



**AVIS DE M. SASSOUST,
AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 289 du 23 mai 2024 (B) – Première chambre civile

Pourvoi n° 22-17.049

Décision attaquée : 29 mars 2022 de la cour d'appel de Chambéry

Mme [E] [F]

C/

M. [J] [B]

Les faits et la procédure ont été parfaitement exposés par madame le conseiller rapporteur et il importe de s'y référer.

Dans l'intérêt de la requérante, la SCP Delvolvé-Trichet soutient un moyen unique de cassation, subdivisé en deux branches :

Il est **fait grief** à l'arrêt confirmatif attaqué **d'avoir** déclaré la loi suisse applicable au divorce des époux [B] ;

1°) Alors que la résidence habituelle des époux, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où les intéressés ont fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de leurs intérêts ; qu'en retenant que les époux, qui s'étaient installés en Suisse de juin 2017 à janvier 2019, y avaient fixé leur résidence « puisqu'une vie commune en famille s'y est déroulée dans cet Etat pendant presque deux ans », motif impropre à caractériser la volonté des époux de conférer à cette résidence un caractère stable et d'y fixer le centre permanent ou habituels de leurs intérêts, la cour d'appel a violé l'article 8 du règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant

en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ;

2°) Alors, subsidiairement, que le règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, n'est applicable qu'à la dissolution ou au relâchement du lien matrimonial ; que la loi désignée par les règles de conflit de lois énoncées dans ce règlement s'applique aux seules causes et conditions du divorce et de la séparation de corps, sans régir, notamment, ses effets patrimoniaux, le nom, la responsabilité parentale, les obligations alimentaires ; qu'en disant, par application de l'article 8 de ce texte, la loi suisse applicable au divorce des époux [B], sans distinction, de sorte qu'elle l'a jugé applicable notamment à ses effets, la cour d'appel a violé l'article 1, 2 de ce texte.

Un mémoire en défense a été produit par la SCP MEIER-BOURDEAU LÉCUYER & associés.

Par ordonnance de non-conciliation du 10 décembre 2020, le juge aux affaires familiales du tribunal judiciaire de Thonon-les-Bains a, notamment :

- retenu sa compétence territoriale,
- **déclaré la loi suisse applicable au divorce,**
- déclaré la loi française applicable aux obligations alimentaires et en matière de responsabilité parentale,
- autorisé les époux à assigner en divorce,
- constaté la résidence séparée des époux et qu'il n'existe plus de domicile conjugal,
- fixé diverses mesures provisoires ayant trait aux enfants et aux biens des époux.

Par acte du 13 avril 2021, Mme [B] a relevé appel de cette décision, mais seulement en tant qu'elle a déclaré la loi suisse applicable au divorce, sans remettre en cause les mesures provisoires prononcées.

Par arrêt du 29 mars 2022, la cour d'appel de Chambéry a confirmé ladite ordonnance.

EN CET ETAT :

Sur la recevabilité du pourvoi :

La première question qui se pose consiste à déterminer si le pourvoi est, ou non, **prématuré**.

D'une part, on notera qu'il ne soulève aucun **excès de pouvoir** (en pratique, très rarement retenu).

D'autre part, un arrêt confirmatif d'une ordonnance du juge conciliateur, se bornant à déterminer la loi applicable au divorce des époux, n'a pas (du moins jusqu'à présent) autorité de la chose jugée au principal.

En effet, l'ordonnance de non-conciliation avait pour but de fixer des mesures provisoires, à la différence de la procédure au fond, qui a pour objet le divorce.

En l'espèce, la question est de savoir si ladite ordonnance de non-conciliation peut déterminer la loi applicable au divorce, indépendamment des mesures provisoires et donc si le juge conciliateur a tranché (ou non) une partie du principal.

A cet égard, les articles 1110 et 1111, anciens, du code de procédure civile ne semblaient pas permettre au juge conciliateur de se prononcer sur la loi applicable au divorce, indépendamment de la vérification de sa compétence ou de la fixation des mesures provisoires.

