



HAL
open science

Le divorce par consentement mutuel et le droit commun des contrats

Mathias Latina

► **To cite this version:**

Mathias Latina. Le divorce par consentement mutuel et le droit commun des contrats. *Revue Lexsociété*, 2021, 10.61953/lex.2834. hal-03518369

HAL Id: hal-03518369

<https://hal.science/hal-03518369>

Submitted on 9 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Le divorce par consentement mutuel et le droit commun des contrats

in L. ANTONINI-COCHIN et M.-C. LASSERRE (dir.), *Le divorce du XXI^e siècle*,
Université Côte d'Azur, 2021

MATHIAS LATINA

Professeur

CERDP

Université Côte d'Azur

Résumé : Le législateur a supprimé, par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, la nécessité d'obtenir l'homologation judiciaire de la convention de divorce. Ce faisant, il n'a pas nécessairement perçu l'incidence de cette suppression. En effet, celle-ci a multiplié les possibilités de contestation de la convention, même déposée au rang des minutes du notaire. Le contrôle judiciaire *a posteriori* de la convention, qui pourra être effectué à la demande d'un des ex-époux, impose donc, par un choc en retour, que le contenu de la convention soit conforme au droit commun des contrats.

Mots-clés : Divorce ; Convention ; Contrat ; Droit commun ; Homologation

1. Divorce par convention ? Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016, « les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire »¹. Il est étonnant que le législateur, annonçant la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel dans l'article 229, alinéa 1 du Code civil, se soit focalisé sur la forme de l'acte, à savoir un acte sous signature privée contresigné par avocats, plutôt que sur sa nature. Ce n'est que dans l'article 229-1 du Code civil que cette nature est révélée : il s'agit d'une convention. L'utilisation du terme convention est, somme toute, assez adéquate. En effet, un contrat est, au sens strict, « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »². Or, la convention de divorce n'a pas que des effets obligationnels. Certes, elle éteint les obligations du mariage et crée d'autres obligations, comme celle de verser une prestation compensatoire par exemple. Toutefois, le mariage ne se réduit pas aux obligations qu'il crée. En lui-même, c'est un lien, non obligationnel, que la convention vient dissoudre. Autrement dit, l'effet principal de la convention de divorce ne concerne pas une obligation. Certains auteurs ont toutefois soutenu que le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé ne résultait pas uniquement de l'accord des parties : la dissolution du lien matrimonial interviendrait à l'issue d'une procédure amiable, dont le dernier temps serait le dépôt de la convention au rang des minutes d'un notaire³. Peut-être. Il n'en reste pas moins que la convention de divorce est la pièce centrale de cette procédure.

¹ J. CASEY, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur », *AJ Famille* 2017 p. 14 ; F. CHENEDE, « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », *AJ Famille* 2017 p. 26 ; F. LE DOUJET-THOMAS, « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le nouveau divorce « sans juge », *JCP N* 2017, n° 40, 1277 ; M. MEKKI, « Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai... », *Gaz. Pal.* 21 mars 2017, n° 290j0, p. 16 ; S. THOURET, « L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge ! », *AJ Famille* 2017 p. 42.

² C. civ., art. 1101.

³ J. CASEY, *art. préc.*, spec. n° 7. Contra. G. CHANTEPIE, « La contractualisation en droit privé », *RFDA* 2018 p.10.

2. Convention sous condition suspensive. Cette convention est difficilement réductible aux catégories traditionnelles. Elle est sans doute synallagmatique et onéreuse puisque, d'une part, elle comprend des engagements réciproques des époux et, d'autre part, ces derniers n'entendent pas se dépouiller sans recevoir de contrepartie. En outre, cette convention sera, le plus souvent, négociée, et donc de gré à gré, sans que la présence des avocats aux côtés des époux n'excluent toutefois qu'une telle convention soit, ponctuellement, d'adhésion⁴. Enfin, la circulaire du 26 janvier 2017 qualifie la convention de divorce de convention à terme, le terme en question étant constitué par le dépôt de la convention au rang des minutes d'un notaire. Ses effets seraient donc « différés » jusqu'à la réalisation de cette formalité. Cette qualification est pourtant contestable. Si l'on souhaitait faire rentrer la convention de divorce dans une catégorie prédéfinie, il faudrait sans doute la qualifier de convention sous condition suspensive. Après tout, le dépôt au rang des minutes du notaire n'est pas automatique. Il est précédé par un contrôle, certes formel, du notaire. Or, un événement objectivement incertain, même si la probabilité de sa réalisation est forte, ne peut pas être qualifié de terme ; il s'agit d'une condition⁵. Ainsi le dépôt, qui n'est possible qu'après la vérification formelle que le notaire doit effectuer, va, aux termes de l'article 229-1, alinéa 3 du Code civil donner à la convention ses effets, en même temps qu'il va lui conférer date certaine et force exécutoire.

3. Soumission au droit commun des contrats. Toujours est-il que, tout à sa volonté de permettre aux époux de divorcer plus rapidement, le législateur n'a pas perçu les conséquences de la suppression de l'homologation judiciaire de la convention de divorce. Cette suppression a multiplié les possibilités de contestation de la convention, même déposée au rang des minutes du notaire (II). Le contrôle judiciaire *a posteriori* de la convention impose donc, par un choc en retour, que le contenu de la convention soit conforme au droit commun des contrats (I).

⁴ V. *infra*, n° 8.

⁵ Civ. 1^{re}, 13 juill. 2004, n° 01-01.429 ; Civ. 1^{re}, 10 déc. 2014, n° 13-19.313.

