

# Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°647 du 17 mars 2016

[Divorce] Événement

## Les exceptions de procédure dans le cadre du divorce (1/2) : *les exceptions d'incompétence et de litispendance* — Compte rendu de la réunion du 2 février 2016 de la Commission Famille du barreau de Paris

N° Lexbase : N1777BWQ



par Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo  
— édition privée

La Commission "Droit de la famille" du barreau de Paris, sous la responsabilité de Madame Hélène Poivey-Leclercq, ancien membre du conseil de l'Ordre, organisait le 2 février 2016, une réunion sur le thème "Les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir dans le cadre du divorce", animée par Aurélie Torchet et Graciane Païtard. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver, dans un premier temps, le compte-rendu de cette réunion se rapportant aux exceptions de procédure dans le cadre du divorce (avant de retrouver, dans un second temps, le compte-rendu relatif aux fins de non-recevoir dans le cadre du divorce (1)).

La question de la procédure est assez rarement évoquée en droit de la famille, alors que cette matière intéresse les praticiens au premier plan. Tout particulièrement dans le cadre du divorce, où le contentieux reste important, malgré la volonté croissante du législateur de recourir en priorité à la voie négociée. A l'ère de la promotion des modes de règlement amiable des litiges, le sujet traité peut sembler à contre-courant, mais il n'est pas sans intérêt.

On le sait, le non-respect des règles procédurales peut engager la responsabilité des avocats. En défense, quatre voies sont ouvertes au plaident : la défense au fond ; la demande reconventionnelle ; l'exception de procédure, qui permet de discuter de la régularité de la procédure ; la fin de non-recevoir, qui vise à contester l'action elle-même. Ces deux derniers moyens de défense constituent le cœur du sujet ici traité.

Il convient avant tout de définir brièvement ces notions procédurales. Concernant l'exception de procédure, l'article 73 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1290H4K) la définit comme "*tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours*". Le Code de procédure civile en énonce cinq catégories : l'exception d'incompétence ; l'exception de litispendance ; l'exception de connexité ; l'exception dilatoire et l'exception de nullité. *A priori*, cette liste donnée par le code n'est pas limitative, mais la présente intervention se limitera à celle-ci, à quelques exceptions près. Il est important de souligner que les exceptions de procédure doivent en principe être invoquées toutes simultanément, et *in limine litis*, soit avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. A défaut, le moyen est irrecevable. Il existe toutefois des tempéraments à cette règle.

Quant à la fin de non-recevoir, elle constitue un autre moyen d'éluider le débat au fond. L'article 122 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1414H47) précise que "*constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée*". Là encore, l'énumération du législateur n'est pas limitative et n'épuise pas la liste des fins de non-recevoir, dont on trouve des exemples importants dans le droit de la famille. Les fins de non-recevoir peuvent en principe être soulevées en tout état de cause, contrairement aux exceptions de procédure.

Il ne s'agit pas ici de traiter de manière exhaustive de l'ensemble des exceptions de procédure et fins de non-recevoir, tant la matière est vaste et souvent confuse, mais avant tout de rappeler des règles procédurales et d'en donner des applications concrètes en matière de divorce.

## Première partie : les exceptions de procédure (1/2)

Sur les exceptions dilatoires et de nullité (lire *Les exceptions de procédure dans le cadre du divorce (2/2)* N° Lexbase : N1781BWU).

### 1. Les exceptions d'incompétence

L'exception d'incompétence est le moyen par lequel il est soutenu que la juridiction n'est pas compétente soit en raison de la matière soit territorialement.

Dans cette partie, il ne s'agit pas d'identifier les règles de compétences en matière de divorce, mais d'examiner les sanctions des règles de compétence. Les incidents de compétence sont soumis au droit commun des articles 74 (N° Lexbase : L1293H4N) et suivants du Code de procédure civile ; ils prennent la forme d'une exception d'incompétence soulevée à l'initiative du défendeur ou d'un relevé d'office par le juge de son incompétence.

#### 1.1. Exception d'incompétence soulevée à l'initiative du défendeur

##### 1.1.1. Exception d'incompétence en droit interne

###### Rappel des règles de compétence

En droit interne, l'exception d'incompétence est soulevée par le défendeur qui prétend que la juridiction saisie est incompétente soit en raison de la nature de l'affaire soit en raison de la situation géographique du tribunal. En matière de divorce, il existe peu de contentieux sur la nature de l'affaire puisqu'en vertu des dispositions de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire (N° Lexbase : L7200IMM), le juge délégué aux affaires familiales a compétence exclusive pour statuer sur le divorce et ses conséquences. L'exception d'incompétence est donc le plus souvent soulevée en raison de la compétence territoriale du juge, laquelle est fondée sur l'article 1070 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1457H4Q), qui prévoit que "*le juge aux affaires familiales territorialement compétent est : — le juge du lieu où se trouve la résidence de la famille ;*

*— si les parents vivent séparément, le juge du lieu de résidence du parent avec lequel résident habituellement les enfants mineurs en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, ou du lieu de résidence du parent qui exerce seul cette autorité ;*

*— dans les autres cas, le juge du lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure.*

*En cas de demande conjointe, le juge compétent est, selon le choix des parties, celui du lieu où réside l'une ou l'autre.*

*Toutefois, lorsque le litige porte seulement sur la pension alimentaire, la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, la contribution aux charges du mariage ou la prestation compensatoire, le juge compétent peut être celui du lieu où réside l'époux créancier ou le parent qui assume à titre principal la charge des enfants, même majeurs.*

*La compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour de la demande ou, en matière de divorce, au jour où la requête initiale est présentée".*

A noter que, pour le critère fondé sur la résidence, la jurisprudence retient que c'est le lieu où la personne demeure de manière stable et habituelle (CA Amiens, 16 janvier 1979, JCP 1979). Selon la Cour de cassation, il suffit que l'époux habite réellement dans la ville où il présente sa requête (Cass. civ. 1, 16 mars 1999, n° 97-12.401 N° Lexbase : A6958CH8).

Il faut savoir également que seule l'inscription des enfants à l'école ne suffit pas à attribuer à la résidence un caractère de stabilité (CA Douai, 15 novembre 1990, n° 372/90 N° Lexbase : A9227QD4 ; Cass. civ. 1, 13 mai 2015 n° 15-10.872 N° Lexbase : A8832NHL) ; en revanche, il a été admis que, lorsqu'un époux ayant la charge complète d'un enfant le confie à un tiers, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se situait le domicile de l'époux, même si le tiers habite dans un autre ressort. Enfin, dans la mesure où les règles de compétence territoriale édictées par l'article 1070 du Code de procédure civile sont d'ordre public, les parties ne sauraient valablement élire domicile chez leur conseil pour faire choix d'une juridiction à leur convenance (TGI Lille, JAF, 5 mai 2000, D., 2001).

S'agissant du "*lieu où réside celui qui n'a pas pris l'initiative de la procédure*", si l'époux qui n'a pas pris l'initiative du divorce ne dispose pas d'un domicile connu lors du dépôt de la requête initiale, il n'est pas fondé à soulever l'incompétence du tribunal du lieu de résidence du demandeur (CA Nancy, 11 février 1991, n° 307/91).

En cas de demande conjointe, cela ne pose pas de difficulté, il s'agit du domicile de l'un ou l'autre.

En cas de changement de résidence, la compétence territoriale est déterminée par la résidence au jour où la requête initiale est présentée (Cass. civ. 2, 29 octobre 1980, n° 79-11.918 N° Lexbase : A4900CKP, Bull. civ. II, n° 224).

Quand l'exception d'incompétence doit-elle être soulevée ?

L'exception d'incompétence doit être soulevée, à peine d'irrecevabilité, simultanément avec les autres exceptions de procédure et avant toute défense au fond et fin de non-recevoir *in limine litis*, conformément aux dispositions de l'article 74 du Code de procédure civile.

#### *Audience tentative de conciliation*

L'article 1110 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1628H43) énonce que, lors de l'audience de tentative de conciliation, le juge statue d'abord sur la compétence s'il y a lieu. La Cour de cassation en a déduit clairement que l'exception d'incompétence doit être invoquée devant le juge aux affaires familiales, avant toute tentative de conciliation, en particulier l'exception d'incompétence territoriale (Cass. civ. 1, 9 janvier 2007, n° 06-10.871, F-P+B N° Lexbase : A4840DTG).

La procédure de tentative de conciliation étant une procédure orale, la Cour de cassation a été amenée à préciser que le défendeur est recevable à soulever un tel moyen pendant l'audience avant toute référence à ses prétentions au fond, quand bien même des conclusions écrites invoquant des moyens de fond auraient été déposées avant l'audience (Cass. civ. 2, 1er octobre 2009, n° 08-14.135, F-P+B N° Lexbase : A5814ELW ; revirement de jurisprudence important par rapport à Cass. civ. 2, 6 mai 1999, n° 96-22.143 N° Lexbase : A3222CGG). C'est donc l'ordre des demandes lors de l'audience qui compte.

A noter, que la règle selon laquelle l'exception d'incompétence doit être présentée *in limine litis* ne concerne que le premier degré de juridiction (cf. Cass. civ. 2, 8 février 2001 n° 98-20.840 N° Lexbase : A3798AR4).

#### *Appel de l'ordonnance de non conciliation*

Si le défendeur ne comparaît pas et interjette appel de l'ordonnance de non conciliation, l'exception d'incompétence peut être soulevée devant la cour d'appel. S'il ne relève pas appel de l'ordonnance de non conciliation, il est réputé avoir renoncé à l'exception d'incompétence.

Pour soulever l'exception d'incompétence, il y a lieu de l'indiquer *in limine litis* dans les conclusions d'appel mais également par conclusions d'incident devant la conseiller de la mise en état (cf. C. pr. civ., art. 771 N° Lexbase : L8431IRP et 907 N° Lexbase : L0389IGI).

Il convient de préciser que, dans le cadre d'une procédure écrite, le fait de s'en rapporter à justice équivaut à une défense au fond qui rend irrecevable un déclinatoire de compétence ultérieur.

#### *Pourvoi en cassation*

L'exception d'incompétence est irrecevable si elle a été soulevée pour la première fois devant le Cour de cassation.

Comment soulever cette exception d'incompétence ?

Pour soulever une exception d'incompétence, le défendeur a l'obligation de motiver l'exception d'incompétence et de faire connaître la juridiction estimée compétente (C. pr. civ., art. 75 N° Lexbase : L1295H4Q) ; il s'agit donc d'une obligation cumulative.

Lorsque le demandeur jouit d'une option de compétence -hypothèse fréquente en matière de divorce— le défendeur peut citer à son gré seulement l'une des juridictions ou les citer toutes, mais il ne peut procéder à une désignation principale accompagnée d'une désignation subsidiaire, ceci est interdit par l'article 75 du Code de procédure civile (en ce sens, Cass. civ. 1, 15 octobre 1996, n° 95-10.234 N° Lexbase : A9030AB3). A noter, que l'article 75 du Code de procédure civile n'exige pas que la juridiction désignée soit celle réellement compétente.

### 1.1.2. Exception d'incompétence en droit international (droit commun et droit communautaire)

La jurisprudence a décidé qu'il convenait de transposer dans l'ordre international les règles françaises applicables à la compétence interne, en ce sens (Cass. civ. 2, 12 décembre 1973, n° 72-14.643 N° Lexbase : A2332CHT : l'arrêt n'est pas en matière de divorce mais il est de portée générale). En effet, le Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) n° 1347/2000, dit "Bruxelles II bis" (N° Lexbase : L0159DYK), ne précise aucune information sur les exceptions d'incompétence soulevées par le défendeur, c'est donc le droit commun qui s'applique et donc les articles 74 et 75 du Code de procédure civile.

Les mêmes règles que le droit interne sont applicables pour le moment où l'exception doit être soulevée pour être recevable. La jurisprudence est constante en ce sens (Cass. civ. 1, 2 février 1982, n° 80-16.594 N° Lexbase : A9225QDZ).

De même, le défendeur à l'obligation de motiver l'exception d'incompétence et de faire connaître la juridiction estimée compétente. Il existe toutefois un assouplissement en matière internationale pour désigner le tribunal compétent, puisqu'il suffit au défendeur de préciser l'Etat dans lequel se trouve la juridiction compétente sans avoir à préciser ni sa nature ni sa localisation exacte, il doit cependant donner assez de précisions pour que cette désignation ne fasse pas de doute (Cass. civ. 1, 31 janvier 1990, n° 87-18.170 N° Lexbase : A9896AAR, arrêt non spécifique au divorce mais de portée générale).

Afin d'éviter que l'exception d'incompétence soit soulevée par le défendeur, il faut respecter la hiérarchie des règles de compétences lorsque l'on est en présence d'un ou de plusieurs éléments d'extranéité.

– Il faut tout d'abord regarder si une norme internationale est applicable :

— soit l'article 3 du Règlement "Bruxelles II bis" qui pose une liste de rattachements qui sont à la fois alternatifs et non hiérarchisés (Cass. civ. 1, 24 septembre 2008 n° 07-20.248 N° Lexbase : A4969EAB) ; attention, le Règlement "Bruxelles II bis" n'a pas un caractère universel pour les Etats tiers (en ce sens, Cass. civ. 1, 9 septembre 2015, n° 11-12.621, F-D N° Lexbase : A3506IUE), il faut donc appliquer les règles de compétence internationale en présence d'un Etat tiers ;

— soit une convention bilatérale (il faut regarder sur le site du ministère des Affaires étrangères. A noter que souvent les anciennes colonies françaises ont une convention bilatérale avec la France) ex. : Convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981.

– Dans la négative, il y aura lieu de mettre en œuvre les règles de compétence territoriale interne figurant à l'article 1070 du Code de procédure civile (évoquées *supra*).

