sup> F. Terré, Y. Lequette, Ph. Simler, *Les obligations, op. et loc. cit.*

<sup>169</sup> P. Malaurie, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 1966, *D.* 1966, jur. p.553.

<sup>170</sup> G. Couturier, thèse préc., n° 329.

réellement soutenable, conciliable avec l'inefficacité de toute confirmation ? ». En effet, l'auteur fait ici application de la conception classique des nullités absolues, d'après laquelle si l'acte infecté d'une cause de nullité relative peut être confirmé, tel n'est pas le cas de l'acte entaché d'une nullité absolue. La raison tient à l'importance du vice qui entache un contrat de nullité absolue. Un tel contrat ne peut être confirmé car il est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>171</sup>. Néanmoins, lorsque la cause de nullité a cessé, le contrat peut être valablement refait : il s'agit alors d'une réfection.

Ainsi, M. Breton considère qu'il s'agit là d'une réfection de l'acte nul<sup>172</sup>. À l'opposé, M. Patarin estime que la formule employée par la Cour de cassation<sup>173</sup> va dans le sens d'une véritable confirmation et, selon l'auteur, « la distinction radicale des nullités absolues et des nullités relatives est une simplification didactique commode, qui ne reflète pas toutes les nuances du système des nullités et qui est depuis longtemps réfutée par la doctrine »<sup>174</sup>. En effet, une doctrine qualifiée de « moderne » s'est développée, consacrant la théorie selon laquelle certains cas de nullité absolue pourraient être confirmés<sup>175</sup>. Ainsi, M. Couturier, dans sa thèse, assimile la confirmation à une renonciation au droit de critiquer l'acte, et étudie les exemples de nullités « dont la cause tient à une situation temporaire »<sup>176</sup> pour lesquelles la confirmation serait possible. L'auteur, analysant la décision de la Cour de cassation du 4 mai 1966, démontre qu'il existe un rapprochement entre la confirmation et l'acte nouveau<sup>177</sup>. S'agissant notamment du consentement à l'acte, M. Couturier note que la Cour de cassation n'exige pas, pour accueillir la validité de la réitération de l'accord, que les personnes protégées

<sup>171</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, spéc. p. 2097 ; H.L.J. Mazaud, *Leçons de droit civil, Les obligations*, Montchrestien, t. II, vol. 1, 9<sup>e</sup> éd. 1998, mise à jour par de F. Chabas, n° 309 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations. Le contrat, op.cit.*, n° 1042. Ces derniers auteurs citent, néanmoins, une exception : « Lorsque le manquement générateur de nullité cesse d'être reprochable, la défense de l'intérêt général ne commande plus le maintien indéfini de l'action en nullité ». Et les auteurs de proposer un exemple : il s'agirait d'une réforme législative qui autoriserait ce qui était auparavant prohibé, telle une vente conclue au-dessus du prix de la taxe et que validerait indirectement l'instauration ultérieure de la liberté des prix ».

<sup>172</sup> A. Breton, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, *D.* 1977, jur. p.178.

<sup>173</sup> Rappelons l'attendu de principe de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> déc. 1976, arrêt préc., *Bull. civ.* I, n° 381, p. 301, : « Mais attendu que la prohibition des donations entre époux cesse nécessairement par l'effet du divorce, et qu'il est loisible, en conséquence, aux époux après la dissolution de leur mariage, de maintenir leur commune volonté de faire produire effet aux donations déguisées qu'ils avaient pu se consentir pendant le cours de l'union conjugale ou en prévision de cette union ».

<sup>174</sup> J. Patarin, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, *JCP G*, 1977, II, 18625.

<sup>175</sup> Dans sa thèse, P. Julien, *Les contrats entre époux*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1962, t. 33, 1962, n° 112, avait déjà souligné « l'originalité de la sanction qui frappe un contrat entre époux non valable pour atteinte au statut matrimonial ». Selon cet auteur : « (...) la nullité de tout contrat entre époux est une nullité relative par son fondement et absolue par sa mise en œuvre ». P. Julien étend à tous les contrats entre époux, les explications de la jurisprudence en matière de sociétés entre époux présentées par A. Weill. Selon A. Weill, note sous T. civ. Strasbourg, 25 mai 1951, *JCP* 1951, II, 6494, la nullité de la société entre époux est à la fois relative et absolue. Relative en raison du caractère privé qu'elle a pour but de garantir. La confirmation est donc possible lorsque l'un des époux a cessé de faire partie de la société. Absolue par sa mise en œuvre, car par souci de sécurité juridique, tout intéressé peut la demander.

<sup>176</sup> G. Couturier, thèse précitée, n° 326.

<sup>177</sup> G. Couturier, thèse précitée, n° 328 à 336.



aient eu connaissance du vice affectant le premier contrat. Par conséquent, selon l'auteur, il ne peut y avoir de nouveau contrat puisque les parties croient en l'efficacité du précédent contrat. Finalement, il constate qu'il ne peut y avoir un nouvel accord de volonté que sous la condition que la nullité soit connue<sup>178</sup>. Et l'auteur de conclure que le rapprochement entre le consentement à l'acte nouveau et la confirmation est manifeste, « dans les deux cas l'intéressé sachant que le contrat originaire est inefficace accepte néanmoins de voir ses droits régis par ses dispositions, il accepte que sa situation soit celle même qui serait résultée des effets produits par l'acte nul. C'est ce contenu que l'on reconnaît ordinairement au nouvel accord de volontés, or il correspond aux effets normaux de la confirmation : rendre opposable l'acte nul au confirmant »<sup>179</sup>.

D'autres auteurs se sont ensuite ralliés à la thèse de M. Couturier. Ainsi, pour MM. Flour, Aubert et Savaux, la confirmation d'un acte nul de nullité absolue est possible lorsque la *situation temporaire* qui justifiait la nullité vient à prendre fin et les auteurs citent à titre d'illustration le partage anticipé de la communauté<sup>180</sup>. Selon M. Patarin, l'état de mariage constitue une situation temporaire, la cessation de cette situation justifie que la nullité concerne davantage les intérêts privés que l'ordre public ; dès lors, la volonté des parties ou la volonté unilatérale de celle qui est protégée peut couvrir cette nullité : il s'agit alors d'une confirmation<sup>181</sup>.

**96.** Réfection de l'acte nul de nullité absolue, confirmation de l'acte nul de nullité absolue, l'impression générale que laisse l'analyse par la doctrine du mécanisme de validation *a posteriori* utilisé par la Cour de cassation est celle d'une grande hétérogénéité des théories. Néanmoins, il est difficile de se satisfaire de la théorie classique des nullités pour comprendre les décisions de la Haute juridiction. Aussi, l'appréciation du mécanisme de validation *a posteriori* permettra de déterminer si celui-ci relève de la confirmation ou de la réfection de droit commun.

---

<sup>178</sup> G. Couturier, thèse précitée, n° 332-333.

<sup>179</sup> G. Couturier, thèse précitée, n° 333.

<sup>180</sup> J. Flour, J-L Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, I. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 348.

<sup>181</sup> J. Patarin, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, J.C.P., 1977, II, 18625.

## B. – *Appréciation du mécanisme*

97. Lorsque la Cour de cassation considère que la volonté des deux parties s'est à nouveau rencontrée pour renouveler leur accord, il s'agit là d'un nouveau contrat. Le mécanisme serait donc plutôt celui de la réfection de droit commun. Mécanisme de la réfection qui, cependant, est amputé d'un de ses éléments, la Cour de cassation n'exige pas que les parties aient eu connaissance du vice affectant le premier contrat<sup>182</sup>.

La Cour de cassation semble utiliser le mécanisme de la confirmation chaque fois qu'elle évoque l'idée d'un maintien de l'accord. Ceci s'explique par la nature temporaire de la nullité : le prononcé du divorce faisant cesser la nullité du contrat, l'ordre public est moins concerné par cette nullité que les intérêts privés, il apparaît donc légitime que l'accord initialement nul puisse être confirmé par les anciens époux redevenus des contractants de droit commun. L'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1976<sup>183</sup> constitue, sans doute, l'une des illustrations des plus éclairantes de l'application de ce mécanisme. La prohibition des donations déguisées cessant par l'effet du prononcé du divorce, la Cour de cassation en déduit logiquement que les parties disposent de la faculté, postérieurement au prononcé du divorce, de maintenir leur commune volonté de faire produire effet aux donations déguisées qu'elles avaient pu se consentir pendant le mariage. L'application du mécanisme de la confirmation de droit commun est, semble-t-il, manifeste. La confirmation entraîne la validation rétroactive du contrat : la donation est réputée valable dès la date de conclusion du premier acte, sous réserve, conformément à l'article 1338 alinéa 3 du Code civil, des droits acquis par les tiers. Il n'en demeure pas moins, qu'à l'instar de l'application du mécanisme de la réfection, la Cour de cassation n'exige pas que les parties aient eu connaissance de la cause de nullité. Or, dans le cas de la confirmation ce « laxisme »<sup>184</sup> est plus grave, car en déduisant de la simple exécution d'un accord ou de la conclusion d'un accord global sans condition de la connaissance du vice<sup>185</sup>, la volonté de la personne protégée de

<sup>182</sup> Tel est le cas pour les arrêts précédemment étudiés : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 265, p.206 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, *Bull. civ. I*, n° 380, p. 301 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n° 281, p. 252 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996, *Bull. civ. I*, n° 450, p. 316.

<sup>183</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, arrêt préc., *Bull. civ. I*, n° 381, p. 301 ; v. également : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1977, arrêt préc., *Bull. civ. I*, n° 14, p.10 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 janv. 1993, arrêt préc., *Bull. civ.*, II, n° 20, p. 10 .

<sup>184</sup> L'expression est empruntée à M. Malaurie, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 1966, D. 1966, jur. p.554, qui dès 1966 soulignait que, relativement au maintien de la volonté des époux, en déduisant du silence des ex-époux une volonté tacite, la Cour de cassation risque d'empêcher toutes critiques de liquidation exécutée avant le divorce et qui ne serait pas immédiatement remise en cause.

<sup>185</sup> Dans l'affaire de 1976, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, arrêt préc., la Cour de cassation a considéré que les accords contenus dans les lettres échangées entre les anciens époux, « passés, en connaissance de cause, par des personnes dégagées des liens du

confirmer l'acte, les juges sont susceptibles de priver celle-ci de la faculté d'exercer une action en nullité. À cet égard, une telle conception de la confirmation n'est pas autorisée par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats. En effet, selon l'alinéa 3 du nouvel article 1182 du Code civil : « L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation ». Cet article exige donc la connaissance de la cause de nullité du contrat afin d'envisager la confirmation.

**98.** Postérieurement au prononcé du divorce contentieux, les anciens époux redeviennent des contractants de droit commun. Ce nouveau statut leur permet de valider *a posteriori* des contrats qui ont été conclus pendant le mariage, l'instance en divorce ou le jour de son prononcé et dont la cause de nullité résidait dans l'état d'époux. La liberté contractuelle dont les anciens conjoints disposent est très étendue. En effet, ces derniers peuvent valider des contrats ayant pour objet tous les points qui n'ont pas été réglés par le Tribunal<sup>186</sup> tels que la liquidation de leur régime matrimonial, la prestation compensatoire, les donations. Par ailleurs, ce contrat s'impose au juge qui ne dispose pas du pouvoir de le modifier.

Il convient maintenant de vérifier si la loi du 26 mars 2004 autorise les époux divorcés au moyen d'un divorce contentieux à valider *a posteriori* des contrats passés pendant le mariage, l'instance en divorce ou le jour de son prononcé.

---

mariage » s'analysaient en « un règlement définitif et sans réserve de la totalité des questions d'ordre financier qui pouvaient se poser entre elles ». Par conséquent, selon la Cour de cassation, la Cour d'appel a pu en déduire que ces accords impliquaient nécessairement la renonciation de l'ancienne épouse à se prévaloir d'éventuelles donations déguisées. Il est à noter que la Cour d'appel n'a pas précisé si ces accords contenaient une disposition spécifique relative au maintien des donations déguisées consenties pendant le mariage. À cet égard, un auteur, J. Patarin, note sous Cass. Civ., 1e, 1<sup>er</sup> déc. 1976, J.C.P., 1977, II, 18625, souligne qu'« un trop grand libéralisme dans la preuve de la confirmation et l'interprétation des volontés aboutirait à ruiner la prohibition des donations déguisées entre époux ». Il faut noter, qu'aujourd'hui, ainsi que nous le verrons ultérieurement, une telle remarque n'a pu lieu d'être. Cependant, la Cour de cassation, en matière de droit des obligations, n'hésite pas à censurer les juges du fond pour violation de l'article 1338 du Code civil aux motifs que « la confirmation d'un acte nul exige à la fois la connaissance du vice l'affectant et l'intention de le réparer ». En ce sens v. notamment : Cass. Com., 29 mars 1994, *Bull. civ.* IV, n° 134, p. 104 ; *D.* 1994, Inf. rap. 109.

<sup>186</sup> Dans l'arrêt de 1996 : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996, arrêt préc., *Bull. civ.* I, n° 450, p. 316, le jugement de divorce n'avait pas alloué de prestation compensatoire à l'épouse. Ceci ne constitue pas, pour les anciens époux, un obstacle à passer un contrat ayant pour objet la prestation compensatoire : un ancien conjoint peut choisir de payer ce que le jugement de divorce n'a pas prévu : en ce sens : v. D. Bignon, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 déc. 1996, *Deffrénois* 1997, art.36531, p.457.

## **§2. - La validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux au regard de la loi du 26 mai 2004**

**99.** Il n'est pas dans l'esprit de la réforme d'inciter les anciens époux à valider *a posteriori* des contrats conclus pendant le mariage, l'instance en divorce contentieux ou le jour de son prononcé. La raison en est double.

En premier lieu, la loi du 26 mars 2004 a abrogé l'alinéa 2 de l'article 1099 du Code civil, qui frappait de nullité les donations déguisées<sup>187</sup>. Par conséquent, la prohibition des donations déguisées entre époux cessant, le mécanisme de validation *a posteriori*, n'apparaît plus, pour ce type de donations, d'un quelconque intérêt pour les anciens époux.

En second lieu, les époux qui souhaitent, pendant l'instance en divorce contentieux, passer un accord dans le dessein de procéder à la liquidation de leur régime matrimonial ou, d'une manière générale, au règlement de leurs intérêts patrimoniaux, n'auront plus la possibilité de maintenir ou de renouveler ce contrat après que le divorce sera devenu définitif. En effet, les époux ont l'obligation de présenter, lors de la demande introductive de l'instance en divorce, un projet de règlement de leurs intérêts pécuniaires<sup>188</sup> et cet accord fera l'objet, lors du prononcé du divorce, d'une homologation judiciaire<sup>189</sup>. Il n'y a là, plus de place au mécanisme de validation *a posteriori* : on ne peut valider une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. À l'évidence, le procédé de validation ne présente plus aucun intérêt pour les époux qui souhaitent, pendant l'instance en divorce, maintenir ou renouveler un accord conclu pendant le mariage et portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux.

**100.** Il convient, cependant, d'examiner le contenu même de la loi du 26 mai 2004 : celle-ci interdit-elle aux anciens époux de valider des contrats ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux ? Il ne semble pas. En effet, aucune disposition de la loi ne pose le principe d'une interdiction du mécanisme de la validation. De

---

<sup>187</sup> Monsieur A. Bénabent, *La réforme du divorce, op.cit.*, n° 146-147, expose les raisons qui ont conduit le législateur à supprimer la libre révocabilité des donations de biens présents (art 1096 alinéa 2 du Code civil) ainsi que la nullité des donations déguisées : l'époux qui avait consenti une donation à son conjoint ne la contestait pas au moment du divorce, ce qui conduisait le juge à évaluer une prestation compensatoire en tenant compte de la donation ; puis, une fois la décision devenue définitive, il procédait à la révocation ou en arguait la nullité. S'agissant du délicat problème de l'application dans le temps de la loi du 26 mai 2004 concernant les donations, v. J.-P. Claux, « Donations entre époux », *AJF* 2005, p. 138.

<sup>188</sup> Article 257-2 du Code civil.

<sup>189</sup> Article 268 alinéa 2 du Code civil.

manière générale, la réforme ne consacre aucun développement à cette dernière notion. Il doit en être déduit que des anciens époux qui n'ont pas réussi à s'entendre pendant l'instance en divorce sur les conséquences patrimoniales de leur rupture<sup>190</sup> disposent toujours de la possibilité de valider, postérieurement au prononcé du divorce, des contrats conclus pendant le mariage et dont la cause de nullité résidait dans l'état d'époux. Si l'hypothèse apparaît marginale, elle n'en demeure pas moins envisageable. Seuls ces époux disposent actuellement de la faculté de valider *a posteriori* des contrats conclus pendant le mariage.

Néanmoins, de manière générale, l'obligation légale d'un contrôle judiciaire des accords conclus par les époux engendre une diminution substantielle de l'utilisation du mécanisme de validation *a posteriori* dans le droit du divorce. Pour autant, un tel constat est-il réellement satisfaisant pour les anciens époux ?

La comparaison de la place du mécanisme de la validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004 permettra de répondre à cette interrogation.

### ***§3. Comparaison de la place du mécanisme de la validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004***

**101.** L'analyse comparative de la place du mécanisme de la validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004 (I) amène à porter une appréciation sur le droit positif (II).

---

<sup>190</sup> L'article 267 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose qu'« à défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux ». En outre, il convient de rappeler que le législateur n'est pas allé jusqu'à obliger les époux à s'entendre sur les conséquences patrimoniales de leur rupture. En effet, la réforme ne prévoit aucune disposition relative au procédé du contrat forcé. Sur ce point voir *supra* n° 83.

***I. – Analyse comparative de la place du mécanisme de la validation de contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des anciens époux dans la loi du 11 juillet 1975 et dans la loi du 26 mai 2004***

**102.** Sous l’empire de la loi du 11 juillet 1975, la jurisprudence autorisait les anciens époux à valider des contrats conclus pendant le mariage, l’instance en divorce ou le jour de son prononcé et dont la cause de nullité résidait dans l’état d’époux. Les développements précédents ont permis de démontrer qu’il s’agissait là d’un mécanisme relevant du droit commun des obligations. La Cour de cassation faisait, en effet, référence soit au mécanisme de la confirmation soit à celui de la validation. Assurément, postérieurement au prononcé du divorce, les époux redevenaient des contractants de droit commun et, à ce titre, ils étaient soumis au seul droit des contrats. Les anciens époux disposaient d’une importante liberté contractuelle afin de liquider leurs intérêts patrimoniaux. Les dispositions du droit du divorce n’étaient pas applicables aux conventions ainsi conclues. Notamment, le juge n’intervenait pas dans la formation de l’accord et il ne disposait pas du pouvoir d’en contrôler le contenu.

La loi du 26 mai 2004 en soumettant à l’homologation du juge tout accord conclu par les époux a ôté aux anciens époux la possibilité d’utiliser le mécanisme de validation *a posteriori*. Ce qui a nécessairement eu pour effet d’affecter la liberté contractuelle des époux. Le contenu même l’accord fait désormais l’objet d’un contrôle par le juge, celui-ci pouvant refuser de l’homologuer. Ici encore, l’on constate une défiance de la part du législateur à l’égard du principe de l’autonomie de la volonté. Pour autant, une telle position convainc-t-elle vraiment ?

***II. – Appréciation du droit positif***

**103.** Il faut, ici, s’interroger sur les avantages attachés au mécanisme de la validation *a posteriori* pour des anciens époux. En d’autres termes, est-il préférable pour les anciens époux de valider un contrat antérieurement conclu et ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux ou de soumettre un tel accord à l’homologation du juge ?

Pendant le mariage, les époux se sont montrés capables de conclure un contrat portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Puis, postérieurement au prononcé du divorce ils ont validé ce contrat dont la cause de nullité résidait dans l’état d’époux. Ils n’ont pas

ressenti la nécessité de faire appel au juge tant du point de vu de la formation de l'accord que de son exécution. Ainsi, ces époux peuvent-ils modifier d'un commun accord le contrat lorsqu'il l'estime utile sans passer devant le juge. Il semble donc que l'homologation ne soit pas en adéquation avec le désir des époux de procéder seuls au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. L'on peut d'ailleurs relever l'incompréhension de ces époux se trouvant dans l'obligation de soumettre leur accord conclu antérieurement à l'homologation judiciaire.

En définitive, le juge opère un contrôle de la convention sous la seule condition que les époux manifestent leur intention future de valider leur accord. Seuls les époux qui n'ont pas réussi à s'entendre afin de procéder à la validation de leur accord pourront échapper au contrôle du juge. Dès lors, en pratique, l'on peut s'interroger sur le point de savoir si l'obligation d'une homologation judiciaire des accords ne serait pas de nature à inciter les époux à attendre le prononcé du divorce afin de valider, postérieurement à son prononcé, un accord conclu pendant le mariage. Il semblerait qu'un tel procédé consistant à éluder le contrôle du juge soit considéré comme une fraude à la loi<sup>191</sup>. Pourtant, les développements précédents ont permis de montrer les avantages du mécanisme de la validation *a posteriori*. Pendant le mariage, les époux ont été capables de conclure un contrat ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux. L'intervention du juge pendant l'instance en divorce apparaît donc inutile. Dans ces conditions, il semblait préférable d'autoriser les époux à valider postérieurement au prononcé du divorce<sup>192</sup>, des contrats conclus antérieurement et dont la cause de nullité résidait dans l'état d'époux.

---

<sup>191</sup> En ce sens pour les époux séparés de biens qui éludent le contrôle du juge en procédant seuls au règlement de leurs intérêts patrimoniaux pendant le mariage : J.Massip, obs. sous Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Defrénois*, 1998, art. 36865, p. 1114, spéc. p. 1115, note n°3.

<sup>192</sup> Dans l'hypothèse du mécanisme de la validation *a posteriori*, il semblerait cohérent que les anciens époux n'aient recours au notaire qu'au titre de l'instrument authentique si la présence d'immeubles le requiert. Tel était le cas sous l'empire de la loi du 11 juill. 1975.





## CONCLUSION DU TITRE I

**104.** Le constat en définitif est pour le moins surprenant : de manière générale, le législateur de 2004 n'est pas enclin à accorder aux époux qui le souhaitent la faculté de conclure un contrat portant règlement des effets patrimoniaux du divorce. En effet, mise à part l'hypothèse du divorce contentieux d'un couple marié sous le régime de séparation de biens, l'utilisation du mécanisme contractuel par des époux apparaît comme exceptionnelle, voire résiduelle. Pourtant, le contrat, sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, constituait un instrument privilégié au service de certains époux et anciens époux qui, s'ils n'étaient pas en accord sur la cause de leur rupture, avaient pu trouver un terrain d'entente afin de régler les conséquences patrimoniales de leur divorce.

On constate que la disparition du contrat dans le droit du divorce résulte du désir du législateur de confier au juge la mission de contrôler, au moyen de l'homologation, les volontés individuelles. Cet essor d'un contrôle *a priori* des accords de volontés traduit une présence accrue de l'ordre public dans le droit patrimonial du divorce. Finalement, on en vient à se demander si les accords conclus par les époux afin de procéder au règlement des conséquences patrimoniales du divorce ne constituent pas une matière gouvernée par l'ordre public. Le statut tant extra-patrimonial que patrimonial des époux divorcés serait donc indissociable l'un de l'autre et ne laisserait plus de place au contrat. Ce qui semble regrettable. Par nature, le mécanisme contractuel a vocation à se développer dans la matière patrimoniale. En témoigne, notamment, la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial. Le principe de l'autonomie de la volonté devrait pouvoir s'épanouir tant dans le droit matrimonial que dans le droit patrimonial du divorce. Il semblerait donc cohérent d'autoriser les époux à conclure, pendant l'instance en divorce ou à défaut après son prononcé par le juge, sous l'égide du notaire liquidateur, un contrat ayant pour objet les conséquences du divorce. Ainsi, la conclusion d'un tel contrat participerait à l'évolution du droit patrimonial de la famille qui est celle d'une plus grande liberté contractuelle accordée aux époux.

**105.** En outre, la loi du 26 mai 2004 a montré ses faiblesses. L'objectif fixé par le législateur, qui consistait à limiter le contentieux de l'après divorce en incitant fortement les époux à liquider leur régime matrimonial pendant l'instance en divorce, ne semble pas avoir été atteint. En d'autres termes, l'obligation faite par la loi aux époux de s'entendre pendant l'instance en divorce sur les conséquences patrimoniales de la rupture s'est révélée être, en pratique, inapplicable. En définitive, on s'aperçoit qu'une loi, en dépit de ses bonnes intentions, ne peut obliger des époux se trouvant dans une situation de mésentente à surmonter leur sentiment de rancœur. Paradoxe de la situation, seuls les époux qui se sont montrés responsables et ont été capables de conclure un accord portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce, devront soumettre cette convention à un contrôle judiciaire. Il aurait semblé préférable de laisser intacte la liberté contractuelle de ces derniers époux et de ne pas tenter de convaincre, de manière vaine, des époux ayant rompu tout dialogue à s'entendre sur les conséquences patrimoniales de leur rupture.

Le contrat est un instrument négocié. À ce titre, il a vocation à se développer au sein du divorce. En effet, le droit du divorce ne devrait pas être un droit dominé par la contrainte, mais, au contraire, il devrait être source de liberté pour les individus. Ainsi conçu, il deviendrait un droit mieux vécu par les anciens époux.

Par ailleurs, l'intérêt de la qualification contractuelle attribuée à tout accord est manifeste ; celui-ci est soumis au régime juridique de droit commun des contrats.

## 2. TITRE II : LE REGIME DES CONTRATS DE DROIT COMMUN INTEGRES AU DIVORCE

**106.** Les contrats de droit commun intégrés au divorce sont susceptibles de faire l'objet d'actions engagées par l'un des anciens époux afin de sanctionner la violation des conditions de formation de ces derniers contrats ou une exécution défailante émanant de l'autre conjoint.

On pourrait sans doute s'interroger sur le point de savoir si ces actions ne devraient pas relever du droit du divorce. En réalité, il n'en est rien. Ainsi que l'a soutenu Mme Dekeuwer-Défossez, c'est l'absence de contrôle judiciaire des conventions conclues par les époux qui permet « de renvoyer les accords de divorce à un régime clairement contractuel, avec tous ses aspects : caractère intangible de la convention, mais aussi annulabilité pour vice du consentement »<sup>1</sup>.

Les contrats de droit commun intégrés au divorce ne sont donc pas soumis au régime juridique des conventions homologuées conclues par les époux dans le cadre du divorce. Le « droit quasi judiciaire »<sup>2</sup> inhérent au régime des conventions homologuées du divorce ne concerne pas les contrats de droit commun intégrés au divorce.

En effet, le régime applicable à ces contrats est un régime contractuel. Ce régime offre les garanties nécessaires afin, conformément aux choix du législateur, d'assurer la protection du consentement et des intérêts de chacun des époux. Aussi, les actions engagées par l'un des époux afin de remettre en cause les contrats de droit commun intégrés au divorce obéissent aux règles d'un régime contractuel (Chapitre I) qui se révèlent être adaptés à ces contrats (Chapitre II).

---

<sup>1</sup> F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », *op. cit.*, p. 75.

<sup>2</sup> L'expression est empruntée à C. Labrusse-Riou, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille, Mélanges Rodière », Dalloz, 1981, p. 151, spéc. p. 162.



## **Chapitre I : La soumission des contrats de droit commun intégrés au divorce au droit commun des contrats**

**107.** Chaque époux a la possibilité d'assigner son ancien conjoint en justice sur le fondement du droit commun des contrats afin de remettre en cause les contrats de droit commun intégrés au divorce.

Le juge est sollicité *a posteriori* pour sanctionner la violation d'une règle issue du droit commun des contrats. Le choix de la sanction prononcée par le juge dépend essentiellement de la règle violée ainsi que du moment où est intervenue cette violation. Dans une première hypothèse, le juge va remettre en cause la formation du contrat en prononçant la nullité du contrat dont l'une des conditions de validité a été violée (Section I). Dans une seconde hypothèse, le juge va sanctionner l'ancien conjoint qui par son comportement défaillant aura empêché la bonne exécution du contrat (Section II).

### **Section I : La remise en cause judiciaire de la formation des contrats de droit commun intégrés au divorce**

**108.** Les conditions de validité des contrats intégrés au divorce sont celles issues du droit commun des contrats (§1). La violation de ces conditions de validité est dès lors logiquement sanctionnée par la nullité des contrats (§2).

#### ***§1. - Les conditions de validité des contrats de droit commun intégrés au divorce***

**109.** Selon l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, les contrats, afin de produire leur effet créateur d'obligations, doivent être légalement formés<sup>1</sup>. Les conditions de validité des contrats sont énoncées à l'article 1108 du Code civil. Au terme de cet article, la formation du contrat est subordonnée à la réunion de quatre conditions : « le

---

<sup>1</sup> Nouvel art 1103 C. civ : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation »<sup>2</sup>.

**110.** La formation des contrats intégrés au divorce est soumise aux conditions de l'article 1108 du Code civil. Le droit du divorce ne soumet ce type de contrat à aucune autre condition de fond particulière.

On pourrait s'interroger sur le point de savoir si l'appréciation de ces conditions présente une spécificité en matière de divorce. On a pu l'avancer. En réalité, il n'en est rien.

S'agissant, notamment, des contrats ayant pour objet le règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens, un auteur affirme que « la dépendance de cette convention envers le jugement de divorce rend spécifique la condition de la licéité de la cause »<sup>3</sup>. L'affirmation de cet auteur repose sur le sens et la portée qu'il attribue à l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 6 mai 1997<sup>4</sup>. Selon cette décision, l'obligation d'un époux séparé de biens envers son conjoint, tendant à la liquidation de leur régime matrimonial, est valable dès lors qu'elle n'a pas pour but d'inciter à la séparation. Il ne paraît pas justifié de déduire de cet arrêt une quelconque spécificité de la cause de l'obligation. Ainsi qu'on l'a déjà affirmé au sujet de la réserve apportée à la liberté contractuelle dont disposent ces époux<sup>5</sup>, la théorie de la cause est, à l'évidence, utilisée ici de la même manière qu'elle l'est dans le droit des obligations. Il ne s'agit que d'une application de l'article 6 du Code civil selon lequel : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La théorie de la cause a vocation à s'appliquer à l'ensemble des obligations. MM. Ghestin et Gobeaux présentent d'ailleurs la théorie de la cause comme étant, en matière juridique, « un puissant moyen de contrôle au service de la légalité »<sup>6</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne contient plus de dispositions relatives à la cause. Toutefois, comme l'exprime M. Molfessis, la réforme « prononce la disparition

---

<sup>2</sup> Nouvel article 1128 du Code civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

« 1° Le consentement des parties ;

« 2° Leur capacité de contracter ;

« 3° Un contenu licite et certain ».

<sup>3</sup> C. Lesbats, *Les accords de volontés entre époux dans le divorce*, thèse Nantes, 1999, p. 304.

<sup>4</sup> Arrêt préc. *Bull. civ. I*, n° 147, p. 148.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 20.

<sup>6</sup> J. Ghestin, G. Gobeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction au droit*, LGDJ., 4<sup>ème</sup> éd., 1994, n° 832.

de la cause sans pour autant nier ses fonctions »<sup>7</sup>. Ce qui permet d'affirmer que le contrat conclu par les époux devra respecter les conditions de validité des contrats de droit commun, notamment l'exigence d'un « contenu licite et certain » prévu par le nouvel article 1128 alinéa 3 du Code civil. En application de ce texte, sera donc jugée illicite l'obligation d'un époux séparé de biens envers son conjoint, tendant à la liquidation de leur régime matrimonial, ayant pour but d'inciter à la séparation.

**111.** Relativement aux modes d'expression du consentement, le consensualisme est le principe, le formalisme l'exception<sup>8</sup>. Quant à la condition de forme à laquelle certains contrats sont soumis, telle l'exigence de la forme notariée requise en présence d'immeubles par l'article 265-2 du Code civil<sup>9</sup>, il n'y a là rien de spécifique au droit du divorce<sup>10</sup>. Il s'agit là d'un contrat solennel<sup>11</sup>.

En outre, la violation des conditions de formation de ces contrats est, conformément au droit commun, sanctionnée par la nullité.

## **§2. - La sanction du défaut de validité des contrats de droit commun intégrés au divorce : la nullité**

**112.** Par un arrêt du 23 mars 1994<sup>12</sup>, la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'action en rescision pour lésion et en nullité pour *vices* du consentement des contrats intégrés au divorce. En l'espèce, des époux avaient, pendant l'instance en divorce, conclu une convention ayant pour objet la liquidation et le partage de la communauté<sup>13</sup>. Cette convention prévoyait l'attribution de l'immeuble commun au mari, moyennant le

---

<sup>7</sup> N. Molfessis, art. préc. , p. 2.

Art1162 C. civ : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

<sup>8</sup> En ce sens : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op.cit.*, n° 127.

<sup>9</sup> L'article 265-2 du Code civil dispose que « Les époux, peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial » (al. 1<sup>er</sup>). « Lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, la convention la convention doit être passée par acte notarié » (al.2).

<sup>10</sup> Contra : C. Lesbats, *Les accords de volontés entre époux dans le divorce*, thèse préc., p. 304, considère que l'exigence de la forme notariée est une condition spécifique au droit du divorce.

<sup>11</sup> Selon le nouvel article 1172 du Code civil : « Les contrats sont par principe consensuels.

Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ».

<sup>12</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 103, p. 78 ; *RTD civ.* 1994, p. 333, note J. Hauser ; *Defrénois* 1994, art. 35891, p. 1090, obs. J. Massip.

<sup>13</sup> Les époux avaient utilisé la faculté offerte par l'article 1450 du Code civil de passer toute convention pour la liquidation et le partage de la communauté.

versement d'une soulte, étant précisé que cette soulte se compenserait avec une somme du même montant due par la femme à titre de prestation compensatoire. Par un jugement du 24 février 1987, le Tribunal de grande instance de Mulhouse a prononcé le divorce sur demande acceptée des époux. L'ancienne épouse a, ensuite, assigné son ancien conjoint en rescision pour lésion de l'acte de liquidation-partage au motif que la prestation compensatoire prévue dans cet acte était fictive. La Cour d'appel de Colmar, dans un arrêt du 8 avril 1992, a accueilli cette demande. L'ancien conjoint s'est alors pourvu en cassation soutenant, notamment, que l'existence d'une dette, à savoir le versement d'une prestation compensatoire, résultait de sa reconnaissance par le débiteur, nonobstant l'absence de saisine du Tribunal sur ce point. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et a décidé que la convention ayant pour objet la prestation compensatoire étant par nature étrangère aux opérations de partage, il en résultait qu'en cas de divorce sur demande acceptée, la prestation ne pouvait être fixée que par le juge. Les juges du fond, ayant constaté que le tribunal n'avait pas été saisi d'une demande de prestation compensatoire, avaient donc estimé à bon droit que la prestation était fictive et qu'il y fallait prononcer la rescision pour lésion de l'acte de partage.

Par cette décision, la Haute juridiction entend rappeler que le versement d'une prestation compensatoire relève de la seule décision du juge. Il doit en être déduit que la prestation compensatoire intégrée dans la convention de partage de la communauté est fictive et que le partage est rescindable pour cause de lésion. Cependant, la portée de cet arrêt ne saurait se limiter au cas d'espèce d'une convention de liquidation anticipée de la communauté contenant un partage lésionnaire. Cette décision pose le principe de la recevabilité de l'action en rescision pour lésion à l'encontre de toute convention conclue entre époux et ayant pour objet un partage inégal. Cette jurisprudence s'appliquera donc aux éventuels partages lésionnaires contenus dans les contrats de droit commun intégrés au divorce. Sera également recevable l'action en nullité pour vices du consentement<sup>14</sup> exercée à l'encontre des contrats de droit commun intégrés au divorce.

**113.** Par ailleurs, l'hypothèse qui a suscité un intérêt particulier est celle d'un contrat qui a été soumis au juge par les parties. Il ne s'agit pas là d'une homologation judiciaire

---

<sup>14</sup> Nouvel article 1130 du Code civil : « L'erreur, le dol et la violence vicent le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. « Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

Nouvel article 1131 du Code civil : « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ».



obligatoire, mais du cas où « le juge se trouve tout simplement être le témoin de la conclusion du contrat »<sup>15</sup>. On a, précédemment, étudié la situation d'époux séparés de biens qui avaient pris l'initiative de soumettre le contrat portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux au juge<sup>16</sup>. On parle, ici, de contrat judiciaire. On peut s'interroger sur la recevabilité d'une action en nullité à l'encontre de ce contrat. La réponse à cette interrogation dépend du point de savoir si le contrat judiciaire revêt une nature contractuelle, ou si au contraire, il relève de la catégorie des jugements.

Il convient de rappeler, ici, qu'il résulte d'une jurisprudence constante que le jugement de donné-acte est dépourvu de l'autorité de la chose jugée<sup>17</sup>. Ce dernier jugement n'est que « le réceptacle »<sup>18</sup> de l'accord conclu par les époux auquel s'applique le principe de la force obligatoire des conventions. Et le juge doit respecter les termes de l'accord.

Assurément, le donné-acte n'est pas un jugement. Les parties, en soumettant leur accord au juge, ont souhaité obtenir un contrat solennel ayant la valeur d'un acte authentique. La nature du contrat judiciaire est donc contractuelle. Il doit en être déduit que son régime est celui des contrats et non celui des jugements<sup>19</sup>. Seront donc recevables les actions dirigées par un époux aux fins d'en obtenir la rescision pour lésion ou la nullité pour vices du consentement.

Quant aux sanctions judiciaires susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'un ancien conjoint qui par son comportement défaillant aura empêché la bonne exécution du contrat, celles-ci obéissent à leur tour au droit commun des contrats.

## **Section II : Les sanctions judiciaires d'une exécution défaillante des contrats de droit commun intégrés au divorce**

**114.** L'étude de l'exécution des contrats de droit commun conduit à s'intéresser plus particulièrement au juge dont l'une des missions consiste à veiller à la bonne exécution du contrat. En effet, un mouvement de judiciarisation des contrats semble

<sup>15</sup> L'expression est empruntée à A. Engel-Creach, thèse précitée, n° 4.

<sup>16</sup> Voir *supra*, n° 26.

<sup>17</sup> Cass. Civ 1re 6 mai 1997, arrêt préc. ; Cass. 1re civ., 25 juin 2008, arrêt préc. ; Cass. 1re civ., 28 sept. 2008, arrêt préc.

<sup>18</sup> L'expression est empruntée à P. Hilt, note sous Cass. 1re civ., 25 juin 2008, arrêt préc. p. 397.

<sup>19</sup> En ce sens : J. Vincent, S. Guinchard, *Procédure civile Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 27<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 200, spéc. p. 257. Selon ces auteurs, *op. et loc. cit.*, : « La décision du juge ne confère pas plus de droits aux parties qu'il n'en résulte de leur convention. Ces actes n'ont donc pas autorité de chose jugée et relèvent du régime des conventions ». En ce sens également : P. Hilt, note sous Cass. 1re civ., 25 juin 2008, arrêt préc. , p. 397.

progressivement se dessiner. Par ailleurs, le juge intervient afin de sanctionner les comportements d'inexécution contractuelle.

Il s'agira ici de démontrer, dans un premier temps, que le mouvement de judiciarisation des contrats est susceptible de concerner les contrats de droit commun intégrés au divorce (§1) et, dans un second temps, que les sanctions frappant l'inexécution des contrats de droit commun intégrés au divorce sont celles issues du droit commun des contrats (§2).

### ***§1. - La judiciarisation des contrats de droit commun intégrés au divorce***

**115.** Depuis quelques années, on observe une immixtion croissante du juge dans la sphère contractuelle. Ce mouvement de judiciarisation du contrat est susceptible de concerner également les contrats de droit commun intégrés au divorce. Ce dernier mouvement se traduit d'une part, par une exigence généralisée de bonne foi imposée par le juge aux contractants lors de l'exécution de toute obligation contractuelle (I) et, d'autre part, par l'énonciation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations des principes auxquels tout contrat devra, en principe, répondre (II).

#### ***I. - L'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats de droit commun intégrés au divorce***

**116.** La disposition de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil selon laquelle les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » était, à l'origine, « une disposition purement technique, annonçant l'article 1135, lequel énonce lui-même une simple règle d'interprétation »<sup>20</sup>. C'est pourtant à partir de cette référence à la bonne foi qu'une jurisprudence s'est progressivement construite, imposant aux contractants de se comporter de manière honnête et loyale. Comme l'exprime M. Mazeaud, il s'agirait d'une certaine éthique contractuelle symbolisée par la devise « loyauté, solidarité, fraternité »<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, 1. *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 378.

<sup>21</sup> D. Dekeuwer-Défosse, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges F. Terré, L'avenir du droit*, *op. cit.*, p. 603.

On peut citer la jurisprudence consacrant un devoir de loyauté et permettant, ainsi, de sanctionner la mauvaise foi du débiteur ou du créancier lors de l'exécution du contrat<sup>22</sup>. De la même manière, un certain nombre d'arrêts admettent l'existence d'un devoir de coopération ou de collaboration, suggérant, de la sorte, l'idée d'un partage d'intérêts communs entre les contractants<sup>23</sup>.

Pour une partie de la doctrine, ces décisions cristalliseraient la thèse du solidarisme contractuel. Cette thèse, née dans les années 1930, a été développée par Demogue qui considérait que le contrat devait s'analyser comme « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale »<sup>24</sup>. Par la suite, une partie de la doctrine contemporaine s'est ralliée à cette analyse du contrat<sup>25</sup>. Selon ce courant doctrinal : « Ce que l'idée du solidarisme contractuel emporte simplement, c'est une lecture moins égoïste et étriquée de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, que celle qui, sous couvert du principe du respect de la parole donnée et de l'impératif de sécurité juridique, se satisfait des déséquilibres les plus outranciers et des pouvoirs les plus exorbitants, et s'accommode des situations de détresse et d'exclusion »<sup>26</sup>. Assurément, le solidarisme contractuel met en lumière la place croissante occupée par l'ordre public dans le droit des contrats. Plus précisément, cette présence accrue du juge au stade de l'exécution du contrat manifeste l'essor d'un ordre public de protection au sein du droit des contrats. La protection du contractant le plus faible permet de légitimer l'intervention du juge dans la sphère contractuelle.

**117.** D'autres auteurs, au contraire, ont manifesté leur scepticisme à l'égard de cette thèse. Ainsi, pour MM. Terré, Simler et Lequette : « On ne peut s'empêcher de penser

<sup>22</sup> Voir notamment : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 juill. 1986, *Bull. civ.* I, n° 223, p. 212 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 avr. 1987, *Bull. civ.* III, n° 88, p. 53, *RTD civ.* 1988, p. 122, obs. J. Mestre. Dans ces décisions le juge a refusé de faire jouer la clause résolutoire car l'inexécution de l'obligation du débiteur était le résultat du comportement déloyal du créancier. Pour un rattachement du principe de cohérence en droit des contrats au principe de bonne foi v. : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2009, *Bull. civ.* III, n°22, p. 17, *D.* 2009, jur. p. 2008, obs. D. Houtcieff, *RTD civ.* 2009, p. 317, obs. B. Fages, *RDC* 2009, p. 999, obs. D. Dekeuwer-Défossez et p. 1019, obs. G. Viney.

<sup>23</sup> C'est surtout dans les contrats de distribution que se perçoit cet intérêt commun. Ainsi, dans un contrat de concession exclusive, le concédant qui a privé son cocontractant des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, a manqué à la bonne foi dans l'exécution du contrat. V. notamment : Cass. com. 3 nov. 1992, *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. Mestre, *Contrat, conc.*, *consom.*, mars 1993, n° 45 ; Cass. com. 15 janv. 2002, *JCP G* 2002, II, 10157, note C. Jamin.

<sup>24</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en générale*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1932, p.9.

<sup>25</sup> Voir notamment : R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, thèse préc. ; C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, Études offertes à J. Ghedin, op. cit.*, p. 441 ; du même auteur : « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », art. préc., p. 46 ; du même auteur : « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », art. préc., p. 901 ; C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art. préc., p. 357.

<sup>26</sup> D. Dekeuwer-Défossez, art. préc., p. 633.

qu'il y a là une certaine confusion des genres. Contracter ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de « faire ses affaires »<sup>27</sup>. J. Carbonnier a souligné les dérives auxquelles la notion de bonne foi contractuelle pourrait mener : « L'outrance peut perdre une idée juste. On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage »<sup>28</sup>.

Un auteur s'est d'ailleurs interrogé sur le point de savoir s'il ne serait pas souhaitable de restituer la solidarité au droit de la famille plutôt que de vouloir l'introduire dans le droit des contrats<sup>29</sup>. Il ne semble pas et ce, pour différentes raisons.

Tout d'abord, eu égard au contexte social et économique dans lequel s'inscrit le contrat, il conviendrait de faire confiance au juge dont la mission consiste, notamment, à sanctionner les comportements contractuels de mauvaise foi. L'immixtion du juge dans la sphère contractuelle ne signifie pas nécessairement que le juge va s'arroger le droit de réécrire le contrat<sup>30</sup>. Cette tendance traduit simplement le désir de tempérer les excès auxquels peut aboutir le dogme de l'autonomie de la volonté et l'application du principe de la force obligatoire des conventions. Dans ce contexte, pourquoi ne pas envisager que le juge puisse exercer son rôle avec « modération et pondération »<sup>31</sup> ?

Ensuite, il serait opportun de combiner l'application de l'article 1134 alinéa premier du Code civil avec celle de l'article 1134 alinéa trois. Aucune raison, semble-t-il, ne pourrait justifier de donner une préférence d'application à l'une de ces deux dispositions<sup>32</sup>.

Enfin, il n'a pas lieu d'opposer de façon aussi radicale le droit de la famille au droit des contrats. Ces deux matières peuvent se compléter, l'une pouvant servir l'autre. Pour cette raison, il faut envisager que des dispositions issues du droit des obligations puissent concerner les contrats de droit commun intégrés au divorce. À l'appui de cette affirmation, l'on peut citer la jurisprudence qui a consacré le principe de la force obligatoire du contrat portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux séparés de

<sup>27</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les Obligations op. cit.*, n° 42.

<sup>28</sup> J. Carbonnier, *Les obligations, op. cit.*, n° 1030.

<sup>29</sup> F. Niboyet, thèse précitée, n° 616.

<sup>30</sup> C'est une crainte manifestée par certains auteurs, v. notamment J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, 1. *L'acte juridique, op. cit.*, n° 377.

<sup>31</sup> L'expression est empruntée à D. Dekeuwer-Défossez, art. préc., p. 629. Selon l'auteur : « Institué gardien de l'équilibre et de la moralité contractuels, le juge n'en profite pas pour placer le contrat sous une tutelle trop exigeante et réserve, dans le respect scrupuleux des conditions légales, l'exercice de son pouvoir correctif aux seuls déséquilibres manifestement significatifs et excessifs. Par ailleurs, c'est avec beaucoup de mesure qu'il régule, grâce à l'arme de l'abus, le pouvoir unilatéral qu'un des contractants détient sur le sort du contrat ».

<sup>32</sup> E ce sens : D. Dekeuwer-Défossez, art. préc., p. 633.

biens<sup>33</sup>. Dès lors, il semblerait cohérent d'imposer, également, aux époux une certaine exigence de bonne foi dans l'exécution de leurs obligations. En définitive, les époux ayant conclu un contrat portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux seraient tenus, non seulement, à un devoir de loyauté, mais également, à un devoir de collaboration dans l'exécution du contrat. La mission du juge consisterait alors à protéger, en cas de mauvaise foi manifeste de la part d'un des époux, la partie la plus faible.

Cette exigence généralisée de bonne foi a été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En effet, la bonne foi figure dans la liste des principes auxquels les contrats de droit commun devront désormais répondre. Comme le souligne le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>34</sup> : « L'article 1104 étend l'exigence de bonne foi à la phase de négociation et de formation du contrat, désormais régie par les articles 1112 et suivants, et non plus seulement à la phase d'exécution comme le fait l'actuel troisième alinéa de l'article 1134, solution déjà consacrée en jurisprudence. L'ordonnance soumet à ce devoir tant la négociation du contrat que la formation entendue au sens strict comme la phase de rencontre des volontés. La présente ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition contraire, le deuxième alinéa précise que le devoir de bonne foi est une disposition d'ordre public ». Seront donc gouvernés par le principe de bonne foi, sans que les époux puissent y déroger, les contrats de droit commun intégrés au divorce.

## ***II. – L'application des principes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations aux contrats de droit commun intégrés au divorce***

**118.** L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations énonce les principes auxquels le contrat devra, en principe, répondre, parmi lesquels : le principe de la liberté contractuelle<sup>35</sup>, le principe

---

<sup>33</sup> En ce sens : Cass. 1re civ., 6 mai 1997, arrêt préc. ; Cass. 1re civ., 28 nov. 2007, arrêt préc.

<sup>34</sup> JO 11/02/2016, n°35, p.6.

<sup>35</sup> Nouvel article 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

de la force obligatoire des conventions<sup>36</sup> ou encore l'affirmation d'une exigence générale de bonne foi<sup>37</sup>.

On pourrait, sans doute s'interroger, sur la portée de ces principes et notamment, sur la manière dont le juge les appliquera. En réalité, il n'y a pas d'inquiétude à avoir. En effet, comme le souligne le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « Contrairement à certains projets européens, l'ordonnance n'a pas opté pour un chapitre préliminaire consacré aux « principes directeurs » du droit des contrats. Le choix a été fait de s'inspirer du titre de l'actuel chapitre Ier du titre III du code civil, intitulé « Dispositions préliminaires », afin de signifier que les règles générales ainsi posées, conformément au 1° de l'article 8 de la loi d'habilitation, bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru : il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes »<sup>38</sup>.

**119.** Pourtant, une partie de la doctrine redoute le spectre d'un juge aux pouvoirs illimités et, par voie de conséquence, la menace d'une insécurité contractuelle. Ainsi, MM. Ghazi et Lequette dénoncent le pouvoir dont disposera le juge qui pourra appliquer ces principes comme il l'entendra. Pour ces auteurs : « Le contrat n'est plus pleinement dans l'ordre du *juridique*, il bascule dans l'orbite du *judiciaire*, alors que sa fonction, dans une économie libérale marquée par la commutativité des échanges, est de permettre aux parties de créer et d'exécuter les engagements qui leur sont utiles, sous la seule réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs... Dorénavant, sous l'empire du projet, chaque fois qu'un texte envisage l'action d'une partie, il faudra à celle-ci agir de bonne

---

<sup>36</sup> Nouvel article article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>37</sup> Nouvel article 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

<sup>38</sup>.6. En ce sens déjà, au sujet du projet, D. Fenouillet, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC/1*, 2009, p. 279, spéc. 282. Selon l'auteur : « le regroupement de ces principes dans le premier chapitre qui suit les définitions, et sous l'intitulé de « *Principes directeurs* », ne vise pas à leur conférer une place hiérarchique quelconque ou une portée impérative. La question de leur éventuelle place hiérarchique appartient à d'autres droits - il appartient notamment au droit constitutionnel de donner ses lettres de noblesse à tel ou tel d'entre eux ».

foi, conformément à ce que le juge définira comme constitutif de la bonne foi dans les circonstances de la cause. C'est dire l'étendue de l'aléa judiciaire...»<sup>39</sup>.