I. Le contenu de la convention de divorce par consentement mutuel

4. Contenu obligatoire et facultatif. Le contenu de la convention de divorce est règlementé par la loi, cette dernière imposant la présence d'un certain nombre de mentions dans l'*instrumentum* de l'acte. La technique est connue, qui est employée, notamment, en droit de la consommation. Le législateur, comme souvent malheureusement, a pourtant fait preuve de légèreté. D'abord, s'il a prévu que l'absence des mentions exigées par l'article 229-3 du Code civil était sanctionnée par la nullité, il n'a pas précisé la nature de cette nullité, relative ou absolue, ce qui n'est pas sans poser de problème⁶. Ensuite, le législateur est resté silencieux sur la sanction des mentions, exigées cette fois par le Code de procédure civile dans ses articles 1144-1 et suivants. En conséquence, si l'absence du nom, de l'adresse professionnelle et de la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux est sanctionnée par la nullité⁷, *quid* de l'absence du nom du notaire chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang de ses minutes⁸ ? Faut-il raisonner par analogie et étendre la sanction des premières aux secondes ? Faut-il au contraire appliquer l'adage « pas de nullité sans texte », et ce afin de favoriser la stabilité de la convention de divorce ? Quoiqu'il en soit, ce contenu obligatoire, composé de mentions, comme celle relative à l'information du mineur sur son droit à être entendu par le juge, ou de dispositions particulières, comme celles relatives à la liquidation de la communauté, ne relèvent pas, à proprement parler, du droit commun des contrats. Ce contenu obligatoire n'est toutefois pas exclusif de toutes autres dispositions. Les parties peuvent en effet ajouter un certain nombre de clauses qui seront utiles à la sécurité de la convention de divorce, sous réserve que celles-ci ne débordent pas du cadre délimité par la loi.

Autrement dit, le contrôle du contenu de la convention de divorce prévu par le droit commun (**A**) n'interdit pas l'insertion de clauses, dont la présence est facultative, mais potentiellement utile à la convention de divorce (**B**).

⁶ V. *infra*, n° 21.

⁷ C. civ., art. 229-3, 2°.

⁸ CPC, art. 1144-1.

A. Le contrôle du contenu facultatif de la convention

5. Limites à la liberté contractuelle. Le Code civil insiste particulièrement sur les limites à la liberté contractuelle, celle-ci ne pouvant s'exprimer, aux termes mêmes de l'alinéa 1 de l'article 1102 du Code civil, que « dans les limites fixées par la loi ».

6. La limite de l'ordre public. Ce cadre est, d'abord, délimité par l'ordre public, le Code civil le précisant à trois reprises : dans l'article 6 qui énonce que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; dans l'article 1102, alinéa 2 qui reprend, peu ou prou, la même formule en ne mentionnant plus les bonnes mœurs ; dans l'article 1162 qui ajoute que le contrat ne peut déroger à l'ordre public, ni par ses stipulations, ni pas son but. Un message, même répété, n'est pas nécessairement limpide. En effet, l'entreprise de définition de l'ordre public est vaine, et ce d'autant que les juges se réservent la possibilité de compléter l'ordre public textuel par un ordre public virtuel, dont ils sont maîtres. Affublé l'ordre public d'un qualificatif, ordre public économique, de protection ou encore familial⁹ ne renseigne pas fondamentalement sur le périmètre de celui-ci. Au-delà des domaines dans lesquels le législateur a pris parti, comme par exemple en matière d'autorité parentale¹⁰ ou des textes que les juges ont d'ores et déjà déclarés d'ordre public, comme ceux relatifs à l'obligation alimentaire¹¹, l'avertissement tiré du respect de l'ordre public sonne creux. *Quid*, par exemple, de la possibilité, offerte par l'article 1148-2 du Code de procédure civile aux époux, de saisir le juge d'une demande de divorce jusqu'au dépôt de la convention au rang des minutes du notaire ? Est-elle d'ordre public, de sorte que les époux ne pourraient y renoncer dans la convention ? C'est fort possible puisque l'on peut y voir une mesure de protection du consentement d'un des

⁹ V. toutefois le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2013 qui consacre un chapitre à « ordre public et famille ». Disponible en ligne :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2013_6615/etude_ordre_6618/notion_ordre_6659/ordre_public_6661/ordre_public_29159.html

¹⁰ L'autorité parentale est d'ordre public : C. civ., art. 376 et 1388.

¹¹ Les règles qui gouvernent l'obligation alimentaire sont, par exemple, d'ordre public : Civ. 1^{re}, 5 déc. 2012, 11-19.779.

époux. Toujours est-il que le rédacteur d'acte est ainsi contraint de s'en remettre à son « bon sens » afin de limiter l'imagination des parties, notamment s'agissant des clauses relatives aux effets extrapatrimoniaux du divorce ou dont l'objet est de limiter la liberté d'un des ex-époux. On imagine mal, par exemple, qu'un des parents puisse renoncer conventionnellement à voir ses enfants ou à entretenir le moindre contact avec eux, cette clause contrevenant aussi bien à la liberté individuelle du parent concerné, qu'à l'intérêt des enfants. Qu'en est-il de la clause de célibat ? Il semble acquis qu'une telle clause, dans laquelle une partie renonce à se remarier, est contraire à l'ordre public puisqu'elle porte atteinte à la liberté du mariage¹². En revanche, les époux peuvent, en vertu de l'article 278 du Code civil, « prévoir que le versement de la prestation (compensatoire) cessera à compter de la réalisation d'un événement déterminé ». Cet événement pourrait donc être constitué par le remariage du bénéficiaire, sa nouvelle situation matrimoniale venant modifier sa situation patrimoniale. L'ordre public est donc une directive générale de prudence, le législateur ne disant pas autre chose, dans la circulaire du 26 janvier 2017, lorsqu'il indique que la convention de divorce ne peut contenir de « clauses fantaisistes ».

