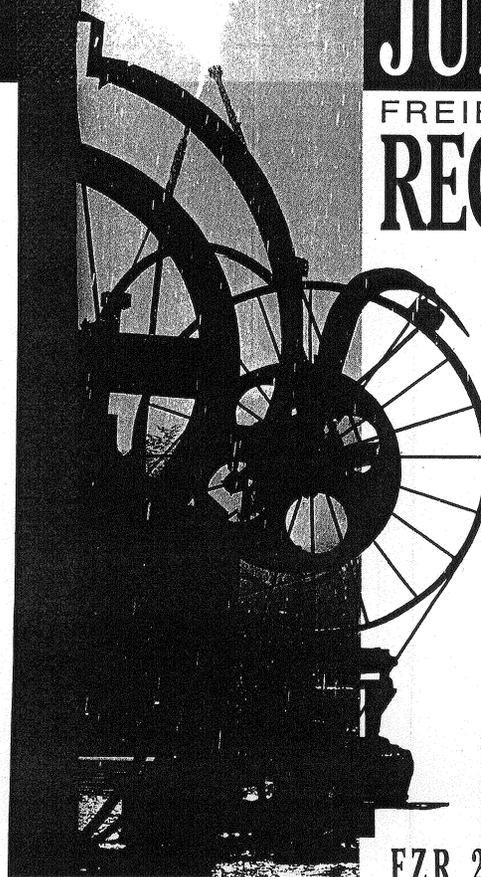


RFJ 2002/II

REVUE FRIBOURGEOISE DE
JURISPRUDENCE
FREIBURGER ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSPRECHUNG



FZR 2002/II

**MENDACIUM PRO VERITATE HABETUR ?
LE TRIOMPHE DE LA VERITE JUDICIAIRE SUR LA
JUSTICE MATERIELLE : CORRECTIFS PROCEDURAUX**

COMMENTAIRE DE L'ATF 127 III 496

Pascal Pichonnaz

Professeur ordinaire à l'Université de Fribourg

et

Jean-Christophe a Marca

Avocat, assistant à l'Université de Fribourg

PLAN

I. L'ARRET DU TRIBUNAL FEDERAL

1. L'état de fait à la base de l'arrêt
2. Les principales questions traitées

**II. LA VERITE JUDICIAIRE ET LA JUSTICE MATERIELLE EN
PROCEDURE CIVILE**

1. Le principe : l'autorité de la chose jugée
2. L'exception : le mensonge comme élément perturbateur

III. LA REPARATION DES CONSEQUENCES DU MENSONGE

1. L'éventuelle sanction pénale
 - A. *Les sanctions possibles*
 - B. *Les incidences sur le plan civil*
2. La révision
3. La modification des mesures provisionnelles
 - A. *Les conditions et les effets de la procédure de modification*
 - B. *Les conséquences pratiques du jugement en modification*
4. L'action en dommages-intérêts

CONCLUSION

Le 12 septembre 2001, la 1^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe sur la question de savoir s'il était possible d'obtenir le remboursement de contributions d'entretien perçues par le créancier sur la base de fausses déclarations en procédure de mesures provisoires¹.

Après un bref rappel de l'état de fait et des principales questions tranchées par le Tribunal fédéral dans cet arrêt (I.), nous aborderons le problème bien connu de la relation entre la vérité formelle et la justice matérielle en procédure civile, que les juges de notre Haute Cour ont eu à trancher en l'occurrence (II.). L'intérêt de l'analyse porte toutefois aussi sur l'examen des conséquences de cet arrêt pour le choix de la procédure à suivre, notamment en procédure civile fribourgeoise (III.).

I. L'ARRÊT DU TRIBUNAL FEDERAL

1. L'état de fait à la base de l'arrêt

Marié avec Madame Y depuis 1986, Monsieur X a ouvert action en divorce le 22 février 1995 devant le Tribunal civil du district vaudois de Z. Le divorce des époux a été prononcé le 22 juillet 1997. L'épouse Y persista dans ses conclusions tendant au rejet de la demande, mais son recours fut rejeté par les instances cantonales supérieures. Le Tribunal fédéral confirma le jugement cantonal par arrêt du 4 janvier 1999.

Durant cette procédure, le Président du Tribunal civil du district de Z avait ordonné, le 17 mai 1995, des mesures provisionnelles condamnant Monsieur X à verser à son épouse une pension mensuelle de 4'000 francs. Le magistrat avait tenu pour vraies les déclarations de la défenderesse qui affirmait être sans revenu. Ses visites régulières à Bâle, environ trois jours par semaine, avaient pour but, disait-elle, de soigner sa mère malade et non d'y occuper un emploi. Ces affirmations se sont toutefois révélées mensongères, puisque Madame Y a finalement concédé qu'elle exerçait en réalité une activité lucrative dans la ville rhénane depuis le 1^{er} mai 1996.

¹ ATF 127 III 496, SJ 2002 I 9.

Partant, l'ordonnance de mesures provisionnelles fut modifiée le 4 septembre 1998 avec pour effet de réduire de 1'000 francs la rente mensuelle allouée à l'épouse dès le 1^{er} septembre 1998.

Par demande en paiement déposée le 3 novembre 1998, Monsieur X a réclamé à son épouse, entre autres prétentions, la somme de 28'000 francs, correspondant à 1'000 francs de contribution d'entretien mensuelle versés en trop du 1^{er} mai 1996 au 31 août 1998. Sa demande fut rejetée par le Juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois, jugement confirmé le 21 mars 2000 par la Chambre des recours de la même autorité. Le recours en réforme interjeté par Monsieur X fut rejeté par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 12 septembre 2001.

2. Les principales questions traitées

L'arrêt considéré soulève principalement deux questions juridiques:

1. *Le rapport entre l'autorité matérielle de la chose jugée* ("materielle Rechtskraft") et la justice matérielle ("materielle Gerechtigkeit"). L'arrêt examine ainsi les limites juridiques qu'un système judiciaire doit poser au principe de la maxime de disposition et de l'autorité de chose jugée lorsque les intervenants apprennent postérieurement l'injustice que représente la décision entrée en force. Il s'agit dès lors de déterminer comment trancher la pesée d'intérêts à faire entre l'exigence de sécurité du droit que concrétise l'autorité de chose jugée² et l'aspiration de tout ordre juridique de satisfaire au sentiment de justice et d'équité³. Cette question fondamentale prend une signification particulière lorsque le comportement d'une partie viole manifestement les règles du "jeu judiciaire". Le sentiment d'injustice est peut-être d'autant plus intense qu'une procédure matrimoniale est souvent le lieu de déchirements affectifs et de mise en péril financière.

2. *Les moyens à disposition pour réparer l'injustice avérée* lorsque la pesée des intérêts en présence le justifie. Dans le cas d'espèce, le "lésé" n'avait pas requis la révision des mesures provisoires, mais

² F. HOHL, Procédure civile, Tome I, Berne 2001, n. 1289.

³ Il suffit de rappeler la célèbre définition de Celsus (D. 1,1,1 pr.): *Ius est ars boni et aequi*, le droit est l'art de connaître ce qui est bon et équitable.

immédiatement la réparation du dommage pour les contributions d'entretien payées en trop. Or, la question est importante, puisque certains cantons ne connaissent pas le régime de la révision contre des mesures provisionnelles entrées en force. Même si, dans le cas d'espèce, le lésé avait pu introduire une révision de la décision de mesures provisionnelles selon le droit de procédure vaudois, le problème soulevé a une dimension de principe: l'absence de voie de révision des mesures provisionnelles pour réparer le mensonge d'une partie en procédure constitue-t-elle une carence de l'ordre juridique qui empêche toute réparation du dommage ? Doit-on dès lors prévoir un régime spécifique de réparation indépendamment de la possible révision du jugement ou faut-il imposer à la procédure cantonale une cause de révision en vertu notamment de la force dérogatoire du droit fédéral (Cst 49)?