Finalement, ce que semblent craindre les auteurs, c'est l'exigence généralisée de bonne foi<sup>40</sup>. Celle-ci ne saurait, en effet, se limiter au seul droit des contrats. La notion de bonne foi à, en effet, vocation à s'appliquer à tous les actes juridiques conclus dans toutes les branches du droit<sup>41</sup>. Se trouvent donc nécessairement concernés par la bonne foi, les contrats de droit commun intégrés au divorce. Pour autant, cette crainte est-elle réellement justifiée ?

**120.** Dans le droit commun des contrats, l'argument tiré de l'insécurité juridique ne convainc pas pleinement. On peut, en effet, lui opposer la solide argumentation de M. Mazeaud. Tout d'abord, l'auteur relève qu'un certain nombre de pays étrangers ont adopté une clause générale de bonne foi « sans que sinistre contractuel s'en suive »<sup>42</sup>. Ensuite, il souligne que le principe de bonne foi posé par la Cour de cassation n'a pas eu pour effet d'anéantir le droit des contrats<sup>43</sup>.

Quant à l'aléa judiciaire qui résulterait de l'exigence de bonne foi envisagée dans toutes les branches du droit et plus spécifiquement dans le droit du divorce, il ne semble pas qu'une telle crainte soit réellement fondée. La raison tient à la fonction que détient déjà le juge dans cette matière. Celui-ci a pour rôle de protéger les intérêts de chacun des époux et des enfants. Le juge aux affaires familiales est, en effet, chargé de veiller à la protection de celui qui est présumé être le plus vulnérable : l'époux le plus faible ou l'enfant<sup>44</sup>. La technique de l'homologation vise d'ailleurs à assurer cette fonction de protection du plus faible. Et c'est en raison de la confiance accordée au juge que le

<sup>39</sup> Ghози et Y. Lequette, art. préc., p. 2610.

<sup>40</sup> En ce sens : v. également, R. Cabrillac, art. préc., n° 7. Selon l'auteur : « la brutale mise en avant » de ces « Principes directeurs » est « susceptible d'ouvrir au juge un pouvoir illimité de contrôle sur les conventions, notamment par référence à la bonne foi ».

<sup>41</sup> En ce sens : Ghози et Y. Lequette, art. préc., p. 2610.

<sup>42</sup> D. Dekeuwer-Défossez, art. préc., p. 2678. Selon l'auteur, on constate que le principe de bonne foi est présent dans la majorité des pays européens. L'on peut également citer : l'Argentine, le Brésil, le Canada, le Japon, la Pologne ou la Turquie. Néanmoins l'auteur émet une réserve puisqu'il précise que « comparaison n'est pas raison ».

<sup>43</sup> D. Dekeuwer-Défossez, art. préc., p. 2678. En ce sens également v. D. Fenouillet, art. préc. p. 282 qui fait observer que la notion de bonne est dans le Code civil depuis 1804 et que le droit des contrats « a tout de même assez bien résisté jusque-là ». En outre, on peut noter que la jurisprudence utilise l'article 1134 alinéa 3 du Code civil avec prudence. Selon la Cour de cassation, Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 14 sept. 2005, *Bull. civ.* III, n° 166, p. 154, l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels, elle est donc sans application lorsque le condition suspensive a défailli. Dans une autre décision, la Cour de cassation, Cass. Com., 10 juill. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 188, p. 176, a décidé que si la bonne foi permettait au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorisait pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties.

<sup>44</sup> En ce sens : A. Bénabent, *L'ordre public en droit de la famille, in L'ordre public à la fin du XXe siècle, op. cit.*, p. 27, spéc. p. 30.

législateur de 2004 a généralisé le recours à l'homologation. On constate ainsi que la multiplication des accords conclus par les époux afin de régler les conséquences du divorce est conditionnée par le contrôle du juge. Il apparaît même qu'en droit de la famille, ce contrôle judiciaire se limiterait à cette fonction de protection du plus faible. Comme le relève M. Bénabent : « c'est la conception de l'ordre public judiciaire »<sup>45</sup>. Dans ce contexte de sauvegarde d'un intérêt supérieur, la menace d'un juge au pouvoir illimité ne semble donc pas réelle. Dès lors, l'exigence généralisée de bonne foi imposée par la réforme du droit des contrats à chacun des contractants n'apparaît pas être une source d'insécurité contractuelle. Bien au contraire, il semblerait cohérent de confier au juge de droit commun la mission de veiller à la bonne exécution des contrats portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux. Ainsi, le juge pourrait sanctionner un comportement contractuel de mauvaise foi et de la sorte s'assurer que le contrat s'exécute en respectant les intérêts de chacun des contractants. À cet égard, on peut faire observer que l'application par le juge du seul principe de bonne foi ne lui permet pas de prononcer la nullité du contrat. Le versement de dommages-intérêts est la seule sanction susceptible d'être prononcée par le juge en cas de violation de la bonne foi par l'un des cocontractants<sup>46</sup>. Il en résulte que l'aléa judiciaire ne constitue pas une réelle menace susceptible d'affecter la sécurité contractuelle.

En définitive, le juge exercerait sa mission générale de protection du plus faible en faisant application de dispositions issues du droit des obligations. Ce qui tendrait à démontrer que la thèse du « solidarisme contractuel », selon laquelle chacun des contractants doit agir, non pas de manière égoïste mais en tenant des intérêts de l'autre, aurait vocation à s'appliquer aux contrats de droit commun intégrés au divorce.

Le juge n'a pas pour unique rôle d'assurer la bonne exécution du contrat. Il intervient, également, pour sanctionner un comportement d'inexécution contractuelle.

---

<sup>45</sup> A. Bénabent, art. préc., *op. cit.*, p. 31.

<sup>46</sup> En ce sens : D. Fenouillet, art. préc., p. 283.



## **§2. - Les sanctions de l'inexécution des contrats de droit commun intégrés au divorce**

**121.** Afin de sanctionner l'inexécution d'un contrat, le droit des obligations présente « *une grande variété de sanctions* »<sup>47</sup> : le recours aux mesures d'exécution forcée, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur, le jeu de l'exception d'inexécution ou l'action en résolution<sup>48</sup>. Nul doute que cette diversité est justifiée par la volonté du législateur d'appliquer la sanction adéquate à la violation de l'obligation issue du contrat.

Ces sanctions sont-elles, pour autant, applicables à l'inexécution d'un contrat ayant pour objet les conséquences patrimoniales du divorce ?

Le choix de la sanction dépend essentiellement de la nature de l'obligation violée. Or, il s'agit ici d'une obligation de faire de nature patrimoniale. Il en résulte que toutes ces sanctions sont susceptibles d'être appliquées lors de l'inexécution d'un contrat ayant pour objet les conséquences patrimoniales du divorce.

L'application de l'une de ces sanctions a d'ailleurs été consacrée par la jurisprudence<sup>49</sup> : un ancien conjoint peut assigner son ancien époux afin d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution du contrat qui avait pour objet le versement d'une prestation compensatoire sous forme de rente mensuelle indexée.

---

<sup>47</sup> J. Déprez, « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution contractuelles en droit civil et commercial français », Trav. Ass. Capitant, Journées d'Istanbul, Librairie Dalloz, t. 17, 1964, p. 29. Cet auteur, p. 33-34, propose de distinguer les sanctions relatives au lien contractuel des sanctions relatives au débiteur défaillant.

<sup>48</sup> Nouvel article 1217 du Code civil : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

Ainsi que le précise le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JO* 11/02/2016, n°35, p. 23

: « Cet article énumère en son premier alinéa l'ensemble des sanctions à la disposition du créancier d'une obligation non exécutée. L'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation. D'ailleurs, le dernier alinéa règle l'articulation entre ces différents remèdes qui peuvent se cumuler s'ils ne sont pas incompatibles et rappelle que les dommages et intérêts sont toujours compatibles avec les autres sanctions si les conditions de la responsabilité civile sont réunies ».

<sup>49</sup> Cass. 2e civ., 20 janv. 1993, arrêt préc., *Bull. civ.*, II, n° 20, p. 10.

**122.** À l'issue de ces développements, il apparaît que les contrats de droit commun intégrés au divorce doivent obéir à un régime purement contractuel. Mais les dispositions issues de ce dernier régime sont-elles, pour autant, véritablement appropriées aux contrats de droit commun intégrés au divorce ? C'est ce qu'il convient maintenant de vérifier.

## **Chapitre II : L'adéquation des actions issues du droit commun des contrats aux contrats de droit commun intégrés au divorce**

**123.** Les raisons pour lesquelles les actions issues du droit commun des contrats sont parfaitement adaptées aux contrats de droit commun intégrés au divorce sont doubles.

Tout d'abord, ces contrats sont principalement caractérisés par une dimension patrimoniale. Leur caractère familial est accessoire et ne justifie pas l'application d'un régime exorbitant du droit commun (Section I).

Ensuite, les contrats de droit commun intégrés au divorce ne sont pas soumis aux exigences du droit du divorce, en particulier à l'homologation du juge, c'est-à-dire à un contrôle judiciaire *a priori*, au moment de la conclusion de l'accord. Le contrôle effectué *a posteriori* par le juge dans le cadre des actions du droit commun apparaît suffisant pour sauvegarder efficacement les intérêts de chacun des époux, en particulier ceux de l'époux le plus faible (Section II).

### **Section I : La primauté de la dimension patrimoniale des contrats de droit commun intégrés au divorce**

**124.** S'interroger sur le point de savoir si le régime contractuel est parfaitement adapté aux contrats conclus par les époux afin de régler les conséquences patrimoniales du divorce invite à se poser, en amont, la question de la nature de ces derniers contrats : doit-on faire prévaloir leur caractère familial, ceux-ci ayant un objet spécifique à savoir la rupture du lien conjugal, ou au contraire privilégier leur dimension patrimoniale ?

De la réponse à cette interrogation dépendra le choix du régime applicable à ces accords. On pourrait envisager qu'ils reçoivent une double qualification : extrapatrimoniale et patrimoniale. Mais la double qualification, ainsi que l'a relevé M. Bénabent au sujet des contrats de droit commun, demeure exceptionnelle, car elle conduirait à « dépecer »<sup>1</sup> l'accord pour lui appliquer un double régime. En droit du divorce, l'on connaît les

---

<sup>1</sup> A. Bénabent, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 275.

difficultés engendrées par le régime juridique exorbitant du droit commun nées de la nature hybride « mi-contractuelle mi-judiciaire » de toute convention homologuée<sup>2</sup>. Il est donc préférable, ici, de rechercher l'élément déterminant de l'accord afin de pouvoir établir une qualification unitaire et, par voie de conséquence, un régime unitaire<sup>3</sup>.

**125.** Certains auteurs soutiennent la thèse selon laquelle la nature familiale des accords ayant pour objet les conséquences patrimoniales de la rupture du lien conjugal devrait l'emporter. Et ces auteurs d'affirmer que la nature spécifique de ces accords appellerait nécessairement la construction d'un régime exorbitant du droit commun.

Afin d'éclairer les raisons pour lesquelles cette thèse ne saurait convaincre, il conviendra, dans un premier temps, d'en présenter les idées directrices (§1). Puis, dans un second temps, l'on s'attachera à démontrer que s'agissant des conséquences patrimoniales du divorce, les relations unissant les époux entre eux doivent être assimilées à celles unissant un créancier à son débiteur (§2).

### ***§1. – Présentation de l'analyse faisant prévaloir la nature familiale des accords***

**126.** Selon un courant doctrinal, il faut privilégier la nature familiale des accords ayant pour objet les conséquences patrimoniales du divorce afin de leur appliquer un régime dérogatoire au droit commun dans lequel le juge doit tenir une place centrale. Plus généralement, il y a en droit de la famille un intérêt unique, celui de la famille, qui supplante les intérêts individuels et concurrents. La manifestation de cet intérêt familial se retrouve tant en droit patrimonial qu'en droit extra-patrimonial de la famille<sup>4</sup>. Eu égard à la supériorité de cet intérêt familial, un auteur soutient l'idée que : « le droit du divorce – et, *a fortiori* le droit de la famille - n'est justement pas un droit des conventions »<sup>5</sup>. Et l'auteur de poursuivre qu'« une matière où le jeu des volontés individuelles est en principe exclu » est une matière dont le régime doit s'articuler

---

<sup>2</sup> A. Tisserand, art. préc. , p. 512.

<sup>3</sup> A. Bénabent, *op. et loc. cit.*

<sup>4</sup> En ce sens : J-M. Grossen, « Quelques remarques sur la situation et les méthodes du droit de la famille », art. préc., p. 41, spéc. p. 48.

<sup>5</sup> C. Duard-Berton, *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse Paris II, 2004, n° 737.

autour d'un contrôle judiciaire *a priori* ; celui-ci traduisant « la volonté du législateur de restreindre le libre jeu de la volonté individuelle en la mettant sous tutelle »<sup>6</sup>.

En outre, selon cette frange de la doctrine, le droit commun des contrats fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté ne peut répondre à la spécificité du droit matrimonial. À cet égard, l'homologation judiciaire constitue une garantie de contrôle des volontés individuelles permettant la libéralisation des relations conjugales. Et souhaiter appliquer le droit des contrats au droit matrimonial semble aussi excessif que d'envisager l'interdiction de tout accord<sup>7</sup>. Pour Mme Labrousse-Riou qui souligne la spécificité du droit de la famille, il s'agit là d'« un droit quasi judiciaire »<sup>8</sup>.

Ces affirmations ne convainquent pas réellement, car elles manquent de nuances. Cette étude a, en effet, permis de démontrer que le principe d'autonomie de la volonté avait vocation à concerner, dans ses aspects patrimoniaux, le droit du divorce. Dans cette matière, les relations unissant les époux entre eux doivent être assimilées à celles unissant un créancier à son débiteur.

## **§2. – L'identification des relations unissant les époux aux rapports liant un créancier à son débiteur**

**127.** Nombreux sont les époux qui arrivent à surmonter leur sentiment de rancune et à organiser contractuellement, dans un climat d'apaisement, les conséquences patrimoniales de leur rupture.

Ainsi, a-t-on pu démontrer que, dans certaines hypothèses, les époux contentieusement divorcés étaient susceptibles de redevenir des contractants de droit commun afin de procéder au règlement de leurs intérêts patrimoniaux. La démonstration a d'ailleurs permis de vérifier l'hypothèse selon laquelle ces anciens conjoints n'étaient liés par aucune des règles spéciales issues du droit du divorce et qu'ils pouvaient éluder les décisions judiciaires qui leur étaient applicables en vertu de leur qualité d'époux<sup>9</sup>.

L'étude a également mis en évidence l'intérêt que pouvait avoir le contrat dans le régime de séparation de biens. On a d'ailleurs souligné que la spécificité de ce type de régime résidait dans l'autonomie des patrimoines respectifs des époux. Ainsi est-on

---

<sup>6</sup> C. Duard-Berton, thèse préc., n° 731 et 737.

<sup>7</sup> Notamment, en ce sens : F. Niboyet, thèse préc., n° 605

<sup>8</sup> C. Labrousse-Riou, *Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille*, op.cit., p. 162.

<sup>9</sup> *Supra* n° 48 et s.

arrivé à la conclusion selon laquelle seules les personnes étaient mariées. Quant aux patrimoines, ils restaient indépendants. Cette constatation a conduit à affirmer que le contrat était en adéquation avec l'esprit du régime de séparation de biens<sup>10</sup>. Et s'agissant mécanisme de la validation *a posteriori* issu du droit commun, celui-ci s'est avéré particulièrement utile aux époux qui avaient conclu, pendant le mariage, un contrat portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux et dont la cause de nullité résidait dans l'état d'époux<sup>11</sup>.

**128.** L'on ne peut donc réduire le droit du divorce à sa seule dimension familiale et extra-patrimoniale. Et souhaiter restreindre la liberté contractuelle des époux ne semble pas satisfaisant. Bien au contraire, le caractère patrimonial constitue la caractéristique principale des contrats étudiés. Comme l'a soutenu G. Cornu : « ce serait par angélisme que l'on imaginerait le droit de la famille comme un droit entièrement extrapatrimonial : il existe un droit patrimonial de la famille »<sup>12</sup>. D'autres auteurs ont d'ailleurs mis en lumière un véritable changement de perspective dans les composantes du droit du divorce : désormais « l'après-divorce » est patrimonial, ce qui traduit une banalisation du divorce reposant sur « une réalité incontournable »<sup>13</sup>. Les développements précédents permettent de compléter le constat établi par ces auteurs. Non seulement il existe un droit patrimonial du divorce, mais la dimension patrimoniale des contrats ayant pour objet les conséquences patrimoniales de la rupture du lien conjugal doit primer leur caractère familial. En d'autres termes, la dimension pécuniaire de l'accord absorbe le contrat dans son intégralité. La condition des époux s'identifie alors à celle d'un créancier et d'un débiteur, le droit des contrats se saisissant de ce rapport « époux-parties ». Quant au caractère familial de l'accord, celui-ci devient accessoire. En définitive, le caractère familial accessoire de ces contrats n'altère en rien la qualification contractuelle dont ils sont revêtus. C'est la raison pour laquelle, le régime contractuel se trouve être en adéquation avec ce type d'accord.

Ces contrats se verront, en effet, appliquer tout le corps de règles issu du droit commun des contrats. Notamment, la préférence sera donnée à un recours judiciaire *a posteriori*, c'est-à-dire postérieurement à la conclusion du contrat.

---

<sup>10</sup> *Supra* n° 16 et s.

<sup>11</sup> *Supra* n° 89 et s.

<sup>12</sup> G. Cornu, *La famille op. cit.*, n° 5.

<sup>13</sup> J. Hauser, P. Delmas Saint-Hilaire, art. préc. , p. 358.

## Section II : La préférence donnée à un recours judiciaire *a posteriori*

**129.** Les dispositions issues du régime contractuel sont susceptibles de permettre au juge d'assurer une protection efficace de l'époux le plus faible (§1). Ce qui manifeste l'essor d'un ordre public de protection commun au droit du divorce et au droit des contrats (§2).

### *§1. – Une protection efficace de l'époux le plus faible*

**130.** De la formation du contrat, au stade de l'exécution du contrat, le droit commun des contrats offre les outils nécessaires pour assurer une protection efficace de chacun des époux et en particulier une protection de l'époux le plus faible.

S'agissant d'un contrat ayant pour objet les conséquences patrimoniales du divorce et dont les conditions de formation ont été violées, seront recevables les actions dirigées par un époux aux fins d'en obtenir la nullité pour vices du consentement ou la rescision pour lésion<sup>14</sup>. Il n'y a là rien d'exceptionnel. Ce que conforte, par ailleurs, la recevabilité des actions en nullité dirigées à l'encontre de la convention conclue dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel sans juge. Désormais, l'un des époux peut diriger une action à l'encontre de cette dernière convention afin d'obtenir la nullité pour vices du consentement<sup>15</sup>. À cet égard, un des commentateurs de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoyant, notamment, le divorce sans la présence du juge aux affaires familiales affirme que : « Bien entendu, on peut imaginer une place pour de vrais vices du consentement »<sup>16</sup>. Par exemple, le dol pourra être envisagé quand l'un des époux aura laissé l'autre accepter le consentement mutuel tout en lui mentant sur la réalité de sa fortune née et actuelle, de ses revenus au jour de la signature des actes. Cependant, se posera nécessairement la question de l'effet de la nullité de la convention ou de la clause quand elle en constitue un élément déterminant. Un auteur a exprimé ses craintes face aux effets de la nullité

---

<sup>14</sup> Sur ce point voir *supra* n° 112.

<sup>15</sup> En ce sens : Circulaire du 26/01/2017, n° CIV/02/17, NOR : JUSC1638274C, Fiche n° 2, J-R Binet, « Après la loi, le décret et l'arrêté : une circulaire et des fiches techniques », *AJF* mars 2017, com. 57, spéc. p. 2.

<sup>16</sup> J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair obscur », art. préc., p. 14, spéc., p. 19.

éventuellement prononcée par le juge : « Si le droit commun des contrats s'applique, ce sont non seulement les conséquences du divorce, mais aussi le divorce lui-même qui pourraient être remis en cause. On imagine l'étendue du désastre pour un époux qui entre-temps s'est remarié et, le cas échéant, pour la responsabilité de l'avocat rédacteur de l'acte. C'est le juge qui décidera lorsqu'il sera amené à se prononcer »<sup>17</sup>. Le législateur n'a pas proposé de solutions. On peut néanmoins penser que le juge, ne souhaitant pas créer une situation d'insécurité juridique, n'ira pas jusqu'à prononcer la nullité du divorce dans sa globalité.

À ce jour, aucune solution ne peut être envisagée avec certitude, mais il est probable que seule la clause infectée par un vice du consentement soit anéantie.

**131.** Au stade de l'exécution du contrat, on assiste à un véritable mouvement de judiciarisation du contrat. Le rôle du juge se développe progressivement. Celui-ci a désormais pour mission de veiller à la bonne exécution du contrat. Ainsi, la partie la plus faible est protégée des excès auquel peut aboutir, non seulement, le principe de l'autonomie de la volonté mais également celui de la force obligatoire des conventions. Le juge, en application d'une exigence généralisée de bonne foi, impose désormais aux parties d'exécuter le contrat de manière honnête et loyale. En outre, la réforme du droit des contrats favorise, en cas d'imprévision, la renégociation du contrat entre les parties et consacre en cas de refus ou d'échec, le pouvoir du juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin<sup>18</sup>. Une partie se trouvant en état de besoin pourrait donc saisir le juge afin de demander l'adaptation du contrat ou sa résiliation.

**132.** Assurément, ce mouvement de judiciarisation des contrats de droit commun permettrait d'envisager le contrôle *a posteriori* des contrats de droit commun intégrés au divorce. S'agissant de l'époux le plus faible, il n'y aurait pas de crainte à avoir puisque ses intérêts seraient protégés de manière efficace.

---

<sup>17</sup> S. Thouret, « L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge ! », *AJF*, janv. 2017, dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », p. 42, spéc., p. 46.

<sup>18</sup> Selon le nouvel article 1195 du Code civil : « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Voir N. Molfessis, art. préc. p. 2.



Enfin, en cas d'inexécution d'un contrat de droit commun intégré au divorce, le juge, ainsi qu'on a pu le démontrer, dispose d'un choix varié de sanctions : le recours aux mesures d'exécution forcée, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur, le jeu de l'exception d'inexécution ou l'action en résolution. Toutes ces sanctions sont susceptibles de protéger un époux devant faire face à un comportement d'inexécution contractuelle de la part de son conjoint.

Il apparaît donc que les époux ne feront appel au juge que postérieurement à la conclusion du contrat.

Pour un auteur, ce recours au juge *a posteriori* serait de nature à accroître la survenance d'un contentieux ultérieur. Et l'homologation des accords serait l'unique mécanisme permettant la sauvegarde des intérêts de chacun des époux<sup>19</sup>. Ce raisonnement ne convainc pas véritablement. En effet, les développements précédents ont permis de montrer que les accords portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux revêtent une nature contractuelle. Ces contrats ne sont plus soumis aux exigences propres du droit du divorce. Par conséquent, seul le régime contractuel leur est applicable. On ne saurait donc privilégier un contrôle *a priori* des accords en invoquant la nécessité de supprimer tout contentieux ultérieur.

On pourrait s'attendre à ce que cette proposition concernant l'application d'un régime purement contractuel aux conventions de nature patrimoniale soit consacrée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoyant, notamment, le divorce par consentement mutuel sans la présence du juge aux affaires familiales. Or, il n'en est rien. Le législateur n'a pas choisi d'appliquer un régime contractuel et unitaire aux conventions de nature patrimoniale conclues dans le cadre de ce nouveau cas de divorce. L'application du régime contractuel apparaît résiduelle. Si le législateur a fait le choix d'un contrôle *a posteriori* de la convention de divorce par consentement mutuel, prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, celle-ci n'en demeure pas moins soumise, pour la plupart de ses dispositions, aux règles issues du droit du divorce. Notamment, l'on peut constater que l'article 279 du Code civil a été complété d'un alinéa 5 prévoyant que les règles relatives à la révision de la prestation compensatoire définies à l'alinéa 3 du même texte s'appliquent à la convention de divorce établie par acte sous signature privée

---

<sup>19</sup> F. Niboyet, thèse préc., n° 601. L'auteur souligne que « le droit de la famille n'est pas par essence un droit conventionnel ».

contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire<sup>20</sup>. Il s'en déduit que les époux disposent de la faculté de prévoir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou de l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire. Par ailleurs, dans l'hypothèse où les époux n'ont pas usé de cette faculté, ils pourront demander au juge de réviser les modalités de paiement d'un capital payable sous forme de versements périodiques ou d'être libéré du solde du capital, de réviser la prestation compensatoire en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou de l'autre des parties ou de substituer un capital à tout ou partie de la rente. Assurément, le régime des accords ayant pour objet la prestation compensatoire relèvera du droit du divorce. À ce sujet, un auteur a affirmé que « c'est une convention qui traduit une externalisation de la décision de divorce, mais dont ni le contenu ni les grands équilibres ne sont réellement abandonnés à la liberté des parties »<sup>21</sup>. En réalité, en faisant application du principe *specialia generalibus derogant*, les règles du régime contractuel ne seraient susceptibles de gouverner la convention de divorce par consentement mutuel, prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, dans l'unique hypothèse où le législateur n'aurait pas envisagé d'appliquer le régime du droit du divorce. La construction de solutions jurisprudentielles devrait permettre de définir le champ d'application respectif des règles issues du droit du divorce et de celles du régime contractuel pouvant gouverner cette dernière convention. Pourtant, afin d'éviter les difficultés engendrées par un régime mixte, il semblait pourtant préférable d'envisager l'application du seul régime contractuel à ces conventions de nature patrimoniale.

En effet, le recours au juge *a posteriori* et dans les conditions du droit commun permet, à l'instar d'un contrôle judiciaire *a priori*, de sauvegarder efficacement les intérêts de chacun des époux, et en particulier ceux de l'époux le plus faible. Ce qui traduit l'essor d'un ordre public de protection commun au droit du divorce et au droit des contrats.

---

<sup>20</sup> Selon le nouvel article 279 du Code civil : « La convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice. Elle ne peut être modifiée que par une nouvelle convention entre des époux, également soumise à homologation. Les époux ont néanmoins la faculté de prévoir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire. Les dispositions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 275 ainsi qu'aux articles 276-3 et 276-4 sont également applicables, selon que la prestation compensatoire prend la forme d'un capital ou d'une rente temporaire ou viagère. Sauf disposition particulière de la convention, les articles 280 à 280-2 sont applicables. Les troisième et avant-dernier alinéas du présent article s'appliquent à la convention de divorce établie par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ».

<sup>21</sup> J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair obscur », *AJF*, janv. 2017, dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », p. 14, spéc., p. 19.

## **§2. – L’essor d’un ordre public de protection commun au droit du divorce et au droit des contrats**

**133.** En droit de la famille et plus précisément en droit du divorce, l’on constate que la notion d’ordre public est vécue par le couple comme une ingérence de l’État dans la sphère privée<sup>22</sup>. Les époux ne comprennent pas les raisons pour lesquelles le juge homologateur s’immisce dans les conséquences patrimoniales de leur rupture. Cette incompréhension est d’autant plus grande que les conjoints se sont montrés capables de conclure un contrat portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Il s’agit là, d’une redéfinition du « lien de conjugalité »<sup>23</sup>, celui-ci étant désormais perçu par les époux comme un lien individuel, privé et contractuel<sup>24</sup>.

Enfin, il apparaît que le maintien de l’ordre public, dans les relations entre les époux divorcés, se justifie par la protection du faible. Le juge n’intervient que pour veiller à protéger les intérêts de l’époux le plus faible. Comme le relève M. Bénabent : « c’est la conception de l’ordre public protecteur »<sup>25</sup>.

**134.** S’agissant du droit commun des contrats, les développements précédents ont permis de montrer que le juge est de plus en plus sollicité afin de protéger la partie la plus faible. Et l’on a observé que cette intervention croissante du juge se manifeste surtout au stade de l’exécution du contrat, par l’affirmation d’une exigence générale de bonne foi. Assurément, cette idée de solidarisme contractuel traduit l’essor d’un ordre public de protection au sein du droit des contrats.

**135.** En définitive, l’ordre public dans le droit du divorce et dans le droit des contrats convergent vers un même objectif : la protection de la partie la plus faible.

Pourtant, un auteur manifeste son scepticisme à l’égard de cet ordre public de protection commun au droit du divorce et au droit des contrats. Selon ce dernier, l’intervention du

---

<sup>22</sup> S’agissant du droit de la famille, en ce sens : A. Bénabent, « L’ordre public en droit de la famille », *op. cit.*, p. 27, spéc. p. 30. L’auteur s’interroge : « Dans les relations privées, on se demande de plus en plus au nom de quoi l’État interviendrait ».

<sup>23</sup> L’expression est empruntée à I. Théry, Rapport à la ministre de l’Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, *Couple, Filiation et Parenté aujourd’hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, La documentation française, éd. Odile Jacob, 1998, p. 30.

<sup>24</sup> En ce sens : I. Théry, *op. cit.*, p. 31.

<sup>25</sup> A. Bénabent, *op. cit.*, p. 31.

juge dans les sphères conjugale et contractuelle est profondément distincte. L'auteur soutient, notamment, que l'ordre public en droit matrimonial a pour principale fonction de garantir l'égalité entre les époux alors qu'en droit des contrats, il s'agit de protéger la partie la plus faible. En outre, l'auteur relève qu'en droit commun le recours au juge *a posteriori* intervient alors que l'atteinte à l'ordre juridique a eu lieu. Tandis que l'homologation, en droit du divorce, est requise *a priori* afin de prévenir toute menace à l'ordre public matrimonial<sup>26</sup>. Et l'auteur d'affirmer : « Caractéristique du droit de la famille, l'ordre public judiciaire ne saurait être assimilé à celui qui se dessine plus modestement dans le droit des contrats »<sup>27</sup>.

Ces affirmations paraissent critiquables. En premier lieu, dans le droit du divorce, le rôle principal du juge n'est pas de garantir l'égalité des époux. Sa mission essentielle est de protéger le plus faible : l'enfant ou l'époux le plus vulnérable. Ce qui permet d'affirmer que le droit du divorce se caractérise par un ordre public de protection.

En second lieu, le moment de l'intervention judiciaire, avant la formation du contrat ou lors de son exécution, n'est pas de nature à justifier une différence entre la fonction exercée par le juge dans le droit des contrats et dans le droit patrimonial du divorce. Dès lors que la notion d'ordre public de protection est présente dans ces deux matières, peu importe qu'il s'agisse d'un recours judiciaire *a priori* ou *a posteriori*. La contractualisation des rapports patrimoniaux entre des époux divorcés ne peut justifier un encadrement des volontés individuelles au moyen de l'homologation judiciaire. À l'instar du droit commun, la protection de l'époux le plus faible doit être assurée par le juge après la formation du contrat, lors de son exécution. En définitive, l'on aboutit au constat selon lequel le droit des contrats et le droit patrimonial du divorce pourraient devenir tous deux des droits de la consommation<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> F. Niboyet, thèse préc., n° 619.

<sup>27</sup> F. Niboyet, *op. et loc. cit.*

<sup>28</sup> Cette réflexion est inspirée par l'interrogation soulevée par M. Bénabent, « L'ordre public en droit de la famille », *op. cit. spéc.* p. 31 : « On en vient à se demander si, aujourd'hui, l'ordre public dans le droit de la famille n'est pas en train de devenir contaminé par le droit de la consommation : c'est la conception de l'ordre public protecteur ».

## CONCLUSION DU TITRE II

**136.** Cette étude a permis de démontrer que l'application d'un corps de règles issu du droit commun des obligations est parfaitement adaptée à des contrats ayant pour objet les conséquences patrimoniales du divorce.

Dès lors que la condition des époux s'identifie à celle d'un créancier et d'un débiteur, le droit des obligations se saisit du rapport « époux-parties ». Et le caractère familial accessoire de ces accords ne peut justifier la construction d'un corps de règles exorbitant du droit commun. Le droit commun à vocation à régir les rapports obligatoires des époux nés du divorce. Ainsi, les contrats de droit commun intégrés au divorce obéissent tous aux règles du droit des contrats tant du point de vue de leur formation que de leur exécution.

Le juge n'est sollicité qu'après la formation du contrat, lors de son exécution. Ce recours au juge *a posteriori* permet de contrôler les excès de l'autonomie de la volonté et d'assurer, de la sorte, une protection efficace de l'époux le plus faible. En définitive, l'ordre public du droit des contrats et l'ordre public du droit patrimonial du divorce convergent vers un même objectif : protéger la partie la plus faible. Il s'agit là d'un ordre public de protection.

Enfin, le régime contractuel présente l'avantage d'être un régime unitaire. Ce qui permet d'éviter les difficultés issues du régime hybride « mi-contractuel mi-judiciaire » de toute convention homologuée.



## Conclusion de la partie 1

---

**137.** Selon la jurisprudence établie sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, seuls les époux divorçant de manière contentieuse disposaient de la liberté de conclure et de valider des contrats ayant pour objet le règlement de leurs intérêts patrimoniaux. Et c'était bien là que se trouvait le paradoxe de la situation. Ainsi qu'on a pu le démontrer, la raison de la restriction du champ contractuel offert aux époux tenait à l'obligation de soumettre tout accord, conclu dans le cadre de l'ancien divorce sur requête conjointe, à l'homologation judiciaire. Homologation judiciaire qui est aujourd'hui au centre d'un processus d'incitation, commun à tous les types de divorces, qui devrait permettre aux époux d'éviter la longueur des opérations de liquidation et de partage de leur régime matrimonial. Et pourtant, requérir un contrôle de chaque accord par le juge, n'est-ce pas là une procédure inutilement contraignante ? Mme Théry, en 1998, dans un rapport relatif aux mutations de la famille, avait répondu à cette interrogation : « (...) dans le cours des procédures de divorce l'on constate que nombre d'époux sont attachés à organiser eux-mêmes la séparation et ses conséquences. Ils se sont montrés tout à fait capables de se parler, de négocier, de régler eux-mêmes les effets du divorce, et n'éprouvent pas le besoin d'une homologation par le juge, figeant une situation qu'ils sont libres de changer ensuite d'un commun accord... L'obligation d'une procédure judiciaire apparaît dans ces cas triplement dévalorisante : elle est dévalorisante pour le mariage... Elle est dévalorisante pour les justiciables... Elle est dévalorisante, enfin, pour l'institution judiciaire... »<sup>29</sup>.

**138.** On constate que ce recul de la contractualisation des rapports patrimoniaux entre les époux lors de la rupture de leur union au profit d'une omniprésence du juge dans la procédure de divorce, traduit l'importance du rôle attribué à l'ordre public de protection dans les relations familiales. Il y a en la matière, un développement du contrôle de l'État

---

<sup>29</sup> I. Théry, Rapport préc., 1998, p. 123-124.

se manifestant par l'intermédiaire des homologations judiciaires et qui tend à encadrer les volontés individuelles<sup>30</sup>. Autrement dit, au nom d'un ordre public familial et matrimonial, l'utilisation du mécanisme contractuel par les époux dans le dessein de régler les conséquences patrimoniales du divorce se raréfie. L'État manifeste ainsi sa défiance à l'égard de la volonté individuelle des époux qui, dans un climat d'apaisement, souhaitent organiser la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux.

**139.** En définitive, ces développements ont permis de montrer que, contrairement aux idées reçues, le divorce, envisagé sous son aspect patrimonial, ne constitue plus une des terres de conquêtes du contrat<sup>31</sup>. On s'aperçoit que « l'organisation des relations économiques » dans le divorce cède la place à une protection générale des intérêts de chacun des membres du couple. Ce constat est d'autant plus inattendu que, désormais, le changement de régime matrimonial est, sauf cas particuliers, confié au notaire. Ce qui tend à établir que le droit matrimonial évolue vers l'exercice d'une plus grande liberté contractuelle octroyée aux époux. Parallèlement, il s'avère que l'utilisation résiduelle du mécanisme contractuel est toujours réservée aux époux contentieusement divorcés. Le principe de l'autonomie de la volonté trouve donc à s'appliquer pleinement en matière contentieuse, là où, en principe, les volontés n'ont plus à se rencontrer. La réforme du droit du divorce de 2004 ne semble pas s'être attachée à mettre un terme à cette situation dès plus paradoxale.

Finalement, si la loi du 26 mai 2004 n'a pas souhaité faire davantage de place au contrat, c'est que la majorité des couples ne s'est pas montrée, par le passé, capable de l'utiliser. La solution médiane aurait probablement consisté à inciter les époux à conclure, pendant l'instance en divorce ou à défaut après son prononcé par le juge<sup>32</sup>, un contrat ayant pour objet le règlement global des conséquences patrimoniales de leur rupture ; ceci sous l'égide d'un officier ministériel : le notaire liquidateur. Ce qui aurait eu pour mérite, non seulement de laisser toute liberté contractuelle aux couples désireux de procéder seuls au règlement des effets patrimoniaux de leur divorce, mais également de renvoyer cet

<sup>30</sup> En ce sens A. Bénabent, « L'ordre public en droit de la famille », *op. cit.*, p. 27, spéc. p. 31.

<sup>31</sup> Voir notamment : M. Giacomelli-Mori, art. préc., p. 527. En 2001, cet auteur affirmait qu'« il est vrai que le recul de l'intervention de l'État conduit à diminuer sérieusement le contenu de l'ordre public familial au profit de l'accroissement de la volonté individuelle... » et l'auteur de poursuivre « la conclusion d'une convention de droit commun ne serait que l'ultime étape de l'évolution que connaît le statut patrimonial de la famille dont il est admis que celui-ci n'est plus que résiduellement soumis à un ordre public impératif ».

<sup>32</sup> Il ne s'agit pas ici d'envisager un prononcé du divorce par le notaire. Sur le pouvoir exorbitant conféré au notaire si le législateur autorisait celui-ci à prononcer un divorce en homologuant une convention qu'il aurait lui-même rédigée : v. X. Labbée, « Le divorce par notaire », *D.* 2008, entretien, p. 144.



accord à un régime juridique purement contractuel. Celui-ci présentant toutes les garanties nécessaires afin d'assurer la protection des époux, notamment la protection de l'époux le plus faible. Pourtant, cette proposition n'a pas été consacrée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoyant, notamment, le divorce par consentement mutuel sans la présence du juge aux affaires familiales. Le rôle du notaire est purement formel. À l'évidence, la loi n'a pas fait du notaire le juge du contenu de la convention. En outre, l'application du régime contractuel aux accords conclu par les époux apparaît résiduelle. Dans une vision unitaire et afin d'éviter les difficultés engendrées par un régime hybride, il semblait néanmoins préférable d'envisager l'application du seul régime contractuel aux conventions de nature patrimoniale.

Si la place attribuée aux contrats de droit commun dans le divorce semble être désormais limitée, tout autre est le rôle accordé par la loi et la jurisprudence aux conventions du divorce dérogatoires au droit commun des contrats. En effet, dans de nombreuses hypothèses, ces dernières conventions sont les seuls accords que les époux sont autorisés à conclure afin de régler les conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales de leur rupture.



## Partie 2 : Les conventions du divorce dérogatoires au droit commun des contrats

---

**140.** Les conventions du divorce se définissent comme une catégorie d'accords conclus par les époux afin de régler les conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales du divorce et à la formation desquels le juge se trouve associé d'une manière ou d'une autre.

Pour ces conventions, les seules volontés individuelles semblent insuffisantes à générer des obligations. L'intervention du juge s'ajoute aux volontés individuelles afin de rendre l'accord parfait.

**141.** Certains accords ne relèvent pas de cette catégorie. Ainsi, un certain nombre d'accords sont susceptibles d'être intégrés par le juge dans la décision de justice qu'il s'apprête à rendre<sup>1</sup>. Ces accords, dans le cas où ils sont validés par le juge, sont absorbés par la décision de divorce revêtue de l'autorité de la chose jugée. Il s'agit d'accords de nature judiciaire<sup>2</sup> dont le régime relève du droit judiciaire<sup>3</sup>.

Il y a lieu de rapprocher de cette hypothèse, celles où la loi investit le juge du pouvoir de conclure le contrat à la place des époux<sup>4</sup>. Dans un premier cas, le juge dispose de la possibilité de concéder à bail à l'un des époux exerçant seul ou en commun l'autorité parentale, le local appartenant en propre ou personnellement à l'autre conjoint et ayant

---

<sup>1</sup> Tel est le cas des accords conclus antérieurement par les parents, que le juge « prend notamment en considération » lorsqu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2-11, 1<sup>o</sup> C. civ), ou des « arrangements » et des « accords » que les époux ont déjà conclu ou qu'ils ont exprimé pendant l'audience de conciliation et que le juge « peut prendre en considération » lorsqu'il ordonne des mesures provisoires (art. 1117 CPC et art. 254 C. civ).

<sup>2</sup> Selon M. H. Lécuyer, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse préc., 1993, n<sup>o</sup> 119 : « Ce qui est sûr, c'est que, les accords et arrangements entre époux dans les divorces contentieux et le divorce sur double aveu ne sont pas des contrats. Dépourvus de toute force obligatoire, se noyant dans la décision judiciaire au point de se confondre avec ses autres dispositions et de perdre toute spécificité, ils n'appartiennent pas à la sphère contractuelle... ». Pour M. A. Chapelle, « Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale », *RTD civ.* 1984, p. 411, spéc. p. 436, l'accord intégré à une décision de justice perd sa nature contractuelle et se transforme en jugement. Dans le même sens : M. Giacomelli-Mori, « L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », art. préc., spéc. p. 507.

<sup>3</sup> Sur la nature judiciaire de l'accord sur les règlements pécuniaires ainsi que sur la nature judiciaire de l'accord sur l'autorité parentale : v. C. Lesbats, *Les accords de volontés entre époux dans le divorce*, thèse préc., 1999, p. 262 et s.

<sup>4</sup> Sur cette possibilité, en droit privé, donnée au juge de se substituer aux parties afin de faire le contrat : A. Engel-Creach, *Les contrats judiciairement formés*, thèse préc., spéc. n<sup>o</sup> 6.

servi de logement familial<sup>5</sup>. Dans un second cas, le juge peut imposer à l'époux propriétaire la cession de son bien en pleine propriété ou la cession d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, comme mode de paiement de la prestation compensatoire<sup>6</sup>. Dans ces situations, tout accord de volontés semble absent de la formation de la convention. Ceci n'a d'ailleurs pas échappé à un auteur qui s'est appliqué à souligner que « l'immixtion judiciaire dans la sphère contractuelle atteint ici son paroxysme. Il n'est plus question de volonté autonome, ni même de volonté, devant ce dirigisme contractuel exacerbé »<sup>7</sup>. En définitive, la loi investit le juge de la possibilité de concéder un bail forcé<sup>8</sup> ou d'opérer une cession forcée de l'usufruit ou de la propriété d'un bien au profit de l'époux créancier de la prestation compensatoire. L'absence de tout caractère conventionnel de ces hypothèses justifie leur exclusion de cette étude.<sup>9</sup> Ces accords modelés par le juge ne constituent pas les conventions du divorce qui seules seront étudiées ici.

**142.** En réalité, seuls deux types d'accords sont des conventions du divorce, les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce et les conventions homologuées. En effet, la participation judiciaire à la formation des conventions du divorce est susceptible de revêtir plusieurs formes.

S'agissant des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce, le juge, en prononçant le divorce, va faire produire des effets de droit aux accords conclus par les époux pendant l'instance en divorce contentieux. L'hypothèse envisagée est celle des conventions de liquidation anticipée de la communauté<sup>10</sup> et des accords portant sur

<sup>5</sup> Art. 285-1 C. civ. La Cour de cassation dans un arrêt de principe, Cass. 2e civ., 28 mars 2002, *Bull. civ. II*, n° 59 ; *Deffrénois* 2002, art. 1161, obs. J. Massip ; *Dr. famille*, 2002, comm. n°113, note H. Lécuyer ; *RTDC civ.* 2002, p. 492, obs. J. Hauser, a décidé que la demande de concession d'un bail sur un local servant de logement à la famille et de résidence habituelle à un ou plusieurs enfants communs qui appartient en propre ou personnellement à l'un des époux ne peut-être formé par l'autre conjoint, sur le fondement de l'article 285-1 du Code civil, après le prononcé du divorce.

<sup>6</sup> Art. 274 2° C. civ.

<sup>7</sup> A. Engel-Creach, thèse préc., n° 7. Sur ce point v. : A. Bénabent, « Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2001, Point de vue, p. 1036.

<sup>8</sup> Pour M. Lécuyer, note préc. sous Cass. 2e civ., 28 mars 2002, le contrat forcé constitue une anomalie portant atteinte au droit des contrats et l'auteur de préciser que l'article 544 du Code civil n'a pas encore été abrogé. Nonobstant l'origine judiciaire du bail, les règles de droit commun des contrats lui sont applicables. Notamment, lorsque l'un des anciens époux manque à ses obligations, l'autre peut demander la résiliation du contrat : en ce sens : A. Bénabent, *La famille, op. cit.*, n° 358. Sur le régime du bail judiciaire v. notamment : J. Beauchard, « Le bail forcé du logement de la famille après divorce », *JCP N* 1982, I, 63.

<sup>9</sup> Toutefois, l'accord de l'époux débiteur de la prestation est requis pour l'attribution en propriété de biens reçus par succession ou donation. Cet accord éventuel sera nécessairement absorbé par la décision de divorce revêtue de l'autorité de la chose jugée. La nature judiciaire de l'accord explique, là encore, son exclusion de cette étude. Cette réserve prévue par la loi du 26 mai 2004 est selon M. Bénabent, *La réforme du divorce article par article, op. cit.*, p. 94, un moyen « d'éviter que des biens d'origine familiale passent à l'autre époux par une sorte d'expropriation judiciaire ». Cependant, l'accord de l'époux débiteur de la prestation compensatoire ne concerne pas les biens acquis avant le mariage ; En ce sens : Cass. 1re civ., 12 nov. 2009, arrêt préc.

<sup>10</sup> Art. 265-2 C. civ et art. 1451 C. civ. Les conventions dont les effets sont suspendus jusqu'au prononcé du divorce ont un objet limité à la liquidation et au partage d'un régime de type communautaire. L'efficacité des conventions passées en application de

l'usage du nom des époux divorcés<sup>11</sup>. Ces conventions sont, quant à leurs effets, conditionnées par le prononcé du divorce.

Quant aux conventions homologuées, le juge est chargé d'opérer un contrôle des accords conclus par les époux<sup>12</sup>. Le juge doit alors vérifier si le consentement des époux est libre et éclairé et si les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés. Cette technique de l'homologation est, selon M. Hauser, la solution proposée par le législateur qui « accepte de desserrer les contraintes... et d'offrir aux sujets de droit une aire de véritable création et de liberté... »<sup>13</sup>. En soumettant l'accord au contrôle du juge, le législateur entend également purger l'acte de ses vices<sup>14</sup> et ainsi limiter le contentieux de l'après divorce.

**143.** Ces conventions du divorce sont soumises aux exigences du droit du divorce et il n'est pas douteux qu'elles n'obéissent pas aux règles juridiques précises gouvernant le contrat. On peut augurer que l'altération des règles issues du droit commun des contrats sera fonction de l'importance de l'intervention du juge dans la sphère conventionnelle<sup>15</sup>. Les conventions du divorce à la formation desquelles le juge se trouve associé d'une façon relativement discrète, les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce (Titre I), doivent être distinguées des conventions dont le contenu est soumis à un véritable contrôle judiciaire, les conventions homologuées (Titre II).

---

l'article 265-2 du Code civil pour la liquidation d'un régime non communautaire n'est pas conditionnée au prononcé du divorce. En ce sens : A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>11</sup> Art. 264 al. 2 C. civ.

<sup>12</sup> Ainsi, les conventions conclues par les époux lorsque ceux-ci divorcent par consentement mutuel doivent-elles être soumises à l'homologation du juge (art 230 et 232 C. civ). Quant aux époux divorçant de manière contentieuse, les conventions homologuées peuvent porter tant sur les conséquences patrimoniales qu'extra-patrimoniales de la rupture du mariage et demeurent facultatives (art 268 C. civ.) Il convient de rapprocher de l'article 268 du Code civil, l'article 373-2-7 du même code qui prévoit la possibilité pour les parents de saisir le juge aux affaires familiales afin de voir homologuer une convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ainsi que sur la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

<sup>13</sup> J. Hauser, « Le juge homologateur en droit de la famille », *op. cit.*, spéc. p. 115.

<sup>14</sup> En ce sens : J. Hauser, *op. cit.*, p. 117, I. Balensi, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42, spéc. p. 51, n° 16.

<sup>15</sup> Au sujet de la participation judiciaire à la formation des contrats conclus dans l'ensemble du droit privé, un auteur, A. Creach-Angel, thèse préc., n° 13, s'est appliqué à démontrer que « le risque de bouleversement des règles normalement applicables aux contrats est proportionné à l'intensité de l'immixtion judiciaire ».



## **1. TITRE I : LES CONVENTIONS CONCLUES SOUS LA CONDITION DU JUGEMENT DE DIVORCE**

**144.** Les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce présentent la particularité d'être soumises à une intervention judiciaire. En effet, le juge en prononçant le divorce va faire produire des effets de droit aux accords conclus par les époux pendant l'instance en divorce contentieux. Cette intervention du juge conduit à exclure ces conventions du droit commun des contrats. Ces conventions se retrouvent sous l'influence du jugement de divorce. Pour autant, cette intervention judiciaire reste modérée. C'est ce qui justifie, d'une part, de déterminer la nature des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce (Chapitre I), et d'autre part, de déterminer le régime auquel celles-ci sont soumises (Chapitre II)





## **Chapitre I : La nature des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce**

**145.** Les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce sont des accords de volontés. Toutefois, si la volonté de chacun des époux est indispensable à la formation de ces conventions, elle n'est pas suffisante à donner naissance à des obligations. Un autre élément, le prononcé du divorce, s'ajoute aux volontés individuelles afin de rendre l'accord efficace. En outre, ces conventions ne sont pas soumises au principe de la force obligatoire du contrat. Ainsi, le juge dispose du pouvoir de modifier le contenu de certaines conventions.

Pour autant, cette présence judiciaire n'est pas de nature à exclure les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce de la sphère conventionnelle. En effet, ces conventions sont des accords de volontés donnant naissance à des obligations sous la condition du prononcé du divorce (Section I) et qui se caractérisent par une force obligatoire atténuée (Section II).

### **Section I : Des accords de volontés donnant naissance à des obligations sous la condition du prononcé du divorce**

**146.** L'étude du premier élément caractérisant toute convention, à savoir le concours des volontés individuelles (§1), précédera l'analyse d'un deuxième élément spécifique aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce : l'effet générateur d'obligations constitué par le prononcé du divorce (§2).