– Ce n'est que subsidiairement, et seulement si ces dernières ne permettent pas de fonder la compétence des tribunaux français que pourront alors être invoqués les privilèges de juridiction des articles 14 (N° Lexbase : L3308AB7) et 15 (N° Lexbase : L3310AB9) du Code civil. Les juridictions françaises sont compétentes lorsque le demandeur ou le défendeur est français. Cette compétence était exclusive, cependant, la Cour de cassation a décidé que l'article 15 (Cass. civ. 1, 23 mai 2006, n° 04-19.099, F-P+B N° Lexbase : A6752DPR) et l'article 14 (Cass. civ. 1, 22 mai 2007, n° 04-14.716, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A4818DWD) sont au contraire d'application facultatives et que, par conséquent, la compétence des juridictions françaises n'est plus exclusive. Attention : en matière de divorce, le Règlement "Bruxelles II bis" écarte, en principe, le privilège de juridiction. Mais de manière exceptionnelle, les tribunaux français peuvent retrouver leur compétence fondée sur les articles 14 et 15 du Code civil (Cass. civ. 1, 30 septembre 2009, n° 08-19.793, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A5943ELP et Cass. civ. 1, 25 septembre 2013, n° 12-16.900, F-D N° Lexbase : A9239KLR).

## Course à la juridiction

Les différents choix de juridiction qui s'offrent ainsi aux époux en vertu de ces textes conduisent souvent les parties à "une course à la juridiction", afin de saisir celle qui pourrait lui être la plus favorable. Le Règlement "Bruxelles II bis" et la jurisprudence française posent donc des règles afin d'indiquer quand la juridiction est réputée saisie.

Il résulte de la jurisprudence française qu'en matière de divorce, la saisine a lieu au moment du dépôt de la requête en divorce (Cass. civ. 1, 11 juillet 2006, deux arrêts, n° 04-20.405, FS-P+B N° Lexbase : A4344DQX et n° 05-19.231, FS-P+B N° Lexbase : A4636DQR). Cependant, la Cour de cassation a ajouté une condition en précisant que la requête initiale doit avoir été suivie d'une assignation en divorce dans le délai de trente mois prévu par l'article 1113 du Code de procédure civile (Cass. civ. 1, 26 juin 2013, n° 12-24.001, F-D N° Lexbase : A3059KI7).

Il résulte de l'article 16 du Règlement "Bruxelles II bis" que ce ne sont donc pas les règles procédurales nationales qui décident du moment de la saisine mais les règles issues du droit de l'Union. Ce système, destiné à assurer une uniformité dans l'espace judiciaire européen, ne semble pas remettre en cause la solution française.

Afin de s'assurer que le juge français soit saisi, il convient de faire horodater la requête en divorce lors du dépôt, à côté du tampon du greffe, afin d'être en mesure d'apporter la preuve de la saisine en premier en cas de litispendance (en ce sens, Cass. civ. 1, 11 juin 2008, n° 06.20.042, FS-P+B+I N° Lexbase : A0526D9D : la preuve peut être apportée par tout moyen par chacun des époux).

## 1.2. Exception d'incompétence soulevée d'office par le juge

### 1.2.1. En droit interne

Le juge délégué aux affaires familiales peut (c'est une simple faculté) se déclarer d'office incompetent dans les conditions de l'article 92 (N° Lexbase : L1339H4D) (incompétence d'attribution) ou 93 (N° Lexbase : L1344H4K) (incompétence territoriale) du Code de procédure civile. A noter que, lorsque le tribunal entend se déclarer incompetent, les parties doivent être appelées à présenter leurs observations (C. pr. civ., art. 14 N° Lexbase : L1131H4N à 17 : règles du contradictoire) (en ce sens, CA Besançon, ch. civ. 1, 6 septembre 1994, n° 744/94 N° Lexbase : A9226QD3).

Il convient donc de distinguer les exceptions d'incompétence d'attribution et territoriale.

#### Incompétence d'attribution

Selon l'article 92 du Code de procédure civile "*l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparait pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas. Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française*".

Ces règles sont applicables en matière de divorce dans la mesure où l'on admet que la compétence d'attribution du juge délégué aux affaires familiales est d'ordre public. L'exemple le plus commun serait si un demandeur saisissait un autre juge que le juge délégué aux affaires familiales d'une demande en divorce ou saisissait le tribunal d'instance au lieu du tribunal de grande instance. Même si le juge ne dispose que d'une faculté, il est quasi certain qu'un juge autre que celui délégué aux affaires familiales saisi d'une requête en divorce se déclarera incompetent d'office, compte tenu de la compétence exclusive du juge délégué aux affaires familiales. Il est d'ailleurs probable que le greffe fasse le tri avant même que le juge ne puisse se déclarer d'office incompetent.

#### Incompétence territoriale

L'article 93 du Code de procédure civile énonce qu'"en matière gracieuse, le juge peut relever d'office son incompétence territoriale. Il ne le peut, en matière contentieuse, que dans les litiges relatifs à l'état des personnes, dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction ou si le défendeur ne comparait pas". Or, le divorce touche à l'état des personnes (CA Paris, 23 septembre 1988, D., 1988, inf. rap., p. 252 ; TGI Toulouse, 6 janvier 1977, JCP éd. G, 1977, II, 18 729, R. Lindon). En conséquence, si le demandeur saisit un juge sans respecter les règles de compétences posées par l'article 1070 du Code de procédure civile, le juge pourra d'office soulever son incompétence.

Il faut bien noter que ces dispositions ouvrent une simple faculté pour le juge qui n'est pas tenu de relever d'office son incompétence (Cass. civ. 2, 19 février 1986, n° 84-13.589 N° Lexbase : A3069AAW, JCP éd. G, 1986, IV, 118, Bull. civ. I, n° 22).

### 1.2.2. En droit international (droit commun et Règlement "Bruxelles II bis")

Contrairement au droit interne, en matière internationale, le juge doit (c'est une obligation) vérifier si l'absence de contestation par les parties de la compétence ne correspond pas à une prorogation implicite de compétence (Règlement "Bruxelles II bis", art. 17). Toutefois, lorsque le Règlement "Bruxelles II bis" n'est pas applicable, c'est

le droit commun qui s'applique et donc le juge n'a plus qu'une faculté de soulever d'office son incompétence. Sont donc exclusivement abordées ici les règles posées par le Règlement "Bruxelles II bis" puisque dans les autres cas, ce sont les règles de droit commun déjà exposées qui s'appliquent.

#### Vérification par le juge de sa compétence

L'article 17 du Règlement "Bruxelles II bis" pose une obligation pour le juge de se déclarer d'office incompétent lorsque sa compétence n'est pas fondée au regard des dispositions du Règlement et qu'en revanche les tribunaux d'un autre Etat membre sont compétents en vertu des dispositions du Règlement. Ceci implique pour le juge l'obligation de vérifier, d'office, sa propre compétence (en ce sens, Cass. civ. 1, 22 février 2005, n° 02-20.409, FS-P+B N° Lexbase : A8579DGT).

Lorsqu'aucune disposition du Règlement ne donne compétence ni à un tribunal français, ni à un tribunal d'un Etat membre, le juge français peut appliquer les règles de droit conventionnel et de droit commun, conformément à l'article 14 du Règlement.

#### Vérification par le juge de la recevabilité de l'action

En vertu de l'article 18 du Règlement "Bruxelles II bis", le juge doit vérifier la recevabilité de l'action lorsque le défendeur réside dans un autre Etat membre et ne comparaît pas. Le tribunal doit alors surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile afin de pourvoir à sa défense ou que toute diligence a été faite à cette fin. L'article 18 du Règlement "Bruxelles II bis" est assez complet et indique les règlements et conventions applicables en la matière.

Conseils pratiques : au vu de ces informations, il apparaît essentiel de bien justifier dans la requête en divorce, qu'elle soit conjointe ou contentieuse, les règles de compétence en vertu desquelles l'on saisit le juge Français afin qu'il ne relève pas d'office son incompétence. Dès qu'il existe un élément d'extranéité, il faut indiquer sur quel fondement est fondée la compétence du juge saisi. A défaut, le juge risque de renvoyer l'affaire et de demander une justification de sa compétence dans les écritures. En effet, comme il s'agit d'une obligation pour le juge (dans le cadre du Règlement "Bruxelles II bis") et non d'une faculté, le juge demande des développements sur la compétence pour être en mesure de vérifier d'office sa compétence. Même si ce n'est qu'une faculté (pays hors UE) les juges font aujourd'hui très attention aux règles de compétence et demandent systématiquement que les parties justifient de la compétence territoriale du juge.

Attention il existe plusieurs règles de compétence à reprendre dans le cadre d'une procédure de divorce puisque le divorce regroupe trois domaines de compétences : compétence du tribunal pour prononcer le divorce ; compétence du tribunal pour statuer sur les conséquences financières ; compétence du tribunal pour statuer sur les mesures relatives aux enfants.

#### 1.3. Effets du jugement de l'exception d'incompétence

La juridiction dont la compétence est contestée se prononce sur l'exception suivant la procédure applicable devant ladite juridiction (C. pr. civ., art. 749 N° Lexbase : L6963H7Z).

— Si le JAF se déclare incompétent : il doit désigner la juridiction qu'il estime compétente, cette désignation s'imposant aux parties et au juge de renvoi, conformément à l'article 96 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1352H4T).

— Si le juge se reconnaît compétent : il peut alors dans un même jugement, mais par des dispositions distinctes, se déclarer compétent et statuer sur le fond du litige (C. pr. civ., art. 95 N° Lexbase : L1350H4R), sauf à mettre préalablement les parties en demeure de conclure sur le fond (C. pr. civ., art. 76 N° Lexbase : L1298H4T).

— Obligation de conclure sur le fond et la compétence (C. pr. civ., art. 77 N° Lexbase : L1300H4W) : lorsqu'il ne se prononce pas sur le fond du litige, mais que la détermination de la compétence dépend d'une question de fond, le tribunal doit dans le dispositif du jugement, statuer sur cette question de fond et sur la compétence par des dispositions distinctes.

— La décision d'exception a autorité de chose jugée sur la question de fond (C. pr. civ., art. 95 N° Lexbase : L1350H4R).

#### 1.4. Voies de recours contre une décision d'incompétence

Le principe est que l'appel n'est recevable que si, dans un même jugement, le tribunal s'est déclaré compétent et a

statué sur le fond du litige (C. pr. civ., art. 78 N° Lexbase : L1302H4Y).

En matière de divorce, comme il a été indiqué *supra*, le juge conciliateur a le pouvoir de statuer sur les exceptions d'incompétence ; le Code de procédure civile organise donc un régime spécial à l'article 98 Code de procédure civile (N° Lexbase : L1356H4Y) qui énonce que "*la voie de l'appel est seule ouverte contre les ordonnances de référé et contre les ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce ou de séparation de corps*". L'appel est ouvert quelle que soit la décision du juge, ce dernier se déclarant incompétent ou compétent (Cass. civ. 2, 14 décembre 1992, n° 91-17.352 N° Lexbase : A5956AH3).

## 2. Les exceptions de litispendance

La litispendance est définie en droit français par l'article 100 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1362H49) : c'est lorsque le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré qui sont compétentes pour en connaître. L'objet de l'exception de litispendance ne tend pas à faire déclarer l'instance irrégulière ou éteinte, mais d'éviter que deux juridictions différentes statuent sur le même litige et entre les mêmes parties. Son objet est donc d'obtenir que l'une des juridictions se dessaisisse au profit de l'autre, de façon à éviter une contradiction de jugement.

Afin d'examiner cette exception, nous verrons d'abord quand, par qui et comment les différents cas d'exception de litispendance en droit interne, droit international et droit communautaire peuvent être soulevées, puis nous verrons brièvement les effets du jugement de l'exception et les voies de recours.

### 2.1. Quand peut être soulevée l'exception de litispendance ?

Comme en matière d'exception d'incompétence, l'article 74 du Code de procédure civile prévoit que l'exception de litispendance doit, à peine d'irrecevabilité, être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir et simultanément aux autres exceptions. En matière de divorce, c'est donc au stade de la tentative de conciliation et à défaut de comparution en appel. Le juge conciliateur a donc le pouvoir de régler définitivement les exceptions de compétence (Cass. civ. 1, 19 septembre 2007, n° 06-20.208, FS-P+B N° Lexbase : A4339DYD, arrêt relatif à l'exception de litispendance).

### 2.2. Par qui peut être soulevée l'exception de litispendance ?

Contrairement à l'exception d'incompétence, le renvoi pour litispendance peut être demandé par l'une ou l'autre des parties. Le juge peut (simple faculté) également soulever d'office le moyen tiré de la litispendance.

Lorsque les deux juridictions saisies sont de même degré, le moyen doit être proposé devant la juridiction saisie en second lieu qui est tenue de se dessaisir au profit de l'autre. Si les juridictions saisies ne sont pas de même degré, l'exception de litispendance ne peut être soulevée que devant la juridiction de degré inférieur (CA Metz, 1ère ch. civ., 16 mai 2002, n° 01/01 825 N° Lexbase : A9228QD7). Cette règle s'applique même si la saisine de la juridiction de degré inférieur est antérieure en date (C. pr. civ., art. 102 N° Lexbase : L1368H4G).

### 2.3. Les différents cas d'exception de litispendance en droit interne

En droit interne, l'exception de litispendance est définie sans être nommée par l'article 100 du Code de procédure civile. La litispendance emporte, lorsque deux juridictions sont saisies du même litige dans le même temps, obligation pour la seconde juridiction de se dessaisir au profit de la première.

