

13^E ÉDITION DES ÉTATS GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Le contrat en droit de la famille : le champ des possibles ^{288h7}

La liberté contractuelle en droit processuel de la famille ^{291y8}

L'essentiel

La liberté contractuelle en droit processuel de la famille est fortement encouragée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Passer du réflexe judiciaire au réflexe amiable est l'enjeu de la justice du XXI^e siècle. La contractualisation du droit de la famille comme la contractualisation du procès sont en ce sens. Elles ne sont cependant pas sans poser des difficultés autant pratiques que théoriques, car elles interrogent la répartition de l'office des parties et du juge qui est au cœur de la conception du procès civil.



Par
Soraya AMRANI-MEKKI
Professeur agrégé à
l'université Paris Ouest –
Nanterre La Défense

1. La liberté contractuelle en droit processuel de la famille est fortement encouragée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (loi J21). Alors que le mouvement de contractualisation du droit de la famille est un thème bien connu, celui du droit processuel associé l'est curieusement beaucoup moins.

La figure du contrat s'est depuis longtemps invitée en

droit de la famille et y est incitée pour ses nombreux avantages. Elle permet une responsabilisation des acteurs de la famille qui s'approprient la gestion de leurs relations en même temps qu'elle assure un strict respect de leur vie privée. « On lave son linge sale en famille » pourrait-on dire en passant par l'accord de volonté. Ainsi que le note Pierre Noreau, « le droit est une photo de la réalité, un révélateur de ce qui se passe dans la société. Nous sommes en train de passer d'un droit familial standard, prescriptif à un droit construit par les personnes » ⁽¹⁾. La contractualisation du droit de la famille en est le reflet qui incite aux accords et fait du recours au juge un ultime recours ⁽²⁾. Il reste évidemment des domaines dans lesquels l'accord est exclu tels que les actions en matière de filiation qui demeurent indisponibles ⁽³⁾. Le mouvement est connu

et largement étudié, ce qui justifie qu'on ne s'y attarde pas ⁽⁴⁾. Notons toutefois que le divorce par acte contre-signé par avocat consacré par la loi J21 renforce encore cette contractualisation car, même si l'accord est encadré, réglementé, il n'en demeure pas moins un contrat ⁽⁵⁾.

2. Le droit processuel de la famille désigne les règles processuelles spécifiques et dérogatoires au droit commun, créées pour s'adapter à la spécificité du contentieux familial. Ainsi que l'indiquait le doyen Gérard Cornu : « On ne commande au litige qu'en lui obéissant » ⁽⁶⁾, ce qui justifie la création de droits processuels horizontaux dont la consistance est parfois contestable ⁽⁷⁾ mais qui est indéniable en matière familiale. Le Code de procédure civile lui réserve en effet des dispositions particulières dans ses articles 1070 et suivants. Certains auteurs avaient même suggéré la création d'un véritable tribunal de la famille qui aurait eu cependant l'inconvénient de réduire à peau de

(4) V. en dernier lieu, Moracchini-Zeidenberg S., « La contractualisation du droit de la famille », RTD civ. 2016, p. 773 et s.

(5) V. en ce sens, Chénéde E., « Divorce et contrat. À la croisée des réformes », AJ fam. 2017, p. 26 : « Si la qualification contractuelle ne lui est pas ou plus interdite, le divorce extrajudiciaire n'en demeure pas moins un contrat ou une convention d'une nature particulière. Dans la quadrilogie du nouvel article 1101, il semble pouvoir être classé dans la dernière catégorie : celle des accords extinctifs ». *Contra* alors pourtant que le contrat de travail ou le contrat de bail est largement encadré sans perdre leur qualification contractuelle, Casey J., « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », AJ fam. 2017, p. 18 : l'auteur qualifie d'absurde la référence au contrat au prétexte que le juge peut le contrôler et que des règles sont à respecter.

(6) Cornu G., « L'élaboration du Code de procédure civile », RHFD 1995, spéc. p. 242-243.

(7) Il s'agit parfois d'une recension des règles spécifiques qui n'en constituent pas pour autant un corpus autonome. Il en est ainsi du droit processuel de la responsabilité civile, du droit processuel de l'environnement ou de la consommation. V. Amrani-Mekki S., *Le droit processuel de la responsabilité civile*, in *Mélanges de Viney G.*, 2008, Paris, LGDJ, p. 1 et s.; Raschel L., *Droit processuel de la responsabilité civile*, Cadiet L. (préf.), 2008, Paris, IRJS; Lucas O., *Pour un droit processuel de la consommation*, 2000, Rennes, Thèse Université de Rennes I.

(1) Noreau P., « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté à la recherche de soi », Les cahiers du droit 4 sept. 2011, p. 687 et s.

(2) Il en est ainsi, par exemple, pour le nom de famille qui est celui du père.

(3) Pourtant là encore, il est possible de détourner l'interdiction par une reconnaissance de complaisance suivie d'une possession d'état, ce qui n'est cependant pas une manifestation de la contractualisation. V. Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2006, n° 03-19533.

chagrin le contentieux de droit commun⁽⁸⁾. La constitution de pôles de la famille au sein des juridictions, dépendant de l'administration des juridictions et non de leur compétence, répond mieux à la spécificité du contentieux.

“ La contractualisation du droit de la famille a une influence notable sur le droit processuel dédié, car elle fait du juge un ultime recours ”

Ce droit processuel de la famille témoigne d'une évolution importante de l'office du juge, qualifié de juge accompagnateur ou de « juge de la durée »⁽⁹⁾. Il suit les familles dans leur évolution, ce qui justifie des règles techniques particulières. Il a des pouvoirs exacerbés liés à ce que le doyen Carbonnier qualifiait de scepticisme du législateur. Reconnaisant son incapacité à embrasser la diversité des situations, il délègue en effet ses pouvoirs au juge par l'usage de notions à contenu variable comme celle de l'intérêt de l'enfant⁽¹⁰⁾. Son office se transforme également car il sort de la stricte application de la seule règle de droit pour une appréciation des situations plus sociale qui explique dans une certaine mesure la difficile lisibilité des décisions rendues. La recherche d'accords fait en outre partie intégrante de son office, car il s'agit d'un contentieux qualifié de chaud où l'affect est important pour lesquels les juges ont la conviction de « pouvoir amener par la discussion et la “procéduralisation” les sujets à prendre, sous leur garantie, les accords raisonnables qu'ils investiront ensuite de leur propre autorité⁽¹¹⁾ ». Le droit n'y est plus imposé mais négocié sous le contrôle du juge. La relation au droit positif y est ainsi spécifique.

3. La contractualisation du droit de la famille a une influence notable sur le droit processuel dédié, car elle fait du juge un ultime recours. Son intervention est différée dans le temps et sa nature évolue. Il n'intervient plus ab initio pour régler un litige mais a posteriori pour traiter du contentieux né de l'accord ou pour en consolider les termes. Son office en qualité de juge homologateur diffère ainsi sensiblement de celui qu'il remplit lorsqu'il agit ab

initio pour trancher un litige. Cette évolution est encore plus nette avec le divorce par acte contresigné par avocats consacré par la loi J21, car l'homologation du juge n'est plus une condition pour parfaire l'acte. Si le juge n'est pas pour autant exclu totalement, il n'est plus celui de la famille mais celui du contrat, ce qui pose de nombreuses questions procédurales aussi bien que d'administration de la justice. Il en est ainsi, par exemple, de la détermination du juge compétent.

La figure du contrat à laquelle est associée une intangibilité heurte alors l'office du juge aux affaires familiales qui vise à adapter sa décision à l'évolution des rapports familiaux. Le temps du contrat n'est pas celui de la famille. La liberté contractuelle est l'occasion de souligner une évolution sensible du droit substantiel comme processuel qui doivent s'accorder l'un avec l'autre.

4. Le recours au juge a été récemment qualifié par le rapport de l'Institut des hautes études sur la justice de « bien de consommation courante »⁽¹²⁾. Le réflexe judiciaire, signe d'une société démocratique, est aussi le reflet d'une perception des relations sociales qui se nourrit de contentieux. Toute l'évolution de la procédure civile se fait aujourd'hui vers un changement de perspective pour faire du juge le mode alternatif de résolution des litiges. Passer du réflexe judiciaire au réflexe amiable est l'enjeu de la justice du XXI^e siècle⁽¹³⁾. La contractualisation du droit de la famille comme la contractualisation du procès sont en ce sens. Elles ne sont cependant pas sans poser des difficultés autant pratiques que théoriques, car elles interrogent la répartition de l'office des parties et du juge qui est au cœur de la conception du procès civil.

La contractualisation du droit de la famille implique une régulation judiciaire de l'accord, en premier lieu, qui marque une évolution de l'office du juge (I). En contrepoint, le souci de déjudiciarisation justifie une régulation contractuelle du désaccord éventuel qui caractérise une évolution de l'office des parties (II).

I. LA RÉGULATION JUDICIAIRE DE L'ACCORD

5. La contractualisation du droit de la famille amène à la conclusion d'accords qui sont le plus souvent judiciairement formés. En ce sens, ils ne sont parfaits qu'après le contrôle judiciaire (A). L'accord n'est pas pour autant tripartite. L'implication du juge marque une forme de responsabilisation des parties qui s'accompagne d'une sécrétisation judiciaire de l'accord. C'est cet équilibre entre office des parties et du juge qui évolue avec le divorce par acte contresigné par avocats. L'accord est parfait hors le juge qui n'aura plus qu'un office de contrôleur extérieur de l'accord, ce qui change sensiblement sa nature (B).

A. Le contrat judiciairement formé

6. La figure contractuelle à laquelle les spécialistes du droit de la famille sont familiarisés est celle du contrat judiciairement formé. Il s'agit ici d'un partage de l'office

(8) Sur cette proposition, Garapon A., « Vers une nouvelle économie politique de la famille ? », Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Coulon J.-M. sur la réforme de la procédure civile, D. 1997, p. 69 ; Cadet L., « À la recherche du juge de la famille », in *Familles et justice*, 1997, Meulders-Klein T., Bruylant-LGDJ, p. 235 et s., spéc. p. 263.

(9) Vincent J., « Rapport de synthèse », in *Les juges uniques*, IX^e Colloque I.E.J., 20-21 mai 1974, Nice, p. 98 et s., spéc. p. 103 et 111 ; Ancel M., *Le juge du divorce*, 1978, La documentation française, spéc. p. 53 : « Il [le juge] est moins tourné vers un passé qu'il aurait à régler que vers un avenir à organiser, non par une décision impérative, mais par la compréhension et avec la participation de ceux qu'il assiste autant qu'il les juge ».

(10) Carbonnier J., *Essai sur les lois*, 2^e éd., 1995, Defrénois, spéc. p. 190. Cadet L., *op. cit.*, spéc. p. 19 : « À travers cette conception de la fonction juridictionnelle, c'est la notion même d'État de droit qui révèle sa transformation, masquée par le déclin du légicentrisme, du droit d'en haut, obéissant à une logique d'autorité et, corrélativement, la montée en puissance du juge, du droit d'en bas, négocié au sein de la société civile et partant le sceau du contrat qui imprègne le nouvel humanisme judiciaire ». Bénabent A., *Droit de la famille*, 9^e éd., 1998, Litec, spéc. n° 17, p. 16.

(11) Meulders-Klein M.-T., « Rapport de synthèse », in *Familles et justice*, *op. cit.*, spéc. p. 611.

(12) IHEJ, *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle*, 2013, La documentation française, spéc. p. 26.

(13) Amrani-Mekki S., « Les modes amiables de résolution des litiges dans la loi sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, n° 285b6, p. 46 et s.

des parties et du juge. Aux parties le pouvoir de *jurisdic-tio*, car elles disent le droit qui leur sera applicable, et au juge l'*imperium*, car lui seul peut donner force exécutoire à l'accord ^[14]. Cette figure est répandue, notamment en matière de changement de régime matrimonial ou de contribution à l'entretien des enfants.

Le juge homologue l'accord mais il faut souligner que le terme « homologuer » est peu parlant. Le vocabulaire juridique le définit comme « une approbation judiciaire » ^[15] sans déterminer la nature du contrôle opéré. Dans de nombreuses hypothèses, il ne s'agit que d'un contrôle léger par la vérification de la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ainsi en est-il lorsque le juge homologue un accord intervenu pour la résolution d'un litige (CPC, art. 1565) ^[16]. En revanche, dans certaines matières, précisément en droit de la famille, le contrôle est plus poussé, car il doit vérifier qu'il y va par exemple de l'intérêt de l'enfant en matière d'autorité parentale ^[17]. C'est le passage de ce que Alain Sériaux qualifie « d'une stricte justice à une pleine justice » ^[18] qui comprend des éléments difficiles à saisir. L'office du juge y est plus poussé, car le juge peut être partie prenante à l'accord et demander la modification de certains éléments. Il n'est pas enfermé dans une logique de tout ou rien même si c'est évidemment avec le concours des parties et sous le contrôle des avocats (C. civ., art. 1099). Le juge est le « troisième angle d'un triangle qui permet de réunir les deux autres » ^[19].

7. L'homologation de l'accord fait de celui-ci un acte judiciairement formé justifiant qu'il ne puisse être contesté comme un vulgaire contrat. « Le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ayant un caractère indissociable, celle-ci (...) ne peut être remise en cause hors des cas limitativement prévus par la loi » ^[20]. C'est pourquoi il n'est pas possible d'invoquer un vice du consentement ^[21] ou une lésion ^[22] pas plus qu'il n'est possible d'exercer une action paulienne ^[23]. L'accord ne peut plus être contesté que par une voie de recours à l'instar

du jugement ^[24] avec la particularité d'imposer une indivisibilité entre les dispositions. La remise en cause des dispositions implique ainsi celle du prononcé même du divorce.

8. La contractualisation du droit de la famille a longtemps été contenue par des principes structurants pour ne pas livrer « le champ familial au règne de la liberté absolue, afin de prévenir nombre d'intérêts fondamentaux. L'essor de la régulation en droit de la famille constitue donc une étape de compromis, un stade médiant et intermédiaire entre dirigisme étatique et libéralisation totale » ^[25]. L'évolution n'est cependant pas achevée et l'office du juge subit encore des mutations en droit de la famille comme en droit commun processuel pour sortir de l'accord et se positionner comme simple contrôleur éventuel. Le contrat n'est alors plus judiciairement formé mais uniquement judiciairement contrôlé.

B. Le contrat judiciairement contrôlé

9. Une nouvelle étape vient d'être franchie en matière de liberté contractuelle par la loi J21 qui consacre un divorce par acte contresigné par avocats (C. civ., art. 229 ^[26]). L'accord est en effet parfait hors le juge et peut déployer ses effets dès son dépôt au rang des minutes du notaire. Il consacre ainsi une déjudiciarisation qui n'est pourtant pas synonyme d'exclusion du juge, ce dernier pouvant intervenir comme juge de l'accord passé. La rejudiciarisation ^[27] est alors faite conjointement à une mutation de son office qui n'est pas sans poser de nouveaux problèmes qu'il serait souhaitable de régler suffisamment rapidement pour sécuriser un divorce déjà entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017.

10. Cette forme de contractualisation permettrait une réconciliation pérenne des parties d'autant plus stable qu'elle aura été le résultat d'un processus de négociation où les parties auront pu s'exprimer librement et pleinement. Pour ce faire, il convient alors de s'assurer de la qualité du consentement et, partant, de l'information délivrée. Les avocats attestent en effet par leur signature qu'ils ont informé les parties sur les conséquences

(14) Sur cette répartition, Egéa V., *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, 2010, Defrénois.

(15) Vocabulaire juridique de l'association H. Capitant, V^e homologation.

(16) V. not. Cass. 2^e civ., 26 mai 2011, n° 06-19527.

(17) En matière d'action de groupe, l'homologation suppose que l'accord soit conforme à l'intérêt des parties.

(18) Sériaux A., « La justice face au droit de la famille », Dr. famille juin 2001, spéc. n° 4.

(19) Gautier P.-Y., « Les nombres sacrés », in *Droit, procédure, linguistique juridique*, Mélanges Cornu G., 1994, PUF, p. 163 et s., spéc. p. 165.

(20) Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823.

(21) Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1991, n° 90-17840 : à propos de l'erreur.

(22) Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823.

(23) Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1999, n° 97-16488 : « Mais attendu que l'arrêt retient exactement qu'après son homologation par le jugement prononçant le divorce, la convention définitive revêt la même force exécutoire qu'une décision de justice et ne peut être attaquée que par les voies de recours ouvertes par la loi dans lesquelles n'entre pas l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil ». Idem pour une action en inopposabilité fondée sur la fraude Cass. 1^{re} civ., 12 avr. 2012, n° 11-13456.

(24) V. par ex. si l'état liquidatif n'est pas notarié alors qu'il y a un immeuble. Le caractère indissociable de l'accord implique que le divorce soit également annulé, Cass. 2^e civ., 28 mars 1979, n° 77-15598 : « Attendu que le jugement attaqué, rendu en dernier ressort a, sur leur demande conjointe, prononcé le divorce des époux X en homologuant la convention portant règlement des effets de leur divorce, bien que l'état liquidatif qui portait sur un immeuble soumis à publicité foncière fût établi seulement sous seing privé ; En quoi le jugement a violé le texte susvisé ».

(25) Dekeuwer-Defossez F., *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, Chassagnard-Pinet S. et Hiez D. (dir.), Approche critique de la contractualisation, t. 16, « Droit et société. Recherches et travaux », 2007, Paris, LGDJ, p. 167 et s., spéc. p. 177.

(26) V. Mekki M., « 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 ; C. civ., art. 229 : « Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ». Sur l'acte contresigné par avocat, v. C. civ., art. 1374, qui codifie deux des trois nouveaux articles de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 (art. 66-3-1 à 66-3-3). Bacache M. et Leroy A.-M., « Acte d'avocat : Acte sous seing privé contresigné par avocat – Acte authentique », RTD civ. 2001, p. 403 et s.

(27) Jeammaud A., « V^e judiciarisation, déjudiciarisation, rejudiciarisation », in *Dictionnaire de la justice*, Cadet L. (dir.), 2004, PUF.

juridiques de leur acte. Le non-respect de cette obligation d'information est source non seulement de nullité de l'accord mais encore de responsabilité civile et professionnelle. Cette responsabilité justifie la crainte de certains avocats qui seraient eux-mêmes plus sécurisés par un passage devant le juge. Il faut cependant rappeler qu'ils ont la possibilité de sécuriser le divorce en encadrant les négociations par une convention de procédure participative qui est elle-même un acte contresigné par avocat.

Elle a en effet des ressorts encore largement inexploités, car elle ne se réduit pas à la seule négociation sur un litige né dans une perspective précontentieuse. En matière de divorce par acte contresigné par avocats, leur présence obligatoire conduit quasi naturellement à en faire un usage utile. Il est cependant possible de s'interroger sur la cohérence des textes, puisqu'il est possible de se passer totalement du juge pour un divorce alors que l'article 2067 du Code civil exige encore en cas d'échec de la procédure participative qu'on suive les procédures ordinaires sans bénéfice d'un tour accéléré.

11. Cette responsabilité des avocats tient aussi à l'étendue du contrôle qu'ils devront opérer sur l'acte. Le garde des Sceaux, Jean-Jaques Urvoas a eu l'occasion de dire et de répéter que le dépôt au rang des minutes du notaire n'implique pas de contrôle de sa part. Or, si ni le juge ni le notaire n'en sont responsables, les avocats devront assurer un contrôle minimum. À cet égard, la question du discernement peut fournir une illustration topique. L'enfant mineur doté du discernement doit en effet être informé de son droit d'être entendu par un juge, la concrétisation d'un tel droit excluant le recours au divorce par acte contresigné par avocat. Or, l'article 229-3, 6°, du Code civil dispose que « la mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté » et un formulaire est proposé à cet effet. Pourtant, la Cour de cassation s'attache, quant à elle, à ce que les juges du fond motivent la raison pour laquelle ils estiment que le mineur n'est pas doté de discernement⁽²⁸⁾. Est-ce à dire que les avocats devront aller plus loin que la seule vérification du bon accomplissement par les parents de la formalité ?

12. Le divorce par acte contresigné par avocats n'est pas inattaquable, car il pourra être contesté comme tout contrat relativement à ses conditions de formation comme d'exécution. Il amènera ainsi une rejudiciarisation quasi inévitable. Ceci dit, il s'agit là du lot commun de toute convention. La particularité tient à son domaine et à sa nouveauté et il est certain qu'une phase de stabilisation des règles va être nécessaire pour rassurer les justiciables. Il en est ainsi de tout nouveau texte mais on peut penser que dans un domaine aussi sensible, l'entrée en

vigueur rapide dès le 1^{er} janvier 2017 n'était sans doute pas la meilleure des solutions.

Cette phase de stabilisation pourrait être réduite par l'usage de la procédure pour avis qui pourrait permettre à la Cour de cassation d'éviter de nombreux contentieux en même temps qu'une longue période d'attente de ses solutions jurisprudentielles. La voie des protocoles d'accords entre juridiction et barreau à la suite des rencontres pour mettre à plat les difficultés et envisager ensemble les bons processus est également indispensable même si elle prendra du temps et ne pourra, dans un premier temps, fournir de solutions harmonieuses sur tout le territoire.

13. Les questions qui vont se poser sont en effet nombreuses. D'un point de vue procédural, on songe d'abord à la question de la répartition des affaires au sein des juridictions qui est plus une question d'administration de la justice que de compétence, car celle-ci demeure celle du tribunal de grande instance en son ensemble. Concrètement, il s'agit de savoir si ce sera le juge aux affaires familiales ou le juge du contrat qui sera chargé du contentieux portant sur la convention⁽²⁹⁾. La question est d'autant plus complexe que les demandes pourront être multiples et concerner tant la formation du contrat, qui pourrait concerner plutôt le juge dédié, que son contenu, qui impliquerait le juge aux affaires familiales. À titre personnel, il me semble que la spécificité de la matière doit conduire à conserver le contentieux entre les mains du juge aux affaires familiales sachant que les magistrats changent souvent de fonctions voire les cumulent dans les petites juridictions, restant dans ces hypothèses sur des fonctions non spécialisées.

La question, ensuite, sera posée des causes d'annulation possibles de la convention et de ses effets. L'accord n'étant pas revêtu de la formule exécutoire, il demeure un contrat susceptible d'annulation pour vice du consentement et notamment pour réticence dolosive en cas de non-communication d'informations. C'est là que la convention de procédure participative qui liste les pièces communiquées (C. civ., art. 2063) peut s'avérer utile quant à un début de preuve des éléments fournis qui peut être complété par les échanges entre les parties. Quant aux effets de l'annulation, la question se posera de l'indivisibilité des termes de l'accord. À la question classique de droit des contrats du caractère déterminant pour le consentement et de l'indivisibilité subjective entre les dispositions, la singularité de la matière familiale s'ajoute⁽³⁰⁾.

On perçoit ainsi que l'office du juge a tendance à évoluer. Il intervient de manière différée dans le temps, comme contrôleur de ce qui a été fait. Il n'a plus de prise directe avec le litige. C'est ainsi la matière litigieuse qui lui est soumise qui évolue, le contentieux du divorce étant remplacé par un contentieux contractuel sur l'acte qui le matérialise.

(28) V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11392 à propos d'un enfant de 9 ans : « Qu'en se déterminant ainsi, en se bornant à se référer à l'âge du mineur, sans expliquer en quoi celui-ci n'était pas capable de discernement, et par un motif impropre à justifier le refus d'audition, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

(29) Pour une compétence du TGI, Thouret S., *L'après divorce conventionnel*, AJ fam. 2017, p. 42 : « Les importants contentieux d'après-divorce qui reviendront naturellement au juge, qui devrait être le tribunal de grande instance et non plus le juge aux affaires familiales ». Pour celle du JAF, v. Casey J., « Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur », préc. : « Sur ce sujet, nous avons la conviction que la Cour de cassation consacrera la possibilité, pour le JAF, de contrôler a posteriori la convention de divorce ».

(30) Sur cette question, v. Mekki M., préc.

II. LA RÉGULATION CONTRACTUELLE DU DÉSACCORD

14. Les litiges familiaux n'échappent pas au mouvement de déjudiciarisation par le passage à une dimension amiable de leur résolution. L'amiable permet de renouer le lien social de manière plus douce et plus pérenne. La liberté contractuelle est alors au service de la résolution des différends (A). Allant plus avant, cette contractualisation peut aussi servir non plus à résoudre le différend mais à le mettre en état, le citoyen devient alors acteur du traitement de son différend par une résurgence du principe dispositif qui renoue avec l'idée que le procès est la chose des parties (B).

A. La contractualisation du règlement du différend

15. La contractualisation comme mode de déjudiciarisation est un challenge procédural. Elle permettrait, d'abord, une économie budgétaire en évitant le coût des procédures même si, il faut le rappeler, elle n'exclut pas tout recours au juge. Le gain en équivalent temps plein de magistrats ⁽³¹⁾ est, par exemple, minime. Pourtant, les moyens budgétaires étant contraints, il faut opérer des choix et provoquer un changement de réflexe des parties qui doivent devenir actrices de la résolution de leurs différends. Plus qu'une économie mécanique, il s'agit de participer à l'instauration d'une culture de l'amiable dont les effets immédiats pourraient être profitables sans qu'on sache encore dans quelle proportion.

“ Les efforts de coordination des jurisprudences des juges aux affaires familiales sont réels mais encore insuffisants ”

Elle permettrait également d'éviter l'application de normes supplétives complétées d'une appréciation judiciaire parfois qualifiée d'aléatoire. Les efforts de coordination des jurisprudences des juges aux affaires familiales sont réels mais encore insuffisants, car il s'agit de concilier indépendance juridictionnelle, variété des cas d'espèce et lisibilité des décisions. La proposition du rapport *Delmas-Goyon* visant à la diffusion de référentiels est, à cet égard, des plus intéressantes, car la prévisibilité des décisions est aussi le gage d'une contractualisation faite de manière informée. Le rapport souligne ainsi que « la diffusion au-delà du monde judiciaire vise à donner aux citoyens les repères nécessaires pour s'engager en connaissance de cause dans des démarches amiables de résolution des litiges » ⁽³²⁾. L'absence de référentiels pourrait d'ailleurs être compensée par l'essor de la justice prédictive largement utilisée pour anticiper le montant

prévisible des indemnisations en droit du travail ou en droit des assurances notamment ⁽³³⁾. L'informatique sert ainsi le déploiement de l'amiable.

16. La contractualisation de la résolution du différend familial n'est pas seulement une proposition faite aux parties mais un véritable passage préalable dont le caractère obligatoire s'affirme au fil des textes successifs. Comme tout litige, le décret du 11 mars 2015 impose que les parties indiquent dans leur demande en justice les diligences opérées en vue d'un règlement amiable ⁽³⁴⁾ (CPC, art. 56 et 58). Cette obligation formelle n'est cependant pas posée à peine d'irrecevabilité comme en matière de partage (C. civ., art. 1360). La seule conséquence envisagée tient au fait que le juge peut alors proposer une conciliation, ce qu'il peut d'ores et déjà faire. L'incitation se fait de manière cependant plus énergique lorsque le juge use de son pouvoir d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur. Il ne s'agit pas d'imposer une médiation mais une rencontre au cours de laquelle le médiateur aura l'occasion de présenter sa mission. D'autres incitations plus souples sont en pratique organisées par les juridictions qui mettent en place des séances d'informations ouvertes aux dossiers présélectionnés comme potentiellement adaptés à ce mode amiable de règlement.