## **§1. - Des accords de volontés**

**147.** Les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce sont des accords de volontés librement conclus<sup>1</sup>. En d'autres termes, la liberté conventionnelle dont disposent les parties concerne aussi bien le principe même de l'accord (I) que son contenu (II).

### ***I. - Le principe de libre accord***

**148.** Le principe selon lequel les parties sont libres de s'engager ou de refuser l'accord est ici respecté. En effet, de manière générale, chacun des époux est libre de conclure une convention portant sur la liquidation anticipée du régime matrimonial ou sur l'usage du nom, ou bien, au contraire, de s'abstenir. En témoignage de manière implicite l'usage fait par le législateur du verbe « pouvoir » dans les articles 264 alinéa 2 et 265-2 du Code civil qui concernent respectivement l'accord portant sur l'usage du nom des époux divorcés et la convention de liquidation anticipée du régime matrimonial. L'emploi du verbe « pouvoir » a d'ailleurs été souligné par G. Cornu qui, au sujet de la liberté accordée aux époux de conclure des conventions de liquidation et de partage anticipés de la communauté, a affirmé que « leur première liberté est de n'en point faire »<sup>2</sup>.

Il faut maintenant vérifier que le principe de libre détermination du contenu de l'accord est respecté.

### ***II. - Le principe de libre détermination du contenu de l'accord***

**149.** L'objet de l'accord varie en fonction du type de convention conclue par les époux. C'est ce qui justifie que le principe de libre détermination du contenu de la convention soit envisagé distinctement selon qu'il s'agit de la convention ayant pour objet la

---

<sup>1</sup> Le nouvel article 1102 du Code civil dispose : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

<sup>2</sup> G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 459. La réflexion concernait les conventions de liquidation et de partage anticipés de la communauté prévues par l'ancien article 1450 du Code civil. Et l'auteur de préciser : « La faculté qui leur est offerte atteste que la loi fait cette ouverture aux époux qui divorcent autrement que sur demande conjointe. Car, dans le divorce sur requête conjointe, les époux n'ont pas la faculté, mais l'obligation, à peine d'irrecevabilité de leur requête, de soumettre au juge des accords comprenant des précisions liquidatives ». Le raisonnement est parfaitement transposable au droit positif.

liquidation anticipée de la communauté (A) ou de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés (B).

*A. – Le principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet la liquidation anticipée de la communauté*

**150.** L'étude du principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet la liquidation anticipée de la communauté (1) précédera celle de ses limites (2).

*1) Étude du principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet la liquidation anticipée de la communauté*

**151.** Dans un premier temps, on s'est interrogé sur la latitude laissée aux époux dans l'étendue même de la liquidation anticipée d'un régime de type communautaire. Plus précisément, on s'est demandé si cette liquidation pouvait être partielle ou si, au contraire, elle devait être globale.

L'article 265-2 du Code civil dispose que les époux peuvent « passer toutes conventions ». Il résulte donc de ce texte que la liquidation peut être globale ou partielle. Par exemple, pourrait être envisagée l'évaluation d'une récompense ou celle d'un bien attribué à un époux. Cette interprétation large faite de l'article 265-2 du Code civil semble être consacrée par la doctrine<sup>3</sup>.

**152.** Dans un second temps, on s'est intéressé à la liberté accordée aux époux lors de la détermination du contenu de la convention. Ainsi, s'est-on interrogé sur le point de savoir si les époux étaient libres de procéder à la liquidation et au partage anticipés de la communauté en éludant les règles qui gouvernaient leur régime.

Par un arrêt de principe du 28 juin 1983<sup>4</sup>, la Cour de cassation a décidé que les conjoints sont libres d'écarter par une convention passée pendant l'instance en divorce ou

---

<sup>3</sup> En ce sens v. notamment : G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 493 ; G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, p. 459.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1983, *Bull. civ.* I, n° 190, p. 167 ; *D.* 1984, jur. p.254, note G. Morin ; *Deffrénois* 1984, art. 33250, p.345, même note ; *JCP G* 1984, II, 20330, note J-F Pillebout. Cet arrêt doit être rapproché de celui qui consacre la possibilité pour les anciens conjoints de modifier la qualification d'un bien, c'est-à-dire à procéder à un changement partiel de régime, afin de liquider leur régime matrimonial. Selon la Cour de cassation, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 2003, *Bull. civ. Dr. famille* 2003, comm. n°

postérieurement à la dissolution de la communauté les règles fixant le mode de calcul des récompenses. La solution se justifie par la cessation du principe d'immutabilité du régime matrimonial. En effet, les époux sont libres de liquider les récompenses comme ils l'entendent, car cette liquidation intervient dans la perspective de la dissolution de la communauté. Les effets de la convention sont suspendus au prononcé du divorce. Les époux redeviennent alors des contractants de droit commun et le principe de l'autonomie de la volonté trouve à nouveau à s'appliquer<sup>5</sup>. Assurément, la solution dégagée par la Haute juridiction ne saurait se limiter au mode de calcul des récompenses. La portée de cet arrêt est générale : les époux sont libres de liquider et de partager la communauté en éludant les règles issues de leur régime<sup>6</sup>.

Cette pratique qui consiste à laisser aux époux toute liberté dans la liquidation et le partage de leur régime matrimonial est depuis longtemps appliquée par les praticiens du notariat et a été consacrée par la jurisprudence.

Le 9 mars 1994<sup>7</sup>, la Cour de cassation, dans un attendu de principe, a affirmé qu'après la dissolution de leur mariage par le divorce, les ex-époux sont libres de liquider leur régime matrimonial comme ils l'entendent et de passer, à cet effet, toutes conventions.

**153.** Il n'est pas douteux que cette liberté conventionnelle accordée aux époux postérieurement au prononcé du divorce puisse également s'exercer pendant l'instance en divorce, car les effets de la convention sont conditionnés par le prononcé du divorce. Comme le font observer MM. Flour et Champenois : « La raison de cette liberté s'explique par le fait que l'on a voulu permettre aux époux de faire pendant l'instance en divorce ce qu'autrefois, ils faisaient nécessairement après le prononcé du divorce. Or, après la dissolution du mariage, les époux sont maîtres de leurs droits »<sup>8</sup>.

Toutefois, dans certains cas, la convention conclue par les époux pendant l'instance en divorce peut se révéler être incompatible avec le jugement de divorce. En effet, afin de

101, note H. Lécuyer, « si le mariage une fois célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement, et que si les dispositions de l'article 1408, aux termes desquelles l'acquisition faite à titre de licitation ou autrement de portion d'un bien dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un acquêt, sont impératives, ces dernières peuvent être écartées par une convention passée pendant l'instance en divorce ou postérieurement à la dissolution de la communauté (...) ».

<sup>5</sup> En ce sens v. notamment : J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 493 ; J. Revel, « Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », art. préc., spéc. n° 20.

<sup>6</sup> Les auteurs considèrent que les époux peuvent également décider que l'un des deux n'exercera pas son droit à récompense : J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 550 ; G. Morin, obs. sous Cass. 1re civ., 28 juin 1983, *D.* 1984, jur. p. 256.

<sup>7</sup> Cass. 1re civ., 9 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 90, p.69 ; *JCP* 1994, I, 3785, n° 7, obs. A. Tisserand ; *Defrénois* 1994, art. 35953, p. 1536, obs. G. Champenois.

<sup>8</sup> J. Flour, G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux, op. cit.*, n° 493.

rédiger la convention, les époux ou le notaire, s'il s'agit d'un acte authentique, se base sur la situation patrimoniale telle qu'elle existe pendant l'instance en divorce. Mais le jugement de divorce qui intervient postérieurement à l'élaboration de cette dernière convention est susceptible d'en modifier l'économie. Par exemple, l'attribution judiciaire d'un bien commun à titre de prestation compensatoire peut se révéler être incompatible avec la clause de la convention de liquidation anticipée de la communauté l'incluant dans la masse à partager<sup>9</sup>. Afin de prévenir de telles difficultés, les époux décident parfois d'assortir leur convention de clauses contenant des mécanismes issus du droit commun des contrats. Ces clauses sont utilisées par des époux souhaitant préserver leur liberté conventionnelle et éviter, de la sorte, que le juge, en application du pouvoir modérateur prévu par l'article 1451 alinéa 2 du Code civil, ne modifie la convention si les conséquences du divorce devaient remettre en cause les bases de la liquidation et du partage. Trois types de clauses sont ainsi insérés par la pratique notariale dans les conventions de liquidation anticipée de la communauté.

La clause la plus fréquemment utilisée est la condition résolutoire. Celle-ci est prévue dans le cas où le jugement ne serait pas conforme au contenu de la convention<sup>10</sup>. Si la condition venait à se réaliser, la convention serait alors rétroactivement anéantie.

Le notariat utilise également la technique de la condition suspensive. L'on peut citer l'exemple d'une clause prévoyant que les effets de la convention seront suspendus à l'absence de prestation compensatoire octroyée par le juge sous la forme d'un bien commun inclus dans le partage prévu par la convention<sup>11</sup>.

Le troisième type de clause que l'on observe est une clause contenant une condition suspensive ou résolutoire qui a pour objet de cantonner l'exécution de la convention à un délai raisonnable. L'hypothèse envisagée est celle où l'un des époux utiliserait les voies de recours contre la décision de divorce retardant de la sorte l'exécution de la convention<sup>12</sup>. En effet, le risque serait de voir la valeur d'un bien changer entre le jour de la conclusion de l'accord et celui de son exécution. Afin d'éviter un tel risque, les époux décident parfois de convenir que la convention sera exécutée sous la condition que la décision de jugement intervienne dans un délai déterminé ou ne soit pas frappée d'appel.

---

<sup>9</sup> Pour des exemples d'incompatibilités entre la convention et le jugement : C. Lesbats, thèse préc., p. 311 et s.

<sup>10</sup> J.-F. Vouin, J. Lafond, *Les conventions de divorce*, Cridon Bordeaux, 1981, p. 64.

<sup>11</sup> B. Abry, « Les pièges guettant les conventions de divorce », *JCP N*, 1992, p. 64.

<sup>12</sup> Selon l'article 1451 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil les conventions de liquidation anticipée de la communauté « ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre les époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée ».

Assurément, le principe de libre détermination du contenu de la convention de liquidation et de partage anticipés de la communauté est respecté. Pour autant, cette possibilité octroyée aux époux de déterminer librement le contenu de cette dernière convention n'est pas sans limites.

*2) Limites au principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet la liquidation anticipée de la communauté*

**154.** Le point qui a suscité un intérêt particulier a trait à la prestation compensatoire et plus précisément à la possibilité pour les époux d'inclure dans leur convention de liquidation et de partage anticipés de la communauté une disposition relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire.

Cette problématique ne saurait se limiter à l'idée d'un accroissement de la liberté conventionnelle des époux dans la détermination du contenu de l'accord, mais concerne également l'intégration de la prestation compensatoire au règlement de l'ensemble des conséquences patrimoniales de la rupture. À ce sujet, G. Cornu s'est appliqué à souligner le lien existant entre la liquidation du régime matrimonial et la détermination du montant de la prestation compensatoire. Cet auteur a affirmé que « l'essentiel est de comprendre que la compensation, une fois décidée, peut trouver sa mise en œuvre dans un mécanisme matrimonial, surtout s'il y a, entre époux, communauté »<sup>13</sup>. En pratique, l'on constate que nombreux sont les époux qui souhaitent lier la fixation du montant et des modalités de la prestation compensatoire aux opérations de liquidation et de partage anticipés de la communauté. Pour autant, dans un tel contexte, la prestation compensatoire n'est-elle pas un élément relevant de l'ordre public et ne pouvant à ce titre être fixée que par le juge ?

**155.** La jurisprudence rendue sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975 a interdit, pendant l'instance en divorce contentieux, toute convention, fut-elle notariée, relative à l'attribution à l'un des conjoints d'une prestation compensatoire, cette dernière prestation ne pouvant être fixée que par le juge<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> G. Cornu, *La famille*, *op. cit.*, n° 329.

<sup>14</sup> La Cour de cassation, Cass. Civ. I, 23 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 103, p. 78 ; *Defrénois* 1994, art. 35891, p. 1090, obs. J. Massip ; *RTD civ* 1994, p. 333 obs. J. Hauser, a, dans un premier temps, considéré que les conjoints ne pouvaient, pendant

Cette jurisprudence n'est pas sans susciter quelques critiques à propos de l'hypothèse où les époux ont conventionnellement prévu que la prestation compensatoire se matérialiserait par l'abandon soit d'une part de la communauté au profit de l'un des époux soit d'un bien propre de l'un des conjoints à l'autre. Pour ces époux, la prestation compensatoire devrait s'exécuter sous la forme « d'un avantage matrimonial octroyé à l'occasion du divorce »<sup>15</sup>. Et ceux-ci ne comprennent pas les raisons pour lesquelles une telle faculté leur est interdite.

Cette jurisprudence paraît d'autant plus critiquable qu'elle est difficilement conciliable avec celle autorisant les anciens époux, après le prononcé du divorce contentieux, à transiger sur le montant ou les modalités de la prestation compensatoire initialement fixée par le juge<sup>16</sup>. Une telle jurisprudence encourage, en effet, les époux à accepter fictivement la décision judiciaire fixant le montant de la prestation compensatoire afin de pouvoir, une fois le divorce prononcé, opter pour une révision purement amiable de ce dernier montant. Nul doute qu'il s'agit là d'une véritable fraude à la loi. Néanmoins, la preuve en est difficilement rapportable. En effet, il semble difficile de prouver que des époux ont accepté de façon fictive la décision judiciaire statuant sur la prestation compensatoire dans l'unique dessein de pouvoir, après le prononcé du divorce, contracter librement sur son montant ou ses modalités.

**156.** En réalité, ces paradoxes proviennent de la difficulté de concilier la notion de prestation compensatoire, qui relève de la seule décision du juge, et le principe

---

l'instance en divorce, conclure une convention de l'article 1450 du Code civil (réd. loi 11 juill. 1975) portant sur la prestation compensatoire. Puis, dans un second temps, la Cour de cassation, Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, *Bull. civ. I*, n° 325; *D.* 2005, jur. p. 1985, note C. Mathieu ; *AJF* 2005 jur. p. 65, note S. David ; *Dr. famille* 2005, comm. n° 32, note V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2005, p. 24, obs. T. Garé, a posé un principe général d'interdiction en affirmant que « sauf lorsque le divorce est prononcé sur demande conjointe, la prestation compensatoire ne peut être fixée que par le juge ; qu'il en résulte qu'aucune convention, fût-elle notariée, relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire, ne peut être conclue par les époux ». En outre, la Cour de cassation a décidé que la transaction sur la prestation compensatoire est exclue lorsqu'elle intervient avant toute procédure de divorce, le droit à prestation n'étant alors qu'un droit futur. Par conséquent, une telle transaction est frappée de nullité absolue. Voir en dernier lieu : Cass. 1re civ., 3 fév. 2004, *Bull. civ. I*, n° 30, p. 26 ; *AJF* 2004, jur. p. 101, note S. David ; *Dr. Famille* 2004, comm. n° 78, note V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2004, p. 15, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2004, p. 272, obs. J. Hauser.

<sup>15</sup> L'expression est empruntée à G. Cornu, *La famille, op. cit.*, n° 329. L'auteur développe cette notion au sujet de l'intégration de la prestation compensatoire au règlement d'ensemble des intérêts patrimoniaux des époux divorcés au moyen de l'ancien divorce sur demande conjointe.

<sup>16</sup> Jurisprudence préc. : CA Paris, 17 déc. 1985, *D.* 1987, Somm. p. 46, obs. A. Bénabent. Contra : v. CA Nancy, 12 mai 1995, *JCP G*, 1997, I, 4045, n°4, obs. H. Bosse-Platière, qui a annulé une convention conclue par d'anciens époux qui avait pour objet la révision de certaines modalités de la prestation compensatoire fixée par le juge car cette dernière convention était contraire à l'autorité de la chose jugée. La Cour de cassation, Cass. 1re civ., 8 fév. 2005, *Bull. civ. I*, n° 70, *D.* 2005, Inf. rap. p. 594 ; *RTD civ.* 2005, p. 372, obs. J. Hauser ; *Deffrénois* 2005, art. 1841, obs. J. Massip ; *AJF*, jur. p. 232, note S. David ; *Dr. famille* 2005, comm. n° 75, note V. Larribau-Terneyre, a posé un principe général en décidant que « si dès lors qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire, ils peuvent renoncer en tout ou partie aux effets de celle qui a été fixé judiciairement ».

d'autonomie de la volonté des époux ayant choisi la voie d'un divorce contentieux. À ce sujet, l'on peut citer un arrêt particulièrement intéressant et pourtant peu commenté rendu par la Cour de cassation le 25 avril 2006<sup>17</sup>. Dans cette décision, la Haute juridiction a décidé que s'agissant de la prestation compensatoire, la liberté conventionnelle des époux ne pouvait s'exercer que dans le cadre de l'ancien divorce sur requête conjointe. Selon la Cour de cassation, la prestation compensatoire ne pouvait être fixée que par le juge et ne pouvait l'être par voie conventionnelle que dans le cadre du divorce sur requête conjointe prévoyant l'homologation de l'accord par le juge, forme de divorce à laquelle les parties n'étaient pas soumises alors que ces règles présentent un caractère d'ordre public à l'effet de garantir la liberté de leur consentement et de préserver leurs droits.

Cette décision conduit à s'interroger sur les raisons qui justifient que la prestation compensatoire ne puisse être librement convenue entre les époux. La Cour de cassation a fondé sa décision sur le caractère d'ordre public présenté par l'homologation. Le juge homologateur a pour mission de garantir la liberté de consentement des époux et d'assurer la protection de leurs droits. Il en résulte une interdiction pour les époux ayant choisi un divorce contentieux de s'émanciper de tout contrôle judiciaire afin de s'entendre sur la prestation compensatoire. Toutefois, cette décision ne convainc pas pleinement.

D'une part, le principe d'autonomie de la volonté ne saurait être limité à la liquidation et au partage de la communauté. Ce principe a vocation à concerner l'ensemble du statut patrimonial des époux. Il paraît critiquable de soumettre les dispositions relatives à la prestation compensatoire à un contrôle judiciaire et d'ôter, de la sorte, aux époux la possibilité d'intégrer la prestation compensatoire au règlement de l'ensemble des conséquences patrimoniales de la rupture. D'autre part, la convention de liquidation et de partage anticipés de la communauté contenant une clause relative à la prestation compensatoire est conclue par les époux dans la seule perspective du divorce. Ainsi qu'on a pu le démontrer dans les développements précédents, postérieurement au prononcé du divorce contentieux, le statut des époux est identifiable à celui des contractants de droit commun<sup>18</sup>. Il en résulte que le droit des contrats et en particulier le principe d'autonomie de la volonté ont vocation à régir les rapports liant les anciens

---

<sup>17</sup> Cass. 1re civ., 25 avr. 2006, *Bull. civ. I*, n° 201, p. 177; *D.* 2006, IR, p. 1331.

<sup>18</sup> Voir *supra* n° 43 et s.



époux entre eux. Ceux-ci n'étant, en effet, plus liés par aucune règle issue du droit du divorce ou du droit matrimonial. C'est probablement la raison qui a conduit la jurisprudence à autoriser les anciens époux à transiger sur le montant ou les modalités de la prestation compensatoire initialement fixés par le juge. Il ne semble donc pas cohérent de priver les époux de la possibilité de conclure, pendant l'instance en divorce, une convention portant sur la prestation compensatoire et dont les effets sont suspendus au prononcé du divorce.

Pour autant, la loi du 26 mai 2004 ne s'est pas attachée à mettre un terme à ces paradoxes. Il convient, ici, de rappeler que l'application de l'article 265-2 du Code civil doit être articulée avec celle de l'article 268 du même code. Comme l'exprime Monsieur Bénabent : « cette validité des conventions relatives à la liquidation du régime emporte que l'exigence d'homologation de l'article 268 n'est véritablement posée qu'en ce que la convention que vise ce texte a un objet plus large : l'accord peut donc porter sur l'autorité parentale, la contribution à l'entretien des enfants et la prestation compensatoire... »<sup>19</sup>. En généralisant la technique de l'homologation aux conventions conclues dans le cadre d'un divorce contentieux et portant sur tout ou partie des conséquences du divorce, et en particulier sur la prestation compensatoire, la réforme a nécessairement eu pour effet de limiter l'exercice de la liberté contractuelle des époux. En effet, ainsi qu'on a pu le souligner à différentes reprises, le juge opère un contrôle de la convention et il peut refuser d'homologuer cette dernière convention s'il considère que les intérêts de l'un des époux ne sont pas suffisamment préservés<sup>20</sup>. En outre, s'agissant de la révision de la prestation compensatoire prévue dans la convention, les époux doivent saisir le juge et sont liés par la convention homologuée en cas de refus du juge de modifier le montant de cette prestation<sup>21</sup>.

**157.** En définitive, l'on constate que les époux ne disposent pas de la faculté d'inclure dans la convention de liquidation et de partage anticipés de la communauté une clause relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire. Force est donc de constater que la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi 11 juillet 1975 soumettant toute convention portant sur la prestation compensatoire à l'homologation du

---

<sup>19</sup> A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article*, op. cit., n° 102.

<sup>20</sup> L'article 268 alinéa 2 du Code civil dispose que : « le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce ».

<sup>21</sup> La révision de la convention homologuée de l'article 268 du Code civil est calquée, par renvoi de l'article 279-1 du Code civil à l'article 279 du même code, sur celle de la convention homologuée du divorce par consentement mutuel.

juge reste applicable aux époux. Assurément, la prestation compensatoire ne constitue pas un élément du divorce dont les parties peuvent disposer librement.

Reste maintenant à examiner le principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés.

*B. – Le principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés*

**158.** Sera envisagée, dans un premier temps, l'étude du principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés (1), avant, dans un second temps, d'en exposer les limites (2).

*1) Étude du principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés*

**159.** Avant d'exposer le principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés, il paraît opportun de s'interroger sur le contenu même de cette convention. En effet, une question s'est posée avec acuité, elle concernait la détermination de l'objet même de la convention et plus précisément le point de savoir si le nom, attribut de la personne, pouvait être soumis au principe de l'autonomie de la volonté.

Dans une décision en date du 20 février 1924<sup>22</sup>, la Cour de cassation était invitée à se prononcer sur la validité d'une convention autorisant une épouse à conserver l'usage du nom de son conjoint. La Haute juridiction a décidé que l'autorisation donnée à la femme de faire usage du nom patronymique du mari n'impliquant pas transmission de ce nom, ne constituait pas une convention sur l'état des personnes nulle en vertu de l'article 1128 du Code civil. À la lecture de cet arrêt, il apparaît que la convention portant sur le maintien de l'usage du nom du conjoint est valable, car il ne s'agit pas là d'un accord ayant pour objet la transmission du nom et qui serait contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Comme le souligne un auteur, le nom est indisponible seulement lorsqu'il sert à l'identification sociale de son porteur. Et l'auteur

---

<sup>22</sup> Cass. civ., 20 fév. 1924, *D.* 1924, I, p. 19, *Rev. crit. législ. et de jurispr.* 1936, p. 11 et s., obs. R. Savatier. La loi du 6 fév. 1893 posait le principe d'une reprise par des époux de son nom et ne prévoyait aucune exception. Dans cet arrêt la Cour de cassation a admis que ce principe n'était pas d'ordre public.

de poursuivre l'accord sur le maintien du nom d'usage ne modifiant pas le nom de filiation servant à l'identification sociale est de nature conventionnelle<sup>23</sup>. À cet égard, l'on constate que le nom d'usage n'échappe plus aux volontés individuelles. Et de manière générale, cet accord portant sur la conservation du nom d'usage du conjoint témoigne du mouvement de développement des conventions dans le droit extra-patrimonial de la famille<sup>24</sup>.

**160.** Il convient maintenant de vérifier si les époux sont libres de déterminer librement le contenu de l'accord.

Au préalable, il convient de rappeler que l'article 264 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil pose le principe selon lequel à la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint. Ce principe trouve sa justification dans la disparition du lien conjugal. Cependant, cette règle est susceptible d'entraîner un certain nombre d'inconvénients tenant à la remise en cause d'une apparence que des années de vie familiale ont créé<sup>25</sup>. La doctrine s'accorde à dire qu'il est difficile pour la femme de perdre brutalement l'usage du nom de son mari qu'elle avait utilisé dans sa vie professionnelle. En outre, dans un souci d'intérêt familial, les auteurs mettent en évidence l'importance du maintien de l'unité du nom entre les enfants et la mère s'ils résident avec elle<sup>26</sup>. Aussi, afin d'éviter de tels inconvénients, l'alinéa 2 de l'article 264 du Code Civil prévoit, notamment, la possibilité à l'un des époux de conserver l'usage du nom de son conjoint avec l'accord de celui-ci<sup>27</sup>.

En pratique, l'on observe que les femmes mariées portent le plus souvent le nom de leur conjoint. Après le divorce, ce sont donc les femmes qui souhaitent conclure un accord ayant pour objet le maintien du nom porté pendant le mariage. Ainsi, les époux peuvent-ils convenir que l'accord concernera tant la vie privée que professionnelle de l'ancienne épouse. Ils peuvent également décider que l'accord sera partiel et qu'il sera limité à la vie professionnelle de la femme. Les conjoints peuvent également convenir de soumettre la convention à une condition ou à un terme et prévoir, par exemple, que l'accord

<sup>23</sup> G. Loiseau, *Le nom objet d'un contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 274, 1997, n°237.

<sup>24</sup> En ce sens : F. Terré, D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités, op. cit.*, n° 167. Les auteurs précisent qu'il ne s'agit pas là « d'une simple autorisation, unilatérale ».

<sup>25</sup> En ce sens : J. Hauser, D. Huet-Weiller, *La famille, Dissolution de la famille op. cit.*, n° 403.

<sup>26</sup> Voir en ce sens : J. Hauser, D. Huet-Weiller *op. et loc. cit.*, A. Bénabent, *La famille, op. cit.*, n° 324, H. Fulchiron, Ph. Malaurie, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5<sup>e</sup> éd., 2016

<sup>27</sup> L'article 264 alinéa 2 du Code civil prévoit également que le juge peut autoriser l'un des époux à conserver le nom de l'autre s'il justifie d'un intérêt particulier.

cessera en cas de remariage de l'un d'entre eux ou de concubinage de l'épouse ou bien encore lorsque les enfants auront atteint l'âge de la majorité. En outre, il est envisageable pour les époux de s'entendre sur une contrepartie financière telle une renonciation par la femme à toute prestation compensatoire<sup>28</sup>. Afin de légitimer cette pratique, l'on peut soutenir que le terme « droit d'usage » fait référence au droit des biens. Il doit en être déduit que le nom d'usage se trouve dans le commerce et qu'il est susceptible de revêtir un caractère patrimonial<sup>29</sup>. Dans ce cas, l'article 1128 du Code civil qui dispose qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de convention » ne constitue pas un argument qui permettrait d'envisager l'annulation d'une telle convention.

**161.** En réalité, les époux disposent en la matière d'une importante liberté conventionnelle. Et de manière générale, le principe d'autonomie de la volonté a vocation à s'appliquer au choix du nom<sup>30</sup>. En témoigne la loi du 4 mars 2002 complétée par celle du 18 juin 2003 entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janv. 2005 autorisant les parents à choisir le nom de famille de leur enfant<sup>31</sup>. L'article 311-21 du Code civil issu de ces réformes prévoit que les parents peuvent choisir soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés selon un ordre librement déterminé. Ces dernières réformes ne sont pas sans incidence sur le contenu de l'accord susceptible d'être conclu par les époux au moment du divorce. En effet, dans l'hypothèse où des époux auraient choisi de transmettre leur double nom aux enfants, le mari pourrait souhaiter plus fréquemment, par souci d'unité de nom dans la fratrie, ajouter le nom de son épouse au sien. Au moment du divorce, l'accord conclu entre les époux pourrait avoir pour objet le maintien du droit d'usage du double nom, donc du nom de la femme, au bénéfice du mari. C'est précisément l'évolution réalisée par la loi du 26 mai 2004 qui, relativement au sort du nom des époux divorcés, vise chacun des époux et non plus uniquement la femme.

---

<sup>28</sup> En ce sens : G. Loiseau, thèse préc., n° 264. L'auteur cite CA Bourges, 18 oct. 1921, D.P 1921, II, p. 128. Dans cette affaire, la convention portant sur l'usage du nom prévoyait la renonciation de la part de l'épouse à toute pension alimentaire.

<sup>29</sup> En ce sens : B. de Larbourg, *Les conventions entre époux relatives au divorce*, thèse Toulouse, 1925, p. 27. Selon l'auteur : « La jurisprudence estime que s'il est impossible de céder à un tiers l'usage intégral de son nom patronymique, il n'est nullement interdit de l'autoriser à se servir de ce nom dans un but spécialement déterminé. Dans ce cas le nom représente une valeur pécuniaire sur laquelle il est permis de faire des contrats ».

<sup>30</sup> An ce sens : F. Terré, D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités, op. cit.*, n° 171.

<sup>31</sup> Un auteur, F. Niboyet, thèse préc., n° 38 a, néanmoins, souligné les inconvénients engendrés par cet accroissement de la liberté conventionnelle. Selon cet auteur : « En voulant faire primer la liberté, le risque est en effet de faire disparaître le repère du nom comme élément d'unité du groupe familial et des générations passées et à venir ».

**162.** Cette évolution traduit, outre la volonté du législateur d'assurer le respect du principe d'égalité entre les deux sexes, un certain recul de l'ordre public familial en matière du droit d'usage du nom. L'on constate que le droit d'usage du nom de famille rentre désormais dans une prévision conventionnelle, au même titre que les autres conséquences du divorce. Un jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Paris le 3 septembre 1996<sup>32</sup> vient conforter ce point de vue. Dans cette affaire, se posait la question de savoir si d'anciens époux pouvaient conclure un accord permettant à l'épouse de porter, au moins à titre de pseudonyme, le nom de son premier mari qu'elle n'avait jamais cessé d'utiliser dans sa carrière de violoniste alors même que la femme s'était remariée.

Le Tribunal a validé cet accord tout en précisant que l'intérêt particulier de la femme d'user du nom de son premier mari restait actuel. Cette décision présente un double intérêt.

En premier lieu, la décision rappelle que l'article 264 du Code civil n'impose aucun délai particulier pour conclure un accord portant sur l'usage du nom des époux divorcés<sup>33</sup>. À cet égard, on peut, néanmoins, souligner que s'il semble surprenant d'autoriser des époux à rediscuter des conséquences de leur divorce des années après son prononcé, il serait, néanmoins, difficile pour un tribunal de refuser la conclusion de cet accord. Nul doute qu'un tel refus manifesterait « une conception autoritaire du nom qui n'est plus guère de saison ! »<sup>34</sup>.

En second lieu, il apparaît que le remariage de l'épouse est sans incidence sur la validité de l'accord prévoyant l'usage, à titre professionnel, du nom du premier mari au profit de l'épouse. À cet égard, le jugement<sup>35</sup> qui s'était prononcé en faveur de la caducité de plein droit de l'accord conclu par des époux en cas de remariage de l'ancienne épouse est, ici, inapplicable. En effet, ce jugement construit sur l'idée qu'« une femme ne peut avoir ni dans son nom, ni dans son état civil, deux maris »<sup>36</sup> ne peut concerner un accord conclu postérieurement au remariage de l'ancienne épouse. L'on peut d'ailleurs faire observer que l'ancien mari avait donné son consentement tout en étant informé du remariage de son ancienne épouse. Et de manière générale, l'on constate que les juges ne

<sup>32</sup> TGI Paris, 3 sept. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 872, obs. J. Hauser.

<sup>33</sup> Déjà en ce sens : CA Limoges, 17 janv. 1991, *RTD civ.* 1991, p. 717, obs. J. Hauser.

<sup>34</sup> J. Hauser, obs. sous TGI Paris, 3 sept. 1996, préc. , p. 873.

<sup>35</sup> TGI Paris, 18 fév. 1981, *D.* 1981, jur. p. 443, obs. R. Lindon ; *JCP G* 1981, II, 19624, note D. Huet-Weiller.

<sup>36</sup> H. Fulchiron, P. Malaurie, *La famille*, n° 653.

prononcent plus systématiquement la caducité d'un tel accord. Un travail d'interprétation de la convention est désormais privilégié. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en 2004<sup>37</sup> illustre cette recherche de la commune intention des parties. Dans cette décision, les juges ont affirmé que le remariage de l'ex-épouse ne s'opposait pas à ce qu'elle conserve l'usage du nom marital exclusivement dans le cadre de sa profession tout en soulignant que lorsque l'ex-mari avait donné son autorisation, la femme était jeune, si bien qu'il était vraisemblable qu'elle se remarie.

L'on constate que la liberté conventionnelle dont jouissent les anciens époux se justifie par l'intérêt de la femme à conserver l'usage du nom de son premier mari dans l'exercice de sa profession. Par ailleurs, il semblerait peu cohérent d'envisager la nullité d'un tel accord et de priver, de la sorte, l'épouse de conserver l'usage du nom de son premier mari, alors que, dans le même temps, la jurisprudence<sup>38</sup> considère que le remariage du mari est sans conséquence sur l'accord ayant pour objet l'usage de son nom au profit de son ex-épouse. Cette jurisprudence s'explique principalement par l'idée de ne pas pénaliser l'ancienne épouse. Et l'on peut noter que la loi ne prévoit pas le principe d'une exclusivité de l'usage du nom du conjoint au profit de l'épouse. Pourtant, si l'on poursuivait le raisonnement soutenu par certains auteurs, il faudrait alors manifester un certain scepticisme à l'égard de telles décisions puisqu'un homme ne peut avoir dans son état civil deux épouses<sup>39</sup>. En réalité, une telle analyse ne convainc pas réellement.

D'une part, la crainte d'une éventuelle confusion dans l'état civil des anciens époux doit être relativisée étant donné qu'une mention du divorce est faite en marge de l'acte de mariage des anciens époux. D'autre part, le droit d'user du nom du conjoint ne modifie pas l'état civil des époux. Le nom de famille de chacun des époux n'est, en effet, pas modifié par un accord se bornant à conférer le droit, pour un conjoint, de continuer à user du nom de son époux. En témoigne un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en 1989<sup>40</sup>. Dans cette décision la Cour a décidé que les accords ou les décisions judiciaires autorisant l'épouse divorcée à porter le nom de son ancien mari ne modifiant pas l'état civil de la femme divorcée, il n'y avait pas lieu de procéder à une mention sur les registres de l'état civil qui n'était prescrite par aucun texte.

<sup>37</sup> CA Paris, 18 mars 2004, *Gaz. Pal.* 2004, II, p. 3, note J. Massip.

<sup>38</sup> TGI Montbrison, 8 janv. 2003, *Gaz. Pal.* 2003, II, p. 3053, note J. Massip.

<sup>39</sup> S'agissant de la femme, il convient de rappeler que P. Malaurie et H. Fulchiron, *op. et loc. cit.*, ont affirmé qu' : « une femme ne peut avoir ni dans son nom, ni dans son état civil, deux maris ».

<sup>40</sup> CA Paris, 9 mars 1979 *D.* 1979, jur. p. 471, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1981, p. 622, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

En définitive, il apparaît que la crainte d'une éventuelle confusion dans l'état civil des anciens conjoints ne semble pas fondée et, surtout, ne constitue pas un argument de nature à refuser aux anciens époux la possibilité de conclure un accord ayant pour objet le droit d'user du nom de l'ancien conjoint non seulement dans la vie professionnelle, mais également dans la vie privée<sup>41</sup>.

Pour autant, cette liberté conventionnelle accordée aux anciens époux de choisir un nom d'usage n'est pas sans limites.

*2) Limites au principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés*

**163.** On s'est interrogé sur le point de savoir si l'accord des époux, au moment du divorce, pouvait prévoir le maintien du seul nom de la femme au profit du mari. L'hypothèse demeurerait, certes, marginale mais resterait envisageable. Elle correspondrait au choix fait par les époux, pendant le mariage, de ne transmettre que le nom de la femme aux enfants et, corrélativement, au souhait manifesté par le mari de substituer, dans l'intérêt des enfants, à titre d'usage, le nom de son épouse au sien.

Un tel cas de figure ne pouvait être envisagé par des époux. En effet, la loi n'autorisait pas le mari à porter exclusivement le nom de sa femme. Le décret du 23 décembre 2002 qui prévoyait, en annexe du livret de famille, une information des époux relative au droit de la famille disposait que : « Le mariage est sans effet sur le nom des époux, qui continuent chacun d'avoir pour seul nom officiel celui qui résulte de leur acte de naissance. Toutefois, chacun des époux peut utiliser dans la vie courante, s'il le désire le nom de son conjoint, en l'ajoutant à son propre nom ou même, pour la femme, en le substituant au sien »<sup>42</sup>. Cette interdiction pour le mari de porter, pendant le mariage, le seul nom de son épouse était susceptible de rejaillir lors du divorce des époux. Et ainsi que le faisait observer M. Hauser, « le divorce reposera la question du mari... lequel ne pourra pas prétendre conserver pour lui-même l'usage du nom de sa femme... puisqu'il

---

<sup>41</sup> Un auteur, F. Niboyet, thèse préc., n° 52, a proposé d'élargir les exceptions au principe selon lequel à la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint. Selon l'auteur : « lorsqu'une personne invoque un intérêt professionnel à conserver l'usage du nom de son ex-conjoint, on pourrait l'autoriser à porter ce nom en toutes circonstances au lieu de l'obliger à reprendre son nom de naissance dans sa vie privée. De même lorsque le mariage a été de très longue durée, il nous semble que le conjoint pourrait invoquer un intérêt personnel à le conserver sans être systématiquement débouté de sa demande ».

<sup>42</sup> Cette interdiction faite au mari était déjà prévue dans une circulaire du 26 juin 1986.

ne l'a jamais eu »<sup>43</sup>. À l'évidence, il s'agissait là d'une véritable discrimination à l'égard du mari. Par ailleurs, cette interdiction pouvait se justifier lorsque la loi n'autorisait pas les époux à choisir le nom de famille de leurs enfants et imposait le nom du père comme nom de famille. Aujourd'hui, eu égard à l'évolution législative en matière de transmission du nom qui tend à faire une place de plus en plus importante aux volontés individuelles, une telle interdiction se justifie difficilement. Dès lors, il semblerait légitime d'offrir au mari la possibilité de porter, pendant le mariage, le nom de son épouse. Telle est la solution consacrée par la loi du 17 mai 2013 autorisant le mariage pour tous. Désormais, un nouvel article 225-1 du Code civil prévoit que « chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit ». Ainsi, lors du divorce, les époux disposent-ils de la faculté de conclure un accord prévoyant le maintien du seul nom de la femme au profit du mari. Ce qui présente l'avantage, non seulement, de supprimer toute discrimination à l'égard du mari, mais également d'assurer le respect du principe de l'autonomie de la volonté des époux. En outre, la légalisation d'un tel accord participe au mouvement général de développement des conventions dans le droit extra-patrimonial de la famille.

**164.** À l'issue de ces développements, il apparaît que les conventions de liquidation anticipée de la communauté et les conventions portant sur l'usage du nom des époux divorcés sont des accords de volontés. Cependant, ces accords ne peuvent, à eux seuls, générer des obligations. Les effets de ces conventions sont conditionnés par un élément : le prononcé du divorce.

## **§2. - *Le prononcé du divorce: élément générateur d'obligations***

**165.** Afin que les accords conclus par les époux puissent produire des obligations, une intervention judiciaire est nécessaire. Il existe donc un lien de dépendance entre les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce et le prononcé du divorce qu'il conviendra d'analyser (I). Quant au rôle joué par le jugement de divorce, un certain nombre de questions se pose : est-il une condition de validité de ces accords

---

<sup>43</sup> J. Hauser, « L'égalité des parents en cas de séparation », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de F. Sudre, Bruylant, Bruxelles, p. 315, spéc. p. 321.



ou constitue-t-il une condition suspensive ? À l’instar de la position défendue par certains auteurs, faut-il l’ériger comme une condition légale nécessaire à la perfection des accords ? Les réponses apportées à ces différentes interrogations devraient permettre de déterminer le rôle tenu par ce jugement dans la formation et l’efficacité de ces accords de volontés (II). Enfin, il sera intéressant de s’interroger sur le point de savoir si le prononcé du divorce est susceptible de modifier la nature conventionnelle du rapport juridique liant les époux entre eux (III).

### *I. - Analyse du lien de dépendance entre les accords et le prononcé du divorce*

**166.** Il existe un lien de dépendance entre les accords et le prononcé du divorce (A) dont il faudra déterminer la nature (B).

#### *A. – Le lien de dépendance entre les accords et le prononcé du divorce*

**167.** L’article 1451 alinéa premier du Code civil dispose que « les conventions passées en application de l’article 265-2 sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu’au prononcé du divorce ; elles ne peuvent être exécutées, même dans les rapports entre époux, que lorsque le jugement a pris force de chose jugée »<sup>44</sup>. Il résulte de ce texte que les conventions de liquidation anticipée de la communauté dépendent du prononcé du divorce. En d’autres termes, les parties sont liées par l’accord, mais celui-ci ne produit ses effets qu’à compter du jugement de divorce et plus précisément à partir du moment où celui-ci a acquis la force de chose jugée.

S’agissant des conventions portant sur l’usage du nom, l’article 264 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil pose le principe selon lequel « à la suite du divorce, chacun des époux perd l’usage du nom de son conjoint ». L’alinéa 2 de l’article 264 du même texte prévoit une exception. Ce texte offre, notamment, la possibilité à l’un des époux de conserver l’usage du nom de son conjoint avec l’accord de celui-ci<sup>45</sup>. À la lecture de ces textes,

---

<sup>44</sup> Sur l’évolution législative et jurisprudentielle des conventions de liquidation et de partage anticipés de la communauté voir *supra* n° 73 et s.

<sup>45</sup> L’article 264 alinéa 2 du Code civil prévoit également que le juge peut autoriser l’un des époux à conserver le nom de l’autre s’il justifie d’un intérêt particulier.

l'on constate que le prononcé du divorce conditionne soit le changement du nom d'usage des époux, soit au contraire, le maintien de celui-ci. S'agissant de la convention ayant pour objet le maintien du nom porté pendant le mariage, celle-ci ne produira ses effets qu'à partir du prononcé du divorce. Là encore, les parties sont liées par cet accord, mais celui-ci demeure inefficace jusqu'au prononcé du divorce. D'un point de vue pratique, les époux ne devraient pas percevoir l'effet de la convention puisque celle-ci a pour objet le maintien d'un nom qu'ils portaient déjà pendant le mariage. Pour autant, cette convention n'est pas dénuée de tout intérêt. En effet, en l'absence de convention portant sur l'usage du nom, le principe trouve vocation à s'appliquer à nouveau. Chacun des époux perd l'usage du nom porté pendant le mariage. Assurément, le maintien de l'usage du nom constitue l'objet de la convention dont l'efficacité dépend du prononcé du divorce.

Reste maintenant à définir la nature du lien de dépendance existant entre les accords et le prononcé du divorce.

*B. – Nature du lien de dépendance entre les accords et le prononcé du divorce*

**168.** M. Lécuyer, dans sa thèse, a exposé les raisons pour lesquelles les conventions de liquidation anticipée visées à l'ancien article 1450 du Code civil<sup>46</sup> étaient insusceptibles de donner naissance, à elles seules, à des obligations et a, de la sorte, mis en évidence la nature du lien de dépendance existant entre ces dernières conventions et le prononcé du divorce<sup>47</sup>. Le raisonnement tenu par M. Lécuyer s'avère particulièrement intéressant en ce qu'il est parfaitement transposable aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce. Il s'agira donc, dans un premier temps, de présenter le raisonnement soutenu par M. Lécuyer (1) avant, dans un second temps, d'en envisager l'application aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce (2).

---

<sup>46</sup> Selon l'ancien article 1450 du Code civil « les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de la communauté. Ces conventions doivent être passées par acte notarié, sauf en cas de demande conjointe ».

<sup>47</sup> H. Lécuyer, thèse préc. , n° 114.

*1) Présentation du raisonnement érigeant le prononcé du divorce en « acte-déclat »*

**169.** Afin de démontrer que les conventions de liquidation anticipée de la communauté n'engendrent pas, à elles seules, des obligations, M. Lécuyer s'appuie sur l'argumentation relative au mécanisme générateur du régime matrimonial construite par J. Carbonnier dans sa thèse<sup>48</sup>. Cet auteur soutient que « tout régime matrimonial constitue une société organisme, qui est engendrée par un effet direct de la loi sous l'impulsion d'un acte juridique »<sup>49</sup>. L'auteur s'attache, ensuite, à déterminer le mécanisme générateur du régime matrimonial. S'agissant du régime légal, celui-ci affirme que l'élément générateur réside dans l'acte de mariage<sup>50</sup>. Pour ce qui est des régimes conventionnels, il soutient que « les conventions matrimoniales sont radicalement impuissantes, par elles-mêmes, à déclencher la loi en vue d'engendrer un régime matrimonial »<sup>51</sup>. Et l'auteur de conclure que les régimes conventionnels ne prennent pas naissance au jour du contrat de mariage pour « la raison toute simple qu'ils ne prennent pas naissance de ce contrat... L'évènement-déclat réside dans l'acte de mariage lui-même »<sup>52</sup>.

**170.** Selon M. Lécuyer, il convient de transposer le raisonnement de J. Carbonnier aux conventions de liquidation anticipée de la communauté. L'article 1451 du Code civil prévoit que les effets des conventions de l'ancien article 1450 du Code civil sont suspendus au prononcé du divorce. M. Lécuyer en déduit que « l'acte-déclat » est constitué par le jugement de divorce. Par conséquent, l'effet générateur d'obligations ne peut naître des conventions. Pour l'auteur, « l'accord de volontés semble s'effacer derrière un autre élément qui possède cette force génératrice. Il n'est certes pas dénué de toute faculté de production médiate d'effets de droit quelconque, mais il est dépouillé de sa prérogative immédiate de déclenchement de la loi en vue de faire naître un effet de droit »<sup>53</sup>. Ce qui conduit cet auteur à refuser à ces accords la qualification de contrat,

---

<sup>48</sup> J. Carbonnier, *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse préc.

<sup>49</sup> J. Carbonnier, thèse préc., p. 547.

<sup>50</sup> J. Carbonnier, thèse préc., p. 547 et s.

<sup>51</sup> J. Carbonnier, thèse préc., p. 552.

<sup>52</sup> J. Carbonnier, thèse préc., *loc. cit.*

<sup>53</sup> H. Lécuyer, thèse préc., n° 114.

tout en admettant qu'ils puissent appartenir à la sphère conventionnelle ou à la catégorie plus large des actes juridiques<sup>54</sup>.

L'argumentation soutenue par M. Lécuyer s'avère être particulièrement intéressante en ce qu'elle est parfaitement applicable aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce.

*2) Application du raisonnement érigeant le prononcé du divorce en « acte-déclat » aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce*

**171.** Comme on a pu l'observer précédemment, les conventions de liquidation de la communauté prévues à l'article 265-2 du Code civil et les accords portant sur l'usage du nom dépendent du prononcé du divorce. Les effets de ces accords sont suspendus au prononcé du divorce. Ces accords ne peuvent donc donner, à eux seuls, naissance à des obligations<sup>55</sup>.

En réalité, le jugement de divorce constitue « l'acte-déclat » permettant le déclenchement des effets de ces conventions et engendrant, de la sorte, des obligations. La volonté de chacun des époux est certes indispensable à la formation de l'accord, mais elle n'est pas suffisante à donner naissance à des obligations. Un autre élément, à savoir le prononcé du divorce, s'ajoute aux volontés individuelles afin de rendre l'accord efficace et donc parfait. Pour cette raison, la qualification de contrat doit être refusée aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce. Pour autant, cette intervention judiciaire obligatoire ne semble pas, ainsi qu'on le démontrera ultérieurement<sup>56</sup>, constituer un élément permettant d'exclure ces dernières conventions de la sphère plus large constituée par les conventions.

Assurément, le prononcé du divorce est l'élément central nécessaire à la production d'effets de ces conventions. Cependant, une autre question se pose, elle a trait à la détermination du rôle tenu par le prononcé du divorce dans la formation et l'efficacité des accords conclus par les époux.

---

<sup>54</sup> H. Lécuyer, thèse préc. , *loc. cit.* L'auteur précise que ce rattachement s'opère sous la condition de faire « une distinction entre contrat et convention, les deux devant être considéré comme entretenant des relations d'espèce à genre ».

<sup>55</sup> Voir *infra* n° 184 et s.

<sup>56</sup> Voir *infra* n° 187 et s.

## *II. - Détermination du rôle tenu par le prononcé du divorce dans la formation et l'efficacité des accords*

**172.** Dans l'hypothèse où le divorce ne serait pas prononcé, les accords ne pourraient donner naissance à des obligations. L'on peut donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si le prononcé du divorce est susceptible de constituer soit une condition de validité des accords, soit une condition suspensive ou bien encore une condition légale nécessaire à leur efficacité. Par cette étude, l'on souhaite démontrer que seul le prononcé du divorce analysé comme condition légale doit être retenu (C) à l'exclusion de toute autre qualification (A et B).

### *A. – Exclusion du prononcé du divorce analysé comme condition de validité des accords*

**173.** Le droit commun des contrats prévoit deux catégories de condition de validité des accords : les conditions de fond énumérées à l'article 1108 du Code civil<sup>57</sup> et les conditions de forme dans l'hypothèse où la loi impose la forme solennelle<sup>58</sup>. S'agissant des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce, le prononcé du divorce ne constitue ni une condition de fond (1), ni une condition de forme (2) nécessaire à leur validité.

#### *1) Exclusion du prononcé du divorce analysé comme condition de fond des accords*

**174.** Selon l'article 1108 du Code civil, « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

---

<sup>57</sup> Selon le nouvel article 1128 du code civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain ».

<sup>58</sup> Selon le nouvel article 1172 du Code civil : « Les contrats sont par principe consensuels.

Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ».

Concernant l'autorisation judiciaire exigée pour la validité de certains accords<sup>59</sup>, des auteurs affirment que cette dernière autorisation est une condition de fond des accords puisqu'elle donne la capacité de conclure aux parties<sup>60</sup>. Dès lors, ne devrait-on pas analyser le prononcé du divorce comme constituant une autorisation judiciaire et donc une condition de fond des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ? Il ne semble pas. Ceci pour deux raisons.

Tout d'abord, le juge en prononçant le divorce n'octroie aucune capacité de contracter aux époux. Ces derniers disposent déjà d'une telle capacité indépendamment du jugement de divorce.

Ensuite, si l'on devait considérer le prononcé du divorce comme une condition de fond de l'accord, alors cette exigence devrait être requise *ad validitatem*. Elle s'ajouterait donc aux conditions prévues par l'article 1108 du Code civil. Or, en l'espèce ce n'est pas le cas. Tant les conventions de liquidation anticipée de la communauté que les accords portant sur l'usage du nom sont valablement formés au seul regard des conditions de fond énumérées par le Code civil.