On le constate, la première question est un préalable à la seconde qui doit déterminer la manière ou les voies possibles pour éliminer les effets indésirables du mensonge dans une procédure de mesures provisionnelles, en particulier en matière de divorce.

Le Tribunal fédéral a répondu à la première question en précisant que *"effectivement, il arrive toujours un moment où la vérité matérielle, si tant est qu'elle puisse être établie, doit s'effacer devant la vérité judiciaire, quelque imparfaite qu'elle soit, sous peine de mettre en péril la mission pacificatrice du jugement et de porter atteinte, ce faisant, au développement harmonieux des relations sociales. Comme toute œuvre humaine, un jugement ne saurait prétendre à la perfection. [...] Il est cependant des situations extrêmes, telles que la tromperie du juge, où le sentiment de la justice et de l'équité requiert impérativement qu'une décision en force ne puisse pas prévaloir, parce qu'elle est fondée sur des prémisses viciées"*⁴.

Répondant à la seconde question, le Tribunal fédéral souligne que *"c'est précisément le rôle de la révision que de permettre d'y remédier"*⁵. Considérant ainsi la révision comme le moyen par excellence pour résoudre le conflit d'intérêts, le Tribunal fédéral a pu laisser diverses questions procédurales indéterminées, notamment celle de savoir ce qui vaudrait en l'absence de voie de révision. En effet, en l'espèce, la partie lésée n'avait pas introduit de demande en révision de la déci-

⁴ ATF 127 III 496/501 c. 3b/bb.

⁵ ATF 127 III 496/501 c. 3b/bb.

sion de mesures provisionnelles, alors que celle-ci était possible selon la procédure civile vaudoise. Le Tribunal fédéral pouvait alors raisonnablement admettre que cette inaction *"imposait de retenir que la partie s'accommodait du jugement rendu à son détriment, à l'instar de celle qui n'a pas recouru contre un jugement arbitraire"*⁶. Partant, l'autorité de chose jugée du jugement sur mesures provisionnelles n'ayant pas été remise en cause, une action pour acte illicite ou une action en enrichissement illégitime était exclue, puisque la cause des prestations faites existait et ne pouvait être considérée comme illicite⁷.

L'arrêt porte sur une procédure de mesures provisionnelles *de réglementation*, autrement dit des mesures qui redéfinissent les droits et obligations des parties à la procédure et s'apparentent ainsi à un acte juridictionnel ordinaire⁸. Partant, on peut se demander si, et cas échéant dans quelle mesure, l'arrêt de notre Haute Cour doit aussi valoir pour les jugements qui règlent le litige au fond. En revanche, le Tribunal fédéral a clairement posé que pour les mesures provisionnelles *de protection* (mesures conservatoires⁹), il n'est pas nécessaire que la mesure conservatoire ordonnée ait été formellement annulée au préalable pour que la partie lésée puisse obtenir le *"rétablissement – fictif – de l'état antérieur au moyen d'une action en dommages-intérêts"*¹⁰.

⁶ ATF 127 III 496/501 c. 3b/bb.

⁷ ATF 127 III 496/503 c. 3c.

⁸ Le Tribunal fédéral les oppose aux mesures de protection (mesures conservatoires); cf. é.g. pour cette distinction, F. HOHL, Procédure civile, Tome II, Berne 2002, n. 2777 et 2822.

⁹ Il s'agit des mesures prises, lorsqu'il y a lieu de craindre une modification portée à l'état de l'objet litigieux, pour éviter que le débiteur de l'obligation invoquée ne rende plus difficile, voire impossible, une exécution ultérieure; cf. ATF 127 III 496/502 c. 3b/bb; é.g. V. PELET, Réglementation des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, th. Lausanne 1986, p. 3; HOHL, II (note 8), n. 2790 ss.

¹⁰ ATF 127 III 496/502 c. 3b/bb.

II. LA VÉRITÉ JUDICIAIRE ET LA JUSTICE MATÉRIELLE EN PROCÉDURE CIVILE

Confirmant une opinion émise de longue date¹¹, le Tribunal fédéral a rappelé dans son arrêt le *dogme du triomphe de la vérité judiciaire sur la justice matérielle*, lorsque celles-ci ne coïncident pas, tout en retenant que dans certaines circonstances, le système judiciaire doit impérativement permettre un sursaut de la justice matérielle. Après avoir présenté le principe de l'autorité de la chose jugée (1.), nous en examinerons les exceptions (2.).

1. Le principe: l'autorité de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée est le principe par lequel un jugement devient obligatoire, à savoir qu'il ne peut plus être remis en discussion ni par les parties à la procédure, ni par les tribunaux¹².

Ce principe de droit fédéral pour les prétentions de droit matériel fédéral¹³ a un double effet:

- *Plus de nouveau procès.* L'autorité de la chose jugée empêche les parties à la procédure achevée d'engager un nouveau procès sur le même objet.

- *Plus de remise en cause, même indirecte.* L'autorité de la chose jugée lie également les tribunaux qui sont saisis dans une autre cause, mais qui doivent statuer à titre préjudiciel sur la question tranchée par le premier jugement¹⁴. Le défendeur à la nouvelle procédure pourra soulever l'exception de l'autorité de la chose jugée, provoquant l'irrecevabilité de la demande ou imposant aux nouveaux juges, qu'ils soient civils ou pénaux¹⁵, de ne pas remettre en cause indirectement¹⁶ le dispositif du premier jugement.

¹¹ ATF 79 II 424 c. 4.

¹² HOHL, I (note 2), n. 1289; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7^e éd., Berne 2001, n. 43 ss, p. 70 s.

¹³ ATF 120 II 352 c. 2a; ATF 119 II 89, JdT 1994 I 59, c. 2a.

¹⁴ HOHL, I (note 2), n. 1290 ss.

¹⁵ HOHL, I (note 2), n. 35 ss; VOGEL/SPÜHLER (note 12), n. 38 ss, p. 42 s.

¹⁶ ATF 127 III 496/498 c. 3a; ATF 119 II 297 c. 2b.

L'autorité relative de la chose jugée a les mêmes effets que sa grande sœur, mais au lieu de s'appliquer aux jugements de fond, elle concerne les jugements de procédure, les décisions promouvant la marche du procès et les décisions sur les mesures provisionnelles¹⁷.

Ainsi, les mesures provisionnelles ordonnées lors d'une procédure de divorce (CC 137 et aCC 145) sont affectées de l'autorité relative de la chose jugée lorsque les voies de recours sont épuisées ou n'ont pas été saisies. Elles produisent alors leurs effets pour la durée du procès en divorce, tant et aussi longtemps qu'elles n'ont pas été modifiées¹⁸. Même si, en tant que mesures provisionnelles, elles ne constituent pas un jugement final au sens de l'art. 48 OJ¹⁹, la jurisprudence fédérale²⁰ et cantonale²¹ a précisé que le jugement de divorce ne pouvait pas revenir rétroactivement sur les mesures prises.