De l'incitation à l'obligation, il n'y a qu'un pas que le législateur a franchi en imposant la médiation familiale pour toute demande de modification de l'autorité parentale ou de l'obligation d'entretien des enfants (C. civ., art. 373-2-13) ⁽³⁵⁾. L'obligation a été expérimentée aux tribunaux de grande instance d'Arras et de Bordeaux avant que la loi J21 ne l'étende à d'autres tribunaux, annonçant ainsi une généralisation qui ne devrait tarder. En effet, les contentieux de l'après divorce sont importants et successifs. Le retour au juge révèle parfois que le jugement n'a pu résoudre le conflit sous-jacent au litige juridiquement relevant. Cette tendance vers un passage obligatoire est nette dans la loi sur la justice du XXI^e siècle. Il en est ainsi de la sanction de 50 000 € infligée à une partie qui aurait refusé un accord de manière abusive ou dilatoire dans le cadre de l'action de groupe (L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 73, al. 5). En pratique, il faut encore noter une tendance des magistrats à user de l'article 700 du Code de procédure civile comme mode d'incitation à l'amiable pour des avocats réfractaires.

17. Ce mouvement d'incitation au passage amiable s'accompagne d'une diversification des outils amiables mobilisables en droit de la famille. Ces outils sont nombreux et se combinent les uns aux autres. C'est ainsi que le processus collaboratif, comme la procédure participative, peut faire appel à un médiateur lors de la négociation lorsqu'une mise à distance des parties, par l'intervention d'un tiers impartial, s'avère nécessaire. Ils peuvent aussi se succéder les uns aux autres, car un mode amiable ne chasse pas l'autre. Il est possible en cas d'échec d'un

(31) Il s'agit de l'économie envisagée en termes de personnel judiciaire du fait du divorce sans juge.

(32) Delmas-Goyon P., « *Le juge du 21^e siècle* ». *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, 2013, Ministère de la Justice, spéc. p. 21, v. proposition n° 39 : « Généraliser des référentiels, pour les contentieux de masse et les litiges confrontant de manière réitérée le juge à des situations semblables, en matière civile, ainsi que pour les dommages-intérêts alloués en matière pénale. Ils devront être largement diffusés pour qu'ils soient accessibles au public ».

(33) V. en dernier lieu, Dondero B., « La justice prédictive, la fin de l'aléa judiciaire ? », D. 2017, p. 532 ; Garapon A., « Les enjeux de la justice prédictive », JCP G 2017, 31.

(34) D. n° 2015-282, 11 mars 2015, relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends : JO, 14 mars 2015, p. 4851.

(35) En revanche, la loi écarte désormais expressément la médiation familiale là où elle est inappropriée, c'est-à-dire en cas de violence d'un parent envers l'autre ou envers un enfant car elle est alors inadaptée (C. civ., art. 373-2-10).

processus collaboratif intenté avant saisine du juge de recourir à une médiation familiale devant le juge.

Il est intéressant de noter d'ailleurs que la création de certains outils s'est faite au sujet des litiges familiaux. Ainsi en est-il du processus collaboratif dont la particularité est de s'être déployé hors le droit. Aucun texte ne l'envisage puisqu'il ne repose que sur des chartes et des bonnes pratiques. Sa particularité tient notamment à la clause de désistement imposant aux avocats, en cas d'échec de la négociation, de ne pas représenter les parties dans une procédure subséquente. Autrement dit, l'échec de la négociation est perçu comme celui des avocats. C'est alors une autre conception de la profession qui est consacrée. L'outil a cependant les défauts de ses avantages car, se déployant hors le droit, il n'est pas pris en charge par l'aide juridique. Il n'existe pas non plus de disposition particulière concernant le délai de prescription. L'article 2234 du Code civil devrait toutefois être applicable en ce qu'il dispose que la prescription est suspendue lorsqu'une partie est empêchée en raison de la loi, de la force majeure ou de la convention. Or, la charte collaborative impose aux parties de ne pas agir en justice pendant le processus de négociation. Enfin, la question de la sanction du non-respect par l'avocat de la clause de désistement demeure.

**“ L’avocat reste contentieux
en puissance puisqu’il continue
à représenter les parties en cas d’échec
de la négociation ”**

18. La contractualisation de règlement du différend familial peut également se traduire dans une procédure participative qui présente de nombreux avantages. Le premier d'entre eux tient au fait que, dans le marché de l'amiable qui se développe, la procédure participative relève du monopole des avocats. Elle a eu les honneurs du Code civil (C. civ., art. 2062 à 2068) et prévoit non seulement la prise en charge par l'aide juridique mais aussi la suspension de la prescription (C. civ., art. 2238, al. 2) ⁽³⁶⁾. Cette procédure participative est une réelle procédure en ce sens qu'elle s'articule parfaitement avec une éventuelle procédure judiciaire. L'avocat reste contentieux en puissance puisqu'il continue à représenter les parties en cas d'échec de la négociation. En ce sens, la procédure est toujours un avantage. En cas d'accord même partiel, les parties peuvent en demander l'homologation au juge. En cas de désaccord, elles peuvent encore saisir le juge par requête conjointe avec cet avantage que la négociation aura permis une pré-mise en état de l'affaire, gage d'accélération de la procédure. Malheureusement, l'article 2067 du Code civil qui permet la procédure participative en matière de divorce et de séparation de corps dispose, qu'en cas d'échec, la procédure suivie demeurera celle de droit commun sans pouvoir bénéficier d'un circuit spécial. Une telle disposition ne laisse pas d'étonner dans la mesure où le divorce par acte d'avocats est désormais possible. Comment admettre qu'on se passe

totale du juge dans un cas et qu'on exige une procédure classique dans l'autre ? La loi J21 aurait dû tirer les conséquences des avancées en matière de déjudiciarisation du divorce dans le cadre de la procédure participative. En outre, il est évident que la procédure participative est parfaitement adaptée à une négociation en vue d'aboutir à un divorce par acte d'avocat. Les craintes suscitées par la nouveauté du texte en termes de responsabilité doivent en effet inciter les avocats à user d'une procédure sécurisée de négociation qui ne visera alors pas tant à contractualiser le règlement d'un désaccord qu'à concrétiser le règlement contractuel d'un divorce dont le principe est convenu. Les modes amiables sont en voie de construction et il serait souhaitable que le législateur s'intéresse à la coordination des textes ⁽³⁷⁾.

19. Cette procédure participative offre une opportunité extraordinaire pour la profession d'avocat de gérer autrement les différends familiaux. Elle a de plus vocation à s'étendre puisque la loi J21 en étend le champ d'application postérieurement à la saisine du juge. En effet, le constat du non-usage de cette procédure nouvelle était notamment lié à l'exigence qu'elle soit utilisée avant la saisine du juge, c'est-à-dire précisément au moment où les parties vont voir leurs avocats pour lancer les hostilités judiciaires. Le changement de culture suppose que les parties envisagent le rôle de l'avocat dans toutes ses dimensions, y compris amiables, ce qui n'est pas encore le cas. La proposition d'un traitement amiable de la résolution de différend peut encore être mal perçue. C'est pourquoi il est parfois plus habile de commencer par proposer non pas de résoudre mais de traiter le litige amiablement.

B. La contractualisation du traitement du litige

20. La liberté contractuelle en droit processuel passe aussi par la possibilité de convenir des modalités de mise en état de l'affaire. Cela n'est pas propre à la matière familiale mais lui est particulièrement adapté. La contractualisation du procès est un mouvement assez large qui date de la promulgation du nouveau Code de procédure civile dans les années 1970. Cependant, les dispositions existantes ont été peu utilisées en pratique. Ainsi en est-il de la possibilité pour les parties de lier le juge par leurs qualifications de fait et de droit (CPC, art. 12, al. 3) notamment. De plus, de nombreuses illustrations de cette contractualisation impliquent l'accord du juge (calendrier de procédure, renonciation aux plaidoiries, échanges d'écritures dans une procédure orale, etc.).

21. La loi J21 permet d'aller bien plus loin en énonçant à l'article 2063 du Code civil que la convention de procédure participative peut prévoir les éléments de nature à mettre l'affaire en état d'être jugée. La convention sert alors la mise en état de l'affaire. Dans l'attente du décret d'application, il est fait référence aux travaux de réflexion d'un groupe de travail ⁽³⁸⁾ sur l'acte de procédure d'avocats, lequel avait été suggéré lors de la commission

(36) Amrani-Mekki S., « La convention de procédure participative », D. 2010, p. 3007 et s.

(37) Amrani-Mekki S., « La codification de l'amiable », in *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile*, Puigellier C. et Pétel-Teyssié I. (dir.), 2016, Éd. Panthéon Assas, p. 97 et s.

(38) Le groupe de travail était présidé par M. Renaud Le Breton de Vanoise et composé d'une universitaire, auteur de ces lignes, ainsi que de magistrats et avocats représentant le CNB et l'association Droit et procédure.

Delmas-Goyon⁽³⁹⁾ : « L'objectif recherché est de donner aux parties et à leurs conseils la possibilité d'avoir un rôle plus actif dans le déroulement du procès civil. L'acte de procédure d'avocat est le support qui permet de donner force probante à l'accord intervenu et aux diligences accomplies (...) D'appréciables économies de temps et d'argent peuvent ainsi être réalisées par l'évitement de procédures plus formalistes et l'on peut en attendre une contribution à la diffusion de la culture des procédures négociées ».

22. Le décret d'application de la loi J21 devrait ainsi consacrer dans le Code de procédure civile la convention de procédure participative ayant pour objet la mise en état de l'affaire en prévoyant un retrait du rôle et une suspension des délais, ainsi que des dispositions spécifiques aux actes contresignés par avocats. Ceux-ci permettraient de déterminer l'objet du litige, les qualifications de fait, les actes litigieux et les points de droit auxquels les parties entendent limiter le débat. L'acte contresigné par avocats permettrait aussi de convenir des modalités de communication de pièces et des écritures, de recourir à un technicien ou de désigner un médiateur.

“ *Il ne s'agit plus de résoudre le litige à l'amiable mais de le traiter amiablement sinon aimablement* ”

Il ne s'agit plus de résoudre le litige à l'amiable mais de le traiter amiablement sinon aimablement. Il n'y a d'ailleurs rien de totalement nouveau d'un point de vue technique. La requête conjointe permet, depuis les années 1970, aux parties de délimiter ensemble la matière litigieuse, permettant ainsi de circonscrire l'objet du litige pour une procédure plus rapide. Elle ne fut cependant pas utilisée, même si la procédure participative a tenté de lui redonner vie. De même en est-il de la possibilité qui est offerte aux parties de limiter la preuve à apporter en liant le juge par les qualifications de fait et de droit, qui reprend les termes de l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile. La nouveauté réside dans ce qu'on peut qualifier de « codification promotion »⁽⁴⁰⁾ visant à provoquer le réflexe amiable dans le traitement du litige afin de restaurer la place des parties dans le procès.

23. Il s'agit en effet de redonner sens au principe dispositif. Déjà en 1997, le rapport Coulon sur quelques réflexions de procédure civile recommandait « une nouvelle logique [qui] devrait conduire à associer désormais plus étroitement les plaideurs au processus d'instruction »⁽⁴¹⁾. La

convention de procédure participative permettra ainsi aux parties de se réapproprier les termes du débat et de décider d'un commun accord du traitement de la matière litigieuse pour éviter ce qui est – que ce soit légitime ou non – perçu comme une immixtion du juge dans la détermination de la matière litigieuse⁽⁴²⁾.

Il s'agit d'externaliser sous le sceau de l'accord des parties la mise en état de l'affaire par un mode de traitement amiable du litige qui demeure à usage volontaire et à géométrie variable selon l'accord des parties. L'utilité est certaine pour le traitement des litiges familiaux. Que l'on songe à l'acte de constatation par exemple qui permettrait de constater le montant des charges supportées par les parties en évitant toute production de documents et toute contestation fastidieuse à leurs propos. Que l'on songe encore à l'acte désignant un expert qui aurait l'avantage d'éviter le temps de la désignation par le juge et de se réapproprier la détermination de sa mission et de la répartition de son coût. Avant la saisine du juge, un tel acte permettrait encore de réaliser une véritable expertise contradictoire qui ne serait pas nécessairement à compléter par une autre preuve pour permettre au juge de statuer, comme c'est le cas pour les expertises extrajudiciaires unilatérales⁽⁴³⁾. Les parties sont responsabilisées dans le traitement de leurs litiges.

24. Il faut s'inscrire dans ce que Loïc Cadiet désigne par justice plurielle⁽⁴⁴⁾ et que d'autres nomment la juridiversité c'est-à-dire le « développement de l'éventail des réponses apportées par la justice »⁽⁴⁵⁾. La distinction du judiciaire et de l'extrajudiciaire n'est plus. Le droit de la famille est en ce sens un merveilleux laboratoire des évolutions tant du droit processuel que du droit des contrats. La liberté contractuelle accordée aux parties est grandissante sous le regard prudent du juge qui ne s'immisce pas plus dans le contrat que dans les familles. Le positionnement des acteurs du droit évolue. L'avocat de la famille doit l'accompagner en élargissant le champ de ses compétences et en se saisissant des outils amiables. Cette mutation peut effrayer mais comme le disait Sénèque, « la vie ce n'est pas d'attendre que l'orage passe, c'est d'apprendre comment danser sous la pluie ».

(39) Delmas-Goyon P., « *Le juge du 21^e siècle* ». Un citoyen acteur, une équipe de justice, préc., sa proposition n° 26 le présente comme un « acte d'administration de la preuve contradictoirement accompli par les avocats des parties, nécessairement consentantes ».

(40) Amrani-Mekki S., « La codification de l'amiable », préc.

(41) Coulon J.-M., *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, 1997, La documentation française : « La solution doit en effet être recherchée ailleurs, dans une conception renouvelée de l'accusatoire, qui imposerait à chacune des parties de participer loyalement et efficacement à la procédure afin de transcender la distinction entre l'accusatoire et l'inquisitoire ».

(42) Déjà un rapport de Maître Vincent Bertha au nom de la conférence nationale des avocats avait suggéré une véritable contractualisation de la mise en état. « Le projet de la CNA d'une procédure de mise en état conventionnelle avec avocats est non seulement propre à décharger de toute la mise en état les juridictions, d'appel comme de première instance, juges et fonctionnaires de justice. À l'inverse de la procédure participative, elle est faite pour ceux qui veulent que l'effectivité de leur droit soit reconnue par le juge. Ce n'est pas un des modes alternatifs de règlement des conflits (...) Elle doit redonner aux parties la maîtrise de leur procès ».

(43) Amrani-Mekki S., « Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ? », JCP G 2012, II, 1200, propos de Cass. com., 28 sept. 2012, n° 11-18710 : « Mais attendu que si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties ».

(44) En dernier lieu, Cadiet L., *L'accès à la justice*, D. 2017, p. 522 et s.

(45) Gaboriau S., « Déjudiciarisation et administration de la justice, Promouvoir la "juridiversité" », LPA 14 juin 2012, p. 3 et s. Elle a notamment cette réflexion intéressante : « Antonin Artaud, dit-on, voulait supprimer les psychiatres pour supprimer la folie. Parfois, une impression vient à l'esprit : ne veut-on pas supprimer les juges, avec une réduction de plus en plus sévère de leurs moyens et un redécoupage restrictif du territoire judiciaire, pour supprimer les justiciables ? »

LE CONTRAT EN DROIT DE LA FAMILLE : LE CHAMP DES POSSIBLES

Liberté contractuelle et ordre public de la famille 292d1

L'essentiel

En droit de la famille, le recul de l'ordre public classique, qui était un ordre public collectif, s'est traduit par la liberté désormais laissée à chacun de choisir entre plusieurs statuts et de passer des conventions hier prohibées. Mais il s'est accompagné de l'émergence d'un ordre public individuel, construit à partir des droits fondamentaux et du principe de non-discrimination, qui permet tantôt de résister aux lois tantôt de critiquer des conventions.



Par
Michel GRIMALDI
Agrége des facultés
de droit, professeur
à l'université
Panthéon-Assas (Paris 2)

1. Commençons, suivant les bons usages, par définir les termes de notre sujet.

Du côté de la *liberté contractuelle*, les choses sont assez simples. Le nouvel article 1104 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, en donne la teneur : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat (...) ». Et le nouvel

article 1100-1, alinéa 2, suivant lequel les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats », en étend le domaine aux actes juridiques unilatéraux, si fréquents en droit de la famille : résiliation d'un pacs, reconnaissance d'un enfant, testament, renonciation à succession, etc.

Du côté de l'*ordre public*, les choses sont moins nettes. Certes, le même article 1104 en donne *in fine* la fonction, lorsqu'il avertit que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public » : il pose ainsi l'ordre public comme une limite au pouvoir des volontés individuelles. Mais il ne dit pas ce qu'il est. Or c'est un lieu commun de relever la difficulté éprouvée à le définir ⁽¹⁾. Sans doute, le plus simple est-il ici de retenir les deux acceptions usuelles que le mot « ordre » reçoit dans la langue commune :

– l'ordre, c'est d'abord une organisation, une mise en place : en cela il s'oppose au désordre ;

– l'ordre, c'est ensuite un commandement, une prescription : en cela, il se distingue du simple conseil, de la simple proposition.

Ce double sens se retrouve en effet dans la langue juridique : l'ordre public *en général* renvoie à une certaine organisation sociale et à une autorité publique qui l'impose ; l'ordre public de la famille *en particulier* évoque un aménagement des relations familiales, dans le couple ou

dans la parenté, et une autorité, nationale ou internationale, législative ou judiciaire, qui en surveille le respect. Dit autrement, l'ordre public en général et l'ordre public de la famille en particulier posent deux questions qui touchent, l'une à son contenu, l'autre à sa source.

Il nous revient donc de déterminer la part laissée aux volontés privées, unilatérales ou accordées, dans l'organisation de la famille en prenant la mesure des dispositions qui leurs sont imposées et en identifiant l'autorité qui les leur prescrit.

2. Vaste sujet, en vérité ! Le droit de la famille comprend non seulement le droit de la famille au sens strict, c'est-à-dire le droit du couple et de l'enfant (mariage, pacs, concubinage, filiation et autorité parentale), mais aussi le droit du patrimoine familial (régimes matrimoniaux ou « pacsaux » et successions). Et puis à côté du droit interne de la famille, il existe un droit international privé de la famille, fortement sollicité en cette période de mondialisation.

Or on ne saurait négliger aucun de ces volets du droit de la famille, car la question de la liberté contractuelle s'y pose semblablement : peut-on divorcer par consentement mutuel ? changer de régime matrimonial ? choisir la loi applicable à son divorce à sa succession ? Et l'on pressent que les réponses devraient aller dans le même sens, car, à peine d'incohérence, le droit du patrimoine familial doit refléter les évolutions du droit de la famille, et le droit international privé celles du droit interne.

3. Si l'on contemple le droit de la famille en son entier sous l'angle de la liberté contractuelle, deux phénomènes sautent aux yeux :

– le premier – et les termes parlent d'eux-mêmes – est la *contractualisation du droit de la famille* et un *repli corrélatif de l'ordre public*. Au fil des réformes qui, à une cadence accélérée, ont refondu tout notre droit de la famille, des conventions jadis interdites sont désormais permises (p. ex. le changement de régime matrimonial ou la désignation de la loi applicable à son éventuel divorce). Cet ordre public qui évacue ainsi le droit de la famille est un ordre public classique : d'une part, un ordre public *collectif* forgé pour la défense de l'intérêt général contre les intérêts particuliers, et qui corrélativement joue contre la liberté contractuelle ; d'autre part, un ordre public défini pour l'essentiel par la loi, et donc au niveau national ;

– le second mouvement est la forte *poussée des droits et libertés fondamentaux* consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme et dopés par la Cour de Strasbourg, spécialement du droit au respect de la vie

NDA : Le style oral de la présentation a été conservé.

(1) Catala P., « Rapport de synthèse », in *L'ordre public, Travaux de l'Association Capitant*, t. XLIX, 1998, Journées libanaise, LGDJ, p. 1.

familiale (art. 8) et du droit de propriété (art. 1, protocole n° 1), qui, combinés le cas échéant avec le principe de non-discrimination (art. 14), ont secoué tout le droit de la famille. Apparaît ainsi un nouvel ordre public, différent de l'ordre public classique. Il n'est plus collectif mais *individuel* : il assure la défense des droits individuels et non plus de l'intérêt général, des droits subjectifs et non plus du droit objectif. Au regard de la liberté contractuelle, il peut jouer en deux sens opposés : lorsque la convention est invoquée dans son effet vertical, elle peut l'être contre un État pour défendre un contrat contre une loi qui le prohibe (p. ex. le contrat de gestation pour autrui), et elle promeut alors la liberté contractuelle ; mais lorsqu'elle est invoquée dans son effet horizontal, elle peut l'être par un individu contre un autre individu pour neutraliser telle ou telle clause contractuelle, et elle limite alors la liberté contractuelle. En outre, ce nouvel ordre public est largement prétorien : les contours en sont définis par le juge européen, relayé par le juge national.

4. C'est cette double évolution que l'on se propose de mesurer et d'apprécier en considérant tour à tour le recul de l'ordre public collectif (I) et l'émergence d'un ordre public individuel (II).

I. LE RECU L D'UN ORDRE PUBLIC COLLECTIF

5. Que la famille soit la cellule de base de la société, que l'aménagement de la collectivité familiale préfigure l'ordonnement de la collectivité sociale, les codificateurs de 1804 n'en doutaient pas. Cette vision confucéenne des choses, ce rattachement partiel de la famille au droit public, traduisaient leur souci de mettre un terme à la Révolution politique et de redresser les mœurs dissolues du Consulat. À leurs yeux, la stabilité, la continuité, l'autorité dont la société a besoin devaient d'abord être assurées au sein de la famille suivant un ordre dont il n'était pas admissible que les particuliers pussent s'affranchir.

Un unique modèle de conjugalité sera proposé au couple, le mariage : hors du mariage, point de droit qui puisse être invoqué ni de famille qui puisse être constituée *de jure* (l'enfant né hors mariage est naturel, car il est fruit de l'état de nature et ne s'inscrit pas dans l'ordre civil). De ce mariage, la dissolution par divorce ne sera admise que du bout des lèvres et sera vitement engloutie, avec l'Empire, en 1816. Sur le plan patrimonial, l'immutabilité des conventions matrimoniales exclura tout retour de volonté, et, de plus, jettera la suspicion sur les donations entre époux qui, pour cette raison, seront révocables *ad nutum*, privées de toute force obligatoire, et, dans la foulée, frappées de nullité si elles sont simulées. Quant aux successions, la prohibition des pactes sur succession future interdira de modifier, autrement que par testament, l'ordre légal des successions, et la réserve héréditaire, conçue comme une forme de copropriété familiale, assurera à la ligne directe, descendante et à défaut ascendante, un droit intangible à une fraction en nature des biens héréditaires.

Cette famille-là, dont l'ordre juridique n'était pas négociable, n'est évidemment plus celle d'aujourd'hui.

6. Si l'on contemple la famille actuelle, le recul de l'ordre public sociétal revêt deux aspects : d'une part, la loi propose désormais plusieurs modèles familiaux ; d'autre part, elle permet ce qu'elle interdisait jadis. C'est ainsi à

l'ouverture de choix (A) et à la levée d'interdictions (B) que l'on constate le progrès de la liberté contractuelle.

A. L'ouverture de choix

7. Dans l'ordre interne, là où jadis la loi ne proposait au couple que le moule unique du mariage, elle lui propose désormais, depuis 1999, les trois régimes que sont, suivant un ordre croissant de densité juridique, le concubinage, le pacs et le mariage.

Cette famille « à la carte », selon l'expression de Jean Carbonnier⁽²⁾, pose deux questions :

– la première, d'ordre politique, est celle de son *opportunité*. Certains craignent que ce repli de l'ordre public familial ne contribue au repli de l'ordre social tout court, que ce pluralisme conjugal n'emporte au niveau de la famille un communautarisme que l'on dénonce par ailleurs au niveau national. Observant que, sous l'angle de la conjugalité, il existe désormais la communauté des gens mariés, celles des pacsés et celle des concubins, ils regrettent le temps où le mariage était un facteur d'intégration des couples (ce qu'il semble d'ailleurs être resté aux yeux de la communauté homosexuelle qui a revendiqué le mariage *pour tous*). On ne sait trop, là-dessus, ce que l'avenir réserve : une fusion progressive du pacs et du mariage, chacun dérivant doucement vers l'autre ; ou la cristallisation de ces deux formes de conjugalité, chacune ayant trouvé son public et sa place ;

– la seconde, d'ordre pratique, est celle de son aménagement. Elle est de savoir si ces trois modèles doivent rester distincts ou si les individus peuvent les panacher, c'est-à-dire doter celui qu'ils ont choisi de tel ou tel des effets attachés à ceux qu'ils ont repoussés. La question est très concrète : des partenaires, lorgnant sur la communauté légale, peuvent-ils adopter une indivision pacsale élargie à leurs revenus, même non investis (qui serait copiée sur la communauté réduite aux acquêts) ? ou encore stipuler l'attribution au survivant d'entre eux de l'intégralité de leurs biens indivis (empruntant ainsi à la gamme des avantages matrimoniaux) ? Certains n'y trouvent rien à redire, qui invoquent un principe de liberté des conventions conjugales : matrimoniales, pacsales ou concubinaires. D'autres y opposent la cohérence interne de chacun des régimes, qui interdirait de piocher dans chacun ce qu'il a d'avantageux pour en repousser ce qu'il a de contraignant : pour eux, la liberté des conventions matrimoniales ou l'onérosité des avantages matrimoniaux sont des corollaires de la force du mariage, dont, par suite, des partenaires, qui ont opté pour une union plus lâche, ne sauraient se prévaloir⁽³⁾.

8. Dans l'ordre international, la liberté contractuelle, comprise ici comme la liberté de choisir la loi applicable à son mariage, à son divorce, à son régime matrimonial ou à sa succession, a aussi le vent en poupe. D'abord, la *professio juris*, qui autorise ce choix, est aujourd'hui admise, non plus seulement en matière de régimes matrimoniaux, mais aussi de divorce (règl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010) et de successions (règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012). Ensuite l'ordre public international, qui restreint ce

(2) Carbonnier J., *Essais sur les lois*, 1995, Defrénois, p. 198.

(3) Sur la question, v. les travaux du 106^e Congrès des notaires de France, *Couple, patrimoine : les défis de la vie à deux*, 2010, Bordeaux.

même choix en neutralisant l'élection d'une loi étrangère contraire aux valeurs juridiques du for, s'étiole avec l'avènement d'un ordre public *atténué*, qui laisse se produire en France les effets d'une situation juridique qui n'aurait pu s'y constituer mais qui a été régulièrement créée à l'étranger (p. ex. un mariage polygamique), et surtout d'un ordre public *de proximité*, qui n'évince la loi étrangère (p. ex. celle qui ignore le divorce) que si la situation juridique entretient avec la France, à raison notamment de la nationalité ou du domicile des parties, un lien suffisamment étroit.

Toute la difficulté est de définir les limites qui bornent le libre choix de la loi applicable. Les textes qui permettent la *professio juris* n'autorisent heureusement le choix que d'une loi ayant un lien suffisant avec les intéressés : avec leur nationalité, leur domicile ou leurs biens. Mais les textes qui réservent le jeu de l'ordre public sont moins clairs et la jurisprudence encore incertaine. Une illustration en est donnée par la question, actuellement pendante devant la Cour de cassation, qui est de savoir si la réserve héréditaire relève de l'ordre public international ⁽⁴⁾. Selon la réponse que donnera la Cour, un américain installé en France trouvera ou non dans le choix de sa loi nationale, qui ignore la réserve, le moyen d'exhérer ses enfants, français et vivant en France.