7. La police des clauses du contrat : 1170 du Code civil. Ensuite, depuis la réforme du droit commun des contrats du 10 février 2016, le législateur a mis en place une police des clauses du contrat. Dans un premier temps, l'article 1170 du Code civil énonce que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Cet article, qui consacre la fameuse jurisprudence « Chronopost »¹³, est d'application générale. Peu importe que la clause en question soit insérée dans un contrat d'adhésion ou de gré à gré. Peu importe qu'elle ait été négociable ou non. Seul compte son effet, à savoir qu'elle prive de substance l'obligation essentielle du débiteur. Reste que l'on peine à identifier, dans la convention de divorce, « l'obligation essentielle » du débiteur. On peut même douter qu'il y ait une telle obligation essentielle. En effet, l'effet caractéristique de la convention de

¹² Ces clauses sont sanctionnées en droit du travail. Dans les libéralités, la jurisprudence s'obstine à une recherche divinatoire de l'intention du testateur ou du donateur. Si le testateur ou le donateur est mu par la « jalousie », elle sera annulée. Si ce n'est pas le cas, elle sera validée.

¹³ Com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632.

divorce, celui qui lui donne sa typicité, n'est pas un effet obligationnel. Il s'agit de la cessation du lien matrimonial, qui est un effet légal, attaché au contrat pourvu qu'il ait été déposé au rang des minutes d'un notaire. Des obligations peuvent certes être souscrites par les époux, comme le versement d'une prestation compensatoire. Pour autant, de telles obligations ne sont pas « essentielles » puisqu'elles peuvent parfaitement ne pas être envisagées dans la convention. Pour que l'article 1170 du Code civil soit applicable à la convention de divorce, il faudrait donc que les juges passent sous l'éteignoir la condition relative au caractère « essentiel » de l'obligation. Seraient alors réputées non écrites les clauses qui vident de leur substance une obligation du débiteur... Si tel devait être le cas, la clause évasive de responsabilité en cas de non-paiement de la prestation compensatoire ou la clause limitative de réparation dont le plafond serait dérisoire pourrait être réputée non écrite. De toute façon, ne suffirait-il pas de dire qu'une telle clause est contraire à l'ordre public « familial » pour l'interdire, sans passer par le prisme technique de l'article 1170 du Code civil ?

8. La police des clauses du contrat : 1171 du Code civil. Le second mécanisme constituant la police des clauses du contrat figure à l'article 1171 du Code civil. Dans sa rédaction en vigueur pour les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2018, cet article interdit, dans les contrats d'adhésion, les clauses non négociables qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties¹⁴. Un contrat d'adhésion est, aux termes de l'article 1110 du Code civil, toujours pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2018, « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ». La présence de deux avocats, dont le rôle est de protéger leur client, assurera, dans l'écrasante majorité des cas, l'existence d'une négociation effective sur l'ensemble des éléments essentiels de la convention. Ce n'est donc que si un époux venait à accepter, contre l'avis de son avocat, la convention, présentée par l'autre comme non négociable, que celle-ci pourrait recevoir la qualification de contrat d'adhésion. Cette qualification est donc,

¹⁴ Le déséquilibre en question est un déséquilibre de pouvoir et non un déséquilibre économique, l'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil excluant que le juge puisse contrôler le caractère abusif de l'objet principal du contrat ou de l'adéquation du prix par rapport à la prestation.

sinon impossible comme le suggère la circulaire de 2017, au moins très improbable. Si une telle qualification était retenue, seules les clauses spécialement identifiées comme non négociables pourrait passer sous les fourches caudines de l'article 1171. L'abus sera alors, classiquement, caractérisé par l'unilatéralisme du pouvoir conféré par la clause à une partie, dès lors que ce pouvoir ne sera pas compensé par un avantage¹⁵ offert à l'autre.

Le contenu facultatif de la convention de divorce peut ainsi prendre la forme de clauses accessoires, essentiellement destinées à sécuriser son fonctionnement.

B. Les clauses utiles à la convention de divorce

9. La clause de divisibilité : divisibilité des clauses entre elles. D'abord, les rédacteurs d'acte doivent envisager l'hypothèse de l'illicéité d'une clause. En vertu de l'article 1184 du Code civil, l'illicéité d'une clause peut en effet entraîner la nullité de la convention si celle-ci a constitué un élément déterminant de l'engagement d'une des parties. Pour éviter le risque d'annulation de la convention tout entière, il est donc nécessaire d'insérer une clause de divisibilité dans laquelle les parties affirmeront qu'aucune des clauses du contrat n'a constitué, au sens de l'article 1184 du Code civil, un élément déterminant de leur consentement. Ainsi, l'illicéité éventuelle d'une clause n'aura pas de conséquence sur la destinée de la convention de divorce elle-même.

10. Divisibilité du principe du divorce et de la convention de divorce ?

Au titre de la clause de divisibilité, nombreux sont les modèles de convention de divorce qui précisent que l'annulation éventuelle de la convention n'aura pas de conséquence sur le principe même de la rupture du lien matrimonial. On peut clairement douter que les juges viennent un jour considérer que l'annulation de la convention de divorce entraîne la disparition rétroactive du divorce lui-même. En droit pur, pourtant, une telle disparition peut être soutenue. Après tout, si le divorce est bel et bien un effet de la convention de divorce, l'anéantissement rétroactif de celle-ci devrait entraîner l'anéantissement de ses effets. En vertu de l'article 1178 du Code civil, un

¹⁵ Cet avantage peut prendre la forme d'une contrepartie pécuniaire ou d'un autre pouvoir unilatéral.