Autre est la question de savoir si une requête de modification des mesures provisionnelles peut produire des effets *ex tunc*, remontant au temps de la requête des premières mesures; dans l'affirmative, il s'agirait alors d'une exception au principe de l'autorité de chose jugée.

2. L'exception: le mensonge comme élément perturbateur

Le Tribunal fédéral l'a affirmé dans son arrêt, la tromperie du juge peut justifier de s'écarter du principe de l'autorité de la chose jugée²². Le mensonge répondant à une certaine intensité joue ainsi le rôle d'élément perturbateur du procès civil et justifie une dérogation au principe de l'autorité de la chose jugée.

Il s'agit toutefois de déterminer la *nature et l'intensité du mensonge* qui justifient la dérogation à l'autorité de la chose jugée.

¹⁷ HOHL, I (note 2), n. 1318 ss.

¹⁸ ATF 127 III 496/498 c. 3a; ATF 119 II 297 c. 2b; sur ce point récemment, S. SPAHR, Les mesures provisoires et les procédures de recours sous l'angle du nouveau droit du divorce, in : PICHONNAZ/RUMO-JUNGO, (édit.) Journées juridiques valaisannes 2001, Sion 2001, p. 5.

¹⁹ ATF 120 II 93 c. 1c.

²⁰ ATF 111 II 103 c. 4.

²¹ RSJ 85/1989 p. 265 s.; RVJ 1995 p. 217.

²² ATF 127 III 496/502 c. 3b/bb.

En droit civil, comme en droit pénal, *le mensonge* peut se définir comme une affirmation qui cache ou altère la vérité ou qui est destinée à induire en erreur²³. Comportement fâcheux, à tout le moins moralement, le mensonge joue curieusement son rôle dans le fonctionnement de la justice²⁴. Ainsi, toute partie aura naturellement tendance à taire les éléments qui lui sont défavorables jusqu'à ce qu'on l'interroge expressément sur eux. Cette attitude relève déjà du mensonge et le droit – et le droit civil tout particulièrement – s'en accommode, du moins jusqu'à un certain point.

S'il est permis de faire preuve d'"ingéniosité" pour défendre sa cause, il n'est pas tolérable que ce comportement se fasse au détriment de l'administration de la justice. La limite entre le mensonge tolérable et celui qui ne l'est plus peut se déterminer en examinant *leurs effets sur l'ordre social*. S'il peut être sanctionné par le droit, le mensonge est en premier lieu affaire de conscience²⁵; le droit doit dès lors se limiter à ne sanctionner que ses formes les plus abouties²⁶. N'importe quel mensonge n'est pas juridiquement punissable : "Juger de la licéité ou de l'illicéité du mensonge, c'est juger de son caractère antisocial"²⁷. Le mensonge doit donc *avoir une certaine intensité*; c'est en ce sens que l'on peut parler de *mensonge qualifié*: Le droit ne condamne donc le mensonge que s'il risque de mettre en péril l'ordre public dans un sens large.

Ainsi, seul *le caractère trompeur du mensonge* justifie sa sanction juridique. Certes, tout mensonge peut engendrer une tromperie, mais l'ordre juridique n'entend prohiber que les comportements de mauvaise foi (CC 2) ou de ruse qui cherchent à causer un dommage à autrui²⁸. On pense notamment à la sanction du dol (CO 28) ou à la fraude (CO 199).

La procédure civile contient un risque inhérent que le juge soit induit en erreur par le mensonge d'une partie, a fortiori lorsque le prin-

23 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris 2000, p. 548.

24 F. GONZALVEZ, *La réalité du mensonge: de Saint Augustin aux modifications apportées à sa sanction par le Code Pénal*, Aix-en-Provence 1997, n. 13.

25 Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, Lyon 1979, n. 4.

26 F. GONZALVEZ (note 24), n. 13.

27 Y. MAYAUD (note 25), n. 20.

28 Y. MAYAUD (note 25), n. 10.

cipe de disposition s'applique. Certains codes de procédure cantonaux ont dès lors exclu que les déclarations de parties puissent servir de moyens de preuve, considérant que leur crédibilité était faible, puisque les parties pouvaient aisément être tentées de mentir pour soutenir leur cause (notamment CPC/VD 170)²⁹. D'autres cantons, tout en acceptant l'interrogatoire des parties en tant que moyen de preuve, ont interprété le principe de la libre appréciation des preuves par le juge en ce sens que celui-ci ne peut se fier aux déclarations des parties que lorsque des circonstances particulières cautionnent leur sincérité ou tout au moins que certains indices objectifs viennent étayer leurs déclarations³⁰ (p. ex. CPC 211³¹).

On le voit bien, seul un *mensonge qualifié* peut justifier en procédure civile une dérogation au principe de l'autorité de la chose jugée.

III. LA REPARATION DES CONSEQUENCES DU MENSONGE

Dans certaines circonstances, le mensonge peut entraîner des *conséquences pénales* (1.), mais celles-ci ne suffisent toutefois pas à réparer le préjudice patrimonial subi par la victime de déclarations mensongères. Nous envisagerons dès lors dans un deuxième temps les divers *moyens de procédure civile* à disposition de la victime pour obtenir réparation:

1. *La révision*. Il s'agit de la principale mesure lorsque le procès qui a nécessité le prononcé de mesures provisionnelles a déjà pris fin par un jugement au fond au moment où l'existence du mensonge est avérée (2.).

2. *La requête de modification des mesures provisionnelles*. Lorsque le jugement au fond n'est pas encore entré en force de la chose jugée, il sera souvent plus simple de requérir une modification des mesures ordonnées jusqu'alors (3.).

29 PLOUDRET/WURZBURGER/HALDY, *Procédure civile vaudoise*, 2^e éd., Lausanne 1996, n. 1 ad art. 170 CPC.

30 HOHL, I (note 2), n. 968; *Extraits* 1986 p. 5.

31 Sans autre indication, l'abréviation CPC est celle du Code de procédure civile du 28 avril 1953 du canton de Fribourg.

3. L'action en réparation du dommage subi, fondée sur l'art. 41 CO, peut être envisagée dans les deux hypothèses précédentes, si cela s'avère encore nécessaire pour réparer l'injustice commise (4.).

I. L'éventuelle sanction pénale

Après avoir évoqué les sanctions possibles (A.), nous examinerons leurs incidences sur le plan civil (B.).

A. Les sanctions possibles

Le droit pénal envisage la sanction du mensonge en procédure. L'art. 306 al. 1 CPS prévoit en effet que "celui qui, étant partie dans un procès civil, aura donné sur les faits de la cause, après avoir été expressément invité par le juge à dire la vérité et rendu attentif aux suites pénales, une fausse déclaration constituant un moyen de preuve sera puni de la réclusion pour trois ans au plus ou de l'emprisonnement". Lorsque le mensonge intervient alors que le déclarant a prêté serment ou qu'il a promis solennellement de dire la vérité, la peine sera même alourdie (CPS 306 II).

Dans un arrêt déjà ancien³², le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'est pas nécessaire que la procédure cantonale renvoie expressément à l'article 306 CPS pour pouvoir appliquer cette disposition. Le seul critère déterminant est le fait que la déclaration constitue un moyen de preuve selon la procédure cantonale.