Le prononcé du divorce ne peut donc être analysé comme une condition de fond de ces accords. Pourrait-il, alors, constituer une condition de forme de l'accord ?

## *2) Exclusion du prononcé du divorce analysé comme condition de forme des accords*

**175.** Le contrat solennel peut se définir comme un contrat dont la formation nécessite, en plus des conditions de validité prévues à l'article 1108 du Code civil, que le consentement soit extériorisé sous une certaine forme<sup>61</sup>. Ce formalisme réside dans la rédaction d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique<sup>62</sup>. Cependant, le notaire ne détient pas le monopole de la rédaction d'un acte authentique. Le juge peut, si les parties le souhaitent, leur donner acte de leur accord. On parle alors de contrat judiciaire<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Le droit des incapables majeurs utilise souvent la technique de l'autorisation. Ainsi, afin d'assurer la protection d'un incapable majeur contre des actes qu'il pourrait conclure de façon irréfléchie, notamment le mariage, l'article 460 du Code civil prévoit que « le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge. Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage ».

<sup>60</sup> En ce sens : A. Engel-Creach, thèse préc., n° 70.

<sup>61</sup> Le nouvel article 1172 alinéa 2 du code civil dispose : « Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation ».

<sup>62</sup> B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations, Le contrat*, v. 2, *op. cit.*, n° 222 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 63.

<sup>63</sup> H. Roland, L. Boyer, *op. et loc. cit.*

S'agissant des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce, on pourrait envisager que les époux transmettent ces dernières conventions au juge. Celui-ci en prononçant le divorce donnerait acte aux époux des accords ainsi conclus. Dans cette hypothèse, le jugement de divorce constituerait le réceptacle du donné-acte. Ne faudrait-il pas alors assimiler le prononcé du divorce à une condition de forme exigée pour la validité des accords ?

**176.** Une telle analyse ne semble pas réellement convaincante, car le prononcé du divorce et le donné-acte ne poursuivent pas les mêmes desseins.

Le jugement de donné-acte a pour fonction essentielle de faire prendre conscience aux parties du sens et de la portée des accords conclus. À l'instar de toute forme solennelle, il s'agit d'attirer l'attention des parties sur la gravité de certains actes et de les inciter à la réflexion afin qu'elles s'engagent en toute connaissance de cause<sup>64</sup>. Le donné-acte protège les parties contre tout engagement conclu de façon inconsidérée.

Relativement aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce, le prononcé du divorce n'assure pas une telle fonction. Les parties ne sont pas obligées par la loi de saisir le juge afin qu'il leur donne acte des accords conclus. La mission du juge ne consiste donc pas à faire prendre conscience aux époux de l'importance de leur engagement. Le juge n'a pas non plus pour rôle de vérifier que les conventions préservent suffisamment les intérêts de chacun des époux. En effet, celui-ci n'est pas chargé d'homologuer les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce. Le juge peut d'ailleurs prononcer le divorce sans même prendre connaissance du contenu des conventions. Certes, en ce qui concerne les conventions de liquidation anticipée de la communauté, l'un des époux peut, en application de l'article 1451 alinéa 2 du Code civil, saisir le juge afin qu'il modifie les conventions si « les conséquences du divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage ». Mais il ne s'agit là que d'une simple faculté pour les époux. L'intervention du juge qui selon certains auteurs demeure limitée<sup>65</sup> et « qui n'ébranle qu'imperceptiblement le caractère obligatoire de la convention »<sup>66</sup> n'a pas pour effet de transformer le prononcé du divorce en une condition de forme. Ce que conforte, par ailleurs, la nécessité de l'intervention notariale, prévue par l'article 265-2 alinéa 2 du

<sup>64</sup> M.-A. Guerriéro, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, 1975, spéc. p. 40.

<sup>65</sup> C. Lesbats, thèse préc. , p. 323.

<sup>66</sup> H. Lécuyer, thèse préc. , n° 117.

Code civil, en présence d'immeubles. Comme le soutient M. Bénabent, l'exigence de la rédaction d'un acte authentique « constitue en ce cas une règle de forme et non de simple utilité pour la publication, de sorte qu'une convention notariée sera nulle même entre les époux »<sup>67</sup>. En présence d'immeubles, l'exigence de solennité s'ajoute donc à l'intervention judiciaire<sup>68</sup>. Ce qui atteste de la différence de fonction assurée par ces deux interventions. L'intervention notariale permet d'éclairer et de conseiller les époux sur une convention portant sur un immeuble dépendant de la communauté<sup>69</sup>. Tandis que l'intervention judiciaire manifeste le souci de l'État de contrôler les volontés individuelles lors de la rupture du mariage<sup>70</sup>.

**177.** En définitive, le prononcé du divorce ne peut être considéré comme une condition de forme des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce. Celles-ci étant valablement formées dès l'échange des consentements. Le jugement de divorce conditionne simplement l'efficacité des accords. L'on peut donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si ce dernier jugement ne constitue pas une condition suspensive dont dépendrait l'existence même des accords.

*B. – Exclusion du prononcé du divorce analysé comme condition suspensive*

**178.** La condition suspensive se définit comme un évènement futur et incertain conditionnant l'existence même de la convention<sup>71</sup>. La réalisation de cet évènement produit un effet rétroactif, c'est-à-dire que la convention prend effet au jour de sa formation<sup>72</sup>. En outre, la défaillance de la condition entraîne la caducité de la

<sup>67</sup> A. Bénabent, *La réforme du divorce article par article*, op. cit., p. 86.

<sup>68</sup> L'ancien article 1450 alinéa 2 du Code civil imposait la forme notariée pour toutes les conventions de liquidation anticipée de la communauté. Et la sanction de cette règle de forme était la nullité absolue de l'acte. En ce sens v. notamment : En ce sens v. notamment : Cass. 1re civ., 19 janv. 1982, *Bull. civ. I*, n° 27, p. 22 ; Cass. 1re civ., 2 mai 1984, *Bull. civ. I*, n° 145, p. 122 ; *Deffrénois* 1984, art.33489, p.452 obs. G. Champenois; Cass. 2e civ., 27 mai 1998, *Bull. civ. II*, n° 166, p. 98 ; *Dr. famille*, comm. n° 117, note B. Beignier.

<sup>69</sup> Pour MM. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 132 le formalisme présente un certain nombre d'avantage : « attirant l'attention des parties sur l'importance et la portée de leur engagement, il invite à la réflexion et à la vigilance, et il permet à chacun de mûrir sa décision et de mieux préciser sa pensée. Il en va tout particulièrement ainsi lorsqu'est requise l'intervention d'un professionnel, notaire le plus souvent, sur qui pèse un devoir de conseil... ».

<sup>70</sup> En ce sens : A. Engel-Creach, thèse préc. n° 70 à propos de l'ancien article 1397 du Code civil qui, pour le changement de régime matrimonial, imposait tant la rédaction d'un acte notarié, qu'une homologation.

<sup>71</sup> En ce sens : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 1221. Les auteurs précisent que l'accord « remplit par ailleurs toutes « les conditions » de validité ».

<sup>72</sup> Selon l'article 1181 « l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un évènement futur et incertain, ou d'un évènement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécuté qu'après l'évènement. Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée ».



convention. Cependant, lorsque c'est le débiteur qui empêche l'événement de survenir, l'article 1178 du Code civil répute, à titre de sanction, la condition accomplie<sup>73</sup>. Cette définition ne peut que s'enrichir des dispositions de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats relatives aux effets de la réalisation de la condition. Le nouvel article 1304-6 ne reprend pas le principe de l'effet rétroactif de la réalisation de la condition suspensive mais prévoit au contraire que l'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition, tout en rappelant que cette règle n'a qu'un caractère supplétif. L'absence du caractère rétroactif de la condition suspensive ne pourra être ignorée lors de l'étude de l'hypothèse selon laquelle le divorce devrait être analysé comme une condition suspensive.

Selon une partie de la doctrine, il faudrait, en effet, ériger le prononcé du divorce en condition suspensive des conventions conclues par les époux. Pourtant, l'on peut se demander s'il s'agit là d'une véritable condition suspensive. Cette interrogation semble d'autant plus légitime, que des auteurs ont dénoncé l'utilisation abusive qui pouvait être faite de cette notion dans le droit commun des contrats<sup>74</sup>.

Afin de comprendre l'analyse des auteurs érigeant le prononcé du divorce en condition suspensive des conventions conclues par les époux, il paraît opportun, dans un premier temps, de présenter les arguments retenus par ces auteurs ainsi que leur portée (1). Puis, dans un second temps, sans se laisser influencer par la formule « conventions conclues sous la condition du jugement de divorce », sera démontré le caractère lacunaire et contestable de ce raisonnement (2).

### *1) Présentation et portée des arguments retenus par les auteurs pour ériger le prononcé du divorce en condition suspensive*

**179.** Le raisonnement soutenu par une partie de la doctrine<sup>75</sup> s'articule autour de l'idée selon laquelle le prononcé du divorce serait un événement futur et incertain qui conditionnerait l'existence même des conventions de liquidation anticipée de la communauté. Dès lors, le recours à la technique de la condition suspensive semblerait se

---

<sup>73</sup> V. notamment, A. Bénabent, *Les obligations, op. cit.*, n° 323.

<sup>74</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1219. Selon ces auteurs « le mot « condition », comme celui de « cause », auquel il est fréquemment associé, est de ceux qui sont utilisés dans les sens les plus divers, y compris dans le langage juridique ».

<sup>75</sup> G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux op. cit.*, p. 461 ; J. Massip, *La réforme du divorce, op. cit.*, n° 280 ; B. Abry, « Les pièges guettant les convention », art. préc., p. 362.

justifier. Analysant l'anticipation que comportent ces dernières conventions, G. Cornu avait affirmé que « la convention est affectée d'une condition suspensive. Dans son existence même, la convention anticipée (convention *en vue* du divorce) dépend du prononcé du divorce... La convention est caduque si le divorce n'est pas prononcé »<sup>76</sup>. Par ailleurs, il importe de préciser que le raisonnement construit par les auteurs concerne les conventions de liquidation anticipée de la communauté de l'ancien article 1450 issu de la loi du 11 juillet 1975. Cependant, ainsi qu'on a pu le souligner précédemment la nouvelle rédaction de l'article 1450 du Code civil a simplement assoupli les conditions d'application de ce texte et en a modifié l'emplacement<sup>77</sup>. En particulier, il se déduit de l'application combinée des articles 265-2 et 1451 du Code civil<sup>78</sup> que les conventions, dont les effets sont suspendus jusqu'au prononcé du divorce, ont un objet limité à la liquidation et au partage d'un régime de type communautaire. On peut donc considérer que l'argumentation érigeant le prononcé du divorce en condition suspensive est susceptible de s'appliquer également aux conventions de liquidation anticipée de la communauté prévues par la loi du 26 mai 2004.

**180.** En outre, la logique conduit à ne pas limiter la portée de ce raisonnement aux seules conventions de liquidation anticipée de la communauté. En effet, l'efficacité des accords portant sur l'usage du nom des époux est, ainsi qu'on a pu le constater précédemment, suspendue au prononcé du divorce<sup>79</sup>. Il semblerait donc cohérent de considérer que ce raisonnement construit par les auteurs puisse aussi concerner ces derniers accords.

En définitive, l'argumentation soutenue par cette frange de la doctrine serait, selon l'expression empruntée à G. Cornu, applicable à toute convention conclue « *si divortium sequitur* »<sup>80</sup>.

Cependant, si l'on étudie le régime de la condition suspensive avec attention, il existe quelques contradictions à vouloir appliquer ce régime aux conventions conclues sous la

---

<sup>76</sup> G. Cornu, *op. et loc. cit.*

<sup>77</sup> Désormais, l'article 265-2 du Code civil relatif aux conventions conclues par les époux pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial, issu de la loi du 26 mai 2004, figure dans une Section consacrée aux conséquences du divorce pour les époux.

<sup>78</sup> L'article 265-2 alinéa 2 du Code civil dispose que l'intervention notariale est nécessaire uniquement en présence d'immeubles, une convention sous seing privé est donc valable. Quant à l'article 1451 du Code civil, aucune modification n'est venue affecter son sens ou son emplacement parmi les articles traitant de la dissolution de la communauté.

<sup>79</sup> Voir *supra* n° 171 et s.

<sup>80</sup> G. Cornu, *op. et loc. cit.* On peut faire observer que l'auteur avait fait un parallèle entre le contrat de mariage et la convention de liquidation anticipée : « on pourrait dire que la convention de liquidation anticipée est conclue sous la condition *si divortium sequitur*, de même que le contrat de mariage l'est sous la condition *si nuptia sequantur* ».

condition du jugement de divorce. Les arguments retenus par ces auteurs apparaissent donc lacunaires et contestables.

*2) Critiques des arguments retenus par les auteurs pour ériger le prononcé du divorce en condition suspensive*

**181.** Si l'on devait analyser le prononcé du divorce comme condition suspensive, le régime de cette dernière condition devrait alors se révéler être, en tous points, compatible avec le régime des conventions conclues par les époux. Afin d'éprouver le propos, il convient de confronter le régime de la condition suspensive à celui des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce.

Tout d'abord, l'article 1179 du Code civil dispose que « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté ». Il se déduit de cet article que la convention prend effet non pas au moment de la réalisation de la condition mais rétroactivement, au moment de sa conclusion. Cette caractéristique est inhérente à la condition suspensive. Or, si l'on érigeait le prononcé du divorce en condition suspensive, l'effet des conventions rétroagirait au jour de leur conclusion. Une telle hypothèse n'est pas concevable. Les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ne sont pas frappées du sceau de la rétroactivité. Elles prennent effet au jour du prononcé du divorce. Ce qui a conduit M. Lécuyer, étudiant l'irréductibilité de certains mécanismes du droit patrimonial de la famille à la condition suspensive, a affirmé que la rétroactivité suffirait à exclure cette dernière condition pour l'ensemble des « contrats de la famille »<sup>81</sup>. Cependant, ne pourrait-on pas envisager une condition suspensive amputée de son caractère rétroactif ? Telle est bien la solution retenue par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats. Le nouvel article 1304-6 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose, en effet, que « l'obligation produit devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive »<sup>82</sup>. En application de cette disposition, le prononcé du divorce ne serait-il pas susceptible d'être érigé en condition suspensive ?

---

<sup>81</sup> H. Lécuyer, thèse préc., n° 279. Voir également, s'agissant de l'absence de caractère rétroactif des conventions de l'ancien article 1450 du Code civil : C. Lesbats, thèse préc., p. 309.

<sup>82</sup> Il est, néanmoins, possible pour les parties de prévoir la rétroactivité de l'effet de la convention. En témoigne le nouvel article 1304-6 al. 2 du Code civil : « Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. La chose, objet de l'obligation, n'en demeure pas moins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et a droit aux fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition ».

Assurément, la rétroactivité ne constitue plus un élément caractéristique de la condition suspensive. Il n'en demeure pas moins que d'autres arguments sont de nature à exclure l'assimilation du prononcé du divorce à une telle condition.

**182.** Tout d'abord, en application de l'article 1179 du Code civil, si le créancier décède, son droit conditionnel se transmet à ses héritiers<sup>83</sup>. Et de façon générale, le décès de l'une des parties intervenant entre la conclusion de la convention et la réalisation de la condition est sans incidence sur cette dernière convention. Celle-ci étant parfaite dès l'origine. Il faudrait donc admettre que la mort de l'un des époux serait sans incidence sur le prononcé du divorce. Là encore, une telle hypothèse est inenvisageable. À l'évidence, le décès de l'un des époux met fin à la procédure de divorce.

Par ailleurs, l'article 1174 du Code civil annule l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. L'article 1170 définit la condition potestative comme étant « celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'un ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher »<sup>84</sup>. À cet égard, M. Bénabent propose de retenir comme définition de la condition potestative nulle celle qui permet « au débiteur de « sortir » du contrat par sa volonté arbitraire, sans aucun frein extérieur »<sup>85</sup>.

Nul doute que si le prononcé du divorce était érigé en condition suspensive, l'on serait en présence d'une condition potestative. En effet, si l'une des parties se désistait de la procédure de divorce, elle « sortirait », par sa seule volonté de la convention conclue. Eu égard à l'interdiction posée par le Code civil des accords contenant une condition potestative, l'on ne peut donc assimiler le prononcé du divorce à une condition suspensive.

En outre, selon l'article 1176 du Code civil, la défaillance de la condition entraîne la caducité de la convention<sup>86</sup>. Cependant, à titre de sanction, l'article 1178 du Code civil répute la condition accomplie, lorsque c'est le débiteur lui-même qui a empêché l'évènement de survenir<sup>87</sup>. Si le prononcé du divorce était assimilé à une condition

---

<sup>83</sup> En ces sens : F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 1230 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations, Le rapport d'obligation*, t. 3, Sirey, 9<sup>e</sup> éd., 2015, n° 281.

<sup>84</sup> Selon le nouvel article 1304-2 du Code civil : « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause ».

<sup>85</sup> A. Bénabent, *Les obligations, op. cit.*, n° 319.

<sup>86</sup> Selon l'alinéa 3 du nouvel article 1304-6 du Code civil : « En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé ».

<sup>87</sup> Voir notamment, A. Bénabent, *Les obligations, op. cit.*, n° 323.

suspensive, l'on aboutirait à une situation paradoxale pour les époux. Le désistement de la part de l'un des époux de la procédure de divorce devrait être analysé comme une défaillance de la condition survenue par le fait de l'une des parties. Dans ce cas-là, en application de l'article 1178 du Code civil la condition serait réputée accomplie. Nonobstant, la volonté contraire de l'une des parties et l'absence de jugement de divorce, la convention produirait ses effets. D'un point de vue pratique, il semble difficile d'expliquer à des époux, qui n'ont plus l'intention de divorcer, qu'une convention portant liquidation de leur régime matrimonial demeure, néanmoins, efficace. Assurément, une telle hypothèse ne peut être retenue.

Enfin, le jugement de divorce ne saurait être réduit à une simple condition suspensive. Il s'agit là, sans doute, de l'argument qui permet de se détourner définitivement de l'analyse du prononcé du divorce comme condition suspensive. Cet argument a été défendu par M. Lécuyer, dans son étude tendant à démontrer la spécificité de la condition suspensive dans le droit patrimonial de la famille. Selon cet auteur, « fondamentalement, c'est le défaut de caractère accidentel des éléments en cause qui emporte refoulement de l'idée de contrat conditionnel... L'acte déclic, revêt ainsi une importance extrême. Il n'est guère concevable de l'affadir, le dégrader au rang d'évènement accessoire du contrat. Il est essentiel, primordial »<sup>88</sup>. S'agissant des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce, l'on ne peut donc assimiler le prononcé du divorce en une simple modalité temporelle de l'obligation. Le divorce affecte l'état des personnes et à ce titre, il ne peut revêtir de caractère accidentel.

**183.** En définitive, l'on constate que le raisonnement présenté par les auteurs afin d'ériger le prononcé du divorce en condition suspensive se révèle être lacunaire et contestable. Le régime de la condition suspensive ne peut être appliqué aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce. En réalité, le prononcé du divorce analysé comme « condition légale » des conventions semble être la seule qualification véritablement convaincante.

---

Le nouvel article 1304-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que : « La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement ».

Selon le nouvel article 1304-5 du Code civil : « Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits.

Ce qui a été payé peut être répété tant que la condition suspensive ne s'est pas accomplie ».

<sup>88</sup> H. Lécuyer, thèse préc., n° 279.

*C. – Admission du prononcé du divorce analysé comme condition d'efficacité posée par la loi*

**184.** Comme on l'a démontré précédemment, la volonté de chacun des époux n'est pas suffisante pour donner naissance à des obligations. Un autre élément, à savoir, le prononcé du divorce s'ajoute aux volontés individuelles afin de rendre les conventions conclues sous le jugement de divorce parfaites<sup>89</sup>. Cependant, cet « acte-déclat » constitué par le prononcé du divorce n'est pas engendré par la volonté des parties. Son déclenchement est d'origine légale<sup>90</sup>. C'est, en effet, la loi qui conditionne l'efficacité des accords au prononcé du divorce. En d'autres termes, tant que le prononcé du divorce n'est pas intervenu, les conventions, alors même qu'elles sont valablement formées au regard des conditions de validité des conventions édictées par l'article 1108 du Code civil, sont inefficaces à produire des effets de droit. Le prononcé du divorce constituant une condition d'origine légale va faire produire des effets de droits aux conventions conclues par les époux<sup>91</sup>.

**185.** La notion de « condition légale » a été développée par MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck. Selon ces auteurs, la pratique qualifie de « condition » des notions qui ne répondent, en réalité, pas aux critères précis de la condition suspensive. Les auteurs font ainsi observer que dans un langage approximatif, « on parle souvent de « condition » afin de désigner des exigences que la loi peut imposer pour qu'un contrat produise ses effets les plus importants. La loi, parfois, dissocie le caractère obligatoire d'un contrat de ses effets essentiels, ce que l'on appelle sa perfection ».<sup>92</sup> Ces auteurs prennent, ensuite, pour exemple le contrat de mariage. Ils affirment que le mariage constitue un élément de perfection du contrat. Si le mariage n'est pas célébré alors le contrat de mariage devient caduc<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> Voir *supra* n° 171.

<sup>90</sup> Voir en ce sens : J. Carbonnier, thèse préc., p. 547, à propos de la nature juridique du régime matrimonial.

<sup>91</sup> A propos de la nature du lien de dépendance existant entre la convention de partage prévue par l'ancien article 1450 du Code civil et le jugement de divorce v. C. Lesbats, thèse préc. p. 309. Selon l'auteur : « En réalité, la dépendance de l'acte – la convention de partage – vis-à-vis de l'événement envisagé – le prononcé du divorce – n'est pas ici l'œuvre des époux, mais de la loi. Le régime de la condition conventionnelle est donc altéré par le lien conjugal ».

<sup>92</sup> P. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd. 2016, n° 1225.

<sup>93</sup> En ce sens : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op. et loc. cit.*

Ce raisonnement est parfaitement transposable aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce. Il convient, en effet, ici de ne pas se laisser influencer par la formule « conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ». Il se déduit de l'article 1451 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil que le prononcé du divorce constitue un élément nécessaire à la perfection des accords. Plus précisément, il s'agit là, d'une condition légale.

Dans l'hypothèse où le jugement de divorce n'était pas prononcé alors les conventions deviendraient caduques. Cependant, dans ce cas, l'on observe qu'aucun texte ne prévoit précisément le sort de ces conventions et, de manière générale, peu d'auteurs se sont intéressés à des conventions valablement conclues par des époux afin de régler les conséquences du divorce, mais ne produisant aucun effet de droit<sup>94</sup>. L'article 1451 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, quant à lui, se borne à énoncer que « les conventions « passées en application de l'article 265-2 » sont suspendues, quant à leurs effets, jusqu'au prononcé du divorce ». Ce texte ne fait pas référence à la notion de caducité. Il convient donc, ici, de vérifier si la caducité, mécanisme issu du droit des obligations, est susceptible de s'appliquer aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce dans l'hypothèse où le jugement de divorce ne serait pas prononcé. Une partie de la doctrine propose de retenir une conception large de la caducité. Selon ce courant doctrinal la caducité « frappe un acte régulièrement formé, mais qui perd, postérieurement à sa conclusion, un élément essentiel à sa validité, l'objet la cause, ou un élément nécessaire à sa perfection, du fait de la survenance d'un événement indépendant de la volonté des parties ou dans la dépendance partielle de leur volonté »<sup>95</sup>. Désormais, la caducité est définie par le nouvel article 1186 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>96</sup> issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Conformément à la conception de la doctrine et à la jurisprudence, la caducité sanctionne la disparition d'un de ses éléments essentiels, postérieurement à la formation du contrat<sup>97</sup>. S'agissant des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce, il faudrait alors considérer qu'en l'absence du

---

<sup>94</sup> Un auteur, A. Creach-Angel, thèse préc., n° 87, s'est intéressé à un cas voisin, celui de la convention non homologuée. Selon cet auteur : « l'enjeu reste bien théorique, puisque l'alternative réside entre la caducité d'une part, et la survie d'une convention, valablement formé, mais vouée définitivement à un défaut d'efficacité, d'autre part ».

<sup>95</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 82.

<sup>96</sup> Selon le nouvel article 1186 al. 1<sup>er</sup> du Code civil : « un contrat valablement formé devient caduc si l'un des éléments essentiels disparaît ».

<sup>97</sup> En ce sens : Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc. , p. 17.

prononcé de divorce, ces dernières conventions perdraient, postérieurement à leur conclusion, un élément nécessaire à leur perfection et deviendraient donc caduques. Cette hypothèse semble envisageable. Pour autant, le désistement de la part d'un époux de la procédure de divorce ne serait-il pas de nature à écarter le mécanisme de la caducité ? Il ne semble pas. En effet, dans ce cas, l'on pourrait considérer que l'évènement, l'absence de prononcé du divorce, serait dans la dépendance partielle de la volonté des parties<sup>98</sup>. Eu égard, à la définition proposée par certains auteurs admettant que l'évènement puisse être dans la dépendance partielle de la volonté des parties, l'on pourrait envisager que la caducité vienne sanctionner la perte d'un élément nécessaire à la perfection d'une convention conclue sous la condition du jugement de divorce.

**186.** En définitive, la confrontation de la définition de la caducité aux conventions valablement conclues par les époux dans le cas où le divorce ne serait pas prononcé s'avère être convaincante. Reste, maintenant, à démontrer que le prononcé du divorce ne modifie pas la nature conventionnelle du rapport juridique liant les époux entre eux.

### *III. Absence d'incidence du prononcé du divorce sur la nature conventionnelle du rapport juridique liant les époux entre eux*

**187.** Les développements précédents ont permis de démontrer que le prononcé du divorce est l'élément central, d'origine légale, nécessaire à la production d'effets des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce. En effet, le jugement de divorce s'ajoute aux volontés individuelles afin de rendre les accords parfaits<sup>99</sup>. Dès lors, l'on pourrait sans doute s'interroger sur le point de savoir si l'intervention judiciaire ne serait pas susceptible de remettre en cause la nature conventionnelle du rapport juridique liant les époux entre eux. En réalité, il n'en est rien. Un certain nombre d'arguments sont de nature à ôter tout doute quant à la nature conventionnelle du rapport juridique unissant les époux.

---

<sup>98</sup> Contra : Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Thèse Toulouse, LGDJ, 1961, spéc. p. 153 à 157. Cet auteur retient une définition plus restreinte de la caducité. Selon cet auteur, la caducité vient sanctionner la perte d'un élément essentiel à la validité ou à la perfection d'un contrat, valablement conclu, par la survenance d'un évènement postérieur à sa formation et indépendant de la volonté des parties.

<sup>99</sup> Voir *supra* n° 171.



**188.** Tout d'abord, les conventions sont le fruit de l'accord de volontés des époux. Le rapport juridique est d'origine volontaire et non judiciaire. Un auteur a d'ailleurs souligné « le processus de formation volontaire »<sup>100</sup> qui caractérise ce type de conventions. À cet égard, l'on peut observer que le juge ne peut se substituer à la volonté des époux. Certes, en application de l'article 1451 alinéa 2 du Code civil, celui-ci dispose, à la demande d'un époux, de la possibilité de modifier les conventions de liquidation anticipée de la communauté si les conséquences du divorce fixées par le jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage. Cependant, ce pouvoir de révision confié au juge ne saurait remettre en cause la nature conventionnelle du rapport juridique. Les accords de volontés préexistent à l'intervention judiciaire. Et le juge ne participe pas à la formation des conventions.

Ensuite, le prononcé du divorce constitue un « acte-déclat » permettant le déclenchement des effets des conventions. Le juge n'a pas, ici, pour rôle de vérifier si le consentement de chacun des époux est libre et éclairé et si les conventions respectent les intérêts de chacun des époux et des enfants. La mission du juge n'est pas de purger les conventions de leurs vices. Il ne s'agit pas de conventions conclues dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou de conventions de l'article 268 du Code civil. Il doit en être déduit que les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ne sont pas des jugements et ne sont donc pas revêtues de l'autorité de la chose jugée. C'est d'ailleurs, ainsi qu'on pourra le constater ultérieurement<sup>101</sup>, ce qui justifie l'application d'un régime conventionnel à ce type d'accords.

Enfin, il résulte de la jurisprudence qu'il n'existe pas de lien d'indivisibilité entre le prononcé du divorce et les conventions de liquidation anticipée de la communauté<sup>102</sup>. Le jugement n'« absorbe »<sup>103</sup> pas les conventions. La portée de cette jurisprudence ne saurait se limiter aux seules conventions de liquidation anticipée de la communauté. S'agissant des conventions portant sur l'usage du nom des anciens époux, il faut

---

<sup>100</sup> H. Lécuyer, thèse préc., n° 114.

<sup>101</sup> Voir *infra* n° 199.

<sup>102</sup> En ce sens : Cass. 2e civ., 28 oct. 1992, Lexilaser, arrêt n° 941. En l'espèce, il s'agissait d'une convention de liquidation anticipée de la communauté de l'ancien article 1450 du Code civil. La forme notariée était donc requise. Dans cette affaire, l'époux soutenait que son accord sur le principe du divorce sur demande acceptée était indissociable de la convention liquidant la communauté. La Cour de cassation a, néanmoins, décidé qu'il y avait lieu de prononcer la nullité de la convention pour non respect de la forme notariée, sans pour autant remettre en cause le prononcé du divorce. V. également, CA Versailles, 21 nov. 1989, jurisdata n° 048737. Dans cette espèce rendue sous l'empire de la loi du 11 juill. 1975, les juges ont affirmé que « les parties n'ayant pas recouru à la procédure du divorce sur demande conjointe, les accords qu'ils ont pu conclure respectivement sur le choix de la procédure prévue à l'article 248-1 du Code civil... et sur les conséquences du divorce ne constituent pas un tout indivisible ».

<sup>103</sup> L'expression est empruntée à M. Bénabent, *La famille, op. cit.*, n° 314. L'auteur emploie ce terme à propos du jugement de divorce qui « absorbe » la convention homologuée du divorce par consentement mutuel lui donnant ainsi force de chose jugée.

également considérer que le prononcé du divorce est dissociable de ces dernières conventions. En témoigne un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles en 1989<sup>104</sup> selon lequel si les époux demandent au juge de leur donner acte de leur accord autorisant la femme à conserver l'usage du nom de son mari, il se forme alors un contrat judiciaire dont la nature est conventionnelle. Il se déduit de cette décision que le jugement de divorce ne modifie pas la nature conventionnelle du contrat judiciaire portant sur l'usage du nom des anciens époux.

En réalité, ces différentes décisions jurisprudentielles se justifient par le principe selon lequel dans les divorces contentieux, le jugement de divorce demeure indépendant des conventions portant sur les conséquences de la rupture et pour lesquelles l'homologation n'est pas requise<sup>105</sup>.

**189.** À l'issue de ces développements, il apparaît que l'intervention judiciaire a pour effet d'exclure de la qualification contractuelle les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce. Pour autant, cette dernière intervention ne semble pas remettre en cause la nature conventionnelle du rapport juridique liant les époux.

Afin de démontrer que les conventions conclues sous la condition du jugement appartiennent réellement à la catégorie des conventions, il faut maintenant examiner la force obligatoire qui les caractérise.

---

<sup>104</sup> CA Versailles, 6 fév. 1979, *RTD civ.* 1981, p. 622, obs. R. Nerson.

<sup>105</sup> Il s'agit des conventions de l'article 268 du Code civil. Selon l'alinéa 2 de ce texte : « le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce ». Il doit en être déduit qu'il existe un lien de dépendance entre le prononcé du divorce contentieux et les conventions homologuées par le juge.

## **Section II : Des accords de volontés caractérisés par une force obligatoire atténuée**

**190.** Les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ne sont pas soumises au principe de la force obligatoire du contrat édicté par l'article 1134 alinéa premier du Code civil<sup>106</sup>. Ces accords de volontés se caractérisent, en effet, par une force obligatoire atténuée. Ce tempérament au droit commun des contrats doit être envisagée distinctement selon qu'il s'agit de la convention de liquidation anticipée de la communauté (§1) ou de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés (§2).

### ***§1. – La force obligatoire atténuée de la convention de liquidation anticipée de la communauté***

**191.** Le pouvoir dont dispose le juge de réviser le contenu de la convention de liquidation anticipée de la communauté constitue un tempérament au principe de la force obligatoire du contrat (I). Néanmoins, l'accord conclu par les parties n'est pas dénué de toute force obligatoire. La force obligatoire qui caractérise cette convention est atténuée (II).

#### ***I. – La consécration d'un pouvoir de révision judiciaire de la convention***

**192.** Dans le droit commun des contrats, il résulte de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil que le principe de la force obligatoire des conventions doit être respecté tant par les parties que par le juge.

S'agissant de la convention de liquidation anticipée de la communauté, ce principe s'impose aux époux. Ces derniers doivent exécuter la convention. Mais le principe ne

---

<sup>106</sup> Le nouvel article 1103 du Code civil dispose : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

s'impose pas au juge. Celui-ci peut modifier l'accord en faisant application d'une disposition issue du droit du divorce. En effet, l'article 1451 alinéa 2 du Code civil autorise l'un des époux à « demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences du divorce fixées par ce jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage »<sup>107</sup>. Cette disposition est dérogatoire au droit des contrats. Assurément, le pouvoir de révision dont dispose le juge se révèle être exorbitant du droit commun et conduit à exclure, en la matière, le principe de la force obligatoire du contrat. Pour autant, la convention conclue par les époux ne se trouve pas dénuée de toute force obligatoire. La force obligatoire qui découle de cet accord de volontés est simplement atténuée.

## II. – Admission du principe d'une force obligatoire atténuée

**193.** La majorité de la doctrine s'accorde à dire que le pouvoir dont dispose le juge porte, certes, atteinte au principe de la force obligatoire du contrat, mais qu'il demeure justifié et limité<sup>108</sup>. Ainsi, que l'exprime G. Cornu : « La loi n'institue donc pas une clause générale de révision, mais une *cause spécifiée de rectification*. Les conventions anticipées ne sont pas des accords provisoires qui pourraient modifiés en cas de circonstances nouvelles. Elles peuvent être *corrigées*, lorsqu'elles sont faussées, dans leurs données, par le jugement de divorce »<sup>109</sup>. Ce pouvoir modérateur accordé au juge n'est donc pas de nature à annihiler le caractère obligatoire de ces conventions<sup>110</sup>. L'intervention judiciaire n'a pas pour objet de méconnaître la volonté des époux, mais de mettre cette volonté en adéquation avec le jugement de divorce. Ce qui conduit à

---

<sup>107</sup> Un auteur, A. Breton, « Divorce et partage », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 132, spéc. p. 125, a mis en évidence les difficultés d'application de ce texte dans l'hypothèse où le juge n'avertirait pas un époux que le jugement serait susceptible de modifier l'économie de la convention. Ainsi, l'auteur s'interroge sur le point de savoir de quelle manière un époux peut-il savoir que le jugement de divorce va modifier la convention. Pour J. Massip, *La réforme du divorce*, éd. Defrénois, 1986, n° 281, l'époux, s'il connaît les conclusions de son conjoint, pourrait deviner la décision du juge. Un auteur, C. Lesbats, thèse précitée, p. 323, soutient l'idée selon laquelle il suffirait de prévoir dans la convention une clause permettant au juge d'effectuer les modifications. Cette proposition ne semble pas réellement satisfaisante car elle ôte aux anciens époux la possibilité de réaliser eux-mêmes les modifications nécessaires afin de rendre la convention compatible avec le jugement. Il serait préférable d'envisager que les époux puissent, d'un commun accord, opérer eux-mêmes, les modifications nécessaires. Par ailleurs, l'on peut faire remarquer que la convention de liquidation anticipée de la communauté peut être transmise au juge, avant qu'il ne rende son jugement. Informé du contenu de la convention, il pourrait ainsi en modifier le contenu.

<sup>108</sup> En ce sens : G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., p. 461, J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, op. cit., n° 494 ; J. Groslière, « Consentement et divorce », *LPA*, 20 avr. 1984, n° 48, p. 48 ; H. Lécuyer, thèse préc., n° 117 ; C. Lesbats, thèse préc., p. 323.

<sup>109</sup> G. Cornu, op. et loc. cit.

<sup>110</sup> En ce sens : H. Lécuyer, op. et loc. cit. Pour cet auteur le pouvoir de révision accordé par le législateur au juge « n'ébranle qu'imperceptiblement le caractère obligatoire de la convention ».

admettre que les conventions de liquidation anticipée de la communauté se caractérisent par une force obligatoire atténuée.

Cette possibilité octroyée par le législateur au juge de modifier le partage « n'en est pas moins très remarquable » et n'est pas sans conséquence sur la qualification de l'accord. En effet, l'atteinte portée au principe de la force obligatoire du contrat est de nature à exclure la convention de liquidation anticipée de la communauté de la sphère contractuelle<sup>111</sup>. Il convient, cependant, en raison, d'une part, de l'origine conventionnelle du rapport juridique liant les époux entre eux, et d'autre part de la force obligatoire atténuée caractérisant cet accord de le rattacher à la catégorie plus large des conventions.

Reste maintenant à démontrer que la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés se caractérise également par une force obligatoire atténuée.

## ***§2. – La force obligatoire atténuée de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés***

**194.** La jurisprudence autorise le mari à révoquer son consentement s'il justifie de motifs graves. La convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés n'a donc pas la force d'un contrat de droit commun (I). Pour autant, cet accord n'est pas dénué de toute force obligatoire. L'on doit, en effet, admettre le principe d'une force obligatoire atténuée de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés (II).

### ***I. – L'existence d'un droit de révocation***

**195.** La force obligatoire de la convention portant sur l'usage du nom s'impose au juge. En effet, celui-ci ne peut modifier cette dernière convention en faisant application de dispositions issues du divorce.

Ce principe s'impose-t-il avec autant de vigueur aux anciens époux ? Il ne semble pas. Sous l'empire de la loi du 6 février 1893, la jurisprudence avait admis que la règle qui prévoyait que chacun des époux reprenait l'usage de son nom n'était pas d'ordre public

---

<sup>111</sup> Pour M. Lécuyer, thèse préc. , n° 1119, cette atteinte portée à la force obligatoire ne constitue pas la raison principale qui justifie que ces conventions soient exclues de la qualification contractuelle. Selon l'auteur, c'est leur incapacité à générer des obligations qui autorise à les exclure de cette catégorie.

et pouvait être écartée par les époux. La convention qui prévoyait le maintien de l'usage du nom au profit de la femme avait donc été jugée valable<sup>112</sup>. Cependant, la jurisprudence admettait que l'autorisation donnée par le mari ne revêtait qu'un caractère précaire et était toujours librement révocable<sup>113</sup>. Il fallait donc en déduire que la convention portant sur l'usage du nom était dénuée de toute force obligatoire.

**196.** L'article 264 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 11 juillet 1975 a, quant à lui, consacré la jurisprudence antérieure en autorisant les époux à conclure un accord portant sur l'usage du nom. La question s'est alors posée de savoir si cet accord avait force obligatoire. En d'autres termes, était-il révocable *ad nutum* ou, au contraire, fallait-il considérer que la commune intention des parties lui conférait la force obligatoire du contrat ?

Dans un arrêt rendu en 1989<sup>114</sup>, la Cour d'appel de Paris a abandonné la règle de la libre révocabilité des accords relatifs à l'usage du nom des anciens époux. Selon la Cour, l'article 264 alinéa 3 du Code civil qui autorise les ex-conjoints à conclure des conventions permettant à l'épouse de conserver l'usage du nom du mari « a pour conséquence nécessaire de conférer à ces conventions un caractère obligatoire de telle sorte que le mari ne peut révoquer son consentement que si l'épouse fait un usage abusif de l'autorisation qui lui a été donnée ».

Rompant avec la jurisprudence précédente, les juges ont considéré qu'une force obligatoire était attachée à la convention relative à l'usage du nom. Une telle décision apparaît logique. En effet, si le législateur a reconnu la validité des conventions portant sur l'usage du nom des anciens époux, il a nécessairement admis que la commune intention des parties leur conférait force obligatoire.

Cette jurisprudence concerne également les accords conclus sous l'empire de la loi du 26 mai 2004. Il n'y a, en effet, aucune raison de refuser à la convention de l'article 264 alinéa 2 du Code civil toute force obligatoire. En outre, l'on peut faire observer que si l'accord portant sur l'usage du nom des époux divorcés était contenu dans une convention homologuée de l'article 268 du Code civil, la révision d'un tel accord serait calquée, par renvoi de l'article 279-1 du Code civil à l'article 279 du même code, sur celle de la convention homologuée du divorce par consentement mutuel. Une nouvelle

<sup>112</sup> Cass. Civ. 20 fév. 1924, arrêt préc.

<sup>113</sup> Cass. Ire civ., 13 oct. 1964, *D.* 1965, jur. p. 209, obs. C.-I. Foulon-Pigagniol ; *JCP G*, 1965, II, 13891, note R. L.

<sup>114</sup> CA Paris, 9 mars 1979 *D.* 1979, jur. p. 471, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1981, p. 622, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

homologation serait donc nécessaire. Dans ce cas, il ne serait pas concevable qu'un ancien époux révoque son consentement et, de la sorte, viole la convention homologuée par le juge<sup>115</sup>. À l'évidence, l'accord portant sur l'usage du nom, qu'il soit contenu dans un ensemble plus vaste d'accords, telle une convention homologuée, ou qu'il soit limité au nom se caractérise par une force obligatoire.

Pour autant, il ne s'agit pas là du principe de la force obligatoire du contrat. En effet, la Cour d'appel de Paris, tout en affirmant que le mari n'est pas en droit, comme sous l'empire de la législation ancienne de révoquer son consentement, a, néanmoins, émis une réserve. Celle-ci a trait à l'usage abusif que pourrait faire la femme du nom de son mari. Celui-ci dispose de la faculté de révoquer son consentement s'il établit que la femme a fait un usage abusif de son nom. Et cette révocation unilatérale peut intervenir sans intervention judiciaire<sup>116</sup>. L'on peut simplement faire observer que l'ex-épouse pourrait soumettre cette révocation au juge si celle-ci estimait qu'il s'agissait là d'une révocation *ad nutum* abusive afin de demander l'autorisation de continuer à user du nom de son ancien conjoint<sup>117</sup>.

Cet arrêt n'est pas resté isolé. Il fut confirmé par d'autres décisions<sup>118</sup>. Ce qui a conduit un auteur à affirmer qu'« il serait excessif de considérer que ce caractère obligatoire est absolu, que le contrat passé entre les époux en ce qui concerne le nom a autant de force obligatoire qu'un contrat ordinaire »<sup>119</sup>.

En définitive, cette possibilité dont dispose le conjoint de révoquer son consentement est exorbitante du droit commun. Il en résulte que la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés a une force obligatoire moindre que celle d'un contrat de droit commun.

## *II. – Admission du principe d'une force obligatoire atténuée*

**197.** Il ressort de l'étude de la jurisprudence que l'ancien conjoint dispose de la faculté de révoquer son consentement s'il établit que celui qui porte son nom en fait un usage

---

<sup>115</sup> Selon J. Massip, obs. sous CA Paris, 9 mars 1979, préc. p. 473, l'accord portant sur l'usage du nom des époux divorcés contenu dans la convention de l'ancien divorce par consentement mutuel et l'accord limité au nom ont tous deux force obligatoire.

<sup>116</sup> Il ne s'agit donc pas de la résolution judiciaire de droit commun prévue à l'article 1184 alinéa 3 du Code civil.

<sup>117</sup> En ce sens : J. Massip, obs. sous CA Paris, 9 mars 1979, préc. p. 473.

<sup>118</sup> CA Paris, 22 oct. 1980 et TGI Paris, 10 fév. 1981, *D.* 1981, p. 443, note R. Lindon, *JCP G*, II, 19624, note D. Huet-Weiller, *RTD civ.* 1983, p. 623, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

<sup>119</sup> J. Massip, obs. sous CA Paris, 9 mars 1979, préc. p. 473.

abusif. Si cette atteinte portée au principe de la force obligatoire du contrat est manifeste, elle demeure, néanmoins, limitée.

L'atteinte portée au principe de la force obligatoire du contrat est, en effet, limitée puisque seule la preuve d'un abus est susceptible de permettre au conjoint de révoquer son consentement.

Il doit en être déduit que cette possibilité octroyée par la jurisprudence à l'un des époux n'a pas pour conséquence de supprimer toute force obligatoire à la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés. En réalité, la valeur obligatoire attachée à cette convention est atténuée. Ce qui permet, tout en excluant cette convention de la catégorie des contrats, de l'inclure au sein de la sphère conventionnelle.

**198.** À l'issue de ces développements, il apparaît que les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ne répondent pas en tout point à la définition du contrat. Si ces conventions sont des accords de volontés, elles ne peuvent, cependant, générer à elles seules des obligations. Le prononcé du divorce, constitue, en effet, une condition légale leur faisant produire des effets de droit. De plus, ces conventions se caractérisent par une force obligatoire atténuée.

Néanmoins, ces altérations portées aux critères de reconnaissance du contrat ne sont pas telles que l'on ne puisse rattacher les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce à la catégorie plus large des conventions. En outre, la qualification conventionnelle dont sont revêtues ces dernières conventions présente un intérêt, puisqu'elle entraîne l'application d'un régime conventionnel qu'il convient maintenant d'étudier.



## **Chapitre II : Le régime des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce**

**199.** Les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce sont susceptibles de faire l'objet d'actions engagées par l'un des anciens époux afin de faire sanctionner soit la violation des conditions de formation de ces dernières conventions soit une défaillance dans leur exécution. On pourrait sans doute s'interroger sur le point de savoir si ces actions ne devraient pas relever du seul droit commun des contrats. En réalité, il n'en est rien. En effet, le régime applicable aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce est un régime mixte, relevant tant du droit commun des contrats que du droit du divorce. Aussi, les actions engagées par un époux afin de remettre en cause ces conventions sont issues du droit commun des contrats et du droit du divorce (Section I). Toutefois, ces actions ne se révèlent pas toujours être adaptées à toutes les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce, en particulier, celles dont l'objet est patrimonial. C'est ce qui justifie d'apprécier l'adaptation des actions existantes aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce (Section II).

### **Section I : La soumission des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce au droit commun des contrats et au droit du divorce**

**200.** Chaque époux a la possibilité de remettre en cause les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce.

Le choix de la sanction dépend essentiellement de la règle violée et du moment où intervient cette violation.

Dans une première hypothèse, le juge va remettre en cause la formation de la convention en prononçant, conformément au droit commun des contrats, la nullité de la convention dont l'une des conditions de validité a été violée (§1). Dans une seconde hypothèse où il

y aura une exécution défailante de la convention, les sanctions du droit commun des contrats seront écartées au profit de l'application de mécanismes propres au droit du divorce<sup>1</sup> (§2).

***§1. – La soumission au stade de la formation des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce au droit commun des contrats***

**201.** Les conditions de validité auxquelles doivent obéir les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce sont celles issues du droit commun des contrats (I). La violation de ces conditions de validité est sanctionnée par la nullité des conventions (II).

***I. – Les conditions de validité des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce***

**202.** La formation des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce est soumise aux conditions de fond (A) et aux éventuelles conditions de forme (B) du droit commun des contrats.

***A. – Les conditions de fond***

**203.** Les conditions de validité des contrats sont énoncées à l'article 1108 du Code civil<sup>2</sup>. Au terme de cet article, la formation du contrat est subordonnée à la réunion de quatre conditions : « le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

Les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce sont soumises aux seules conditions de fond de l'article 1108 du Code civil. Ainsi qu'on l'a démontré

---

<sup>1</sup> Comme l'a affirmé Mme Dekeuwer-Défossez, au sujet du pouvoir dont dispose le juge de modifier le contenu des conventions dont l'objet est patrimonial : « comment mieux marquer la soumission des volontés individuelles à l'*imperium* judiciaire, même dans un domaine qui relève par nature de la liberté contractuelle », Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », *op. cit.*, p. 71.

<sup>2</sup> Selon le nouvel article 1128 du Code civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain ».

précédemment<sup>3</sup>, le prononcé du divorce ne peut-être analysé comme une condition de fond s'ajoutant aux conditions prévues par l'article 1108 du Code civil.

**204.** Par ailleurs, la Cour de cassation utilise la notion de cause afin de contrôler la licéité des conventions de liquidation anticipée de la communauté. La Haute juridiction a ainsi décidé qu'une convention de liquidation était valable, dès lors qu'elle n'avait pas pour but d'inciter à la séparation<sup>4</sup>. Cette jurisprudence a suscité des interrogations concernant le point de savoir s'il s'agissait là d'une application de la théorie de la cause ou si, au contraire, il fallait considérer que la cause de l'obligation devenait spécifique en raison du prononcé du divorce.

Un auteur a répondu à ces interrogations en soutenant la thèse selon laquelle le jugement de divorce rendait spécifique la condition de licéité de la cause pour affirmer que cette solution démontrait « la volonté de la jurisprudence de protéger l'institution du mariage »<sup>5</sup>.

Un tel raisonnement ne peut être approuvé.

Tout d'abord, l'on ne peut déduire de cette jurisprudence une quelconque spécificité de la cause de l'obligation dans les conventions étudiées. Ainsi qu'on a déjà pu le souligner au sujet des contrats ayant pour objet la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux séparés de biens<sup>6</sup>, la théorie de la cause a vocation à s'appliquer à l'ensemble des obligations. Une convention qui aurait pour seul dessein la rupture du mariage en prévoyant, par exemple, un partage avantageux au profit d'un conjoint devrait être jugée contraire à l'ordre public en application de l'article 6 du Code civil. Assurément, la théorie de la cause a vocation à être utilisée, ici, de la même manière qu'elle l'est dans le droit commun des contrats<sup>7</sup>. L'on peut simplement faire observer qu'il semble difficile de rapporter la preuve qu'un partage inégal aurait pour seul but d'inciter à la

---

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 174.

<sup>4</sup> Cass. I<sup>re</sup> civ., 6 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 147, p. 148, arrêt préc. La Cour de cassation a affirmé que pour le règlement de leurs intérêts patrimoniaux, les époux séparés de biens n'étaient pas tenus de se soumettre aux exigences de l'article 1450 du Code civil. Par conséquent, l'un des époux « pouvait valablement, pendant l'instance en séparation de corps, contracter une obligation envers son conjoint tendant à la liquidation de leur régime matrimonial dès lors que cette obligation n'avait pas pour but d'inciter à la séparation ». Cette décision concernait une convention conclue par des époux séparés de biens afin de liquider leurs intérêts patrimoniaux. Néanmoins, la portée de cet arrêt ne doit pas être limitée à ce seul régime. L'on doit, en effet, admettre que cette réserve concerne toutes les conventions conclues par des époux pour liquider leur régime matrimonial, et ce, quelle que soit la nature de ce régime.

<sup>5</sup> C. Lesbats, thèse préc., p. 333.