La situation de litispendance sera caractérisée, si trois conditions sont réunies :

- *un même litige (identité de parties et identité d'objet et de fondement de la demande, sachant que la Cour de cassation est assez restrictive : Cass. civ. 2, 23 juin 1982 n° 81-11.700 N° Lexbase : A7185CIX, Bull. civ. II, n° 93) ;*
- *pendant devant des juridictions distinctes ;*
- *lesquelles sont toutes compétentes pour trancher le litige.*

En matière de divorce, afin que l'exception de litispendance soit reconnue, il faut que deux juridictions distinctes aient été saisies d'une requête en divorce ; comme il a déjà été évoqué, le dépôt de la requête en divorce au greffe suffit pour que la juridiction soit saisie. En conséquence : si deux instances ne sont pas engagées, il n'y a pas litispendance ; il n'y a pas non plus dualité d'instances si l'instance préalablement engagée se trouve terminée au jour où la seconde instance est formée (ex. : dans l'hypothèse où un jugement de divorce aurait d'ores et déjà été prononcé, nous reviendrons plus tard sur ce cas de figure).

Les exceptions de litispendance sont régulièrement soulevées en matière de divorce et particulièrement en matière de divorce international. Elles sont la conséquence logique des courses à la juridiction (cf. *supra*).

#### 2.4. Le droit commun de la litispendance internationale

Une situation de litispendance internationale suppose que le juge français, compétent selon la loi française, a été saisi en second d'une instance entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause que celle qui a été engagée devant le juge étranger qui a retenu sa compétence selon sa propre loi de compétence directe. Avant 1974, la Cour de cassation considérait que les exceptions de litispendance ne devaient pas être admises par les tribunaux français lorsqu'elles tendaient à les dessaisir au profit d'une juridiction étrangère, que la saisine de celle-ci soit postérieure ou antérieure à celle de la juridiction française. Un important revirement s'est produit en 1974, par deux arrêts où l'exception de litispendance internationale a été admise par la Cour de cassation pour la première fois et où la Cour a transposé l'article 100 du Code de procédure civile en matière internationale en ajoutant un quatrième critère, à savoir que le jugement étranger soit susceptible d'être reconnu en France (Cass. civ. 1, 25 juin 1974, n° 73-12.452 N° Lexbase : A9665CIS ; Cass. civ. 1, 26 novembre 1974, n° 73-13.820 N° Lexbase : A1277CKI).

Comme en droit interne, le juge n'a donc qu'une faculté de soulever l'exception de litispendance.

Attention, le droit commun de la litispendance internationale ne s'applique que lorsque l'une des juridictions saisies n'est pas celle d'un Etat membre de l'Union européenne (à l'exception du Danemark qui n'est pas un Etat membre au sens du Règlement "Bruxelles II bis") ou s'il n'existe aucune convention bilatérale entre les deux pays des tribunaux saisis. Il faut rappeler, en effet, que le Règlement "Bruxelles II bis" n'a pas un caractère universel.

Comme déjà évoqué, en matière de divorce la recevabilité de l'exception de litispendance est soumise à l'appréciation souveraine du juge du conciliateur, en ce sens (Cass. civ. 1, 19 septembre 2007, n° 06-20.208, précité).

Pour être déclarée recevable, l'exception de litispendance internationale requiert donc quatre conditions : l'existence de deux demandes pendantes ; devant des juridictions compétentes ; une identité de litige (entre les mêmes parties et dont l'objet et la cause sont identiques) ; le jugement étranger doit être susceptible d'être reconnu en France.

##### 2.4.1. Vérification de l'existence de deux demandes pendantes

Pour la date de la saisine en France, il faut retenir la date du dépôt de la requête en divorce et non la date de l'assignation (Cass. civ. 1, 11 juillet 2006, n° 05-19.231, FS-P+B N° Lexbase : A4636DQR ; Cass. civ. 1, 11 juin 2008 n° 06-20.042, FS-P+B+I N° Lexbase : A0526D9D). D'où l'importance de faire horodater sa requête par le greffe en cas de course à la juridiction.

##### 2.4.2. Vérification de la compétence des juridictions concurremment saisies

Le juge doit vérifier que le tribunal du for et le tribunal étranger sont tous deux compétents, en ce sens (Cass. civ. 1, 24 octobre 2012, n° 11-25.278, F-D N° Lexbase : A0709IW8). La compétence du tribunal français est contrôlée au regard des règles de compétence directe ; alors que la compétence du tribunal étranger est contrôlée au regard des règles de compétence indirecte (fameux arrêt "Simitch", Cass. civ. 1, 6 février 1985, n° 83-11.241 N° Lexbase : A0251AHR). Cet arrêt pose les trois critères de la compétence indirecte : il faut que le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi ; il ne faut aucune compétence exclusive du juge ; il ne faut pas que la juridiction ait été choisie frauduleusement.

S'agissant du deuxième critère, il faut rappeler qu'en droit français, il n'y a désormais plus de compétence exclusive en matière de divorce :

— ni en vertu de l'article 1070 du Code de procédure civile (depuis l'arrêt "Simitch"), donc lorsque la compétence française repose sur ce texte, il est possible d'admettre le jeu de l'exception de litispendance au profit d'un tribunal étranger (Cass. civ. 1, 15 juin 1994, n° 92-22.111 N° Lexbase : A3981ACG) ;

— ni en vertu de l'article 14 du Code civil (depuis l'arrêt Cass. civ. 1, 22 mai 2007 n° 04-14.716, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A4818DWD) ;

— ni en vertu de l'article 15 du Code civil (depuis l'arrêt "Prieur" : Cass. civ. 1, 23 mai 2006 n° 04-12.777, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A6654DP7 ; dans le même sens, Cass. civ. 1, 1er décembre 2010, n° 09-70.132, F-P+B+I N° Lexbase : A4105GMY).

##### 2.4.3. Vérification que c'est bien le même litige

Quelques points spécifiques au divorce doivent être mentionnés en ce qui concerne l'identité de parties, ainsi que l'identité d'objet et de cause. S'agissant de l'identité de parties, il faut savoir qu'elle est également remplie même si les parties n'ont pas les mêmes positions procédurales dans les deux instances. S'agissant de l'identité d'objet et de cause, il faut préciser que la jurisprudence est assez restrictive et n'admet pas si facilement l'exception si l'objet n'est pas exactement le même (exemple d'une demande en divorce pour faute formée en France, qui n'avait pas la même cause qu'une demande en divorce par volonté unilatérale formée à l'étranger, CA Paris, 24 novembre 1977 ; cette solution est sans aucun doute condamnable car elle aboutit en réalité à nier toute possibilité de litispendance internationale puisque les systèmes juridiques en présence seront toujours différents).

Il y a cependant des cas où les juridictions françaises ont accueilli l'exception de litispendance quand deux demandes en divorce étaient pendantes (CA Paris, 1ère ch., 24 mai 1983 ; Cass. civ. 1, 6 décembre 2005, n° 03-17.542, FS-P+B N° [Lexbase : A9123DLH](#) ; Cass. civ. 1, 21 mai 1997, n° 95-15.213 N° [Lexbase : A0502ACL](#) ; Cass. civ. 1, 17 juin 1997, n° 95-17.031 N° [Lexbase : A0583ACL](#) ; Cass. civ. 1, 17 juin 2009, n° 08-12.456, précité).

#### 2.4.4. Décision étrangère susceptible d'être reconnue en France

Pour rappel, la jurisprudence pose quatre critères à respecter pour que le jugement puisse être reconnu en France (Cass. civ. 1, 7 janvier 1964, n° 62-12.438, "Munzer" N° [Lexbase : A1009AUW](#) ; Cass. civ. 1, 4 octobre 1967, n° 66-10.294, "Bachir" N° [Lexbase : A3124DR7](#) ; Cass. civ. 1, 20 février 2007, n° 05-14.082, "Cornelissen" N° [Lexbase : A2537DUI](#)) :

1 — *le juge étranger doit être compétent en vertu des règles de la compétence indirecte (cf. supra) ;*

2 — *l'absence de fraude à la loi (exemple : arrêt "Princesse de Bauffremont" 18 mars 1878) ;*

3 — *le respect de l'ordre public de fond (exemple : cas de répudiation, en ce sens : Cass. civ. 1, 23 février 2011, n° 10-14.101, F-P+B+I N° [Lexbase : A4670GXA](#), Bull. civ. I, n° 33) ;*

4 — *le respect de l'ordre public procédural et notamment le respect des droits de la défense (par exemple lorsque le défendeur est irrégulièrement cité).*

#### 2.5. Application des conventions bilatérales

Lorsqu'il existe une convention bilatérale avec l'autre juridiction saisie, le juge doit en tenir compte (il convient donc de se rendre sur le site du ministère des Affaires étrangères pour vérifier s'il existe une convention) ; deux arrêts récents de la Cour de cassation illustrent la mise en œuvre des dispositions des conventions bilatérales en matière de reconnaissance des décisions étrangères (Cass. civ. 1, 3 décembre 2014, n° 13-26.548, FS-P+B N° [Lexbase : A0565M73](#) concernant la convention franco-tunisienne du 28 juin 1972 ; Cass. civ. 1, 11 février 2015, n° 13-25.572, F-P+B N° [Lexbase : A4294NBN](#) concernant la Convention franco-monégasque du 21 septembre 1949).

#### 2.6. Traitement de la litispendance internationale par le Règlement "Bruxelles II bis" (art. 19)

Pour être accueillie, l'exception de litispendance doit remplir seulement deux conditions :

1. *il faut que deux juridictions d'Etat membre soient saisies (le Règlement se contente d'exiger que deux juridictions relevant des Etats membres soient saisies. Ainsi, contrairement au droit commun, il n'est pas exigé que les tribunaux soient compétents pour faire jouer l'exception de litispendance) ;*

2. *et seulement une identité de parties et non d'objet.*

En effet, l'identité d'objet et de cause n'est pas requise. Il est apparu en effet qu'il fallait admettre qu'il y avait une "quasi-litispendance" lorsqu'un époux demande le divorce devant un tribunal d'un Etat membre et que son conjoint agit en séparation de corps ou en nullité de mariage. Toutefois, la Cour de Justice de l'Union Européenne a dit qu'il n'y avait pas litispendance au sens du Règlement "Bruxelles II bis" lorsque la juridiction première saisie ne l'était que pour des mesures provisoires (CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-296/10 N° [Lexbase : A2074GEK](#) ; il s'agissait de mesures à l'égard d'enfants mais la même solution s'appliquerait pour des mesures provisoires concernant les époux).

En cas de litispendance communautaire, l'article 19 du Règlement prévoit que la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie. Le cas échéant le juge devra alors se dessaisir. Contrairement au droit commun, il s'agit pour le juge d'une obligation. Ce système, plus rigide que le droit commun, a pour but d'éviter tout risque de déni de justice puisque le juge saisi en second ne pourra décliner sa compétence que si le juge saisi en premier accepte bien la sienne.

## En résumé

Dans un cas de litispendance internationale, le juge aux affaires familiales a le pouvoir dans l'ordonnance de non-conciliation de régler définitivement les incidents de compétence (en ce sens, Cass. civ. 1, 19 septembre 2007, n° 06-20.208, FS-P+B N° Lexbase : A4339DYD). Le juge conciliateur peut donc apprécier la recevabilité et le bien-fondé d'une exception de litispendance. A cette occasion, il sera confronté à la superposition actuelle des sources du droit des conflits de juridictions. Pour statuer sur l'exception de litispendance internationale, il devra mettre en œuvre :

— soit l'article 100 du Code de procédure civile, tel que transposé dans les rapports internationaux (Cass. civ. 1, 26 novembre 1974, n° 73-13.820 N° Lexbase : A1277CKI ; c'est-à-dire qu'il faudra en plus des règles posées par l'article 100 du Code de procédure civile vérifier que la décision à intervenir est susceptible d'être reconnue en France) ;

— soit des règles d'origine conventionnelle (exemple : convention franco-Marocaine 10 août 1981) ;

— soit l'article 19 du Règlement "Bruxelles II bis".

L'identification du corps de règles applicables est essentielle car elle conditionne le rôle et le pouvoir d'appréciation du juge. En effet, comme il a été vu précédemment les conditions de recevabilité ne sont pas les mêmes en fonction du corps de règles mis en œuvre.

### 2.7. Voies de recours et effets du jugement d'exception

Les voies de recours et effets du jugement d'exception sont régis par les dispositions des articles 104 (N° Lexbase : L1374H4N) à 107 du Code de procédure civile. Il faut préciser que, si l'exception de litispendance n'a pas été soulevée ou l'a été tardivement, les deux instances suivent leur cours jusqu'à ce qu'un jugement ait terminé l'une d'elles. Celle des parties à laquelle ce jugement a profité est fondée à s'en prévaloir pour faire rejeter l'autre instance en se fondant sur ce qu'il y a chose jugée, même si ce jugement était frappé d'appel (autrement dit, la chose jugée se substitue à l'exception de litispendance) (ex. : CA Paris, ère ch., sect. C, 22 novembre 2001, n° 2000/12 291 N° Lexbase : A9231QDA : lorsqu'un jugement de divorce a été rendu par un juge étranger, aucune exception de litispendance ne peut être soulevée en cas d'introduction postérieure d'une demande en divorce en France ; seule peut être invoquée une éventuelle fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée de la décision étrangère ; Cass. civ. 1, 30 septembre 2009, n° 08-18.769, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A5918ELR : le mari français et la femme américaine étaient en instance de divorce ; le mari avait saisi le premier les tribunaux français, puis la femme avait saisi les tribunaux américains. Le jugement américain est rendu et est devenu définitif avant que le juge français statue ; ce jugement, régulier au regard du droit français, est donc reconnu de plein droit en France et la procédure française devient sans objet ; ex. : Cass. civ. 1, 23 juin 2010, n° 09-14.807, FS-D N° Lexbase : A3312E33 : lorsque deux litiges ont été définitivement tranchés avant le dépôt de la requête aux fins d'exequatur, il ne peut y avoir lieu à litispendance).