Tel est le cas en *procédure civile fribourgeoise*. En effet, le chapitre II du Titre VI traitant de la procédure probatoire régit l'interrogatoire des parties (CPC 205 ss) et l'art. 198 al. 1 let. a CPC fait figurer expressément cet interrogatoire au nombre des genres de preuve admissibles. Le Tribunal cantonal a toutefois précisé dans un arrêt de 1964³³ que la fausse déclaration lors de l'interrogatoire ne suffit pas pour appliquer l'art. 306 CPS; il faut bien plus une *affirmation renouvelée* au sens de l'art. 210 CPC³⁴.

³² ATF 95 IV 75 c. 1.

³³ Extraits 1964 p. 122.

³⁴ Art. 210: " ¹ Lorsque, après l'interrogatoire des parties et, le cas échéant, l'administration d'autres preuves, le juge garde encore des doutes sur un ou plusieurs faits, il ordonne d'office ou sur requête que l'une des parties, sous peines

Les cantons peuvent aussi ériger en contravention les fausses déclarations d'une partie qui ne tombent pas sous le coup de l'article 306 CPS³⁵. Le législateur fribourgeois n'a cependant pas introduit une disposition particulière dans le chapitre consacré à l'interrogatoire des parties. L'art. 9 CPC prévoit uniquement la sanction des "procédés abusifs"³⁶. Réprimant expressément la mauvaise foi, cette disposition doit dès lors être considérée comme un moyen supplémentaire de stigmatiser le mensonge d'une partie. Il ne s'agit toutefois que d'une sanction de police d'audience dépourvue de caractère pénal propre³⁷.

B. Les incidences sur le plan civil

La condamnation pénale ou disciplinaire n'est pas sans incidence pour la réparation du dommage subi par la victime³⁸. Certes, l'art. 53 CO pose le principe de l'indépendance du juge civil par rapport au jugement pénal. Néanmoins, une poursuite pénale faisant suite à un mensonge, par exemple pour injure (CPS 177), diffamation (CPS 173) ou calomnie (CPS 174), permet à la victime de se constituer partie civile dans le procès pénal³⁹. Cette hypothèse vaut aussi lors de la

de droit, renouvelle ses déclarations sur des faits déterminés et, au besoin, prête serment sur elles ou fasse une assertion solennelle.

² Avant de l'entendre, le président exhorte d'abord la partie à dire la vérité, l'informe des sanctions que l'article 306 du code pénal suisse attache à la fausse déclaration d'une partie en justice et l'avertit qu'elle pourra être appelée à prêter serment sur ses déclarations.

³ La partie ayant été réentendue, le juge peut décider de lui faire prêter serment sur ses déclarations.

⁴ et ⁵ [...]".

³⁵ ATF 76 IV 278 c. 4.

³⁶ Art. 9 : "La partie ou son mandataire qui use de mauvaise foi ou de procédés téméraires peut être condamnée par le tribunal à une amende disciplinaire de 1000 francs au plus et, en cas de récidive, de 2000 francs au plus".

³⁷ H. CASANOVA, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, th. Fribourg 1982, p. 10.

³⁸ CASANOVA (note 37), p. 10.

³⁹ Cf. par exemple art. 33 CPP/FR; PILLER/POCHON, Commentaire du Code de procédure pénale du Canton de Fribourg du 14 novembre 1996, Fribourg 1998, n. 33.5.

violation de l'art. 306 CPS, mais uniquement si les déclarations mensongères d'une partie n'ont pas eu d'effet sur le dispositif du prononcé civil.

En effet, comme dans l'arrêt commenté, lorsque le mensonge a directement influencé le dispositif du prononcé civil, les prétentions en réparation de la victime qui s'est constituée partie civile doivent être rejetées en raison de l'autorité (relative) de la chose jugée du prononcé civil. Faisant sienne l'opinion de Casanova⁴⁰, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que le juge de l'action en dommages-intérêts ne saurait examiner, à titre préjudiciel, si la solution retenue dans le jugement en force a été conditionnée par le comportement illicite du prévenu⁴¹. Cela vaut par conséquent aussi lorsqu'il connaît de l'affaire en sa qualité de juge pénal.

Partant, la condamnation pénale ne peut à elle seule ouvrir une voie de réparation du préjudice subi par la partie lésée. Pour suivre le raisonnement du Tribunal fédéral, la partie lésée devra ainsi requérir ultérieurement la révision du jugement vicié, puis la réparation de son dommage aux conditions des art. 41 ss CO. Sans être indispensable⁴², le jugement de condamnation pénale peut cependant être utile comme motif de révision du jugement civil.

Cette conception stricte du principe de l'autorité de la chose jugée dans le procès pénal présente des *désavantages*. Elle favorise la multiplication des procédures, alors même que le juge pénal dispose de moyens efficaces pour rechercher la vérité matérielle et pour régler rapidement les conséquences d'une condamnation pour fausses déclarations. La solution est d'autant plus surprenante que pour l'atteinte à un bien juridique autre que l'administration de la justice, la victime pourra se faire indemniser dans le même procès. En fin de compte ce n'est que si le mensonge lèse son patrimoine par l'intermédiaire d'un jugement faussé par des manœuvres frauduleuses qu'une réparation immédiate est exclue. On peut légitimement se demander si l'aspect

⁴⁰ CASANOVA (note 37), p. 167.

⁴¹ ATF 127 III 496/500, c. 3b/aa.

⁴² Une procédure cantonale prévoyant la condamnation pénale comme unique motif de révision est tenue pour trop étroite, et donc inadmissible, par les auteurs et la jurisprudence; cf. CASANOVA (note 37), p. 168; M. GULDENER, *Treu und Glauben im Zivilprozess* in RSJ 39/1943, p. 405 ss; OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Vol. II/1, Zurich 1975, p. 57; ATF 127 III 496/500 c. 3b/aa.

formel du droit ne l'emporte pas à tort sur le souci d'équité et de célérité dans le règlement du conflit.

2. La révision

Comme dans l'arrêt considéré, lorsque l'entrée en force du jugement de divorce a clos la procédure dans laquelle ont été prononcées les mesures provisionnelles, la personne qui a subi un préjudice doit pour obtenir réparation "*contourner l'obstacle de la chose jugée du jugement dommageable par le moyen de droit extraordinaire que constitue la révision*"⁴³.

La révision peut être définie comme une voie de recours extraordinaire tendant à ce que le juge réexamine la cause sur une base nouvelle parce que le jugement entré en force de chose jugée ne peut être maintenu en raison d'un vice grave⁴⁴.

La procédure de révision des arrêts du Tribunal fédéral est régie par les art. 142 ss OJ. Parallèlement, chaque canton dispose de sa propre procédure de révision intégrée dans sa loi ou son code de procédure civile⁴⁵. Cette diversité de sources n'empêche pas de dégager des caractéristiques communes à la procédure de révision cantonale ou fédérale⁴⁶.

La révision est une voie de recours *extraordinaire* puisqu'elle n'est ouverte *de lege lata* que contre un jugement final qui a mis fin à l'instance et qui a acquis force de chose jugée⁴⁷. Elle est une voie *non suspensive*, à moins que sur requête le juge n'en décide autrement, et *non dévolutive*, puisque le juge qui a prononcé le jugement remis en cause statue lui-même à nouveau⁴⁸. Il s'agit en outre d'un moyen de recours *imparfait*, dans la mesure où la cognition du juge est limitée aux moyens de nullité légaux. Enfin, dans certains cas, la révision est *subsidaire* par rapport à une voie de recours ordinaire cantonale qui

⁴³ ATF 127 III 496/500 c. 3b/aa.