B. La levée d'interdictions

9. Les exemples abondent de conventions dont la prohibition a été levée. En voici une liste, qui n'est rien moins qu'exhaustive :

- en matière de divorce, le divorce par consentement mutuel (1975), et, dans les autres cas de divorce, les accords entre époux réglant tout ou partie des suites de la séparation (2004) ou les conventions de liquidation anticipée du régime matrimonial (1975) ;
- en matière de régimes matrimoniaux, les changements de régime (1965), et, suivant la jurisprudence, les conventions par lesquelles les époux liquident leur régime autrement que selon ses règles (ils s'abstiennent de liquider les récompenses, tiennent pour commun un bien qui était propre à l'un d'eux ⁽⁵⁾ ou font carrément abstraction d'un changement de régime ⁽⁶⁾) ;
- en matière de successions, le partage amiable en présence d'un mineur ou d'un majeur protégé (1964 et 1968), la renonciation anticipée à l'action en réduction pour atteinte à la réserve (2006) ou encore le mandat à effet posthume (2006) ;
- en matière de libéralités, les donations simulées entre époux (2004), les libéralités graduelles (ex-substitutions fidéicommissaires ; 2006) et la donation-partage transgénérationnelle par laquelle un enfant laisse sa place à ses

propres enfants dans le partage anticipé d'une succession non encore ouverte (2006).

Ce recul, pour incontestable qu'il soit, connaît cependant des limites et un tempérament.

10. Les *limites*, d'abord. Elles tiennent à ce qu'il reste un noyau dur d'ordre public, sur lequel la liberté contractuelle se brise. En voici quelques exemples, parmi d'autres :

- en droit de la famille *stricto sensu*, sont nulles les conventions sur l'obligation alimentaire, les renonciations à des actions relatives à la filiation, et, surtout, les conventions de gestation pour le compte d'autrui ;
- en droit des régimes matrimoniaux, la liberté des conventions matrimoniales ne permet pas de déroger au régime primaire : ni à la solidarité des dettes ménagères, ni à la cogestion du logement de la famille (à laquelle peut être rattaché, depuis 2001, le droit intangible du conjoint survivant à se maintenir dans les lieux pendant un an) ;
- en droit des successions, les pactes par lesquels le *de cujus* aliènerait sa liberté testamentaire en disposant irrévocablement de sa succession restent strictement interdits (sauf le cas de l'institution contractuelle par contrat de mariage, qui ne se rencontre plus...). Si de nombreux pactes sur succession future ont été validés au fil des ans, il s'est toujours agi de ceux par lesquels l'héritier présomptif aliène ses droits successoraux, et non de ceux par lesquels le *de cujus* disposerait de sa succession ;
- en droit des libéralités enfin, le principe de l'irrévocabilité spéciale des donations – qui interdit les clauses par lesquelles le donateur se réserve dans l'acte, donc avec l'accord du donataire, le moyen de reprendre, directement ou indirectement, ce qu'il a donné – demeure intact, tel qu'énoncé et illustré depuis 1804 par les articles 943 à 946 du Code civil.

11. Le *tempérament*, ensuite. Lorsque la loi valide des conventions autrefois interdites, elle ne néglige pas pour autant la protection – des parties ou des tiers – qui souvent était la cause de l'interdiction abolie. Elle l'assure autrement : non plus par la prohibition, mais par le formalisme. Tantôt elle impose aux parties le conseil d'un professionnel, notaire ou avocat, en exigeant que leur convention soit, peine de nullité, portée par un acte notarié ou par un acte d'avocat. Tantôt même elle soumet leur convention au contrôle d'un juge, en suspendant ses effets à une homologation judiciaire. Voyez, pour ne citer que les innovations les plus récentes, la renonciation anticipée à l'action en réduction pour atteinte à la réserve, qui exige l'intervention de deux notaires ; le mandat à effet posthume, qui suppose l'intervention d'un notaire ; le divorce par consentement mutuel qui peut aujourd'hui intervenir sans juge mais par acte contresigné par deux avocats ; le changement de régime matrimonial ou le divorce par consentement mutuel qui, dans l'intérêt des tiers, continue parfois d'exiger une homologation judiciaire.

Simplement, on observe que ces protections ont souvent un caractère transitoire : elles tendent à s'estomper ou même à disparaître au fil du temps. Le changement de régime matrimonial et le divorce par consentement mutuel, qui à l'origine supposaient toujours une homologation du juge, ne requièrent plus en principe que le conseil du notaire ou de l'avocat ; la liquidation anticipée du régime matrimonial au cours de l'instance en divorce,

(4) La cour d'appel de Paris a répondu par la négative dans un arrêt qui a été frappé de pourvoi : CA Paris, 11 mai 2016, n° 14/26247.

Naturellement, la question ne se pose pas seulement au cas de *professio juris* : elle surgit toute les fois que la loi étrangère compétente – que ce soit comme loi de la dernière résidence du *de cujus* ou comme loi choisie par celui-ci : peu importe – ignore la réserve héréditaire. Simplement, considérée sous l'angle de la *professio juris*, elle concerne l'étendue de la liberté contractuelle (lato sensu).

(5) Cass. 1^{re} civ., 23 sept. 2015, n° 14-20168 : renonciation au caractère propre d'un bien.

(6) Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1994, n° 92-13455 : Bull. civ. I, n° 90.

qui fut d'abord soumise, pour sa validité, à l'exigence d'un acte notarié, ne l'est plus ; le partage d'une succession en présence d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, qui fut d'abord subordonné à une homologation du tribunal, ne requiert plus qu'une simple autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles (qui ne semble même plus nécessaire lorsque le mineur est sous administration légale⁽⁷⁾).

Et, naturellement, lorsque le contrôle judiciaire disparaît, le notaire ou l'avocat, qui n'est plus couvert par le juge, risque davantage de voir sa responsabilité engagée au titre de son devoir de conseil. Ainsi, depuis que le changement de régime matrimonial se fait sans juge, les notaires s'interrogent sur la responsabilité qu'ils pourraient encourir à raison de la non-conformité de la convention à l'intérêt de la famille⁽⁸⁾. Et à présent ou le divorce par consentement mutuel peut se faire sans juge, les avocats peuvent légitimement s'interroger sur la responsabilité que pourrait leur imputer un époux qui estimerait n'avoir pas été convenablement conseillé, par exemple sur le principe ou le montant de la prestation compensatoire⁽⁹⁾.

II. L'ÉMERGENCE D'UN ORDRE PUBLIC INDIVIDUEL

12. Cet ordre public individuel se construit autour des droits fondamentaux (A) et, peut-être aussi, du principe de non-discrimination (B).

A. Les droits fondamentaux

13. Les droits fondamentaux – on l'a dit (supra, n° 3) – ont pu être invoqués contre les États au soutien de la liberté contractuelle. Ils l'ont été avec un succès inégal.

C'est ainsi que la Cour de Strasbourg a, de bonne heure, condamné l'interdiction de consentir une libéralité à un enfant adultérin⁽¹⁰⁾ ou encore l'interdiction de contracter certains mariages pour cause d'inceste⁽¹¹⁾.

Mais elle vient, par un arrêt du 24 janvier dernier, rendu par sa grande chambre dans la fameuse affaire *Paradiso c/ Italie*⁽¹²⁾, de consolider la marge d'appréciation des États en matière de gestation pour autrui, plus particulièrement sur les moyens que les États, s'ils l'interdisent, peuvent mettre en œuvre pour la combattre : elle décide que le retrait de l'enfant au couple commanditaire, en vue de son adoption, ne contrevient point à la Convention, dès lors que l'enfant n'est relié à ce couple par aucun lien biologique et

qu'il lui est retiré avant qu'un lien affectif ait pu se créer. Et, dans sa motivation, elle souligne l'importance de l'intérêt général : elle énonce que « la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent » et que « l'intérêt général » prime « le désir de parentalité ». Il est permis de voir dans cet arrêt, où l'ordre public collectif contient l'ordre public individuel, une inflexion de la jurisprudence européenne.

14. Mais les droits fondamentaux peuvent aussi, comme l'ordre public classique, venir brider la liberté contractuelle. On le vérifie notamment dans les libéralités avec charges, où l'appât du gain peut conduire le gratifié à accepter une charge qui est attentatoire à ses droits et dont il cherche ensuite à se libérer. On songe aux clauses matrimoniales : aux clauses de célibat ou de viduité, qui interdisent un mariage ou un remariage ; ou aux clauses de non-divorce, qui visent à prévenir toute velléité de sortir du mariage.

Jadis le contrôle de la validité de ces clauses se faisait par le biais de la cause, c'est-à-dire par l'inspection des mobiles du donateur ou du testateur⁽¹³⁾. La clause de célibat ou de viduité était valable si le disposant avait obéi à de nobles préoccupations, s'il avait entendu protéger le gratifié, enrichi par la libéralité, de convoitises honteuses, ou prévenir l'exposition d'enfants communs à l'autorité d'un parâtre ou d'une marâtre ; mais elle était nulle, s'il avait obéi à un sentiment égoïste de jalousie posthume ou à un sentiment honteux de haine raciale ou encore à un sentiment de rancœur envers un enfant dont il voulait empêcher la légitimation par mariage. Cette analyse classique se trouve encore dans un arrêt du 13 décembre 2005, par lequel la Cour de cassation valide la clause de non-divorce apposée à une donation de biens à venir entre époux, motif pris qu'elle « n'était pas inspirée par le désir de l'époux d'empêcher sa femme de divorcer »⁽¹⁴⁾.

À présent, le contrôle tend à se faire autrement : par l'examen, non plus des mobiles du disposant, mais de l'objet et de la portée de la clause. Plus précisément, la clause peut succomber à raison de la nature du droit, dit fondamental, dont elle entrave l'exercice et de l'importance de l'atteinte qu'elle y porte.

Une première illustration en est donnée par la clause de non-divorce apposée, cette fois, à une donation de biens présents. Par un arrêt du 14 mars 2012, la Cour de cassation l'a mise hors la loi, par ce seul motif, non explicité, que le texte qui en prévoit le maintien (C. civ., art. 265) est

(7) C'est ce qui semble résulter du nouvel article 387-1 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 : le partage n'y est pas mentionné parmi les actes soumis à autorisation du juge des tutelles.

(8) L'article 1397 du Code civil vise toujours un changement de régime matrimonial « dans l'intérêt de la famille ».

(9) Pas de frayeur excessive cependant ! L'avocat n'est pas responsable du divorce décidé par les époux pas plus que des suites que ceux-ci sont convenus de lui donner. Simplement, il doit, d'une part, veiller à la validité et à l'efficacité de la convention pour laquelle son assistance est requise, et, d'autre part, éclairer le consentement des époux afin que ceux-ci ne s'engagent qu'en parfaite connaissance de leurs droits.

(10) CEDH, 1^{re} févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*.

(11) CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni* : inconstitutionnalité d'une interdiction de mariage entre alliés ; CEDH, 12 avr. 2012, n° 43547/08, *Stübing c/ Allemagne* : conventionnalité de l'interdiction du mariage entre frères et sœurs.

(12) CEDH, gde ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12.

(13) Terré F., Lequette Y. et Gaudemet S., *Les successions, Les libéralités*, 4^e éd., 2013, Dalloz, n° 355, avec les références ; Grimaldi M., *Libéralités, Partages d'ascendants*, 2000, Litec, n° 1254, avec les références.

(14) Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2005, n° 02-14135 : Bull. civ. I, n° 491 ; RTD civ. 2006, p. 543, obs. Hauser J. ; Defrénois 30 mai 2006, n° 38396, p. 836, note Peterka N. Cette jurisprudence a évidemment perdu beaucoup de son intérêt depuis la réforme du divorce réalisée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, puisque, désormais, les donations de biens à venir sont révoquées de plein droit en cas de divorce (C. civ., art. 265). Elle en conserve néanmoins dans la mesure où souvent la clause vise, non pas seulement le prononcé du divorce, mais aussi l'introduction d'une action en divorce. Rapp. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n° 11-14662 : clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie jugée licite dès lors qu'il n'est pas établi que le souscripteur ait voulu déshériter sa fille en raison de son mariage avec un homme noir.

impératif ⁽¹⁵⁾. Pour indigente qu'elle soit, cette motivation révèle une complète indifférence aux mobiles qui ont inspiré le donateur, et permet de penser que le vice de la clause est dans l'atteinte indirecte qu'elle porte au droit de divorcer : droit qui, certes, n'a pas été élevé au rang d'un droit fondamental protégé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, mais auquel la Cour de cassation reconnaît néanmoins une valeur particulière, puisqu'elle lui accorde la protection de l'ordre public international de proximité ⁽¹⁶⁾.

Une seconde illustration, plus nette, est donnée par les clauses pénales usuellement apposées aux donations-partages et testaments-partages, où elles sanctionnent l'héritier qui viendrait à attaquer la libéralité-partage ou qui manquerait à l'une des obligations que celle-ci met à sa charge. Suivant une jurisprudence séculaire, la clause était valable si elle comportait une disposition licite ou entachée d'une irrégularité ne portant atteinte qu'à des intérêts privés, elle était nulle si elle venait en soutien d'une disposition contraire à l'ordre public ⁽¹⁷⁾. Or, dans deux arrêts rendus par la Cour de cassation les 16 décembre 2015 et 31 mars 2016, le contrôle de la validité de la clause se fait autrement : à l'aune des droits fondamentaux. Dans le premier, la Cour juge qu'une clause pénale sanctionnant l'héritier qui attaquerait la donation-partage pour quelque cause que ce soit n'est valable que si elle ne porte pas une atteinte excessive au droit d'agir en justice, garanti par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne ⁽¹⁸⁾ ; dans le second, elle décide qu'une clause pénale frappant l'héritier qui demanderait le partage judiciaire des biens non compris dans le testament-partage doit être réputée non écrite si elle porte une atteinte excessive au droit de demander le partage, qu'elle qualifie de droit « absolu » ⁽¹⁹⁾, et que, par ailleurs, le Conseil constitutionnel a placé sous la protection de la Constitution ⁽²⁰⁾.

15. Cette évolution appelle deux remarques :

– d'abord, on y voit mis en œuvre, une nouvelle fois, le principe de proportionnalité, dont la Cour de cassation semble abandonner l'application aux juges du fond, qu'elle dit souverains appréciateurs de l'excès. Une certaine incertitude s'attache fatalement à une telle appréciation, mais qui n'est pas, somme toute, plus grande que celle qui plane sur la détection et l'appréciation des mobiles du disposant ;

– ensuite, on voit très clairement ici comment s'opère le passage d'un ordre public collectif à un ordre public individuel. Tant que l'on se situe du côté des mobiles du disposant, on sanctionne une volonté jugée perturbatrice

de l'ordre social. Lorsque l'on se place sur le terrain des droits fondamentaux du donataire ou du légataire, on sanctionne une volonté attentatoire à la sphère individuelle du gratifié. La perspective est autre.

B. Le principe de non-discrimination

16. La question, fort délicate, est de savoir si une libéralité peut être critiquée au motif qu'elle procéderait d'une préférence interdite : le testateur préfère son garçon à sa fille, son enfant légitime à son enfant naturel ou encore son enfant marié à son enfant pacsé...

Une jurisprudence s'est dessinée en ce sens au niveau européen. Un arrêt de la CEDH qui fit grand bruit, rendu le 13 juillet 2004 ⁽²¹⁾, condamne la principauté d'Andorre dont les juges avaient interprété un testament en un sens qui conduisait à en réserver le bénéfice à un enfant du sang, et donc à en exclure un enfant adopté. Certes, ce qui est ainsi condamné, ce n'est pas directement la disposition testamentaire, c'est l'interprétation judiciaire qui en est donnée. Mais la distinction n'est rien moins qu'évidente...

17. Il serait dangereux de persévérer dans cette voie. Car, pour sanctionner des mobiles discriminatoires, encore faut-il réussir à les identifier : être sûr que si la fille à moins reçu que le garçon, parce qu'elle est une fille (discrimination prohibée), et non parce qu'elle est une enfant moins affectueuse que le garçon (préférence permise). On voit déjà les difficultés de la recherche. Carbonnier avait émis l'idée que l'on pourrait obliger les testateurs à livrer la cause de leurs dispositions ⁽²²⁾. Mais, outre que la paix des familles pourrait pâtir de cette transparence, certains disposants, sans doute, auraient tôt fait de mentir sur la raison de leur préférence...

18. Loin d'être toujours linéaire, l'évolution du droit est souvent pendulaire ou circulaire. Il n'est donc pas certain que le déclin de l'ordre public collectif et la montée de l'ordre public individuel soient inexorables : le mouvement pourrait s'inverser. Les textes sont là qui permettraient un sursaut de l'intérêt général : la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, dont l'article 16 continue d'affirmer que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État » ; la loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 sur la famille, dont l'article 1^{er} proclame avec fougue que « la famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société » et que « c'est sur elle que repose l'avenir de la nation. » Et l'accent que la Cour de Strasbourg a placé sur l'intérêt général dans son tout récent arrêt, déjà signalé, rendu le 24 janvier 2017 en matière de gestation pour autrui ⁽²³⁾ mérite une attention particulière.

Simplement, cette inversion supposerait l'émergence de valeurs partagées ou tolérées, et aussi l'acceptation de compromis, de sorte que chacun consentirait à se soumettre par avance à une règle ayant fait la part des intérêts individuels et renoncerait à revendiquer des droits fondamentaux qui s'entrechoquent et entre lesquels il revient finalement au juge d'arbitrer. Ce ne serait que fidélité à la tradition de notre droit continental.

(15) Cass. 1^{re} civ., 14 mars 2012, n° 11-13791 : Bull. civ. I, n° 56 ; JCP G 2012, 607, obs. Brenner C. ; RTD civ. 2012, 300, obs. Hauser J. ; RTD civ. 2012, 357, obs. Grimaldi M.

V. aussi : Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2012, n° 10-17365 : Bull. civ. I, n° 243, clause testamentaire restrictive de la liberté de religion.

(16) Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 1981, n° 79-13959 : Bull. civ. I, n° 117 ; JDI 1981, p. 313, note Alexandre D. : éviction de la loi étrangère dont l'application interdirait le divorce à un français domicilié en France.

(17) Terré F., Lequette Y. et Gaudemet S., *Les successions, Les libéralités*, 4^e éd., 2013, Dalloz, n° 404 ; Malaurie P. et Brenner C., *Les successions, Les libéralités*, 6^e éd., 2014, Lextenso, n° 533 ; Grimaldi M., *Libéralités, Partages d'ascendants*, 2000, Litec, n° 1476.

(18) Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29285.

(19) Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-13312.

(20) Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, décision sur le pacs.

(21) CEDH, 13 juill. 2004, n° 69498/01, Pla et Puncernau c/ Andorre.

(22) Carbonnier J., *La réforme des liquidations successoriales*, 3^e éd., 1982, Defrénois, préf. à Catala P., p. 14.

(23) CEDH, gde ch., 24 janv. 2017, n° 25358/12, préc. note 12.

DISCOURS OFFICIELS DE LA 13^E ÉDITION DES ÉTATS GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Discours du président du Conseil national des barreaux 291x2

L'essentiel

Le président du Conseil national des barreaux, Pascal Eydoux, s'adresse ici tant aux avocats qu'au ministre de la Justice présent pour ces 13^{es} États généraux du droit de la famille et du patrimoine, afin de rappeler la place des avocats dans le nouveau divorce par consentement mutuel issu de la réforme *Justice 21*.



Par
Pascal Eydoux
Président du Conseil
national des barreaux,
ancien bâtonnier de
Grenoble, avocat au
barreau de Grenoble,
ancien président de
la Conférence des
bâtonniers

Monsieur le garde des Sceaux, ministre de la Justice, Madame la directrice des affaires civiles et du Sceau, Mesdames et Messieurs les bâtonniers, Mesdames et Messieurs les professeurs, chers confrères, distingués invités, c'est un honneur et un plaisir de vous accueillir pour l'ouverture des États généraux du droit de la famille et du patrimoine. Soyez remerciés pour votre présence.

Monsieur le garde des Sceaux, Nous mesurons à sa juste valeur le temps que vous prenez pour venir rencontrer les avocats et échanger

avec eux. Je ne trahirai aucun secret en disant que depuis votre arrivée place Vendôme notre dialogue est franc, ouvert et constructif. Nous n'avons évité ni esquivé aucun sujet, y compris celui, délicat, de la réforme de l'aide juridictionnelle. Et nous vous avons trouvé ferme et résolu sur la réforme du divorce par consentement mutuel introduite par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite loi J21.

Tous les ans depuis 2005, le barreau de famille se retrouve à l'occasion des États généraux du droit de la famille et du patrimoine. Nous sommes toujours aussi nombreux pour nous former au droit de la famille – 1 800 cette année, pour proposer des évolutions juridiques, pour appréhender les transformations sociologiques et leurs conséquences pour nos concitoyens ainsi que sur notre exercice professionnel.

Les praticiens du droit de la famille, porteurs d'une identité et d'une unité très fortes, sont tournés vers un objectif : se former, étendre et affiner leurs compétences afin d'offrir au public le meilleur service sur toutes les questions liées au droit de la famille.

Cette année, plus que toute autre peut-être depuis la création de ce rendez-vous essentiel, nous sommes rattrapés par l'actualité avec la mise en place de la réforme du divorce par consentement mutuel issue de la loi J21.

On ne pouvait donc espérer meilleur moment pour tenir la 13^e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine !

Disons-le d'emblée : la réforme du divorce par consentement mutuel est une bonne réforme. Vous avez su, Monsieur le ministre de la Justice, avancer sur cette question délicate et faire avec le législateur œuvre utile et des choix importants dont je tiens à vous remercier.

Cette réforme est importante et bonne en ce qu'elle ne sacrifie pas la sécurité des personnes à la simplification de la procédure.

En effet, le retrait du juge est contrebalancé par l'obligation faite aux époux souhaitant divorcer de prendre chacun un avocat. Cet avocat, représentant les intérêts de son seul client, va garantir que son consentement à la convention de divorce est éclairé et libre, car dépourvu de toute pression. Le dialogue lié à la présence de deux avocats permet d'atteindre l'équilibre entre les parties. Les conflits d'intérêts sont évités. La sécurité de chaque époux est préservée. L'ordre public est respecté.

C'est aussi la recherche de cette sécurité qui a conduit le législateur à prévoir que lorsqu'un enfant mineur capable de discernement exercera son droit à être entendu par un juge aux affaires familiales, le divorce par consentement mutuel deviendra judiciaire et la convention établie par les époux sera soumise à l'homologation de ce juge.

Ce nouveau divorce est ainsi plus protecteur des intérêts de tous.

La procédure s'achève par le dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire afin de lui conférer date certaine et force exécutoire. C'est à compter de ce moment que le divorce sera effectif.

Cette nouvelle procédure repose sur l'acte d'avocat qui a été consacré par le législateur en 2011 et intégré dans le Code civil en 2016 en son article 1374.

Nous allons ainsi continuer à développer le recours à l'acte d'avocats, y compris dans sa version électronique. Cet instrument simple et parfaitement sécurisé est idéalement adapté pour la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel. Chaque avocat doit profiter des sessions de formation à l'e-acte d'avocat que le Conseil national des barreaux organise. C'est essentiel pour notre pratique et pour notre lien de confiance avec le public !

Le rôle dévolu à l'avocat dans la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel montre la confiance que l'État manifeste envers notre profession :

- pour garantir la sécurité juridique du public ;
- pour rédiger des actes respectueux du droit et de l'ordre public, équilibrés et garantissant les droits des parties ;
- pour conseiller et éclairer les parties préalablement à l'acte d'avocats qu'elles vont signer ;

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

- pour s’assurer du plein consentement, libre et éclairé, de l’époux qu’ils assistent ;

- pour rappeler que les enfants doivent être informés par les parents de leur droit à être entendus par un juge.

En contrepartie de cette confiance, les avocats répondent à la demande de droit et garantissent la sécurité juridique des actes qu’ils élaborent et signent avec leurs clients.

Jusque-là, tout est simple et facile.

C’était sans compter sur le notariat qui s’est mis en tête de critiquer violemment la mise en œuvre de cette procédure ainsi que la profession d’avocat et la qualité de notre travail. C’est indigne et inacceptable.

Les avocats n’ont pas l’habitude de se dérober lorsqu’il y a un débat, surtout s’il est contradictoire. Encore faut-il qu’il soit mené de bonne foi et honnêtement. C’est loin d’être le cas en ce qui concerne le nouveau divorce par consentement mutuel.

À de multiples occasions, les représentants du notariat ont exprimé leur volonté d’exercer un contrôle des actes élaborés par les avocats au motif que les conventions pourraient être « déséquilibrées », « non conformes à la législation » ou qu’elles « heurteraient l’ordre public ».

Le président du Conseil supérieur du notariat a ajouté que le notaire est « l’unique représentant » de l’État et son « bras armé » pour « contrôler l’ordre public » en matière de divorce sans juge. Au prétexte d’assurer « une sécurité juridique parfaite » des conventions de divorce, il a annoncé l’intention des notaires de convoquer les époux divorçant après la signature de la convention et avant son enregistrement.

Bref, les notaires voudraient prendre la place des juges et exercer un contrôle substantiel des actes des avocats avant leur enregistrement.

De telles interprétations de la loi et de telles pratiques ne sont pas acceptables et, cela ne surprendra personne, n’ont aucun fondement juridique.

Jamais le législateur n’entend ni ne sous-entend un quelconque contrôle substantiel du notaire sur la convention de divorce rédigée par deux avocats.

Si la protection des époux et de l’ordre public, qui demeure nécessaire au moment de la dissolution du mariage, ne passe plus par l’intervention de l’autorité publique, elle ne passe pas non plus par celle du notaire.

Ce dernier ne peut pas prétendre contrôler le consentement des parties, préserver leurs intérêts et les auditionner.

Le contrôle de l’accord de divorce auparavant opéré par le juge est maintenant confié aux avocats qui s’assurent de la réalité de la volonté des époux, de la qualité de leur consentement ainsi que de la préservation des intérêts en cause. Le législateur a bien confié la protection des intérêts des parties et de l’ordre public aux avocats qui rédigent l’accord de divorce et le contresignent.

La loi a clairement exclu tout contrôle substantiel de cette convention par le notaire en ne prévoyant pas l’homologation de la convention de divorce, et en lui confiant un contrôle purement formel de la validité de l’accord au moment du dépôt de l’acte au rang de ses minutes.

Le législateur a ainsi écarté la solution de l’authentification de l’accord des époux. C’est une autre manière de dire que le notaire n’est pas appelé à contrôler le contenu d’un acte qu’il n’a pas rédigé et à la conception duquel il est exclu qu’il participe.

Par le devoir de conseil et d’efficacité, identique à celui du notaire, qui pèse sur eux en tant que rédacteurs d’actes, les avocats opèrent de manière effective le contrôle substantiel autrefois dévolu au juge. C’est aussi cela qui est impliqué par le recours à l’acte d’avocats !

On peut donc tourner les choses comme on veut, jamais le Parlement ne dit que le notaire devrait pouvoir se substituer au juge qui a disparu de la procédure.

Le notaire n’est pas un juge ni un magistrat, fût-ce de l’amiable – idée qui, soit dit entre nous, n’a pas de sens. Il ne remplace pas le juge. Ce n’est pas sa mission. Ce n’est pas sa fonction d’officier public. Dans ces conditions, il ne contrôle pas le consentement des parties ni l’équilibre de la convention, ces missions étant assurées par les avocats. Ni les parties, ni les avocats ne se présentent devant lui.

Les choses sont donc simples et les missions clairement définies et réparties par la loi :

- aux avocats de négocier et de rédiger la convention de divorce ainsi que de contrôler la validité du consentement ;
- aux notaires d’enregistrer la convention.

Le Parlement a voté la loi. Cette loi est celle de la République. Chacun doit s’y conformer telle qu’elle est écrite et non telle qu’on rêverait qu’elle le fût.

Si la pratique devait montrer un comportement portant atteinte à la volonté du législateur et à la répartition des rôles qu’il a clairement opérée, nous agissons avec détermination afin d’obtenir la force exécutoire attachée aux actes d’avocats. Nous sommes d’une sérénité et d’une détermination absolues.