(1) A paraître dans Lexbase, éd. priv., n° 648, 2016.

# Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°647 du 17 mars 2016

[Divorce] Événement

## Les exceptions de procédure dans le cadre du divorce (2/2) : *les exceptions dilatoires et de nullité* — Compte rendu de la réunion du 2 février 2016 de la Commission Famille du barreau de Paris

N° Lexbase : N1781BWU



par Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo  
— édition privée

La Commission "Droit de la famille" du barreau de Paris, sous la responsabilité de Madame Héléne Poivey-Leclercq, ancien membre du conseil de l'Ordre, organisait le 2 février 2016, une réunion sur le thème "Les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir dans le cadre du divorce", animée par Aurélie Torchet et Graciane Païtard. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver, dans un premier temps, le compte-rendu de cette réunion se cantonnant aux exceptions de procédure dans le cadre du divorce (avant de retrouver, dans un second temps, le compte-rendu relatif aux fins de non-recevoir dans le cadre du divorce (1)).

La question de la procédure est assez rarement évoquée en droit de la famille, alors que cette matière intéresse les praticiens au premier plan. Tout particulièrement dans le cadre du divorce, où le contentieux reste important, malgré la volonté croissante du législateur de recourir en priorité à la voie négociée. A l'ère de la promotion des modes de règlement amiable des litiges, le sujet traité peut sembler à contre-courant, mais il n'est pas sans intérêt.

On le sait, le non-respect des règles procédurales peut engager la responsabilité des avocats. En défense, quatre voies sont ouvertes au plaident : la défense au fond ; la demande reconventionnelle ; l'exception de procédure, qui permet de discuter de la régularité de la procédure ; la fin de non-recevoir, qui vise à contester l'action elle-même. Ces deux derniers moyens de défense constituent le cœur du sujet ici traité.

Il convient avant tout de définir brièvement ces notions procédurales. Concernant l'exception de procédure, l'article 73 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1290H4K) la définit comme "*tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours*". Le Code de procédure civile en énonce cinq catégories : l'exception d'incompétence ; l'exception de litispendance ; l'exception de connexité ; l'exception dilatoire et l'exception de nullité. *A priori*, cette liste donnée par le code n'est pas limitative, mais la présente intervention se limitera à celle-ci, à quelques exceptions près. Il est important de souligner que les exceptions de procédure doivent en principe être invoquées toutes simultanément, et *in limine litis*, soit avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. A défaut, le moyen est irrecevable. Il existe toutefois des tempéraments à cette règle.

Quant à la fin de non-recevoir, elle constitue un autre moyen d'éluider le débat au fond. L'article 122 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1414H47) précise que "*constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée*". Là encore, l'énumération du législateur n'est pas limitative et n'épuise pas la liste des fins de non-recevoir, dont on trouve des exemples importants dans le droit de la famille. Les fins de non-recevoir peuvent en principe être soulevées en tout état de cause, contrairement aux exceptions de procédure.

Il ne s'agit pas ici de traiter de manière exhaustive de l'ensemble des exceptions de procédure et fins de non-recevoir, tant la matière est vaste et souvent confuse, mais avant tout de rappeler des règles procédurales et d'en donner des applications concrètes en matière de divorce.

## Première partie : les exceptions de procédure (2/2)

Sur les exceptions de compétence et de litispendance (lire *Les exceptions de procédure dans le cadre du divorce (1/2)* N° Lexbase : N1777BWQ).

### 3. Les exceptions dilatoires

#### 3.1. Les différentes exceptions dilatoires

L'exception dilatoire constitue un moyen de défense par lequel le défendeur demande au juge de suspendre l'instance. Les exceptions dilatoires sont prévues par le Code de procédure civile aux articles 108 (N° Lexbase : L1383H4Y) et suivants.

Aux termes de l'article 108, "*le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit soit d'un délai pour faire inventaire et délibérer, soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi*". Cet article est divisé en trois exceptions :

- 1) délai reconnu à l'héritier pour faire inventaire et délibérer (en droit des successions) ;
- 2) délai pour évoquer le bénéfice de discussion ou de division (en matière de cautions) ;
- 3) délai accordé à un plaideur en vertu de la loi : "*quelque autre délai d'attente en vertu de la loi*" : la dernière formule est très générale. Toutes les fois que le défendeur bénéficie d'un délai pour adopter une certaine attitude juridique, exercer une option, il peut invoquer une exception dilatoire.

La liste des exceptions dilatoires n'est donc pas limitative. En effet, le juge sera tenu de surseoir à statuer dès lors qu'un texte législatif l'y obligera.

L'article 109 du Code de procédure civile est prévu en matière de garantie.

L'article 110 du Code de procédure civile dispose que : "*le juge peut également suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision, frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation*". Cette exception dilatoire qui permettra d'attendre ce qui sera décidé par la juridiction qui connaît de l'un de ces trois recours.

Aux exceptions textuellement prévues par le Code de procédure civile, s'ajoutent les exceptions dilatoires que la jurisprudence a progressivement identifiées, telles que les questions préjudicielles en vue de saisir le juge administratif ; ou encore la règle "*le criminel tient le civil en l'état*".

#### 3.2. Forme et qualité requises pour soulever les exceptions dilatoires

S'agissant de la forme, en principe, les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute dépense au fond ou fin de non-recevoir (C. pr. civ., art. 74 N° Lexbase : L1293H4N). Par dérogation à cette règle, le bénéficiaire du délai pour faire inventaire et délibérer peut ne proposer ses autres exceptions qu'après l'expiration de ce délai (C. pr. civ., art. 111 N° Lexbase : L1388H48).

S'agissant de la qualité du requérant, tous les plaideurs en "état de défense" peuvent soulever une exception dilatoire. Sont donc exclues les demandes de suspension sollicitées par le demandeur. Ainsi une demande de sursis à statuer sollicitée par le demandeur ne constitue pas un moyen de défense (catégorie à laquelle appartiennent les exceptions dilatoires). Par conséquent, ce dernier n'est notamment pas soumis aux obligations posées par l'article 74 du Code de procédure civile (*in limine litis*).

L'exception dilatoire ne peut être soulevée d'office par le juge (jurisprudence appliquée pour article 108 Code de procédure civile, qui a été étendue à l'ensemble des exceptions dilatoires : Cass. soc., 16 novembre 1977, n° 76-40.477 N° Lexbase : A8730AAL).

### 3.3. Conséquence de l'exception dilatoire

Le juge rend une décision de sursis à statuer.

### 3.4. Distinction exceptions dilatoires obligatoires et facultatives

Les articles 108 et suivants du Code de procédure civile conduisent à distinguer les cas dans lesquels l'exception dilatoire invoquée provoque une suspension obligatoire ou facultative de l'instance. Cette distinction est importante puisqu'elle va permettre de savoir en fonction de l'exception dilatoire soulevée si le juge doit obligatoirement suspendre ou s'il bénéficie d'un pouvoir d'appréciation.

#### - Exceptions obligatoires

Quand les exceptions dilatoires sont soulevées en vertu de l'article 108 du Code de procédure civile, le juge doit suspendre l'instance et ne dispose alors d'aucun pouvoir d'appréciation. Il y a deux types d'exception dilatoire obligatoire : celles de l'article 108 du Code de procédure civile et les questions préjudicielles en vue de saisir le juge administratif.

#### - Exceptions facultatives

Lorsque le juge civil est amené à statuer sur le bien-fondé d'une exception dilatoire facultative, la jurisprudence lui reconnaît un pouvoir discrétionnaire quant à l'opportunité de suspendre la procédure en cause. C'est notamment le cas pour ce qui concerne les exceptions prévues aux : article 109 Code de procédure civile (N° Lexbase : L1385H43) (Cass. civ. 1, 22 avril 1976, n° 74-14.606 N° Lexbase : A5464CI9) ; article 110 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1386H44) (Cass. civ. 2, 4 octobre 2001, n° 99-15.576 N° Lexbase : A1518AW7 et Cass. civ. 2, 7 janvier 1998, n° 95-19.770 N° Lexbase : A8874CNY) ; et pour la règle "le criminel tient le civil en l'état", en vertu de l'article 4, alinéa 3, du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L9885IQ8) (Cass. civ. 2, 17 juin 2010 n° 09-13.583, FS-P+B N° Lexbase : A0952E3N).

### 3.5. Les exceptions dilatoires dans la procédure de divorce

S'agissant du moment où l'exception doit être soulevée, sont applicables les mêmes règles que pour les exceptions d'incompétence.

En matière de divorce, il existe peu d'exceptions dilatoires, voici toutefois quelques exemples utiles.

1) Les exceptions dilatoires fondées sur les dispositions de l'article 110 du Code de procédure civile : "*le juge peut également suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision, frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation*". On pourrait envisager qu'une des parties soulève l'exception dilatoire afin que le juge suspende la procédure si un pourvoi en cassation a été formé à l'encontre de l'ordonnance de non conciliation.

2) Les questions préjudicielles : la question préjudicielle constitue un point de droit devant être jugé avant un autre, dont il commande la solution, mais qui ne peut l'être que par une juridiction autre que celle qui connaît de ce dernier, de sorte que celle-ci doit surseoir à statuer sur le point subordonné, et renvoyer à la juridiction compétente pour en connaître le point devant être jugé en premier. Aujourd'hui, les questions préjudicielles peuvent amener le juge judiciaire à surseoir à statuer afin de saisir : soit le juge administratif ; soit le juge de l'Union européenne ; soit le Conseil constitutionnel. Toutefois, seules les questions en vue de saisir le juge administratif sont des exceptions de procédure, ce qui n'est pas le cas de celles en vue de saisir le juge de l'UE et le Conseil Constitutionnel. Ce point est intéressant en matière de divorce, car des questions sont régulièrement posées sur des points de droit précis au juge de l'UE et au Conseil constitutionnel. Alors pourquoi les questions préjudicielles en vue de saisir le juge de l'Union européenne et le Conseil constitutionnel ne sont pas des exceptions de procédure ? Tout simplement pour que ces questions ne soient pas soumises aux règles trop restrictives de l'article 74 du Code de procédure civile. Ainsi, ces questions peuvent être valablement formées en tout état de cause.

### 3) Règle "le criminel tient le civil en l'état"

Initialement l'article 4 du Code de procédure pénale fondait une exception dilatoire obligatoire, le juge était tenu de surseoir à statuer dès lors que le juge pénal était saisi du même litige. Cette obligation de suspension, génératrice

d'abus par les plaideurs exerçant des actions pénales afin de paralyser les procédures civiles, commerciales et prud'homales, a été dénoncée. Dans le but d'y mettre un terme, la loi du 5 mars 2007 a modifié l'article 4 du Code de procédure pénale en y ajoutant un troisième alinéa. Celui-ci dispose que "*la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil*".

Voici un exemple où l'exception dilatoire a été admise, en matière de divorce pour faute (Cass. civ. 1, 17 décembre 2008, n° 07-20.247, F-D N° Lexbase : [A9067EBG](#), cassation partielle).

Cette exception peut être utile à soulever dans le cadre d'une procédure de divorce, l'issue d'une procédure au pénal à l'encontre de l'un ou l'autre des époux pouvant avoir une réelle influence tant sur le prononcé que sur les conséquences du divorce.

Il ne faut donc pas hésiter à soulever une exception dilatoire, si une instance pénale est en cours. Rappelons toutefois, que le juge ne sera pas tenu de suspendre l'instance puisqu'il s'agit d'une exception facultative.

### 3.6. Portée de la décision de surseoir à statuer

Tout d'abord, la décision suspend l'instance. Ainsi, dès lors qu'elle est favorablement accueillie, une exception dilatoire ne produit aucun effet sur le fond de l'affaire. L'instance est seulement suspendue temporairement *pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'il détermine* (C. pr. civ., art. 378 N° Lexbase : [L2245H4W](#)). Ensuite, la décision a autorité de la chose jugée, en vertu de l'article 480 du Code de procédure civile (N° Lexbase : [L6594H7D](#)).

### 3.7. Voies de recours

Les voies de recours peuvent être exercées contre la décision statuant sur une exception dilatoire. Toutefois, le sursis ne provoquant pas l'extinction mais la suspension de l'instance, l'appel à l'encontre de la décision de sursis est possible mais différée à la date de l'extinction de l'instance (C. pr. civ., art. 544 N° Lexbase : [L6695H74](#), 545 N° Lexbase : [L6696H77](#) et 776 N° Lexbase : [L7010H7R](#)). Une dérogation est toutefois prévue à l'article 380 du Code de procédure civile (N° Lexbase : [L7845I4C](#)), qui dispose qu'un appel immédiat est néanmoins possible à l'encontre d'une décision statuant sur une demande de suspension présentée par le défendeur lorsque le premier président de la cour d'appel l'autorise et qu'il est "*justifié d'un motif grave et légitime*".

## 4. Les exceptions de nullité

### 4.1. Rappel des règles procédurales

Pour rappel, il existe deux catégories d'exception de nullité des actes (actes judiciaires et actes extrajudiciaires) : le vice de forme ; l'irrégularité de fond.

Le vice de forme (C. pr. civ., art. 112 N° Lexbase : [L1390H4A](#) à 116), c'est l'omission ou le non-respect d'une règle formelle de rédaction ou de notification d'un acte. Il existe deux principes directeurs : pas de nullité sans texte sauf violation d'une formalité substantielle ou d'ordre public ; pas de nullité sans grief, étant précisé que le grief ressort à l'appréciation souveraine et *in concreto* des juges du fond. Le juge prononçant une nullité doit motiver l'existence de ce grief.