⁴⁴ HOHL, II (note 8), n. 3074; VOGEL/SPÜHLER (note 12), n. 96, p. 378.

⁴⁵ Pour les cantons latins : CPC 323 ss; CPC BE 367 ss; LPC GE 154 ss; CPC JU 376 ss; CPC NE 427 ss; CPC VD 476 ss; CPC VS 236 ss.

⁴⁶ HOHL, II (note 8), n. 3074 ss.

⁴⁷ Cf. toutefois art. 54 al. 2 LOJ.

⁴⁸ La révision est dévolutive dans le canton de Vaud (art. 479 CPC/VD).

admet la production de *nova*⁴⁹. Elle ne l'est pas en revanche par rapport au recours en réforme devant le Tribunal fédéral (OJ 138)⁵⁰.

Les motifs de révision sont limitativement énumérés par les lois de procédure⁵¹. On peut mentionner l'infraction pénale qui a influencé le jugement⁵², ainsi que la découverte de faits importants ou de moyens de preuves concluants postérieurement au jugement⁵³. A ces causes classiques peuvent s'ajouter d'autres motifs dans certains cantons, tels les machinations frauduleuses qui ne constituent pas une infraction pénale⁵⁴, les moyens de cassation⁵⁵ ou les vices du consentement affectant la transaction ou le passé-expédient⁵⁶.

En matière de mesures provisionnelles, le mensonge pourrait être une cause de révision à plusieurs titres. Il peut en effet constituer une infraction pénale, une machination frauduleuse ou simplement un fait nouveau.

La jurisprudence cantonale neuchâteloise retient à cet égard qu'en matière de modification des mesures provisionnelles, il y a un fait nouveau non seulement lorsqu'un nouvel élément de fait apparaît concrètement, mais aussi lorsque le juge doit modifier l'appréciation des faits qu'il connaissait déjà lors de sa première décision sans qu'un nouvel élément n'apparaisse⁵⁷. Cette qualification particulière pourrait aussi valoir dans le cas particulier de la révision des mesures provisionnelles. Le lésé pourrait alors se borner à établir que la partie adverse a menti en procédure et que, sans ce mensonge, le juge aurait

⁴⁹ Tel est le cas de l'art. 323 al. 2 CPC.

⁵⁰ La procédure de réforme sera, sur requête, suspendue jusqu'à droit connu sur la procédure de révision cantonale (art. 57 LOJ).

⁵¹ VOGEL/SPÜHLER (note 12), n. 97 ss, p. 378 s.; HOHL, II (note 8), n. 3081 ss.

⁵² Cf. art. 323 let. b CPC; 294a let. b CPC/VS; 157 let. c LPC/GE; cpr. 137 let. a LOJ.

⁵³ Il s'agit évidemment de pseudo-nova; cf. art. 323 let. a CPC; 294a let. a CPC/VS; cpr. 137 let. b LOJ.

⁵⁴ Cf. art. 323 let. e CPC; 157 let. d LPC/GE; 403 ch. 4 CPC/NE.

⁵⁵ Cf. art. 154 LPC/GE; 136 LOJ.

⁵⁶ Cf. art. 428 CPC/NE, 236 al. 3 CPC/VS.

⁵⁷ RJN 1984 35 c. 4 et les auteurs cités; SPAHR (note 18), p. 5.

tranché la cause différemment pour obtenir la révision des mesures provisionnelles.

Si la procédure civile vaudoise prévoit la révision des mesures provisionnelles (CPC/VD 476 ss)⁵⁸, tel n'est pas le cas de la *procédure civile fribourgeoise*. Celle-ci règle en effet la révision aux art. 323 ss CPC, sous le chapitre IV du titre VIII consacré aux voies de recours des jugements ordinaires. Contrairement au texte de l'art. 476 al. 1 CPC/VD qui parle d'un "jugement définitif", l'art. 323 CPC n'ouvre la voie de la révision qu'à l'encontre des "*jugements finaux*". Une interprétation systématique et littérale impose donc plutôt d'exclure la révision des jugements sur mesures provisionnelles. Il faut dès lors, à l'instar du Tribunal fédéral, se demander si les exigences de la justice matérielle et le respect de la force dérogatoire du droit fédéral (Cst 49) n'imposent pas, sur l'ensemble du territoire national, d'entrer en matière sur une demande de révision visant à l'annulation du jugement vicié, quand bien même tous les codes de procédure n'ouvrent pas la voie de la révision pour le type de jugement en cause⁵⁹.

A notre avis, le but ultime doit être la réparation du préjudice que subit la personne lésée par les déclarations mensongères. En tant que voie de droit extraordinaire et subsidiaire (CPC 323 II), il ne faut admettre une voie extralégale de révision que si cela constitue la seule possibilité d'atteindre le résultat recherché. Nous allons le voir, la requête de modification des mesures provisionnelles avec effet rétroactif permet d'obtenir un résultat comparable. Tout comme la révision, la requête en modification est jugée par la même instance que celle qui a rendu la première décision et les voies de droit seront semblables en vertu de l'article 329 CPC⁶⁰. Il s'agit, au niveau cantonal, d'un recours devant le tribunal civil (CPC 376 I), lorsque les mesures provisionnelles ont été ordonnées par le Président du Tribunal civil

⁵⁸ POUURET/WURZBURGER/HALDY (note 29), n. 2 ad art. 476 CPC; Arrêt Chambre des révisions civiles et pénales in: JdT 1993 III 41; cf. ég. ATF 127 III 496/498 c. 3a.; *contra*: D. TAPPY, Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles, spécialement en matière matrimoniale in: JdT 1994 III 34 ss, 61.

⁵⁹ ATF 127 III 496/502 c. 3b/bb; ATF 119 II 183 c. 5a.

⁶⁰ Un jugement statuant sur une demande de révision peut être attaqué en suivant "les voies de recours prévues par la loi", soit celles qu'implique la nature de la cause, Extraits 1965 p. 50.

d'arrondissement, ou d'un recours à la Cour d'appel civil du Tribunal cantonal, si elles ont été prises par le Président de cette autorité ou par un juge délégué⁶¹. Au niveau fédéral, un recours de droit public pour violation de l'art. 9 Cst est par la suite ouvert⁶². Partant, il n'est probablement pas nécessaire d'admettre l'existence d'une voie extralégale de révision contre les jugements de mesures provisionnelles dans la procédure civile fribourgeoise, si la requête de modification des mesures provisionnelles peut jouer le même rôle salvateur pour la partie lésée.

3. La modification des mesures provisionnelles

Après avoir examiné les conditions et les effets de la procédure en modification des mesures provisionnelles (A.), nous présenterons les conséquences pratiques du jugement pour son exécution ultérieure (B.).

A. Les conditions et les effets de la procédure de modification

Lorsque le jugement de divorce n'est pas encore intervenu, les parties peuvent requérir la modification des mesures provisionnelles vicieuses. Le nouveau droit du divorce, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000, a abrogé l'art. 145 aCC régissant les mesures provisionnelles. A teneur de l'art. 137 al. 2 CC, il soumet désormais cette procédure aux règles des art. 172 ss CC relatives aux mesures protectrices de l'union conjugale.

La nouvelle procédure de divorce impose un certain nombre de principes, tels que la libre appréciation des preuves (CC 139 I), la maxime d'instruction (CC 145 I) ou les principes régissant l'audition des parents et des enfants sur le sort de ces derniers (CC 144). Pour le reste, le droit cantonal détermine la procédure de mesures provisoires (p. ex. CPC 367 ss)⁶³, y compris les voies de recours envisageables (p. ex. CPC 376)⁶⁴.