contrat nul est censé n'avoir jamais existé, de sorte qu'aucun effet ne peut lui survivre. C'est là une différence majeure entre la nullité, d'une part, et la résolution, d'autre part, qui, aux termes de l'article 1229 du Code civil, n'empêche pas la production de certains effets, ceux qui avaient précisément vocation à se produire en cas d'inexécution du contrat, telle la clause limitative de réparation. Même à considérer, comme certains auteurs¹⁶, que le divorce est moins la conséquence d'un accord contractuel que celle d'une procédure amiable se terminant par le dépôt de la convention au rang des minutes du notaire, la disparition de la convention, pièce centrale, sinon unique, de cette procédure, devrait vider celle-ci de ses effets. Reste, qu'en opportunité, la disparition rétroactive du divorce serait délétère. Que l'on songe, par exemple, au remariage des ex-époux, qui tomberait, comme des dominos, pour bigamie... En elle-même, la clause qui entend maintenir l'effet principal de la convention de divorce, malgré l'annulation de celle-ci peut sembler inefficace. Les parties peuvent-elles réellement dissocier la rupture du lien conjugal du reste de la convention ? Pour justifier une telle dissociation, il faudrait considérer que l'accord sur le principe du divorce est une convention autonome, distincte de celles qui comportent l'accord sur la garde des enfants, sur la liquidation de la communauté ou encore sur la prestation compensatoire. C'est l'opinion, semble-t-il, de certains auteurs qui considèrent que le mensonge sur la situation patrimoniale d'un époux ne pourrait entraîner, sur le fondement du dol, que l'annulation des dispositions relatives à la prestation compensatoire¹⁷. Pourtant, ce ne pourrait être le cas que si la convention de divorce n'était pas un tout unique, mais une sorte de groupe de contrats : contrat sur le principe du divorce, contrat sur la garde des enfants, contrat sur la prestation compensatoire, contrat sur la liquidation de la communauté etc. Or, une telle dissociation n'est pas envisagée par le Code civil qui traite d'une convention unique par laquelle les époux doivent, par un accord, s'entendre sur « la rupture du mariage et ses effets ». Il n'y a donc sans doute pas d'autre choix que de s'en remettre au sens de la responsabilité des juges, et à leur pouvoir créateur,

¹⁶ J. CASEY, *art. préc.*, spec. n° 7.

¹⁷ F. CHENEDE, *art. préc.*, spéc. n° 7.

afin qu'ils posent un principe jurisprudentiel de survie du principe divorce, en dépit de la nullité de la convention de divorce.

11. Clause relative à l'interprétation. Ensuite, puisque le contentieux post-divorce est devenu, avec la suppression de l'homologation, un nouveau risque, la rédacteur d'acte doit tenter de le minimiser. Ainsi, la convention de divorce peut contenir les clauses usuelles relatives à l'interprétation du contrat. Une clause d'intégralité, encore appelée « clause des quatre coins » peut donc être insérée, à ce titre, dans la convention. Cette clause, dont le contenu est libre, peut interdire au juge de se référer à tout document autre que l'*instrumentum* de la convention lorsqu'il est contraint d'interpréter celle-ci. En particulier, tous les échanges préliminaires et tous les documents préparatoires peuvent être exclus, le juge devant alors se contenter d'interpréter la clause litigieuse par référence aux autres clauses du contrat. Au contraire, afin d'éclairer le sens de ses clauses, la convention peut renvoyer à la négociation précontractuelle, voire contenir un préambule destiné à retracer le cheminement de la négociation pour mieux expliquer le sens des choix qui ont été effectués en son sein. Par ailleurs, si d'aventure la convention devait être rédigée en plusieurs langues, et pour se prémunir des éventuelles difficultés de traduction, la convention devrait indiquer quelle a été la langue de rédaction du contrat et, en tout état de cause, préciser quelle version linguistique devra primer en cas de discordances d'interprétation.

12. Clause de médiation. Dans la même veine, une clause de médiation/conciliation préalable devrait être insérée dans le contrat, et ce afin de tenir, le plus longtemps possible, le juge à l'écart de la convention.

13. Clause abrégant la prescription. En outre, un des meilleurs moyens de limiter la période de contestation post-divorce est de réduire conventionnellement le délai de prescription¹⁸. En vertu de l'article 2254 du Code civil, la durée de la prescription peut être abrégée par accord des parties. Dès lors, le délai de prescription des contestations tirées de la convention de divorce peut être réduit à un an, au minimum. Le point de départ de la prescription ne pourra pas, en revanche, être modifié. Ainsi, la prescription

¹⁸ V. A. HONTEBEYRIE, « prescription extinctive », *in Rép. civ.* Dalloz, n° 616

relative aux vices du consentement ne pourra commencer à courir que du jour de la découverte de l'erreur ou du dol, ou du jour où la violence a cessé¹⁹. Quoiqu'il en soit, il n'est pas possible d'abrèger le délai de prescription des actions relatives aux pensions alimentaires et aux créances périodiques, telle la prestation compensatoire dont le paiement a été échelonné.

14. Clauses de renonciation : renonciation à certaines sanctions de l'inexécution. Enfin, il peut être utile d'écarter, par une renonciation expresse, les mécanismes, dont on sait qu'ils ne sont pas d'ordre public, et dont l'utilisation en matière de convention de divorce pourrait poser problème. D'une part, les sanctions de l'inexécution ne sont pas d'ordre public, pourvu que les parties, malgré leur renonciation, aient conservé la possibilité de faire sanctionner l'inexécution. Autrement dit, il est possible de renoncer à certaines sanctions, dès lors que le créancier ne s'est pas intégralement dépouillé de la possibilité d'obtenir une sanction de l'inexécution. C'est ainsi que les parties peuvent s'engager à ne pas solliciter la résolution du contrat²⁰. La sanction pourra alors consister dans l'exécution forcée et/ou la responsabilité contractuelle de l'ex-époux fautif. À l'inverse, on voit mal ce qui pourrait interdire l'introduction d'une clause résolutoire. La circulaire de 2017 affirme qu'une clause portant sur le principe du divorce serait contraire à l'ordre public. Mais cette affirmation peut ne pas convaincre. De deux choses l'une, en effet : soit la convention peut être résolue et la clause résolutoire, qui ne fait qu'épargner aux parties le recours au juge, ne peut être contraire à l'ordre public. Soit c'est la résolution de la convention, elle-même, qui est impossible, quel que soit le type de résolution (judiciaire ou extra-judiciaire). Mais pourquoi la résolution serait-elle impossible ? Le rédacteur de la circulaire semble avoir confondu le problème du type de résolution avec celui de l'effet de la résolution et, plus largement, des conséquences de la résolution sur le principe du divorce lui-même. Or, cette question, qui aurait dû être réglée par le législateur, dépasse le cadre de la simple clause résolutoire. Toujours est-il que l'insertion d'une telle clause est déconseillée, compte tenu de ses effets

¹⁹ C. civ., art. 1144.