L'exception de nullité n'appartient qu'à la partie contre laquelle l'acte a été fait et le juge ne peut soulever d'office la nullité.

L'exception de procédure doit en principe être soulevée *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute défense au fond. Mais pour des raisons évidentes, l'exception de nullité pour vice de forme peut être invoquée au fur et à mesure de l'accomplissement des actes. Mais attention car la nullité est couverte si ont été invoquées, postérieurement à l'acte nul, une défense au fond ou une fin de non-recevoir, avant l'exposé de l'exception de nullité.

L'irrégularité de fond (C. pr. civ., art. 117 N° Lexbase : [L1403H4Q](#) à 121) affecte l'exercice irrégulier de l'action en justice à savoir : le défaut de capacité d'ester en justice ; le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ; le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice. On ne sait pas vraiment si cette liste est limitative, mais il semblerait que oui, d'après Serge Guinchard.

Une différence essentielle avec le vice de forme est que la preuve d'un grief n'est pas exigée.

*A priori* l'exception de nullité pour irrégularité de fond peut être soulevée par les deux parties. Elle ne doit être relevée d'office par le juge que lorsqu'elle est d'ordre public (notamment les règles d'organisation judiciaire). Le juge peut mais n'est pas tenu de relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice. L'article 118 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L8421IRC) prévoit que cette exception de nullité peut être soulevée en tout état de cause, même si des conclusions au fond ont été notifiées. Mais elle doit bien entendu être invoquée avant la clôture de l'affaire.

Il convient d'être vigilant car dans les deux cas d'exception, l'effet de la nullité est l'anéantissement rétroactif de l'acte attaqué et de ceux qui en sont la suite et la conséquence. L'article 698 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L6903H7S) prévoit la possibilité pour le plaideur victime de l'acte déclaré nul de solliciter des dommages et intérêts contre l'auxiliaire de justice fautif de l'acte.

#### 4.2. Conseils pratiques

S'agissant de l'avocat de la partie contre laquelle l'acte nul a été fait, il doit, dans ses écritures, présenter au juge l'exception de nullité de telle sorte qu'elle puisse être examinée de manière efficace ; autrement dit, il convient d'éviter les formules types, vagues ou banales, qui, sans viser un acte précis, soulèvent la nullité de tout acte pouvant être irrégulier. L'exception de nullité doit être soulevée expressément et comporter toutes les précisions de nature à la faire recevoir. Il faut préciser quel acte est vicié et quelle irrégularité a été commise. Si l'on soulève un vice de forme, il ne faut pas oublier de rapporter la preuve du grief subi par le client et le lien avec le vice allégué. Il convient d'établir qu'il a été empêché ou limité dans ses possibilités de défense.

Par ailleurs, les exceptions de nullité n'ont pas à être présentées dans des conclusions séparées. Mais les écritures doivent chronologiquement soulever d'abord le moyen de nullité, avant les fins de non-recevoir ou la défense au fond (à nuancer pour l'irrégularité de fond car elle peut être soulevée en tout état de cause). Et puisque le juge examine la forme avant le fond, les nullités pour vice de forme doivent être soulevées *in limine litis*, avant les nullités pour irrégularité de fond, qui sont en principe recevables en tout état de cause (J. Beauchard, Jur. "nullité des actes de procédure"). Et l'on peut conclure subsidiairement au fond.

S'agissant de l'avocat de la partie dans l'intérêt de laquelle l'acte nul a été fait, il faut savoir que la régularisation est possible, le plus souvent en complétant une indication insuffisante ou en refaisant l'acte. Si l'acte a été régularisé avant la forclusion ou la prescription de l'action, la nullité sera couverte, *a priori* même si elle concerne une formalité substantielle ou d'ordre public. En cas de vice de forme, il ne doit subsister aucun grief.

#### 4.3. Applications dans la procédure de divorce

##### 4.3.1. La nullité des actes pour vice de forme

Il s'agit d'examiner ici les nullités, majoritairement textuelles, qui peuvent affecter les principaux actes de la procédure de divorce, en suivant l'ordre chronologique de cette procédure.

##### – Tentative de conciliation

##### — Requête en divorce

L'article 58 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L144218W) prévoit que la requête doit contenir à peine de nullité un certain nombre de mentions obligatoires (1° indication des nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance du demandeur ; 2° indication des nom, prénoms et domicile de la personne contre laquelle la demande est formée ; 3° objet de la demande). Cet article a été complété par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 (N° Lexbase : L133318U) aux termes duquel il faut désormais préciser dans la requête les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige, sauf motif légitime tenant à l'urgence ou matière intéressant l'ordre public. La sanction de ce défaut de mention n'est pas la nullité ; l'article 127 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L145218B) précise, en effet, que s'il n'est pas justifié de ces mentions, le juge peut seulement proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.

Outre les mentions de droit commun de l'article 58, la requête doit comporter les indications relatives aux organismes sociaux des époux (cf. C. pr. civ., art. 1075 N° Lexbase : L1480H4L), étant précisé que ces mentions ne sont pas exigées à peine d'irrecevabilité, mais de nullité pour vice de forme (Cass. civ. 2, 4 février 1981, n° 79-12.670 N° Lexbase : A7001CKI). En conséquence, cette nullité ne peut être prononcée que s'il est établi que leur omission a causé un grief.

En l'espèce, il a été jugé que les mentions relatives aux organismes de retraite n'ont à être fournies que si l'intéressé

perçoit effectivement une pension de retraite. On peut raisonnablement penser qu'il en est de même pour les autres prestations sociales.

### — Convocation par le greffe à la tentative de conciliation

Les règles sont organisées par l'article 1108 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L8972K3P) qui prévoit que l'époux défendeur est convoqué par LRAR, doublée d'une lettre simple. A peine de nullité, la LR doit être expédiée 15 jours au moins avant l'audience et accompagnée d'une copie de l'ordonnance fixant la date de la tentative de conciliation. A titre informatif, il est joint à la LR une notice rappelant certaines dispositions du Code civil. On peut donc observer que c'est seulement l'expédition 15 jours à l'avance de la LR qui est prévue à peine de nullité. Rien n'est prévu concernant l'absence de la notice d'information ou l'insuffisance de renseignements qu'elle doit contenir. Mais si l'on considère qu'il s'agit d'une formalité substantielle à l'information du défendeur, l'annulation de la notification pourrait être prononcée pour vice de forme, en cas de grief. En outre, même si cette exigence n'est pas prévue par le Code de procédure civile, il semblerait qu'une copie de la requête en divorce doive être jointe pour éviter la nullité de la convocation (en ce sens, TGI Rouen, 2 novembre 1988, n° 3213/88).

Il convient d'être vigilant si l'époux défendeur demeure à l'étranger, puisque les délais sont augmentés de deux mois (C. pr. civ., art. 643 N° Lexbase : L5814ICC). L'inobservation de ce délai peut entraîner la nullité de la citation en conciliation, et par conséquent, celle de l'ONC (Cass. civ. 2, 12 mars 1980, n° 78-15.428 N° Lexbase : A1461CHL ; également, CA Versailles, 23 mars 2005, n° 2003/06 996 N° Lexbase : A0909DLA). Dans ce dernier arrêt, a été considérée comme tardive la signification à parquet d'une convocation à une audience de conciliation moins de 2 mois et demi avant celle-ci à l'initiative d'un époux qui savait que son épouse résidait à l'étranger pour une durée indéterminée et à une adresse connue. La cour d'appel a considéré que le non-respect du délai de comparution qui aurait dû être constaté à l'audience de conciliation, ne pouvait être régularisé ni par l'envoi d'une LR ni par la connaissance officieuse que pouvait avoir l'épouse de la teneur de l'acte. Il a été jugé qu'une telle irrégularité faisait grief à l'épouse privée en son absence de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant commun. La citation introductive d'instance a été déclarée nulle par la cour d'appel et l'ordonnance de non conciliation annulée.

En pratique, le greffe fait attention et fixe la date d'audience au moins deux mois et demi à l'avance pour permettre la citation en conciliation. Dans la négative, il convient de prévenir le greffe.

### – PV ou déclaration d'acceptation du principe de la rupture du mariage

Pour rappel, cette acceptation peut intervenir soit lors de l'audience de tentative de conciliation, elle est alors constatée dans un PV annexé à l'ONC ; soit en cours d'instance, elle est alors constatée dans une déclaration écrite annexée aux conclusions.

L'article 1123 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1670H4M) prévoit que le PV ou la déclaration doit rappeler les mentions de l'article 233, alinéa 2, du Code civil (N° Lexbase : L2791DZE) à peine de nullité ("*Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel*").

Par ailleurs, la Cour de cassation a précisé qu'un PV ne comportant pas la signature des deux époux pouvait être déclaré nul mais que cette irrégularité ne pouvait être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation, le moyen étant mélangé de fait et de droit (Cass. civ. 1, 6 juin 2012, n° 11-18.206, F-D N° Lexbase : A3907INZ).

### – Assignation en divorce

L'article 56 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1441I8U) prévoit que l'assignation doit comporter à peine de nullité un certain nombre de mentions. Depuis le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 (N° Lexbase : L1333I8U), il faut en principe justifier d'une tentative préalable de résolution amiable du litige. Mais il semblerait que ces mentions puissent être exclues de l'assignation en divorce pour des motifs tenant "à la matière considérée". En effet, il existe des dispositions spécifiques à la procédure de divorce qui permettent au juge d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur et de concilier lui-même. Puisque l'instance en divorce est une procédure devant le TGI, il faut ajouter aux mentions de l'article 56 précité, celles de l'article 752 du même code (N° Lexbase : L6968H79). L'omission de ces mentions obligatoires constitue un vice de forme qui peut être sanctionné par la nullité, s'il est prouvé que cette irrégularité cause un grief.

La régularisation est possible. La nullité n'a pas à être prononcée si l'indication erronée de l'acte ou l'omission d'une mention est corrigée ou précisée par un autre acte. Mais attention, il faut rappeler qu'une assignation annulée perd son pouvoir interruptif de prescription, de sorte que l'action ne peut être reprise que si elle l'est dans les délais. Or, les époux ne disposent que d'un délai de 30 mois pour assigner en divorce à compter du prononcé de l'ONC, sous peine de caducité. Il faut donc éviter d'attendre la veille de l'expiration de ce délai pour permettre éventuellement

une régularisation.

Enfin, l'omission du bordereau de communication de pièces annexé à l'assignation n'entraîne pas de nullité. Il ne s'agit pas davantage d'une formalité substantielle ou d'ordre public. Cette omission n'est donc assortie d'aucune sanction (Cass. civ. 2, 3 avril 2003, n° 00-22.066, FS-P+B N° [Lexbase : A6572A7K](#)).

#### – Déclaration d'appel

L'article 901 du Code de procédure civile (N° [Lexbase : L0352IT9](#)) prévoit les mentions que la déclaration d'appel doit contenir à peine de nullité (1° La constitution de l'avocat de l'appelant ; 2° L'indication de la décision attaquée ; 3° L'indication de la cour devant laquelle l'appel est porté ; ainsi que les mentions prescrites par l'article 58 du même code). Le défaut de l'une de ces mentions constitue un vice de forme, qui peut être sanctionné par la nullité de l'acte, sous réserve de la démonstration d'un grief (Cass. civ. 1, 19 novembre 2014, n° 13-18.902, FS-P+B N° [Lexbase : A9381M3T](#)). En l'espèce, il était mentionné une adresse inexacte d'une épouse qui était partie à l'étranger avec l'enfant du couple. Il a été jugé que cette dissimulation faisait grief à l'époux en le privant de la possibilité d'apprécier l'environnement dans lequel évoluait son fils et compromettait toute chance d'une solution amiable au litige. En refusant de communiquer son adresse réelle, l'épouse avait porté atteinte au principe d'un procès équitable et rompu l'égalité des armes entre les adversaires en empêchant toute investigation sur les conditions de vie et l'état de l'enfant.

#### – Notification et signification par huissier de justice

C'est l'un des domaines d'élection des nullités textuelles de procédure. Or, les intérêts de la notification sont considérables puisqu'elle a pour effet de porter à la connaissance de l'intéressé un acte de procédure ou une décision de justice ; par ailleurs, elle a souvent pour effet de faire courir les délais (de comparution, de constitution d'avocat, de recours...). Il convient de se reporter aux articles 653 (N° [Lexbase : L4834IST](#)) à 694 du Code de procédure civile qui traite de la forme des notifications. La plupart de ces règles est prévue sous peine de nullité (C. pr. civ., art. 693 N° [Lexbase : L4841IS4](#)).

Pour rappel, s'agissant des règles de signification des actes d'huissiers de justice, l'article 654 (N° [Lexbase : L6820H7Q](#)) pose le principe selon lequel la signification est faite à personne. La jurisprudence tient assez fermement à la hiérarchie des formes de signification et considère comme nulles les significations autres qu'à personne si l'impossibilité de cette signification n'est pas démontrée (Cass. civ. 3, 21 février 2001, n° 99-14.688 N° [Lexbase : A6852C8B](#)). L'article 655 (N° [Lexbase : L6822H7S](#)) prévoit que lorsque la signification à personne s'avère impossible, elle peut être faite à domicile, ce qui suppose qu'une personne présente puisse recevoir l'acte et l'accepte. L'article 656 (N° [Lexbase : L6825H7W](#)) précise que, si personne ne peut ou ne veut recevoir l'acte, la signification pourra être faite à domicile dès lors que l'huissier a pu vérifier que le destinataire demeurait bien à l'adresse indiquée. Lorsque l'intéressé n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus, les diligences accomplies par l'huissier doivent être mentionnées avec précision dans le PV de recherches infructueuses, qui vaut signification selon l'article 659 (N° [Lexbase : L6831H77](#)).