⁶¹ Notamment l'art. 137 al. 2, 2^{ème} phr. CC en application duquel des mesures provisionnelles peuvent être octroyées pour la première fois en instance de recours.

⁶² HOHL, II (note 8), n. 2888.

⁶³ I. SCHWENZER, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, n. 55 ss ad art. 137 CC.

⁶⁴ SCHWENZER (note 63), n° 59 ss ad art. 137 CC.

Comme les mesures provisionnelles fondées sur l'article 145 aCC, les mesures protectrices de l'union conjugale ne sont revêtues, en raison de leur nature⁶⁵, que d'une *autorité relative de la chose jugée*. Toutefois, elles peuvent être modifiées en vertu de l'article 179 CC et des règles cantonales de procédure⁶⁶.

La condition d'une modification des mesures provisoires au sens de l'art. 179 CC est la modification, durable et importante⁶⁷, des circonstances. En règle générale, le juge doit adapter les mesures provisoires à la requête d'une partie en raison de la survenance de faits nouveaux, comme la maladie d'un époux, son départ ou des changements de sa situation financière. Comme le relève également le Tribunal fédéral dans l'arrêt considéré, la découverte du mensonge d'une partie permet d'obtenir la modification des mesures provisoires vicieuses.

Le moment auquel cette modification doit produire ses effets est toutefois important pour apprécier l'existence d'un éventuel dommage. Ainsi, lorsque la modification n'est valable que pour l'avenir, ou tout au plus à partir du dépôt de la requête en modification, la partie lésée subira un dommage pour toute la période consécutive à la première décision de mesures provisoires jusqu'à leur modification. Elle devra dès lors requérir au surplus la révision du jugement des mesures dommageables antérieures. A l'inverse, si le jugement modificateur rétroagit au jour du début de la procédure de mesures provisionnelles, la requête de révision devient superflue.

Traditionnellement, jurisprudence⁶⁸ et doctrine⁶⁹ retiennent que le jugement modificateur des mesures provisionnelles *ne peut rétroagir*

⁶⁵ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, Les effets du mariage, Fribourg 2000, n. 783 et les auteurs cités; G. PIQUEREZ, La procédure des mesures protectrices de l'union conjugale selon les articles 172 ss CC, in: RJJ 1993 p. 107/128.

⁶⁶ L'art. 380 CPC n'ayant pas de portée propre en l'espèce, les questions soulevées ne seront traitées que sous l'angle des dispositions de droit fédéral.

⁶⁷ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (note 65), n. 783; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Bkomm., n. 10 ad art. 179 CC.

⁶⁸ ATF 111 II 103, JdT 1988 I 322 c.4; Arrêt de la Cour de cassation civile (ZH) in: SJZ 1969 p. 229; Arrêt de la Cour de justice civile (GE) in: SJ 1967 p. 481.

⁶⁹ SCHWENZER (note 63), n. 18 ad art. 137 CC; HAUSHEER/REUSSER/GEISER (note 67), n. 14 ad art. 179 CC.

au-delà du jour où la modification a été demandée. On estime généralement qu'il n'y a guère de sens à rembourser des contributions déjà dépensées ou à compléter, avec un retard d'un an ou plus, les contributions à un entretien dispensé, ce d'autant plus que dans un tel cas, le débiteur d'aliments ne serait pas en mesure de payer un tel supplément, ayant le plus souvent disposé de tout son revenu franc de pensions⁷⁰.

Si cette position est convaincante dans la plupart des cas, prise de manière absolue, elle revient à exclure le principe même de la révision des mesures provisoires⁷¹. Admettre une telle conséquence serait évidemment en contradiction avec les considérants du Tribunal fédéral dans l'arrêt considéré⁷².

Dès lors, le Tribunal fédéral a lui-même admis "une rétroactivité dans une plus large mesure (...) pour des motifs tout à fait particuliers, tels qu'un lieu de séjour inconnu ou une absence du pays du débiteur de la contribution, un comportement d'une partie contraire à la bonne foi, une maladie grave de l'ayant droit, etc."⁷³. Il est suivi en cela par la doctrine⁷⁴. Les fausses déclarations en justice constituent sans nul doute un comportement contraire à la bonne foi qui permettrait de justifier un effet rétroactif jusqu'au jour de la première demande de mesures provisionnelles.

La solution présente des avantages. D'une part, elle limite le nombre de procédures entre les parties, réduisant ainsi la charge des tribunaux. En effet, la procédure de divorce et celle de modification des mesures provisionnelles ne se doublent plus d'une procédure de révision, ni d'une demande consécutive en réparation du dommage, puisque celui-ci disparaît grâce à l'effet rétroactif élargi. D'autre part, elle

⁷⁰ RJN 1984 35 c. 4.

⁷¹ RJN 1984 35/38 c. 4 : "la révision est ainsi exclue en mesures provisoires, sous la seule réserve de l'admission de faits nouveaux plus largement qu'en procédure de fond".

⁷² Cf. *supra* ch. 2.

⁷³ ATF 111 II 103, JdT 1988 I 322/326 c. 4.

⁷⁴ SCHWENZER (note 63), n° 18 ad art. 137 CC; HAUSHEER/REUSSER/GEISER (note 67), n. 14 ad art. 179 CC. M. STETTLER, Droit civil III, Effets généraux du mariage, 2^e éd., Fribourg 1999, n. 416.

sanctionne par un moyen civil de fausses déclarations, sans qu'un procès pénal fondé sur l'art. 306 CPS ne s'impose.

Pour obtenir un tel effet rétroactif et les aménagements nécessaires, la partie lésée –créditière ou débiteur– devra les requérir du juge, par des conclusions précises, afin que l'aménagement de son dispositif facilite l'exécution des nouvelles mesures.

La procédure civile fribourgeoise ne détermine pas si le jugement en modification des mesures provisionnelles peut ou non avoir un effet rétroactif (CPC 380). Le texte ou la systématique de la loi ne permettent pas d'exclure un effet rétroactif tel qu'il a été présenté précédemment. Compte tenu de l'absence de la possibilité légale de réviser un jugement sur mesures provisionnelles et en raison de l'exigence impérieuse de faire triompher la justice matérielle en cas de déclarations mensongères faites en procédures de mesures provisionnelles, il importe de reconnaître la possibilité pour le juge de faire remonter les effets du nouveau jugement de mesures provisoires à la date des effets de la première demande de mesures provisoires. Cela signifie qu'à l'extrême, les effets du jugement de mesures provisionnelles peuvent remonter jusqu'à une année avant le dépôt de la première requête (CC 137 II).