²⁰ Civ. 3e, 3 nov. 2011, n° 10-26.203.

collatéraux et de l'incertitude actuelle relative à la pérennité de la rupture du lien conjugal.

15. Clauses de renonciation : imprévision. D'autre part, chacun sait que la révision judiciaire pour imprévision a été consacrée par la réforme du droit commun des contrats de 2016. Toutefois, le mécanisme mis en place par l'article 1195 du Code civil est supplétif de volonté, les parties pouvant s'engager à supporter le risque d'imprévision. Autrement dit, rien n'empêche les contractants de s'interdire de recourir à l'article 1195 du Code civil. Au vrai, il n'est pas certain qu'une telle renonciation soit utile à la convention de divorce. En effet, on peine à imaginer l'incidence d'un événement imprévisible sur l'équilibre de la convention de divorce, si l'on excepte l'hypothèse de la prestation compensatoire dont le paiement serait échelonné ou sous forme de rente. Or, en la matière, le Code civil prévoit des dispositions spéciales dont on peut penser qu'elles excluent, d'emblée, le dispositif de l'article 1195²¹. Il n'empêche que, pour éviter toute argutie, tirée par exemple d'une application cumulative des dispositions générales et spéciales relatives à l'imprévision, celles-ci n'étant pas nécessairement incompatibles les unes avec les autres²², une telle renonciation pourrait favoriser la stabilité de la convention de divorce.

Précisément, le principal danger qui guette la convention de divorce, depuis qu'elle a rejoint le giron du droit commun des contrats, est celui relatif à sa contestation, qu'il faut à présent étudier.

II. La contestation de la convention de divorce par consentement mutuel

La déjudiciarisation, *a priori*, du divorce par consentement mutuel a ouvert à la voie à la contestation, *a posteriori*, de la convention par les ex-époux **(A)** et a modifié la forme de celle des tiers **(B)**.

²¹ F. CHENEDE, *art. préc.*, n° 3.

²² V. en ce sens, M. MEKKI, *art. préc.*, n° 34.

B. La contestation par les parties

16. Quasi-disparition de l'homologation judiciaire. L'homologation judiciaire de la convention de divorce, envisagée par l'article 279 du Code civil, n'a pas totalement disparu du droit positif. Elle a toutefois été réduite à une hypothèse d'école, celle dans laquelle un enfant mineur, informé de la possibilité d'être entendu par un juge, demanderait à bénéficier de cette audition²³. Dans cette hypothèse, l'indissociabilité de la convention de divorce homologuée avec le prononcé du divorce est maintenue. Cette indissociabilité, lorsqu'elle concernait toutes les conventions de divorce, avait le mérite de tarir le contentieux de l'après-divorce, qui se focalise en général sur les intérêts pécuniaires des époux. La jurisprudence considérait en effet que le contrôle de la convention par le juge lors de l'homologation purgeait celle-ci de ses vices. Cette intangibilité était absolue puisqu'elle interdisait que la convention homologuée soit interprétée en cas d'imprécision ou complétée en cas de lacune. La seule voie qui s'ouvrait aux parties était donc celle de la modification conventionnelle, suivie d'une nouvelle homologation. Autant dire que la situation était bloquée si un des ex-époux refusait une telle modification. Nombreux ont été les auteurs qui ont soulevé le risque d'une augmentation du contentieux post-contractuel en raison de la levée de l'obstacle de l'homologation. Force est de constater que cette augmentation est, pour l'instant, limitée. À ce jour, une seule décision mentionne une tentative de remise en cause de la convention de divorce par un ex-époux²⁴. Le risque reste donc théorique, à moins qu'il ne soit encore dissimulé par l'accès réduit aux décisions des juges du fond. Si l'on met de côté l'hypothèse de la révision de la convention, un ex-époux pourrait tenter, soit d'engager la responsabilité de l'autre afin d'obtenir des dommages et intérêts (1), soit d'obtenir la nullité du contrat (2).

²³ C. civ., art. 229-2. Ce texte envisage également l'hypothèse d'un époux placé sous un régime de protection.

²⁴ CA Nîmes, 14 avril 2020, n° 19/00887.

I. La responsabilité

17. Responsabilité contractuelle. Si un des époux venaient à mal exécuter ou à ne pas exécuter un des engagements pris dans la convention, il pourrait engager sa responsabilité contractuelle. Sur ce fondement, l'époux victime pourrait ainsi demander la réparation du préjudice qu'il a subi du fait de cette inexécution pourvu que celui-ci soit prévisible. Le droit commun de la responsabilité contractuelle a donc vocation à s'appliquer en cas d'inexécution de la convention de divorce, à moins qu'il n'existe des règles spéciales incompatibles.

18. Responsabilité délictuelle : négociation. Dans d'autres hypothèses, c'est la responsabilité délictuelle qui pourra être invoquée. Ce sera le cas lorsque la faute reprochée à un ex-époux aura été commise dans la période précontractuelle, c'est-à-dire lors de la négociation de la convention de divorce. D'une part, l'article 1112 du Code civil, codifiant la jurisprudence antérieure, précise que si l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations sont libres, les parties doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. En la matière, les époux sont d'autant plus libres que la loi leur offre la possibilité d'opter pour un divorce judiciaire, même après signature de la convention, tant que celle-ci n'a pas été déposée au rang des minutes d'un notaire²⁵. D'aucuns pourraient donc affirmer que puisque la convention, acceptée par les époux, est précaire tant qu'elle n'a pas obtenu force exécutoire, elle l'est d'autant plus avant qu'un accord formel n'ait été trouvé. De la sorte, tout engagement de la responsabilité d'un ex-époux en cas de rupture de la négociation devrait être exclu. Il n'est toutefois pas impossible qu'une telle responsabilité soit retenue. En effet, ce n'est pas la rupture qui est fautive, celle-ci étant libre en principe (et encore plus lorsqu'elle concerne une convention de divorce). Ce sont les circonstances de celles-ci qui sont susceptibles d'être constitutives d'une faute. Il en irait ainsi lorsqu'un ex-époux mènerait une « négociation de façade », le tout afin de prendre le temps de rassembler des éléments lui permettant d'opter pour un divorce judiciaire. Ainsi, comme en droit commun, le fait d'entamer une négociation sans avoir la volonté de la mener à bien pourrait être constitutif d'une faute, la difficulté étant, pour l'époux-victime, de prouver cette mauvaise