Ainsi, l'instance en divorce n'étant pas introduite en elle-même, le juge conciliateur n'avait pas le pouvoir de se prononcer sur une question relevant de cette instance et le recours contre sa décision était simplement différé.

Cette position s'explique principalement par le fait que le juge conciliateur était, par essence, le juge du provisoire.

La question n'a pas été catégoriquement tranchée par la jurisprudence et, de son côté, la **doctrine** aborde uniquement l'hypothèse de la détermination de la loi applicable au divorce par le juge conciliateur, en vue de la fixation de mesures provisoires.

A première vue, le pourvoi serait donc irrecevable.

Néanmoins, dans un souci de bonne administration de la justice et de sécurité juridique, on peut comprendre qu'un litige portant sur la loi applicable doive être tranché au plus vite, sans attendre systématiquement la décision au fond.

Est-ce le cas de notre espèce où devra-t-on soulever, d'office, un excès de pouvoir dans le dossier qui vous est soumis ? (à rapprocher de Civ.1ère, 8 juin 2016, n° X 15-20.389).

Dans la **nouvelle procédure de divorce** depuis, notamment, la loi du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice, le juge conciliateur a disparu au profit du juge de la mise en état (JME), qui dispose, lui aussi, de pouvoirs juridictionnels circonscrits (cf : article 789 et 1117 et ss du code de procédure civile).

En outre, aux termes de l'article 254 du code civil, issu de la loi n° 2019-222, du 23 mars 2019 : Le juge tient, dès le début de la procédure, sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent, une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants de l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée, en considération des accords éventuels des époux.

Il en résulte que la situation la plus usuelle demeure celle dans laquelle la loi applicable au divorce reste déterminée par le juge du divorce, le juge de la mise en état restant saisi des demandes relatives aux mesures provisoires.

En conséquence, si la loi applicable au divorce est manifestement sans incidence sur les mesures provisoires, il faut continuer à réserver sa détermination au juge du **divorce**, comme par le passé.

Dans notre affaire, on soulignera que la loi suisse n'est aucunement mise en œuvre par le juge dans le cadre de la fixation des mesures provisoires, seule la loi française étant appliquée.

C'est pourquoi, dans ce cadre, je privilégierais **l'irrecevabilité du pourvoi**, les décisions du JME n'ayant pas autorité de la chose jugée au principal de sorte qu'elles ne mettent pas fin à l'instance et ne peuvent donc pas faire l'objet d'un pourvoi en cassation immédiat (cf : 1ère Civ., 2 mars 2022, pourvoi n° U 20-23.235).

Sur un éventuel "excès de pouvoir" :

Comme nous l'avons déjà évoqué, la cour d'appel de Chambéry, statuant dans la limite de l'appel entrepris, a **confirmé** l'ordonnance du Juge aux affaires familiales du tribunal judiciaire de Thonon-les-Bains.

Ce faisant, doit-on, dès maintenant et dans le doute que le juge conciliateur ait tranché une partie du principal, relever d'office un **excès de pouvoir** ?

Je ne le pense pas pour deux raisons :

La première car le pourvoi ne soulève pas expressément de critique tirée d'un excès de pouvoir.

La seconde car, encore une fois, que ce soit l'ancien juge conciliateur ou, désormais, le juge de la mise en état, tous deux restent saisis de demandes relatives, par essence, à des mesures **provisoires** et leur décision n'a pas autorité de la chose jugée **au principal** et ne s'impose donc pas au juge saisi du divorce.

Enfin, les critiques articulées sont fondées sur des erreurs de droits, qui ne constituent pas des cas d'excès de pouvoir.

En conséquence, je conclus à titre principal à l'**irrecevabilité du pourvoi**.

Avis d'**IRRECEVABILITÉ** du pourvoi.