B. Les conséquences pratiques du jugement en modification

Les conséquences pratiques du jugement sur mesures provisionnelles varient selon que la partie lésée par les déclarations mensongères est créditicière ou débiteur.

a) Lorsque le créditicière a été lésé, l'exécution est relativement simple, puisque celui-ci dispose, sans requête spécifique et préalable, des moyens d'exécution forcée ordinaires pour encaisser la créance d'entretien supplémentaire encore due. Evidemment, cela suppose que le débiteur puisse être astreint au paiement dans la procédure de poursuites. S'il se trouvait déjà réduit à son minimum vital avec le premier jugement, la rectification ne permettra pas d'obtenir l'exécution forcée. Du moins, la partie lésée pourra-t-elle prendre d'autres mesures, telles l'avis aux débiteurs (CC 177).

b) Lorsque le débiteur a été lésé, en payant une contribution d'entretien trop importante, le juge constatera dans le jugement en modification des mesures provisionnelles que l'effet rétroactif entraîne l'annulation des premières mesures prises. Partant, ce jugement servira au débiteur lésé de titre exécutoire pour démontrer sa

créance en remboursement des montants payés en trop. Il ne pourra en revanche pas demander au juge des mesures provisionnelles de condamner le créancier au paiement de cette créance en dommages-intérêts; cette action en paiement sort de la compétence du juge des mesures provisionnelles. Une telle action n'est toutefois pas nécessaire si le dispositif du jugement sur mesures provisionnelles établit le montant des contributions d'entretien payé en trop, ce que le juge doit constater, à notre avis, sur la base d'une conclusion précise du requérant. Ainsi, le débirentier disposerait d'un titre de mainlevée définitive en cas de contestation.

Pour le remboursement des contributions payées en trop, on peut envisager deux cas de figure:

1. *Le remboursement effectif.* Le débirentier est libre de réclamer, sur la base du nouveau jugement sur mesures provisionnelles, le remboursement effectif des montants payés en trop⁷⁵. Les créances entre époux sont en effet immédiatement exigibles (CC 203 I), même si elles ne se prescrivent pas (CO 134 III). De même, le débirentier peut porter en compte cette créance dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, au titre de règlement préalable des différents rapports juridiques⁷⁶.

2. *La compensation avec la dette d'entretien pour l'avenir.* Le débirentier peut aussi déclarer compenser le paiement des contributions d'entretien futures qu'il doit avec sa contre-créance en remboursement du trop payé. A défaut d'accord entre les parties sur une compensation des créances réciproques ou d'une déclaration de compensation faite par le créancier, la déclaration de compensation du débirentier peut avoir lieu soit –à titre éventuel– déjà devant le juge de la modification des mesures provisionnelles, en respectant toutefois les exigences de forme du droit cantonal, soit ultérieurement, une fois que le jugement de condamnation a été rendu. Il n'y a en effet aucune

⁷⁵ Cf. art. 203 alinéa 1 CC; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (note 65), n. 335 ss.

⁷⁶ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (note 65), n. 1238 ss; HAUSHEER/REUSSER/GEISER (note 67), n. 65 ss ad art. 205 CC.

raison d'interdire au débirentier de faire valoir la compensation après que le jugement sur les mesures provisionnelles est devenu effectif⁷⁷.

On peut aisément imaginer que la compensation présente des avantages par rapport au paiement effectif, tant par rapport à la simplicité du procédé que par rapport à son efficacité. Toutefois, la compensation pose un certain nombre de questions:

1. *La compensation avec une créance d'entretien.* En vertu de l'art. 125 ch. 2 CO⁷⁸, les créances d'aliments absolument nécessaires à l'entretien du créancier et de sa famille doivent être payées effectivement en mains du créancier. Partant, la compensation des créances sera limitée à la part dépassant le montant de la contribution d'entretien absolument nécessaire, le solde devant être payé effectivement. La quote-part compensable peut être fixée d'entente entre les parties, puisque le créancier d'aliments peut renoncer à la protection de l'art. 125 CO ("ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier"). Si tel n'est pas le cas, la quote-part non compensable doit nécessairement être évaluée au préalable par le juge, pour que la déclaration de compensation devienne effective⁷⁹.

Si le débirentier omet cette requête, l'intérêt pratique de la compensation disparaît, puisque l'action en paiement serait possible immédiatement, alors qu'une action en constatation de droit pour fixer cette quote-part serait encore nécessaire avant que la compensation puisse être admise. Pour ne négliger aucun des moyens à sa disposition, le débirentier serait dès lors bien avisé de requérir du juge déjà dans sa requête en modification des mesures provisionnelles la fixation de la part non compensable des contributions d'entretien.

⁷⁷ P. PICHONNAZ, La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels, Fribourg 2001, n. 2030 ss; contra Extraits 1986 p. 59; L. PITTET, La compétence du juge et de l'arbitre en matière de compensation, Zurich 2001, n. 40.

⁷⁸ Tel qu'il ressort de son interprétation comparative avec les textes allemand et italien.

⁷⁹ Cf. ATF 115 III 97, JdT 1991 II 47, dans lequel le débirentier a vu son opposition au commandement de payer notifié à la demande du créancier levée définitivement sur la base du jugement en modification des mesures provisionnelles, le juge de la mainlevée ne pouvant, sans titre, constater la quote-part compensable.

2. *La compensation de "créances futures"*. La créance d'entretien est le plus souvent fixée mensuellement. Partant, il s'agit d'une créance périodique⁸⁰, dont le principe et l'ampleur sont d'ores et déjà déterminés, mais dont l'exigibilité de chaque prestation périodique est échelonnée dans le temps. Toutefois, pour que la compensation soit possible, il suffit que la créance principale (les contributions d'entretien futures) soit exécutable⁸¹; il n'est pas nécessaire qu'elles soient exigibles. Partant, dès lors que la contre-créance –la créance en remboursement du montant payé en trop– est exigible dès l'entrée en force du jugement sur mesures provisionnelles, la partie lésée peut obtenir immédiatement la compensation pour réduire les contributions d'entretien futures dans la mesure admise par le juge.

3. *Le sort de la créance en remboursement en cas de fin des mesures provisionnelles*. Lorsque le jugement de divorce entre en force, les mesures provisionnelles ordonnées prennent fin. On peut se demander ce qu'il advient alors de la part de la créance en remboursement non encore payée par compensation. La déclaration de compensation exclut-elle d'en demander le paiement effectif par exemple en tenant compte de celle-ci à titre de créance dans la liquidation du régime matrimonial ? De même qu'un créancier ne perd pas sa créance s'il l'invoque à l'égard d'une créance principale qui n'existe pas ou plus, le titulaire de la créance en remboursement conservera le solde de sa créance si sa dette fondée sur les mesures provisionnelles tombe. Il pourra alors l'invoquer dans la liquidation du régime matrimonial ou, si le régime a par exemple déjà été liquidé au moment de la séparation de corps judiciaire (CC 118 I), requérir du juge du divorce qu'il évalue la part non compensable de l'éventuelle contribution d'entretien fixée selon l'art. 125 CC.

4. L'action en dommages-intérêts

La révision du jugement vicié ne répare pas de plein droit le dommage subi par la partie lésée. Il en va de même en cas modification

⁸⁰ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, Tome I, Zurich 1982, n. 71.

⁸¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 7^e éd., Zurich 1998, tome II, n. 3350 ss; V. AEPLI, *Zkomm.*, t. V/1, Art. 114-126 OR, Zurich 1991, n. 64 ad art. 123 CO; PICHONNAZ (note 77), n. 2091 ss.

des mesures provisionnelles avec effet rétroactif, lorsque le juge n'a pas fixé dans son dispositif le montant des contributions payées en trop. Il s'agit dès lors d'examiner rapidement si elle peut obtenir la réparation du dommage par une action en dommages-intérêts.

*Les conditions d'une telle action sont les suivantes*⁸²:

1. *Un dommage*. Celui-ci existe, puisque la partie lésée a subi une diminution de son patrimoine par le paiement de contributions d'entretien qui n'étaient pas dues et, cas échéant, des frais d'avocats supplémentaires liés à la requête en modification du jugement de mesures provisionnelles, peut-être non couverts par les dépens de la procédure⁸³.