Monsieur le garde des Sceaux, entendez-moi bien. Nous ne vous demandons aujourd’hui aucun arbitrage. Votre position a toujours été claire et publique, rappelant à chaque professionnel la nature de sa fonction et de sa mission dans le cadre de la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel.

Que l’on me comprenne bien et que l’on écoute la voix des avocats.

Nous ne sommes pas en guerre contre les notaires. Le raccourci facile attaché à ce vocabulaire largement utilisé dans les médias ne dit rien de la réalité de l’action des avocats.

Si nous nous battons, ce n’est pas contre une profession ou ses membres, mais pour les personnes physiques et les acteurs économiques, pour leur sécurité juridique et celle de leurs projets de vie et de leurs projets professionnels, pour leur accès au droit, pour la garantie du respect de leurs droits et de leurs libertés.

Nous sommes chaque jour à leurs côtés parce que c’est l’essence de notre être et de notre mission d’avocat, parce que l’État nous fait confiance et nous charge d’agir en notre qualité non pas seulement d’auxiliaires de justice, mais surtout de partenaires de justice responsables et soumis à une déontologie exigeante et sanctionnée.

Nous sommes ainsi aux côtés de nos clients en tant que professionnels du contrat et des actes juridiques écrits.

En effet, nous ne sommes plus dans un modèle dans lequel la loi, ou plus généralement la norme juridique, est l'apanage de l'État. Nous sommes entrés dans un modèle dans lequel la règle est de plus en plus celle du contrat. Le droit ne s'exprime plus uniquement dans un rapport vertical descendant de l'État vers les citoyens et les sujets de droit. Le droit est marqué par une forte « horizontalisation » où le contrat devient la norme centrale pour les personnes physiques et morales. Nous passons ainsi à un modèle de société contractuelle dans laquelle les avocats y ont une place centrale en tant que professionnels du contrat. L'avocat crée la loi en créant le contrat.

Cela est particulièrement vrai avec la nouvelle procédure du divorce par consentement mutuel créée par la loi *J21*.

Dans cette perspective, l'acte d'avocats est un instrument essentiel pour notre pratique professionnelle.

Nous ne craignons rien ni personne.

Pour la simple et bonne raison que nous sommes maîtres de notre avenir, de notre développement, de notre positionnement en tant que leader en matière de prestation de services juridiques.

À nous de saisir les opportunités que nous offre le législateur avec la loi *J21*, avec la loi *Macron* n° 2015-990 du 6 août 2015 par exemple.

Faisons évoluer nos pratiques, notre exercice professionnel, nos modèles économiques, nos méthodes de travail !

Vous pouvez compter sur le Conseil national des barreaux pour avancer et créer les conditions de notre progrès individuel et collectif.



© P. Cluzeau

DISCOURS OFFICIELS DE LA 13^E ÉDITION DES ÉTATS GÉNÉRAUX
DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Discours du garde des Sceaux, ministre de la Justice 291x4

L'essentiel

Ces 13^{es} États généraux du droit de la famille et du patrimoine ont été l'occasion pour le garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas de présenter le sens des réformes conduites dans le domaine du droit de la famille.



Par
Jean-Jacques Urvoas
Garde des Sceaux,
ministre de la Justice

Je vous remercie de votre invitation. Merci de me permettre de vous présenter le sens des réformes conduites dans le domaine du droit de la famille.

Et dont beaucoup vont faire l'objet de travaux dans le cadre de ces États généraux.

Nous le constatons tous les jours, les feux des projecteurs médiatiques illuminent toujours la justice pénale.

Rares aussi sont d'ailleurs les programmes des candi-

dates à l'élection présidentielle qui abordent les enjeux et les problématiques de la justice civile.

Et pourtant, dans une vie :

- un citoyen a peu de risque de croiser la justice pénale ;
- alors qu'il a toutes les raisons de faire appel à la justice civile.

Un problème de loyers, un souci avec un contrat, une difficulté de licenciement, une situation de surendettement, une volonté de divorce.

Oserais-je rappeler qu'annuellement les juridictions pénales rendent 1,2 millions de décisions, tandis que les juridictions civiles en prononcent plus de 2,6 millions ?

C'est pourquoi dès mon arrivée place Vendôme, j'ai attaché une importance particulière à la justice civile.

Je suis en effet convaincu que, si la justice du quotidien repose sur plusieurs piliers, le juge n'en est qu'un.

La justice civile est avant tout la chose des parties.

C'est une forme de bon sens.

Chacun doit veiller à ses intérêts.

Et en même temps, chacun doit faire en sorte de les concilier avec ceux des autres parties prenantes.

Et l'instrument privilégié de la gestion de ces intérêts, c'est bien sûr, l'accord, sinon le contrat, qu'évoque le titre de ces États généraux.

Néanmoins, la justice ne se réalise que si cet accord est libre et éclairé.

C'est ici qu'intervient le deuxième pilier de la justice du quotidien : les professionnels du droit, et notamment les avocats.

Lorsque vous conseillez les parties, lorsque vous les représentez si nécessaire, vous assurez les conditions d'une

expression équilibrée des différents intérêts, grâce à votre expertise.

La voie de leur conciliation équitable se trouve ainsi pleinement ouverte.

Toutefois, ce règlement conventionnel des intérêts réciproques n'est pas toujours possible.

Alors, s'il apparaît un différend que la concertation ne permet pas d'empêcher ou de résoudre, le juge, dernier pilier, doit intervenir, pour le trancher.

Introduit dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite loi J21, et fruit d'un constat, le nouveau divorce par consentement mutuel est particulièrement représentatif de cette philosophie.

Quel est-il ?

Le constat, ce sont des divorces par consentement mutuel pour lesquels l'intervention du juge se réduisait dans l'immense majorité des cas à une simple homologation.

Pour une raison simple : l'accord des parties.

Le constat, ce sont des juges épuisés par l'embouteillage des dossiers.

Le divorce par consentement mutuel représente, rappelons-le, 55,5 % des divorces en 2015, soit 67 875 dossiers.

Pourquoi alors continuer à prévoir l'intervention du juge, si l'accord des parties suffit à parvenir au divorce et au règlement de ses conséquences ?

Mieux valait permettre au juge de se recentrer sur sa mission essentielle et renforcer les conditions de conclusion de l'accord.

Au profit des dossiers contentieux, qui attendent plusieurs années en moyenne pour être tranchés. Nous avons donc choisi de déjudiciariser le divorce par consentement mutuel.

Cette mesure est applicable depuis le 1^{er} janvier 2017.

Elle devrait correspondre à la quasi-totalité des divorces par consentement mutuel.

C'est-à-dire tous ceux où il n'y a pas d'audition d'enfant.

Naturellement, les tribunaux saisis de conventions avant cette date restent compétents pour les homologuer.

J'ai d'ailleurs appris que beaucoup avaient été audiencés en décembre.

On me parle de plusieurs mois de stocks.

S'il s'agit de dossiers achevés et réalisés avec un avocat unique, je comprends la démarche.

S'il s'agit de la manifestation d'une crainte, face à cette simplification, il ne faut pas craindre l'effacement du juge.

Le juge tranche des litiges, en disant le droit.

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

Il n'est pas le tuteur des individus, le conservateur de leurs intérêts.

Lorsque les époux consentent à leur divorce, et que leurs volontés concordent sur le règlement de ses conséquences, pourquoi leur imposer la tutelle d'un tiers, dont l'arbitrage n'est pas requis ?

Mieux vaut s'attacher aux conditions de formation de l'accord, pour s'assurer qu'elles sont pleinement satisfaisantes.

C'est ce que nous avons fait.

Les époux seront mieux protégés, en particulier la personne la plus faible, que ce soit financièrement ou psychologiquement, par le fait que deux avocats au lieu d'un soient présents.

Il en va de même de l'enfant. Ce sont les époux qui sont dotés de l'autorité parentale. Ce sont eux qui doivent s'assurer de son intérêt.

En revanche, le juge doit pouvoir l'entendre, si l'enfant en exprime le besoin.

C'est ce que nous avons prévu, en imposant aux parents, dont c'est la charge, de l'informer de ce droit.

Et il appartiendra aux avocats de s'en assurer.

Car ce nouveau divorce est de la responsabilité des avocats.

La lettre de la loi est claire, les rôles de chacun sont bien définis.

C'est pourquoi j'invite les uns et les autres à ne pas poursuivre dans des débats stériles.

Dans l'intérêt de nos concitoyens, avocats et notaires doivent travailler ensemble, chacun dans la fonction qui est la sienne, ainsi que la loi les définit.

C'est vous qui rédigez la convention de divorce.

Vous, qui conseillez vos clients sur le contenu de celle-ci.

C'est vous qui vous assurez que leurs intérêts sont bien représentés, que leur consentement est libre et éclairé. Même si le divorce ne sera entièrement réalisé qu'une fois enregistré au rang des minutes d'un notaire, lorsqu'il sera opposable et exécutoire, c'est cette convention qui lui donne toute sa substance.

C'est une marque de confiance à l'égard de votre profession. Et l'acte d'avocat y trouve ainsi une nouvelle manifestation, puisque la loi J21 permet désormais de conclure cette convention, y compris après le début d'une instance. J'en profite pour vous indiquer que le décret organisant cette nouvelle modalité sera prochainement publié.

Si les décisions peuvent être prises ensemble, négociées, et donc mieux acceptées avec l'aide des avocats, alors ceux-ci auront fait œuvre d'une justice apaisée.

Je viens de le dire : la déjudiciarisation ne signifie pas pour autant un désintérêt du juge, bien au contraire.

Il restera présent dans les divorces contentieux.

Le temps d'audiencement gagné permettra même de renforcer les moyens mis sur ces contentieux qui pèsent sur les familles.

L'intervention du juge a même été renforcée dans l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.

En effet, elle prévoit que le juge du divorce peut directement se saisir de la liquidation de la communauté et du partage, sans se contenter de renvoyer d'abord à un notaire, si les parties démontrent qu'elles ne pourront s'entendre sur un partage amiable.

En insérant cette disposition, j'agis pour améliorer toujours plus le service public de la justice !

Le divorce n'est pas la seule réforme du droit de la famille qui va dans le sens d'une justice plus négociée, et je peux même dire contractualisée, au regard du thème de ces États généraux.

Sans vous réciter un poème à la Prévert, je rappellerais simplement qu'il y a aussi :

– l'agence pour le recouvrement des impayés de pensions alimentaires, lancée par ma collègue, Laurence Rossignol, vendredi dernier.

Elle a été créée par la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.

Elle permet d'ores et déjà :

- de faciliter le recouvrement des pensions alimentaires,
- d'opérer une intermédiation en présence de violences, sur décision du juge aux affaires familiales, dans le versement de la pension entre le débiteur de celle-ci et son créancier, afin de limiter les contacts à l'occasion d'un évènement particulièrement conflictuel ;

– les homologations des accords parentaux hors et post divorce se feront désormais sans audience.

Un décret est paru le 29 décembre dernier pour le prévoir (D. n° 2016-1906, 28 déc. 2016), comme je m'y étais engagé au banc, lors des débats de la loi J21 ;

– le rôle des avocats, et de l'acte d'avocat, va également être renforcé dans le cadre de la médiation familiale obligatoire.

L'expérimentation menée à Arras et à Bordeaux avait donné des résultats positifs : concernant le soulagement des juridictions et l'apaisement des conflits en matière familiale.

Évidemment, cette expérience n'était pas assez conclusive pour une généralisation immédiate.

La loi J21 a prévu en conséquence une expérimentation de cette médiation familiale systématique avant toute saisine du juge des affaires familiales.

Et je sais que vous y êtes attachés.

Ainsi, je désignerai dans un prochain arrêté une dizaine de juridictions pour conduire cette expérimentation.

Y sera expérimentée la fixation d'une médiation préalable systématique pour toute demande de modification d'une décision initiale.

Elle portera sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ou pour les révisions de conventions homologuées par le juge.

Cependant, il y aura une exception au caractère systématique en cas de motif légitime, notamment dans le cas où il y aurait eu des violences ;

– enfin, pour ce qui est des perspectives en matière de tutelles, nous avons simplifié le régime de l'administration légale s'agissant des mineurs.

L'idée est de réserver l'autorisation systématique du juge des tutelles aux seuls actes qui pourraient affecter de manière grave, substantielle et définitive le patrimoine du mineur.

Et nous limitons les contrôles aux situations à risque ;

– d'autres mesures vont alléger la charge du juge des tutelles. C'est le cas de l'habilitation familiale : ce dispositif permet de désigner un membre de la famille pour prendre certaines mesures spécifiques qu'une personne devenue incapable n'a pas pu anticiper.

Cela repose sur une implication des proches et se fait sans aucun contrôle des comptes, étant donnée la ponctualité de la mesure et des enjeux patrimoniaux et familiaux réduits.

Par ailleurs, un registre des mandats de protection future, instauré par la loi d'adaptation de la société au vieillissement du 29 décembre 2015, va voir le jour dans les prochains mois.

Cela facilitera le travail du juge des tutelles, qui pourra se référer aux volontés de la personne devenue en incapacité

d'exprimer sa volonté, pour désigner un éventuel tuteur ou curateur ;

– enfin, une expérimentation en cours permet de déléguer le contrôle des comptes des tutelles à des professionnels du chiffre en lieu et place des greffiers en chef.

C'est l'acte II de la déjudiciarisation des affaires familiales.

Des propositions nouvelles émaneront sans doute de vos travaux.

J'y suis toujours attentif.

Soyez présents à ce rendez-vous crucial avec la société : elle a besoin de vous !

L'avocat est un pilier de la justice du quotidien ; son intervention est une garantie de la protection des intérêts de chacun.

Voltaire le disait : « Être avocat, c'est le plus bel état du monde » !

Aujourd'hui, avec toutes les responsabilités qui vous sont données, cela est encore plus vrai !



“ Organisation, déontologie, secret professionnel, rémunération, responsabilité, discipline... le guide pratique indispensable à l'exercice de la profession d'avocat ”

Disponible
sur

Librairie
lgdj.fr
www.lgdj.fr

Le nouveau divorce par consentement mutuel 292a5

L'essentiel

Devant l'enthousiasme des participants des 13^{es} États généraux du droit de la famille et du patrimoine pour l'atelier consacré au nouveau divorce par consentement mutuel, celui-ci a été transformé en une séance plénière particulièrement riche.

Par

Béatrice Weiss-Gout
Avocat au barreau de Paris, BWG Associés, ancien membre du Conseil national des barreaux

Stéphanie TRAVADE-LANNOY

Avocat au barreau de Paris, associé, BWG Associés

Claude LIENHARD
Professeur à l'université de Haute-Alsace, avocat au barreau de Strasbourg

et **Stéphane DAVID**
Notaire associé à Meudon, maître de conférences à l'université Paris Est, expert judiciaire en liquidations et partages près la cour d'appel de Paris

Béatrice Weiss-Gout

Bonsoir à tous ! S'agissant d'un atelier très politique, je voudrais vous rassurer : nous sommes dans la perspective de tout ce qui a été dit ce matin et nous voulons vous faire mesurer ce que cette nouvelle aventure propose, à vous, un barreau de famille formidable ; avant que ces États généraux ne soient créés, on disait beaucoup que le divorce, ce n'était rien, c'était fait pour les assistantes sociales. On nous dit aujourd'hui que cette réforme est très simple : On a simplement supprimé un juge qui homologuait 99 % de nos accords. Mais notre barreau de famille refuse de rester sur

les apparences, et, comme pour la précédente réforme, a décidé de travailler pour en mesurer toutes les difficultés ; vous êtes ainsi tellement nombreux à vouloir participer à cet atelier qu'il a dû être transféré en séance plénière. Alors, je veux vous dire bravo, parce que vous êtes des professionnels responsables qui méritez la confiance que le garde des Sceaux nous a manifestée très clairement ce matin. Et puis, je veux vous dire merci aussi, pour la qualité des échanges au sein du barreau de famille, qui ont nourri la réflexion et aujourd'hui notre atelier.

Cette réforme, en apparence simple, est tout de même une mini révolution. Et il nous faut d'abord parler des peurs qu'elle a générées chez nous, les professionnels. La première menace, la réduction du champ judiciaire, n'allait-il pas affaiblir notre monopole. Or, c'est exactement le contraire. Aujourd'hui, on a créé pour le bien des justiciables, mais au profit des avocats, un monopole extrajudiciaire. C'est une opportunité formidable en termes d'image qu'il nous faut confirmer en assurant à deux avocats une qualité et une sécurité juridique inattaquables, mais c'est aussi une opportunité en termes de champ d'activité, car le conseil et les modes alternatifs seront au cœur de ce nouveau divorce et ces activités-là peuvent être étendues à d'autres champs. Vous avez entendu Michel Grimaldi évoquer les nombreux contrats relevant de la liberté contractuelle. Tous ces contrats sont à notre portée, si nous changeons notre image, si nous nous déjudicialisons nous-mêmes. Et puis enfin, c'est une

opportunité de démontrer l'utilité, et même la nécessité d'un professionnel compétent et soumis à une déontologie. Donc, cette réforme ne menace pas notre monopole, elle peut au contraire permettre d'étendre le champ de nos activités.

La deuxième peur est celle de l'augmentation de notre responsabilité. Mais nous assurons déjà 50 % des divorces sous la forme de consentements mutuels. Alors, c'est vrai que le juge purge par sa décision notre convention de ses vices éventuels, mais tout de même, nous engageons déjà notre responsabilité. Nous avons l'expérience de ces conventions. Et puis, c'est le lot de toute profession libérale d'engager sa responsabilité. Il n'y a pas de service rémunéré sans responsabilité. Finalement, ce que le barreau de famille vit aujourd'hui, c'est un peu ce qu'a vécu le barreau d'affaires qui a perdu 60 % à peu près de son activité contentieuse au tribunal de commerce. S'en est-il plus mal porté ? Je crois que le barreau d'affaires est encore assez prospère.

Et puis, vous avez entendu là aussi, Michel Grimaldi, la responsabilité finale de l'acte de divorcer et de ses conséquences, ce sont tout de même les époux qui la prennent, donc ne soyons pas trop craintifs ; cette responsabilité n'est pas si différente de la responsabilité assumée dans le champ général de notre activité.

Enfin, il y a des remèdes. Il y a la formation et vous en avez l'expérience, vous en êtes les témoins. Et puis, il y a également, mon Dieu, nos assurances !

Enfin, la troisième crainte que nous avons identifiée, c'est le développement des divorces low cost par internet avec parallèlement une vraie difficulté pour nous, avocats sérieux, à justifier du coût de notre service. C'est l'un des enjeux de notre combat. Nous devons être attentifs et démontrer la nécessité du professionnel compétent, disponible, en donnant, il me semble peut-être, un service plus complet, plus d'accompagnement que nous ne le faisons dans le champ strictement judiciaire. Mais on peut être rassuré. Regardons le sondage qui a été commandé par l'association des praticiens du droit de la famille : les gens privilégient en premier la compétence professionnelle et la qualité du service rendu plutôt que le coût moindre. Et puis, nous avons un règlement intérieur qui, dans son article 6.6, traite des questions des prestations notamment par internet. Or, je rappelle, le nouveau divorce, c'est un monopole des avocats, donc la concurrence que nous avons sur le divorce low cost n'est pas une concurrence externe, c'est une concurrence interne. Il appartient donc à nos ordres de gérer cette situation de concurrence. Ils en ont le pouvoir. Ils ont les textes. Il s'agit simplement qu'ils le fassent et nous n'aurons plus à craindre ces fameux divorces low cost.

“ Nous serons les gardiens du champ de liberté offert aux époux ”

Il y a 12 ans, à cette même tribune, je vous présentais la loi de 2004 qui était aussi une forme de révolution. Je vous disais qu'elle nous serait bénéfique si nous faisions les efforts pour nous l'approprier. Nous l'avons fait. Nous sommes devenus majeurs dans le traitement de la liquidation des régimes matrimoniaux. Nous avons cultivé une culture du consensus et du dialogue dans les couples qui se séparent par la recherche des accords et je crois que nous nous sommes bien portés de ces évolutions, à la fois sur le plan technique du régime matrimonial et sur le plan humain de la recherche de ces accords. Par ce nouveau divorce, le législateur, auquel nous avons prouvé notre efficacité et notre capacité d'adaptation, élargit notre mission, et nous sommes désormais en charge d'assurer en équipe la protection du plus faible, la défense de l'ordre public et je pense notamment au communautarisme qui menace les familles. Nous serons les gardiens du champ de liberté offert aux époux. Ce n'est pas rien. Nous allons essayer d'être à la hauteur de vos espérances avec une équipe formidable à cette tribune.

Stéphane David, notaire, expert auprès des tribunaux, spécialiste de la matière, enseignant. Je le remercie particulièrement, dans le contexte polémique des relations entre notaires et avocats, d'avoir accepté de venir ici et de nous dire (et je pense qu'il nous faudra l'écouter) ce que sont les interrogations assez objectives des notaires, de façon à dépasser la polémique.

Claude Lienhard est avocat, à Strasbourg et à Paris, enseignant. Il est aussi président et fondateur de la très belle association des praticiens et spécialistes du droit de la famille qu'il a fondée avec Anne Linard, association qui a été particulièrement active dans l'appréhension de ce nouveau divorce. C'est une association qui est dans le partage et la générosité et les échanges qui ont eu lieu entre ses membres de cette association ont aussi nourri notre atelier.

Enfin, Stéphanie Travade Lannoy est d'abord l'une de mes associées, donc c'est la première raison de mon choix, mais elle est aussi vice-présidente de l'institut du droit de la famille et du patrimoine. Et puis, elle a une autre caractéristique. Cela ne vous échappera pas qu'elle est la benjamine de cette tribune. Elle est la génération qui vit au cœur des mutations sociologiques qu'impliquent ces nouveautés juridiques et qui va véritablement s'approprier notre avenir professionnel, et donc elle est là également pour cette raison.

Notre équipe a fait le choix de traiter chronologiquement ce nouveau divorce. Nous allons commencer par le diagnostic et les premières diligences, puis, nous passerons aux négociations, puis en troisième lieu à la rédaction de la convention ; viendra ensuite le moment assez politique du traitement de la signature et du dépôt de la convention, suivi des quelques dernières diligences. Nous dirons un mot de la responsabilité des avocats et nous terminerons par les modifications de la convention et les recours. Nous n'avons pas voulu des slides. Nous avons pensé que c'était

plus vivant, notamment pour ceux qui ne sont pas dans cette salle, de voir des visages, mais nous essaierons de suivre ce plan pour vous permettre à chaque fois de ne pas perdre notre fil.

Je commence par donner la parole à Stéphanie qui va nous parler du diagnostic et des premières diligences avec l'idée d'attirer votre attention sur tous les nouveaux réflexes que nous devons avoir lors du premier rendez-vous.

Stéphanie Travade-Lannoy

Bonjour à tous ! Effectivement, ces réflexes, nous les avons organisés en trois catégories, d'abord, les précautions à prendre lorsque nous fixons un premier rendez-vous, ensuite, l'analyse des options et, enfin, les premières diligences. Je vais commencer par deux petits réflexes que nous devons avoir lors de la fixation du premier rendez-vous. Il nous arrivait de recevoir les deux époux dans l'objectif d'être leur avocat unique. Ce n'est plus possible aujourd'hui. Il faut maintenant, comme vous le savez, que chaque époux ait son propre avocat, donc il faut bien dire au client quand il appelle qu'il doit venir seul. C'est vrai que l'avocat unique reste possible dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire, c'est-à-dire lorsqu'un enfant mineur a demandé à être entendu, mais par définition, on n'a pas cette information au moment du premier rendez-vous, donc il n'est pas prudent de recevoir les deux époux.

Deuxième petit réflexe, il nous arrivait en revanche de ne pas recevoir un époux, parce qu'il ne vivait pas dans le ressort de notre barreau et on se disait que ce n'était pas pratique. Ce ne sera plus un problème. Avec le juge, la compétence territoriale a disparu. On peut donc recevoir et s'occuper jusqu'au bout des clients qui vivent n'importe où en France. Les deux avocats peuvent être de barreaux différents. Le notaire peut être d'une autre ville. Évidemment, c'est plus simple, notamment pour la signature dont on parlera plus tard si tout le monde se trouve au même endroit, mais ce n'est pas obligatoire. Voilà pour ces premiers réflexes du premier rendez-vous.

La deuxième étape que nous avons voulu envisager, c'est l'analyse des options et c'est une étape qui est vraiment décisive. Ce sont en fait, tous les réflexes que nous devons avoir pour déterminer si dans chaque situation à laquelle nous nous trouvons confrontés, ce nouveau divorce par consentement mutuel est possible ou non et adapté ou non. Il y a deux cas dans lesquels ce n'est pas une option, puisque la voie du consentement mutuel sans juge est fermée dans ces deux cas. Le premier, c'est si l'un des époux est un majeur protégé. C'était déjà le cas dans l'ancien consentement mutuel. Cela l'est toujours, puisque l'article 249-4 du Code civil n'a pas été modifié et qu'il prévoit que lorsque l'un des époux se trouve placé sous un régime de protection, aucune demande en divorce par consentement mutuel ou pour acceptation du principe de la rupture ne peut être présentée. C'est donc la première vérification que nous aurons à faire lorsqu'un client nous mandate.

Vous allez me dire : comment est-ce qu'on vérifie cela autrement qu'en faisant confiance au client ? Nous avons une solution : commander la copie intégrale de son acte de naissance, puisque si l'époux est placé sous une mesure de protection judiciaire, la mention RC figurera sur l'acte de naissance. Le type de mesure n'est pas précisé et il faudra s'adresser au tribunal si on veut en savoir plus,

mais de toute façon, toutes les mesures sont visées par cette interdiction, donc il faut absolument que nous continuions à commander des actes d'état civil de moins de 3 mois, voire encore plus récents même si ce n'est plus nécessaire pour le dépôt de la requête conjointe. Attention toutefois, il faut savoir que cette transcription de la mesure de protection incombe aux greffiers et, compte tenu de l'engorgement de nos tribunaux, cela a souvent pour conséquence des délais assez longs entre la mesure et la transcription, donc il faut être conscient qu'on peut être induits en erreur pendant un laps de temps qui sera le temps de la transcription. La question se pose avec ce nouveau divorce de savoir si on doit aussi faire cette vérification pour l'autre époux. Même si on n'est pas son conseil, il est quand même plus prudent de le faire pour éviter un divorce qui serait nul si jamais cela n'a pas été fait ou mal été fait par un confrère. Donc gardons l'habitude de commander tous les actes d'état civil.

Dernière question : qu'est-ce qui se passe si le client n'est pas soumis à une mesure de protection, mais que son consentement nous semble altéré durablement ou pas ? Je crois que dans ce cas-là, il faut faire comme on a toujours fait, c'est-à-dire rester prudent et éviter la voie du consentement mutuel, particulièrement dans ce nouveau consentement mutuel pour éviter le risque d'une nullité pour vice du consentement ensuite.

Deuxième cas dans lequel le consentement mutuel sans juge ne sera pas possible : c'est lorsque nous opterons pour une séparation de corps par consentement mutuel, puisque cette réforme, cela ne vous a pas échappé, ne concerne que le divorce par consentement mutuel. Donc, si on opte pour la séparation de corps, il faut bien avoir en tête qu'elle reste judiciaire. L'article 296 du Code civil a été modifié et il y est maintenant précisé que la séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce judiciaire, le mot « judiciaire » a été ajouté. Voilà pour les deux interdictions.

Il y a maintenant deux situations qu'on voulait envisager avec précision dans lesquelles le divorce par consentement mutuel sans juge doit être examiné avec prudence. Ces deux situations, c'est, premièrement, lorsqu'il existe un élément d'extranéité et, deuxièmement, en présence d'enfants mineurs. Je vais laisser Béatrice vous expliquer l'élément d'extranéité.