S'agissant de la notification des jugements, l'article 675 du Code de procédure civile (N° [Lexbase : L6858H77](#)) prévoit que les jugements sont notifiés par voie de signification à moins que la loi n'en dispose autrement, et ce sous peine de nullité. L'article 678 (N° [Lexbase : L6861H7A](#)) impose à peine de nullité, lorsque la représentation est obligatoire, que le jugement soit notifié à avocat avant la signification à partie. La jurisprudence a précisé que cette absence de notification à avocat constituait une nullité qui pouvait être prononcée sans qu'il y ait lieu de rechercher un grief (Cass. civ. 2, 15 février 1995, n° 93-15.459 N° [Lexbase : A7812ABX](#), JCP éd. G, 1999, II 22.506, note E. de Rusquec). Par ailleurs, la notification à avocat est désormais possible par l'envoi d'un message RPVA ; pour cela, il convient de numériser la copie certifiée conforme de la décision et de la joindre au message de notification à l'attention du confrère adverse ; lorsque la représentation n'est pas obligatoire, par exemple au stade de l'ONC, la notification à avocat n'est pas requise ; mais à titre confraternel, il est correct d'informer le confrère de la signification de l'ONC à son client. Enfin, l'article 680 du Code de procédure civile (N° [Lexbase : L1240IZX](#)) précise que l'acte de signification du jugement à partie doit indiquer de manière très apparente le délai de recours, ainsi que les modalités d'exercice de ce recours. La sanction applicable est celle de la nullité ; dans ces hypothèses, le délai de recours ne court pas (Cass. civ. 2, 12 février 2004, n° 02-13.332, F-P+B N° [Lexbase : A2724DBI](#)).

#### 4.3.2. La nullité des actes pour irrégularité de fond

Dans le cadre de la procédure de divorce, l'irrégularité de fond concerne essentiellement deux hypothèses : l'avocat constitué ; les majeurs protégés.

#### – Défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice

Constitue une irrégularité de fond un avocat constitué qui n'a pas la capacité de postuler devant la juridiction saisie, que ce soit en première instance ou en appel (Cass. civ. 2, 9 janvier 1991, n° 89-12.457 N° Lexbase : A4357AHT, au sujet d'une assignation en divorce). Cette irrégularité peut être couverte par la constitution d'un nouvel avocat appartenant au barreau qui relève du TGI compétent (Cass. civ. 2, 20 mai 2010, n° 06-22.024, FS-P+B N° Lexbase : A7198EXU).

#### – Défaut de capacité d'ester en justice

La question est assez délicate à traiter car des règles particulières sont prévues pour les majeurs protégés aux articles 249 (N° Lexbase : L8331HWH) à 249-4 du Code civil (notamment le divorce par consentement mutuel et le divorce accepté sont toujours exclus). La sanction de la violation de ces règles n'est pas toujours très claire. Il s'agit tantôt d'une irrégularité de fond, tantôt d'une fin de non-recevoir. L'on peut citer quelques exemples d'irrégularités de fond, par régime :

##### — Tutelle

Les articles 249 et 249-1 (N° Lexbase : L2609ABA) du Code civil prévoient que la demande en divorce formée au nom d'un majeur sous tutelle est présentée par le tuteur, avec l'autorisation du conseil de famille s'il a été institué, ou du juge des tutelles. Si l'époux sous tutelle est en défense, l'action est exercée contre le tuteur. La régularisation est possible (Cass. civ. 1, 10 mai 1984, n° 83-10.945 N° Lexbase : A0744AAS). En cours de procédure de divorce, un majeur avait été placé sous tutelle. L'épouse avait soulevé une exception de nullité tirée de l'irrégularité de l'action en justice exercée par un incapable majeur. Mais cette nullité n'a pas été prononcée car au moment où la cour d'appel a statué, elle a constaté que le majeur était représenté devant elle par son tuteur, autorisé par une délibération du conseil de famille.

##### — Curatelle

Il résulte des articles 249 et 249-1 du Code civil que l'époux sous curatelle exerce l'action lui-même avec l'assistance du curateur et se défend lui-même, également avec l'assistance de celui-ci. L'article 467, alinéa 3, du Code civil (N° Lexbase : L8453HWY) (C. civ., anc. art. 510-2) précise que "*toute signification faite au majeur en curatelle doit l'être aussi à son curateur, à peine de nullité*". L'absence d'acte d'appel dirigé contre le curateur constitue une nullité de fond, qui ne peut être couverte qu'avant l'expiration du délai d'appel (Cass. civ. 1, 17 décembre 1991, n° 90-15.687 N° Lexbase : A5360AHY ; Cass. civ. 1, 6 février 1996, n° 93-21.053 N° Lexbase : A9482ABS). Le jugement doit être signifié non seulement au majeur protégé mais aussi à son curateur, sous peine de nullité (Cass. civ. 1, 20 décembre 2001, n° 00-17.173, F-D N° Lexbase : A6947AXL).

##### — Sauvegarde de justice

Selon l'article 249-3 du Code civil (N° Lexbase : L2804DZU), si l'un des époux se trouve placé sous la sauvegarde de justice, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après organisation de la tutelle ou de la curatelle. Cette disposition étant d'ordre public, elle est applicable même en cas d'ignorance par l'autre conjoint de la mesure de sauvegarde de justice (CA Paris, 17 avril 1985, n° 1379 N° Lexbase : A9230QD9). En l'espèce, la cour d'appel a prononcé la nullité de l'ensemble de la procédure de divorce intentée contre l'épouse depuis l'ONC jusqu'au jugement de divorce. La femme était hospitalisée dans un établissement psychiatrique d'une autre ville, placée sous sauvegarde de justice, ce qu'ignorait son mari, et l'assignation en divorce lui avait été signifiée en mairie. L'assignation dirigée contre un majeur placé sous sauvegarde de justice entraîne la nullité de toute la procédure.

Si l'ouverture de la curatelle est postérieure au jugement de divorce prononcé contre l'époux alors sous sauvegarde de justice, ce jugement est entaché de nullité (CA Toulouse, 29 avril 1986, n° 3073/83 N° Lexbase : A9233QDC).

---

(1) A paraître dans Lexbase, éd. priv., n° 648, 2016.

# Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°648 du 24 mars 2016

[Divorce] Événement

## Les fins de non-recevoir dans le cadre du divorce — Compte rendu de la réunion du 2 février 2016 de la Commission Famille du barreau de Paris

N° Lexbase : N1886BWR



par Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo  
— édition privée

La Commission "Droit de la famille" du barreau de Paris, sous la responsabilité de Madame Hélène Poivey-Leclercq, ancien membre du conseil de l'Ordre, organisait le 2 février 2016, une réunion sur le thème "Les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir dans le cadre du divorce", animée par Aurélie Torchet et Graciane Païtard. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

La question de la procédure est assez rarement évoquée en droit de la famille, alors que cette matière intéresse les praticiens au premier plan. Tout particulièrement dans le cadre du divorce, où le contentieux reste important, malgré la volonté croissante du législateur de recourir en priorité à la voie négociée. A l'ère de la promotion des modes de règlement amiable des litiges, le sujet traité peut sembler à contre-courant, mais il n'est pas sans intérêt.

On le sait, le non-respect des règles procédurales peut engager la responsabilité des avocats. En défense, quatre voies sont ouvertes au plaident : la défense au fond ; la demande reconventionnelle ; l'exception de procédure, qui permet de discuter de la régularité de la procédure ; la fin de non-recevoir, qui vise à contester l'action elle-même. Ces deux derniers moyens de défense constituent le cœur du sujet ici traité.

Il convient avant tout de définir brièvement ces notions procédurales. Concernant l'exception de procédure, l'article 73 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1290H4K) la définit comme "*tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours*". Le Code de procédure civile en énonce cinq catégories : l'exception d'incompétence ; l'exception de litispendance ; l'exception de connexité ; l'exception dilatoire et l'exception de nullité. *A priori*, cette liste donnée par le code n'est pas limitative, mais la présente intervention se limitera à celle-ci, à quelques exceptions près. Il est important de souligner que les exceptions de procédure doivent en principe être invoquées toutes simultanément, et *in limine litis*, soit avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. A défaut, le moyen est irrecevable. Il existe toutefois des tempéraments à cette règle.

Quant à la fin de non-recevoir, elle constitue un autre moyen d'éluider le débat au fond. L'article 122 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1414H47) précise que "*constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire*

déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée". Là encore, l'énumération du législateur n'est pas limitative et n'épuise pas la liste des fins de non-recevoir, dont on trouve des exemples importants dans le droit de la famille. Les fins de non-recevoir peuvent en principe être soulevées en tout état de cause, contrairement aux exceptions de procédure.

Il ne s'agit pas ici de traiter de manière exhaustive de l'ensemble des exceptions de procédure et fins de non-recevoir, tant la matière est vaste et souvent confuse, mais avant tout de rappeler des règles procédurales et d'en donner des applications concrètes en matière de divorce.

S'agissant de la première partie se rapportant aux exceptions de procédure dans le cadre du divorce, lire *Les exceptions de procédure dans le cadre du divorce (1/2) : les exceptions d'incompétence et de litispendance* (N° Lexbase : N1777BWQ) et *Les exceptions de procédure dans le cadre du divorce (2/2) : les exceptions dilatoires et de nullité* (N° Lexbase : N1781BWU).

## Seconde partie : les fins de non-recevoir (C. pr. civ., art. 122 à 126)

### 1. Rappel des règles procédurales

La fin de non-recevoir est tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir... Il n'est pas facile de distinguer celle-ci de l'exception de nullité. La nullité affecte la validité de la procédure pour inobservation des formes ou irrégularité de fond ; la fin de non-recevoir affecte l'action elle-même, elle est relative au droit de faire le procès. Mais, la jurisprudence, souvent incertaine, ne facilite pas l'exercice du devoir de conseil de l'avocat, et la confusion est également entretenue par le législateur.

Il convient de retenir deux règles principales : l'absence d'exigence d'un grief ; la possibilité de soulever la fin de non-recevoir en tout état de cause.

A noter que le juge doit relever d'office la fin de non-recevoir lorsqu'elle a un caractère d'ordre public, notamment en cas d'inobservation des délais d'exercice d'une voie de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

Une fois l'irrecevabilité déclarée, le juge ne peut plus examiner le fond de l'affaire.

### 2. Conseils pratiques

S'agissant de l'avocat du plaideur qui soulève une fin de non-recevoir, là encore, dans les écritures, il faut présenter au juge la fin de non-recevoir de telle façon qu'elle puisse être examinée de manière efficace. Il faut donc exclure des conclusions les formules types qui demandent à ce que l'adversaire soit déclaré irrecevable en sa demande, sans motiver le défaut de droit d'agir. On a parfois tendance à abuser à tort du terme "irrecevable".

Par ailleurs, la fin de non-recevoir peut être soulevée en tout état de cause. Dans le cadre d'une procédure orale, l'avocat peut présenter valablement une fin de non-recevoir au cours de l'audience. Mais le juge pourra condamner à des dommages-intérêts le plaideur qui se serait abstenu de la soulever plus tôt dans une intention dilatoire.

S'agissant de l'avocat de la partie frappée du défaut de droit d'agir, la régularisation est possible, mais il faut déjà que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir puisse être régularisée (ex. : impossible en cas de décès de l'époux). Mais, en cas de régularisation, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Cette régularisation peut intervenir à tout moment, même en cause d'appel, sauf disposition contraire. Elle doit être faite avant la clôture des débats ou le prononcé de l'ordonnance de clôture, selon que la procédure est orale ou écrite.

### 3. Applications : panorama de fins de non-recevoir

La fin de non-recevoir peut empêcher l'exercice de l'action en divorce, au début ou en cours d'instance. On en recense un certain nombre dans le cadre du divorce et il n'est pas facile de faire un classement très cohérent.

#### 3.1. Cas généraux de fins de non-recevoir constituant des obstacles à l'action en divorce

##### 3.1.1. Nullité du mariage

Un jugement prononçant la nullité du mariage constitue une fin de non-recevoir à l'action en divorce. Mais la jurisprudence a précisé que la nullité du mariage ne pouvait être invoquée sous forme de fin de non-recevoir tant qu'elle n'avait pas été prononcée (CA Paris, 12 janvier 1966, D., 1966. Somm. 82). Il faut entamer une procédure différente

fondée sur ce moyen. La cour d'appel de Paris a considéré que l'action en nullité du mariage par un époux avait une incidence sur la demande en divorce formée par l'autre et qu'il convenait donc de surseoir à statuer sur les demandes en appel des parties dans l'attente du jugement sur la nullité du mariage. Autrement dit, l'action en nullité du mariage peut paralyser la procédure de divorce (CA Paris, 6 décembre 2001, n° 2000/14 794).

### 3.1.2. Existence d'un divorce antérieur (chose jugée)

Cette hypothèse se présente en droit international privé. La dissolution antérieure du mariage à l'étranger peut constituer une fin de non-recevoir à l'action en divorce en France. Mais la Cour de cassation a précisé que le jugement de divorce étranger ne pouvait faire obstacle à l'introduction en France d'une demande en divorce que s'il était internationalement régulier et passé en force de chose jugée (Cass. civ. 1, 10 juillet 1984, n° 83-10.738 N° Lexbase : A0718AAT).