²⁵ CPC, art. 1144-1.

foi. S'il réussissait à rapporter cette preuve, il pourrait obtenir la réparation de la perte qu'il a subie, mais non la compensation de tout ou partie des avantages qu'il aurait pu retirer de la convention de divorce, avantages qu'il aurait, de toute façon, été difficile d'évaluer en argent. Ce sont donc essentiellement les honoraires de l'avocat, dépensées en pure perte, qui pourront être compensés²⁶.

19. Responsabilité délictuelle : obligation d'information. D'autre part, l'article 1112-1 du Code civil précise qu'une partie doit donner à l'autre les informations déterminantes de son consentement, c'est-à-dire qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, dès lors au moins qu'elle ignorait légitimement cette information ou pouvait légitimement lui faire confiance. Les obligations du mariage, qui ne cessent pas lorsqu'une négociation sur une convention de divorce a été entamée, peuvent permettre à un époux de faire légitimement confiance à l'autre. Dès lors, le fait, pour un époux, de ne pas dévoiler à l'autre une partie de ses ressources, l'adultère qu'il a commis lors du mariage ou encore sa nouvelle situation sentimentale peut constituer une faute, ces informations ayant un lien direct et nécessaire, pour la première, avec le contenu de la convention de divorce, que l'on songe à la prestation compensatoire et, pour les suivantes, avec la qualité des parties. Sur ce fondement, un ex-époux pourrait donc obtenir des dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi.

La responsabilité d'un des ex-époux n'est, toutefois, pas le contentieux post-divorce le plus grave. En effet, le danger provient essentiellement de l'annulation de la convention, celle-ci n'étant plus protégée par l'homologation judiciaire.

²⁶ V. en ce sens, M. MEKKI, *art. préc.*, n° 9.

2. La nullité

20. Sort du divorce en cas d'annulation de la convention. La possible annulation de la convention de divorce aurait dû être envisagée par le législateur afin qu'il dissocie la destinée de la convention du divorce lui-même. En d'autres termes, au principe d'indissociabilité de la convention et du principe du divorce, qui permettait à la première de bénéficier de l'autorité de chose jugée du second, aurait dû succéder un principe d'indépendance du principe du divorce et de la convention, le premier pouvant survivre à l'annulation de la seconde²⁷. Comme ce n'est pas le cas, et dans l'attente d'un éventuel principe jurisprudentiel, le possible anéantissement du divorce en raison de l'annulation de la convention donne une acuité particulière aux différentes sources d'anéantissement qui sont aujourd'hui envisageables.

21. Mentions obligatoires. D'abord, comme on l'a vu, le législateur a imposé, à peine de nullité, la présence d'un certain nombre de mentions obligatoires dans l'*instrumentum* de la convention de divorce. Un ex-époux pourrait donc demander la nullité de la convention si d'aventure une de ces mentions faisait défaut. En pratique, la rédaction de la convention par les avocats en amont et le contrôle formel effectué par le notaire en aval rend théorique le risque d'annulation. C'est heureux car le législateur a omis de préciser si la nullité en question était relative ou absolue. Certes, l'on peut penser que le but de ces mentions est de protéger les ex-époux et non l'intérêt général. La nullité serait donc relative²⁸. Mais, dans le doute, le créancier d'un des ex-époux pourrait tenter de démontrer le contraire afin de remettre en cause le partage et de saisir un bien attribué à l'autre ex-époux par la convention.

22. Époux protégé. Ensuite, l'article 229-2, 2° du Code civil exclut le divorce par acte d'avocat lorsque l'un des époux est placé sous un régime de protection juridique prévu aux articles 425 et suivants du même code, à savoir les mesures de sauvegarde de justice, de curatelle, de tutelle ou les mesures de représentation légale (mandat de protection et habilitation familiale). Cet article se contente de dire que les « époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce ».

²⁷ V. *supra*, n° 10.

²⁸ C. civ., art. 1179.

Plutôt que d'utiliser l'adverbe « mutuellement » qui n'apporte rien à l'article, le législateur aurait été mieux inspiré d'utiliser le terme « valablement », ce qui aurait renseigné sur la sanction, à savoir la nullité. En l'état, c'est sans doute d'inexistence qu'il faudrait parler. L'enjeu est, ici encore, théorique. En pratique, les vérifications par les avocats empêcheront le problème de se matérialiser. On imagine mal en effet qu'une convention de divorce soit déposée au rang des minutes d'un notaire si l'un des époux est placé sous protection.

23. Insanité d'esprit. *Quid*, toutefois, de l'époux fragile qui n'aurait pas encore été placé sous un régime de protection ? En vertu de l'article 1129 du Code civil, « il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat ». Dès lors, un ex-époux, ou son représentant, pourrait fort bien demander la nullité s'il arrivait à prouver que la convention a été conclue à une époque où il était atteint d'un trouble mental affectant son discernement. Avec le vieillissement de la population, les rédacteurs d'acte, et les notaires en particulier, sont de plus en plus souvent confrontés à la question de l'éventuelle insanité d'esprit de leur client. La règle, récemment rappelée, est que le notaire est tenu « de vérifier la capacité de son client lorsque des circonstances particulières lui permettent de mettre en doute ses facultés mentales »²⁹. Il devrait en aller de même des avocats, chargés d'assister les époux. Ainsi, dès lors qu'un avocat dispose d'éléments qui peuvent lui faire douter de la capacité de fait de son client, il doit, sauf à engager sa responsabilité en cas d'annulation de la convention, demander un certificat médical. À cet effet, le 116^e congrès des notaires de France avait d'ailleurs proposé l'ajout d'un alinéa 2 à l'article 414-1 du Code civil, libellé comme suit : « *en cas de doute sérieux sur la santé d'esprit de l'une des parties à l'acte, en raison notamment de son grand âge, ou d'un état de santé précaire, le rédacteur de l'acte prendra le soin de solliciter la production d'un certificat rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le Procureur de la République avant, le cas échéant, de rédiger son acte* ».