<sup>6</sup> Voir *supra* n° 20.

<sup>7</sup> La réforme a supprimé la référence à la cause, tout en consolidant dans la loi toutes les fonctions que la jurisprudence lui avait assignées. En effet, l'article 1128 du Code civil prévoit outre le consentement des parties, la capacité de contracter, « un contenu licite et certain ».

séparation. Ce que conforte la décision rendue par la Cour de cassation selon laquelle les juges du fond ne pouvaient déduire d'un simple déséquilibre du partage contenu dans la convention, une incitation à la séparation<sup>8</sup>.

Ensuite, il ne semble pas convaincant d'affirmer que la jurisprudence entend, par une telle solution, protéger l'institution du mariage. Cette réserve émise par la Cour de cassation semble plutôt témoigner du monopole dont dispose l'autorité publique dans la rupture du mariage<sup>9</sup>. En d'autres termes, la Haute juridiction entend rappeler que le divorce ne peut être laissé aux seules volontés individuelles. Ce qui traduit, ici encore, l'importance de la place de l'ordre public familial dans le divorce.

Il faut maintenant vérifier que les éventuelles conditions de forme auxquelles sont soumises les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce sont issues du droit commun des contrats.

### *B. – Les conditions de forme*

**205.** En droit commun des contrats, si le consensualisme demeure le principe, certains contrats, outre les conditions de fond de l'article 1108 du Code civil, sont soumis à des conditions de forme<sup>10</sup>.

S'agissant des conventions portant sur l'usage du nom des époux divorcés, aucune disposition légale ne soumet la formation de ces dernières conventions à une condition de forme spécifique. Il s'en déduit que, conformément au principe du consensualisme de droit commun des contrats, de telles conventions sont en principe valables par le seul échange des consentements. Néanmoins, en pratique, il semble préférable, afin d'éviter

---

<sup>8</sup> Cass. 1re civ., 28 nov. 2007, Juris-Data n°2007-041643 ; arrêt préc. Sur le visa des articles 1131 et 1134 du Code civil, la Cour de cassation va d'abord rappeler que les époux séparés de biens pouvaient valablement, pendant la durée du mariage et de l'instance en divorce, conclure toute convention pour la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux, sans être tenus de les passer par acte notarié, avant de censurer la Cour d'appel qui, après avoir constaté que le divorce avait été prononcé selon une procédure contentieuse engagée par l'épouse, ne s'était fondée que sur le déséquilibre du partage pour en déduire que la convention du 7 mai 1988 avait pour but d'inciter à la séparation

<sup>9</sup> En ce sens : J. Ravanas, obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *D.* 1998, jur., p.360.

<sup>10</sup> Sur ce point : v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 127 et s.

Selon le nouvel article 1172 du Code civil : « Les contrats sont par principe consensuels.

Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ».

un éventuel litige relatif aux questions de preuve, de conseiller aux époux de rédiger un écrit<sup>11</sup>.

**206.** Contrairement à l'ancien article 1450 du Code civil qui imposait la forme notariée lors de la conclusion des conventions de liquidation anticipée de la communauté, l'article 265-2 du Code civil n'exige plus, en l'absence d'immeuble, la rédaction d'un tel acte. Une convention sous seing privé est donc désormais valable. Ainsi, l'on constate que si la loi du 26 mai 2004 a assoupli les conditions de forme nécessaires à la validité de ce type de convention, elle n'a pas, pour autant, supprimé toute exigence de solennité. On pourrait s'interroger sur le point de savoir si l'on doit déduire de l'exigence de la forme notariée requise en présence d'immeubles une spécificité du droit du divorce. En réalité, il n'en est rien. En effet, le droit commun subordonne la validité de certains contrats au respect d'une condition de forme, qu'il s'agisse de la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé. Ces manifestations du formalisme si elles demeurent « exceptionnelles en droit... sont, en fait, omniprésentes dans la vie contractuelle contemporaine »<sup>12</sup>. L'exigence de la forme notariée imposée en présence d'immeubles n'apparaît donc pas spécifique au droit du divorce<sup>13</sup>. En définitive, dans une telle hypothèse, les conventions de liquidation anticipée de la communauté appartiennent à la catégorie des conventions solennelles.

En outre, la violation des conditions de validité des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce est sanctionnée par la nullité.

## ***II. – La sanction du défaut de validité des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce : la nullité***

**207.** La recevabilité d'une action en nullité à l'encontre des conventions portant sur l'usage du nom des époux ne suscite pas de difficultés particulières. La nature

---

<sup>11</sup> Selon G. Loiseau, *Le nom objet d'un contrat*, thèse préc., n° 259, si la convention ne contient pas une clause prévoyant une contrepartie financière, le principe est, conformément au droit commun, celui de la liberté de la preuve. Voir également sur les difficultés liées à la preuve de la convention portant sur le maintien de l'usage du nom : C. Lesbats, thèse préc., p. 328.

<sup>12</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 131. Ces auteurs, *op. cit.*, n° 133, font d'ailleurs observer que le formalisme connaît, notamment, dans le droit de la consommation un certain regain.

<sup>13</sup> Contra : C. Lesbats, *Les accords de volontés entre époux dans le divorce*, thèse préc., p. 304, considère que l'exigence de la forme notariée est une condition spécifique au droit du divorce.

conventionnelle de ces accords justifie que soit admise l'action en nullité pour vices du consentement, tels le dol ou la violence<sup>14</sup>.

Tout autre est la question de la recevabilité de l'action en nullité à l'encontre des conventions de liquidation anticipée de la communauté. Cette question a, en effet, suscité une controverse doctrinale (A) et a finalement été tranchée par la Cour de cassation (B).

#### *A. – Présentation et appréciation de la controverse doctrinale*

**208.** Il est intéressant, ici, de présenter les deux positions doctrinales.

Selon une première opinion, il faudrait admettre la recevabilité de l'action en nullité à l'encontre de la convention de liquidation anticipée de la communauté, et notamment la recevabilité de l'action en rescision pour lésion, ceci en raison du caractère conventionnel de la convention<sup>15</sup>.

Au contraire, selon une seconde opinion, la transmission de la convention par les époux au juge lui ferait perdre sa qualification conventionnelle. Et un auteur d'affirmer que « quel que soit le mode d'intégration de la convention dans la décision, on se trouve devant un jugement qui pour l'essentiel est contentieux, revêtu à ce titre de l'autorité de la chose jugée, il ne peut être l'objet d'une voie d'annulation »<sup>16</sup>.

Ce dernier raisonnement n'est pas convaincant. Ainsi qu'on a pu le démontrer dans les développements précédents, le jugement de divorce est indépendant des conventions portant sur les conséquences de la rupture du mariage et pour lesquelles l'homologation n'est pas requise<sup>17</sup>. Il s'en déduit que ces conventions ne sont pas intégrées dans le jugement de divorce. Elles ne peuvent donc être revêtues de l'autorité de la chose jugée. Il y a donc lieu de souscrire à l'opinion des auteurs considérant que la nature conventionnelle des conventions de liquidation anticipée de la communauté justifie la recevabilité de l'action en nullité. C'est en faveur de cette dernière solution que s'est prononcée la Cour de cassation.

---

<sup>14</sup> En ce sens : C. Lesbats, thèse préc., p. 329.

<sup>15</sup> B. Abry, « Les pièges guettant les conventions de divorce », art. préc., p. 361.

<sup>16</sup> J.-C. Groslière, « Consentement et divorce », art. préc., p. 48.

<sup>17</sup> Voir *supra* n° 34.

*B. – La solution retenue par la Cour de cassation*

**209.** Par un arrêt du 23 mars 1994<sup>18</sup>, la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'action en rescision pour lésion du partage contenu dans une convention de liquidation anticipée de la communauté. Dans cette affaire, des époux avaient divorcé selon la procédure sur demande acceptée. Ils avaient, pendant l'instance, conclu une convention de l'article 1450 du Code civil. Cette dernière convention prévoyait que la prestation compensatoire était intégrée aux opérations de liquidation et de partage de la communauté. Des difficultés sont nées lors du partage de la communauté. La Cour d'appel de Colmar a prononcé la rescision pour lésion du partage au motif que la prestation compensatoire qui était fictive n'avait pas été attribuée par le juge. L'ancien mari s'est alors pourvu en cassation soutenant, notamment, que les parties pouvaient convenir d'une prestation compensatoire dans le cadre de la liquidation de leur communauté et que les juges du fond ne pouvaient donc annuler la convention qui avait été valablement conclue. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et a affirmé que la convention prévoyant l'attribution à l'un des conjoints d'une prestation compensatoire était par nature étrangère aux opérations de partage et qu'il en résultait qu'en cas de divorce sur demande acceptée, la prestation compensatoire ne pouvait être fixée que par le juge. À la lecture de cette décision, il apparaît que la Cour de cassation ne remet pas en cause la décision des juges du fond de prononcer la rescision pour lésion de la convention de liquidation anticipée. Cette décision n'est pas restée isolée. Elle fut, en effet, confirmée par un arrêt rendu le 25 avril 2006<sup>19</sup>. Dans cette décision, la Cour de cassation a clairement admis que les juges du fond pouvaient prononcer la nullité d'une convention de liquidation anticipée de la communauté contenant une disposition relative à l'attribution d'une prestation compensatoire sous forme de rente viagère à l'ancienne épouse.

**210.** Ces décisions manifestent le souci de la Cour de cassation de ne pas laisser aux seuls époux la faculté de conclure une convention portant sur la prestation compensatoire. Cependant, l'on constate que le mécanisme utilisé pour sanctionner l'ensemble de la convention portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux, la

---

<sup>18</sup> Cass. Civ. I, 23 mars 1994, arrêt préc.

<sup>19</sup> Cass. I, 25 avr. 2006, arrêt préc.

nullité, relève du droit des obligations. Il s'en déduit que l'on ne peut considérer que la convention de liquidation anticipée de la communauté puisse appartenir à la catégorie des jugements. Ce que conforte, par ailleurs, un arrêt, peu commenté et pourtant riche d'enseignements, rendu par la Cour de cassation le 28 septembre 2008<sup>20</sup>. Dans cette espèce, une Cour d'appel avait refusé de prononcer la nullité d'une convention de l'article 1450 du Code civil au motif qu'elle figurait dans le jugement de divorce ayant acquis un caractère définitif. Au visa de l'article 480 du Code de procédure civile, la Cour de cassation censura les juges du fond et affirma que le dispositif constatant l'accord des époux sur les conséquences pécuniaires du divorce, qui ne tranchait aucune contestation, était dépourvu de l'autorité de la chose jugée. Cette motivation est intéressante puisque la Cour de cassation considère que l'accord conclu par les époux est indépendant du jugement de divorce, décision juridictionnelle, revêtue, à ce titre, de l'autorité de la chose jugée. Quant à la nature de l'accord portant règlement des conséquences patrimoniales de divorce, même si la Cour de cassation ne l'exprime pas directement, il semble logique d'admettre que ce dernier accord puisse revêtir une qualification conventionnelle. C'est ce qui justifie la recevabilité de l'action en rescision pour lésion à son encontre et, plus généralement, l'admission de l'action en nullité. En définitive, les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce obéissent, du point de vue de leur formation, aux règles du droit commun des contrats. Cependant, cette application du droit commun est limitée à la nullité frappant les conventions dont les conditions de validité ont été violées et ne concerne pas une exécution défailante, pour laquelle seuls les mécanismes du droit du divorce sont applicables.

## ***§2. – L'exclusion du droit commun des contrats au stade de l'exécution des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce***

**211.** Lors d'une exécution défailante des conventions conclues sous la condition du jugement, le juge ou l'un des époux peut être amené à remettre en cause ces conventions en faisant une application des mécanismes issus du droit du divorce en excluant ceux du droit commun des contrats (I). En outre, il sera porté une attention particulière aux

---

<sup>20</sup> Cass. 1re civ., 28 sept. 2008, *Dr. famille* 2008, comm. n° 153, note V. Larribeau-Terneyre.



sanctions susceptibles d'être prononcées dans le cas d'une inexécution d'une obligation conventionnelle et dans celui d'un abus dans l'exécution de la convention. Peu d'auteurs se sont intéressés à ces situations. Toutefois, on pourrait s'interroger sur le point de savoir s'il ne serait pas envisageable de recourir aux sanctions issues du droit commun. L'origine conventionnelle du rapport juridique liant les époux pourrait justifier une telle solution. En réalité, il n'en est rien. En effet, la spécificité des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ne permet pas d'accueillir cette proposition. Les sanctions issues du droit commun des contrats sont inapplicables à l'inexécution de la convention de liquidation anticipée de la communauté et à l'usage abusif que pourrait faire un ancien époux du nom de son ancien conjoint (II).

*I. – L'exclusion des mécanismes du droit commun des contrats à la remise en cause de l'exécution des conventions conclues sous le jugement de divorce*

**212.** La remise en cause de l'exécution de la convention de liquidation anticipée de la communauté doit être distinguée de celle de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés. En effet, s'agissant de la première convention, le juge dispose de la possibilité d'en réviser le contenu (A). Quant à la seconde, l'ancien époux est autorisé à révoquer son consentement s'il établit que son ancien conjoint a fait un usage abusif de son nom (B).

*A. – Le pouvoir de révision du juge*

**213.** L'article 1451 alinéa 2 autorise l'un des époux à « demander que le jugement de divorce modifie la convention si les conséquences fixées par le jugement remettent en cause les bases de la liquidation et du partage »<sup>21</sup>.

Dans le droit commun des contrats, le juge ne dispose pas, à la demande de l'un des contractants, de la possibilité d'intervenir sur le contenu du contrat. Le pouvoir du juge de réviser la convention de liquidation anticipée de la communauté, outre qu'il porte

---

<sup>21</sup> Par exemple, l'exécution de la convention pourrait s'avérer défailante en raison de l'attribution à titre de prestation compensatoire à l'un des époux d'un bien contenu dans la convention.

atteinte au principe de la force obligatoire des conventions, apparaît donc exorbitant du droit commun.

**214.** Cependant, dans une vision purement prospective, l'on pourrait se demander si ce pouvoir de révision dont dispose le juge aux affaires familiales dans le droit du divorce ne devrait pas être rapproché de la révision judiciaire en cas d'imprévision. En effet, dans les deux cas, il s'agirait, pour le juge, d'adapter une convention aux nouvelles circonstances. Le rapprochement entre ces deux hypothèses consisterait, alors, à assimiler le jugement remettant en cause les bases de la liquidation et du partage à un « changement de circonstances, imprévisible et insurmontable ».

Selon l'article 1195 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations la révision judiciaire pour imprévision n'est possible qu' « en cas de refus ou d'échec de la renégociation » et si les parties en sont d'accord. En outre, à défaut d'accord des parties le juge peut mettre fin au contrat « à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Assurément, il existe des différences substantielles entre le texte de l'article 1451 alinéa 2 du Code civil et le nouvel article 1195 du Code civil. Le premier de ces textes autorise l'un des époux à demander. Tout d'abord, le premier de ces textes ne soumet la révision de la convention de liquidation anticipée de la communauté à aucune renégociation et surtout ne conditionne pas la révision de la convention par le juge à l'accord des parties. Ensuite, l'article 1451 alinéa 2 du Code civil ne prévoit pas que le juge puisse mettre un terme à la convention conclue par les époux. À cet égard, l'on peut faire observer qu'il semblerait inopportun que le juge puisse mettre un terme à la convention ayant pour objet la liquidation et le partage de la communauté. Une telle solution serait, en effet, contraire au souhait du législateur de concentrer le règlement des conséquences du divorce au moment de son prononcé puisqu'elle conduirait à conditionner ce règlement à un hypothétique accord conclu ultérieurement par les anciens époux.

En définitive, l'adaptation judiciaire du contrat de droit commun issue de la réforme du droit des contrats est construite sur l'idée d'un accord de volontés des parties. Tout autre est le pouvoir de révision dont dispose le juge dans le droit du divorce. Celui-ci se dispense de toute manifestation de volonté des époux pour modifier la convention de liquidation anticipée de la communauté afin de la rendre concordante avec le jugement

de divorce. Il s'en déduit que le pouvoir de révision du juge aux affaires familiales ne pourrait être rapproché de celui dont disposerait le juge de droit commun d'un l'hypothèse de l'imprévision<sup>22</sup>.

Reste, maintenant, à démontrer que la possibilité dont dispose un ancien époux de révoquer son consentement si son ancien conjoint fait un usage abusif de son nom constitue, également, une dérogation au droit commun des contrats.

### *B. – La faculté de révocation du consentement par l'ancien époux*

**215.** S'agissant des contrats de droit commun, l'article 1134 alinéa 2 du Code civil dispose que ceux-ci ne peuvent être révoqués que par le consentement mutuel des parties<sup>23</sup>. Si cette disposition devait s'appliquer à la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés, il faudrait alors considérer que l'un des anciens époux ne disposerait pas de la faculté de révoquer unilatéralement son consentement. Or, telle n'est pas la position adoptée par la jurisprudence. Il convient de rappeler, ici, qu'un ancien époux dispose de la faculté de révoquer son consentement s'il rapporte la preuve que son ancien conjoint a fait un usage abusif de son nom<sup>24</sup>. Une telle faculté est exorbitante au droit commun des contrats en ce qu'elle porte atteinte au principe de la force obligatoire des conventions et permet, de la sorte, à un ancien époux de se désengager seul et sans aucune intervention judiciaire de l'accord conclu. Assurément, la faculté de révocation dont dispose l'un des anciens conjoints est un mécanisme propre au droit du divorce qui a pour effet de mettre un terme à l'exécution de la convention.

Par ailleurs, cette dérogation aux mécanismes du droit commun des contrats concerne également les sanctions frappant tant l'inexécution de la convention de liquidation anticipée de la communauté, que l'usage abusif que pourrait faire un ancien époux du nom de son ancien conjoint.

---

<sup>22</sup> Sur la théorie de l'imprévision : *supra* n° 68.

<sup>23</sup> Selon le nouvel article 1193 du Code civil : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

<sup>24</sup> CA Paris, 9 mars 1979, arrêt préc., CA Paris 22 oct. 1980, arrêt préc.

## ***II. – L'exclusion des sanctions issues du droit commun des contrats à l'inexécution de la convention de liquidation anticipée de la communauté et à l'usage abusif du nom de l'ancien conjoint***

**216.** La spécificité inhérente aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce conduit à écarter les sanctions issues du droit commun des contrats dans l'hypothèse d'une convention de liquidation anticipée de la communauté restée inexécutée (A) et dans le cas de l'usage abusif que pourrait faire un ancien époux du nom de son ancien conjoint (B).

### *A. – L'exclusion des sanctions issues du droit commun des contrats à l'inexécution de la convention de liquidation anticipée de la communauté*

**217.** De multiples sanctions sont prévues par le droit commun des contrats afin de sanctionner l'inexécution d'une obligation issue d'un contrat. L'on peut, notamment, citer le recours aux mesures d'exécution forcée, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur, l'exception d'inexécution ou l'action en résolution.

L'article 1451 alinéa 2 du Code civil, quant à lui, ne prévoit aucune mesure sanctionnant l'inexécution d'une convention de liquidation anticipée de la communauté, valablement conclue, mais privée d'efficacité en raison du refus manifesté par un époux, d'exécuter, après le prononcé du divorce, cette dernière convention.

**218.** On peut noter qu'aucune décision, du moins publiée, ne s'est prononcée sur le sort d'une convention de liquidation anticipée de la communauté restée inexécutée.

Dans un tel contexte, l'on peut donc se poser la question de savoir s'il ne serait pas envisageable de recourir aux sanctions issues du droit commun des contrats. On a pu l'avancer. En réalité, il n'en est rien.

Un auteur a affirmé que le régime de la convention de liquidation anticipée de la communauté était celui de droit commun des contrats et que devait donc être admise l'action en responsabilité contractuelle à l'encontre d'un ancien époux qui n'exécuterait pas cette dernière convention<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> C. Lesbats, thèse préc., p. 306.

Si d'un point de vue théorique cette position semble appropriée, elle n'est, cependant, pas en adéquation avec l'esprit même de la réforme du divorce. Ainsi qu'on l'a précédemment souligné, le souhait du législateur a été d'apaiser les conflits entre les époux et de concentrer le règlement des conséquences du divorce au moment de son prononcé. Admettre l'action en responsabilité contractuelle à l'encontre d'un ancien conjoint qui n'exécuterait pas la convention aboutirait, d'une part, à aggraver le conflit existant entre les anciens époux, et d'autre part, ne permettrait pas de procéder à la liquidation et au partage de la communauté. La spécificité de l'objet même de ces conventions conduit à écarter l'action en responsabilité contractuelle.

Des observations identiques peuvent être faites au sujet de la résolution judiciaire de la convention. En effet, si le juge du divorce prononçait la résolution de la convention, la liquidation et le partage de la communauté seraient nécessairement reportés dans le temps et dépendraient de la conclusion par les anciens époux d'un hypothétique nouvel accord. S'agissant de l'exception d'inexécution, le constat est tout aussi insatisfaisant, puisque l'admission de cette action aboutirait à bloquer le processus de liquidation et de partage de la communauté. Enfin, une mesure d'exécution forcée qui attiserait les sentiments de haine et de rancœur ne serait pas conforme à l'esprit de la loi.

Force est de constater qu'aucune des sanctions issues du droit commun des contrats n'est véritablement appropriée au cas de l'inexécution d'une convention de liquidation anticipée de la communauté. Surtout, l'esprit même de la réforme du divorce n'autorise pas à accueillir de telles sanctions.

**219.** Reste à savoir quelles seraient les mesures à envisager dans l'hypothèse d'une convention de liquidation anticipée de la communauté restée inexécutée. Dans un premier temps, l'un des époux pourrait s'adresser au notaire rédacteur de la convention. Il rentre, en effet, dans la mission de conseil du notaire d'inviter les anciens époux à renégocier cette convention demeurée inexécutée. Dans un second temps, et en cas d'échec de la renégociation, il faudrait alors considérer que les époux n'ont pas réussi à s'entendre pour procéder, postérieurement au prononcé du divorce, à la liquidation et au partage de la communauté. Une telle hypothèse est prévue par la loi. Il s'agit là de la procédure de partage judiciaire relevant de la compétence du juge aux affaires familiales. Au terme de l'article 267-1 du Code civil : « les opérations de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux se déroulent suivant les règles prévues

par le code de procédure civile ». Et selon l'article 1136-2 du Code de procédure civile, les demandes relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux relevant de la compétence du juge aux affaires familiales obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance. S'agissant du partage judiciaire, des délais sont imposés par les articles 1368 et 1370 du même code aux époux afin que ceux-ci procèdent aux opérations de liquidation et de partage<sup>26</sup>. Et si les désaccords subsistent<sup>27</sup>, l'article 1375 (alinéa 1 et 2) prévoit que : « le tribunal statue sur les points de désaccord. Il homologue l'état liquidatif ou renvoie les parties devant le notaire pour établir l'acte constatant le partage ».

Assurément, ces dispositions ont pour objet la réalisation des opérations de liquidation et de partage de la communauté. Néanmoins, l'on constate qu'en cas de désaccord des époux, le juge est amené à trancher les points litigieux. Une telle mesure suscite des interrogations. En effet, la question se pose de savoir s'il ne s'agit pas là d'une possibilité octroyée au juge de se substituer à la volonté des anciens époux. L'acte de partage apparaît forcé dans la mesure où les anciens époux ne consentent pas réellement à la décision du juge. Celui-ci crée un acte qui engage les anciens conjoints. En définitive, l'on se trouve dans une hypothèse de convention formée par le juge. Il n'y a là plus de place pour le principe de l'autonomie de la volonté<sup>28</sup>. Pour autant, cet acte forcé n'est pas dénué de toute justification. Un tel acte s'explique par l'impossibilité pour les époux de s'entendre sur la liquidation et le partage de la communauté. Ce qui conduit à admettre que la volonté du juge puisse se substituer à celle des anciens conjoints afin de trouver une solution pour procéder au partage de la communauté et, de la sorte, éviter que le litige ne perdure. En d'autres termes, c'est l'ordre public matrimonial qui justifie le choix du législateur d'obliger les anciens époux à accepter la décision rendue par le juge.

---

<sup>26</sup> L'article 1368 du Code de procédure civile prévoit que : « dans le délai d'un an suivant sa désignation, le notaire dresse un état liquidatif qui établit les comptes entre copartageants, la massa partageable, les droits des parties et la composition des lots à répartir ». Et l'article 1370 du même code prévoit qu' « en raison de la complexité des opérations, une prorogation du délai, ne pouvant excéder un an, peut-être accordé par le juge commis saisi sur demande du notaire ou sur requête d'un copartageant ».

<sup>27</sup> L'article 1373 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile dispose qu' « en cas de désaccord des copartageants sur le projet d'état liquidatif dressé par le notaire, ce dernier transmet au juge commis un procès-verbal reprenant les dires respectifs des parties ainsi que le projet d'état liquidatif ».

<sup>28</sup> Comme l'a souligné un auteur, A. Engel-Creach, thèse préc. , n° 8 : « Les hypothèses dans lesquelles le juge est expressément admis à constater l'opportunité de certains contrats et à les imposer se multiplient, disséminées dans l'ensemble du droit privé. On les trouve chaque fois que la convention apparaît comme le seul instrument permettant d'atteindre un résultat socialement nécessaire. Le contrat apparaît ainsi comme un instrument de régulation sociale dont la maîtrise échappe progressivement à ceux qui seront tenus par ses termes ».

**220.** En définitive, il y a en la matière une certaine spécificité caractérisé par un ordre public matrimonial qui ne permet pas d'accueillir les sanctions prévues en cas d'inexécution d'un contrat de droit commun. L'inexécution d'une convention de liquidation anticipée est sanctionnée au moyen de dispositions propres au droit du divorce.

Cette spécificité est également inhérente aux conventions portant sur l'usage du nom des époux divorcés. Ce qui conduit à exclure les sanctions issues du droit commun des contrats à l'usage abusif que pourrait faire un ancien conjoint du nom de son ancien époux.

*B. – L'exclusion des sanctions issues du droit commun des contrats à l'usage abusif du nom de l'ancien conjoint*

**221.** L'article 264 du Code civil ne prévoit aucune mesure sanctionnant le cas de l'usage abusif du nom des époux divorcés.

Pourtant, la question de la nature de la sanction qui devait être prononcée dans une telle situation s'est posée devant les tribunaux.

Dans une décision rendue en 1981, le Tribunal de grande instance de Paris, s'est fondé sur la théorie de la responsabilité délictuelle afin de condamner une ancienne épouse qui avait fait une utilisation abusive du nom de l'ancien conjoint à verser à ce dernier ainsi qu'aux membres de la famille porteurs du même nom des dommages-intérêts<sup>29</sup>.

Il se déduit de cette décision que l'usage abusif du nom de l'ancien conjoint est sanctionné au moyen d'une action relevant de l'article 1382 du Code civil. La spécificité de l'objet même de la convention, à savoir l'usage du nom permettant l'identification sociale d'une personne, explique que le Tribunal se soit basé sur la notion d'abus et sur la théorie de la responsabilité délictuelle afin d'indemniser l'ancien conjoint et les membres de la famille du préjudice résultant de l'usage abusif fait par l'ancienne épouse de leur nom. L'on ne peut donc se rallier à la thèse soutenue par un auteur, selon laquelle : « l'accord de volontés sur le nom, du fait de sa nature conventionnelle, peut

---

<sup>29</sup> TGI Paris, 10 fév. 1981, jugement préc. Dans cette affaire, une ex-épouse qui s'était remariée avait continué à porter le nom de son ancien mari en qualité d'auteur. Le Tribunal afin de condamner l'ancienne épouse à verser des dommages-intérêts à son ancien conjoint ainsi qu'aux membres de la famille porteur du même nom a motivé sa décision sur le fondement de l'usage abusif du nom en relevant qu'un tiers « fût-il exceptionnellement autorisé à en user en fasse une utilisation telle qu'il porte atteinte à la réputation du nom et, partant, à la personnalité de son titulaire ; qu'il est indéniable que le nom des demandeurs – dont la singularité n'est pas contestée – s'est trouvé, par l'abus qu'en a fait la défenderesse à diverses reprises mêlé à une évocation complaisante et tapageuse de la vie des criminels de droit commun ».

seulement être remis en cause au moyen des actions relevant du droit des contrats... En cas de violation d'une obligation, cette action peut être l'objet d'une action en responsabilité contractuelle »<sup>30</sup>.

En réalité, l'on peut reconnaître, ici, le droit accordé aux titulaires d'un nom d'exercer une action protectrice conformément au droit commun en matière de nom<sup>31</sup>.

Néanmoins, la référence à l'usage abusif invite à se demander s'il ne s'agit pas là d'une application de la théorie de l'abus de droit.

**222.** Dans le droit commun des contrats, la sanction de l'abus de droit est prononcée par le juge<sup>32</sup>. Si cette dernière théorie devait s'appliquer à la convention portant sur le nom des époux divorcés, alors la sanction serait nécessairement judiciaire et consisterait, notamment, pour le juge à prononcer la résiliation du contrat. Or, dans le droit du divorce, la jurisprudence autorise l'un des anciens conjoints à révoquer unilatéralement son consentement s'il rapporte la preuve que son ancien époux a fait un usage abusif de son nom<sup>33</sup>.

Un ancien conjoint peut donc mettre fin à la convention sans aucune intervention judiciaire. Là encore, cette solution s'explique par l'objet extra-patrimonial de la convention. Parce qu'il concerne un attribut de la personne<sup>34</sup>, cet accord ne peut être soumis à la résiliation du droit commun des contrats pour laquelle l'intervention du juge est nécessaire. Cette faculté octroyée à un ancien époux de mettre un terme à la convention ne peut être qualifiée de résiliation judiciaire. En définitive, l'on ne peut faire appel à la théorie de l'abus de droit afin d'expliquer la faculté dont dispose le conjoint de révoquer son consentement. Il s'agit là d'un mécanisme propre au droit du divorce qui ne peut être rattaché au droit commun des contrats.

---

<sup>30</sup> C. Lesbats, thèse précitée p. 329.

<sup>31</sup> Des auteurs, F. Terré, D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, op. cit., n° 177, se sont d'ailleurs interrogés sur le point de savoir « si la protection du nom patronymique ne pouvait pas être uniquement assurée, hors le droit pénal, sur le terrain des articles 1382 et suivants du code civil, le titulaire d'un nom ne pouvant se plaindre, en cas d'usurpation, qu'en rapportant la preuve de l'existence d'un préjudice personnel ». Et sur ce point les auteurs renvoient à Ph. Nérac, *La protection du nom patronymique en droit civil (étude de la jurisprudence)*, thèse Lille II, 1975, éd. 1980.

<sup>32</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 744. Selon ces auteurs : « la théorie de l'abus de droit porte à considérer que cet abus peut entraîner, à la charge de son auteur, soit une réparation en équivalent (dommages-intérêts), soit une réparation en nature, le juge ordonnant alors les mesures propres à supprimer le dommage, voire à l'empêcher de naître ». Sur la l'abus de droit en droit des contrats, v. Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000.

<sup>33</sup> CA Paris, 9 mars 1979, arrêt préc., CA Paris 22 oct. 1980, arrêt préc.

<sup>34</sup> En ce sens : J. Massip, obs. sous CA Paris, 9 mars 1979, arrêt préc., p. 473.



**223.** Il ressort de cette étude que la formation des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce obéit aux règles du droit commun des contrats. En réalité, la dérogation aux règles du droit commun se manifeste principalement au stade de l'exécution de ces dernières conventions. Pour autant, ce régime conventionnel mixte est-il véritablement adapté aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ? C'est ce qu'il convient maintenant de vérifier.

## **Section II : Appréciation de l'adaptation des actions issues du droit commun des contrats aux conventions conclues sous la condition du jugement de divorce**

**224.** Au sein des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce, une distinction doit être effectuée entre, d'une part, la convention de liquidation anticipée de la communauté et, d'autre part, la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés. Cette distinction tient à la différence d'objet de ces conventions. L'objet de la convention de liquidation anticipée de la communauté est de nature patrimoniale. Celui de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés est de nature extra-patrimoniale. Cette différence d'objet entre ces deux conventions conduit à apprécier distinctement le régime conventionnel de chacune de ces conventions. Par cette étude, l'on souhaite démontrer que les actions issues du droit commun des contrats sont adaptées à la convention de liquidation anticipée de la communauté (§1), tandis qu'au contraire, s'agissant de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés, ces dernières actions sont inadaptées à ce type de convention (§2).

### ***§1. L'adéquation de l'application des actions issues du droit commun des contrats à la convention de liquidation anticipée de la communauté.***

**225.** Les règles de formation de la convention de liquidation de la communauté sont issues du droit commun des contrats. Il n'y a là aucune difficulté. L'origine conventionnelle du rapport juridique liant les époux justifie que la formation, et par voie

de conséquence la sanction du défaut de validité de cette convention obéissent aux règles du droit commun des contrats.

**226.** Ce qui a suscité une attention particulière concerne l'exécution de la convention de liquidation anticipée de la communauté, et plus particulièrement, le pouvoir accordé au juge par la loi de modifier le contenu de la convention. Cette dérogation au droit des obligations n'a pas échappé à Mme Dekeuwer-Défossez qui a manifesté son étonnement et son scepticisme à l'égard de ce pouvoir exorbitant accordé au juge. Selon cet auteur : « C'est sur les effets pécuniaires du divorce entre les époux que le refoulement de la logique contractuelle est le plus surprenant. Certes, l'article 1450 permet aux époux de passer des conventions réglant par avance la liquidation et le partage de la communauté. Mais, enfin, par nature, le partage est un acte conventionnel ! Ce qui est à remarquer, c'est (...) surtout, la possibilité donnée au juge du divorce par l'article 1451 de modifier la convention des époux ! Comment mieux marquer la soumission des volontés individuelles à l'*imperium* judiciaire, même dans un domaine qui relève par nature de la liberté contractuelle »<sup>35</sup>. À cet égard, on peut, en effet, faire observer que le droit patrimonial du divorce devrait constituer la terre d'élection du contrat. Mais, force est de constater, à nouveau, que ce pouvoir exorbitant dont dispose le juge constitue une entorse au principe de l'autonomie de la volonté des époux. Assurément, ce pouvoir de révision judiciaire n'est pas de nature à participer à l'évolution du droit patrimonial de la famille vers une plus grande liberté contractuelle accordée aux époux et n'autorise pas à rattacher le régime des conventions de liquidation anticipée de la communauté au régime de droit commun des contrats.

En outre, en souhaitant concentrer les effets du divorce au moment de son prononcé et donc en encadrant les volontés individuelles dans le temps<sup>36</sup>, le législateur ne permet pas d'envisager l'application d'un régime purement contractuel à la convention de liquidation anticipée de la communauté. Ainsi qu'on a pu le démontrer, les sanctions

---

<sup>35</sup> F. Dékeuwer-Défossez, art. préc. , p. 71.

<sup>36</sup> S'agissant des contrats de la famille, M. Lécuyer, dans sa thèse, *op. cit.*, n° 75 et s. , parle « d'encadrement temporel des volontés individuelles ». Selon l'auteur : « Le Droit ne répugne pas à user du temps à des fins multiples. Force est ici de souligner le caractère quasi- systématique de ce recours, sous des formes diverse, tant quant au contrat de mariage, au changement de régime matrimonial, qu'aux conventions de liquidation anticipées en cas de divorce (...) ». Voir également la bibliographie citée par l'auteur : P. Hébraud, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », in *Études offertes à P. Kayser*, 1979, t. I, p. 1 ; *Le droit et le futur*, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, série philosophie du droit, 1985.

prévues en cas d'inexécution d'un contrat ne sont pas applicables à l'inexécution d'une convention de liquidation anticipée de la communauté.

En réalité, ces différentes atteintes portées à la liberté contractuelle des époux qui ont nécessairement pour effet d'exclure l'application d'un régime purement contractuel aux conventions de liquidation de la communauté apparaissent critiquables.

**227.** Il semblerait préférable d'accorder aux conjoints qui le souhaitent la possibilité de conclure un contrat ayant pour objet la liquidation et le partage de la communauté. Ce contrat pourrait intervenir pendant l'instance en divorce, sous l'égide du notaire liquidateur. Cependant, il n'apparaît pas opportun d'encadrer les volontés individuelles dans le temps<sup>37</sup>. Certains époux éprouvent, en effet, le besoin de disposer de plus de temps que la période de l'instance en divorce pour parvenir à un accord. Il s'agit de trouver, ici, un accord global et exhaustif bien compris par chacun des époux. Les négociations entre les époux peuvent parfois nécessiter du temps afin d'aboutir à la conclusion d'un accord pérenne. Comme l'exprime, Mme Bérard, juge aux affaires familiales au Tribunal de grande instance de Paris : « les conditions d'un bon accord tiennent d'abord au temps qui a été pris pour y parvenir »<sup>38</sup>.

Ensermer la conclusion d'un accord dans des contingences de temps pour des époux qui ont manifesté la volonté de s'entendre sur la liquidation et le partage de la communauté conduit à limiter l'exercice de la liberté contractuelle de ces époux. Par ailleurs, cette contingence temporelle est de nature à inciter certains de ces époux à attendre le prononcé du divorce pour parvenir à un accord durable. Si une telle hypothèse devait être envisagée par les époux, ces derniers redeviendraient, s'agissant de la liquidation et du partage de la communauté, des contractants de droit commun. Le contrat aurait donc à nouveau sa place au sein du droit du divorce. Néanmoins, ainsi qu'on a pu le relever précédemment, il n'est pas de l'esprit de la réforme d'encourager les époux à procéder, seuls et sans intervention judiciaire, à la réalisation des opérations de liquidation et de partage de la communauté postérieurement au prononcé du divorce<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Selon M. Lécuyer, thèse préc., n° 75 : « le droit patrimonial de la famille, parce qu'il use du temps pour ensermer l'action, ou provoquer et asseoir la réflexion, ne perd jamais de vue la dimension intemporelle qui caractérise ou devrait caractériser son objet et tend, par ces dispositions, à mieux maîtriser les actes qui pourrait l'affecter ».

<sup>38</sup> *AJF*, 2010, dossier « Le droit collaboratif », p. 253, « Accords en matière familiale », Interview d'Anne Bérard, juge aux affaires familiales au Tribunal de grande instance de Paris, spéc. p. 269.

<sup>39</sup> Voir *supra* n° 71 et s.

En définitive, l'immixtion du juge dans la sphère conventionnelle et l'obligation faite par la loi aux époux de s'entendre, pendant l'instance en divorce, sur la liquidation et le partage de la communauté traduisent, une nouvelle fois, la volonté de l'État d'encadrer les volontés individuelles. L'ordre public familial et matrimonial apparaît comme une limite à l'exercice de la liberté contractuelle des époux.

**228.** Pourtant, il conviendrait de privilégier la solution consistant à octroyer aux époux la liberté de conclure, pendant l'instance en divorce ou à défaut après son prononcé par le juge, un contrat ayant pour objet la liquidation et le partage de la communauté et comprenant, éventuellement, une disposition relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire. Ce contrat serait conclu sous la responsabilité du notaire liquidateur chargé de veiller à la protection des intérêts de chacun des époux.

Cette solution présenterait l'avantage de ne plus soumettre les volontés individuelles à une contrainte temporelle et à une intervention judiciaire. Ce qui conduirait à admettre l'application aux contrats ainsi conclus de l'ensemble du régime contractuel. À cet égard, on a pu démontrer que les règles issues du régime contractuel présentent les garanties suffisantes pour assurer la protection des intérêts de chacun des époux et en particulier la protection de l'époux le plus faible<sup>40</sup>.

Finalement, il s'agirait là soit d'un contrat de liquidation et de partage anticipés de la communauté, soit d'un contrat de liquidation et de partage de la communauté conclu postérieurement au prononcé du divorce. Ces deux types de contrats obéiraient, tant du point de vue de leur formation que de leur exécution, aux règles d'un régime unitaire : le régime contractuel.

Cette proposition doit être réservée à la convention de liquidation anticipée de la communauté. En effet, s'agissant de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés, les actions issues du droit commun des contrats sont inadaptées à ce type de convention.

---

<sup>40</sup> On a, notamment, pu démontrer que le mouvement de judiciarisation des contrats permet d'assurer une protection efficace de l'époux le plus faible : *supra* n° 129.

## **§2. L'adéquation de l'exclusion des actions issues du droit commun des contrats à la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés**

**229.** Relativement aux règles de formation de la convention portant sur l'usage du nom des époux, celles-ci sont issues du droit commun des contrats. Là encore, l'origine conventionnelle du rapport juridique liant les époux permet de justifier l'application de la nullité dans l'hypothèse d'une violation des conditions de validité de cette convention.

**230.** L'exécution de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés n'obéit pas aux règles de droit commun des contrats. La principale dérogation étant constituée par la possibilité pour un ancien époux de révoquer son consentement dans l'hypothèse où son ancien conjoint en ferait un usage abusif. Pour autant, cette atteinte portée au régime contractuel semble légitime.

La convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés a, en effet, un objet particulier puisqu'elle porte sur une composante de l'état de la personne<sup>41</sup>. Comme le souligne M. Massip « parce qu'elle porte sur un attribut de la personne »<sup>42</sup>, il y a lieu de considérer que la convention pourrait être révoquée par le conjoint s'il justifiait de motifs graves. De façon générale, cet objet spécifique justifie que ne puisse être appliqué à l'exécution de la convention un régime purement contractuel.

**231.** Si l'évolution est celle d'une plus grande place accordée au principe de l'autonomie de la volonté en matière de nom, il n'en demeure pas moins que le régime mixte de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés, composé pour partie de règles de droit commun des contrats et pour partie de règles du droit du divorce, apparaît justifié.

---

<sup>41</sup> F. Terré, D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités, op. cit.*, n° 171.

<sup>42</sup> J. Massip, obs. sous CA Paris, 9 mars 1979, arrêt préc. p. 473.



## CONCLUSION DU TITRE I

**232.** À l'issue de cette étude, il apparaît que les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce ne peuvent être qualifiées de contrats. En effet, le jugement de divorce constitue une condition d'origine légale nécessaire à l'efficacité de ces accords. La force obligatoire qui découle de ces conventions est atténuée. En définitive, les différentes atteintes portées aux critères de reconnaissance du contrat apparaissent relativement modérées et autorisent à rattacher ces accords à la sphère plus large des actes juridiques conventionnels.

**233.** Le régime de ces conventions est un régime mixte, constitué pour partie de règles spéciales du droit du divorce et pour partie de règles issues du droit commun des contrats. La formation des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce obéit aux règles de droit commun des contrats. C'est au stade de l'exécution de ces conventions que se manifeste la dérogation au régime contractuel. Cette dérogation, si elle semble légitime pour la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés, n'apparaît pas justifiée pour la convention de liquidation anticipée de la communauté. La convention relative à l'usage du nom des époux divorcés porte sur un attribut de la personne. Cet objet spécifique, de nature extra-patrimonial conduit à écarter les règles régissant l'exécution des contrats de droit commun. Le constat est tout autre pour la convention de liquidation anticipée de la communauté. La nature patrimoniale de l'objet de cette convention aurait dû permettre d'accueillir un régime purement contractuel. En effet, dès lors que la condition des époux s'identifie à celle d'un créancier et d'un débiteur, les règles issues du droit commun des contrats ont vocation à régir ce rapport obligatoire. Pourtant, tel n'a pas été le choix du législateur. Au nom d'un ordre public familial et matrimonial, l'exercice de la liberté contractuelle des époux, en matière patrimoniale, est limité. Finalement, il serait préférable de permettre aux époux de conclure un contrat ayant pour objet la liquidation et le partage de la communauté et comprenant, éventuellement, une disposition relative à l'attribution à l'un d'entre eux d'une prestation compensatoire. Mais il n'est pas dans l'esprit de la loi d'accorder plus de place au principe de l'autonomie de la volonté et d'autoriser les

époux à conclure un contrat portant règlement de l'ensemble des conséquences patrimoniales du divorce. En témoigne le développement, au sein du droit du divorce, des conventions conclues sous le contrôle du juge : les conventions homologuées.



## TITRE II : LES CONVENTIONS HOMOLOGUEES

**234.** Depuis la seconde moitié du XXe siècle, le législateur n'a cessé d'accorder une place sans cesse plus importante au mécanisme de l'homologation. Cet essor du recours à l'homologation s'est principalement manifesté dans le droit de la famille et, plus particulièrement, dans le droit du divorce<sup>1</sup>.

En effet, cette technique de l'homologation permet, tout en accordant aux époux la possibilité de régler de manière conventionnelle les conséquences de leur rupture, de maintenir le contrôle des volontés individuelles par l'intermédiaire du juge<sup>2</sup>.

**235.** Cette participation judiciaire à la formation des accords conclus par les époux n'est pas sans incidence sur leur nature juridique comme sur les règles juridiques auxquelles ils sont soumis. Ainsi que l'ont souligné des auteurs, les conventions homologuées relèvent autant du droit des obligations que du droit de la famille, « bousculant ainsi les paresseuses spécialisations »<sup>3</sup>. En effet, les conventions homologuées revêtent une nature mixte, mi-conventionnelle, mi-judiciaire (Chapitre I). Cette nature mi-conventionnelle, mi-judiciaire justifie que les conventions homologuées obéissent à un régime hybride, mi-conventionnel, mi-judiciaire (Chapitre II).

---

<sup>1</sup> En application du nouvel article 229-2 du Code civil, le divorce par consentement mutuel judiciaire demeure en cas de demande d'un enfant mineur du couple d'être auditionné par un juge ou lorsque l'un des époux est soumis à un régime de protection

<sup>2</sup> Comme l'exprime M. Hauser : « Faire de l'homologation d'un juge un élément complétant une convention c'est affirmer clairement que cette convention n'est pas ordinaire et que la société a encore à y voir – plus ou moins – soit pour en vérifier la conformité aux normes collectives, soit au minimum pour en vérifier la régularité eu égard aux normes du consentement individuel », J. Hauser, « Le juge homologateur en droit de la famille », art. préc., p. 127.

<sup>3</sup> J. Hauser, P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », art. préc., p. 359.



## **Chapitre I : La nature hybride des conventions homologuées**

**236.** Les conventions homologuées présentent la particularité d'être soumises à un véritable contrôle judiciaire. Le juge, en prononçant le divorce, doit vérifier si le consentement des époux est libre et éclairé et si les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés. Ce contrôle judiciaire a pour conséquence d'exclure les conventions homologuées de la catégorie des contrats puisque la force obligatoire de l'accord trouve sa source dans l'intervention du juge. En effet, les conventions homologuées sont des accords de volontés conditionnés par l'homologation (Section I) et caractérisés par une force obligatoire d'origine judiciaire (Section II).

### **Section I : Des accords de volonté conditionnés par l'homologation**

**237.** Les conventions homologuées sont des accords de volontés (§1). Cependant, pour ce type de conventions, les volontés individuelles sont insusceptibles de donner naissance à elles seules à des obligations. Un élément, l'homologation (§2), s'ajoute à ces volontés pour rendre l'accord parfait.

#### ***§1. - Des accords de volontés***

**238.** Les conventions homologuées conclues par les époux sont des accords librement conclus. Cette liberté conventionnelle dont disposent les époux concerne tant le principe même de l'accord (I) que son contenu (II).

## *I. – Le principe de libre accord*

**239.** Le principe selon lequel les parties sont libres de s’engager ou de refuser l’accord est respecté. Néanmoins, il convient d’envisager distinctement l’application de ce principe aux différentes conventions homologuées.

Les époux qui divorcent au moyen d’un divorce par consentement mutuel judiciaire doivent conclure une convention portant sur l’ensemble des conséquences du divorce<sup>1</sup>. Une telle obligation ne les prive pas complètement de leur liberté. En effet, les époux s’ils le souhaitent, peuvent opter pour un autre type de divorce pour lequel une telle exigence n’est pas requise par la loi. Les époux disposent donc de la liberté de refuser un tel accord<sup>2</sup>. Ce qui conduit à affirmer que le principe est, en la matière, respecté.

**240.** Dans le cadre d’un divorce contentieux, les époux sont libres de conclure des conventions, ou bien, au contraire, de s’abstenir. Il s’agit là des conventions de l’article 268 et 372-2-7 du Code civil qui concernent respectivement la convention réglant tout ou partie des conséquences du divorce et l’accord portant sur les modalités de l’exercice de l’autorité parentale et sur la contribution à l’entretien et à l’éducation des enfants. Le principe selon lequel les parties sont libres de s’engager ou de refuser s’applique. En témoigne l’emploi du verbe « pouvoir » par le législateur pour chacun des deux textes<sup>3</sup>. Reste, maintenant, à vérifier que le principe de libre détermination du contenu de l’accord est respecté.

---

<sup>1</sup> L’article 230 du Code civil dispose que « le divorce peut-être demandé conjointement par les époux lorsqu’ils s’entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l’approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce ». Et l’article 1091 du CPC prévoit qu’« à peine d’irrecevabilité, la requête comprend en annexe une convention datée et signée par chacun des époux et leur avocat portant règlement complet des effets du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu’il n’y a pas lieu à liquidation ». En application de la circulaire du 26 janvier 2107, le nouveau divorce n’est pas optionnel : si les époux s’accordent sur le principe de la rupture et l’ensemble de ses conséquences, la voie judiciaire du divorce par consentement mutuel ne leur est, sauf exception, désormais plus ouverte. Seule la demande d’audition par l’enfant mineur les conduira à pouvoir saisir le juge d’une demande de divorce par consentement mutuel. En outre, la circulaire précise que si les époux ne parviennent pas à s’accorder, il leur faudra envisager un divorce contentieux et que si, à l’inverse, ils s’accordent sur le principe et les conséquences de leur rupture alors qu’ils ont engagé une action contentieuse, il leur est possible de divorcer par consentement mutuel extrajudiciaire.

<sup>2</sup> En ce sens : H. Lécuyer, thèse préc., n° 111. S’agissant de l’ancien divorce sur requête conjointe l’auteur affirme qu’« usant des potentialités offertes par une législation cultivant le pluralisme, les époux auront loisir d’opter pour un autre cas de divorce, éludant ainsi l’obligation qui leur est faite, dans le divorce sur requête conjointe de se prononcer conventionnellement sur les suites de leur désunion ». Et l’auteur de conclure : « même s’il est initialement contraint, l’accord n’en existe pas moins ».

<sup>3</sup> Au sujet des conventions de liquidations anticipées de la communauté, G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux, op.cit.*, p. 459 avait souligné l’importance de l’emploi du verbe « pouvoir » et en avait déduit que la première liberté dont disposaient les époux était de s’abstenir de conclure de telles conventions.

## *II. – Le principe de libre détermination du contenu de l'accord*

**241.** Il apparaît, ici, intéressant d'articuler l'étude du contenu de la convention homologuée du divorce par consentement mutuel avec l'analyse du contenu de la convention homologuée d'un divorce contentieux. A cet égard, un auteur a affirmé que « ce lien étroit entre les articles 230 et 268 du Code civil n'a pas été assez souligné dans la présentation de la loi »<sup>4</sup>. Ces deux types de convention se rejoignent en ce qu'elles accordent une importante liberté conventionnelle aux époux dans l'aménagement des conséquences du divorce et, plus particulièrement des conséquences patrimoniales du divorce<sup>5</sup>.