Béatrice Weiss-Gout

On vous a parlé des majeurs protégés. La règle n'a pas changé avec la réforme ; vous retrouverez au fur et à mesure des règles que nous connaissions déjà dans le cadre du divorce précédent. À ce stade, nous abordons les deux situations dans lesquelles nous avons considéré que l'option « divorce par consentement mutuel » devait être examinée avec beaucoup de prudence, car la disparition du juge change vraiment les choses. Première hypothèse, c'est l'existence d'un élément d'extranéité, seconde hypothèse, l'existence d'enfants mineurs.

L'hypothèse d'un élément d'extranéité. Dans ce nouveau divorce, on a une seule et unique disposition internationale. Cette disposition figure à l'article 509-3 du Code de procédure civile (CPC) qui est complété par l'article 2 du décret. Cette disposition prévoit que c'est au notaire que l'on demande le certificat qui va permettre de faire voyager

à l'étranger le divorce, certificat visé par l'article 39 du règlement européen *Bruxelles 2 bis*. Cette disposition unique, quelle est sa portée ? Est-ce que cela veut dire que toutes les autres règles de droit international privé s'appliquent ou, au contraire, ne s'appliquent pas du tout à cette nouvelle forme de divorce ? Cette question doit être examinée sous trois angles : la compétence territoriale, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions.

Première question : la compétence territoriale. Si on est dans une situation de compétence territoriale étrangère, soit exclusive, soit non exclusive, cela, au regard du droit interne, nous interdit-il de procéder à un divorce par consentement mutuel sans juge ? Non. Les règles de compétence territoriale sont des règles de compétence judiciaire, donc la disparition du juge permet d'écarter l'application des règles de compétence territoriale à ce divorce. On le savait sur le plan national, mais c'est également le cas sur le plan international, donc la question de la compétence n'en est pas une.

La question de la loi applicable est beaucoup plus délicate. En effet, la règle est que si le droit est disponible, nous n'avons pas d'obligation d'appliquer la règle de conflit de lois et donc, la volonté des parties sur la loi applicable va l'emporter. Mais si en revanche, le droit en question est indisponible, nous avons une obligation d'appliquer la règle de conflit de lois. Jusqu'à présent, la Cour de cassation considérait que le prononcé du divorce et la responsabilité parentale étaient des droits indisponibles qui imposaient que la règle de conflit de lois s'applique. En revanche, la prestation compensatoire et les régimes matrimoniaux notamment ne sont pas considérés comme des droits indisponibles, donc on peut s'affranchir de la règle de conflit de lois.

Avec ce nouveau divorce, est-ce qu'on considère qu'on a étendu le caractère de disponibilité ? Pour nous, nous considérons qu'à ce stade, il faut être extrêmement prudent sur cette règle et considérer quand même que nous ne pouvons pas nous affranchir de la règle de conflit de lois lorsqu'il s'agit du prononcé du divorce ou lorsqu'il s'agit de la responsabilité parentale. Ne pas s'affranchir, cela veut dire que nous pouvons parfaitement faire un divorce par consentement mutuel international en appliquant une loi étrangère. Il faudra néanmoins être très prudent, parce qu'il faudra que chacun des deux époux, et notamment l'époux qui n'est pas votre client, soit parfaitement informé du choix qui lui est offert sur la loi applicable et de l'avantage ou pas d'appliquer telle ou telle loi. Mais en réalité, la question est surtout celle de la reconnaissance et de l'exécution de ce divorce à l'étranger. Quels sont les enjeux ?

D'abord, très simplement la possibilité d'exécuter. Si le divorce ne peut pas être exécuté à l'étranger, on ne récupérera jamais une pension alimentaire, une prestation compensatoire. La deuxième question qui est encore presque plus grave, est celle de la reconnaissance de la décision, parce que si la décision n'est pas reconnue, cela veut dire qu'un juge étranger pourrait, malgré le divorce français, être saisi par un autre époux pour voir prononcer un autre divorce, un désordre incroyable. Or les règles sont beaucoup plus délicates à appliquer que celles sur la compétence et la loi applicable. En effet, déjà, au sein de l'Union européenne, il y a trois outils différents,

Bruxelles 2 bis sur le prononcé du divorce et la responsabilité parentale, un règlement « obligations alimentaires » et un règlement déjà adopté, mais qui ne s'appliquera qu'en 2019 sur les régimes matrimoniaux. Pour *Bruxelles 2 bis*, l'article 46 permet de reconnaître dans le territoire européen les accords privés ; le nouveau divorce par consentement mutuel sera donc reconnu comme un accord privé pour ce qui concerne le divorce et l'autorité parentale. En revanche, le règlement « obligations alimentaires », texte applicable pour les pensions alimentaires et la prestation compensatoire, ne prévoit pas de reconnaissance pour les accords privés. L'article 48 de ce règlement permet de reconnaître et donc, de faire circuler des actes qui ne sont pas des décisions de justice, mais il s'agit seulement de transactions judiciaires (des transactions homologuées par un juge) ou d'actes authentiques. Ainsi pour ce qui concerne les pensions alimentaires et la prestation compensatoire, nous ne pouvons pas faire circuler notre nouveau divorce. Quant au règlement régime matrimonial, sans entrer dans les détails, il semblerait qu'il change même la donne sur l'acte authentique, et que donc la reconnaissance sera encore moins évidente. Au surplus, il faut penser que quand on parle de l'Union européenne et notamment du règlement *Bruxelles 2 bis*, il faut exclure le Danemark et vraisemblablement, dans un temps indéterminé, la Grande-Bretagne. Vous imaginez combien plus grandes encore seront les difficultés avec des pays extérieurs à l'Europe, certains liés à la France par des conventions. Au surplus, dans tous ces États, il faudra passer par un exéquatur, et donc par un contrôle de conformité à leur ordre public. Aujourd'hui je le dis très clairement, si vous avez un élément d'extranéité et que vous avez des questions d'obligations alimentaires ou de régimes matrimoniaux, il est imprudent de passer par un divorce par consentement mutuel sans juge. C'est la situation actuelle. C'est le conseil que nous considérons devoir vous donner à ce stade. On verra si les choses évoluent. On verra si les règlements européens évoluent, parce qu'on les fera évoluer, mais dans la situation actuelle, il faudra choisir d'autres voies que ce divorce. Cela, c'est la première situation dans laquelle il faut aborder l'option divorce par consentement mutuel avec prudence. Elle n'est pas interdite, mais déconseillée.

L'hypothèse de l'existence d'enfants mineurs. La deuxième situation délicate est celle dans laquelle il y a des enfants mineurs avec la problématique, qui a fait couler, à juste titre, beaucoup d'encre, de l'information des enfants sur leur éventuelle audition.

Stéphanie Travade-Lannoy

Effectivement, il faut que nous soyons prudents en présence d'enfants mineurs, parce que d'une certaine manière, l'enfant a été mis au centre du divorce de ses parents en ce sens que son souhait d'être entendu ou non va influencer sur la manière dont ce divorce va se dérouler. Lorsqu'il est capable de discernement, il faut donc impérativement l'informer de son droit à être entendu par le juge et savoir s'il en a émis le souhait. Comment cela se passe-t-il ? Auparavant, on faisait confiance aux parents et il suffisait d'intégrer une clause dans nos conventions indiquant que les enfants avaient été informés de leur droit à être entendus mais n'avaient pas voulu en user. Les choses vont se passer très différemment dans ce nouveau divorce, puisque comme vous le savez, le décret nous

impose de faire remplir un formulaire à chacun des enfants mineurs capables de discernement. C'est le nouvel article 1144 du CPC. Le modèle de formulaire a été fixé par un arrêté du garde des Sceaux du 28 décembre 2016. Je ne vais pas vous le lire, parce que nous n'avons pas le temps et que vous connaissez sans doute déjà son contenu. Il est assez classique. On peut juste relever une phrase assez surprenante dans laquelle l'enfant dit : « J'ai compris que suite à ma demande, un juge sera saisi du divorce de mes parents ». Plusieurs questions se posent sur la manière dont cela va se passer en pratique.

Première question qui n'est pas la moindre : comment tranche-t-on la question du discernement puisque seul l'enfant capable de discernement doit remplir ce formulaire ? On est dans un consentement mutuel, donc il est clair qu'il faut que les parents soient d'accord. Si l'enfant a entre 0 et 6 ans, a priori, pas de problème, on considérera que l'enfant n'a pas le discernement nécessaire, ne serait-ce que parce qu'il ne saura pas lire et écrire pour remplir le formulaire. Dans ce cas, attention, il faudra bien préciser dans notre convention que l'information sur son audition ne lui a pas été donnée, faute de discernement. À partir de 10 ans, pas de problème non plus, a priori, on considérera qu'il a le discernement nécessaire sauf problème particulier. La question de son discernement se pose vraiment en revanche quand l'enfant a entre 7 et 9 ans, car à ces âges-là ils n'ont pas tous le même niveau de maturité. Alors, comment faire dans ces cas-là ? Encore une fois, il faut faire confiance aux parents qui sont a priori les mieux placés pour connaître leurs enfants. À mon sens, on ne peut pas, nous, avocats, recevoir les enfants pour se prononcer sur cette question du discernement. Je crois qu'on irait au-delà de notre rôle et nous ne sommes pas formés pour cela. Si en revanche, les parents ne sont pas d'accord, on peut tout à fait envisager de demander à un tiers de se prononcer, par exemple, un psy qui, éventuellement, nous délivrerait un certificat ou encore un avocat d'enfant qui donnerait son avis. Je sais que je vais un peu loin dans la démonstration, mais on sait bien que cela pourra se poser, parce que même dans un consentement mutuel, les parents ne sont pas forcément toujours d'accord sur tout et cette question peut être leur point de désaccord.

“ Qui présente le formulaire à l'enfant et qui lui fait signer ? ”

Deuxième question pratique : qui présente le formulaire à l'enfant et qui lui fait signer ? A priori, ce sont les parents, mais lequel ? La question peut se poser. À mon sens, on doit leur recommander de le faire ensemble même si c'est parfois difficile, puisque le climat peut être tendu. Évidemment, s'ils sont tous les deux d'accord pour confier à un seul des deux cette charge-là, il n'y aura aucun problème pour qu'un seul le fasse. On peut se poser la question de savoir si nous, avocats, on peut jouer ce rôle. Autant je vous ai dit que je considérerais qu'on ne serait pas à notre place pour juger du discernement de l'enfant, autant on pourrait imaginer recevoir le ou les enfants pour leur expliquer qu'ils ont le droit d'être entendus par un juge et leur présenter le formulaire. Dans ces cas-là, il faudrait peut-être que ce soit fait par les deux avocats, l'avocat de

chaque époux. C'est vrai qu'on a un peu l'impression d'un mélange des genres et ce n'est pas forcément la voie vers laquelle il faudra aller, mais quand même, la question se pose.

Troisième question : que se passe-t-il si l'enfant ne veut pas signer le formulaire ? On peut imaginer un ado un peu rebelle qui dit : « Non, moi, je ne signerai pas, je ne veux pas que mes parents divorcent ». Dans ce cas-là, il faudra s'y résoudre : impossible de divorcer par consentement mutuel. On se retrouve dans une situation assez surréaliste dans laquelle l'enfant décide de la forme de divorce de ses parents.

Quatrième question : à quel moment est-ce qu'on fait signer ce formulaire ? Dès le début, c'est sûr ; en tout cas, avant de rédiger notre projet de convention, puisque la réponse de l'enfant va déterminer la suite de la procédure. Si l'enfant émet le souhait d'être entendu, on restera sous l'ancienne procédure de consentement mutuel qu'on connaît bien et le décret nous précise la marche à suivre dans l'article 1092 du CPC. Donc on va déposer notre requête et notre convention comme avant, accompagnées du formulaire rempli par l'enfant qui veut être entendu. Le juge entend l'enfant ou refuse de l'entendre s'il considère qu'il n'a pas le discernement nécessaire, et puis il convoque les parents à une audience qui aura lieu au moins 15 jours après et avise le ou les avocats. Si l'enfant n'émet pas le souhait d'être entendu, le consentement mutuel judiciaire n'est plus possible. Ce n'est pas une option, on est forcément en consentement mutuel sans juge.

Dernière question sur l'enfant : est-ce qu'il peut changer d'avis jusqu'au dernier moment, comme le prévoit la jurisprudence aujourd'hui ? Même si la convention a déjà été signée ? La réponse est oui, puisque l'article 1148-2 prévoit que dès qu'un enfant mineur manifeste son souhait d'être entendu, la juridiction peut être saisie, ce qui veut dire à n'importe quel moment. Cela ne veut pas pour autant dire qu'on doit poser 36 fois la question à l'enfant. On lui pose une fois et évidemment, s'il change d'avis, il viendra voir ses parents.

Béatrice Weiss-Gout

Cette problématique des enfants mineurs est une problématique importante. On vous a suggéré des pistes. Tout cela va devoir se mettre en place par des pratiques. On nous a dit qu'on serait très attentif à nos propositions ; les avocats doivent en faire sur cette question. Cette phrase qu'on vous a citée dans le formulaire, qui fait mesurer à l'enfant que sur ses épaules repose la responsabilité d'un divorce judiciaire ou pas, est juste inappropriée, donc il faudrait au moins modifier le formulaire. Le CNB avait porté une proposition qui pourrait résoudre les problèmes ; si l'enfant veut être entendu, ce n'est pas tout le divorce qui devient judiciaire, c'est simplement la partie de la convention qui concerne l'organisation de la vie de l'enfant. On pourrait avancer de manière beaucoup plus sereine sur cette question. Mais les débats sont encore ouverts et tous les échanges seront extrêmement intéressants.

Maintenant, nous allons évoquer rapidement les autres options de divorce, options judiciaires à proposer aux époux lorsqu'ils sont d'accord sur les conséquences du divorce, et également la question de la passerelle entre le divorce accepté et le divorce par consentement mutuel,

“ On doit s'interdire et interdire à nos clients d'influencer le choix des enfants d'être entendus ou non ”

Stéphanie Travade-Lannoy

Je vais commencer par une option qui n'en est pas une, enfin, dont on voudrait qu'elle n'en devienne pas une, c'est celle où l'on déciderait de faire entendre les enfants pour continuer à bénéficier du divorce par consentement mutuel judiciaire. À notre sens, on doit s'interdire et interdire à nos clients d'influencer le choix des enfants d'être entendus ou non. Si on considère que le divorce par consentement mutuel sans juge n'est pas la bonne solution dans tel ou tel dossier pour X ou Y raison, il faut faire autrement. Faire autrement, c'est quoi ? En réalité, c'est opter pour le divorce accepté qu'on connaît tous bien, celui de l'article 233 du Code civil. Il y a des avantages, certes, dans le divorce accepté. D'abord, il y a une décision judiciaire, ce qui peut être précieux, voire indispensable. Dans un dossier international, comme vous l'a dit Béatrice, quand il y a une course à la juridiction ou dans des dossiers à enjeu financier particulier compte tenu de l'incertitude qui pèse sur la reconnaissance de l'accord à l'étranger. Dans un dossier national, aussi, quand il y a un risque de remise en cause important, on peut avoir besoin ou on peut souhaiter une décision judiciaire pour sécuriser l'accord.

Mais il y a aussi des inconvénients au divorce accepté. D'abord, il faut passer par la case « mesures provisoires » et quand on est au tout début des discussions, ce n'est pas forcément idéal, parce que cela augmente beaucoup la durée de la procédure et cela fait courir le risque que l'un ou l'autre des époux change d'avis à tout moment une fois qu'il sera installé dans des mesures provisoires généreuses du côté du créancier ou au contraire peu généreuses du côté du débiteur. Mais c'est vrai que la question se pose vraiment si on est post-ONC ou post-assignation.

Si on a opté pour une procédure contentieuse et qu'on veut finalement passer par un consentement mutuel sans juge, quid de la passerelle ? Si la procédure contentieuse a été engagée avant le 1^{er} janvier 2017. La question s'est posée de savoir si on pouvait continuer à bénéficier du consentement mutuel judiciaire tant que l'assignation n'avait pas été délivrée. La réponse est non, donc, en réalité, que la procédure contentieuse ait été initiée avant ou après le 1^{er} janvier 2017, cela ne change rien. Alors, comment fait-on ? Il n'y a pas de disposition particulière sur la passerelle, ni dans la loi, ni dans le décret. L'article 247 nouveau du Code civil prévoit simplement que les époux peuvent à tout moment de la procédure divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocat. A priori, si on se projette un peu, il faut solliciter un retrait du rôle, le temps de signer la convention ou ne rien faire si on n'a pas encore assigné, signer la convention et la déposer au rang des minutes d'un notaire et une fois que tout est terminé, se désister d'une procédure contentieuse qui sera devenue par la force des choses sans objet. Attention à bien mettre dans notre convention un engagement de désistement ou à se faire donner mandat par notre client

pour le faire. Je pense notamment à la situation dans laquelle il y aurait un appel sur les mesures provisoires, dont l'intérêt pourrait persister une fois le consentement mutuel régularisé. Certains ont évoqué la possibilité d'un désistement avant la finalisation du consentement mutuel. Je crois que c'est très dangereux et imprudent d'emprunter cette voie.

Béatrice Weiss-Gout

Juste, sur ce point, un petit mot... On a entendu des notaires dire qu'ils vérifieraient l'absence de procédure en cours au moment du dépôt de la convention de divorce. Nous, ce qu'on vous dit, c'est que dans cette hypothèse d'une passerelle d'une procédure en cours, vers un consentement mutuel, il faut préciser dans la convention qu'il y a cette procédure en cours dont on va se désister, mais il est vraiment prudent de garder cette procédure, parce qu'un désistement avant le dépôt, et donc l'effet du divorce, fait prendre un risque si on n'arrive pas au terme du divorce par consentement mutuel.

Stéphanie Travade-Lannoy

La dernière option qu'on a voulu envisager, c'est le divorce par consentement mutuel sans juge après avoir signé une convention participative. Est-ce que c'est possible ? Oui. Et cela paraît même encore plus adapté à la situation, puisque la procédure participative est une procédure dans laquelle chaque époux doit avoir son avocat, ce qui est maintenant le cas dans le nouveau divorce par consentement mutuel. Il n'y a pas de principe de territorialité comme dans le nouveau divorce par consentement mutuel et cela permet d'éviter la saisine du juge, puisque les parties s'y engagent, et de se donner le temps nécessaire pour trouver l'accord, donc, a priori, c'est plutôt une bonne voie. Voilà pour les options.

Dernière étape de cette première partie : les nouveaux réflexes que nous allons devoir avoir pour les premières diligences. Parmi ces premières diligences, la première question qui se pose, c'est celle du choix de l'autre avocat. Si on est le premier avocat consulté, est-ce qu'on peut conseiller à notre client un confrère ? À mon sens, oui, parce qu'il est important que chaque époux soit assisté par un avocat compétent en droit de la famille qui connaisse sa matière, donc c'est important d'avoir des noms à conseiller, d'avoir un réseau d'avocats, mais attention, il faut évidemment qu'il s'agisse d'avocats libres et indépendants, ce qui veut dire que l'autre avocat ne doit pas faire partie du même cabinet que le nôtre. Il ne doit surtout pas servir de prête-nom ou d'avocat de paille. Ce serait très dangereux et contraire à l'esprit de la loi, donc, surtout, ne rentrons pas là-dedans, et il faut exclure des pratiques comme celle qu'on a vu récemment circuler sur internet, qui consiste à ce qu'un cabinet vende le divorce par consentement mutuel pour un forfait global de 1 000 €, dise que le cabinet prend 800 € et qu'il se charge de trouver un autre avocat qui fera le boulot pour l'autre époux pour 200 € TTC évidemment. En clair, on ne peut pas avoir des pratiques financières ou autres qui consistent tout simplement à nier le rôle du deuxième avocat.

Deuxième point : la détermination de l'honoraire. Quid de l'aide juridictionnelle ? Je ne vais pas être très longue sur ce sujet, puisque vous avez une circulaire qui vient de sortir qui est datée du 20 janvier 2017 relative à l'aide juridictionnelle dans le nouveau divorce par consentement mutuel

et qui est extrêmement précise. Mais je voulais juste vous donner quelques points. L'aide juridictionnelle, rassurez-vous, peut être accordée pour ce nouveau divorce même s'il n'y a plus de juge. En cas de basculement vers un divorce contentieux ou un divorce par consentement mutuel judiciaire, il faudra faire une nouvelle demande d'aide juridictionnelle. Point important de droit transitoire : la désignation antérieure au 1^{er} janvier 2017, dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement judiciaire, reste valable pour le divorce par consentement mutuel sans juge. Le nouveau consentement mutuel est affecté d'un coefficient de base de 24 UV là où le divorce par consentement mutuel judiciaire est, lui, affecté d'un coefficient de 27 UV, et l'époux bénéficiaire de l'aide juridictionnelle ne peut prendre à sa charge plus de la moitié des frais du divorce.

“ Nos conventions doivent être parfaites pour éviter le contentieux d'après divorce et tout cela a un prix ”

Maintenant, la question des honoraires libres... Première question que nous nous sommes posée et que beaucoup de clients et de journalistes se sont posée : est-ce que ce nouveau divorce par consentement mutuel doit coûter moins cher que l'ancien, parce qu'on ne passe plus devant le juge ? La réponse est évidemment non, cela ne coûtera pas moins cher, et ce sera sans doute parfois le contraire, parce que tout repose sur nous. Nous devons être encore plus précautionneux qu'avant. Nos conventions doivent être parfaites pour éviter le contentieux d'après divorce et, évidemment, tout cela a un prix.

Deuxième question : est-ce que les avocats doivent avoir les mêmes honoraires ? À mon sens, non pour deux raisons. La première, c'est que chacun doit rester maître de sa manière de travailler. Certains travaillent au forfait, d'autres au temps passé et il faut que ces différentes pratiques persistent, et dans le cas du temps passé, chacun doit rester maître de son taux horaire. Il dépend de son expérience, de sa compétence, de son lieu d'exercice, donc il faut maintenir ces diversités. Et puis, quand on travaille au temps passé, on sait que nos honoraires dépendent avant toute chose des besoins des clients qui ne sont évidemment pas les mêmes selon les époux, que ce soit d'un point de vue intellectuel, émotionnel... Il faut absolument qu'on fasse signer à chacun de nos clients sa propre convention d'honoraires et il n'y a pas de sens, comme certains l'ont envisagé, à mettre en place une convention d'honoraire commune.

Troisième question : est-ce que l'un des époux peut payer les deux avocats ? Non. En tout cas, pas directement. Notre règlement intérieur prévoit que l'avocat ne peut percevoir d'honoraires que de son client ou d'un mandataire de celui-ci. Et l'autre époux ne pourrait pas être ce mandataire, parce que si l'un des époux rémunère l'avocat de l'autre, cela laisse à penser qu'il le contrôle. Or, il est vraiment nécessaire dans ce nouveau divorce que chaque avocat soit complètement libre. Donc, si l'un des époux n'a pas les moyens, il faut faire autrement.

Béatrice Weiss-Gout

Faire autrement, cela veut dire effectivement que l'un des époux peut prendre en charge les honoraires. Je pense que sur ce point, il faut être assez clair. Ce qui est important : on nous a confié cette mission du divorce par consentement mutuel avec deux avocats pour que chacun des époux ait le conseil qu'il lui faut. Et évidemment, si l'un des époux rémunère directement l'avocat de l'autre, il peut considérer que l'avocat adverse passe trop de temps, et vouloir contrôler ce temps. Donc, le rapport entre le paiement de l'honoraire et sa justification ne peut être qu'entre l'époux et son avocat. En revanche, bien sûr, on peut parfaitement prévoir que l'un des époux verse à l'autre une indemnisation, comme une sorte d'article 700 du CPC. Ce n'est pas du tout interdit, mais l'idée, c'est vraiment l'absence de paiement direct de l'époux à l'autre avocat. On pouvait se poser précédemment ces questions, mais nous avons voulu être exhaustifs.

Stéphanie Travade-Lannoy

Dernier réflexe : les pièces à réunir. C'est une étape encore plus importante qu'avant, puisque maintenant, comme on l'a dit, tout repose sur nous. Deux catégories de pièces : la première, ce sont toutes celles qui sont nécessaires au contrôle de l'identité du client. Elles sont très importantes, puisqu'en signant l'acte d'avocat qu'est la convention, nous attestons de l'identité du client, donc une pièce d'identité évidemment, deux de préférence. Est-ce qu'on doit demander la copie ou l'original ? Peut-être faut-il exiger de voir les originaux. Et puis, évidemment, on doit continuer à commander les actes d'état civil des clients.

Ensuite, les pièces nécessaires à la description de la situation des clients et à notre appréciation de celle-ci. Nous n'avons pas de devoir d'audit, mais nous courons vraiment le risque d'une remise en cause de la convention si les vérifications n'ont pas été faites. Il faut donc vérifier tout ce qui peut être vérifié : le contrat de mariage, les biens immobiliers, les revenus, l'état des dettes, le statut des éventuelles sociétés, etc. Et puis, surtout, je voudrais insister sur la déclaration sur l'honneur. Elle n'est, en principe, pas obligatoire, puisque l'article qui en parle, qui est l'article 272 du Code civil, n'a pas été modifié, et qu'il ne parle que de la remise de cette déclaration au juge. Pourtant, on considère tous qu'il faut absolument continuer à en faire faire à nos clients pour qu'ils soient enclins à nous donner un descriptif juste, détaillé et exhaustif de leur situation qui justifiera l'accord financier, et qui servira de référence en cas de contentieux post-divorce. Nous pouvons ensuite, soit en reprendre les termes dans la convention, soit l'annexer à notre convention. Moi, je suis vraiment beaucoup plus favorable à la deuxième solution qui est plus prudente, puisque, déjà, il n'y a pas de risque d'erreur, et puis, je trouve qu'il est important que ce document figure dans l'acte tel qu'il aura été rempli par le client et de sa main.

Béatrice Weiss-Gout

Nous n'avons pas le temps de traiter complètement ces questions, mais évidemment, la disparition du juge change la donne. Elle nous impose objectivement un travail de vérification et d'analyse des situations financières qui est plus important, puisqu'il n'y a plus le juge pour vérifier et parce que l'acte lui-même est susceptible (on le verra à la fin de notre atelier) de recours et de nullité. Voilà donc

notre première étape de franchise, diagnostic et premières diligences et, maintenant, nous sommes dans le cœur du sujet. Nous sommes dans un divorce par consentement mutuel. Les deux époux ont leurs deux avocats. Nous commençons à ouvrir les négociations proprement dites. C'est notre deuxième partie.

Quelques propos liminaires avant que je passe la parole à Claude qui va vraiment décrire les grands principes de cette nouvelle négociation. On l'a bien compris, le rôle de l'avocat est modifié. Il est modifié, bien sûr, par la disparition du juge, c'est la problématique de la vérification. Il est aussi modifié par une plus grande nécessité de travail en équipe. Je sais bien qu'il y avait déjà des consentements mutuels devant le juge où il y avait deux avocats, mais on voit bien quand même que dans ce nouveau divorce, il y a l'idée que les deux avocats forment une équipe pour aboutir à un document qui va convenir à tout le monde, donc cette notion de travail en équipe, qu'on connaît bien dans le processus collaboratif par exemple, va s'amplifier et donc il sera nécessaire de développer nos compétences dans la matière des modes amiables de règlement des différends. Vous vous formez régulièrement aux États généraux et ailleurs, la profession et le barreau de famille ont fait des efforts considérables là-dessus, vous allez pouvoir en avoir le résultat et l'efficacité dans ce nouveau divorce et il faut continuer à amplifier les efforts dans ce sens.