Le juge doit contrôler d'office la régularité de la décision étrangère lorsque l'autorité de la chose jugée est invoquée comme fin de non-recevoir ou lorsqu'est demandée l'exécution en France de la décision. La Cour de cassation censure systématiquement les arrêts qui ne procèdent pas à ce contrôle ou le font de manière insuffisante (Cass. civ. 1, 17 février 2004, deux arrêts, n° 02-15.766 FS-P+B+R+I N° Lexbase : A3074DBH et n° 02-10.755, FS-P+B+R N° Lexbase : A3199DB4 ; Cass. civ. 1, 14 janvier 2009, n° 08-10.205, F-P+B N° Lexbase : A3534ECU ; Cass. civ. 1, 10 mai 2007, n° 06-11.323, FS-P+B+I N° Lexbase : A0927DWA ; Cass. civ. 1, 12 septembre 2012, n° 11-17.023, F-P+B+I N° Lexbase : A5540ISY).

#### Exemples

De nombreux arrêts ont été rendus dans le cas des répudiations unilatérales, concernant des époux domiciliés sur le territoire français ou vivant à l'étranger de nationalité française (Cass. civ. 1, 17 février 2004, deux arrêts, n° 01-11.549, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A3072DBE et n° 02-11.618 , FS-P+B+R+I N° Lexbase : A3073DBG ; Cass. civ. 1, 25 octobre 2005, n° 03-20.845, F-P+B N° Lexbase : A1483DLI ; Cass. civ. 1, 3 janvier 2006, n° 04-15.231 , F-P+B N° Lexbase : A1727DMW ; Cass. civ. 1, 10 mai 2006, n° 04-19.444, F-P+B N° Lexbase : A3510DPP ; Cass. civ. 1, 19 septembre 2007, n° 06-19.577, F-P+B N° Lexbase : A4333DY7 ; Cass. civ. 1, 6 février 2008, n° 06-21.870, F-D N° Lexbase : A7238D4T ; Cass. civ. 1, 4 novembre 2009, n° 08-20.574, FS-P+B+I N° Lexbase : A7846EMK).

S'agissant d'un jugement déclaré régulier (Cass. civ. 1, 6 mars 1979, n° 77-13.179 N° Lexbase : A2975CGB), la Cour de cassation a considéré que le fait qu'une procédure de divorce suivie à l'étranger (en l'espèce, au Liban) ne comporte pas de tentative de conciliation, ne porte atteinte ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux droits de la défense et ne fait pas obstacle à l'exequatur de la décision étrangère rendue dans ces conditions.

Deux questions se sont posées. La première est de savoir si le juge conciliateur peut statuer lorsque le défendeur oppose une fin de non recevoir tiré du jugement de divorce prononcé à l'étranger. La réponse est positive (cf. Cass. civ. 1, 9 juillet 1991, n° 89-13.940 N° Lexbase : A4471AH3 ; Cass. civ. 1, 10 mai 2007, n° 06-12.476, FS-P+B+I N° Lexbase : A0928DWB et n° 06-11.323, FS-P+B+I N° Lexbase : A0927DWA ; à noter, toutefois, *contra* : Cass. civ. 2, 9 janvier 2003, n° 00-19.221, FP-P+B N° Lexbase : A6066A4G ayant déclaré le juge conciliateur incompétent).

La seconde question est celle de savoir si la décision du juge conciliateur, qui a par essence un "*caractère provisoire*", lie le juge du fond sur la régularité de la décision étrangère. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait considéré, en 1998, qu'en raison de son caractère provisoire, l'ordonnance qui statue sur la recevabilité de la requête en divorce à laquelle est opposée une fin de non-recevoir ne lie pas le juge du fond saisi de ce moyen de défense (Cass. civ. 2, 4 mars 1998, n° 96-14.230 N° Lexbase : A2699ACX). Mais dans un arrêt du 19 septembre 2007 (Cass. civ. 1, 19 septembre. 2007, n° 06-14.506, FS-D N° Lexbase : A4238DYM) la première chambre civile a retenu que le rejet par le JAF de l'exception de litispendance par une décision passée en force de chose jugée faisait obstacle à ce que cette exception soit à nouveau soulevée devant le juge du fond (mais cas différent, car il ne s'agissait pas d'une fin de non-recevoir)

### 3.1.2. Décès d'un époux

Le décès de l'un des époux avant ou pendant l'instance est une fin de non-recevoir absolue (Cass. civ. 1, 23 novembre 1988, n° 87-11.707 N° Lexbase : A7643CIW). L'action en divorce s'éteint par le décès d'un époux intervenu avant le prononcé définitif du divorce. Le mariage est donc dissous par le décès et non par le divorce (Cass. civ. 1, 20 juin 2006, n° 05-16.150, F-P+B N° Lexbase : A9999DPZ).

### 3.1.3. Défaut de qualité à agir

L'action en divorce n'appartient qu'aux époux. A ainsi été déclarée irrecevable une action initiée indirectement par

la concubine du mari (TGI Seine, 4 janvier 1960, D., 1961. 636, note Cornu). Les héritiers du défunt ne peuvent pas non plus agir à sa place même pour poursuivre une action déjà engagée (si un époux décède pendant l'action en divorce, celle-ci est éteinte, cf. *supra*). Cette règle est cependant écartée dans un cas particulier, celui où le décès de l'époux intervient alors que le divorce est passé en force de chose jugée mais après que le défunt a interjeté appel des dispositions relatives à la prestation compensatoire. La Cour de cassation admet alors que les héritiers continuent l'instance relative à la fixation de cette prestation compensatoire (Cass. civ. 2, 25 mai 1993, n° 91-21.950 N° Lexbase : A5963ABH).

### 3.2. Cas particuliers de fins de non recevoir prévus par les textes ou forgés par la jurisprudence

#### 3.2.1. Divorce contentieux

##### 3.2.1.1. Au stade de la conciliation

#### – Motivation de la requête contentieuse

Depuis la réforme de 2004, marquée par un souci du législateur de pacifier la procédure de divorce, les articles 251 du Code civil (N° Lexbase : L2810DZ4) et 1106 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1610H4E) prévoient respectivement que la requête ne doit pas mentionner "*les motifs du divorce*", et qu'elle n'indique "*ni le fondement juridique de la demande en divorce ni les faits à l'origine de celle-ci*". Ce dispositif est toutefois grevé d'une aberration flagrante car aucun des textes ne prévoit expressément de sanction en cas de violation. La jurisprudence est donc venue préciser que la requête motivée constituait une fin de non-recevoir sanctionnée par une irrecevabilité (CA Bordeaux, 22 septembre 2009, n° 09/01 146 N° Lexbase : A6537GG9 ; également, TGI Paris, ordonnance d'irrecevabilité du 16 avril 2012, n° 12/32 784).

##### 3.2.1.2. Au stade de l'instance au fond

#### – Fins de non recevoir liées au fondement de la demande en divorce

L'article 1077, alinéa 1er, du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1498H4A) prévoit, tout d'abord, que "*la demande ne peut être fondée que sur un seul des cas prévus à l'article 229 du Code civil. Toute demande formée à titre subsidiaire sur un autre cas est irrecevable*". Cette prohibition de cumul a pour vocation d'inciter les époux à choisir le cas de divorce le plus adapté à leur situation et de pacifier les relations. Il faut donc veiller à n'indiquer qu'un seul fondement dans l'assignation en divorce.

Il convient de mentionner un cas particulier, celui dans lequel un époux fait délivrer une assignation en divorce pour altération définitive du lien conjugal ; son conjoint formule une demande reconventionnelle en divorce pour faute ; l'époux demandeur maintient sa demande pour altération définitive du lien conjugal mais sollicite le prononcé du divorce aux torts partagés pour le cas où la demande reconventionnelle de son conjoint pour faute serait admise. Cette dernière demande constitue-t-elle une demande subsidiaire irrecevable ? La Cour de cassation a répondu par la négative en se fondant sur l'article 247-2 du Code civil (N° Lexbase : L2802DZS). La demande qui tend au prononcé du divorce aux torts partagés en cas d'admission de la demande reconventionnelle de divorce pour faute n'est pas une demande subsidiaire au sens de l'article 1077, alinéa 1er, du Code de procédure civile (Cass. civ. 1, 11 septembre 2013, n° 11-26.751, FS-P+B+I N° Lexbase : A9608KK3).

Il convient de préciser, également, que le juge ne peut examiner la demande reconventionnelle qu'autant qu'est recevable la demande principale, ces demandes étant indivisibles (Cass. civ. 1, 19 avril 2005, n° 02-19.881, FS-P+B N° Lexbase : A9534DHL).

A signaler que sous l'empire de la loi antérieure au décret du 29 octobre 2004, la Cour de cassation avait précisé que l'article 1077 du Code de procédure civile était une règle de fond du divorce (inapplication à un divorce relevant d'une loi étrangère, en l'espèce loi allemande) (Cass. civ. 1, 12 décembre 2006, n° 04-18.424, FS-P+B N° Lexbase : A8978DSC).

Il résulte, ensuite, de l'article 1077, alinéa 2, du Code de procédure civile que, outre qu'une demande en divorce formée à titre subsidiaire est irrecevable, on ne peut pas en cours d'instance substituer un cas de divorce à un autre cas, sauf passerelles prévues par le Code civil (C. civ., art. 247 N° Lexbase : L2800DZQ à 247-2) (cf. Cass. civ. 1, 19 mars 2014, n° 12-17.646, F-P+B N° Lexbase : A7367MHC ; un époux avait assigné son conjoint en divorce pour faute. L'épouse avait alors formé une demande reconventionnelle en divorce aux torts exclusifs de celui-ci. Voilà que les deux demandes sont rejetées par le tribunal... L'époux interjette appel et sollicite cette fois-ci le divorce sur le fondement des articles 237 (N° Lexbase : L2793DZH) et 238 (N° Lexbase : L2794DZI) du Code civil, se prévalant d'attestations qui établissent une séparation de fait depuis plus de deux ans. La cour d'appel a fait droit

à sa demande. Mais l'arrêt est censuré par la Cour de cassation qui rappelle, au visa de l'article 1077 du Code de procédure civile, que cette nouvelle demande était irrecevable.

L'avocat doit donc par exemple veiller à ne pas conseiller le divorce pour faute à un client qui n'aurait pas suffisamment de preuves ; la stratégie procédurale peut en effet engager la responsabilité de l'avocat.

Enfin, s'agissant de la séparation de corps, l'article 1076 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1489H4W) prévoit que l'époux qui présente une demande en divorce peut toujours, même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps ; en revanche, la substitution inverse est interdite. A noter que dans un avis du 10 février 2014, la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'assignation en divorce délivrée par un époux à la suite d'une ONC rendue sur une requête en séparation de corps. Il faut juste vérifier que les époux n'ont pas accepté le principe de la séparation de corps (Cass. avis, 10 février 2014, n° 15 001P N° Lexbase : A0673MEN).

#### – Exception de réconciliation des époux

L'article 244 du Code civil (N° Lexbase : L2796DZL), non modifié par la réforme de 2004, prévoit l'irrecevabilité de la demande en divorce pour faute en cas de réconciliation des époux. Le moyen tiré de la réconciliation est d'ordre public. Il peut être invoqué en tout état de cause et doit être relevé d'office (Cass. civ. 2, 30 novembre 1962, n° 61-13.848 N° Lexbase : A4065MIE, Bull. civ. II, n° 765). Mais la réconciliation est une fin de non-recevoir qui doit être soulevée par voie d'exception au cours de l'instance en divorce et qui ne peut être invoquée par voie principale après le prononcé définitif du divorce (Cass. civ. 2, 22 avril 1970, n° 69-12.089 N° Lexbase : A5408CI7).

Pour un exemple de réconciliation : le fait pour un époux, depuis les faits reprochés à sa femme, de passer chaque fin de semaine au domicile de celle-ci, de reconnaître avoir eu des relations intimes avec elle, qui se trouve enceinte, et de ne pas contester être le père de l'enfant à naître (Cass. civ. 2, 29 avril 1994, n° 92-16.318 N° Lexbase : A9661C4L) ; pour un exemple en sens inverse, retenant l'absence de réconciliation dès lors que, s'il y avait eu une tentative de rapprochement entre les époux, l'épouse avait manifesté l'intention de continuer l'instance et le fait pour le couple d'avoir passé quelques jours ensemble n'entraînait pas une reprise de la vie commune (Cass. civ. 2, 3 décembre 1997, n° 95-10.854 N° Lexbase : A1089CMB).

#### – Proposition de règlement des intérêts pécuniaires des époux

Selon l'article 257-2 du Code civil (N° Lexbase : L2822DZK), à peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. L'article 1115 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1644H4N) prévoit que l'irrecevabilité prévue par l'article 257-2 du Code civil doit être invoquée avant toute défense au fond.

Le législateur a créé un régime procédural original pour cette fin de non-recevoir car en principe, l'irrecevabilité peut être soulevée en tout état de cause. Le Code de procédure civile institue une fin de non-recevoir qu'il faudra soulever *in limine litis*, sous peine d'irrecevabilité.

La jurisprudence a précisé plusieurs points. Tout d'abord, cette irrecevabilité, d'intérêt privé, n'est pas une exception d'ordre public et ne peut donc pas être soulevée d'office par le juge (CA Reims, 18 mai 2006, n° 05/01 904). Ensuite, la Cour de cassation s'est prononcée sur la régularisation de cette fin de non-recevoir. L'irrecevabilité est écartée dès lors que le mari a formulé la proposition de règlement des intérêts pécuniaires dans des conclusions postérieures à l'assignation (Cass. civ. 2, 6 janvier 2012, n° 10-17.824, FS-P+B N° Lexbase : A0335H9B). A noter, enfin, que la régularisation est ouverte jusqu'à ce que le juge statue sur l'irrecevabilité (Cass. civ. 2, 25 juin 2014, n° 13-19.564, F-D N° Lexbase : A1620MSS).