D'une manière générale, l'article 268 du Code civil accroît considérablement la possibilité pour des époux utilisant la voie contentieuse de conclure des conventions portant sur l'ensemble des conséquences de la rupture. Cette liberté accordée par le législateur aux époux permet à ceux-ci de s'affranchir des contraintes d'une décision judiciairement prononcée<sup>6</sup>.

**242.** En outre, les conventions homologuées conclues dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou d'un divorce contentieux sont susceptibles de contenir des clauses relatives à l'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant. Pour ce type d'accord, la liberté conventionnelle dont disposent les parents est limitée. En effet, le principe du respect de l'intérêt de l'enfant ne permet pas aux parents de conclure une convention prévoyant une renonciation ou une cession de l'autorité parentale<sup>7</sup>. L'attribution de l'autorité parentale n'est pas un droit dont les parents ont la

---

<sup>4</sup> B. Beignier, « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », art. préc., p. 9. L'article 268 du Code civil dispose que « Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce ».

<sup>5</sup> En ce sens : B. Beignier, art. préc. p. 9. Selon l'auteur, en matière de divorce, « le domaine d'excellence de la liberté contractuelle des époux se trouve en matière patrimoniale ».

<sup>6</sup> Au sujet de la prestation compensatoire, J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », art. préc. p. 367, mettent en lumière l'avantage conféré par l'article 268 du Code civil, à savoir la possibilité pour les époux, nonobstant leur décision de divorcer au contentieux, de s'affranchir des contraintes des prestations compensatoires judiciairement prononcées et l'accroissement considérable du champ transactionnel même dans les divorces contentieux.

<sup>7</sup> L'article 376 du Code civil prohibe toute renonciation ou cession portant sur l'autorité parentale en dehors des cas déterminés par le Code civil.

libre disposition<sup>8</sup>. C'est ce qui justifie de retenir une distinction fondée, non pas sur le type de divorce, à savoir la nature gracieuse ou contentieuse du divorce, mais sur l'objet même de la convention.

Ainsi, le principe de libre détermination du contenu de l'accord doit être envisagé distinctement selon qu'il s'agit de la convention homologuée ayant pour objet les conséquences du divorce à l'égard des époux (A) ou de la convention homologuée portant sur l'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant (B).

*A. – Le principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les conséquences du divorce à l'égard des époux*

**243.** L'étude du principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les conséquences du divorce à l'égard des époux (1) précèdera celle de ses limites (2).

*1) Étude du principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les conséquences du divorce à l'égard des époux*

**244.** Afin d'organiser les conséquences du divorce, les époux disposent d'une importante liberté conventionnelle. La loi et la jurisprudence accordent une place de choix au principe de l'autonomie de la volonté. En effet, le principe de libre détermination du contenu de la convention concerne tant le nom des époux (a) que les conséquences patrimoniales de la rupture (b).

*a) Le nom des époux*

**245.** Les développements précédents consacrés à l'étude de la convention portant sur l'usage du nom des époux divorcés ont permis de démontrer que les époux disposent

---

<sup>8</sup> En ce sens : M. Rebourg, « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », art. préc., p. 11.

d'une importante liberté<sup>9</sup>. Il convient, notamment, de rappeler que les dispositions de l'article 311-21 du Code civil qui autorisent les parents à transmettre à leurs enfants leurs deux noms accolés selon un ordre librement déterminé ne sont pas sans incidences sur le contenu de la convention conclue par les époux au moment du divorce. En particulier, dans l'hypothèse où le mari aurait souhaité ajouter le nom de son épouse au sien et que les conjoints auraient choisi de transmettre leur double nom aux enfants, une clause de la convention pourrait prévoir le maintien du droit d'usage du double nom au bénéfice du mari. Cette possibilité est suggérée par l'article 264 du Code civil issu de la réforme du 26 mai 2004 qui ne concerne plus uniquement la femme, mais vise « chacun des époux ».

Assurément, le droit d'usage du nom de famille n'échappe plus aux volontés individuelles et s'inscrit dans une prévision conventionnelle de l'ensemble des conséquences du divorce. Cette liberté conventionnelle dont dispose les époux concerne également les conséquences patrimoniales de la rupture.

*b) Les conséquences patrimoniales du divorce relatives aux époux*

**246.** Nul doute que les conséquences patrimoniales du divorce restent « le domaine d'excellence »<sup>10</sup> dans lequel la liberté conventionnelle des époux trouve à s'exprimer.

On a précédemment démontré que le principe d'immutabilité du régime matrimonial cessant au moment du divorce, les époux sont libres de s'affranchir des règles gouvernant leur régime<sup>11</sup>. Notamment, les conjoints ne sont pas tenus de respecter les règles fixées par la loi afin de liquider les récompenses. En outre, les époux peuvent décider de prévoir un partage inégal. En témoigne un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 décembre 1983<sup>12</sup>. Par cette décision, la Haute juridiction a admis que, dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, des époux pouvaient prévoir que l'un d'entre eux abandonne, partiellement ou totalement, la soulte qui lui était due au titre du partage de la communauté ou d'une indivision. La portée de cette décision ne saurait être limitée à la convention conclue par des époux lors d'un divorce par

---

<sup>9</sup> Voir *supra* n° 158 et s.

<sup>10</sup> L'expression est empruntée à B. Beignier, *Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire*, art. préc., p. 9.

<sup>11</sup> Voir *supra* n° 46 et s.

<sup>12</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 déc. 1983, *Defrénois* 1984, art. 33429, n° 104, obs. J. Massip.

consentement mutuel. Les époux divorçant au moyen d'un divorce contentieux et concluant une convention de l'article 268 du Code civil disposent de la même liberté conventionnelle. Comme l'a affirmé un auteur à propos du lien qui unit les conventions de l'article 230 du Code civil aux conventions de l'article 268 du Code civil : « les époux disposent alors d'une infinie liberté »<sup>13</sup>. Cependant, on observe une distinction entre ces deux conventions.

Dans l'hypothèse d'une convention conclue par des époux lors d'un divorce par consentement mutuel, celle-ci doit, en application de l'article 1091 du Code de procédure civile inclure, notamment, « un état liquidatif du régime matrimonial ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ». L'exigence légale semblerait se cantonner à la liquidation du régime matrimonial. Mais, l'esprit du texte est de conduire les époux à procéder au règlement du régime matrimonial, et plus précisément de les obliger à s'accorder sur le sort des biens<sup>14</sup>. Si le partage des biens reste le modèle idéal de règlement du régime matrimonial, la loi ne contraint pas les époux à procéder à un tel partage. Les époux peuvent, en effet, décider de maintenir des biens dans l'indivision. Un tel choix nécessite la rédaction d'une convention d'indivision<sup>15</sup> insérée dans la convention soumise à l'homologation du juge. Cette convention aura pour objet de définir les règles applicables à la jouissance, la gestion et le sort des biens indivis à l'issue de l'indivision<sup>16</sup>.

**247.** Quant à la convention conclue dans le cadre d'un divorce contentieux, l'article 268 du Code civil n'impose pas aux époux de procéder à la liquidation et au règlement de leur régime matrimonial. En effet, la convention peut avoir pour objet « tout ou partie des conséquences du divorce ». Il résulte de ce texte que l'objet de la convention peut, en ce qui concerne les conséquences du divorce à l'égard des époux, se cantonner à la prestation compensatoire ou à l'usage du nom des époux divorcés. En outre, il convient de rappeler que dans l'hypothèse où les époux décideraient de conclure une convention dont l'unique objet serait la liquidation et le règlement du régime matrimonial, cette dernière convention ne serait pas concernée par la nécessité d'une homologation telle

---

<sup>13</sup> B. Beignier, « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », art. préc., p. 9.

<sup>14</sup> En ces sens : S. David, C. Roth, « La liquidation du régime matrimonial dans le divorce par consentement mutuel », art. préc., p. 167.

<sup>15</sup> En application des articles 1873-2 alinéa 2 du Code civil et 1091 du Code de procédure civile la convention d'indivision doit être notariée.

<sup>16</sup> Les règles applicables aux biens indivis contenus dans la convention homologuée sont celles issues du droit commun de l'indivision.



que prévue par l'article 268 du Code civil. En effet, l'article 268 du Code civil doit être articulé avec l'article 265-2 du Code civil qui autorise les époux, pendant l'instance en divorce, à « passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ». Et comme le relève M. Bénabent : « cette validité des conventions relatives à la liquidation du régime emporte que l'exigence d'homologation de l'article 268 n'est véritablement posée qu'en ce que la convention a un objet plus large... ». Eu égard au principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les conséquences du divorce à l'égard des époux, l'absence d'homologation d'une convention ayant pour unique objet la liquidation et le règlement du régime matrimonial des époux divorçant de manière contentieuse n'est pas sans susciter quelques critiques. Dans un divorce contentieux, la convention dont l'objet est limité à la liquidation et au règlement du régime matrimonial n'est pas soumise au contrôle du juge. Il en résulte que les époux ne subissent pas le risque lié au possible refus d'homologation par le juge d'une convention concernant l'ensemble des conséquences du divorce. Celui-ci pouvant estimer, en application de l'article 268 alinéa 2 du Code civil, que la convention ne respecte pas suffisamment les intérêts de chacun des époux. Il apparaît donc que la liberté dont dispose des époux dans l'hypothèse d'une convention limitée à la liquidation et au règlement du régime matrimonial est susceptible de s'exprimer plus largement que celle d'époux ayant trouvé un terrain d'entente sur l'ensemble des conséquences du divorce. Ce paradoxe se révèle être plus important dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel. En effet, dans une telle hypothèse, les époux, ayant trouvé un accord tant sur le principe du divorce que sur l'ensemble des conséquences, devront soumettre la convention au contrôle du juge. Le risque encouru par les époux de voir leur convention rester sans effet n'est pas négligeable. Le juge pouvant, conformément aux dispositions de l'article 232 alinéa 2 du Code civil, « refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux ».

**248.** En définitive, le constat paradoxal est celui d'une plus grande place accordée par la loi au principe de l'autonomie de la volonté en matière contentieuse, là où en principe, les volontés individuelles n'ont plus vocation à se rencontrer. Ce constat conduit, à nouveau, à s'interroger sur l'utilité d'un contrôle judiciaire pouvant affecter la liberté contractuelle d'époux capables de conclure un accord relatif aux conséquences

patrimoniales du divorce. Il semblerait préférable de laisser intact la liberté contractuelle de ces époux. C'est-à-dire, autoriser les époux à conclure une convention portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce sans intervention judiciaire ; ceci sous l'égide d'un officier ministériel : le notaire liquidateur<sup>17</sup>.

**249.** L'accord portant sur la prestation compensatoire est nécessairement soumis à un contrôle judiciaire. En effet, il résulte de l'application combinée des articles 265-2, 268 et 230 du Code civil, que la détermination de son montant et de ses modalités par les époux doit, quelque soit le type de divorce, faire l'objet d'une homologation judiciaire. Ce que conforte, par ailleurs, une jurisprudence constante rendue sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, selon laquelle l'accord portant sur la prestation compensatoire conclue par des époux lors d'un divorce sur requête conjointe doit nécessairement être soumis à l'homologation du juge<sup>18</sup>.

Pour autant, on peut constater que le contrôle effectué par le juge, en la matière, ne semble pas restreindre la liberté conventionnelle des époux. Comme le soulignent des auteurs « la volonté individuelle est ici accueillie avec faveur par le législateur et il n'est pas nécessaire de parler de clause contraire car la prévision est encouragée par la loi. Elle est encouragée par le fossé important qui existe entre la prestation convenue, où l'ordre public de direction est réduit au minimum et la prestation judiciaire, où les contraintes sont nombreuses et ne laisse au juge qu'une aire de choix très limitée »<sup>19</sup>. En définitive, tant la loi que la jurisprudence accordent une place importante aux conventions ayant pour objet la prestation compensatoire.

**250.** La liberté dont disposent les époux concerne aussi les modalités de la prestation compensatoire. L'article 278 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil énonce que les époux « peuvent prévoir que le versement de la prestation cessera à compter de la réalisation d'un événement déterminé. La prestation compensatoire peut prendre la forme d'une rente attribuée pour une durée limitée ». Et selon l'article 279-1 du Code civil « lorsqu'en application de l'article 268, les époux soumettent à l'homologation du juge une

---

<sup>17</sup> Sur ce point : *supra* n° 87.

<sup>18</sup> En ce sens voir notamment : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 avr. 2006, arrêt préc.

<sup>19</sup> J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », art. préc., p. 367.

convention relative à la prestation compensatoire, les dispositions des articles 278 et 279 sont applicables ».

Il se déduit de ces articles que les époux disposent, notamment, de la possibilité de soumettre une prestation à un terme ou une condition. La Cour de cassation a admis que les époux pouvaient subordonner le maintien du versement de la prestation compensatoire à l'absence de remariage ou de concubinage notoire du créancier tout en précisant que le juge ne pouvait instaurer une telle modalité<sup>20</sup>. Par convention les époux peuvent donc prévoir des modalités de fixation de la prestation compensatoire qui ne peuvent être décidées par le juge, celles-ci n'étant pas prévues par la loi.

De la même façon, la jurisprudence<sup>21</sup> permet aux époux de convenir d'une prestation sous forme de rente viagère, alors même que les conditions tenant à l'âge ou l'état de santé du créancier prévues par l'article 276 du Code civil<sup>22</sup>, ne sont pas remplies, et de fixer un terme incertain au versement de celle-ci, notamment, le prédécès du débiteur. Le juge ne peut prévoir de telles modalités. Une telle interdiction est justifiée par la loi. D'une part, le juge reste tenu par les termes de l'article 276 du Code civil, d'autre part, il ne peut fixer un terme incertain à une rente viagère.

**251.** Par ailleurs la question se pose de savoir si les époux disposent de la faculté d'insérer des clauses extensives de révision dans leur convention.

La clause qui stipulerait une révision à la baisse ne pose pas de difficulté. La Cour de cassation, en application de l'article 279 alinéa 2 du Code civil qui autorise les époux à « prévoir que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources

---

<sup>20</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janv. 1985, *RTD civ.* 1987, p. 297, obs. J. Rubellin-Devichi ; en ce sens également : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 fév. 2006, *Bull. civ.* I. n° 109, p. 101 ; *RTD civ.* 2006, p. 285, obs. J. Hauser. Les époux sont tenus de préciser au mieux les circonstances de réalisation de la condition. En ce sens : s'agissant d'une clause prévoyant qu'une rente viagère cesserait d'être due en cas de remariage ou de concubinage notoire : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 oct. 2010, *JurisData* n° 2010-017661 ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2010, n° 4055, note E. Pouliquen ; *RTD civ.* 2010, p. 768, obs. J. Hauser. Un auteur, F. Niboyet, thèse précitée, n° 658 s'est interrogé sur la validité de telles clauses : « Et pourtant de telles clauses ne heurtent-elles pas l'ordre public matrimonial et la liberté de se remarier ? Ne sont-elles pas contraires à l'art 8 de la CEDH relatif au droit au respect de la vie privée et familiale ? Le caractère indemnitaire et forfaitaire de la prestation compensatoire ne peut-il justifier la nullité de ces conditions ? ». Et l'auteur de conclure : « Dans ce contexte, le juge pourrait, par une appréciation *in concreto* et notamment au regard de la durée des versements de la prestation, refuser l'homologation des conventions qui subordonneraient le versement d'une prestation compensatoire au célibat de son bénéficiaire ».

<sup>21</sup> CA Versailles, 25 oct. 2012, *JurisData* n° 2012-025339, *Dr. famille* 2013, comm. n° 65, note V. Larribau-Terneyre, CA Versailles, 28 fév. 2013, *JurisData* n° 2013-004361.

<sup>22</sup> L'article 276 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose qu'« à titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère. Il prend en considération les éléments d'appréciation prévus à l'article 271 ».

ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire », s'est prononcée en faveur de la validité d'une telle clause<sup>23</sup>.

**252.** Mais peut-on admettre la validité d'une clause qui stipulerait une révision à la hausse ? Cette interrogation apparaît d'autant plus légitime que la loi du 26 mai 2004 ne contient aucune disposition précise en la matière et que les textes relatifs à la révision de la prestation sont applicables tant au juge qu'aux époux ; « un socle de révision d'ordre public » a ainsi été créé par le législateur<sup>24</sup>.

Selon l'article 279 alinéa 3 du Code civil, les dispositions prévues à l'article 276-3 du Code civil sont applicables aux conventions homologuées. L'alinéa 2 de l'article 276-3 du Code civil prévoit que « la révision ne peut avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge ».

Ce texte n'est pas sans susciter des interrogations à propos de la validité d'une clause qui prévoirait une révision à la hausse de la rente. En d'autres termes ce texte s'applique-t-il au juge et aux époux ou, au contraire, concerne-t-il uniquement le juge ?

Il s'agirait là d'une maladresse de rédaction<sup>25</sup>. L'hypothèse prévue par l'article 279 du Code civil est celle d'une prestation compensatoire convenue par des époux dans une convention homologuée. Le cas prévu par l'article 276-3 alinéa 2 du Code civil est distinct puisque ce texte envisage une rente fixée initialement par le juge. Ce qui conduirait à limiter la portée du renvoi de l'article 279 au seul alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 276-3 du Code civil<sup>26</sup>.

Cette maladresse de rédaction conduit la doctrine<sup>27</sup> à s'accorder pour dire que l'application de l'alinéa 2 de l'article 276-3 du Code civil doit être réservée à la seule prestation compensatoire fixée de manière judiciaire. Le législateur n'a pas souhaité que le juge impose au créancier une révision à la hausse. Mais il ne serait pas justifié de ne pas permettre aux époux de prévoir une clause plus avantageuse au profit du créancier dans l'hypothèse d'un éventuel licenciement ou de la retraite. Cet argument se justifie

---

<sup>23</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 fév. 1999, *Bull. civ.* II. n° 26, p. 19 ; *RTD civ.* 1999, p. 666, obs. J. Hauser ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 janv. 2005, *Bull. civ.* I. n° 17, p. 12 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 janv. 2005, *Bull. civ.* I. n° 19, p. 14. Dans chacune de ces espèces, le juge a réduit le montant de la rente.

<sup>24</sup> L'expression est empruntée à J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », art. préc., p. 370.

<sup>25</sup> En ce sens : *Juris-cl. Civ. Code*, Art 266 à 285-1, fasc. 10, par J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, spéc. n° 95.

<sup>26</sup> L'article 276-3 al. 1<sup>er</sup> du Code civil prévoit que « La prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou besoins de l'une des parties ».

<sup>27</sup> Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », art. préc. p. 370 ; F. Dekeuwer-Défossez, *La séparation dans tous ses états*, éd. Lamy, 2010, n° 77.

d'autant plus que l'article 276-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil permet au débiteur de demander au juge une révision à la baisse de la rente, alors même que celle-ci ne serait pas prévue par la convention. Celui-ci reste donc protégé et ce, quelque soit le contenu de la clause de révision<sup>28</sup>.

Dès lors que le débiteur donne son accord à une révision à la hausse, l'argument tiré de l'ordre public ne peut plus être invoqué. Ce dernier argument cède la place à un autre principe, celui de l'autonomie de la volonté qui a vocation à s'appliquer en la matière. En témoigne une jurisprudence constante rendue dans un domaine proche, celui des modalités d'exécution de la prestation compensatoire. Cette jurisprudence<sup>29</sup> autorise le juge à déroger aux modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues par les articles 274 et 275 du Code civil<sup>30</sup> avec l'accord des parties. Il se déduit de ces décisions que les textes relatifs aux modalités d'exécution d'une telle prestation ne relèvent pas de l'ordre public. Il s'agit là d'éviter que le juge puisse imposer au débiteur une modalité d'exécution de la prestation non prévue par la loi, par exemple la prise en charge par l'un des époux de la part des crédits de communauté incombant à son conjoint.

Ces règles sont supplétives à l'instar de celles qui gouvernent la révision à la hausse de la prestation compensatoire.

Par conséquent, la portée de cette jurisprudence ne saurait se limiter aux seules modalités d'exécution de la prestation compensatoire. La clause contenue dans une convention homologuée et prévoyant une révision à la hausse de la prestation compensatoire sous forme de rente doit donc être considérée comme valable.

---

<sup>28</sup> En ce sens : Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, art. préc., p. 370. Selon ces auteurs « On peut penser que tout ceci aurait été plus simple et plus équilibré si on n'avait pas légiféré sur les prestations avant et séparément la loi sur les cas de divorce et si la loi du 30 juin 2000 avait été élaborée dans une perspective plus équilibrée ».

<sup>29</sup> En application du droit antérieur la Cour de cassation avait déjà posé le principe : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mai 1993, *Bull. civ.* II, n° 182, p. 98 ; *Defrénois* 1994, art. 1440, obs. J. Massip ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005, *Bull. civ.* I, n° 190, p. 160 ; *RTD civ.* 2005, p. 579, obs. J. Hauser. Et en application de la loi du 26 mai 2004 : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 juin 2010, *Dr. famille* 2010, comm. n° 128, note V. Larribau-Terneyre. Dans dernière affaire, une cour d'appel avait alloué à l'épouse une prestation compensatoire payable sous la forme de la prise en charge par l'époux de la part des crédits de communauté incombant à cette dernière. La Cour de cassation a, au visa, des articles 274 et 275 du Code civil cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel aux motifs que le juge ne peut déroger aux modalités d'exécution de la prestation compensatoire prévues par la loi qu'avec l'accord des parties et qu'en imposant à l'épouse cette modalité d'exécution de la prestation compensatoire à laquelle celle-ci s'était opposée dans ses conclusions, la cour d'appel a violé les articles 274 et 275 du Code civil.

<sup>30</sup> La rédaction même des articles 274 et 275 du Code civil permet d'affirmer que le juge est lié par les dispositions prévues par ces textes. Selon l'article 274 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « Le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes (...) ». Quant à l'article 275 alinéa 1<sup>er</sup> de Code civil, ce texte prévoit : « Lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues par l'article 274, le juge fixe les modalités de paiement du capital, dans la limite de huit années, sous forme de versements périodiques indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires ».

**253.** Ces développements invitent à s'interroger sur le contenu du champ transactionnel offert aux époux en matière de prestation compensatoire. En d'autres termes, la liberté conventionnelle dont disposent les époux peut-elle concerner l'existence même de la prestation compensatoire ?

Une hypothèse a particulièrement retenu l'attention. Il s'agit de la possibilité pour les époux de renoncer à toute prestation compensatoire et, éventuellement, de lui substituer une pension alimentaire.

Cette hypothèse s'inscrit dans la question plus générale de l'éventuel caractère d'ordre public que pourrait revêtir la prestation compensatoire.

Assurément la loi ne permet pas au juge de déroger au principe même de la prestation compensatoire et à ses conditions d'attribution. Aux termes de l'article 270 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « Le divorce met fin au devoir de secours entre époux ». Et l'alinéa 2 du même article définit la prestation comme « une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». Dans les cas de divorce où les époux n'ont pas réussi à transiger sur l'existence même du droit à prestation compensatoire ainsi que sur son montant, c'est au juge qu'il appartient d'en décider<sup>31</sup> et celui-ci reste tenu par les dispositions prévues par la loi<sup>32</sup>. L'ordre public dont il s'agit ici, est un ordre public de protection. Cet argument, perd sa pertinence, dès lors que la partie que la loi a entendu protéger donne son accord afin de renoncer au versement de toute prestation compensatoire et, éventuellement, de lui substituer une pension alimentaire. Cette solution a été consacrée par la jurisprudence.

**254.** La Cour de cassation a, sous l'empire du droit antérieur, autorisé les époux à renoncer à toute prestation compensatoire et à prévoir une clause dans la convention substituant à cette dernière prestation une pension alimentaire<sup>33</sup>. Selon un auteur, cette jurisprudence trouve sa justification dans l'idée selon laquelle les époux sont aptes à

---

<sup>31</sup> La Cour de cassation considère, néanmoins, que c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain que les juges du fond retiennent que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie des époux une disparité qu'il convient de compenser par l'attribution d'une prestation. En ce sens : Cass. 2e civ., 30 nov. 2000, *Bull. civ. II*, n° 157, p. 111 ; Cass. 2e civ., 8 fév. 2001, *D.* 2002, *Somm.* p. 3055, obs. C. Willmann ; Cass. 1re civ., 28 fév. 2006, *Bull. civ. I*, n° 112, p. 104. Mais le juge ne peut modifier les modalités de la prestation compensatoire telles que prévues par la loi.

<sup>32</sup> En ce sens : J. Hauser, D. Huet-Weiller, *La famille, Dissolution de la famille, op. cit.*, n° 139.

<sup>33</sup> Cass. 2e civ., 25 janv. 1984 : *Bull. civ.* 1984, II, n° 13 ; *D.* 1984, jur. p. 442, obs. C. Philippe ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. jurispr. p. 248, note M. Grimaldi ; Cass. 2e civ., 9 mai 1988, *D.* 1989, jur. p. 289, obs. J. Massip ; Cass. 1re civ., 10 fév. 1998, *JurisData* n° 1998-000736. La Cour de cassation exige que la renonciation soit dépourvue d'équivoque : Cass. 2e civ., 20 juin 2002, *JurisData* n° 2002-014862 ; *RTD civ.* 2002, p. 789, obs. J. Hauser.

régler eux-mêmes les conséquences de leur rupture. Dès lors, une solution acceptée sera mieux respectée qu'une solution imposée par le juge.

Il ne semble pas que cette solution soit remise en question par la loi du 26 mai 2004<sup>34</sup>. Ceci en raison du choix que la loi offre aux époux pour déterminer la forme, les modalités et les conditions de la prestation compensatoire. Sous l'empire du droit ancien, dans les divorces contentieux, le juge décidait seul de la nécessité d'attribuer une prestation compensatoire à l'un des conjoints et d'en fixer son régime. Les accords conclus par les époux à ce sujet ne pouvaient lier le juge. Depuis la loi du 26 mai 2004, les accords portant sur la prestation compensatoire font l'objet d'une homologation judiciaire. Par ce biais, la prestation compensatoire devient négociable et la renonciation à une telle prestation possible<sup>35</sup>.

En définitive, la prestation compensatoire née d'un déséquilibre économique consécutif à la rupture du mariage et repose sur l'interprétation que vont faire les époux de ce déséquilibre. Il s'en déduit que cette prestation ne saurait échapper aux volontés individuelles<sup>36</sup>.

Ce que confortent, par ailleurs, les dispositions prévues par la loi du 26 mai 2004 autorisant les accords relatifs au sort de la prestation compensatoire lors du décès du débiteur<sup>37</sup>.

**255.** Abandonnant la solution extrême consistant à mettre à la charge du débiteur de la prestation le paiement d'une rente viagère, la loi du 26 mai 2004 a prévu des solutions plus respectueuses des intérêts de celui-ci et a, de la sorte, supprimé la situation dans laquelle pouvait se trouver le second conjoint du défunt. L'article 280 du Code civil prévoit, au décès du débiteur, un paiement de la prestation compensatoire par imputation sur la succession ainsi qu'une exigibilité immédiate de cette prestation ou du solde s'il s'agit d'une prestation en capital étalé ou bien du résultat de la capitalisation de la rente selon les modalités fixées par le décret du 29 octobre 2004<sup>38</sup>. L'article 279 alinéa 4 du Code civil, réserve, toutefois, la possibilité aux époux de convenir d'une clause contraire

---

<sup>34</sup> C. Mathieu, obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 déc. 2004, arrêt préc., *D.* 2005, jur. p. 1988.

<sup>35</sup> En ce sens : Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, *Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?*, art. préc., p. 368. Pour ces auteurs : « On peut d'ailleurs imaginer que cette renonciation serait monnayée par une contrepartie concernant, par exemple, le partage inégal des biens ou, encore, une prise en charge accrue des enfants, etc. ».

<sup>36</sup> En ce sens : S. David, note sous Cass 1<sup>re</sup> civ., 8 fév. 2005, arrêt préc., *AJF* 2005, p.232.

<sup>37</sup> Art. 280-1 du Code civil.

<sup>38</sup> Décret n° 2004-1157 du 29 oct. 2004. Voir également, G. Bonnet, « Le règlement de la succession du débiteur d'une prestation compensatoire », *AJF* 2007, p. 120 et s.

dans la convention<sup>39</sup>. Comme l'ont souligné des auteurs, les époux pourront donc prévoir, dès la fixation de la prestation compensatoire, que celle-ci restera transmissible. Ce caractère transmissible de la prestation sera susceptible d'intervenir, par exemple, en compensation de concessions accordée par l'époux créancier sur d'autres points prévus dans la convention<sup>40</sup>.

**256.** Ces développements ont permis de démontrer que le principe de libre détermination du contenu de la convention est respecté. En effet, les époux disposent d'une importante liberté afin de prévoir les conséquences de leur rupture. Par convention, ils peuvent prévoir ce que la loi interdit au juge et ainsi, utiliser « toutes les ressources de l'ingénierie contractuelle »<sup>41</sup>.

Pour autant, cette possibilité octroyée aux époux de déterminer librement le contenu de cette convention n'est pas sans limites.

*2) Limites au principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les conséquences du divorce à l'égard des époux*

**257.** Si la faveur est accordée par le législateur et la jurisprudence aux accords de volontés des époux afin d'organiser les conséquences du divorce, il n'en demeure pas moins que l'application du principe de l'autonomie de la volonté dans le divorce comporte des limites. Deux clauses susceptibles d'être insérées dans la convention homologuée doivent être considérées comme inefficaces. Il s'agit, d'une part de la clause limitative de révision de la prestation compensatoire sous forme de rente (a), et d'autre part, de la clause permettant aux époux de se dispenser du devoir de fidélité (b).

---

<sup>39</sup> Selon l'article 279 alinéa 4 du Code civil : « Sauf disposition particulière de la convention, les articles 280 à 280-2 sont applicables ».

<sup>40</sup> J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, *Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?*, art. préc., p. 369. Il convient de préciser que la possibilité d'un accord dérogeant peut également intervenir lors du décès du débiteur. Aux termes de l'article 280-1 alinéa 2 du Code civil : « Par dérogation à l'article 280, les héritiers peuvent décider ensemble de maintenir les formes et modalités de règlement de la prestation compensatoire qui incombent à l'époux débiteur, en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation. À peine de nullité, l'accord est constaté par un acte notarié. Il est opposable aux tiers à compter de sa notification à l'époux créancier lorsque celui-ci n'est pas intervenu à l'acte ».

<sup>41</sup> L'expression est empruntée à J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, *Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?*, art. préc., p. 369.



*a) Limite au pouvoir de la volonté en matière de clause limitative de révision de prestation compensatoire sous forme de rente*

**258.** La limite au pouvoir de la volonté s'exprime par l'impossibilité pour des époux de s'accorder sur une clause limitative de révision de la rente de prestation compensatoire. L'article 279 du Code civil renvoie expressément aux dispositions de l'article 276-1 du Code civil. Et l'alinéa 1<sup>er</sup> de ce dernier texte permet au débiteur de demander au juge une révision à la baisse de la rente<sup>42</sup>.

L'inefficacité d'une clause limitative de révision se justifie par la volonté du législateur de ne pas priver un débiteur de demander au juge une révision à la baisse, alors même que les époux n'auraient rien prévu à ce sujet. Ce que conforte, par ailleurs, la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi du 30 juin 2000. Dans un arrêt du 19 octobre 2004, la Cour de cassation<sup>43</sup> a cassé, au visa de l'article 20 de la loi du 30 juin 2000, un arrêt rendu par une Cour d'appel qui avait refusé à un époux la voie de la révision légale car une clause de la convention de divorce limitait la révision au cas où l'épouse perdrait son emploi et où la situation présenterait pour elle une exceptionnelle gravité. Selon la Haute juridiction, la révision des rentes viagères qu'elles aient été fixées par le juge ou par convention des époux, pouvait être demandée en cas de changement important dans les ressources des parties.

Nul doute, qu'une clause limitative de révision ne peut s'inscrire dans le champ prévisionnel de l'ensemble des conséquences du divorce. Une telle clause se révèle être inefficace, un débiteur conservant la possibilité de demander au juge une révision à la baisse de la rente de prestation compensatoire dans l'hypothèse où interviendrait, conformément aux termes de l'article 276-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, un « changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties ». Tant les rentes fixées de manière judiciaire que celles convenues par les époux dans une convention soumise à homologation peuvent être révisées.

---

<sup>42</sup> Aux termes de l'article 276-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « 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 ».

<sup>43</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 oct. 2004, *Bull. civ. I*, n° 225, p. 188; *AJF* 2004, jur. p. 454, note S. David ; *RTD civ.* 2005, p. 107, obs. J. Hauser. Dans le même sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 147, p. 125 ; *RTD civ.* 2005, p. 343, obs. J. Hauser.

Il s'en déduit que l'ordre public dont il s'agit, ici, est un ordre public de protection. Comme l'ont relevé des auteurs, il « subsiste aussi un certain ordre public contractuel, dont les règles de révision de la prestation compensatoire sont la marque »<sup>44</sup>.

Si les développements précédents ont permis de démontrer un certain affadissement de l'ordre public de direction dans le droit du divorce au profit d'un développement de l'ordre public de protection commun au droit des contrats et au droit du divorce, il n'en demeure pas moins que l'ordre public de direction, inhérent au droit de la famille, ne saurait disparaître complètement dans les relations entre époux au moment du divorce. En effet, la clause contenue dans une convention et permettant à des époux de se dispenser du devoir de fidélité doit être analysée à la lumière d'un ordre public de direction.

*b) Limite au pouvoir de la volonté en matière de clause dispensant les époux du devoir de fidélité*

**259.** Il convient de s'interroger ici sur la faculté dont disposeraient les époux de déroger de manière conventionnelle au devoir de fidélité. Il s'agirait pour des conjoints de prévoir par une clause insérée dans la convention soumise à l'homologation du juge une dispense, pendant l'instance en divorce, de l'obligation de fidélité prévue par l'article 212 du Code civil.

**260.** Au préalable, il semble opportun de préciser que cette question s'inscrit dans une problématique plus vaste qui a trait à la nature juridique même du mariage. Ainsi, un auteur a-t-il pu écrire : « La réponse à cette question dépend de l'image que donne le droit du couple présidant la fondation de famille »<sup>45</sup>. Si une telle clause devait être admise, le mariage devrait alors être considéré comme un contrat ; « un pacte de liberté »<sup>46</sup> par lequel les époux pourraient se délier de toutes les obligations. Il faudrait alors considérer les obligations nées du mariage, comme de simples règles supplétives de volonté. Au contraire, si une clause de ce type devait être considérée comme nulle, en application de l'article 226 du Code civil selon lequel « les dispositions du présent chapitre, en tous les points où elle ne réserve pas l'application des conventions

<sup>44</sup> *Juris-cl. Civ. Code*, Art 266 à 285-1, fasc. 10, par J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, spéc. n° 95.

<sup>45</sup> X. Labbée, note sous TGI Lille, 26 nov. 1999, *D.* 2000, jur. p.254.

<sup>46</sup> L'expression est empruntée à X. Labbée, note préc., sous TGI Lille, 26 nov. 1999 p.254.

matrimoniales, sont applicables, par le seul effet de mariage, quel que soit le régime matrimoniale des époux », le mariage relèverait de la catégorie des institutions d'ordre public.

Pour autant, cette controverse classique sur la nature du mariage peut-elle concerner des époux qui n'ont plus l'intention de construire une famille puisqu'ils sont en instance en divorce ? Ne faudrait-il pas envisager, pendant cette période de crise, un certain relâchement des obligations nées du mariage et en particulier de l'obligation de fidélité ?

**261.** Dans un arrêt du 29 avril 1994, la Cour de cassation<sup>47</sup> s'est prononcée en faveur d'un relâchement de l'obligation de fidélité pendant l'instance en divorce. Dans cette affaire une Cour d'appel avait prononcé le divorce aux torts exclusifs de l'épouse. Celle-ci s'était alors pourvue en cassation arguant, notamment, de l'absence de prise en compte par la Cour d'appel du constat établissant l'adultère du mari. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs que les juges du fond ayant considéré que le constat d'adultère établi plus de 2 années après l'ordonnance qui avait autorisé les époux à résider séparément, alors que le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure, ont souverainement apprécié que les faits reprochés au mari ne constituaient pas une violation grave des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune.

À la lecture de cet arrêt, il apparaît que l'obligation de fidélité est appréciée de manière peu contraignante pendant l'instance en divorce par les juges. Il convient, cependant, de noter, que dans cette espèce, les faits reprochés par l'épouse à son mari avaient été commis huit ans après l'ordonnance de non conciliation.

Cette décision conduit naturellement à s'interroger sur le point de savoir si l'obligation de fidélité relève toujours de l'ordre public de direction ou, au contraire, si elle est devenue une simple obligation supplétive de volonté.

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que le TGI de Lille<sup>48</sup>, dans un jugement du 26 novembre 1999, a homologué une convention temporaire de divorce dans laquelle une clause relative à l'obligation de fidélité stipulait que les époux vivant chacun séparément se dispensaient du devoir de fidélité.

---

<sup>47</sup> Cass. 2e civ., 29 avr. 1994, *Bull. civ.* II, n° 123, p. 71 ; *RTD civ.* 1994, p. 571, obs. J. Hauser.

<sup>48</sup> TGI Lille, 26 nov. 1999, jugement préc.. Voir également : CA Paris, 4 oct. 2000, *Juris-Data* n° 2000-125767, *Dr. famille*, 2001, comm. n° 28, note H. Lécuyer.

Enfin, le conjoint infidèle ne deviendrait-il pas un contractant qui manquerait à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ? Au nom de la liberté individuelle, le mariage deviendrait-il un simple contrat ? Ou bien cet affaiblissement de l'obligation de fidélité ne serait-elle pas intrinsèquement liée à la seule instance en divorce, période de crise pour les époux ?

Ainsi qu'un des commentateurs de l'arrêt l'a souligné de manière poétique : « Le mariage en sommeil, le mariage suspendu... que de belles réflexions en perspective »<sup>49</sup> ! Il est vrai que le débat doctrinal, en la matière, est foisonnant. Un auteur établit le constat selon lequel le « bouclier de l'ordre public » défend, aujourd'hui, moins l'obligation de fidélité qu'hier »<sup>50</sup>. Et celui-ci de poursuivre que « la prise en compte d'accords portant dispense du devoir de fidélité pourraient presque suggérer que l'on s'achemine vers un droit au mariage dont les effets seraient exclusivement patrimoniaux »<sup>51</sup>. Un autre auteur va même jusqu'à soutenir l'idée que l'obligation de fidélité tendrait à s'affaiblir dans le mariage pour émerger avec vigueur dans le PACS<sup>52</sup>.

**262.** On constate que pour un certain nombre de couple l'État n'a plus à s'ingérer dans la sphère privée. Dans ce contexte, la conception de l'essence même de la famille se modifie. L'obligation de fidélité s'intellectualise et va de pair avec sa contractualisation<sup>53</sup>. Un véritable « pacte de liberté » est conclu par des époux qui estiment que, dans la mesure où cet accord est librement consenti, ils peuvent s'affranchir de l'obligation de fidélité, ne troublant, ainsi, en rien l'ordre public<sup>54</sup>.

Pour autant, eu égard à la notion d'ordre public, cette analyse d'une nature contractuelle du mariage et ses implications paraissent critiquables.

Il ne semble pas douteux que les jugements des TGI ou des juges aux affaires familiales homologuant des conventions contenant une clause qui aurait pour objet de dispenser les époux de leur obligation de fidélité soient censurés par la Cour de cassation pour violation de la loi<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> J. Hauser, obs. sous Cass. 2e civ., 29 avr. 1994, arrêt préc., *RTD civ.* 1994, p. 571, spéc. p. 572.

<sup>50</sup> F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, thèse préc., n°322.

<sup>51</sup> F. Niboyet, *op. et loc. cit.*

<sup>52</sup> L. Antonini-Cochin, « Le paradoxe de la fidélité », *D.* 2005, chron. p. 23.

<sup>53</sup> En ce sens : C. Philippe, art. préc., p. 17, spéc. p. 19.

<sup>54</sup> En ce sens : A. Chapelle, art. préc., p. 411, spéc. p. 412. L'auteur constate que l'« on a aussi parlé de « pacte d'honneur » pour montrer que ces accords se placent sous le signe de la loyauté, plus que sous celui de la rectitude juridique ».

<sup>55</sup> Et selon F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, thèse préc., n°320, « Il nous semble cependant qu'il est permis de ne pas accorder trop d'importance au jugement rendu par le TGI de Lille en 1999. En effet, tout porte à croire qu'il n'aurait pas résisté à l'examen de la Cour de cassation ».

Ce que conforte, d'ailleurs, une jurisprudence constante<sup>56</sup> selon laquelle l'obligation de fidélité persiste pendant le mariage. Ainsi dans un arrêt du 6 mars 1996, la Cour de cassation<sup>57</sup> a affirmé que l'introduction de la demande en divorce ne conférait pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité faisant perdre leurs effets normaux aux torts invoqués.

Il se déduit de cette décision que l'obligation de fidélité ne constitue pas une obligation supplétive de volonté mais relève bien de l'ordre public de direction. A cet égard, l'analyse de M. Lécuyer se révèle être riche d'enseignements. Cet auteur affirme que : « la jurisprudence qui admet que les époux puissent conventionnellement s'affranchir de leur obligation de fidélité voit, certes, dans le mariage, un contrat, mais retient de ce dernier une conception « pure », depuis longtemps abandonnée. Tout ce qui est commandé par le contrat n'est pas laissé au libre vouloir des parties. On peut retenir une conception purement contractuelle du mariage. Il demeure que les dispositions d'ordre public s'imposeront aux époux comme, d'une manière générale, à tous les contractants »<sup>58</sup>. Si le mariage devait être analysé comme un contrat, les époux, en application de l'article 6 du Code civil, ne pourraient « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Ainsi qu'on peut le constater, le mariage assimilé à un contrat est tout aussi contraignant que le mariage considéré comme une institution. Comme le soulignent certains auteurs, il ne faudrait pas « croire que « contractualiser » signifie supprimer toutes les contraintes alors que l'exacte signification est de remplacer les barrières qu'impose la loi par celles que les parties s'imposent elles-mêmes et dont il n'est pas dit qu'elles seront moins contraignantes que les autres »<sup>59</sup>.

**263.** En définitive, l'obligation de fidélité est une obligation inhérente au mariage et relève, à ce titre, de l'ordre public de direction.

---

<sup>56</sup> L'adultère, même commis après l'autorisation judiciaire de séparation, reste une cause de divorce. La jurisprudence prend en considération la liaison adultérine de l'un des conjoints alors même qu'elle est constatée postérieurement à l'ONC, cette décision n'affranchissant pas les époux de leur obligation de fidélité. En ce sens : CA Angers, 13 janv. 1997 : JurisData n° 1997-056996 ; Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, JurisData n° 2008-044817 ; CA Aix-en-Provence, 21 mai 2007 : *RJPF* oct. 2008, p. 29 ; Cass. 1re civ., 5 mars 2008, JurisData n° 2008-042985 ; *RJPF* juin 2008, p. 26, obs. Th. Garé.

<sup>57</sup> Cass. 2e civ., 6 mars 1996, *Bull. civ.* II, n° 60, p. 39.

<sup>58</sup> H. Lécuyer, comm. sous CA Paris, 4 oct. 2000, arrêt préc., *Dr. famille*, 2001, comm. n° 28.

<sup>59</sup> J. Hauser et P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », art. préc. p. 359.

Reste maintenant à examiner le principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant.

*B. – Le principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant*

**264.** Sera envisagée, dans un premier temps, l'étude du principe de libre détermination du contenu de la convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant (1), avant, dans un second temps, d'en exposer les limites (2).

*1) Étude du principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant*

**265.** Aujourd'hui, le statut de l'enfant s'inscrit dans une prévision conventionnelle de l'ensemble des conséquences du divorce<sup>60</sup>. En effet, les accords portant tant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale (a) que sur la contribution à l'entretien de l'enfant (b) sont encouragés par le législateur.

*a) La convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale*

**266.** L'exercice en commun de l'autorité parentale a été consacré par la loi du 4 mars 2002. La rupture du mariage n'implique aucune conséquence sur cet exercice en commun de l'autorité parentale. Le législateur a, dans l'intérêt de l'enfant, et quelque soit la situation des parents, posé un principe général, celui de la coparentalité. Comme le constate M. Hauser, dans une étude consacrée à la thématique de l'enfant au regard du contrat en droit de la famille, « qu'est-ce que l'exercice conjoint, sinon une suite de

---

<sup>60</sup> Selon, M. Rebourg, « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », art. préc., 12, « À l'instar des contrats, la convention parentale constituera un acte de prévision des relations familiales ».

conventions, la plupart du temps implicites, entre les parents sur le devenir de l'enfant ? »<sup>61</sup> Il s'en déduit que la convention parentale peut porter sur l'organisation de l'exercice de l'autorité parentale.

La convention a pour objet la fixation de la résidence habituelle de l'enfant. Les parents peuvent ainsi prévoir que la résidence sera fixée chez l'un des deux parents ou prévoir une résidence alternée<sup>62</sup>, ou bien encore une résidence partagée.

**267.** En outre, dans l'hypothèse où les parents auraient fixé la résidence de l'enfant au domicile de l'un d'entre eux, ceux-ci doivent organiser le droit de visite de l'autre parent. Cette obligation résulte de la loi du 5 mars 2007 relative à la protection de l'enfance qui a modifié les dispositions de l'article 373-2-9 alinéa 3 du Code civil. Aux termes de cet article : « Lorsque la résidence de l'enfant est fixée au domicile de l'un des parents, le juge aux affaires familiales statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Ce droit de visite, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, peut être exercé dans un espace de rencontre désigné par le juge ».

Par un arrêt rendu le 23 novembre 2011, la Cour de cassation<sup>63</sup> a rappelé la nécessité pour les époux de s'entendre sur le droit de visite ainsi que sur les conséquences qu'impliquait l'absence d'accord sur ce sujet.

Dans cette affaire, une Cour d'appel après avoir fixé la résidence des trois enfants chez leur père à la Réunion, avait constaté que la mère n'avait fait aucune demande tendant à l'organisation de son droit de visite à l'égard de ceux-ci et s'était bornée à rappeler aux parents que ce droit s'exercerait d'un commun accord entre eux. La Cour de cassation a censuré les juges du fond, au visa de l'article 373-2-9 alinéa 3 du Code civil, aux motifs que faute de constatation de la teneur de l'accord, il incombait à la Cour d'appel de fixer les modalités d'exercice du droit de visite de l'épouse à l'égard de ses enfants, après avoir invité les parties à présenter leurs observations.

À la lecture de cet arrêt il apparaît que les parents doivent s'accorder afin de fixer les modalités du droit de visite à l'égard des enfants. Dans le cas contraire, le juge est tenu de statuer sur ce droit, après avoir invité les parties à présenter leurs observations.

---

<sup>61</sup> J. Hauser, « L'enfant », *Actes de Colloque*, La place du contrat en droit de la famille, *Gaz. Pal.*, 29-30 mars 2013, Édition spéciale, p. 27, spéc. p. 28.

<sup>62</sup> Sur la résidence alternée voir notamment : M. Chopin et C. Cadars-Beaufour, « La résidence alternée, état du droit, bilan et jurisprudence », *AJF* 2010, p. 21.

<sup>63</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 2011, *JurisData* n° 2011-025887 ; *Bull. civ.* I, n°202, p. 182 ; *AJF* 2012, p. 46, note C. Siffrein-Blanc ; *D.* 2012, p. 635, obs. B. Vassalo ; *Dr. famille* 2012, comm. n° 9, obs. C. Neirinck et E. Bazin ; *Gaz. Pal.*, p. 41, note A.-L. Casado ; *JCP G* 2012, I, n° 8, obs. M. Rebourg.

**268.** Les parents peuvent également organiser les relations avec des tiers, par exemple les grands-parents ou le beau-parent et prévoir les modalités de visites et d'hébergement<sup>64</sup>.

Les parents peuvent également convenir des orientations éducatives, tels le choix de la religion de l'enfant ou d'un établissement scolaire<sup>65</sup>.

La liberté conventionnelle dont disposent les parents s'exprime également lors de la fixation de la contribution à l'entretien de l'enfant.

*b) La convention portant sur la contribution à l'entretien de l'enfant*

**269.** Les parents peuvent s'accorder sur le montant de la pension alimentaire en fonction de leur faculté respective. Et dans l'hypothèse d'une résidence alternée, ils disposent de la faculté de prévoir une répartition inégale.

**270.** Les formes de la contribution sont multiples. L'article 373-2-2 alinéa 3 du Code civil permet aux parents de convenir que la pension alimentaire prendra la forme d'une prise en charge directe des frais exposés au profit de l'enfant. Et l'alinéa 4 de l'article 373-2-2 du Code civil autorise les parents à envisager que la pension alimentaire puisse en tout ou partie, s'effectuer sous forme d'un droit d'usage et d'habitation. En application de l'article 373-2-3 du Code civil, ils pourront décider, si la consistance des biens du débiteur le permet, de remplacer, en tout ou partie, la pension alimentaire par le versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant une rente indexée, l'abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productifs de revenus. Dans l'hypothèse d'un enfant majeur qui ne peut subvenir à ses besoins, conformément aux dispositions de l'article 372-2-5 du Code civil, la convention peut contenir une clause stipulant que le parent qui assume à titre principal la charge de l'enfant majeur pourra demander à l'autre parent de lui verser une contribution au titre de la contribution à l'entretien de cet enfant.

---

<sup>64</sup> En ce sens : M. Rebourg, art. préc., 12.

<sup>65</sup> Pour l'application d'un accord portant sur le choix d'un établissement privé, v ; CA Besançon, 1re ch., 21 nov. 2000, JurisData n° 2000-146283.



**271.** Ces développements ont permis de démontrer que le principe de libre détermination de la convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant est respecté. Néanmoins, ce principe comporte des limites qu'il convient, maintenant, d'envisager.

*2) Limites au principe de libre détermination du contenu de la convention ayant pour objet les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant*

**272.** En matière de conventions parentales, le principe de l'autonomie de la volonté n'a pas vocation à s'exprimer pleinement. Ces conventions sont empreintes d'une spécificité, elles concernent l'enfant. Dès lors, la liberté conventionnelle des parents ne saurait contrevenir un intérêt supérieur, celui de l'intérêt de l'enfant<sup>66</sup>. Aux termes de l'article 371-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Ainsi que le souligne M. Hauser, comparant les conventions conclues entre individus majeurs et les conventions parentales, « la même conventionnalisation à l'égard des enfants est fondamentalement différente parce qu'elle s'arrête à la frontière de leur intérêt « supérieur », dont la société reste comptable. En ce sens on doit même se demander s'il faut parler, dans les deux cas de conventionnalisation, le second méritant un terme spécifique »<sup>67</sup>. Il s'en déduit que la matière est régie par un ordre public de direction. Ce qui se traduit par l'impossibilité pour les époux de passer des accords qui auraient pour objet tant la renonciation à l'exercice de l'autorité parentale (a) que l'obligation d'entretien (b). En outre, le respect de l'intérêt de l'enfant justifie l'interdiction pour les parents de prévoir une clause de révision de la pension alimentaire (c).