“ Il faut faire très attention à ces divorces qui pourraient être des faux divorces et plutôt des répudiations transformées en divorces ”

Deuxième chose : la prudence doit être plus grande. On doit avoir une prudence quant au secret professionnel, notamment versus une obligation de sincérité vis-à-vis de l'autre époux. Cette notion de secret professionnel est à examiner de manière extrêmement attentive. Quant à l'ordre public, on a vu combien, avec l'exposé de Michel Grimaldi, cette notion est évolutive. On en reparlera tout à l'heure quand on parlera de la responsabilité, mais prudence, il y a des clauses évidentes que nous ne devons jamais intégrer ou accepter même de négocier, des clauses d'interdiction de remariage, etc. Il faut faire très attention aussi à ces divorces qui pourraient être des faux divorces et plutôt des répudiations transformées en divorces. Je voudrais également attirer votre attention sur le fait que ce divorce sans juge peut être une tentation pour des époux qui voudraient blanchir de l'argent, et que donc de manière un peu plus évidente, le barreau de famille va être confronté, comme l'a été le barreau d'affaires, aux dispositions relatives au blanchiment, aux dénonciations TRACFIN, etc.

Autre observation préliminaire sur les outils de la négociation : il nous semble vraiment qu'avec l'éloignement du judiciaire, on a une utilité renouvelée, des barèmes pour les pensions alimentaires et pour la prestation compensatoire, des méthodes de calcul, puisque nous aurons plus de difficultés à avoir des repères ; ces méthodes de calcul vont être une manière d'objectiviser dans les négociations, les discussions financières.

Je voudrais également attirer votre attention sur l'appel à des professionnels extérieurs. En ce qui concerne les enfants mineurs et leur discernement, peut-être qu'il faut conseiller aux époux d'aller voir un psychologue pour déterminer si l'enfant a le discernement ou pas. Je pense vraiment qu'il faut qu'on ait ce réflexe de collaborer non seulement en équipe, les deux avocats, mais éventuellement avec des professionnels extérieurs. Nous avons une responsabilité de compétence. Il y a des compétences que nous n'avons pas, et il faudra décider en équipe si l'on fait appel à un professionnel extérieur et lequel, on va demander à un expert-comptable tel ou tel travail ou à tout autre professionnel, voire effectivement les notaires. On en dira un mot tout à l'heure.

“ L'objectif de la négociation, c'est d'aboutir à l'entente qui se concrétise par un accord, qui se matérialise par une convention qui prend la forme d'un acte d'avocat ”

Enfin, je voulais attirer votre attention sur une opportunité que je trouve dans ce divorce. Lorsqu'en 2004, on a dit qu'il n'y avait plus qu'une seule audience pour le consentement mutuel judiciaire, on a été un certain nombre à regretter la période de la convention temporaire qui sécurisait nos discussions et qui permettait d'attendre un divorce définitif qui pouvait être retardé par exemple, parce qu'il fallait vendre un bien immobilier ou autre. Finalement, puisque nous sommes maîtres de ce nouveau divorce et de son déroulement, c'est peut-être l'occasion, dans certaines situations, de faire revivre cette notion de convention temporaire sous la forme d'un pacte de famille. Là encore, nous sommes dans la liberté contractuelle, nous sommes dans l'imagination pour construire des solutions utiles à nos clients, donc on n'en dira pas plus long aujourd'hui, mais ayez en tête cette idée que pour sécuriser nos négociations, nous pouvons signer une convention dans laquelle on prévoit qu'en attendant l'issue du divorce par consentement mutuel, on organise la vie de telle et telle manière : séparation, on teste une résidence alternée pour les enfants, etc.

Voilà quelques observations liminaires que je voulais faire sur les négociations, mais maintenant, je passe la parole à Claude. On entend bien que toute une partie des divorces par consentement mutuel pourront être simples et que ces négociations pourront se résumer à peu de choses, à ce que vous faites aujourd'hui, mais il nous a semblé extrêmement intéressant de développer des situations un peu plus compliquées pour vous montrer tout le champ des possibles et tous les réflexes que vous pouvez avoir au niveau de ces négociations. La parole est à Claude.

Claude Lienhard

Merci beaucoup ! Vous avez compris à ce stade que le divorce par consentement mutuel conventionnel est maintenant une partition qui est composée et interprétée à quatre mains. Les négociations, c'est la seconde phase du processus qui va mener à la co-rédaction de la convention. Il n'y a plus d'instances. Il n'y a plus de procédures.

On est dans un processus contractuel qu'on peut qualifier de général et de spécial et sans doute dans un cadre sui generis. L'objectif de la négociation, c'est d'aboutir à l'entente qui se concrétise par un accord, qui se matérialise par une convention qui prend la forme d'un acte d'avocat. C'est l'article 229-1 du Code civil. Cela implique un changement de culture des avocats qui vont constituer ce binôme nécessaire et obligatoire. Cela implique la nécessité d'un travail organisé en commun préalablement en termes de méthodes, d'outils et de normes. Cela a déjà été dit ce matin : les deux avocats sont co-responsables. Les deux avocats vont être co-rédacteurs. Les deux avocats sont ensemble les chefs d'orchestre de ce divorce. Ils vont piloter l'intégralité du processus et ils sont également comptables d'une durée prévisible qui va nous être demandée par nos clients, d'où l'importance du binôme qui va se former, d'où l'importance de son bon fonctionnement. Aujourd'hui, il n'y a plus (cela a déjà été dit) de rattachement territorial nécessaire. On a vu disparaître le juge aux affaires familiales qui avait le contrôle des consentements, le contrôle des équilibres, qui était garant de la protection des intérêts des enfants et des époux, et ces deux fonctions nous ont été confiées, et cela a été rappelé par le garde des Sceaux ce matin, aux avocats par l'État. Et il faut en être conscient dans tout le processus. C'est-à-dire que l'objectif de contrôle, de vérification et d'équilibre doit irriguer tout le processus, le processus d'audit qu'on a vu tout à l'heure, le processus de négociation, puis le processus de rédaction qui va arriver à la signature.

L'enjeu, pour nous, c'est sans doute de scénariser ce nouveau divorce par consentement mutuel, de lui rendre un certain caractère solennel à cet acte de divorcer et la signature doit avoir été précédée d'un processus qui doit répondre à un minimum de normes, parce que seule cette normalisation sera une garantie de sécurité et de véracité. Cela veut dire d'abord que les négociations doivent être réelles, qu'elles doivent être traçables et elles doivent être effectives. Cela exclut les dérives qu'on a déjà constatées de divorce low cost, qui sont sources d'insécurité, ou encore des approches communautaires. Il ne doit pas y avoir d'avocat dominant et d'avocat dominé. Les négociations impliquent des vérifications effectives, une exhaustivité des points à régler, sur chacun des points, un contrôle rigoureux, une loyauté qui est affichée dès le départ. C'est la déclaration sur l'honneur. On est tous d'accord sur cette nécessité autour de cette table. Et il faut avoir toujours le souci de protection des intérêts équilibrés des deux époux et des enfants. L'article 229-3 du Code civil rappelle que le consentement ne se présume pas. C'est-à-dire que le consentement va se construire, qu'il va s'élaborer et qu'il doit être éclairé sur chacune des clauses de la convention. Cela suppose qu'il y ait une vérification de la part de chacun des avocats et des deux avocats de la bonne compréhension des concepts, de tous les éléments des accords à court, moyen et long terme, puisqu'on aura notamment envisagé les possibilités de révision.

Une attention particulière doit être portée lorsque les époux ne maîtrisent pas clairement la langue française. C'est l'article 1146 du CPC qui prévoit avec une traduction de la convention et des annexes, et il faudra peut-être aussi, si les avocats n'ont pas les capacités linguistiques, la présence d'un interprète ou d'un traducteur au moment

de la signature. La négociation est confidentielle. C'est-à-dire que l'échange des courriers, des réunions, des pièces reste confidentiel jusqu'à la signature. Cela suppose également qu'on a eu une réflexion et un débat sur cela. Ce sont des choses qui ne sont peut-être pas fixées, que l'envoi du projet qui est une lettre d'un avocat à son client est une lettre confidentielle jusqu'à l'expiration du délai. Là encore, on peut y réfléchir, mais la première analyse nous amène à ce résultat. Il y a également à bien réfléchir à la confidentialité dans les relations avec le notaire choisi s'il participe ou non aux négociations, ou à la rédaction d'une partie des actes même si les actes notariés ne sont pas nécessaires. Dans ce cas-là, la confidentialité devra être rappelée dans tous les échanges.

Et puis, comme nous sommes soumis pour partie au droit des contrats, l'article 1112-2 du Code civil rappelle que celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun.

*“ Nous connaissons ce que sont
les repères du juge et nous travaillons
dans l'ombre portée du tranchant
judiciaire ”*

Comment vont se dérouler ces négociations ? Il y a au minimum deux phases. Il nous semble qu'elles doivent débuter par un échange épistolaire, préalable qui est la phase 1. Après que chacun des avocats a effectué l'audit qu'il doit faire, on va échanger sur le principe du divorce, s'assurer qu'on est d'accord des deux côtés et on va également lister l'ensemble des effets du divorce qui va se traduire par l'ensemble des clauses qui vont être rédigées par la suite. Ces échanges vont se faire par des courriers qui devront être documentés, et ce seront de futurs éléments probatoires, également de notre devoir de conseil. C'est à ce moment-là que doit être envisagée la déclaration sur l'honneur, et on doit garder la traçabilité de tout. Phase 1 : la phase épistolaire.

La phase 2, a minima, c'est une réunion commune. Il peut y en avoir plus, mais il faut au moins une réunion commune en présence physique des deux époux et des deux avocats. C'est cette réunion qui permettra de confirmer le bon choix du divorce et qui permettra de donner l'information éclairée sur l'ensemble des points de la convention. C'est lors de cette réunion commune que doit être abordé le point essentiel qu'est l'information de l'enfant mineur. On décidera si elle se fait en commun ou pas. On éclairera sur le discernement. On reprendra l'ensemble de tous les points de la convention. On décidera éventuellement aussi lors de cette réunion commune quelles sont les annexes probatoires et décisives que l'on annexera à la convention au moment de la signature. Là aussi, par exemple, il est tout à fait concevable qu'on y annexe la déclaration sur l'honneur, mais également les projections qu'on aura en termes de retraite des époux si ces éléments ont été des éléments qui nous ont amené à décider ou non de la prestation compensatoire. Lors de cette réunion commune, on va également choisir le notaire, puisque le notaire, son

nom doit être intégré dans la convention. On va décider de la mission du notaire. Est-ce que ce sera une mission simple ? Enregistrement dépôt. Ou est-ce que ce sera une mission plus compliquée, parce qu'il y a un bien immobilier et c'est obligatoire ou même s'il n'y a pas de biens immobiliers, parce qu'on a choisi d'associer le notaire. Et je pense, comme cela a déjà été dit que nos deux professions doivent travailler de façon complémentaire. C'est aussi à ce moment-là que l'on peut décider par exemple de faire expertiser des parts de sociétés par un expert-comptable. C'est également lors de cette réunion unique qu'on pourra faire le choix, si on veut le faire, d'aller vers une procédure participative, d'utiliser les processus collaboratifs, d'utiliser une médiation. Ce sont tous ces outils qui sont désormais à notre disposition. Il est important, dans cette réunion (j'y reviens un instant) sur le choix du notaire, qu'à l'issue de cette réunion, à supposer qu'il n'y ait qu'une seule réunion qui soit la réunion unique, on ait décidé également du processus, des modalités du dépôt par une transmission par une lettre commune. Ce sont des éléments qui doivent être choisis immédiatement. On va également lister comme je vous l'ai dit, l'intégralité des pièces qui nous seront nécessaires. Et on aura toujours en background ce que j'appelle les règles de l'art et les guides des bonnes pratiques, car certes, le juge a disparu du processus d'homologation, mais les avocats que nous sommes, nous connaissons la pratique judiciaire. Nous connaissons ce que sont les repères du juge et nous travaillons, je dirais, dans l'ombre portée du tranchant judiciaire et nous avons ce recul judiciaire qui fait que certaines clauses ou certaines demandes de nos clients ne seront pas acceptables, parce qu'elles ne seraient pas acceptées par le juge. Cela, nous le savons. Voilà pour cette phase de négociations.

Maintenant, Stéphane va prendre la parole pour la place du notaire dans la phase de négociations.

Stéphane David

Cette place sera différente selon que le dossier contient des biens immobiliers ou non. Si le patrimoine des époux contient des biens immobiliers, le rôle du notaire, nécessairement, va être un rôle accru. Nous allons travailler main dans la main avec les avocats (vous l'avez déjà laissé entendre) à l'élaboration de cet accord pour lui donner forme et force juridique. Et je pense que dès le début des négociations, il faudra prendre attache avec un notaire et nous travaillerons alors en synergie, comme nous l'avons toujours fait d'ailleurs dans les divorces par consentement mutuel judiciaires. Il y aura, d'une part, le fond qu'il faudra traiter en amont, parce que l'on sait que ce travail-là suppose parfois des semaines, voire des mois de négociations, lorsque le dossier soulève des difficultés quant aux attributions, quant à la détermination du montant de la soulte ou encore quant aux mouvements de valeur. Mais au-delà du travail de fond, il faudra rapidement avoir trait à la mise en œuvre de l'accord. Je songe bien évidemment au financement de l'opération et à la mobilisation des fonds, parce qu'il est une chose de se mettre d'accord sur le montant d'une soulte et sur le montant d'une prestation compensatoire, car les deux questions sont souvent liées, il en est une autre, ensuite, de financer l'opération. En conséquence, même dans des dossiers qui paraissent relativement simples sur le fond où manifestement les époux sont d'accord sur les sommes qui vont être

transférées de l'une à l'autre, il va falloir s'interroger très rapidement sur cette question du financement de l'opération, sur la mise en place d'un prêt éventuel. Il y a des prêts qui peuvent aussi courir entre les époux si les époux sont communs en biens ou sont propriétaires de biens en indivision. Il va alors falloir s'inquiéter de la décharge du conjoint qui ne se voit pas attribuer les biens en question. Toutes ces questions-là doivent être envisagées en amont et supposent une relation étroite entre nos deux corps de profession.

Il en ira différemment bien évidemment dans l'hypothèse où il n'y a pas de bien immobilier, auquel cas, le notaire intervient en bout de chaîne. Nous développerons cette question un peu plus tard, mais notre rôle en pareille occurrence est en retrait. Néanmoins, parce que la convention doit préciser le nom du notaire dépositaire, je ne saurais trop vous conseiller de vous mettre rapidement en relation avec ce notaire et de le sonder pour savoir s'il accepte d'intervenir et dans quelles conditions. Encore une fois, nous développerons cette question, certains de mes confrères étant demandeurs de recevoir les parties, même si la loi ne le prévoit pas. Toutes ces difficultés doivent être envisagées le plus tôt possible dans le dossier, me semble-t-il.

Béatrice Weiss-Gout

Sur ce rôle du notaire dans les négociations, il y a deux aspects. Il faut déterminer le notaire qui fera le dépôt et le notaire dont on a besoin, parce qu'il aura à rédiger un acte. Je rappelle quand même qu'il y a deux actes qui doivent obligatoirement être rédigés par le notaire, lorsqu'il y a une liquidation qui comporte des biens immobiliers, et lorsqu'il y a une prestation compensatoire qui porte sur un bien immobilier. Dans ces deux cas, il y a de toute façon un notaire qui va être en partie rédacteur de notre acte. Mais il peut également intervenir parce qu'il y a des problématiques particulières que les avocats veulent lui soumettre. Il est donc, à ce moment-là un professionnel extérieur. Claude a souligné le point, et je pense qu'il faudra vraiment l'examiner, de la confidentialité des échanges dans lesquels intervient ce professionnel extérieur.

Maintenant que nous avons terminé ce chapitre négociations un petit peu rapidement, mais encore une fois, vous comprenez bien qu'on est enfermés dans un temps et qu'on veut surtout avoir balayé la question pour que vous en ayez une idée générale, nous allons passer au stade de la rédaction toujours avec Stéphane David et Claude Lienhart.

Claude Lienhart

Quelques mots effectivement sur la rédaction. Bien entendu, il y a des modèles. Il y en a déjà qui circulent. Il y a des formules. Mais cela ne dispensera jamais d'un double diagnostic et d'une appréciation in concreto. Et chaque fois qu'on aura des clauses spécifiques, elles devront être causées et motivées. Cela veut dire que la convention de divorce devra être fortement structurée, solidement charpentée, exhaustive et pédagogique. C'est du sur-mesure et pas du prêt-à-porter. Cette convention va être corédigée, co-élaborée par les deux avocats, quel que soit le scénario. Bien entendu, en pratique, on aura des situations différentes. Deux avocats spécialisés ou praticiens du droit de la famille, cela simplifiera les choses. Un avocat spécialisé et un avocat non spécialisé, ce sera encore relativement

simple. Lorsque les deux avocats seront moins familiers de la matière familiale, il faudra sans doute qu'ils y soient plus attentifs. Le contenant, c'est l'acte d'avocat dans toute sa richesse. On l'a déjà dit ce matin. La convention de divorce a des mentions obligatoires. Il y a six points qui sont d'ailleurs ceux qui ensuite, devront être contrôlés par le notaire. On doit identifier les époux et les enfants, on doit indiquer également, même si ce n'est pas dans les textes, mais c'est nécessaire, le contrat de mariage. Ensuite, on doit pouvoir identifier les avocats. Je rappelle ici, cela a déjà été dit, qu'il n'y a plus de règle de territorialité et que l'ensemble des avocats inscrits au barreau français peuvent, sur l'ensemble du territoire, être les avocats de ce nouveau divorce. Il faudra également identifier dans la convention le notaire ou l'office notarial qui sera chargé de recevoir l'acte de dépôt, d'où la nécessité du contact préalable. Il faut (et cela, on en revient à ce qui existait déjà auparavant) mentionner l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur l'ensemble des effets, c'est-à-dire la totalité du règlement des effets du divorce. Là, on va retrouver des choses que vous connaissez déjà, parce que vous êtes des praticiens avérés : une convention de divorce en deux parties avec une convention parentale. On devra simplement sans doute être un peu plus précis, un peu plus pédagogiques. On devra donner tous les éléments de compréhension concernant l'autorité parentale, les modalités d'organisation de résidence, la vie de l'enfant (ce qu'on faisait déjà), le droit de communication parents/enfants, parfois le téléphone, bien entendu la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation avec un budget. Ce budget est indispensable, surtout si on a ensuite des procédures modificatives. Ce budget va faire partie des pièces qui vont sans doute être annexées d'un commun accord à la convention. On devra également détailler dans la convention les conditions de révision des modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Pour les époux, le contenu est inchangé avec ce qui existait préalablement. Il faudra traiter du nom, de la liquidation du régime matrimonial, du sort des avantages matrimoniaux et de la prestation compensatoire. Simplement, pour la prestation compensatoire, il faudra sans doute veiller à être extrêmement précis. Je crois que tous ceux qui ont réfléchi à cette question sont aujourd'hui d'accord qu'une convention de divorce qui dirait simplement que les époux déclarent qu'il n'y a pas lieu à prestation compensatoire sera insuffisante. Il faut qu'il ressorte clairement de la convention qu'on a examiné l'ensemble des dispositions des articles 270 et 271 et suivants du Code civil et qu'on puisse vérifier que les critères légaux ont été examinés aussi bien par le créancier que par le débiteur potentiel d'une prestation compensatoire au regard de leur situation concrète. Cela devra résulter de la convention en elle-même et cela devra être éventuellement confirmé par les annexes qu'on y ajouterait, donc on n'a pas une totale liberté conventionnelle ici.

Devra également figurer la valeur des biens (CPC, art. 1144-3, qui demande que soit précisée la valeur des biens ou des droits attribués à titre de prestation compensatoire). On devra bien entendu, dans l'hypothèse où la liquidation est faite par l'acte d'avocat, au sein de l'acte d'avocat et non pas par un acte notarié, avoir une véritable liquidation avec mention de l'actif, du passif, des reprises, des récompenses, des attributions et d'une soulte. Cela,

c'est vraiment une question qui doit être prise à bras le corps et qui doit être traitée avec rigueur.

Une question à laquelle répondra peut-être Stéphane tout à l'heure, c'est de savoir quelle est la place de l'état liquidatif notarié valant règlement du régime matrimonial. Est-ce qu'il s'agit d'une annexe (ce que semble dire le décret) ? Ou est-ce que notre convention doit reprendre dans la convention les grandes lignes qui sont ensuite détaillées par le notaire ? C'est une question qui n'est pas anodine en termes de responsabilité et en termes de contractualisation de ce divorce. Là aussi, cela fait partie des choses qui devront être vues avec le notaire.

Le décret a prévu des mentions obligatoires. On doit insérer dans la convention qui fixe une pension alimentaire ou une prestation compensatoire, les modalités de recouvrement des pensions alimentaires, des prestations compensatoires ainsi que les règles de révision. Cela fait partie de ces clauses à vocation pédagogique obligatoires. On peut imaginer que les co-rédacteurs de l'acte de la convention de divorce rajoutent d'autres clauses, des clauses qui permettent la compréhension par les époux et qui permettent de rapporter la preuve que leur consentement a été éclairé. Il peut y avoir des clauses de rappel à la loi par des reprises du texte du Code civil ou de dispositions en matière fiscale. Je pense qu'il faudra simplement ne pas abuser du copier-coller pour essayer de se rassurer, mais d'user avec pertinence de ces clauses en fonction des problèmes qui auront été abordés. D'où l'importance, effectivement, de ces réunions, de ces négociations, parce qu'on aura vu émerger ce qui peut poser difficulté, et à partir de ce qui peut poser difficulté, on peut avoir les clauses pédagogiques.

On devra insérer une clause concernant les frais qui, à défaut de dispositions contraires, seront partagés par moitié entre avocats. La question des honoraires, on en a parlé tout à l'heure. Un débat est né en doctrine sur le fait de savoir si on pourrait insérer des clauses pénales à l'intérieur de ces actes de divorce. Là encore, il y a des avis aujourd'hui partagés. Certains estiment que ce serait impossible. D'autres sont plus optimistes en disant qu'effectivement, à partir du moment où ces clauses seraient motivées, causées et expliquées, elles pourraient être insérées contractuellement. Ce sera sans doute, in fine, le juge qui peut-être nous le dira un jour. Voilà, l'essentiel.

Ensuite, lorsque la rédaction sera terminée, on décidera des annexes que l'on y mettra. On y mettra de toute façon l'annexe liquidative notariée si elle est nécessaire. Sinon, on y mettra toutes les pièces que j'ai énumérées tout à l'heure dont la déclaration sur l'honneur, le budget des enfants... Et peut se poser une question qui correspond à une pratique qui existe déjà lorsqu'il y a des enfants majeurs, lesquels sont concernés par une contribution qui est versée par l'intermédiaire de l'un de leurs parents, qui est de faire porter à la connaissance de ces enfants cette partie de la convention de divorce pour la leur rendre opposable pour qu'ils en aient connaissance, pour qu'ils aient connaissance également des budgets, puisqu'ils sont susceptibles à un moment ou à un autre de retrouver toute leur liberté et la capacité qu'ils ont d'ailleurs, déjà, au moment où la signature est faite par leurs parents d'agir à l'encontre de l'un ou des deux s'ils ne sont pas satisfaits. Voilà l'essentiel.

Une fois qu'on aura terminé, on passe à la phase du projet et je laisse la parole, maintenant, à Stéphane sur l'intervention du notaire.

Stéphane David

S'agissant de la rédaction de l'état liquidatif pour reprendre ce terme impropre figurant à l'article 229-3, 5°, du Code civil, quelques changements sont à viser, mais je vais commencer par « les constantes ». Très rapidement, je vous rappelle qu'à mon sens, il ne s'agit pas à proprement parler de liquider un régime matrimonial, mais d'en opérer le règlement, ce qui n'est pas tout à fait la même chose. Liquider, c'est fixer les droits des parties. Régler le régime matrimonial, c'est fixer le sort des biens. Or, sauf à me tromper, dans un divorce par consentement mutuel, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire, il s'agit de fixer le sort des biens, soit par le biais d'un partage, soit éventuellement par le biais d'une convention d'indivision si les époux entendent demeurer dans l'indivision. D'ailleurs, on peut tout à fait imaginer que certains actes cumulent un partage partiel et une convention d'indivision. En tout état de cause, on ne saurait s'arrêter à la simple liquidation des droits. Il s'agit là d'un rappel de bon sens qui m'est apparu nécessaire dans la mesure où la loi a retenu le terme qui était déjà le sien à l'article 1091 du Code de procédure civile et qu'elle évoque la possibilité d'établir un « état liquidatif ». De la même façon du reste, il est mentionné que vous pouvez indiquer dans la convention (je dirais qu'en tant que notaire, cela ne me regarde pas, parce que manifestement, il n'y a pas de bien immobilier dans ce cas-là) « qu'il n'y a pas lieu à liquidation ». Là encore, l'erreur est patente. Il faut toujours liquider le régime matrimonial. Certes, il peut ne plus exister de bien, mais il y a peut-être eu des mouvements de valeur entre les époux, soit sous forme de récompenses, soit sous forme de comptes d'indivision, soit sous forme de créances entre époux. Il faut le mentionner. C'est déjà liquider que de mentionner qu'il n'y a pas eu de mouvements de valeur entre les parties. Du reste, en communauté, il serait de bon ton également de fixer la date de dissolution de cette communauté. En tout état de cause, il y a un minimum liquidatif à faire. Il me semble donc que la formule « il n'y a pas à le liquider » est une formule dangereuse.

Toujours s'agissant de ces idées répandues mais erronées, je sais qu'il est parfois pratique d'opérer une liquidation distributive, notamment en régime de communauté, le notaire se chargeant de liquider (même si le terme est impropre) les biens immobiliers alors que l'avocat se charge de liquider les biens mobiliers. Là encore, il me semble que cette pratique n'est pas la bonne. Une communauté est « une et indivisible » et on ne saurait scinder au sein de celle-ci, d'une part, les biens meubles et, d'autre part, les biens immobiliers. À partir du moment où il y a un bien immobilier, l'acte doit être notarié (C. civ., art. 835, al. 2) et doit porter sur l'ensemble des biens de communauté. Je n'aurai bien évidemment pas le même raisonnement en régime séparatiste où l'on pourrait traiter des indivisions de manière disparate. De la même façon, l'on peut envisager un problème qui est récurrent dans nos dossiers, lequel consiste à dissimuler parfois le partage de meubles antérieurs. Et quand on parle de meubles antérieurs, vous savez de quels meubles je veux parler. Je parle des liquidités, du prix de vente d'un bien qui a été vendu. Je vous rappelle qu'il est possible effectivement de ne pas révéler

ce partage (j'allais dire au juge), je penserai désormais à l'administration fiscale uniquement... En revanche, dans l'hypothèse où il n'y a pas que des biens meubles, à partir du moment où vous êtes tenus, en tant qu'avocats, de faire un acte, parce qu'il y a des mouvements de valeur, ou nous, en tant que notaires, parce qu'il y a des biens immobiliers, l'acte doit alors porter sur l'ensemble des biens de la communauté, ce compris les meubles meublants, ce compris les liquidités, ce compris le partage du prix de vente antérieur, en tout cas, ce qu'il en reste sur les comptes. Encore une fois, en communauté, nous n'avons pas le choix et on ne peut pas nous opposer que l'on peut faire un partage partiel, parce que si l'on dissimule une partie des liquidités ou le partage du prix de vente antérieur, il ne s'agit pas là d'opérer un partage partiel, mais d'établir une liquidation incomplète, ce qui n'est pas la même chose. Dans un partage partiel, je liquide et je recense tous les biens de ma communauté, mais certains de ces biens sont partagés alors que d'autres sont laissés en indivision. C'est cela, un partage partiel, mais le partage partiel suppose de recenser au préalable tous les biens de la communauté. Si je ne recense pas tous mes biens de la communauté, en réalité, je ne suis pas en train d'opérer un partage partiel, mais une liquidation qui est incomplète, laquelle, à mon sens, est prohibée par les textes. Je ne tiendrai pas le même raisonnement en régime séparatiste où nous avons une plus grande souplesse, parce que nous ne sommes pas confrontés à un patrimoine similaire à celui de la communauté. Ce n'était ici que des rappels, parce que pour le coup, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire ne change rien à ces données de fond.