24. Vices du consentement. En outre, les trois vices du consentement, envisagés par le Code civil, vont pouvoir être invoqués par les ex-époux qui chercheraient à remettre en cause la convention. Évidemment, l'intervention de

²⁹ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2020, n° 19-17.097.

deux avocats devraient éviter, en fait, que les époux subissent de tels vices. Mais le risque d'une invocation, en droit, est bel et bien présent puisque, faute d'homologation, la convention de divorce n'est plus purgée de ses vices. Un arrêt, rendu par la cour d'appel de Nîmes le 14 avril 2020, en témoigne³⁰. Dans cette affaire, une ex-épouse, faisant feu de tout bois, avait évoqué son insanité d'esprit mais, également, un vice du consentement, sans préciser lequel. Les juges d'appel ont alors pris la peine de vérifier, pour les exclure en l'espèce, tous les vices du consentement possibles, à savoir l'erreur, le dol et la violence et, plus précisément s'agissant de cette dernière, l'abus d'un état de dépendance. Cet arrêt confirme ainsi qu'un ex-époux peut invoquer un vice du consentement pour obtenir l'annulation de la convention. Encore faut-il, toutefois, qu'il réussisse à démontrer que les conditions du vice invoqué sont réunies.

25. Erreur spontanée. À l'occasion de la réforme du 10 février 2016, le législateur a codifié les solutions jurisprudentielles en matière d'erreur dans les articles 1132 à 1136 du Code civil. L'erreur dite « spontanée » est prise en compte lorsqu'elle porte sur les « qualités essentielles de la prestation »³¹ ou sur les « qualités essentielles de la personne »³². En revanche, elle est indifférente dès lors qu'elle concerne un motif³³ ou l'appréciation économique de la prestation reçue ou effectuée³⁴. Parler d'erreur sur les qualités essentielles de la prestation ou de la personne semble *a priori* assez peu adapté à la convention de divorce. Toutefois, l'erreur sur la composition du patrimoine propre ou commun pourrait être assimilée à « une erreur sur les qualités essentielles de la prestation », pourvu qu'elle soit excusable. Par ailleurs, l'erreur sur la situation personnelle de l'autre partie (nouveau concubinage, voire existence d'un adultère au cours du mariage) pourrait être considérée comme une erreur sur les qualités essentielles de la personne, l'idée étant de dire que jamais un époux

³⁰ CA Nîmes, 14 avril 2020, n° n° 19/00887.

³¹ C. civ., art. 1133.

³² C. civ., art. 1134.

³³ C. civ., art. 1135.

³⁴ C. civ., art. 1136.

n'aurait consenti à un divorce amiable si le comportement de l'autre partie, pendant le mariage, avait été connu³⁵.

26. Dol. S'agissant du dol, le législateur a consacré les trois éléments matériels du dol qui avaient été découverts par la jurisprudence : manœuvre, mensonge, réticence dolosive, rebaptisée depuis 2016 « dissimulation intentionnelle »³⁶. La différence majeure avec l'erreur spontanée est que toutes les erreurs provoquées par un dol sont susceptibles d'entraîner la nullité, même si elle ne porte que sur un motif ou sur l'appréciation économique de la prestation³⁷. Rapportée à la convention de divorce, le mensonge dans la déclaration relative aux ressources des époux, la dissimulation d'un bien dans le partage, de la nouvelle situation familiale depuis la séparation, voire de l'existence d'un adultère au cours du mariage pourrait être considérée comme un dol, et entraîner en conséquence l'annulation de la convention de divorce. Encore faudrait-il que l'ex-époux trompé démontre que cette erreur a été déterminante de son consentement, c'est-à-dire qu'il n'aurait pas consenti à la convention de divorce ou qu'il aurait consenti à des conditions substantiellement différentes.

27. Violence. Enfin, la présence de deux avocats devrait encore prévenir les hypothèses de violence au sens classique du terme, c'est-à-dire la violence physique ou les menaces émanant d'un époux ou de son entourage sur l'autre. Il faut toutefois évoquer le nouvel article 1143 du Code civil qui permet de prendre en compte les situations de contrainte que le contexte fait parfois peser sur une partie et dont l'autre entend profiter de manière malicieuse pour obtenir un avantage manifestement excessif. L'article 1143 du Code civil énonce en effet qu'« il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard,

³⁵ Dans son arrêt de 2020, la cour d'appel de Nîmes (*préc.*), examinant brièvement la possibilité d'une erreur, s'est contentée d'énoncer qu'il n'existait « aucune méprise sur le contenu comme sur la valeur des prestations mises à la charge de M. J., très clairement énoncées par la convention » et qu'il ne pouvait « dès lors, à cet égard, y avoir une erreur au sens des articles 1133 à 1136 du code civil ». La référence à une éventuelle erreur sur la valeur des prestations est manifestement erronée, une telle erreur étant, de toute façon, indifférente.

³⁶ C. civ., art. 1137.