---

<sup>66</sup> Pour un auteur, F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, thèse préc., n° 665, l'intérêt de l'enfant est une notion à contenu variable qui « doit être apprécié au cas par cas et relève pour partie du domaine de l'intuitif ».

<sup>67</sup> J. Hauser, « », *Actes de Colloque, La place du contrat en droit de la famille*, art. préc., p. 30.

*a) L'interdiction pour les parents de renoncer à l'exercice de l'autorité parentale*

**273.** Cette interdiction se manifeste dans les termes de la loi. L'article 376 du Code civil prohibe toute renonciation ou cession portant sur l'autorité parentale, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés par la loi<sup>68</sup>.

**274.** La jurisprudence<sup>69</sup> pose un principe général d'interdiction des conventions ayant pour objet la renonciation par l'un des parents à l'autorité parentale. La remise en cause de l'exercice en commun de l'autorité parentale relève de la seule appréciation du juge. L'intérêt de l'enfant justifie l'interdiction pour les parents d'inclure dans le champ prévisionnel des conséquences du divorce une renonciation à l'exercice de l'autorité parentale. De telles clauses sont contraires à l'ordre public de direction. Ce qui conduit le juge à refuser l'homologation de ces conventions.

Le refus des juges à homologuer des accords par lesquels les parents renoncent à exercer leurs prérogatives d'autorité parentale est parfaitement légitime. La faveur accordée par la loi à une certaine liberté conventionnelle ne saurait contrarier le principe de coparentalité<sup>70</sup>.

Il existe, en la matière, un véritable « ordre public parental »<sup>71</sup> qui se manifeste, également, par l'impossibilité pour les parents de renoncer à l'obligation d'entretien.

---

<sup>68</sup> La Cour cassation, Cass. 2e civ., 16 avr. 1986, *Bull. civ.* II, n° 51, p. 35, a rappelé fermement le principe en censurant, au visa des articles 376 du Code civil et 542 du Code de procédure civile, les juges du fond qui avaient déclaré un appel irrecevable à l'encontre d'un jugement de divorce contenant un accord relatif à l'exercice de l'autorité parentale, aux motifs que les conventions conclues par les époux à propos de l'exercice de l'autorité parentale ne peuvent avoir d'effet qu'en vertu d'un jugement dans les cas déterminés par la loi ; qu'en raison du pouvoir de contrôle, ainsi conféré au juge, les décisions qu'il rend ne sont pas des contrats judiciaires échappant à l'appel.

<sup>69</sup> CA Paris, 10 nov. 2004, JurisData n° 2004-263748 ; CA Metz, 11 janv. 2005, JurisData n° 264375, *Dr. famille* 2005, comm. n° 101, note P. Murat. Pour l'impossibilité pour les époux de prévoir une renonciation à l'exercice du droit de visite : v. CA Douai, 27 mars 1980, *D.* 1981, IR p. 52, obs. J.C.Groslière.

<sup>70</sup> Un des commentateurs des décisions, P. Murat, note sous CA Paris, 10 nov. 2004 ; CA Metz, 11 janv. 2005, décisions préc., *Dr. famille* 2005, comm. n° 101, relève que « les accords parentaux se multiplient et remplacent des conflits épuisants et néfastes est plutôt *a priori* bon signe ; mais ces accords ne doivent pas cacher des coups de force d'un parent ou des démissions, sinon le succès d'une des finalités des réformes récentes se construira sur l'échec d'une autre de ses finalités : la faveur faite au consensualisme contrariera le principe de coparentalité ».

<sup>71</sup> L'expression est empruntée à F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, thèse préc., n° 667.

*b) L'interdiction pour les parents de renoncer à l'obligation d'entretien*

**275.** Les parents ne peuvent porter atteinte à l'obligation légale d'entretien. En témoigne un arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 mai 2001<sup>72</sup>. Dans cette affaire, une Cour d'appel avait débouté une mère de sa demande de pension alimentaire faite au père en affirmant que par un accord, celle-ci avait renoncé définitivement à réclamer une pension alimentaire pour ses enfants et que la convention légalement formée « s'imposait comme loi » tant aux parties qu'au juge. La Haute juridiction a, au visa des articles 203, 292 et 293 du Code civil, cassé l'arrêt aux motifs que l'obligation d'entretenir et d'élever les enfants est une obligation légale d'ordre public insusceptible de renonciation et à laquelle les parents peuvent échapper qu'en démontrant qu'ils sont dans l'impossibilité matérielle de l'exécuter.

Nonobstant, la place accordée au principe de l'autonomie de la volonté en matière de convention parentale, l'obligation d'entretien est indisponible. Ainsi que le soutient J. Hauser, « le bilan aujourd'hui est donc celui d'une « conventionnalisation » apparemment triomphante, y compris du statut de l'enfant, la convention devenant donc de nouveau, en droit de la famille, la plus belle invention du monde après la roue, ce qui ne signifie pas que l'ordre public ait dit son dernier mot »<sup>73</sup>. La spécificité de ces conventions tenant au respect de l'intérêt de l'enfant explique la limitation de l'exercice de la liberté conventionnelle des époux. Ce que conforte la possibilité pour le juge de réviser à tout moment ces accords.

*c) L'interdiction pour les parents de prévoir une clause limitative de révision de la pension alimentaire*

**276.** En application de l'article 373-2-13 du Code civil : « les dispositions contenues dans la convention homologuée ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers,

---

<sup>72</sup> Cass. 2e civ., 2 mai 2001, *Dr. famille* 2005, comm. n° 78, note H. Lécuyer. Dans le même sens : CA Bordeaux, 27 févr. 1990, JurisData n° 1990-040257, CA Angers, 11 mars 1996, JurisData n° 042920, *Dr. famille* 1997, comm. n° 10, note P. Murat.

<sup>73</sup> J. Hauser, « L'enfant », *Actes de Colloque, La place du contrat en droit de la famille*, art. préc. p. 28. L'auteur, *op. cit.* p. 27, avait dans ses développements précédents cité J. Carbonnier : « Dans le Code civil pour les classiques libéraux, c'est selon le mot de Carbonnier, la plus belle invention du monde après la roue ».

parent ou non ». La révision des clauses relatives à l'enfant n'est soumise à aucune condition spécifique, en particulier à la notion de « motifs graves ».

Le choix du législateur d'une révision judiciaire à tout moment des clauses relatives aux enfants contenues dans une convention homologuée doit être analysé à la lumière de la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi ancienne. L'ancien article 292 du Code civil subordonnait à l'existence de « motifs graves » la révision des dispositions. Cependant, écartant l'application de l'article 292 du code civil, la jurisprudence admettait que l'un des parents puisse demander la révision de la convention homologuée alors même que la convention ne l'avait pas prévu ou l'avait exclu<sup>74</sup>.

En définitive, l'intérêt de l'enfant justifie le caractère provisoire des conventions parentales. Le contenu de la convention doit pouvoir être modifié en fonction des besoins de l'enfant qui sont évolutifs<sup>75</sup>. Ce qui traduit la présence d'un ordre public important en la matière.

**277.** Ces développements ont permis de démontrer que les conventions homologuées sont des accords de volontés. Cependant, pour ce type de conventions, les volontés individuelles sont insusceptibles de donner naissance à elles seules à des obligations. Un élément, l'homologation, s'ajoute à ces volontés pour rendre l'accord parfait.

## **§2. – L'homologation : élément générateur d'obligations**

**278.** Afin que les accords conclus par les époux puissent produire des obligations, une homologation est nécessaire. Il existe donc un lien de dépendance entre les conventions conclues par les époux et l'homologation qu'il conviendra d'analyser (I). Quant au rôle joué par l'homologation, un certain nombre de questions se pose : est-elle une condition de validité de ces accords ou constitue-t-elle une condition suspensive ? À l'instar de la position défendue par certains auteurs, faut-il l'ériger comme une condition légale nécessaire à la perfection de ces conventions ? Les réponses apportées à ces différentes interrogations devraient permettre de déterminer le rôle tenu par l'homologation dans la

---

<sup>74</sup> Cass. 2e civ., 17 oct. 1985, *Bull. civ.* II, n°157, p. 103 ; *D.* 1987, somm. p. 43, obs. A. Bénabent ; Cass. 2e civ., 4 mars 1987, *Bull. civ.* II, n°60, p. 34 ; Cass. 2e civ., 18 déc. 1996, *Bull. civ.* II, n° 293, p. 176, *Dr. famille* 1997, comm. n° 78, note H. Lécuyer.

<sup>75</sup> En ce sens : M. Rebourg, *Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant*, art. préc., 12.

formation et l'efficacité de ces accords de volontés (II). Enfin, il sera intéressant de s'interroger sur l'incidence de l'homologation sur la nature juridique de ces accords (III).

### *I. - Analyse du lien de dépendance entre les accords et l'homologation*

**279.** Aux termes de l'article 279 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice ». Selon l'alinéa 2 du même texte : « Elle ne peut être modifiée que par une nouvelle convention entre les époux, également soumise à homologation ». Il résulte de ces textes que la convention conclue par les époux dépend du prononcé du divorce. Les époux sont liés par l'accord, mais celui-ci ne produit ses effets qu'à compter du jugement de divorce. L'efficacité de la convention dépend du prononcé du divorce et plus précisément du moment où celui-ci a acquis la force de chose jugée.

**280.** M. Lécuyer, dans sa thèse, a exposé les raisons pour lesquelles les conventions de l'ancien divorce par consentement mutuel étaient insusceptibles de donner naissance, à elles seules, à des obligations et a, de la sorte, mis en évidence la nature du lien de dépendance existant entre ces dernières conventions et le prononcé du divorce<sup>76</sup>. Selon cet auteur, les conventions homologuées sont suspendues, quant à leurs effets, au prononcé du divorce. M. Lécuyer en déduit que « l'acte-déclat » est constitué par le jugement de divorce. Par conséquent, l'effet générateur d'obligations ne peut naître des conventions. Pour l'auteur, « l'accord de volontés semble s'effacer derrière un autre élément qui possède cette force génératrice. Il n'est certes pas dénué de toute faculté de production médiate d'effets de droit quelconque, mais il est dépouillé de sa prérogative immédiate de déclenchement de la loi en vue de faire naître un effet de droit »<sup>77</sup>. Ce qui conduit cet auteur à refuser à ces accords la qualification de contrat, tout en admettant qu'ils puissent appartenir à la sphère conventionnelle ou à la catégorie plus large des actes juridiques<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> H. Lécuyer, thèse préc. , n° 114.

<sup>77</sup> H. Lécuyer, thèse préc. , n° 114.

<sup>78</sup> H. Lécuyer, thèse préc. , *loc. cit.* L'auteur précise que ce rattachement s'opère sous la condition de faire « une distinction entre contrat et convention, les deux devant être considéré comme entretenant des relations d'espèce à genre ».

**281.** L'argumentation soutenue par M. Lécuyer s'avère être particulièrement intéressante en ce qu'elle est parfaitement applicable à toutes les conventions homologuées conclues par les époux dans le cadre d'un divorce.

Force est de constater que le prononcé du divorce est l'élément central nécessaire à la production d'effets de ces conventions. Cependant, une autre question se pose, elle concerne la détermination du rôle tenu par l'homologation dans la formation et l'efficacité des accords conclus par les époux.

## *II. - Détermination du rôle tenu par l'homologation dans la formation et l'efficacité des accords*

**282.** Il s'agit ici de répondre à la question posée par M. Hauser : « qu'est-ce qu'est exactement un acte qui doit être homologué avant de l'être ? Est-ce un acte imparfait, auquel cas on retiendrait l'idée que l'homologation est un élément de l'acte lui-même, est-ce un acte sous condition auquel cas – au moins dans l'analyse courante de la condition – l'homologation ne serait qu'un élément extérieur ? »<sup>79</sup>.

Dans l'hypothèse où le divorce ne serait pas prononcé, la convention homologuée ne pourrait donner naissance à des obligations. La question se pose donc de savoir si l'homologation est susceptible de constituer soit une condition de validité des accords, soit une condition suspensive ou bien encore une condition légale nécessaire à leur efficacité. Seule l'homologation analysée comme condition d'efficacité posée par la loi doit être retenue (C) à l'exclusion de toute autre qualification (A et B).

### *A. – Exclusion de l'homologation analysée comme condition de validité des accords*

**283.** Le droit commun des contrats prévoit deux catégories de condition de validité des accords : les conditions de fond énumérées à l'article 1108 du Code civil et les conditions de forme dans l'hypothèse où la loi impose la forme solennelle. La technique de l'homologation ne constitue ni une condition de fond (1), ni une condition de forme (2) nécessaire à la validité des conventions homologuées.

---

<sup>79</sup> J. Hauser, *Le juge homologateur en droit de la famille*, art. préc., p. 123.

1) *Exclusion de l'homologation analysée comme condition de fond des accords*

**284.** Selon l'article 1108 du Code civil, « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation »<sup>80</sup>.

Concernant l'autorisation judiciaire exigée pour la validité de certains accords<sup>81</sup>, des auteurs affirment que cette dernière autorisation est une condition de fond des accords puisqu'elle donne la capacité de conclure aux parties<sup>82</sup>. Dès lors, on pourrait s'interroger sur le point de savoir s'il ne faudrait pas analyser l'homologation comme constituant une condition de fond des accords. En réalité, il n'en est rien.

Tout d'abord, on ne sait pas à quelle condition de l'article 1108 du Code civil doit être rattachée l'homologation.

Ensuite, le juge en homologuant une convention n'octroie aucune capacité de contracter aux époux. Ces derniers disposent déjà d'une telle capacité indépendamment de l'homologation.

Enfin, si l'on devait considérer l'homologation comme une condition de fond de l'accord, alors cette exigence devrait être requise *ad validitatem*. Elle s'ajouterait donc aux conditions prévues par l'article 1108 du Code civil. Or, en l'espèce ce n'est pas le cas. Les conventions homologuées sont formées au seul regard des conditions de fond énumérées par le Code civil.

L'homologation ne peut donc être analysée comme une condition de fond de ces accords. Pourrait-elle, alors, constituer une condition de forme de l'accord ?

---

<sup>80</sup> Selon le nouvel article 1128 du Code civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

<sup>81</sup> Le droit des incapables majeurs utilise souvent la technique de l'autorisation. Ainsi, afin d'assurer la protection d'un incapable majeur contre des actes qu'il pourrait conclure de façon irréfléchie, notamment le mariage, l'article 460 du Code civil prévoit que « le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge. Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage ».

<sup>82</sup> En ce sens : A. Engel-Creach, thèse préc., n° 70.

## 2) Exclusion de l'homologation analysée comme condition de forme des accords

**285.** Le contrat solennel peut se définir comme un contrat dont la formation nécessite, en plus des conditions de validité prévues à l'article 1108 du Code civil, que le consentement soit extériorisé sous une certaine forme<sup>83</sup>. Ce formalisme réside dans la rédaction d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique<sup>84</sup>. Cependant, il convient de préciser que le notaire ne détient pas le monopole de la rédaction d'un acte authentique. Le juge peut, si les parties le souhaitent, leur donner acte de leur accord. On parle alors de contrat judiciaire<sup>85</sup>.

On pourrait envisager que les époux transmettent les conventions homologuées au juge. Celui-ci en homologuant la convention donnerait acte aux époux des accords ainsi conclus. Dans cette hypothèse, l'homologation constituerait le réceptacle du donné-acte. Ne faudrait-il pas alors assimiler l'intervention judiciaire à une condition de forme exigée pour la validité des accords ?

Une telle analyse ne semble pas réellement convaincante, car l'homologation et le donné-acte ne poursuivent pas les mêmes objectifs.

Ainsi qu'on a pu le démontrer précédemment au sujet des conventions conclues sous la condition du jugement de divorce<sup>86</sup>, le jugement de donné-acte a pour fonction essentielle de faire prendre conscience aux parties du sens et de la portée des accords conclus. À l'instar de toute forme solennelle, il s'agit d'attirer l'attention des parties sur la gravité de certains actes et de les inciter à la réflexion afin qu'elles s'engagent en toute connaissance de cause<sup>87</sup>. Le donné-acte protège les parties contre tout engagement conclu de façon inconsidérée.

S'agissant des conventions soumises à l'homologation judiciaire, l'intervention du juge n'assure pas une telle fonction. Le juge a pour rôle de vérifier la réalité du consentement de chacun des époux et de s'assurer que les conventions préservent suffisamment les

---

<sup>83</sup> Selon le nouvel article 1172 du Code civil : « Les contrats sont par principe consensuels.

Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.

En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose ».

<sup>84</sup> B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations. Le contrat*, v. 2, *op. cit.*, n° 222 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 63.

<sup>85</sup> H. Roland, L. Boyer, *op. et loc. cit.*

<sup>86</sup> Voir *supra* n° 26.

<sup>87</sup> M. A. Guerriéro, *L'acte juridique solennel*, thèse préc., spéc. p. 40.



intérêts de chacun des époux et des enfants<sup>88</sup>. Il s'agit là d'un véritable contrôle exercé *a priori* par le juge. La Cour de cassation exige que le juge mentionne dans le jugement d'homologation qu'il a effectué ce contrôle<sup>89</sup>.

En définitive, l'homologation ne peut être considérée comme une condition de forme des conventions. Celles-ci étant valablement formées dès l'échange des consentements. L'intervention judiciaire conditionne simplement l'efficacité des accords. Dès lors, celle-ci ne pourrait-elle pas constituer une condition suspensive dont dépendrait l'existence même des accords ?

*B. – Exclusion de l'homologation analysée comme condition suspensive*

**286.** On a précédemment démontré que le régime de la condition suspensive était incompatible avec les conventions conclues sous la condition du jugement de divorce<sup>90</sup>. Les mêmes raisons conduisent à exclure l'homologation envisagée comme condition suspensive des conventions.

Ainsi que l'a souligné M. Lécuyer « fondamentalement c'est le défaut de caractère accidentel des éléments en cause qui emporte refoulement de l'idée de contrat conditionnel »<sup>91</sup>.

On ne peut donc assimiler l'homologation en une simple modalité temporelle de l'obligation.

En réalité, l'homologation analysée comme « condition légale » d'efficacité des conventions semble être la seule qualification véritablement convaincante.

---

<sup>88</sup> L'article 232 du Code civil dispose que « Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé ; Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. Et l'article 268 alinéa 2 du Code civil prévoit que « Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce ».

<sup>89</sup> Cass. 2e civ., 27 mai 1998, *RTD civ.* 1998, p. 661, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 1998, comm. n° 170, note H. Lécuyer ; Cass. 2e civ., 24 fév. 2000, *Defrénois* 2000, art. 37229, p. 1050, obs. J. Massip ; *Dr. famille* 2000, comm. n° 57, note H. Lécuyer.

<sup>90</sup> Voir *supra* n° 178 et s.

<sup>91</sup> H. Lécuyer, thèse préc., n° 279.

*C. – Admission de l’homologation analysée comme condition d’efficacité posée par la loi*

**287.** La volonté de chacun des époux n’est pas suffisante pour donner naissance à des obligations. Un autre élément, l’homologation, s’ajoute aux volontés individuelles afin de rendre les conventions homologuées parfaites. Cependant, cet « acte-déclat » constitué par l’homologation n’est pas engendré par la volonté des parties. Son déclenchement est d’origine légale<sup>92</sup>. C’est, en effet, la loi qui conditionne l’efficacité des accords au prononcé du divorce. En d’autres termes, tant que l’homologation n’est pas intervenue, les conventions, alors même qu’elles sont valablement formées au regard des conditions de validité des conventions édictées par l’article 1108 du Code civil, sont inefficaces à produire des effets de droit. L’homologation constituant une condition d’origine légale va faire produire des effets de droits aux conventions conclues par les époux<sup>93</sup>. Ce que conforte, par ailleurs, l’absence de valeur juridique d’une convention qui ne serait pas soumise à l’homologation judiciaire. Ainsi, dans un arrêt du 30 avril 1982, la Cour d’appel de Paris a décidé que « la convention conclue entre les époux (...), qui n’a pas été soumise à l’homologation est dépourvue de valeur juridique et doit être tenue pour non avenue »<sup>94</sup>. À cet égard, Mme Rebourg a soutenu l’idée selon laquelle l’homologation aurait seulement pour effet de donner force exécutoire à ces conventions et en cas de difficultés d’exécution l’un des époux serait contraint de saisir le juge pour obtenir une décision exécutoire<sup>95</sup>. Selon un autre auteur, la convention qui n’aurait pas fait l’objet d’une homologation n’aurait que des effets volontaires<sup>96</sup>. En définitive, une convention non homologuée produirait des effets entre les seules parties mais serait dépourvue de toute force exécutoire.

Il convient, maintenant, de déterminer l’incidence de l’homologation sur la nature juridique des accords.

---

<sup>92</sup> Voir en ce sens : J. Carbonnier, thèse préc., p. 547, à propos de la nature juridique du régime matrimonial.

<sup>93</sup> A propos de la nature du lien de dépendance existant entre la convention de partage prévue par l’ancien article 1450 du Code civil et le jugement de divorce v. C. Lesbats, thèse précitée p. 309. Selon l’auteur : « En réalité, la dépendance de l’acte – la convention de partage – vis-à-vis de l’événement envisagé – le prononcé du divorce – n’est pas ici l’œuvre des époux, mais de la loi. Le régime de la condition conventionnelle est donc altéré par le lien conjugal ».

<sup>94</sup> CA Paris, 30 avr. 1982, *Gaz. Pal.* II, p. 518, note J.M.

<sup>95</sup> M. Rebourg, *Les conventions homologuées en matière d’autorité parentale et de contribution à l’entretien de l’enfant*, art. préc., 14.

<sup>96</sup> A. Engel-Creach, thèse préc., n°86.

### ***III. - Détermination de l'incidence de l'homologation sur la nature juridique des accords***

**288.** La question qui se pose ici est de savoir si l'homologation ne serait pas susceptible de remettre en cause la nature conventionnelle du rapport juridique liant les époux entre eux. On constate que la doctrine est divisée sur cette question.

M. Balensi<sup>97</sup>, dans une étude relative à l'homologation des actes juridiques, soutient l'idée selon laquelle il faudrait distinguer au sein de la convention homologuée entre les points qui auraient autorité de la chose jugée en raison du contrôle effectué par le juge et les autres qui en seraient dépourvus et conserveraient leur nature contractuelle.

Au contraire, Mme Engel-Créach, affirme que « les parties ne sont liées que de leur propre volonté ; le « pouvoir directionnel » du juge ne remet pas en cause la nature contractuelle du rapport juridique »<sup>98</sup>.

Ces positions n'apparaissent pas véritablement convaincantes.

**289.** L'article 279 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que : « la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice ». Il se déduit de cet article que la convention est intégrée à la décision du juge. Il s'agit là d'une décision gracieuse de nature juridictionnelle, revêtue de l'autorité de la chose jugée. Et ainsi que le soutient Mr Bénabent, « le jugement « absorbe » ainsi la convention dont les clauses acquièrent force de chose jugée »<sup>99</sup>. En effet, le juge a pour rôle de vérifier si le consentement de chacun des époux est libre et éclairé et si les conventions respectent les intérêts de chacun des époux et des enfants. La mission du juge est donc de purger les conventions de leurs vices. En témoigne un arrêt rendu par la Cour de cassation<sup>100</sup> le 25 novembre 1999. Selon la Haute juridiction, après son homologation la convention définitive revêt la même force exécutoire qu'une décision de justice et ne peut être attaquée que par les voies de recours ouvertes par la loi dans lesquelles n'entre pas l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil. Il se déduit de cet attendu de principe que la convention conclue par les époux, dès lors qu'elle est homologuée, n'appartient plus à la catégorie des contrats.

---

<sup>97</sup> I. Balensi, « L'homologation des actes juridiques », art. préc., p. 42 et 233.

<sup>98</sup> A. Engel-Creach, thèse préc., n°89.

<sup>99</sup> A. Bénabent, *La famille*, op. cit., n° 314.

<sup>100</sup> Cass. 2e civ., 25 nov. 1999, *Dr. famille* 2000, comm. n° 22, note H. Lécuyer.

**290.** À l'issue de ces développements, il apparaît que les conventions homologuées sont des accords de volontés. Cependant, l'intervention judiciaire leur confère force de chose jugée. Ces accords ne relèvent donc pas de la catégorie des contrats. Les conventions homologuées revêtent, en réalité, une nature mixte, mi-conventionnelle, mi-judiciaire. Reste, maintenant, à démontrer, que ces accords de volontés se caractérisent par une force obligatoire d'origine judiciaire.

## **Section II : Des accords de volontés caractérisés par une force obligatoire d'origine judiciaire**

**291.** Il résulte de l'article 1134 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>101</sup> que le principe de la force obligatoire des conventions doit être respecté tant par les parties que par le juge. Ce principe ne s'applique pas aux conventions homologuées. En effet, le juge dispose du pouvoir de modifier le contenu de l'accord<sup>102</sup>. Ainsi qu'on a pu le démontrer dans les développements précédents, celui-ci peut réviser la rente de prestation compensatoire ou les clauses relatives à l'enfant<sup>103</sup>. Assurément, dans des matières gouvernées par un ordre public de direction, la convention ne peut tirer sa force obligatoire de la seule volonté des parties. À cet égard, Mr Lécuyer affirme que « l'atteinte à la force obligatoire du contrat est insignifiante et justifiée par des impératifs supérieurs d'équité »<sup>104</sup>. Cet argument est discutable. En effet, le pouvoir de révision dont dispose le juge se révèle être exorbitant du droit commun et conduit à exclure, en la matière, le principe de la force obligatoire du contrat. Pour autant, la convention conclue par les époux ne se trouve pas dénuée de toute force obligatoire. La force obligatoire qui découle de cet accord de volontés est d'origine judiciaire.

**292.** M. Murat soutient l'idée selon laquelle les conventions homologuées « tirent leur force obligatoire des décisions de justice »<sup>105</sup>. Ces conventions sont, certes, dotées d'une pleine force obligatoire mais qui découle de l'intervention judiciaire.

---

<sup>101</sup> Selon le nouvel article 1103 du Code civil : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>102</sup> En ce sens : H. Lécuyer, thèse préc., n° 117.

<sup>103</sup> Voir *supra* n° 276.

<sup>104</sup> H. Lécuyer, thèse préc., n° 118.

<sup>105</sup> P. Murat, « Rattachement familial de l'enfant et contrat », in *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, 2001, p. 166.

En effet, les seules volontés individuelles ne sont pas suffisantes pour leur donner force obligatoire. Sans l'intervention du juge, la convention n'est caractérisée par aucune force obligatoire. En réalité, seule l'intervention du juge leur permettra d'acquérir cette force obligatoire.

**293.** En définitive, les conventions homologuées ne répondent pas à la définition du contrat. Si ces conventions sont des accords de volontés, elles ne peuvent, cependant, générer à elles seules des obligations. L'homologation, constitue, en effet, une condition légale leur faisant produire des effets de droit. De plus, ces conventions se caractérisent par une force obligatoire d'origine judiciaire.

Cette nature mi-conventionnelle, mi-judiciaire des conventions homologuées n'est pas sans susciter un certain nombre de difficultés. En effet, cette qualification engendre l'application d'un régime hybride mi-contractuel, mi-judiciaire qu'il convient maintenant d'étudier.



## Chapitre II : Le régime hybride des conventions homologuées

**294.** On pourrait penser que le régime des conventions homologuées serait issu du seul droit du divorce. En réalité, il n'en est rien. Le régime des conventions homologuées élaboré par la jurisprudence est un régime hybride (Section I). C'est ce qui justifie de procéder à son appréciation (Section II).

### Section I : La jurisprudence relative au régime hybride des conventions homologuées

**295.** Le constat est pour le moins surprenant. Si dans certains cas, la jurisprudence exclut les actions en nullité fondées sur le droit des contrats (§1), dans d'autres hypothèses, au contraire, elle accueille les actions en nullité fondées sur les procédures collectives (§2).

#### *§1. La mise à l'écart des actions en nullité fondées sur le droit commun des contrats*

**296.** Sous l'empire de la loi de 1975, la question s'est posée de savoir si un époux disposait de la possibilité de remettre en cause la convention homologuée dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe. Par un arrêt de principe du 6 mai 1987, la Cour de cassation a décidé que le prononcé du divorce et l'homologation de la convention ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi<sup>1</sup>. Par la suite, la jurisprudence<sup>2</sup> a fondé cette solution sur l'autorité de la chose jugée, le juge ayant purgé la convention de ses vices en vérifiant que la convention était conforme à l'intérêt des époux et des enfants.

---

<sup>1</sup> Cass. 2e civ., 6 mai 1987, arrêt préc. Un pourvoi en cassation peut être formé contre la décision qui homologue la convention des époux et prononce le divorce. Ce pourvoi peut être formé dans les quinze jours du prononcé de la décision (CPC, art. 1103).

<sup>2</sup> Cass. 2e civ., 25 nov. 1999, arrêt préc.

Pour autant, cette jurisprudence n'est pas constante. Dans certains cas, la Haute juridiction accueille les actions en nullité intentées sur le fondement des procédures collectives à l'encontre des conventions homologuées.

## ***§2. La réception des actions en nullité intentées sur le fondement des procédures collectives***

**297.** Dans un arrêt du 25 janvier 2000, la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>3</sup> a affirmé qu'était recevable l'action exercée par le représentant des créanciers tendant à obtenir l'annulation d'un acte liquidatif compris dans la convention définitive homologuée sur le fondement de l'article 107 de la loi du 25 janv. 1985. Cette jurisprudence n'est pas restée isolée. Le 7 novembre 2006, la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>4</sup> a décidé que les dispositions patrimoniales et pécuniaires contenues dans la convention homologuée et conclue après la date de cessation des paiements étaient susceptibles d'être frappées par l'une des nullités affectant les actes accomplis au cours de la période suspecte.

À la lecture de ces décisions la question se pose de savoir si la nullité de l'état liquidatif emporte celle de la convention homologuée. Et ainsi qu'un des commentateurs de l'arrêt l'a relevé : « On ne peut pourtant penser un instant que la Cour ait accepté que la nullité de partie de la convention définitive sur le fondement des nullités de la période suspecte soit susceptible, notamment, de précipiter un commerçant dans la situation d'être bigame »<sup>5</sup>. En effet, il convient, ici, de considérer que la Cour de cassation, soucieuse de sanctionner, au moyen d'une action en nullité, les fraudes commises par les époux lors de l'ouverture d'une procédure collective n'entend pas, pour autant, remettre en cause, le principe même du divorce. Il faut donc admettre que le prononcé du divorce ne saurait être altéré par l'annulation qui frappe l'acte de partage contenant les dispositions patrimoniales contestées par les organes de la procédure. Il ne serait pas admissible qu'un divorce soit annulé à la demande d'un administrateur d'une entreprise en difficulté. Aussi, doit-on considérer que le prononcé du divorce étant un jugement, il ne

<sup>3</sup> Cass. 1re civ., 25 janv. 2000, Juris-Data n° 000255 ; D. 2000, act. jurispr. p. 103, note A. Lienhard, *Dr. famille* 2000, comm. n° 48, note H. Lécuyer.

<sup>4</sup> Cass. Com. 7 nov. 2006, *Bull. civ. IV*, n° 216, p. 242, D. 2006, jur. p. 2911, obs. A. Lienhard, *JCP G* 2007, I. 153, n°7, obs. M. Cabrillac, *Dr. famille*, 2007, comm. n°61, note V. Larribau-Terneyre, *Dr et proc.* 2007, p. 94, obs. E. Putman, *RTD civ.* 2007, p. 322, obs. J. Hauser.

<sup>5</sup> H. Lécuyer note sous Cass. 1re civ., 25 janv. 2000, arrêt préc.



peut, à ce titre, rentrer dans le champ contractuel des époux. Quant aux conséquences patrimoniales de la rupture, celles-ci doivent être régies par le principe de l'autonomie de la volonté<sup>6</sup>. Il s'en déduit que le régime gouvernant la convention conclue par les époux est un régime contractuel. Comme l'a souligné Mme Dekeuwer-Défossez : « La soumission de la convention de divorce à un véritable régime contractuel l'arrache irrésistiblement à la décision judiciaire prononçant le divorce »<sup>7</sup>.

En définitive, on pourrait s'attendre à ce que le droit positif ait une vision unitaire de la recevabilité des actions en nullité à l'encontre de la convention homologuée, soit pour les rejeter, soit pour les accueillir. Or, il n'en est rien. Le régime de la convention homologuée est un régime mixte, mi-judiciaire, mi-contractuel.

Pour autant, ce régime hybride est-il véritablement adapté à l'ensemble des conventions homologuées ? C'est ce qu'il convient maintenant de vérifier.

## Section II : Appréciation du régime hybride des conventions homologuées

**298.** Assurément, la construction jurisprudentielle de la Cour de cassation relative au régime de la convention homologuée fait l'objet de nombreuses critiques<sup>8</sup>. Un auteur a ainsi affirmé au sujet de l'ancien divorce sur requête conjointe qu' « au fil des arrêts de la Cour de cassation, ce divorce hybride s'est transformé en un divorce caméléon dont les traits caractéristiques varient en fonction de l'angle sous lequel les difficultés sont abordées. Ce résultat douteux est le fruit d'une bien indésirable indivisibilité, que l'on s'efforce de contourner en certaines circonstances quand il faudrait y renoncer sans détour en toute hypothèse »<sup>9</sup>. La portée de cette critique concerne toutes les conventions homologuées.

En réalité, le droit positif a montré ses faiblesses. Ce qui conduit à proposer de nouvelles solutions.

---

<sup>6</sup> En ce sens : F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », *op. cit.*, p. 72 et 73. L'auteur précise que « l'union matrimoniale demeure indisponible ».

<sup>7</sup> F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », *op. cit.*, p. 73.

<sup>8</sup> Voir notamment : F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », *op. cit.*, p. 75, qui est arrivée à la conclusion selon laquelle : « En définitive, le contrôle judiciaire fonctionne mal, parce qu'il est en porte-à-faux, le juge n'ayant aucun moyen de l'effectuer correctement et rendant dès lors une décision de pure forme. Or, c'est particulièrement fâcheux dans la mesure où c'est ce contrôle judiciaire qui justifie, ensuite, la soumission du divorce sur requête conjointe à un régime juridique qui n'a plus rien ou presque de contractuel ».

<sup>9</sup> . A. Tisserand, « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », *op. cit.*, p. 512.

Ce travail ne peut donc que s'enrichir de l'idée selon laquelle il convient de scinder les conventions homologuées en deux parties. Ainsi, au sein de telles conventions, une distinction doit être effectuée entre, d'une part, les dispositions des conventions de nature patrimoniale, et d'autre part, les dispositions des conventions de nature extra-patrimoniale. Cette distinction tient à la différence d'objet de ces conventions. Les conventions de nature patrimoniale sont celles conclues par les époux afin de régler les conséquences pécuniaires de la rupture. Les conventions de nature extra-patrimoniale concernent les matières relatives à l'état des personnes et, notamment, le statut de l'enfant envisagé dans sa globalité, c'est-à-dire les accords relatifs à l'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien de l'enfant. Cette différence d'objet entre ces deux types de convention conduit à apprécier distinctement le régime auquel chacune de ces conventions est soumise. Par cette étude, l'on souhaite démontrer que le régime contractuel est parfaitement adapté aux conventions de nature patrimoniale (§1), et que le régime judiciaire se trouve être en adéquation avec les conventions de nature extra-patrimoniale (§2).

### ***§1. L'adéquation du régime contractuel aux conventions de nature patrimoniale***

**299.** On ne peut réduire le droit du divorce à sa seule dimension familiale et extra-patrimoniale. Souhaiter restreindre la liberté contractuelle des époux ne semble pas satisfaisant. Bien au contraire, le caractère patrimonial constitue la caractéristique principale des contrats étudiés. Comme l'a soutenu G. Cornu : « ce serait par angélisme que l'on imaginerait le droit de la famille comme un droit entièrement extrapatrimonial : il existe un droit patrimonial de la famille »<sup>10</sup>. D'autres auteurs ont d'ailleurs mis en lumière un véritable changement de perspective dans les composantes du droit du divorce : désormais « l'après-divorce » est patrimonial, ce qui traduit une banalisation du divorce reposant sur « une réalité incontournable »<sup>11</sup>. Les développements précédents permettent de compléter le constat établi par ces auteurs. Non seulement il existe un droit patrimonial du divorce, mais la dimension patrimoniale des contrats ayant pour objet les conséquences patrimoniales de la rupture du lien conjugal doit primer sur leur

---

<sup>10</sup> G. Cornu, *La famille, op. cit.*, n° 5.

<sup>11</sup> J. Hauser, P. Delmas Saint-Hilaire, art. préc. , p. 358.

caractère familial. La dimension pécuniaire de l'accord absorbe le contrat dans son intégralité. La condition des époux s'identifie alors à celle d'un créancier et d'un débiteur, le droit des contrats se saisissant de ce rapport « époux-parties ». Le caractère familial de l'accord devient accessoire. En définitive, le caractère familial accessoire de ces contrats n'altère en rien la qualification contractuelle dont ils sont revêtus. Aussi, il semblerait légitime que la liberté contractuelle des époux puisse s'exercer pleinement. Les époux qui ont trouvé un terrain d'entente afin de procéder au règlement de leurs intérêts patrimoniaux ne ressentent pas la nécessité de soumettre leur accord à une homologation judiciaire. Le règlement des intérêts patrimoniaux du divorce est entré dans une « prévisibilité conventionnelle »<sup>12</sup> qui semble exclure un contrôle judiciaire *a priori* des accords. Le contrat est un instrument négocié. À ce titre, il a vocation à être utilisé par les époux afin de régler les conséquences patrimoniales du divorce. Le contrat, volontairement souscrit, deviendrait ainsi la loi des parties. Par conséquent, il semblerait préférable d'autoriser les époux à conclure un contrat portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce sous l'égide du notaire liquidateur. Le notaire, en qualité d'officier ministériel, aurait pour rôle de s'assurer que la volonté des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. En outre, il ne pourrait prêter son concours à un contrat qui serait contraire aux intérêts de l'un des époux, en particulier de l'époux le plus faible. Le règlement des conséquences patrimoniales du divorce interviendrait dans un cadre authentique, sous la responsabilité du notaire, celui-ci se substituant au juge. Dans un tel contexte, la mission du notaire, en tant qu'auxiliaire de justice, serait de protéger au stade de la formation des contrats, les intérêts de chacun des époux. Par conséquent, la préférence serait donnée à un contrôle judiciaire *a posteriori*, c'est-à-dire postérieurement à la conclusion du contrat. C'est la raison pour laquelle, le régime contractuel se trouve être en adéquation avec ce type d'accord.

**300.** Ces contrats se verront, en effet, appliquer tout le corps de règles issu du droit commun des contrats. Assurément, de la formation du contrat, au stade de son exécution, le droit commun des contrats offre les outils nécessaires à une protection efficace de chacun des époux, en particulier de l'époux le plus faible.

---

<sup>12</sup> L'expression est empruntée à MM. J. Hauser, P. Delmas Saint-Hilaire, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champs ? », art. préc., p. 357, spéc. p. 360.

La violation des conditions de formations des contrats ayant pour objet les conséquences patrimoniales du divorce devra être, conformément, au droit commun, sanctionnée par la nullité. Seront donc recevables, les actions dirigées par un époux aux fins d'en obtenir la nullité pour vices du consentement. On peut néanmoins s'interroger sur l'effet de la nullité de la convention ou de la clause quand elle en constitue un élément déterminant. Ainsi qu'on l'a déjà souligné précédemment, il semble probable que seule la clause infectée soit anéantie. En effet, le juge, ne souhaitant pas créer une situation d'insécurité juridique, n'ira pas jusqu'à prononcer la nullité du divorce dans sa globalité<sup>13</sup>.

Au stade de l'exécution des contrats, ainsi qu'on a pu le démontrer précédemment<sup>14</sup>, on assiste à un mouvement de judiciarisation du contrat. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations énonce les principes auxquels le contrat devra répondre, parmi lesquels : le principe de la liberté contractuelle<sup>15</sup>, le principe de la force obligatoire des conventions<sup>16</sup> ou encore l'affirmation d'une exigence générale de bonne foi<sup>17</sup>. Le juge, en application d'une exigence généralisée de bonne foi, impose désormais aux contractants d'exécuter le contrat de manière honnête et loyale. Il semble donc possible de confier au juge de droit commun la mission de veiller à la bonne exécution des contrats portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux. Le juge pourrait donc sanctionner un comportement contractuel de mauvaise foi et ainsi s'assurer que le contrat s'exécute en respectant les intérêts des parties.

Par ailleurs, la réforme du droit des contrats incite les parties, en cas d'imprévision, à renégocier le contrat et consacre, en cas de refus ou d'échec, le pouvoir du juge de le réviser ou d'y mettre fin. En effet, selon le nouvel article 1195 du Code civil, la révision judiciaire pour imprévision n'est possible qu' « en cas de refus ou d'échec de la renégociation » et si les parties en sont d'accord. En outre, à défaut d'accord des parties « dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe »<sup>18</sup>. Pourrait donc être admise une

---

<sup>13</sup> Voir *supra* n°130.

<sup>14</sup> Voir *supra* n° 115.

<sup>15</sup> Nouvel article 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

<sup>16</sup> Nouvel article article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

<sup>17</sup> Nouvel article 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

<sup>18</sup> Selon le nouvel article 1195 du Code civil : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander

révision judiciaire du montant ou des modalités de la prestation compensatoire déterminés initialement par les époux.

Enfin, dans l'hypothèse d'une inexécution du contrat portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux, le juge, ainsi qu'on a pu le démontrer précédemment<sup>19</sup>, dispose d'un choix varié de sanctions : le recours aux mesures d'exécution forcée, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur, le jeu de l'exception d'inexécution ou l'action en résolution. Toutes ces sanctions sont susceptibles de protéger un époux devant faire face à un comportement d'inexécution contractuelle de la part de son conjoint. En témoigne la jurisprudence qui a consacré la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur d'une prestation compensatoire<sup>20</sup>. Désormais, un ancien conjoint peut assigner son ancien époux afin d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution du contrat qui avait pour objet le versement d'une prestation compensatoire sous forme de rente mensuelle indexée.

On pourrait s'attendre à ce que cette proposition relative à l'application d'un régime purement contractuel aux conventions de nature patrimoniale soit consacrée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoyant, notamment, le divorce par consentement mutuel sans la présence du juge aux affaires familiales. En réalité, si le législateur a fait le choix d'un contrôle *a posteriori* de la convention de divorce par consentement mutuel, prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, celle-ci n'en demeure pas moins soumise, pour la plupart de ses dispositions, aux règles issues du droit du divorce. L'application du régime contractuel semble résiduelle.

En effet, l'article 279 du Code civil a été complété d'un alinéa 5 prévoyant que les règles relatives à la révision de la prestation compensatoire définies à l'alinéa 3 du même texte s'appliquent à la convention de divorce établie par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire<sup>21</sup>. Il s'en déduit que les époux

une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

<sup>19</sup> Voir *supra* n° 121.

<sup>20</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 janv. 1993, arrêt préc., *Bull. civ.*, II, n° 20, p. 10.

<sup>21</sup> Selon le nouvel article 279 du Code civil : « La convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice. Elle ne peut être modifiée que par une nouvelle convention entre des époux, également soumise à homologation.

Les époux ont néanmoins la faculté de prévoir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire. Les dispositions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 275 ainsi qu'aux articles 276-3 et 276-4 sont également applicables, selon que la prestation compensatoire prend la forme d'un capital ou d'une rente temporaire ou viagère.

Sauf disposition particulière de la convention, les articles 280 à 280-2 sont applicables.

disposent de la faculté de prévoir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou de l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire. En outre, dans l'hypothèse où les époux n'ont pas usé de cette faculté, ils pourront demander au juge de réviser les modalités de paiement d'un capital payable sous forme de versements périodiques ou d'être libéré du solde du capital, de réviser la prestation compensatoire en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou de l'autre des parties ou de substituer un capital à tout ou partie de la rente. Assurément, le régime de la prestation compensatoire relèvera du droit du divorce. À cet égard un auteur a affirmé que : « nous faisons ici le pari que le juge ne va pas tarder à s'arroger le droit de contrôler la conformité de cette convention de divorce aux dispositions des articles 270 et 271. Cela nous semble évident car sinon pourquoi l'art. 229-3, 4°, renverrait-il au chapitre III du titre VI du Code civil, chapitre qui est consacré aux conséquences du divorce ? Cette analyse est cohérente avec le plan retenu, avec la volonté de fuir le terme de « contrat », avec la volonté de voir dans tout ce nouveau processus, malgré tout, une procédure de consentement mutuel »<sup>22</sup>. En application du principe *specialia generalibus derogant*, les règles du régime contractuel ne seraient susceptibles de gouverner la convention de divorce par consentement mutuel, prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, dans l'unique hypothèse où le législateur n'aurait pas envisagé d'appliquer le régime du droit du divorce. L'élaboration d'une jurisprudence devrait permettre de définir le champ d'application respectif des règles issues du droit du divorce et de celles du régime contractuel pouvant gouverner cette dernière convention.

En définitive, dans le cadre de ce nouveau cas de divorce, le régime des accords portant règlement des intérêts patrimoniaux des époux sera un régime mixte relevant tant du droit du divorce que du droit commun des contrats. Dans une vision unitaire et afin d'éviter les difficultés engendrées par un régime hybride, il semblait pourtant préférable d'envisager l'application du seul régime contractuel à ces conventions de nature patrimoniale.

---

Les troisième et avant-dernier alinéas du présent article s'appliquent à la convention de divorce établie par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ».

<sup>22</sup> J. Casey, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair obscur », *AJF*, janv. 2017, dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », p. 14, spéc., p. 19.

Reste, maintenant, à démontrer que le régime judiciaire se trouve être en adapté aux conventions de nature extra-patrimoniale.

## ***§2. L'adéquation du régime judiciaire aux conventions de nature extra-patrimoniale***

**301.** Les développements précédents ont permis de démontrer qu'il apparaît opportun de soumettre l'état des personnes à un ordre public familial<sup>23</sup>. Dans le cadre, d'un divorce par consentement mutuel judiciaire, celui-ci se traduit par un contrôle *a priori* visant à vérifier que la volonté de divorcer de chacun des époux est réelle, que leur consentement est libre et éclairé et que les intérêts des enfants mineurs sont préservés ainsi que par un pouvoir de révision accordé au juge justifié par l'intérêt de l'enfant. Dès lors, les conventions de nature extra-patrimoniale ne peuvent supporter une qualification contractuelle. Ces derniers accords sont absorbés par le jugement de divorce et acquièrent, de la sorte, force de chose jugée. Il en résulte que les conventions de nature extra-patrimoniale obéissent à un régime judiciaire.

Pourtant, une telle proposition semble faire l'objet de critiques. Un auteur étudiant l'articulation entre le jugement et la convention a affirmé que l'« on sent bien que l'union entre jugement et convention, entre accord judiciaire et contrat, est sujette à des tiraillements d'autant plus grands qu'en réalité ils portent sur deux objets qui n'ont pas le même régime juridique : l'union matrimoniale, qui demeure indisponible et ses conséquences patrimoniales régies par l'autonomie de la volonté »<sup>24</sup>. Ce constat ne convainc pas pleinement. Au contraire, procéder à une scission de la convention homologuée afin d'isoler les dispositions de nature judiciaire permettrait d'emporter l'application d'un régime judiciaire aux seuls points soumis au contrôle judiciaire.

---

<sup>23</sup> Voir *supra* n° 272.

<sup>24</sup> F. Dekeuwer-Défossez, « Divorce et contrat », *op. cit.*, p. 73.





## CONCLUSION DU TITRE II

**302.** À l'issue de cette étude, il apparaît que les conventions homologuées ne relèvent pas de la catégorie des contrats. Celles-ci revêtent une nature mixte, mi-conventionnelle, mi-judiciaire. Ces dernières conventions ne peuvent, en effet, générer à elles seules des obligations. L'homologation constitue une condition légale leur faisant produire des effets de droit. En outre, les conventions homologuées se caractérisent par une force obligatoire d'origine judiciaire.

**303.** Le régime auquel doivent obéir ces conventions est un régime hybride, mi-contractuel mi-judiciaire résultant de la nature mixte de l'accord.

En définitive, on constate que les critiques formulées par les auteurs à l'encontre de la nature hybride, mi-contractuelle mi-judiciaire de toutes conventions homologuées perdurent. Les différentes réformes n'ont pas mis un terme à cette « indésirable indivisibilité »<sup>25</sup> qui suscite nombre de difficultés quant à la détermination du régime des conventions homologuées.

Pour autant, il ne s'agit pas, ici, de remettre en question le contrôle effectué par le juge, mais de proposer de limiter un tel contrôle aux seuls accords de nature extra-patrimoniale. Cette proposition permettrait ainsi l'application d'un régime judiciaire à toutes dispositions d'une convention concernant l'état des personnes. Quant aux conventions portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce, celles-ci obéiraient à un régime purement contractuel.

---

<sup>25</sup> L'expression est empruntée à A. Tisserand, « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », art. préc., p. 497.



## Conclusion de la partie 2

---

**304.** À l'issue de ces développements, il apparaît que les conventions du divorce sont soumises aux exigences du droit du divorce. Afin que ces dernières conventions puissent produire des effets de droit, une intervention judiciaire est indispensable. Le constat est celui d'un développement constant de l'intervention du juge tant au stade de la formation que dans celui de l'exécution des conventions de divorce conclues par les époux.

**305.** Si le principe de l'autonomie de la volonté s'applique dans le droit du divorce, il n'en demeure pas moins que cette liberté contractuelle ne peut s'exprimer entièrement. La liberté des époux demeure contrôlée par une intervention judiciaire. Ce qui traduit une présence accrue d'un ordre public familial. Par la voie de l'intervention judiciaire, l'État encadre les volontés individuelles. Et dans un contexte où le mariage est perçu par les époux comme un lien individuel et privé, ceux-ci ne comprennent pas les raisons pour lesquelles le juge s'immisce dans les conséquences de leur rupture. Cette incompréhension est d'autant plus grande que les conjoints se sont montrés capables de conclure une convention ayant pour objet les conséquences du divorce. Néanmoins, la présence du juge, en particulier lorsqu'il est chargé d'homologuer une convention, se justifie afin de protéger les intérêts du plus faible. Il s'agit là d'un ordre public de protection.

Pour autant, cette intervention judiciaire *a priori*, si elle apparaît justifiée pour les conventions concernant l'état des personnes, semble contestable s'agissant des conséquences patrimoniales de la rupture. En effet, relativement au droit commun des contrats, le juge est de plus en plus sollicité afin de protéger la partie la plus faible. Cette intervention croissante du juge se manifeste surtout au stade de l'exécution du contrat, par l'affirmation d'une exigence générale de bonne foi. Cette idée de

solidarisme contractuel traduit l'essor d'un ordre public de protection au sein du droit des contrats. Celui-ci se manifestant par une intervention judiciaire *a posteriori*.