“ Il va falloir transmettre aux parties un projet ciselé ”

Quelques changements s'agissant de la rédaction de notre acte dans un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire. En réalité, il y a peu de changements lorsque nous intervenons en tant que notaire liquidateur. Cela suppose qu'il existe des biens immobiliers. Cela n'empêche pas bien évidemment que vous puissiez vous retourner vers nous en présence de biens uniquement mobiliers si tel est votre souhait. Cela étant dit, qu'est-ce qui change pour nous ? Comme pour vous, il va falloir transmettre aux parties un projet ciselé. Il ne me semble pas l'avoir entendu jusqu'à présent. Quand vous transmettez le projet (parce que nous allons y venir) de convention au client pour respecter le délai de réflexion de 15 jours, nul doute à mes yeux que le projet notarié doit vous avoir été transmis pour que vous transmettiez l'ensemble des documents aux parties. Il m'a déjà été posé la question à plusieurs reprises par vos confrères qui avaient tendance à croire qu'ils envoyaient de leur côté le projet de convention sans viser nécessairement le projet notarié. Il va sans dire que c'est l'ensemble des documents qui doit être soumis au délai de réflexion de 15 jours. Cela veut dire pour nous un travail en amont évident, parce que c'est un projet ciselé qui doit vous être transmis pour être ensuite adressé à vos clients. Je reviens donc, très rapidement sur la nécessité d'anticiper sur le financement de l'opération. Il me semble que compte tenu des délais qui vont se raccourcir, en tout

cas dans l'esprit de nos clients à qui « on a vendu » un divorce encore plus rapide et encore plus simple, l'hypothèse où la soulte ou les versements pourront se faire dans la foulée seront plus rares qu'avant. Souvent, si on veut se conformer aux délais souhaités, il va falloir prévoir des paiements à terme, donc des garanties dans nos actes ou alors il faudra envisager la signature d'un acte dans un délai de deux à trois mois après l'envoi du projet pour permettre aux banques de débloquer les fonds au moment en vue de ladite signature, à l'instar d'un acte de vente.

D'autres changements à noter peuvent éventuellement vous intéresser. Je reviens sur l'idée qu'à mon sens, l'acte notarié doit constituer une annexe à la convention de divorce. J'ai du mal à croire que notre acte notarié portant règlement du régime matrimonial soit une annexe comme une autre. J'aurais tendance à dire qu'il y aura un contrat principal et un contrat accessoire. Si notre acte est une annexe, est-ce qu'il est couvert par le champ contractuel ? J'ose croire évidemment que oui, mais ce sont toutes ces interrogations qui fleurissent au gré des nouveaux textes.

Une autre petite subtilité est peut-être à mentionner. Nous reparlerons de ce que j'appelle, le « circuit court » et le « circuit long » : le circuit long est celui qui est envisagé par la loi avec un va-et-vient entre notre étude (signature de l'acte notarié de règlement du régime matrimonial ou de dation en paiement à titre de prestation compensatoire), votre cabinet (signature de la convention de divorce) puis encore notre étude (signature de l'acte de dépôt), et le circuit court, lequel consiste à signer l'ensemble des trois actes chez le notaire.

Je voudrais simplement mentionner, à cet égard et s'agissant du coût de l'acte, qu'à partir du moment où vous optez pour un circuit long, nous serons obligés d'enregistrer notre acte portant règlement du régime matrimonial, et il en coûtera 125 € de droit fixe à vos clients alors que si les trois actes sont signés dans la foulée, ce droit fixe disparaîtra au bénéfice d'un droit proportionnel. Voilà ce que je voulais mentionner sur la rédaction de l'acte notarié portant règlement du régime matrimonial.

Béatrice Weiss-Gout

Parfait. Merci Stéphane, cela augure bien de la suite de notre débat, puisque là, nous nous approchons du moment un peu politique, la signature et le dépôt. Dans « signature, dépôt et dernières diligences » pour que vous suiviez bien, on va d'abord parler du délai de 15 jours, c'est-à-dire de l'envoi du projet aux époux, et de comment on travaille sur ce délai. Ensuite, sur la signature elle-même et le dépôt, on a choisi de vous présenter deux interventions : Stéphanie qui vous dira ce que dit la loi, puisqu'en réalité, cela nous convient parfaitement, et puis Stéphane David. Le ministre nous a dit que nous étions les champions du contradictoire, donc il faut le respecter aussi vis-à-vis des autres professionnels ; dans cet esprit nous donnerons la parole au notaire, Stéphane, qui nous dira en quoi cette loi et ces dispositions qui nous conviennent à nous, avocats, posent vraiment des problèmes aux notaires. Puis, on vous donnera quelques recommandations à ce stade, mais franchement, ce sont les pratiques qui diront les choses. Ensuite, on vous parlera de la transcription, de l'enregistrement et des droits à payer.

Première étape : le délai de 15 jours avant la signature. On envoie les projets et je laisse la parole à Stéphanie.

Stéphanie Travade-Lannoy

Effectivement, je vais commencer par cette grande nouveauté. Chaque avocat doit envoyer à son client le projet de convention par lettre recommandée avec accusé de réception. C'est l'article 229-4 du Code civil qui nous l'impose. Et la date de réception de ce courrier fait partir un délai de 15 jours, qui est un délai de réflexion, et avant l'expiration duquel la convention divorce ne peut pas être signée à peine de nullité. Attention, Stéphane l'a dit, mais je le répète, si la liquidation doit être faite par acte notarié, parce qu'il y a des biens immobiliers, il faut absolument que soit joint à notre convention le projet d'acte notarié et il en va de même des différentes annexes : la déclaration sur l'honneur et toutes celles qu'on aura décidé d'annexer. Cette nouvelle exigence soulève un certain nombre de questions qu'on a essayé de répertorier.

La première, c'est : comment est-ce qu'on compte ce délai ? Est-ce qu'il s'agit juste des jours ouvrables ou de tous les jours ? Dans la mesure où il n'y a pas de précisions dans la loi, il faut en déduire que chaque jour compte.

Deuxième question : le délai part à compter de la réception. Qu'est-ce que veut dire « la réception » ? C'est a priori la première présentation de la lettre qu'on aura envoyée à notre client.

Troisième question : est-ce que le client doit signer lui-même le recommandé et que se passerait-il si c'est son époux ou son épouse qui le signe, ce qui n'est pas complètement improbable étant donné que pendant cette période, ils peuvent encore vivre sous le même toit ? A priori, pas de réponse toute faite, mais pour éviter toute difficulté, il vaudra mieux que le client signe lui-même l'accusé de réception, et donc s'organiser en conséquence avec son client pour savoir quand il sera disponible pour récupérer la lettre. Sinon, il existe une lettre recommandée électronique qui est très intéressante, puisqu'elle permet d'envoyer la lettre sous forme de mail 7 jours sur 7, 24/24h et même à l'étranger. Alors évidemment, on ne peut pas savoir qui va ouvrir le mail, mais a priori, à partir du moment où c'est un mail personnel, on peut imaginer que c'est le client lui-même. Et cette lettre recommandée électronique a l'avantage d'établir la preuve du contenu de la lettre, puisqu'on va savoir ce qu'il y aura dans cet envoi, ce qui n'est pas le cas du recommandé classique. Je pense qu'il faudra sans doute généraliser ce système que les notaires utilisent déjà et qui fonctionne bien d'après ce que j'ai entendu dire. C'est sur le site de La Poste.

Béatrice Weiss-Gout

Cela permet d'envoyer une lettre 7/7j, sous forme de mail 24/24h.

Stéphanie Travade-Lannoy

Autre question : est-ce qu'on pourrait envisager une remise en main propre plutôt qu'un recommandé ? Là, je crois qu'il faut être clair. La réponse est non, parce que le texte prévoit expressément une lettre recommandée avec accusé de réception, ce qui est assez logique, puisque la remise en main propre ne permet pas de fixer la date et que la remise pourrait être antidatée.

Y a-t-il un délai supplémentaire si un client habite à l'étranger ? Non, ce n'est pas prévu et c'est assez logique, puisque comme c'est la date de réception qui compte, cela ne change rien s'il habite loin.

Autre question : est-ce que nous allons devoir nous synchroniser pour envoyer les actes ? C'est mieux si nous l'envoyons en même temps, mais c'est compliqué d'autant que c'est la réception qui compte et non, l'envoi. Il y aura peut-être un petit décalage. En tout état de cause, c'est le délai le plus long qui comptera pour savoir à quel moment on peut signer.

Autre question qu'on s'est posée : est-ce que le client doit répondre à cette lettre pour confirmer son accord ? À notre sens, non. Le fait qu'il signe ensuite la convention suffit à matérialiser son accord, donc évitons la multiplication des étapes. Attention dans la lettre qu'on envoie à nos clients à ne pas lui demander de confirmer son accord sur le projet ou nous faire part de ses observations. Il faut vraiment que quand on arrive à cette étape-là, on ait déjà l'accord de nos clients sur le projet. Évidemment, ils peuvent toujours changer d'avis, mais il faut qu'on ait quand même un projet finalisé.

Béatrice Weiss-Gout

En réalité, ce qu'on peut dire vraiment, c'est que cette étape est très processuelle, donc l'accord du client, il faut l'avoir plus ou moins recueilli avant. Et au moment où on envoie le document, c'est qu'on s'est mis d'accord sur ce projet ; la lettre peut être ainsi rédigée : « Vous nous avez donné votre accord sur le projet, voici le projet ! Vous avez un délai de 15 jours pour vous rétracter et à partir du délai de 15 jours, on pourra signer ». Il y a des modèles qui commencent à circuler. La conférence des bâtonniers en a fait un. L'institut du droit de la famille va en faire un, mais vraiment, cette étape-là de l'envoi est une étape extrêmement formelle il faut absolument que ce soit le texte définitif et nous, aujourd'hui, notre recommandation, c'est de dire que même si on change une virgule, on est obligés de recommencer le processus, donc il faudra faire très attention.

Stéphanie Travade-Lannoy

Passons à la signature et au dépôt.

Béatrice Weiss-Gout

Cette partie, c'est le cœur de notre débat, signature et dépôt. Encore une fois, ce que nous avons choisi, c'est de vous lire exactement ce que dit la loi et comment les choses doivent se passer selon la lettre de la loi. Ensuite, la parole au notaire et une petite conclusion sur ce passage.

Stéphanie Travade-Lannoy

Ce qui est prévu par la loi et par le décret : la première étape, c'est la signature. Sur la signature, la loi nous dit deux choses : la première, c'est que les époux et les avocats doivent signer ensemble. C'est l'article 1145 du CPC. C'est donc la fin de la signature tournante pour nous, puisque nous devons être tous les quatre physiquement au même endroit. La loi ne dit pas qu'il faut signer chez le notaire. Elle ne l'interdit pas non plus. Il faut signer trois ou quatre exemplaires (CPC, art. 1145), un pour chaque époux, un pour le notaire pour qu'il puisse procéder au dépôt au rang de ses minutes et un quatrième exemplaire s'il y a lieu pour permettre la formalité de l'enregistrement et qui sera donc conservé par l'un ou l'autre des avocats s'il n'y a pas d'acte liquidatif notarié et que c'est à eux de procéder à l'enregistrement ou sinon, par le notaire liquidateur.

Deuxième étape : la transmission des actes au notaire. Qui s'en charge ?

Béatrice Weiss-Gout

Pardon, juste un mot : les avocats n'ont pas d'originaux de la convention.

Stéphanie Travade-Lannoy

Non, les avocats ne conservent pas d'originaux. En tout cas, c'est ce que dit la loi. Qui se charge de la transmission des actes au notaire ? La loi nous dit qu'elle est faite par l'avocat le plus diligent à la requête des parties, donc il faut prévoir dans la convention lequel des deux avocats sera chargé de cette mission.

Troisième point : quel notaire ? On en a parlé longuement, il faut s'être posé cette question dès le départ et il faut s'être assuré de l'accord du notaire avant, puisque comme on va indiquer son nom dans la convention, il faut qu'on soit sûrs. Et il sera plus prudent de mettre le nom de l'étude au cas où le notaire serait indisponible le jour de la signature ou qu'il aurait quitté l'étude entre-temps, ce qu'on peut toujours imaginer. Contrairement à ce qui a été dit à un moment donné, ce notaire qui va procéder au dépôt peut tout à fait être celui qui va liquider le régime matrimonial et pour des raisons pratiques, ce sera sans doute le cas dans la majorité des situations. Et je vous redis qu'il n'existe aucune territorialité et que ce notaire peut être n'importe où en France.

Il existe un délai pour transmettre ces actes au notaire. La loi prévoit que la convention doit être transmise dans un délai de 7 jours suivant la date de signature de la convention. Aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de ce délai, mais il faut faire très attention, puisque cela pourrait donner lieu à une action en responsabilité contre nous, notamment si un des époux meurt entre-temps ou change d'avis alors que l'avocat n'aura pas transmis la convention au notaire dans le délai qui lui est imparti, puisque la loi prévoit que les époux peuvent saisir le juge jusqu'au dépôt de la convention.

“ Ce qui rend le divorce existant et définitif, c'est le dépôt chez le notaire ”

Béatrice Weiss-Gout

Oui, parce qu'on est bien d'accord, la signature n'équivaut pas à notre ancienne audience. C'est-à-dire que le divorce n'est pas prononcé, n'existe pas encore complètement le jour où on signe la convention. Ce qui rend le divorce existant et définitif, c'est le dépôt chez le notaire, donc évidemment, toute cette problématique dont on va parler, les incidents entre la signature et le dépôt sont des problématiques qu'il faut éviter le plus possible.

Stéphanie Travade-Lannoy

Comment on remet ces documents au notaire ? Soit par lettre recommandée, cela nous permettra de nous ménager la preuve du respect de notre délai de 7 jours et cela permettra aussi d'acter avec certitude du point de départ du délai dont je vais vous parler après, qui est le délai dont le notaire disposera ensuite pour procéder au dépôt, soit

plus simple par une remise en main propre contre reçu le jour de la signature si cette signature s'est faite chez le notaire et qu'il dépose l'acte dans la foulée.

Nous passons donc, à la troisième étape qui est le dépôt au rang des minutes. La loi prévoit que la convention est déposée au rang des minutes d'un notaire. Quel est le rôle du notaire dépositaire tel qu'il ressort de la loi ? Il n'a évidemment rien à voir avec celui qu'avait le juge auparavant. La loi le limite à deux contrôles qui sont clairement définis. Premièrement, c'est le contrôle du respect des exigences formelles prévues au 1° à 6° de l'article 229-3 que nous a détaillé Claude dans la partie rédaction, c'est-à-dire qu'il va vérifier que la convention comporte bien les mentions obligatoires qu'elle doit contenir et les modalités de règlement du divorce sans contrôler à aucun moment le fond de ces mesures ni la réalité du consentement des époux, puisque ce contrôle revient désormais aux avocats et nous l'aurons fait avant.

Deuxième contrôle, c'est la vérification du respect du délai de réflexion de 15 jours dont je viens de vous parler. Il faudra donc que les avis de réception des recommandés que nous aurons envoyés à nos clients soient fournis au notaire.

Ensuite, le notaire dispose d'un délai de 15 jours suivant la date de réception de la convention pour procéder à ce dépôt. Encore une fois, aucune sanction n'est prévue en cas de non-respect de ce délai, mais c'est dangereux, pour la responsabilité des notaires cette fois.

Quels sont les effets du dépôt ? Dans la mesure où les époux peuvent jusqu'au dépôt, saisir le juge d'un contentieux, c'est le dépôt au rang des minutes et non la signature qui donne ses effets à la convention comme vient de le dire Béatrice. C'est donc à cette date que le mariage est dissout. Évidemment, il n'y a aucune voie de recours, puisqu'on n'est plus devant le juge, là où on pouvait avant faire un pourvoi en cassation pendant 15 jours. Et ce dépôt confère à la convention date certaine et force exécutoire.

Le notaire va ensuite nous délivrer une attestation de dépôt qui mentionne l'identité des époux et la date du dépôt et c'est cette attestation qui permettra de justifier du divorce à l'égard des tiers.

Je vais laisser la parole à Stéphane sur les difficultés que posent pour les notaires ces dispositions légales.

Stéphane David

Je vous remercie. Que l'on soit bien d'accord et pour éviter toute mauvaise interprétation des propos qui vont suivre, notre profession est courroucée, c'est vrai, mais elle ne l'est pas contre votre profession. Elle l'est à l'encontre des textes qui ont été prévus, parce qu'ils malmènent notre profession. Le notaire se voit confier un rôle qui est un rôle purement administratif concernant un acte de dépôt qui produit pourtant des effets importants (date certaine, force exécutoire et surtout, les époux seront divorcés par cet acte de dépôt). Le notaire se voit confier un rôle purement administratif et se demande in fine quelle sera sa responsabilité par rapport à cet acte. On peut accepter, le cas échéant, de se voir confier un rôle minimaliste avec une rémunération minimaliste si la responsabilité va de pair. Notre souci aujourd'hui, c'est de savoir si notre responsabilité in futurum sera du même acabit que le rôle

qui nous a été confié, et les textes inhérents à notre profession laissent planer un certain nombre de doutes à ce sujet-là.

Très objectivement, il existe quatre points qui nous posent difficulté si l'on suit le circuit long tel qu'il a été prévu par les textes, et voilà pourquoi j'aurais tendance dans certains cas à susurrer l'hypothèse d'un circuit court. Il y a donc quatre points qui nous posent difficulté et encore une fois, ce n'est pas par volonté de fronde, mais simplement, parce que les règles inhérentes à notre profession nous posent difficulté. J'imagine que la plupart d'entre vous seraient très mal à l'aise d'être responsables d'un acte qu'ils n'ont pas rédigé. C'est exactement la situation qui est la nôtre. On nous confie la responsabilité d'un acte dont nous ne sommes pas l'auteur, donc vous comprendrez que de prime abord, cette situation est gênante.

Quels sont les quatre points qui nous posent difficultés ? Le premier point est inhérent à notre profession. Lorsque nous faisons un acte de dépôt, nous donnons une authentification à l'acte que nous déposons. Et pour donner cette authentification et donc, force exécutoire à cet acte, nous suivons un processus d'authentification ; c'est une règle de base chez nous : il faut que l'on s'assure du consentement des parties par le biais d'une reconnaissance d'écriture et de signature. On ne connaissait pas, jusqu'à cette loi, le dépôt d'un acte au rang de nos minutes sans assurer ce contrôle minimum par le biais d'une reconnaissance de signature et d'écriture. Le législateur n'a pas eu d'autre choix que de nous dispenser de ce rôle-là, puisque l'acte d'avocat, précisément, vaut reconnaissance de signature et d'écriture. Donc, les pouvoirs publics étaient confrontés à un dilemme qu'ils ont résolu de la manière que vous connaissez. L'acte qui consacre la convention de divorce est un acte d'avocat. Vous assurez ce contrôle-là, mais du coup, ce contrôle qui est habituellement inhérent à l'acte de dépôt nous a été retiré. Je dirais qu'il n'y a rien à redire si ce n'est que notre profession voit sa fonction écornée. Je comprends que cet argument puisse vous laisser quelque peu indifférent, mais sachez que nous sommes, quant à nous, « vent debout » contre ce dépôt *sui generis*.

Je passe ensuite à un deuxième argument. J'ai bien conscience que nous allons donc donner force exécutoire à un acte sans opérer de contrôle de fond, en se contentant d'un contrôle purement formel. Dont acte. Il faut avancer. Là où j'ai un souci, c'est que le garde des Sceaux lui-même, dans un communiqué de presse qui rappelait récemment que le notaire n'avait aucun contrôle de fond à opérer, qu'il n'avait pas à recevoir les parties, admettait quand même, quelques lignes plus bas, que si la convention présentait certaines contrariétés à l'ordre public, le notaire devait en informer l'avocat. Et là, je commence à m'interroger. Comment, moi, qui veux opérer un simple contrôle formel très rapide, peu rémunéré, et sans responsabilité, je vais pouvoir déceler une contrariété à l'ordre public ? Il va falloir quand même que je lise un tant soit peu votre convention. Et là, on commence à être confronté aux limites du système. Est-ce que je dois vérifier la contrariété de la convention à l'ordre public ? Est-ce que j'ai un minimum de contrôle de fond à opérer ? Si on répond par la négative à cette question, est-ce que je ne serai pas responsable, en tant que notaire, d'une convention que je dépose au rang de mes minutes et qui serait contraire à l'ordre public ? Voilà une interrogation

qui commence à transcender ma vision qui pouvait vous paraître un peu minimaliste avec la question liée au processus du dépôt habituel.

Troisième interrogation : entre la signature de la convention chez l'avocat et le dépôt chez le notaire, il peut se passer au maximum, a priori, trois semaines. Quand je vais déposer cet acte au rang de mes minutes, les parties ne seront pas face à moi, si je suis dans l'optique d'un circuit long ; qu'est-ce qui m'assurera alors que leur volonté est toujours persistante ? Qu'est-ce qui m'assure que l'un d'entre eux n'a pas initié une procédure judiciaire ? Vous allez me répondre que si l'une des parties agit sur le plan judiciaire, elle va en informer son conseil et son conseil va revenir vers le notaire. Certes, mais ai-je cette certitude à 100 % ? Qu'est-ce qui m'assure que l'une des deux parties ne vient pas de décéder dans l'heure qui précède le dépôt de mon acte au rang de mes minutes ? Au final, je n'ai aucune certitude sur le fait qu'au moment où je dépose la convention au rang de mes minutes, il y a une persistance de la volonté de l'une des parties.

Quatrième et dernière interrogation : l'article 862 du CGI nous fait obligation, à nous notaires, de nous assurer que lorsque nous déposerons des actes au rang de nos minutes, nous soyons provisionnés ou nous ayons au moins l'assurance que les sommes destinées à être réglées à l'administration fiscale aient bien été provisionnées par les parties. Ce qui veut dire que nous devrions à minima vérifier, lorsque vous nous soumettez une convention pour que nous la déposions au rang de nos minutes, que vous avez provisionné les fonds, sauf à ce que vous nous demandiez de procéder à la procédure d'enregistrement, ce qui est déjà parfois le cas. Nous devrions vérifier que vous avez provisionné les fonds en question et, si on devait vraiment aller au bout du système, nous devrions nous assurer que la base taxable a bien été calculée. Autrement dit, on devrait opérer un contrôle à minima de la légalité fiscale de l'acte. Voilà les quatre points qui sensibilisent ma profession et qui nous poussent à envisager, à proposer un circuit court qui consisterait à signer l'ensemble des actes en notre étude, ce qui permettrait notamment d'éviter le risque des époux qui s'orienteraient vers une procédure judiciaire entre la signature de la convention et l'acte de dépôt.

Béatrice Weiss-Gout

Merci beaucoup, Maître David de votre intervention. Et bravo pour ces applaudissements, parce que je pense que vous avez été très courageux de venir chez nous.

Ensuite, parce que je pense que nous posons quand même des vraies questions. Après, on va dire quelle est notre position, quelles sont les recommandations qu'on fait aujourd'hui, mais il est clair qu'il y a des questions juridiques à traiter bien au-delà de la problématique de la concurrence entre la profession de notaire et la profession d'avocat. Je crois que cela donne une vision qui se veut calme autour de cette tribune, dans l'espoir d'une coopération dans l'intérêt de nos deux professions et du justiciable.

La conclusion, aujourd'hui, pour nous, est la suivante. Il y a deux hypothèses. La première hypothèse, un acte liquidatif notarié. Très sincèrement, l'idée de signer l'acte liquidatif ou le règlement du régime matrimonial séparément de la convention de divorce n'apparaît pas de bonne

organisation, donc pour nous, s'il y a un acte notarié de règlement du régime matrimonial, on signe la convention et le règlement notarié en même temps. Ainsi, si on signe en même temps, il y a évidemment un notaire au moment de la signature et s'il y a évidemment un notaire, il peut déposer. Je pose la question, je dois dire qui nous est venu assez tardivement, donc je n'ai pas la réponse : est-ce que c'est possible que ce dépôt, finalement, se réalise ailleurs que dans l'étude du notaire ? C'est une première chose : la signature concomitante quand il y a cet acte liquidatif, et donc le dépôt instantané. On n'a aucun incident possible.

“ Je souhaite sincèrement que si nos gouvernances respectives n'arrivent pas à se mettre d'accord, nos propres pratiques permettront d'avancer vers des solutions intelligentes ”

Maintenant, l'hypothèse la plus délicate, c'est évidemment quand il n'y a pas d'acte liquidatif notarié et que nous n'avons besoin du notaire que pour le dépôt. La position, aujourd'hui, vous l'avez quand même entendue, celle du président, est très simple, c'est la lettre de la loi. Et c'est la lettre de la loi pour une raison très simple, c'est que nous avons déjudiciarisé et il n'y a plus de juge judiciaire, donc il n'y a pas de raison de réinventer un autre juge. Le chemin qui a été fait (et je crois que le garde des Sceaux l'a vraiment confirmé), c'est celui de mettre en dehors de tout contrôle par un juge, fût-il de l'amicable, de la convention, parce qu'on considère que cette convention a été valablement négociée et rédigée par deux professionnels indépendants représentant chacun des deux époux. Pour nous, l'idée qu'on devrait véritablement soumettre par une signature chez le notaire notre acte n'est pas acceptable à ce stade dans l'esprit de la loi et dans la mission qui nous a été confiée. Aujourd'hui, la position qui est la nôtre, c'est effectivement de considérer que s'il n'y a pas d'état liquidatif notarié, à ce moment-là, nous sommes dans une situation où nous signons chez nous tous les quatre, les deux époux, les deux avocats et ensuite, l'un des deux avocats dépose chez le notaire. Tout ceci n'empêchera pas les bonnes pratiques. Nous en évoquons une par exemple qui est celle d'envoyer la convention au notaire dans le même temps qu'on l'envoie au client pour vérifier effectivement. Il y a un contrôle formel. Je disais à quelqu'un qui me disait : « Mais on ne va pas être contrôlés par un notaire », « mais vous ne faites jamais contrôler vos écrits par votre secrétaire qui corrige vos fautes d'orthographe ? » Donc, je pense aussi qu'il ne faut pas être dans une espèce de protection absolue, qui voudrait que tout contrôle soit une réduction de notre rôle. Nos deux professions vont devoir collaborer dans un mutuel respect, et je souhaite sincèrement que si nos gouvernances respectives n'arrivent pas à se mettre d'accord (bien que j'espère qu'elles le feront), nos propres pratiques permettront d'avancer vers des solutions intelligentes, peut-être pas toujours les mêmes d'ailleurs, suivant les dossiers. Nous pensons, par ces quelques mots sur ce qu'est la loi, sur les interrogations juridiques, présentées par les notaires, sur les bonnes pratiques, et sur une position extrêmement ferme, sur le

fait que nous n'avons plus de juge et sûrement pas un juge de remplacement, fût-il à l'amicable avoir traité ce délicat sujet. Je pense aussi que l'absence totale de territorialité aussi pour le notaire devrait faciliter pour vous, le choix des notaires qui se conformeront à cette position.

Maintenant, un mot sur la transcription, parce que c'est important. La transcription se fait un petit peu différemment. Et puis, on donnera de nouveau la parole à Stéphane David sur l'enregistrement bien que dans notre situation, ce sera peut-être nous dans certains cas qui serons tenus d'y procéder, même si on peut reconnaître l'expérience des notaires et en tirer profit pour appliquer des règles assez saines sur cette problématique qui n'est pas mince.