³⁷ Pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, le législateur a exclu que la dissimulation intentionnelle de la valeur de la prestation puisse entraîner l'annulation du contrat : C. civ., art. 1137, al. 3.

obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». Sans rentrer dans le détail d'un texte que la jurisprudence devra éclairer³⁸, la notion d'état de dépendance pose un problème d'interprétation. La dépendance peut être entendue au sens strict du terme ; elle correspond alors à un lien de dépendance, préexistant au divorce, qui peut être affectif, économique ou encore psychologique. Le texte pourrait toutefois viser une dépendance au sens large, la dépendance étant alors synonyme de vulnérabilité. Quoi qu'il en soit, il pourrait être plaidé qu'une des parties a tiré profit de la fragilité ou de la dépendance, notamment affective, de l'autre, pour obtenir un avantage, notamment dans le partage des biens ou l'évaluation de la prestation compensatoire. Il n'en reste pas moins que les termes de l'article 1143 du Code civil sont exigeants. Un simple déséquilibre ou une simple inégalité ne suffira pas : il faudra la preuve d'un avantage « manifestement excessif ». Or, la présence d'un avocat aux côtés de chaque partie devrait prémunir les époux de ce type de déséquilibre. Toujours est-il que si un des époux venait à accepter une convention excessivement déséquilibrée, malgré l'avertissement reçu de son avocat, ce dernier devrait se réserver la preuve de son conseil afin de se prémunir d'une éventuelle action en responsabilité.

28. Contenu. Pour terminer, on rappellera que les ex-époux pourront tenter de remettre en cause la convention en se fondant sur l'illicéité de son contenu³⁹. La contrariété à l'ordre public d'une clause, sanctionnée par la nullité, pourra entraîner la nullité tout entière du contrat si la clause illicite était déterminante du consentement d'un ex-époux. En revanche, il est difficile d'imaginer qu'une convention de divorce puisse être annulée sur le fondement de l'article 1169 du Code civil qui prohibe les conventions à titre onéreux lorsqu'elles contiennent des contreparties illusoires ou dérisoires. Après tout, l'effet principal de la convention de divorce est la rupture du lien matrimonial, qui n'est jamais dérisoire ou illusoire.

³⁸ V. déjà M. LATINA, « Abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.* 2020, p. 2180.

³⁹ V. *supra*, n° 6 s.

Si la suppression de l'homologation a entraîné une ouverture de la contestation de la convention par les ex-époux, elle a également modifié celle des tiers.

B. La contestation par les tiers

29. De la tierce opposition à l'action paulienne⁴⁰. Si l'indivisibilité entre le jugement d'homologation et la convention de divorce empêchait la remise en cause de la convention par les parties, elle interdisait également aux tiers d'utiliser les voies de contestation de la convention du droit commun des contrats. Les tiers n'avaient donc pas d'autre choix que d'agir en tierce opposition à l'encontre du jugement d'homologation sur le fondement de l'article 1104 du Code de procédure civile⁴¹. La Cour de cassation avait, en particulier, condamné l'utilisation, de l'action paulienne⁴². Aujourd'hui, rien n'interdit à un créancier des époux d'utiliser l'article 1341-2 du Code civil. L'action paulienne permet à un créancier de faire déclarer inopposables, à son égard, les actes passés par un débiteur en fraude de ses droits. Ainsi, cette action ne tend pas à remettre en cause la convention *erga omnes*, mais simplement à en neutraliser les effets vis-à-vis du créancier agissant. Concrètement, si le partage des biens a été fait en fraude des droits du créancier, ce dernier pourra l'ignorer afin de saisir les biens entre les mains de son débiteur, comme s'ils n'avaient pas quitté son patrimoine.

30. Nullité absolue. Ensuite, avant même la réforme du divorce, les créanciers étaient mieux protégés que les époux, en cas d'ouverture d'une procédure collective, puisqu'ils avaient la possibilité d'obtenir la nullité, sinon de la convention de divorce passée en période suspecte, au moins de l'état liquidatif contenu dans celle-ci⁴³. L'indivisibilité du jugement de divorce et de la convention cédait donc devant le caractère impératif des nullités de la période suspecte. Cette possibilité, ouverte à l'encontre de la convention homologuée,

⁴⁰ Sur cette question, v. S. THOURET, *art. préc.*, spéc. n° 3.2.

⁴¹ « Les créanciers de l'un et de l'autre époux peuvent faire déclarer que la convention homologuée leur est inopposable en formant tierce opposition contre la décision d'homologation dans l'année qui suit l'accomplissement des formalités mentionnées à l'article 262 du code civil. »

⁴² Civ. 2^e, 25 nov. 1999, n° 97-16.488.

⁴³ Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, 97-21.119 ; Com., 7 nov. 2006, 04-18.650.

perdurera nécessairement après la réforme. En outre, si d'aventure la convention de divorce venait à être affectée d'une cause de nullité absolue, parce qu'elle serait par exemple, conformément à l'article 1162 du Code civil, contraire à l'ordre public (par son but ou ses stipulations), un tiers, dès lors qu'il aurait un intérêt à agir, pourrait demander l'anéantissement de la convention.

31. Action oblique. Enfin, un créancier qui, par hypothèse, serait informé de l'existence d'une cause de nullité relative, ne pourrait-il pas agir sur le fondement de l'action oblique pour obtenir la nullité de la convention de divorce en lieu et place d'un ex-époux ? Une telle ingérence du créancier dans les affaires de son débiteur est peu envisageable. En effet, l'article 1341-1 du Code civil ne vise que les actions à caractère patrimonial. En outre, au sein de celles-ci, il exclut encore celles qui sont exclusivement rattachées à la personne. La jurisprudence avait déjà interdit l'utilisation d'action dont l'exercice est subordonné à des considérations d'ordre moral ou familial, telle l'action destinée à obtenir la levée de l'inaliénabilité d'un bien reçu par donation⁴⁴. Or, même si la jurisprudence venait à dissocier la destinée de la convention de divorce du principe même du divorce, la remise en cause de cette convention aurait nécessairement des conséquences extrapatrimoniales, que l'on songe, par exemple, à l'accord sur la résidence des enfants ou sur l'usage du nom d'un ex-époux. Il n'en reste pas moins que si la cause de nullité venait à n'affecter qu'une clause ou qu'une partie de la convention, sans qu'il n'y ait de répercussion autre que patrimoniale, l'action oblique pourrait éventuellement être envisagée.

⁴⁴ Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, 99-15.776.