**306.** En définitive, l'ordre public dans le droit du divorce et dans le droit des contrats convergent vers un même objectif : la protection de la partie la plus faible. Il en résulte que le droit commun des contrats a vocation à régir les conséquences patrimoniales du divorce. À l'instar du droit commun, la protection de l'époux le plus faible doit être assurée par le juge après la formation du contrat, lors de son exécution.

## Conclusion Générale

---

**307.** L'objectif de cette étude consacrée aux obligations conventionnelles nées du divorce était de définir et de justifier les places respectives susceptibles d'être tenues par les contrats de droit commun et les conventions dérogatoires au droit commun des contrats dans le droit du divorce.

Dans un contexte où est promue la liberté individuelle et où se multiplient les différentes formes de conjugalité, il apparaît délicat de conclure sur le constat d'un recul de la liberté contractuelle des époux lors de la rupture du mariage au profit d'un développement de l'intervention du juge.

Pourtant, cette intervention judiciaire traduit la présence d'un ordre public en constante évolution. L'ordre public de direction qui caractérisait le droit de la famille, et plus particulièrement le droit du divorce, tend à disparaître et cède la place à un ordre public de protection.

En définitive, le dessein du législateur, conscient des mutations de la famille, est de parvenir à trouver un équilibre entre l'expression du principe de l'autonomie de la volonté et le désir de ne pas banaliser le mariage et, par voie de conséquence, le divorce.

Une telle quête est délicate et ardue. Et, il serait prétentieux de penser pouvoir apporter une réponse définitive à des questions qui relèvent tant du domaine du droit que de celui de la sociologie et de l'éthique.

Néanmoins, des solutions se dessinent qui restent respectueuses des intérêts de chacun des époux et des enfants afin d'apaiser les conflits et les douleurs qui surgissent lors de la rupture du mariage.

**308.** Ces solutions consistent à développer le rayonnement du droit commun des contrats au sein des conséquences du divorce. Cependant, l'ordre public familial persiste. À cet égard, il faut souligner que la théorie générale des obligations n'a pas

vocation à mettre en péril l'état des personnes qui par nature doit demeurer indisponible. L'ordre public familial ne peut être dissocié du domaine extra-patrimonial, en particulier des sphères de la filiation et de l'autorité parentale.

Dans le domaine patrimonial, au contraire, il convient de laisser s'épanouir le principe de l'autonomie de la volonté.

Aussi a-t-on pu proposer d'étendre la fonction du notaire au droit patrimonial du divorce, et plus précisément de l'autoriser à rédiger les contrats portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce. Le notaire, en qualité d'auxiliaire de justice, aurait pour mission de protéger, au stade de la formation du contrat, les intérêts de chacun des époux. L'État, par l'intermédiaire du notaire, ne perdrait pas tout droit de regard sur les accords conclus par les époux. Le règlement des conséquences patrimoniales du divorce par les époux se réaliserait dans un cadre authentique, sous la responsabilité du notaire, celui-ci se substituant au juge. Ce que conforte par ailleurs, la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial.

**309.** En outre, la loi du 26 mai 2004 a révélé ses faiblesses. L'objectif fixé par le législateur, qui consistait à limiter le contentieux de l'après divorce en incitant fortement les époux à liquider leur régime matrimonial pendant l'instance en divorce, ne semble pas avoir été atteint. En d'autres termes, l'obligation faite par la loi aux époux de s'entendre pendant l'instance en divorce sur les conséquences patrimoniales de la rupture s'est révélée être, en pratique, inapplicable. Paradoxe de la situation, seuls les époux qui se sont montrés responsables et ont été capables de conclure un accord portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce, devront soumettre cette convention à une intervention judiciaire. À cet égard, on a pu relever que la réforme ne s'est pas attachée à éviter le phénomène inverse. En effet, le juge peut priver d'effet tout accord préalablement conclu par les époux en rejetant la demande d'homologation. Parallèlement, on a pu démontrer que les anciens époux divorcés au moyen d'un divorce contentieux, disposent toujours de la faculté de modifier de manière contractuelle le montant de la prestation compensatoire fixé par le juge. Le paradoxe atteint, ici, son paroxysme.

La solution consistant à autoriser les époux à conclure, pendant l'instance en divorce ou à défaut après son prononcé par le juge, un contrat portant règlement des conséquences patrimoniales du divorce, ceci sous l'égide du notaire liquidateur, semblerait préférable.

**310.** Les évolutions caractérisant la famille se traduisent, notamment, par une disparition progressive de la notion de groupe conjugal au profit d'un accroissement des droits individuels. Chacun des membres du couple revendique son « dû ». En raison de ces revendications individuelles, le droit des obligations et spécialement le droit commun des contrats constitue un instrument pouvant satisfaire les finalités du droit patrimonial de la famille envisagé du point de vue des relations entre les époux et, en particulier, les finalités du droit patrimonial du divorce.

**311.** Le droit des contrats se judiciarise progressivement. Jadis, gouvernée par le dogme de l'autonomie de la volonté, la matière se caractérise, désormais, par une immixtion croissante du juge au stade de l'exécution du contrat. À partir de la référence à la bonne foi, une jurisprudence s'est progressivement développée, imposant aux contractants de se comporter de manière honnête et loyale. Cette exigence générale de bonne foi constitue l'un des principes prévus par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Dès lors, il semblerait cohérent d'imposer, également, aux époux une certaine exigence de bonne foi dans l'exécution de leurs obligations. En définitive, les époux ayant conclu un contrat portant règlement de leurs intérêts patrimoniaux seraient tenus, non seulement, à un devoir de loyauté, mais également, à un devoir de collaboration dans l'exécution du contrat. La mission du juge consisterait alors à protéger, en cas de mauvaise foi manifeste de la part d'un des époux, la partie la plus faible. Ce qui tend à démontrer que le droit des contrats et le droit du divorce peuvent se compléter, le premier pouvant servir le second.

**312.** On a pu constater un véritable changement de perspectives dans les composantes du droit du divorce qui se traduit par une prédominance du droit patrimonial du divorce. La dimension pécuniaire de l'accord absorbe le contrat dans son intégralité,

le caractère familial de ce dernier devenant accessoire. La condition des époux s'identifie alors à celle d'un créancier et d'un débiteur, le droit des contrats se saisissant de ce rapport « époux-parties ».

Pour autant, il ne s'agit pas de faire perdre au mariage et au divorce leur spécificité. Ces derniers ne pouvant être réduits à un simple rapport de créancier à débiteur. Les liens de famille créés dans un mariage, et *a fortiori*, bouleversés lors de sa rupture sont emprunts d'une originalité certaine dépassant les volontés individuelles.

Pourtant, une crainte surgit : dans une époque d'inflation législative affectant particulièrement le droit de la famille, l'idée d'une banalisation du divorce semble se profiler. En témoigne la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle prévoyant, notamment le divorce par consentement mutuel sans la présence du juge aux affaires familiales. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, les époux peuvent divorcer par acte sous signature privée contresigné par deux avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire<sup>1</sup>. Dans ce cas de divorce, le notaire n'a pas pour mission de contrôler le caractère éclairé du consentement des époux ou l'équilibre de la convention. Son intervention se borne à vérifier la régularité formelle de la convention et le respect du délai de quinze jours de réflexion.

La sagesse conduirait, sans doute, à ne pas multiplier des lois particulières générant des droits spéciaux, là où le droit commun des contrats se caractérisant par une possibilité d'interprétation et d'adaptation pourrait être appliqué au droit du divorce.

« L'art de vivre en famille ne s'enseigne point. On pourrait enseigner, en revanche, l'art de faire des lois à l'ombre desquelles chacun cultivera son art de vivre en famille. Mais la leçon de cet art législatif serait si brève : le moins de lois possible. C'est pour vivre sans famille qu'il faut beaucoup de lois »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> S'il est porté manifestement atteinte à l'ordre public le notaire, en sa qualité d'officier public, pourra alerter les avocats sur la difficulté. La présence d'enfants mineurs ne constitue pas un obstacle au divorce sans juge. Mais s'il est capable de discernement, l'enfant doit être informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge. La convention de divorce devra porter mention que cette information a été donnée et que l'enfant ne souhaite pas faire usage de cette faculté. Voir notamment : H. Fulchiron « Autour du projet de divorce par acte d'avocat enregistré par notaire », *Dr. famille* n° 7, juillet-août 2016, dossier « Le divorce par consentement mutuel sans juge », p. 9 ; H. Fulchiron « Le divorce sans juge, c'est ... pour bientôt ! », *Dr. famille* n° 9, septembre 2016, repère n° 8.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, éd. Deffrénois 1979, p. 180.



## Bibliographie

---

- I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies
- II. Traités, manuels et cours
- III. Monographies
- IV. Thèses
- V. Rapports et articles issus de recueils de contributions
- VI. Articles de mélanges
- VII. Articles de doctrines et notes de jurisprudence

### I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies

**Cornu (G.)**, *Vocabulaire juridique*, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 8<sup>e</sup> éd., 2007

**Hauser (J.)**, **Delmas-Saint-Hilaire (P.)**, *Juris-cl. civ.*, fasc. 240, n° 80

- *Juris-cl. Civ. Code*, Art 266 à 285-1, fasc. 10, n° 95

### II. Traités, manuels et cours

**Aubry (C.)** et **Rau (C.)**, par **Ponsard (A.)**, *Cours de droit civil français*, Librairie Techniques, t. VIII, 7<sup>e</sup> éd., 1973

**Bénabent (A.)**, *Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12<sup>e</sup> éd., 2010

**Bénabent (A.)**, *Droit de la famille*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3<sup>e</sup> éd., 2014

**Carbonnier (J.)**, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, coll. Thémis droit privé, 1<sup>re</sup> éd. « Quadrige » 2004

- *Les biens, Les obligations*, coll. Thémis droit privé, 1<sup>ère</sup> éd. « Quadrige » 2004

**Colomer (J.)**, *Régimes matrimoniaux*, Litec, 12<sup>e</sup> éd., 2004

**Cornu (G.)**, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2006

**Courbe (P.)**, *Droit de la famille*, Armand Colin., 4<sup>e</sup> éd., 2005

**Flour (J.)**, **Aubert (J.-L.)**, **Savaux (E.)**,

- *Droit civil. Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, Sirey, 16<sup>e</sup> éd., 2014

- *Droit civil. Les obligations, Le rapport d'obligation*, t. 3, Sirey, 9<sup>e</sup> éd., 2015

**Flour (J.)**, **Champenois (G.)**, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2<sup>e</sup> éd., 2001

**Fulchiron (H.)**, **Malaurie (Ph.)**, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5<sup>e</sup> éd., 2016

**Guinchard (S.)**, **Chainais (C.)**, **Ferrand (F.)**, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, coll. Précis, 32<sup>e</sup> éd., 2014

**Hauser (J.)** et **Huet-Weiller (D.)**, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991

- Ghestin (J.), Goubeaux (G.)** avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction au droit*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1994
- Malaurie (Ph.), Aynès (L.), Stoeffel-Munck (Ph.)**, *Droit des obligations*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd. 2016
- Marty (G.) et Raynaud (P.)**, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, par P. Raynaud, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1985
- Mazeaud (H.-L., J.)**, *Leçons de droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, t. IV, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. 1982, mise à jour par de M. de Juglart, 1986
- *Leçons de droit civil, Les obligations*, Montchrestien, t. II, vol. 1, 9<sup>e</sup> éd. 1998, mise à jour par de F. Chabas
- Simler (Ph.), Delebecque (Ph.)**, *Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis 6<sup>e</sup> éd., 2012
- Starck (B.), Roland (H.), Boyer (L.)**, *Les obligations. Le contrat*, v. 2, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 1998
- Terré (F.), Lequette (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, coll. Les grands arrêts, t. 1 et 2, 13<sup>e</sup> éd., 2015
- Terré (F.), Simler (Ph.), Lequette (Y.)**, *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11<sup>e</sup> éd., 2013
- Terré (F.), Fenouillet (D.)**, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, coll. Précis, 8<sup>e</sup> éd., 2011
- Terré (F.), Lequette (Y.)**, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, coll. Précis, 4<sup>e</sup> éd., 2013
- Vincent (J.), Guinchard (S.)**, *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 27<sup>ème</sup> éd., 2003

### III. Monographies

- Bénabent (A.)**, *La réforme du divorce article par article*, éd. Defrénois, 2004
- Carbonnier (J.)**, *Essais sur les lois*, éd. Defrénois 1979
- Demogue (R.)**, *Traité des obligations en générale*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1923
- *Traité des obligations, Source des obligations*, t. II, Librairie Arthur Rousseau, 1923
  - *Traité des obligations en générale*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1932
- Du Pontavice (E.)**, *L'autonomie du droit de la famille*, Annales de la faculté de droit est des sciences économiques, Sceaux, Ed. Techniques et Economiques, 1974
- Dekeuwer-Défossez (F.)**, *La séparation dans tous ses états*, éd. Lamy, 2010
- Garaud (M.), Szramkiewicz (R.)**, *La révolution française et la famille*, PUF, 1978
- Labbée (X.)**, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels*, Presses universitaires du Septentrion, 1996
- Lévy (J.-P.), Castaldo (A.)**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002
- Massip (J.)**, *La réforme du divorce*, t.1, éd. Defrénois, 1976
- Salleilles (R.)**, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Pichon, Paris 1901
- Théry (I.)**, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, *Couple, Filiation et Parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, La documentation française, éd. Odile Jacob, 1998
- Vouin (J.-F.), Lafond (J.)**, *Les conventions de divorce*, Cridon Bordeaux, 1981

#### IV. Thèses

- Balbo-Izarn (N.)**, *Conventions entre époux et divorce : Contribution à la définition d'un ordre public conjugal de séparation*, thèse Toulon, 2000
- Buffelan-Lanore (Y.)**, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1961
- Berthiau (D.)**, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 320, 1999
- Carbonnier (J.)**, *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932
- Couturier (G.)**, *La confirmation des actes nuls*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 121, 1972
- De Larbourg (B.)**, *Les conventions entre époux relatives au divorce*, thèse Toulouse, 1925,
- Desgorces (R.)**, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspective*, thèse, Paris II, 1992
- Drogoul (F.)**, *Essai d'une théorie générale des nullités, Étude de droit civil*, thèse Aix, 1902
- Duard-Berton (C.)**, *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse Paris II, 2004
- Engel-Creach (A.)**, *Les contrats judiciairement formés*, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2002
- Gounot (E.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Paris, 1912
- Guerriéro (M.-A.)**, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, 1975
- Hauser (J.)**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse Paris, 1971
- Japiot (R.)**, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909
- Julien (J.)**, *Les contrats entre époux*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 33, 1962
- Lécuyer (H.)**, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993
- Lipinski (P.)**, *La liquidation dans le régime de séparations de biens*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 367, 2002
- Lesbats (C.)**, *Les accords de volontés entre époux dans le divorce*, thèse Nantes, 1999
- Loiseau (G.)**, *Le nom objet d'un contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 274, 1997
- Malaurie (P.)**, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, thèse Paris 1951, éd. Matot-Braine
- Nérac (PH.)**, *La protection du nom patronymique en droit civil (étude de la jurisprudence)*, thèse Lille II, 1975, éd. 1980.
- Niboyet (F.)**, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 494, 2008
- Rouhette (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965
- Savaux (E.)**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, thèse Paris I, 1997
- Lécuyer (H.)**, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 1993
- Stoffel-Munck (Ph.)**, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000
- Vincent-Legoux (M.-C.)**, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF, coll. Les grandes thèses du droit français, 2001

## V. Rapports et articles issus de recueils de contributions

- Actes du colloque des 3 et 4 février 2000 organisé sous l'égide de l'Institut Charles Dumoulin (Université Paris XI), *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *Economica*, T. 14, 2001
- Actes du colloque de la Revue des contrats, Sorbonne, 24 septembre 2008, *La réforme du droit français des contrats*, *RDC* 2009, n° 1 et s.
- *Pour une réforme du droit des contrats. Réflexion et proposition d'un groupe de travail sous l'impulsion de François Terré, Président de l'Académie des Sciences Morales*, éd. Dalloz, 2008
- *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *JO/02/2016*, n° 35, p. 1 et s.

**Bénabent**, (A.), « La question du divorce : arrière l'Église, seul vive l'État... », *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 151 et s.

- « L'ordre public en droit de la famille », *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la direction de T. Revet, Dalloz 1996, p. 27 et s.

**Battifol** (H.), *La crise du contrat et sa portée*, *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p.13 et s.

**Cornu** (G.), préface, *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, *Economica*, 1987, p. 1 et s.

**Creff** (G.), « Les contrats de la famille », *Le droit contemporain des contrats*, *Economica*, 1987, p. 245 et s.

**Dekeuwer-Défossez** (F.), « Divorce et contrat », *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *Economica*, T. 14, 2001, p. 67 et s.

**Déprez** (J.), « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution contractuelles en droit civil et commercial français », *Trav. Ass. Capitant, Journées d'Istanbul*, Librairie Dalloz, t. 17, 1964

**Leveneur** (L.), « Introduction », *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *Economica*, T. 14, 2001, p. 1 et s.

**Ghestin** (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in C. Perelman et R. Vanderelst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 77 et s.

**Guerriero** (M.-A.), « La loi du 23 déc. 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens de leurs enfants mineurs, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse* », t. XXXIII, 1985, n° 48, p. 141 et s.

**Hauser** (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica*, coll. Etudes Juridiques, 2001, p. 114 et s.

- « L'enfant », Actes de Colloque, *La place du contrat en droit de la famille*, *Gaz. Pal.*, 29-30 mars 2013, Édition spéciale, p. 27 et s.

**Martin** (D.R.), « Régimes matrimoniaux et contrat » *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *Economica*, T. 14, 2001, p. 153 et s.

**Murat** (P.), « Rattachement familial de l'enfant et contrat », *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *Economica*, T. 14, 2001, p.166 et s.

**Portalis**, « Exposé des motifs, Séance du Corps Législatifs du 16 ventose an XI », *LOCRÉ, La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827, tome 4, p. 481 et s.

**Terré** (F.), « Rapport introductif, L'ordre public en droit de la famille », *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, sous la direction de T. Revet, p. 3 et s.

**Vernay** (J.), « Le droit canonique du mariage », *Droit canonique*, P. Valdrini, J.-P. Durand, O. Écappé et J. Vernay, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999, spéc. n° 480 et s.

## VI. Articles de mélanges

**Breton** (A.), « Divorce et partage », *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 132 et s.

**Dekeuwer-Défossez** (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges F. Terré, L'avenir du droit*, éd. PUF, Dalloz, 1999, p. 603 et s.

**Hauser** (J.) « L'égalité des parents en cas de séparation », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de F. Sudre, Bruylant, Bruxelles, p. 315 et s.

**Hébraud** (P.), « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mélanges offerts à Monsieur J. Maury*, T. 2, Droit comparé, Théorie générale et droit privé, Dalloz, Sirey, 1960, p. 419 et s.

- « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Études offertes à P. Kayser*, 1979, t. I, p. 1 ; *Le droit et le futur*, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, série philosophie du droit, 1985.

**Jamin** (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Le contrat au début du XXIe siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

**Labrusse-Riou** (C.), « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », *Mélanges Rodière*, Dalloz, 1981, p. 151 et s.

**Simler** (Ph.), « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 461 et s.

**Tisserand** (A.), « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », *Mélanges à la mémoire de D. Huet-Weiller*, Droit des personnes et de la famille, PU Strasbourg et LGDJ, 1994, p. 497 et s.

**Vidal** (J.), « Les conventions de divorce », *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 805 et s.

## VII. Articles de doctrines et notes de jurisprudence

- Abry (B.)**, « Les pièges guettant les conventions de divorce », *JCP N*, 1992, p. 64 et s.
- Antonini-Cochin (L.)**, « Le paradoxe de la fidélité », *D.* 2005, chron. p. 23 et s.
- Balensi (I.)**, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42 et s.
- Beauchard (J.)**, « Le bail forcé du logement de la famille après divorce », *JCP N* 1982, I, 63.
- Beignier (B.)**, note sous Cass. 2e civ., 27 mai 1998, *Dr. famille*, comm. n° 117
- note sous Cass. 1re civ., 14 nov. 2000, *Dr. famille* 2001, comm. n° 8
  - note sous Cass. 1re civ., 28 nov. 2007, *Dr. famille* 2008, comm. n° 13
  - « Le divorce : le juge, l'avocat et le notaire », *Dr. famille* 2008, étude n° 12
  - note sous Cass. 1re civ., 8 avr. 2009, *Dr. famille* 2009, comm. n° 59
  - « Décret du 17 déc. 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivision », *Dr. famille* 2010, étude n° 42
- Bénabent (A.)**, obs. sous Cass. 2e civ., 27 juin 1985, *D.* 1986, IR p. 112
- obs. sous Cass. 2e civ., 17 oct. 1985, *D.* 1987, somm. p. 43 ets.
  - obs. sous CA Paris, 17 déc. 1985, *D.* 1987, somm. p. 46
  - obs. sous Cass. 1re civ., 28 nov. 2000, *Dr. et patrimoine* 2001, comm. n° 2816
  - « Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2001, Point de vue, p. 1036
  - obs. sous Cass. 1re civ., 9 mars 1994, *Dr. et patrimoine* 2004, comm. n° 579
  - « Doctrine ou Dallas », *D.* 2005, chron. p. 852 et s.
- Bérard (A.)**, interview, *AJF*, 2010, « Accords en matière familiale », dossier « Le droit collaboratif », p. 253
- Bidaud-Garon (C.)**, « Le mariage sans sexe ? », *Dr. famille* 2013, dossier n° 18, p. 13 et s.
- Bignon (D.)**, obs. sous Cass. 1re civ., 17 déc. 1996, *Defrénois* 1997, art. 36531, p.455 et s.
- Binet (J-R.)**, « Après la loi, le décret et l'arrêté : une circulaire et des fiches techniques », *AJF mars 2017*, com. 57.
- Bonnet (G.)**, « Le règlement de la succession du débiteur d'une prestation compensatoire », *AJF* 2007, p. 120 et s.
- Bosse-Platière (H.)**, obs. sous CA Nancy, 12 mai 1995, *JCP G*, 1997, I, 4045, n° 4
- Brenner (C.)**, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *JCP G*, 27 fév. 2017, 195
- Breton (A.)**, note sous Cass. 1re civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, *D.* 1977, jur. p. 177 et s.
- note sous Cass. 1re civ., 22 oct. 1985, *D.* 1986, jur. p. 241 et s.
  - note sous Cass. 1re civ., 22 oct. 1985, *Defrénois* 1986, art 33757, p. 859 et s.
- Brochard (R.)**, « La mission du notaire dans le cadre du nouveau divorce », *JCP N*, 2005, 1177
- Buat-Ménard (E.)**, « Le partage du régime matrimonial devant le juge aux affaires familiales : état des lieux au lendemain d'une réforme », dossier « Liquidation du régime matrimonial (1<sup>ière</sup> partie) », *AJF* 2010, p. 157 et s.
- Cabrillac (R.)**, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP G* 2008, I, 190
- obs. sous Cass. Com. 7 nov. 2006, *JCP G* 2007, I, 153, n° 7

**Carbonnier (J.)**, « La question du divorce, Mémoire à consulter », *D.* 1975, chron. p. 115 et s.

**Casey (J.)**, « Procédure de divorce et liquidation du régime matrimonial. Le divorce de la raison et du possible ? », *Dr. famille* 2008, étude, n° 1

- « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair obscur », *AJF*, janv. 2017, dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », p. 14.

**Casado (A.-L.)** obs. sous Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, *D.* 2012, *Gaz. Pal.*, p. 41 et s.

**Champenois (G.)**, obs. sous 2 mai 1984, *Defrénois* 1984, art. 33489, p. 452 et s.

- obs. sous Cass. 1re civ., 22 juill. 1985, *Defrénois* 1985, art. 33636, p. 1476 et s.
- obs. sous Cass. 1re civ., 5 mai 1987, *Defrénois* 1988, art. 34337, p. 1248 et s.
- obs. sous Cass. 1re civ., 24 nov. 1987, *Defrénois* 1988, art. 34289, p. 928 et s.
- obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, art. 36640, p. 1090 et s., 1<sup>ère</sup> esp.
- obs. sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, art. 36640, p. 1090 et s., 2<sup>ème</sup> esp.
- obs. sous Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Defrénois*, 1998, art. 36828, p. 827 et s.
- obs. sous Cass. 1re civ., 9 mars 1994, *Defrénois* 1994, art. 35953, p. 1536 et s.

**Chapelle (A.)**, « Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale », *RTD civ.* 1984, p. 411 et s.

**Chénéde (F.)**, « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », *AJF*, janv. 2017, dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », p. 26

**Chevallier (J.)** obs. sous Cass. 1re civ., 4 mai 1966, *RTD civ.* 1967, p. 148 et s.

**Chopin (M.)**, **Cadars-Beaufour (C.)**, « La résidence alternée, état du droit, bilan et jurisprudence », *AJF* 2010, p. 21 et s.

**Claux (J.-P.)**, « Le nouveau calendrier liquidatif », *AJF* 2005, p. 125 et s.

- « Donations entre époux », *AJF* 2005, p. 138.

**Couzigou-Suhas (N.)**, « Les incitations procédurales à une liquidation rapide et efficace du régime matrimonial », *JCP N* 2005, 1178

**Dagot (M.)** note sous Cass. 1re civ., 24 nov. 1987, *JCP G* 1989, II, 21255

**David (S.)** note sous Cass. 1re civ., 3 fév. 2004, *AJF* 2004, jur. p. 101 et s.

- note sous Cass. 1re civ., 19 oct. 2004, *AJF* 2004, jur. p. 454 et s.
- note sous Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, *AJF* 2005 jur. p. 65 et s.
- note sous Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, *AJF* 2005, jur. p. 104 et s.
- obs. sous Cass. 1re civ., 8 fév. 2005, *AJF*, jur. p. 232 et s.
- note sous Cass. 2e civ., 10 mars 2005, *AJF* 2005, jur. p. 143 et s.
- note sous Cass. 1re civ., 8 avr. 2009, *AJF* 2009, jur. p. 219 et s.
- note sous Cass. 1re civ., 12 nov. 2009, *AJF* 2010, jur. p. 83 et s.

**De La Marnierre (E.-S.)** note sous Cass. 1re civ., 24 nov. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, I, p. 323 et s.

**Dekeuwer-Défossez (F.)**, note sous Cass. 1re civ., 4 mai 1966, *JCP G* 1967, II, 15038

- note sous Cass. 1re civ., 16 mars 2004, *D.* 2004, jur. p. 1754 et s.
- « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, chron. p. 1364 et s.
- obs. sous Cass. 3e civ., 28 janv. 2009, *RDC* 2009, p. 999 et s.

**Depondt (A.)**, « Réflexions sur le rôle du notaire dans le nouveau divorce », *Defrénois* 2006, p. 1815 et s.

- Derrida** (F.), note sous Cass. ch. mixte, *D.* 1986, jur. p. 185 et s.
- Douchy-Oudot** (M.), « Contentieux familial », *D.* 2007, chron. p. 2690 et s.
- Egée** (V.), note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 avr. 2009, *D.* 2009, jur. p. 1201 et s.
- Esmein** (P.) note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 octobre 1965, *JCP G* 1966, II, 14682
- Fages** (B.) obs. sous Cass. Civ. 3e, 18 mars 2009, *RTD civ.* 2009, p. 528 et s.  
- obs. sous Cass. 3e civ., 28 janv. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 317 et s.
- Fenouillet** (D.), « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », *RDC/1*, 2009, p. 279 et s.
- Forgeard** (M.C.), note sous Cass. 2e civ. , 17 mars 1993, *Defrénois* 1994, art. 35864, p. 943 et s.  
- note sous Cass. 2e civ., 5 janv. 1994, *Defrénois* 1994, art. 35864, p. 943 et s.
- Foulon-Pigagniol** (C.-I.), obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1964, *D.* 1965, jur. p. 209 et s.
- Fulchiron** (H.), « Autour du projet de divorce par acte d’avocat enregistré par notaire », *Dr. famille* n° 7, juillet-août 2016, dossier « Le divorce par consentement mutuel sans juge », p. 9 et s.  
- « Le divorce sans juge, c’est ... pour bientôt ! », *Dr. famille* n° 9, septembre 2016, repère n° 8
- Garé** (Th.), obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 fév. 2004, *RJPF* 2004, p. 15 et s.  
- obs sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 2008, *JurisData* n° 2008-042985 ; *RJPF* juin 2008, p. 26 et s.
- Gebler** (L.), « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJF* 2009, p. 256 et s.
- Ghestin** (J.) « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. p. 147 et s.  
- « L’interprétation d’un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, chron. p. 2239 et s.
- Ghozi** (A.) et **Lequette** (Y.), « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, chron. p. 2609 et s.
- Giacoppelli-Mori** (M.), « L’autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés », *RTD. civ.* 2001, p.505 et s.
- Giboulot**, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 1876, *D.P.* 1876, I, jur. p. 183 et s.
- Grimaldi** (M.), note sous Cass. 2e civ., 25 janv. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. jurispr. p. 248 et s.  
- obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 fév. 1996, *D.* 1996, somm. p.393 et s
- Groslière** (J.), obs. sous CA Douai, 27 mars 1980, *D.* 1981, IR, p. 52  
« Consentement et divorce », *LPA*, 20 avr. 1984, n° 48, p. 48 et s.
- Grossen** (J.M.), « Quelques remarques sur la situation et les méthodes du droit de la famille », *RDS* 1966, p. 41 et s.
- Hauser** (J.), obs. sous CA Limoges, 17 janv. 1991, *RTD civ.* 1991, p. 717 et s.  
- obs. sous Cass. 2e civ., 5 janv. 1994, *RTD civ.* 1994, p. 329 et s..  
- obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1994, *RTD civ.* 1994, p. 333 et s.  
- obs. sous Cass. 2e civ., 29 avr. 1994, *RTD civ.* 1994, p. 571 et s.  
- obs. sous TGI Paris, 3 sept. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 872 et s.  
- obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1997, *RTD civ.* 1998, p. 729 et s.  
- obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mars 1998, *RTD civ.*, 1998, p. 729 et s.  
- obs. sous Cass. 2e civ., 27 mai 1998, *RTD civ.* 1998, p. 661 et s.  
- obs. sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 fév. 1999, *Bull. civ.* II. n° 26, p. 19 ; *RTD civ.* 1999, p. 666 et s.



- obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janv. 2000, *RTD civ.* 2000, p. 553 et s.
  - obs. sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 mars 2002, *RTDC civ.* 2002, p. 492 et s.
  - obs. sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 juin 2002, *RTD civ.* 2002, p. 789 et s.
  - obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 fév. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 272 et s.
  - obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 fév. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 372 et s.
  - obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2005, *RTD civ.* 2005, p. 343 et s.
  - obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005, *Bull. civ.* I, n° 190, p. 160, *RTD civ.* 2005, p. 579 et s.
  - obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 fév. 2006, *Bull. civ.* I, n° 109, p. 101 ; *RTD civ.* 2006, p. 285 et s.
  - obs. sous Cass. Com. 7 nov. 2006, *RTD civ.* 2007, p. 322 et s.
  - « Compétence tutélaire : la pétaudière normative ! », *RTD civ.* 2009, p. 700 et s.
  - Obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 oct. 2010, *RTD civ.* 2010, p. 768 et s.
- Hauser (J.), Delmas Saint-Hilaire (P.),** « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champs contractuel ? », *Def.* 2005, art. 38115, p. 357 et s.
- Henry (X.),** « Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires », *D.* 2009, point de vue, p. 28 et s.
- Hérail (J.),** note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 avr. 1993, *JCP N* 1994, II, p. 113 et s.
- Hilt (P.),** note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2008, *Bull. Civ.* I, n° 179 ; *AJF jur.* p. 396 et s.
- Houtcief (D.),** obs. sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2009, *D.* 2009, jur. p. 208 et s.
- Huet-Weiller (D.),** note sous CA Paris, 22 oct. 1980 et TGI Paris, 10 fév. 1981, *JCP G*, II, 19624
- obs. sous TGI Paris, 18 fév. 1981, *D.* 1981, jur. p. 443 et s.
- Jamin (C.),** « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patrimoine* 1998, p. 46 et s.
- « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, chron. p. 901 et s.
  - note sous Cass. com. 15 janv. 2002, *JCP G* 2002, II, 10157
- J.M.,** note sous CA Paris, 30 avr. 1982, *Gaz. Pal.* II, p. 518 et s.
- note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, II, p. 495 ( 2<sup>e</sup> esp.)
- Labbée (X.),** note sous TGI Lille, 26 nov. 1999, *D.* 2000, jur. p.254 et s.
- « Le divorce par notaire », *D.* 2008, entretien, p. 144 et s.
  - « La judiciarisation du PACS et du concubinage », *D.* 2009, chron. p. 2053 et s.
- Lafond (J.),** « Notaires et avocats dans le nouveau droit du divorce », *JCP N*, 2005, 1181
- Larribau-Terneyre (V.),** note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 fév. 2004, *Dr. famille* 2004, comm. n° 78
- « La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Deuxième partie : Les moyens du changement », *Dr. famille* 2004, chr. n° 16, p. 9 et s.
  - note sous Cas. 1<sup>re</sup> civ., 14 déc. 2004, *Dr. famille* 2005, comm. n° 32
  - note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 fév. 2005, *Dr. famille* 2005, comm. n° 75
  - note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mars 2005, *Dr. famille* 2005, comm. n° 73
  - note sous Cass. Com. 7 nov. 2006, *Dr. famille*, 2007, comm. n° 61
  - note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 sept. 2008, *Dr. famille* 2008, comm. n° 153
  - « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. famille* 2009, chr. n° 29
  - « Infortunes et regrets », *Dr. famille* 2009, étude n°33

- note sous Cass. 1re civ., 12 nov. 2009, *Dr. famille* 2010, comm. n° 15
  - « Opérations de liquidation après divorce : précisions, *Dr. famille* 2010 » étude n° 3
  - note sous Cass. 1re civ., 23 juin 2010, *Dr. famille* 2010, comm. n° 128
  - note sous CA Versailles, 25 oct. 2012, *Dr. famille* 2013, comm. n° 65
- Lécuyer** (H.), note sous Cass. 2e civ., 18 déc. 1996, *Dr. famille* 1997, comm. n° 78
- note sous Cass. 1re civ., 6 mai 1997, *Dr. famille* 1997, comm. n° 123
  - note sous Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Dr. famille* 1998, comm. n° 117
  - note sous Cass. 2e civ., 27 mai 1998, *Dr. famille* 1998, comm. n° 170
  - note sous Cass. 1re civ., 30 juin 1998, *Dr. famille*, 1998, comm. n° 117
  - note sous Cass. 2e civ., 25 nov. 1999, *Dr. famille* 2000, comm. n° 22
  - note sous Cass. 1re civ., 25 janv. 2000, comm. n° 48
  - note sous Cass. 2e civ., 24 fév. 2000, *Dr. famille* 2000, comm. n° 57
  - note sous CA Paris, 4 oct. 2000, *Dr. famille*, 2001, comm. n° 28
  - note sous Cass. 2e civ., 2 mai 2001, *Dr. famille* 2005, comm. n° 78
  - note sous Cass. 2e civ., 5 juill. 2001, *Dr. famille* 2002, comm. n° 30
  - note sous Cass. 1re civ., 29 janv. 2002, *Dr. famille* 2002, comm. n° 70
  - note sous Cass. 2e civ., 28 mars 2002, *Dr. famille*, 2002, comm. n° 113
  - note sous Cass. 1re civ., 11 juin 2003, *Bull. civ. Dr. Famille* 2003, comm. n° 101
  - « Quel régime matrimonial pour quelle situation et quel objectif », *Dr. et patrimoine* 2004, Analyse, p. 55 et s.
- Lemouland** (J.J.), « La loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.* 2004, chron. p. 1825.
- Lesourd** (N.), « Réflexions sur l'article 246 du Code civil », *Gaz. Pal.* 1981, Doct. p. 88 et s.
- obs. sous TGI Paris, 18 fév. 1981, *D.* 1981, jur. p. 443 et s.
- Lienhard** (A.), note sous Cass. 1re civ., 25 janv. 2000, *D.* 2000, actu. jur. p. 103 et s.
- obs. sous Cass. Com. 7 nov. 2006, *D.* 2006, jur. p. 2911 et s.
- Lindon** (R.), note sous CA Paris, 22 oct. 1980 et TGI Paris, 10 fév. 1981, *D.* 1981, p. 443 et s.
- Lipinski** (P.), note sous Cass. 1re civ., 14 nov. 2000, *D.* 2001, jur. p. 1755 et s.
- Lyon-Caen**, note sous Cass. req. 28 mai 1895, *S.* 1896, I, p. 396 et s.
- Malaurie** (Ph.) note sous Cass. 1re civ., 4 mai 1966, *D.* 1966, jur. p. 553 et s.
- Marignan**, rapp. Sous Cass. req. 28 mai 1895, *DP* 1896, 2, p. 154 et s.
- Marly** (P.-G.), note sous Cass. 1re civ., 3 juin 2003, *D.* 2003, jur. p. 2655 et s.
- Massip** (J.), obs. sous CA Paris, 9 mars 1979 *D.* 1979, jur. p. 471 et s.
- note sous Cass. 1re civ., 29 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, II, p. 495 et s.
  - obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 déc. 1983, *Deffrénois* 1984, art. 33429, n° 104
  - note sous Cass. 2e civ., 21 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, p. 38 et s.
  - obs. sous Cass. 2e civ., 9 mai 1988, *D.* 1989, jur. p. 289 et s.
  - obs. sous Cass. 2e civ., 25 mai 1993, *Deffrénois* 1994, art. 1440
  - obs. sous Cass. 1re civ., 23 mars 1994, *Deffrénois*, art. 35891, p. 1090 et s.
  - obs. sous Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Deffrénois*, 1998, art. 36865, p. 1111 et s.
  - obs. sous Cass. 1re civ., 25 janv. 2000, *Deffrénois* 2000, art. 37179, p. 652 et s.
  - obs. sous Cass. 2e civ., 24 fév. 2000, *Deffrénois* 2000, art. 37229, p. 1050 et s.
  - obs. sous Cass. 2e civ., 28 mars 2002, *Deffrénois* 2002, art. 1161
  - Obs. sous TGI Montbrison, 8 janv. 2003, *Gaz. Pal.* 2003, II, p. 3053
  - obs. sous CA Paris, 18 mars 2004, *Gaz. Pal.* 2004, II, p. 3 et s.
  - obs. sous Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, *Deffrénois* 2005, art. 1050

- obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 fév. 2005, *Defrénois* 2005, art. 1841,
- Mathieu** (C.), note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 déc. 2004, *D.* 2005, jur. p. 1985 et s.
- Mazeaud** (D.), « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008, chron. p. 2675 et s.
- Mestre** (J.), obs. sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 avr. 1987, *RTD civ.* 1988, p. 122
  - obs. sous Cass. com. 3 nov. 1992, *RTD civ.* 1993, p. 124 et s.
- Molfessis** (N.), « Droit des contrats : Que vive la réforme », *JCP G*, n° 7, 15 février 2016, p.180 et s.
- Morin** (G.), note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 déc. 1982, *D.* 1983, jur. p. 209 et s.
  - note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1983, *D.* 1984, jur. p.254 et s., *Defrénois* 1984, art. 33250, p.345 et s.
- Murat** (P.), note sous CA Angers, 11 mars 1996, *Dr. famille* 1997, comm. n° 10
  - note sous CA Metz, 11 janv. 2005, *JurisData* n° 264375, *Dr. famille* 2005, comm. n° 101
- Neirinck** (C.), « Vers un droit commun de la rupture, in Reconstruire la famille : le droit commun du couple », *LPA* 20 déc. 2007, p. 28 et s.
- Neirinck** (C.), **Bazin** (E.) obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 2011, *Dr. famille* 2012, comm. n° 9
- Nerson** (R.), note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 octobre 1965, *RTD civ.* 1967, p. 381 et s.
  - CA Versailles, 6 fév. 1979, *RTD civ.* 1981, p. 622 et s.
- Nerson** (R.) et **Rubellin-Devichi** (J.), obs. sous CA Paris, 22 oct. 1980 et TGI Paris, 10 fév. 1981, *RTD civ.* 1983, p. 623 et s.
  - obs. sous CA Paris, 9 mars 1979 *D.* 1979, jur. p. 471 et s.
- Patarin** (J.), obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, *JCP G* 1977, II, 18625
- Philippe** (C.) obs. sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 janv. 1984, *D.* 1984, jur. p. 442 et s.
- Pillebout** (J.-F.), note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1983, *JCP G* 1984, II, 20330
- Potentier** (Ph.), « Le divorce par consentement mutuel : un débat qui n'est pas clos », Dossier « Prochaine réforme de la procédure familiale », *AJF* 2008, p. 328 et s.
- Pouliquen** (E.) note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 oct. 2010, *JurisData* n° 2010-017661 ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2010, n° 4055
- Putman** (E.), obs. sous Cass. Com. 7 nov. 2006, *Dr. et proc.* 2007, p. 94 et s.
- Ravanas** (J.), obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1997, *D.* 1998, jur. p. 357 et s.
- Rebourg** (M.), « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », *Dr. famille* 2004, chron. n° 17, p. 13 et s.
  - obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 2011, *JCP G* 2012, I, n° 8
- Revel** (J.), « Les conventions entre époux désunis (Contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial) », *JCP G* 1982, I, 3055
  - obs. sous Cass. com, 28 avr. 1998, *D.* 1999, somm. p. 20
  - obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 sept. 2003, *D.* 2004, somm. p.2265
- R.L.**, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 oct. 1964, *D.* 1965, jur. p. 209, obs. C.-I. Foulon-Pigagniol ; *JCP G*, 1965, II, 13891
- Rouquet** (Y.), obs. sous Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mars 2009, *Bull. civ.* III, n° 64, p. 56, *D.* 2009, jur. p. 950 et s.
- Rubellin-Devichi** (J.) obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janv. 1985, *RTD civ.* 1987, p. 297 et s.
- Savatier** (R.), obs. sous Cass. civ., 20 fév. 1924, *D.* 1924, I, p. 19, *Rev. crit. législ. et de jurispr.* 1936, p. 11 et s

- « Des inconvénients du régime conventionnel de séparation de biens », *D.* 1929, chron. p. 21 et s.
- Siffrein-Blanc** (C.) note sous Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, *AJF* 2012, p. 46 et s.
- Simler** (Ph.), note sous Cass. 1re civ., 22 juill. 1985, *JCP N* 1986, II, p. 77 et s.
  - obs. sous Cass. 1re civ., 5 mai 1987, *JCP G* 1988, II, 20996
- Storck** (M.), note sous Cass. 1re civ., 5 avr. 1993, *JCP N* 1994, I, p. 238, n° 22, *JCP G* 1994, I, 3733
- Thibierge-Guelfucci** (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s.
- Thouret** (S.), « L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge ! », *AJF*, janv. 2017, dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », p. 42
- Tisserand** (A.), obs. sous Cass. 1re civ., 9 mars 1994, *JCP G* 1994, I, 3785
- Tournafond** (O.), « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, point de vue, p. 2607 et s.
- Vassalo** (B.) obs. sous Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, *D.* 2012, p. 635 et s.
- Vassaux** (J.), « Les incidences de la réforme du divorce sur le rôle du notaire », *Dr. et patrimoine* 2005, n° 134 et s.
- Vialatte** (T.) note sous Cass. 1re civ., 1<sup>er</sup> déc. 1976, *Bull. civ.* I, *Gaz. Pal.*, 1977, II, p. 451 et s.
- Viatte** (J.), note sous Cass. 1re civ., 17 oct. 1973, *Journ. not.* 1974, art. 51546, p. 116 et s.
- Viney** (G.) obs. sous Cass. 3e civ., 28 janv. 2009, *RDC* 2009, p. 1019 et s.
- Voirin** (M.) note sous Cass. 1re civ., 26 mai 1959, *JCP G* 1959, II, 11202
- Weill** (A.), note sous T. civ. Strasbourg, 25 mai 1951, *JCP* 1951, II, 6494
- Willmann** (C.) obs. sous Cass. 2e civ., 8 fév. 2001, *D.* 2002, *Somm.* p. 3055 et s.

## Index

---

Les numéros renvoient aux paragraphes.

### A

- Acte authentique**, 87, 176, 206
- Acte juridique**, 94
- Accord de volontés**
- définition, 1, 28 et s, 62 et s.
  - partiels, 8, 71
- Action oblique**, 29
- Action paulienne**, 29, 62, 289
- Autonomie de la volonté**
- 39, 77, 84 et s., 102, 126
  - 139, 156 et s., 219, 231
- Autorisation judiciaire**, 174, 284
- Autorité de la chose jugée**, 26, 288
- Autorité parentale**
- et convention, 264 et s.
  - contribution à l'entretien de l'enfant 37, 242, 263
  - exercice en commun, 242, 266
  - modalités d'exercice, 9, 37, 263
  - pension alimentaire, 56, 253, 270 et s.
  - renonciation, 38, 49, 242, 273 et s.
- Autorisation judiciaire**, 174, 284

### B

- Bail**, 82, 141
- Bonne foi**, 10, 68, 115 et s., 131, 261, 311
- Bonnes mœurs**, 29, 95, 262

### C

- Clause de révision**, 252, 272
- Collaboration**, 116, 311
- Conciliation**, 4, 8, 71, 80
- Condition légale**, 165, 185, 277, 286
- Condition suspensive**, 187
- Contractualisation**, 153, 165, 177 et s., 277, 286
- Contrat**
- action en nullité, 86, 112 – 113, 207
  - cause, 20, 29, 110, 204
  - confirmation, 94 et s.
  - critères de reconnaissance, 65, 198, 232
  - définition, 1
  - droit commun 7, 32, 132, 194 et s., 214

- exécution, 10, 107, 113 et s.
- formalisme, 20, 111, 175, 206, 285
- formation, 107, 130, 136
- identification, 14
- inexécution, 92, 121
- intégré au divorce, 5, 132
- judiciaire, 26, 113, 175, 188
- principes, 2, 12, 118
- règlement des intérêts patrimoniaux, 26, 29, 38 et s., 70, 76
- sanction 221 et s., 225
- validation ,89et s., 127
- validité, 109 et s., 202
- vices du consentement, 112, 130, 207

### **Convention**

- caractère mixte, 42, 231, 303
- définition, 3
- formation, 201 et s.
- extra-patrimoniale, 140, 224, 297 et s.
- homologuée, 42, 56, 74, 124, 196, 242, 276
- libre détermination ,148 et s., 239, 272
- licéité, 204
- régime ,169
- révision, 214, 276
- sous la condition de divorce, 145

**Contrôle judiciaire**, 51, 78 et s., 85, 106, 123, 236

**Créanciers**, 29, 62

## **D**

**Déjudiciarisation**, 104, 308

**Devoir de fidélité**, 257 et s.

### **Divorce**

- acte déclic, 168 et s., 182, 281, 286
- consentement mutuel 8, 41, 74, 239, 246
- contentieux, 4, 14, 25 et s., 34

- instance, 20
- pour faute, 8, 55
- sans juge, 87, 130, 139, 300
- convention *sui generis*, 87

**Donations déguisées**, 92 et s.

**Droit commun des contrats**, 229 et s., 312

**Droit positif**, 64, 103, 297

## **E**

**Équité**, 291

**État des personnes**, 85 et s., 159, 296

**Élément générateur**, 30, 63, 165, 276

## **F**

**Fait juridique**, 1

**Faute**, 8, 20, 55, 60, 267

### **Force obligatoire**

- atténuée, 145, 190, 193, 197, 198
- de droit commun, 31, 64, 68
- d'origine judiciaire, 290 et s., 301

**Fraude**, 86, 155, 297

**Fidélité** voir devoir de fidélité

## **H**

**Homologation**, 278 et s.

## **I**

**Imprévision**, 10, 68, 131, 214

**Indivision**, 20, 246

## J

**Judiciarisation**, 10, 114, 131, 311

### Juge

- contrôle judiciaire, 78 et 79, 85, 105, 123, 236
- pouvoir de révision, 192, 213

## L

**Liberté individuelle**, 13, 261, 307

**Liberté conventionnelle**, 9, 24, 153 et s., 161 et 162, 246, 272

**Liberté contractuelle**, 11, 28, 29, 85, 102, 226 et s., 233, 248

**Lien de dépendance**, 165 et s., 278 et s.

**Logement de la famille**, 82

**Lésion**, 26, 112, 130, 208 et s.

**Loyauté**, 10, 116, 311

**Liquidation anticipée du régime matrimonial**, 4, 15, 91, 148

## M

### Mariage

- nature juridique, 8, 30, 260
- sexe, 7

## N

**Notaire**, 73, 80, 81, 87, 280, 308

### Nom des époux

- usage du nom des époux divorcés, 148, 158, 163, 194
- droit de révocation, 195

## O

**Ordonnance de non conciliation**, 261

### Obligations

- conventionnelles, 1, 12, 307
- sources, 12

### Ordre public

- classique, 9
- familial, 85, 138, 162, 204, 227, 233, 301 et s.
- définition, 9
- État, 306
- de direction, 9, 249, 258 et s., 291, 307
- matrimonial, 22, 85, 135, 219
- de protection, 9, 116, 133, 136, 252

## P

**Participation judiciaire**, 9, 142, 235

### Pension alimentaire

- Époux, 56, 270 et s.

### Prestation compensatoire

- modification du montant, 56, 74
- révision, 156, 252, 257
- renonciation aux effets, 54, 58, 65 et s.

**Procédures collectives**, 86, 297

### Protection

- des intérêts des époux, 55, 79, 257 et s.
- des intérêts des enfants 85, 247, 272 et s, 301

## R

### Rapport :

- époux-parties, 128, 136, 299, 312

**Régime contractuel**, 5, 106, 128 et s., 228, 233, 295, 299

**Régime conventionnel**, 144, 188, 223, 297

**Résidence**, 266 et s.

**Revenus**, 270

**Récompense**, 49, 151, 152, 246

**Recours judiciaire**

- *a posteriori*, 128, 129, 300

**Régime**

- de droit commun des contrats, 226
- hybride, 136, 235, 294, 303

**Régime matrimonial**

- changement, 20, 52, 104, 152, 308
- communautaire, 48, 71, 151, 179
- dissolution, 8, 49 et s., 95, 152

- immutabilité, 15, 21, 49 et s., 152, 246
- liquidation, 21, 24, 46, 53, 59, 81, 246
- participation aux acquêts, 21 et s.
- modification, 21, 47, 52, 87
- partage, 34, 73
- règles impératives, 52, 53
- séparation de biens, 16 et s., 20, 25, 34, 127

**Règlement**

- des intérêts patrimoniaux voir contrat

## S

**Solidarisme contractuel**, 10, 116, 305

**Succession**, 82, 255