2. *Un comportement illicite* de l'auteur des déclarations mensongères. L'illicéité se définit comme la transgression d'une défense de nuire à autrui, en l'absence de motifs légitimes⁸⁴. En l'absence d'une atteinte à un droit absolu, le comportement incriminé est illicite s'il viole une disposition légale qui a pour but de protéger le lésé dans les droits atteints. Ainsi, faut-il trouver une disposition qui tend à protéger le patrimoine des parties en instance de divorce⁸⁵. L'art. 306 CPS ne remplit pas cette fonction, puisqu'il sanctionne des comportements (déclarations mensongères) qui portent atteinte à l'administration de la justice, indépendamment d'un dommage subi par un protagoniste. En revanche, l'art. 170 CC impose aux époux de se renseigner mutuellement sur leurs revenus, leurs fortunes et leurs dettes⁸⁶. Cette disposition a notamment pour but de protéger les époux dans leurs droits patrimoniaux ou leurs expectatives patrimoniales (p. ex. droit à une contribution supplémentaire au sens de l'art. 163 CC). Ainsi, en mentant sur son revenu, l'auteur des déclarations mensongères a violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le

⁸² Pour les autres conditions, dans le cadre d'une procédure judiciaire, cf. CASANOVA (note 37), p. 61 ss.

⁸³ Sur les conditions spécifiques pour le remboursement des frais d'avocat non couverts par les dépens, cf. CASANOVA (note 37), p. 67; ég. ATF 117 II 394, JdT 1992 I 550.

⁸⁴ DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 1982, p. 70 ss.

⁸⁵ Il s'agit là d'une jurisprudence instaurée de longue date : ATF 32 II 273, JdT 1906 150; ATF 82 II 25, JdT 1956 I 324; ATF 90 II 274, JdT 1965 I 234.

⁸⁶ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (note 65), n. 311 ss.

patrimoine de la personne lésée (*illicéité de comportement*). Il a dès lors agi de manière illicite.

3. *La faute* est en principe remplie en cas de déclarations mensongères.

4. *La relation de causalité* entre le mensonge et le dommage subi par l'autre partie à la procédure est aussi donnée. En effet, même si c'est la fixation du montant dans le jugement qui concrétise le dommage, celui-ci est la conséquence directe de l'allégation trompeuse d'une partie. Telle est également l'opinion convaincante du Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté⁸⁷. Toutefois, on doit réserver, par principe, le cas où le comportement du juge, engageant au demeurant sa responsabilité, est si gravement fautif que la relation de causalité entre les déclarations mensongères d'une partie et le dommage patrimonial pourrait être rompue.

5. Une créance en réparation *non prescrite*. Ce sera toujours le cas tant que le mariage n'est pas dissout, puisque la prescription est suspendue pour les créances des époux l'un contre l'autre pendant le mariage (CO 134 III). Par la suite, les délais de prescription relatif et absolu de l'art. 60 CO s'appliqueront. On notera que la procédure de révision n'a pas pour effet d'interrompre la prescription qui a commencé à courir. Partant, un acte interruptif de prescription, tel un commandement de payer, pourrait être nécessaire.

Les conditions d'une action en dommages-intérêts sont dès lors remplies. Le juge ordinaire saisi devra donc faire droit à une action en paiement des dommages-intérêts intentée par la victime des déclarations mensongères.

CONCLUSION

Mentir dans une procédure civile est réprouvé moralement, mais ne suffit pas encore nécessairement à ôter toute force à la vérité formelle. Compte tenu de la délicate pesée des intérêts à faire entre l'exigence de sécurité du droit que concrétise l'autorité de la chose jugée et l'aspiration de tout ordre juridique à satisfaire au sentiment de justice et d'équité, seul un mensonge qualifié, présentant une certaine intensité, permet d'écarter la règle générale de l'autorité de la

⁸⁷ ATF 127 III 496/498 c. 3a.

chose jugée. Il en va de même en procédure de mesures provisionnelles par rapport à l'autorité relative de la chose jugée.

La voie pénale n'étant qu'un moyen auxiliaire et facultatif, la réparation des conséquences du mensonge doit être principalement assurée par la *requête de modification des mesures provisionnelles*. A notre avis, ce n'est que si cette voie n'est pas ouverte qu'une procédure de révision se justifie. Le principe de la *subsidiarité de la révision* est d'ailleurs compatible avec les considérants du Tribunal fédéral dans l'arrêt commenté, puisque l'état de la cause ne permettait plus d'utiliser la voie du jugement modificateur des mesures provisionnelles.

Dans le cas particulier du mensonge en procédure, le juge doit pouvoir donner un *effet rétroactif* à sa décision. Une telle mesure est d'ailleurs conforme aux principes dégagés par la jurisprudence dans des situations analogues et peut parfaitement s'appliquer en droit frivourgeois en l'absence de disposition expresse contraire.

Ainsi, la procédure de modification des mesures provisionnelles et celle de la révision sont proches; l'absence d'effet dévolutif et des voies de recours semblables pourrait faire penser que les deux moyens se valent avant l'entrée en force du jugement de divorce. La modification des mesures provisionnelles présente à notre avis deux avantages majeurs par rapport à la révision:

– Elle permet de *conserver le caractère exceptionnel de la révision* et évite de créer une voie de révision extralégale dans les cantons qui ne la connaissent pas pour les mesures provisionnelles (p. ex. CPC 323).

– Elle permet d'*éviter la multiplication des procédures entre les mêmes parties*. La révision doit en effet toujours être doublée d'une action en réparation du dommage subi fondée sur l'article 41 CO. Elle peut en outre suivre une procédure pénale.

Ainsi, la personne lésée par le mensonge de l'autre partie devra, dans un premier temps, examiner si une requête de modification des mesures provisionnelles est encore possible, autrement dit s'assurer que le jugement de divorce n'est pas encore entré en force de chose jugée. Ensuite, elle devra requérir la rétroactivité du jugement modificateur, afin que ses effets remontent, si nécessaire, au jour des premières mesures provisionnelles. Le juge ne saurait refuser un tel effet

rétroactif en cas de comportement de la partie adverse contraire à la bonne foi.

Ces seules démarches suffisent lorsque le lésé est créancier. Il peut sans autre avoir alors recours aux moyens d'exécution forcée ordinaires pour encaisser la créance d'entretien supplémentaire encore due.

En revanche, lorsque le lésé est débiteur, il doit requérir en outre du juge que le dispositif du jugement mentionne le montant des contributions d'entretien payées en trop, lui procurant ainsi un titre de mainlevée définitive en cas de contestation. La créance ainsi établie pourra être encaissée ou portée en compte dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, voire compensée avec les éventuelles contributions d'entretien futures à sa charge. Dans ce dernier cas toutefois, vu la nature particulière de la créance d'entretien (CO 125 II) et faute d'accord entre les parties, le débiteur devra requérir du juge des mesures provisionnelles qu'il fixe dans le dispositif de son jugement la quote-part compensable de la créance du créancier.

On le voit, pour que la justice matérielle puisse finalement triompher de la vérité formelle, la procédure est complexe. Toutefois, lorsque le jugement au fond n'est pas entré en force de chose jugée, le recours à la modification des mesures provisionnelles obtenues frauduleusement permet plus simplement et plus efficacement de rétablir la justice matérielle et d'éviter que "le mensonge ne soit tenu pour la vérité".