##### 3.2.1.3. Au stade de l'appel du jugement du divorce

La procédure d'appel est un véritable "nid à fins de non-recevoir". Il existe tout d'abord des obstacles au droit d'appel : la renonciation au recours et le défaut d'intérêt (C. pr. civ., art. 546 N° Lexbase : L6697H78). Mais la procédure d'appel en elle-même est très encadrée et un certain nombre de dispositions doivent être respectées sous peine d'irrecevabilité.

#### – Premier obstacle au droit d'appel : acquiescement au jugement

L'acquiescement des parties au jugement de divorce rend l'appel irrecevable. Rappelons que l'acquiescement est en principe exprès mais qu'il peut être tacite et résulter d'actes incompatibles avec la volonté d'interjeter appel.

Ainsi, par exemple, en limitant leurs appels respectifs aux chefs du jugement concernant la prestation compensatoire, les époux ont implicitement mais nécessairement acquiescé aux autres dispositions du jugement (Cass. civ.

2, 24 février 1993, n° 91-18.213 N° Lexbase : A5947AHQ) ; de même, a été censuré un arrêt qui avait retenu le défaut d'acquiescement de l'épouse au jugement de divorce, faute de preuve de son intention maintenue de divorcer, alors que celle-ci s'était comportée ouvertement comme étant divorcée (Cass. civ. 1, 19 mars 2008, n° 06-21.250, FS-P+B N° Lexbase : A4759D7E). Toutefois, la Cour de cassation rappelle que l'acquiescement tacite doit résulter d'actes incompatibles avec la volonté d'interjeter appel ; ainsi, après avoir constaté que l'époux n'avait pas exécuté les dispositions du jugement relatives aux dommages et intérêts et à la prestation compensatoire, la cour d'appel a pu en déduire, nonobstant certaines circonstances, que la preuve d'un acquiescement au jugement n'était pas rapportée (Cass. civ. 2, 14 janvier 1999, n° 97-11.782 N° Lexbase : A3889CHI) ; de même, il a été considéré qu'il n'y avait pas d'acquiescement dans le cas d'une épouse qui, d'une part, avait accepté d'être réglée par trois acomptes des sommes dues par son mari en vertu du jugement de divorce, et d'autre part, avait interjeté appel général à un moment où elle n'avait pas encore encaissé le deuxième acompte ni reçu le troisième (Cass. civ. 2, 11 janvier 1989, n° 87-15.952 N° Lexbase : A2023CRD). Compte tenu de la gravité de ses conséquences, la jurisprudence interprète donc restrictivement la portée de l'acquiescement tacite.

#### – Deuxième obstacle au droit d'appel : défaut d'intérêt à agir

Un époux ne peut faire appel que dans la mesure où le premier jugement le déboute partiellement ou en totalité de ses demandes.

S'il a obtenu le bénéfice intégral de ses conclusions, son appel est irrecevable, faute d'intérêt à agir, même s'il tend au prononcé d'une mesure qu'il avait omis de solliciter en première instance (cf. Cass. civ. 2, 10 décembre 1998, n° 97-12.843 N° Lexbase : A1902CRU ; Cass. civ. 2, 20 mars 1991, n° 89-15.297 N° Lexbase : A4558AHB ; pour un exemple en sens contraire, cf. Cass. civ. 1, 25 avril 2007, n° 06-16.380, FS-P+B N° Lexbase : A0357DW7, l'épouse ayant saisi le tribunal d'une demande en divorce aux torts exclusifs de son mari et le premier juge ayant prononcé le divorce aux torts partagés, il en résulte qu'elle avait un intérêt à contester l'attribution des torts, peu important l'existence de conclusions concordantes des époux sur la dispense d'énonciation des motifs et griefs). Il faut préciser qu'en vertu de l'article 125 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1421H4E), la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt doit être relevée d'office par le juge, puisqu'elle résulte notamment de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

#### – Délais et formalisme en appel sanctionnés par la fin de non recevoir

##### — Sur les délais

L'écoulement d'un délai fait perdre le droit d'agir et constitue une cause d'irrecevabilité sanctionnée par une fin de non recevoir.

Les délais pour interjeter appel sont de quinze jours pour l'ONC (C. pr. civ., art. 1112 N° Lexbase : L1634H4B) et d'un mois pour le jugement de divorce (C. pr. civ., art. 538 N° Lexbase : L6688H7T) à compter de la notification des décisions (C. pr. civ., art. 528 N° Lexbase : L6676H7E). L'expiration de ces délais entraîne l'irrecevabilité de l'appel. Par application de l'article 125 du Code de procédure civile, la fin de non-recevoir doit être relevée d'office lorsqu'elle a un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elle résulte de l'inobservation des délais d'exercice des voies de recours.

Outre les délais pour interjeter appel, il a été prévu, dans un souci de faire accélérer la procédure des délais pour conclure dans le cadre d'une procédure avec représentation obligatoire. Ainsi, l'appelant dispose de trois mois à compter de la déclaration d'appel pour conclure à peine de caducité de la déclaration d'appel, relevée d'office (C. pr. civ., art. 908 N° Lexbase : L0390IGK) ; l'intimé a deux mois à compter de la notification des conclusions de l'appelant pour conclure et former éventuellement appel incident, à peine d'irrecevabilité relevée d'office (C. pr. civ., art. 909 N° Lexbase : L0416IGI) ; l'intimé à un appel incident dispose d'un délai de deux mois à compter de la notification des écritures adverses pour conclure sur l'appel incident, à peine d'irrecevabilité relevée d'office (C. pr. civ., art. 910 N° Lexbase : L0412IGD).

Le conseiller de la mise en état est seul compétent pour déclarer l'appel ou les conclusions irrecevables (C. pr. civ., art. 914 N° Lexbase : L0393IGN). Les ordonnances du conseiller de la mise en état ont autorité de la chose jugée au principal. Mais elles peuvent être déferées dans les quinze jours de leur date lorsqu'elles statuent sur une exception de procédure, la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel ou des conclusions et la caducité de l'appel.

##### — Sur la forme

En vertu de l'article 930-1 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L0362ITL), les actes de procédure (déclaration

d'appel, constitution, conclusions) doivent être remis à la cour par voie électronique à peine d'irrecevabilité relevée d'office. Il convient d'être vigilant quant à la communication des pièces qui, en principe, doit avoir lieu simultanément à la signification des écritures (Cass. avis, 25 juin 2012, n° 01 200 005 N° Lexbase : A8822IPG), même si la Cour de cassation semble avoir tempéré sa position (Cass. civ. 1, 30 janvier 2014, n° 12-24.145, FS-P+B N° Lexbase : A4197MDS).

Par ailleurs, les parties doivent justifier, à peine d'irrecevabilité, de l'acquiescement du timbre fiscal (C. pr. civ., 963 N° Lexbase : L1244IZ4). L'irrecevabilité est constatée d'office par le magistrat et les parties n'ont pas qualité pour soulever cette irrecevabilité.

#### – Irrecevabilité des demandes nouvelles en appel et recevabilité des demandes accessoires

Les demandes nouvelles sont prohibées sur le fondement des dispositions de l'article 564 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L0394IGP). Mais il faut rappeler que les dispositions de l'article 566 du même code (N° Lexbase : L6719H7Y) permettent aux parties d'ajouter aux prétentions de première instance celles qui en sont l'"*accessoire, la conséquence ou le complément*".

En matière de divorce, il ressort de la jurisprudence que ne constitue pas une demande nouvelle irrecevable la demande de prestation compensatoire formée par une épouse pour la première fois en appel, en ce qu'elle constitue une demande accessoire à la demande en divorce (Cass. civ. 2, 31 mai 2000, n° 97-16.589 N° Lexbase : A3445AU7); la même solution a été retenue pour la demande d'autorisation d'usage du nom du mari, formulée pour la première fois en appel (CA Paris, 16 avril 1991, n° 90/7975 N° Lexbase : A9232QDB); *idem* pour la demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par le divorce (Cass. civ. 2, 16 janvier 1980, n° 78-15.364 N° Lexbase : A6556CHB); n'est pas non plus nouvelle la demande de mesure d'instruction sollicitée par un époux pour la première fois en appel, à l'appui de sa demande de suppression de prestation compensatoire formulée devant le premier juge (Cass. civ. 2, 13 janvier 2000, n° 97-18.902 N° Lexbase : A3640CSM).

#### 3.2.1.4. Au stade du pourvoi en cassation et des autres recours

##### – Pourvoi en cassation

Sauf acquiescement, le jugement de divorce est susceptible d'un pourvoi en cassation dans un délai de deux mois. En revanche, l'arrêt statuant sur l'appel d'une ONC n'est pas susceptible d'un pourvoi en cassation, indépendamment du jugement de divorce au fond. Il n'est dérogé à cette règle qu'en cas d'excès de pouvoir (solution constante au visa des articles 606 N° Lexbase : L6763H7M et 608 N° Lexbase : L7850I4I du Code de procédure civile : Cass. civ. 1, 12 octobre 2011, n° 10-30.868, F-D N° Lexbase : A7602HY9; Cass. civ. 1, 4 décembre 2013, n° 12-26.925, F-D N° Lexbase : A8422KQY; Cass. civ. 1, 30 avril 2014, n° 13-12.080, F-D N° Lexbase : A6911MK8; Cass. civ. 1, 16 septembre 2014, n° 13-24.076, F-D N° Lexbase : A8556MWS). L'irrecevabilité a été étendue à une décision interprétative d'un arrêt statuant sur l'appel d'une ONC (Cass. civ. 1, 20 novembre 2013, n° 12-25.989, F-D N° Lexbase : A0334KQG).

##### – Recours en révision

Le recours en révision est recevable en cas de fraude. La jurisprudence concerne surtout la prestation compensatoire (ainsi, par exemple, Cass. civ. 1, 11 septembre 2013, n° 12-17.730, F-D N° Lexbase : A1580KL4, à propos de la dissimulation d'un patrimoine immobilier; ou encore, Cass. civ. 2, 21 février 2013, n° 12-14.440, F-P+B N° Lexbase : A4372I8G, dans l'hypothèse d'une dissimulation de l'existence de revenus).

Dans un arrêt du 19 février 2015, la Cour de cassation a rappelé que les modalités procédurales devaient être respectées, notamment le délai pour agir (Cass. civ. 2, 19 février 2015, n° 14-19.223, F-D N° Lexbase : A0082NCZ). En l'espèce, la cour d'appel avait déclaré le recours en révision de l'épouse irrecevable comme tardif.

En revanche, en matière de divorce, il faut savoir que le recours en révision n'est pas ouvert contre les décisions ayant prescrit des mesures provisoires qui sont susceptibles, jusqu'au dessaisissement de la juridiction d'être supprimées, modifiées ou complétées en cas de survenance d'un fait nouveau (Cass. civ. 2, 3 octobre 2002, n° 01-00.800, F-P+B N° Lexbase : A9068AZU).

##### – Tierce opposition

La tierce opposition n'est pas recevable sur le prononcé du divorce, ni sur ses conséquences légales (Cass. civ. 2, 7 mars 2002, n° 97-21.852, FP-P+B N° Lexbase : A1909AYD, irrecevabilité de la tierce opposition d'un créancier d'aliments; à comparer avec Cass. civ. 1, 5 novembre 2008, n° 06-21.256, FS-P+B N° Lexbase : A1597EBR : si un

créancier est irrecevable faute de qualité à former tierce opposition à un jugement, en ce qu'il prononce le divorce, aucune disposition légale ne lui interdit, sauf restrictions de l'article 1104 du Code de procédure civile **N° Lexbase : L1602H44** relatives au divorce sur demande conjointe, d'exercer cette voie de recours à l'encontre des dispositions du jugement de divorce portant sur ses conséquences patrimoniales dans les rapports entre époux).

### 3.2.2. Divorce par consentement mutuel

#### – Non-respect des prescriptions prévues par les articles 1090 (**N° Lexbase : L1560H4K**) et 1091 (**N° Lexbase : L1565H4Q**) du Code de procédure civile

Le défaut des mentions exigées dans la requête conjointe ou l'omission de la convention réglant les conséquences du divorce, avec le cas échéant l'état liquidatif en annexe de la requête conjointe, constituent des causes d'irrecevabilité de l'acte, sanctionnées par une fin de non-recevoir. La requête conjointe échappe donc au régime des nullités.

Bien évidemment, ces irrecevabilités ne pourront être relevées d'office que par le juge puisque la requête est commune aux deux parties.

#### – Recours irrecevables contre la convention homologuée

Sont irrecevables l'action en rescision pour lésion (Cass. civ. 1, 3 mars 2010, n° 08-70.214, FS-D **N° Lexbase : A6528ESL** et n° 08-12.395, FS-D **N° Lexbase : A6473ESK**) ; l'action paulienne (Cass. civ. 2, 25 novembre 1999, n° 97-16.488 **N° Lexbase : A5222AWC**) ; l'action en inopposabilité pour fraude (Cass. civ. 1, 23 novembre 2011, n° 10-26.802, FS-P+B+I **N° Lexbase : A9913HZ8**) ; l'action *de in rem verso* de l'époux qui avait renoncé à solliciter une prestation compensatoire dans la convention définitive homologuée (Cass. civ. 1, 10 février 1998, n° 96-11.845 **N° Lexbase : A6801CQX**, D. famille, 1998, n° 53, note Lécuyer). En revanche, si la convention définitive homologuée ne peut être remise en cause, un ex-époux reste recevable à présenter une demande ultérieure tendant au partage complémentaire de biens communs ou de dettes communes omis dans l'état liquidatif homologué (Cass. civ. 1, 13 décembre 2012, n° 11-19.098, FS-P+B+I **N° Lexbase : A8294IYT**).