Stéphanie Travade-Lannoy

Juste un mot sur la transcription : qui s'en charge ? L'article 1147 du CPC nous précise qu'elle est faite à la requête de l'époux ou de son avocat. En pratique, je crois que ce sera à nous de continuer à le faire, ne serait-ce que pour des questions de responsabilité. D'ailleurs, il sera utile de préciser dans la convention lequel des deux avocats procédera à cette transcription. Il nous suffira d'envoyer à la mairie de mariage l'attestation de dépôt remise par le notaire. Les actes d'acquiescement ne sont évidemment plus nécessaires. On peut se poser la question de ce qui se passe s'il y a eu, par exemple, une erreur dans le nom ou la date du mariage dans notre convention qui empêche la transcription. Auparavant, on faisait une requête à fin de rectification d'erreur matérielle auprès du juge. Ce ne sera plus possible. À ce stade, c'est vrai que je ne sais pas trop comment on va faire, mais ce qu'il faut dire, c'est qu'il va falloir être extrêmement vigilant avant pour qu'il n'y ait pas d'erreur dans notre convention. Et si le mariage a été célébré à l'étranger, la mention n'est portée que sur les actes de naissance des époux et à condition que la mention de leur mariage l'ait été auparavant.

Béatrice Weiss-Gout

La situation internationale est un peu compliquée. J'ai vu passer des interrogations sur l'article 1147-2 qui fixe justement la transcription pour les actes à l'étranger. Objectivement, c'est assez difficilement compréhensible, donc si on peut mieux comprendre, on vous le dira, mais à ce stade de notre intervention, sachez simplement qu'il y a des problèmes en matière internationale sur la transcription.

Non, mais ce n'est pas rien... Je comprends que certains soient insatisfaits qu'on n'apporte pas toutes les réponses à toutes les questions, mais franchement, on ne pouvait pas complètement le faire. On a essayé de faire au maximum. Maintenant, je cède la parole à Stéphane sur la question de l'enregistrement.

Stéphane David

Là encore, sur cette question, une distinction doit être opérée selon qu'il existe ou non des biens immobiliers. Décidément, c'est la *summa divisio*. En présence de biens immobiliers, j'imagine aisément que comme hier, nous nous chargerons de régler les droits d'enregistrement qui sont, je vous rappelle, des droits proportionnels, ce qu'on appelle traditionnellement le « droit de partage ». Pas de difficulté, c'est le notaire qui règlera ce droit en assurant son acte de dépôt et le dépôt de la convention et de son acte notarié portant règlement du régime matrimonial.

C'est un petit peu plus subtil lorsqu'il n'y aura pas de bien immobilier. De deux choses l'une : soit vous vous chargez de l'enregistrement, c'est tout à fait possible. Dans ce cas-là, votre convention peut être soumise, soit à un droit fixe de 125 €, soit à des droits proportionnels, liés au droit de partage, en présence, dans votre convention, d'un partage de biens mobiliers ou du règlement d'une prestation compensatoire.

Vous pouvez néanmoins décider de confier cette tâche à votre notaire préféré qui, moyennant vraisemblablement le versement d'honoraires libres, s'en chargera sans difficulté. Dans ce cas de figure, si nous réglons nous-mêmes les droits d'enregistrement, c'est la même fiscalité bien évidemment qui s'applique.

Béatrice Weiss-Gout

Oui, on ne peut donc, que vous recommander de provisionner les frais. Cela, c'est très, très important. Si vous vous chargez de la formalité d'enregistrement, il aura fallu qu'au préalable, vous ayez fait consigner par les époux les frais dont vous serez comptables, si je puis dire vis-à-vis de l'administration fiscale par le biais de nos CARPA. Effectivement, la solution, c'est : soit on confie au notaire et à ce moment-là, le notaire s'occupe de provisionner et de payer et on économise 125 €, soit c'est nous qui le faisons, mais à ce moment-là, il faut provisionner les frais. Et puis, il y a toutes les situations bien sûr, où il n'y a pas d'enregistrement, c'est-à-dire les situations dans lesquelles il n'y a pas de frais à payer. Voilà sur ces questions. Il est déjà tard et je comprends combien tout cela est très lourd. On a déjà abordé des questions extrêmement importantes. Il nous reste la responsabilité de l'avocat que je vais traiter un peu rapidement et puis, les recours, parce que je pense que les révisions et les recours, c'est vraiment important. Encore un tout petit peu de patience. Vraiment, on essaie de vous délivrer le plus d'informations dans le moins de temps possible.

La responsabilité de l'avocat, cela va être quand même traité dans pas mal de colloques, parce que c'est une de vos préoccupations, de nos préoccupations. Je signale d'ailleurs qu'il y a un colloque qui est quasiment exclusivement consacré à cela, en tout cas dans son après-midi, c'est les entretiens du droit de la famille, organisés par la *Gazette du palais* en juin. On aura déjà un peu de recul sur la manière dont les choses se passent et la question qui y sera traitée sera exclusivement celle de la responsabilité de l'avocat. Quelques mots simplement à ce stade pour qu'on mesure les choses et je dirais, pour qu'à la fois, on en mesure l'importance, mais aussi, on la relativise. D'abord, il y a une responsabilité qui est liée à notre qualité de rédacteur d'actes. Et cela, c'est l'article 7-2 du règlement intérieur et c'est la Cour de cassation également qui impose à l'avocat rédacteur un devoir d'efficacité qui est d'ailleurs, je dois le dire, en tous points, identique à celui qui pèse sur les notaires. L'avocat, par cette qualité de rédacteur doit garantir que l'acte est bien voulu par les parties, qu'il respecte l'équilibre entre leurs intérêts respectifs et qu'il produira ses effets, les effets qu'ils en attendent en conformité avec l'ordre public. On a donc tous les éléments, d'abord, le consentement. Le rédacteur d'acte doit s'assurer et il est garant du consentement. Il est garant de la sécurité juridique. Et là, sur ce point, je crois qu'il faut vraiment que le barreau de famille mesure

l'importance de sa compétence en matière de droit des obligations, puisque ce qui était un jugement devient un contrat, donc tous ces éléments liés à la validité des contrats, et donc à la sécurité juridique du contrat, doivent être pris en considération par vous. Et je sais d'ailleurs que, et le CNB et d'autres organisations dispensent beaucoup de formations sur cette problématique du droit des obligations et de sa réforme.

Et puis, globalement, on l'a toujours un peu dit, c'est que faire du droit de la famille, c'est quand même garder la culture de tous les autres droits que celui de la famille, donc pour cette sécurité juridique, c'est vrai qu'on va vous demander d'avoir cette culture, soit pour savoir, soit pour éventuellement, penser à aller consulter le spécialiste de telle ou telle matière qui pourrait rendre votre accord plus sécurisé. Et puis, bien sûr, l'ordre public, nous sommes garants de l'ordre public. C'était pour cela aussi que nous avions ces deux interventions du matin par nos deux professeurs, la liberté contractuelle n'a comme seule limite que l'ordre public, un ordre public (on l'a rappelé) qui n'est pas que du droit national, qui procède notamment par exemple de la CEDH. La définition des droits fondamentaux par la CEDH s'impose à nous au regard de l'ordre public international. Il faudra être extrêmement attentifs à cette problématique de l'ordre public d'autant qu'on nous a bien dit aussi que juridiquement, il devient de plus en plus difficile de le déterminer, qu'il n'a pas la même définition sur le plan international que national. Donc, c'est, je pense, un des points les plus délicats s'agissant du droit de la famille.

Je veux attirer votre attention en qualité de rédacteurs d'actes aussi, parce que cela, c'est quand même un peu un changement de culture, sur l'idée que notre responsabilité pourrait être remise en cause par l'autre époux. C'est-à-dire que nous sommes co-rédacteurs de l'acte, donc nous ne sommes pas simplement responsables vis-à-vis de notre propre client. Et surtout, nous sommes responsables également, du fait de la disparition du juge, vis-à-vis de certaines autres personnes que les époux. Je pose la question. Je suis juste à ce stade, compte tenu du temps qu'il nous reste dans l'idée de poser la question, mais notre responsabilité vis-à-vis des enfants, notre responsabilité vis-à-vis des tiers lorsque des époux par un divorce par consentement mutuel organisent l'insolvabilité de l'un d'eux, etc., donc vis-à-vis des tiers, et puis vis-à-vis de l'administration fiscale. J'ai dit un mot à propos du blanchiment, mais c'est vrai que c'était assez simple d'avoir la décision du juge qui finalement, purgeait notre acte de toutes les problématiques, mais aujourd'hui, nous pourrions être accusés de complicité par exemple de fraude fiscale. Ce sont des points auxquels il faut être attentifs et plus attentifs que nous n'avons pu l'être jusqu'à présent étant sous la protection si je puis dire de la décision judiciaire. Mais le respect de toutes ces règles va peser aussi sur nos ordres, c'est en partie notre déontologie qui va être un peu le fil conducteur de cette responsabilité et je pense que nous devons nous poser la question de savoir si nos ordres ne doivent pas, en se référant à l'article, notamment 1.3 du règlement national, décider si l'absence de compétence n'est pas une faute déontologique qui doit être sanctionnée déontologiquement. Le règlement le permet, puisqu'il vise cela comme une obligation de l'avocat, mais je pense que

c'est vraiment important à partir du moment où repose sur nous la responsabilité de ce divorce que nous soyons finalement protégés par le respect de notre déontologie et par la vigilance de nos ordres. Il y a également, dans les obligations déontologiques auxquelles je pense, que nous devons faire référence dans ce nouveau divorce à un devoir de prudence qui est à l'article 1-5 du règlement intérieur. Voici les observations que je voulais faire un peu comme une ouverture sur la question de notre responsabilité. Mais encore une fois, je pense que cette responsabilité est inhérente à notre profession et elle n'est pas tant que cela aggravée par le nouveau divorce.

Nous allons maintenant examiner en lien avec cette responsabilité, l'angle technique des actions en nullité, et puis, éventuellement également, les modifications et les processus modificatifs de ces conventions de divorce. La parole, cette fois-ci est de nouveau à Claude et à Stéphane sur ces questions : révisions, modifications et recours.

Claude Lienhard

On va essayer d'être synthétiques et rapides. Je traite de la révision, Stéphane traite des remises en cause. La révision de la convention va nécessairement voir le retour du juge aux affaires familiales. On ne peut pas réviser sous une forme amiable conventionnelle. La révision de la convention peut porter sur l'autorité parentale. Ce sera à ce moment-là, si les époux décident d'une modification amiable, la rédaction d'une convention qui est toujours possible. Cette convention, pour être dotée de la force exécutoire, va être soumise à l'homologation à nouveau du juge aux affaires familiales avec une procédure, cette fois, simplifiée. C'est le décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016. Le juge est saisi par une requête conjointe. Il ne peut pas modifier les termes de la convention, mais il statuera sur la requête sans débat, à moins qu'il estime nécessaire d'entendre les parties. Cela, c'est pour l'autorité parentale.

Pour la prestation compensatoire, le mécanisme de révision est prévu à l'article 279, alinéa 5, du Code civil qui ouvre aux époux la possibilité de prévoir dans leur convention que chacun pourra, en cas de changement important dans ses ressources ou les besoins, demander au juge sa révision. Dans ce cas-là, on a un retour à un régime judiciaire plutôt que conventionnel de révision avec toutes les autres dispositions qui s'appliquent. Voilà, en simplifiant et laissant la parole à Stéphane pour les hypothèses qui sont aujourd'hui plus intéressantes à explorer, qui sont remises en cause contrairement à ce qui a été décidé initialement.

Stéphane David

Je vais essayer d'être aussi simple que Claude. La logique est celle-ci aujourd'hui. Nous étions en présence d'un divorce qui était sécurisé. Cela ne présentait pas que des avantages, mais au moins, pouvait-on présenter au client un divorce sur lequel il n'allait pas pouvoir se chicaner pendant des années, même s'il existait quelques entorses à ce principe. On disait alors que la convention était intangible. Aujourd'hui, c'est l'inverse, la convention est ouverte « aux quatre vents ». Elle ne bénéficie plus de l'effet protecteur de l'homologation judiciaire et tout le droit des obligations s'applique à elle. En quelques mots, je rappelle que la Cour de cassation avait déjà prévu une petite entorse au principe de l'intangibilité de ces accords,

puisque'il était possible de prévoir un partage complémentaire en cas d'omission d'un bien. Si les époux avaient omis un bien, il était possible de faire un partage complémentaire sans repasser par la case judiciaire. C'était en cela qu'il existait une entorse au principe. C'était une entorse limitée dans le sens où les parties étaient censées être d'accord pour procéder à ce partage complémentaire. Je vous rappelle à cet égard que la Cour de cassation a élargi le champ d'expression de sa jurisprudence, puisque non seulement, il est possible d'opérer un partage complémentaire en cas d'omission d'un bien, mais également en cas d'omission d'un passif, et récemment en cas d'omission d'une récompense.

“ *La nouvelle physionomie du consentement mutuel extrajudiciaire ne change pas le fait que ce consentement mutuel porte sur un tout, c'est-à-dire sur un accord des parties* ”

Par rapport au partage, la nouveauté, c'est que désormais, comme tout contrat, notre acte de partage va redevenir rescindable pour lésion. C'est l'action complément de part qui avait été fermée par la Cour de cassation en 1987. Aujourd'hui, comme tout contrat, l'action en complément de part pourrait être ouverte à l'encontre du partage. S'agissant plus précisément de votre convention de divorce, elle va être susceptible d'être remise en cause par des actions en nullité, soit pour sanctionner une irrégularité formelle, pour se plaindre d'une contrariété à l'ordre public. Au-delà, se pose la question – laissée en suspens – de la portée de cette nullité. Vous savez qu'hier, dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire, le principe de l'indivisibilité faisait en sorte qu'on ne pouvait pas remettre en cause un point de la convention sans remettre en cause toute la convention, ce compris même le principe du divorce. C'est du reste, l'une des raisons qui a poussé la Cour de cassation à verrouiller les recours dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire. Demain, quelle sera la position de la haute juridiction par rapport à la portée de la nullité ? Est-ce que la remise en cause d'une clause de la convention, concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale ou la prestation compensatoire, aboutira à remettre en cause le principe du divorce lui-même ? On a du mal à l'imaginer. En tout état de cause, aujourd'hui, la nouvelle physionomie du consentement mutuel extrajudiciaire ne change pas le fait que ce consentement mutuel porte sur un tout, c'est-à-dire sur un accord des parties, portant tout à la fois sur le principe du divorce et sur ses conséquences. De ce point de vue, on peut légitimement craindre que le principe de l'indivisibilité persiste. On a toutefois du mal à penser qu'il persistera avec toutes les conséquences, y compris celles qui pourraient aboutir à une annulation rétroactive du divorce. Je vous laisse imaginer les situations ubuesques qui pourraient apparaître dans ce cas-là.

Béatrice Weiss-Gout

Pardon. Juste sur ce point : c'est vrai que c'est une des grandes questions. Est-ce qu'une action en nullité portant par exemple sur un dol sur la situation des deux époux,

relativement à la prestation compensatoire va invalider toute la convention et notamment le prononcé du divorce. On s'est posé la question de savoir s'il ne serait pas prudent d'intégrer dans nos conventions une clause selon laquelle il y aurait, soit une indivisibilité, soit au contraire, une divisibilité, c'est-à-dire que le prononcé du divorce serait indépendant de la détermination de ses conséquences, ce qui, d'une certaine manière, sécuriserait le divorce en cas de nullité sur les conséquences. Il pourrait y avoir quelque chose qui militerait pour ces clauses, mais aujourd'hui, on n'est pas du tout en train de vous dire qu'elles seraient déclarées valables. Notre sentiment, c'est qu'il faut trouver une solution, parce qu'on ne peut pas être dans une situation dans laquelle, 4 ans après le prononcé du divorce, le divorce lui-même disparaîtrait.

Stéphane David

Dans les actions en nullité, bien évidemment, une action qui risque de faire jurisprudence, c'est l'action en nullité pour vice de consentement, le DOL. Je souris, parce qu'on est tous confrontés à des dossiers de consentement mutuel qui sont ce que j'appelle de faux consentements mutuels et les manœuvres dolosives dans ce type de dossiers risquent de générer un contentieux post-divorce évident. La violence (n'oublions pas que la violence peut-être simplement psychologique) pourrait également être invoquée, ce qui induit naturellement le risque d'un développement du contentieux sur les vices de consentement, même si j'ai entendu avec beaucoup d'attention évidemment les propos du professeur Grimaldi qui se voulait foncièrement optimiste à cet égard. En dehors des actions en nullité, il y a tout le pan du nouveau droit des obligations qui est destiné à s'appliquer. Il n'est pas question ici, de faire le tour de la question, parce qu'on finirait de vous épuiser. Je vous rappelle qu'il y a quand même une

obligation de loyauté dans les négociations précontractuelles désormais insérées dans le Code civil. Il y a aussi deux textes qui méritent une attention particulière.

Le premier, c'est l'article 1219 du Code civil qui vise l'exception d'inexécution et qui prévoit en conséquence qu'une partie peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. Imaginez que Monsieur ne verse pas la pension alimentaire à Madame et que Madame refuse de lui présenter ses enfants. Je dis cela, je ne dis rien...

Et le second texte qui méritera peut-être un regard particulier, mais je vous fais confiance pour cela, c'est le texte sur l'imprévision, l'article 1195 du Code civil qui prévoit une possibilité de renégocier lorsque des circonstances imprévisibles au moment de la conclusion apparaissent ultérieurement et qu'il faudra apprécier à l'aune des facultés de révision que nous avons envisagées tout à l'heure sur la prestation compensatoire notamment. Il y a toute une série de textes qui mériterait un développement abondant, mais je suis certain qu'en votre qualité d'avocat, vous saurez utiliser ces textes à bon escient. C'est à nous, professionnels qui intervenons dans ces dossiers de sécuriser le divorce. C'est le rôle qui nous est dévolu dans l'intérêt bien compris de nos clients.

Béatrice Weiss-Gout

Nous sommes à l'issue de cet atelier. Il nous reste à vous demander de nous pardonner les oublis, les questions que vous avez et qu'on n'a pas pu vous laisser poser, parce que nous sommes trop nombreux. Mais encore une fois, rassurez-vous, il y a des colloques qui se multiplient, il y a des articles qui se multiplient, il y a des échanges. Pardon, d'abord, et, ensuite, merci beaucoup de votre immense attention.



Stéphanie Travade-Lannoy, Béatrice Weiss-Gout, Claude Lienhard et Stéphane David.

NOUVEAU

Nadine V. AVOCAT

Trouver un associé n'a jamais été aussi simple !

Découvrez le 1^{er} site d'offres d'emploi
100% GRATUIT & 100% JURIDIQUE

Emplois-Juridiques.fr est le NOUVEAU site d'offres d'emploi et d'association dédié aux professionnels du droit. Intuitif et entièrement gratuit, il vous permet de publier vos annonces en quelques clics. Alors, n'attendez plus pour recruter !



EMPLOIS-JURIDIQUES.fr

ACTUALITÉS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES DE LA FAMILLE

Aspects procéduraux du contentieux familial :
les grandes évolutions de l'année 2016 ^{291t2}

L'essentiel

L'année 2016 confirme la nécessité pour les avocats de maîtriser les aspects procéduraux du contentieux familial pour accompagner leurs clients en première instance comme en appel : d'importantes évolutions jurisprudentielles et législatives ont affecté le divorce, les procédures familiales et les voies de recours.



Par
Natalie FRICERO
Professeur à l'université
Côte d'Azur, directeur
de l'Institut d'études
judiciaires et du master 2
Gestion des contentieux
privés, présidente de la
Commission nationale
d'examen d'avocats

Je vous remercie de m'avoir invitée à participer à cette actualité des aspects procéduraux de la famille et je remercie également les participants d'être présents à cette heure extrêmement matinale ! Compte tenu du temps qui nous est imparti, l'essentiel de l'actualité sera évoqué, même si la sélection des décisions n'est pas aisée. La procédure civile étant un domaine transversal, elle concerne à la fois, le JAF, le TGI, et la cour d'appel.

I. ACTUALITÉ RELATIVE À LA PROCÉDURE DE DIVORCE

On peut noter un arrêt de la première chambre civile du 24 février 2016 (Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2016, n° 15-14887) qui, pour la première fois, a admis que le juge conciliateur, sur le fondement de l'article 255 du Code civil, a le pouvoir de déterminer le régime matrimonial applicable aux époux lorsqu'il est saisi en vue du prononcé de mesures provisoires. On sait que le JAF, sur le fond, peut déterminer le régime matrimonial, sur le fondement de l'article 567 du Code civil. Lorsqu'il prescrit certaines mesures provisoires, la détermination du régime matrimonial peut s'avérer nécessaire. On pense notamment à l'article 255, 7°, lorsqu'il accorde une provision à un époux à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial. Dans cette hypothèse, il était indispensable de lui conférer expressément ce pouvoir, et la décision de la Cour de cassation est opportune.

S'agissant des causes de divorce, deux décisions originales ont été rendues. D'abord, en ce qui concerne l'altération définitive du lien conjugal sur le fondement des articles 237 et 238 du Code civil, la cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt le 7 janvier 2016 (CA Versailles, 7 janv. 2016, n° 14/07589 : AJ fam. 2016, p. 209) dans une situation dans laquelle le mari avait des difficultés à se séparer réellement de son épouse alors qu'il vivait parallèlement avec sa maîtresse. Menant ces deux vies de couple, il avait entretenu de bonnes relations avec son

épouse en même temps qu'avec sa maîtresse. Se fondant sur cette séparation depuis plus de 2 ans, il avait demandé le divorce, mais les juges, appréciant souverainement l'effectivité de la séparation, ont considéré que le fait de maintenir à un tel degré de fidélité et d'amour une relation continue avec son épouse l'empêchait d'invoquer cette cause de divorce. La séparation au sens des articles 237 et 238 du Code civil comporte donc un aspect matériel mais également un aspect social et affectif ! Ce conjoint eut été mieux conseillé par un avocat qui aurait pu rédiger un pacte de famille, organisant la séparation, de telle sorte qu'elle ne pose aucun problème.

Ensuite, s'agissant des griefs invoqués dans le cadre d'un divorce contentieux, un arrêt de la première chambre civile du 9 novembre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2016, n° 15-27968), rendu sur le fondement de l'article 242 du Code civil, rappelle que les griefs postérieurs à l'ordonnance de non-conciliation (ONC) peuvent être retenus comme cause de divorce. On sait qu'il n'y a pas de disparition du devoir de fidélité après l'ONC : « La demande en divorce ne confère pas aux époux, encore dans les liens du mariage, une immunité faisant perdre leurs effets normaux aux torts invoqués ». Cette solution est traditionnelle.

L'indivisibilité de la convention de divorce par consentement mutuel homologuée (judiciaire) et du jugement prononçant le divorce a donné lieu à un rappel de la part de la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 novembre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2016, n° 15-26911), qui en tire la conséquence de l'irrecevabilité de l'action en nullité pour fraude formée contre la convention. Cette solution s'applique encore dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel judiciaire (dans le cas où un enfant mineur demande à être entendu par le JAF). Puisque le juge aux affaires familiales prononce le divorce et homologue la convention des époux, cette dernière est indivisiblement liée au jugement pour ce qui concerne les contestations : en conséquence, une action en nullité fondée sur la fraude formée à l'encontre de la convention homologuée est irrecevable (v. antérieurement, Cass. 2^e civ., 19 févr. 1986, n° 82-16601 : Defrénois 1987, n° 33838, p. 48, note Théry P. ; Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2011, n° 10-26802 : RTD civ. 2012, p. 98, Hauser J.). Cette question se pose en des termes tout à fait différents avec le divorce par acte contresigné par avocats, puisqu'il n'y a plus de prononcé du divorce par le JAF, la question d'une action en nullité est ouverte (c'est ce qui a été développé ce matin). Si on considère que la convention des époux déposée au rang des minutes du notaire conserve sa nature

NDA : Il s'agit d'une transcription de l'intervention, le style oral est conservé.

de contrat, les dispositions relatives à l'action en nullité prévues par le Code civil devraient être applicables...

II. ACTUALITÉ DES PROCÉDURES FAMILIALES

Les procédures familiales qui se déroulent devant le tribunal de grande instance obéissent au droit commun procédural. Un jugement intéressant du tribunal de grande instance (TGI) de Paris du 5 février 2016 (TGI Paris, 5 févr. 2016, n° 15/38132 : AJ fam. 2016, p. 156, obs. V. A.R.) a statué sur la régularité d'une requête en contribution à l'entretien de l'enfant aux dispositions prévues à l'article 58 du Code de procédure civile (CPC). L'avant-dernier alinéa de ce texte précise qu'il faut mentionner dans l'acte les diligences qui ont été accomplies préalablement, en vue d'un règlement amiable du différend. L'article 58 du CPC s'applique chaque fois qu'un droit spécial ne l'a pas exclu : or, aucune disposition n'exclut la recherche d'un règlement amiable dans ce domaine. Comme aucune tentative de règlement amiable n'avait été entreprise, l'adversaire avait soulevé la nullité de la requête pour défaut d'indication des diligences. Le tribunal de grande instance de Paris affirme : « Si le recours au mode alternatif de résolution des litiges est favorisé, en particulier, en obligeant les parties à indiquer dans l'acte de saisine les démarches de résolution amiable précédemment effectuées, le législateur n'ayant prévu aucune sanction assortissant l'obligation de préciser les diligences entreprises, aucune nullité ne saurait être excipée de l'éventuelle absence de démarche amiable, si tant est qu'elle soit démontrée au vu des faits de l'espèce, peu important d'ailleurs, la réalité des démarches ». Le TGI fait une application littérale de l'article 58 du CPC, qui ne prévoit pas expressément la nullité pour un tel défaut de mention. Mais la motivation pose question, parce qu'il y est affirmé que le législateur n'a prévu aucune sanction : or, l'article 127 du CPC indique bien qu'à défaut de justification de l'accomplissement de ces diligences, le juge peut proposer aux parties une médiation ou une conciliation, ce qui correspond à une « sanction », même positive, de la défaillance des parties ! On peut néanmoins imaginer la mise en œuvre d'une nullité en raisonnant ainsi : l'article 114, alinéa 1^{er}, du CPC rappelle la règle « pas de nullité sans texte » en matière de vice de forme, mais il prévoit une exception, en présence d'une formalité substantielle ou d'ordre public. Il n'est donc pas impossible à un avocat de plaider devant un juge que la mention des diligences amiables constitue une formalité substantielle ou d'ordre public, et qu'en conséquence, il s'agit d'un cas prétorien de nullité ! Dès lors, l'annulation de l'acte introductif d'instance (requête ou assignation, CPC, art. 56) pourrait être prononcée sous réserve de la preuve d'un grief. En l'espèce, le grief résulterait de la privation d'une chance de négocier, d'obtenir une solution amiable à moindre coût, le cas échéant dans un délai plus raisonnable.

Une autre difficulté est apparue à propos de régularité de la pratique judiciaire de certains JAF dite de la « double convocation ». Devant certaines juridictions, la double convocation, d'abord devant un médiateur, puis devant le juge, est systématique. La juridiction concernée par la question posée au ministre s'était fondée sur l'article 127 du CPC pour justifier cette pratique. La réponse ministérielle du 9 août 2016 (Rép. min. n° 92846 : JO AN, p. 7272)

considère que cette double convocation ne peut pas être fondée sur l'article 127 du CPC qui suppose, 1) une absence de justification dans l'assignation ou la requête, 2) la proposition d'un juge qui décide de sanctionner cette absence de mention ou de justification des diligences par une proposition de médiation. Le ministre de la Justice considère que cette double convocation ne peut être fondée que sur l'article 373-2-10 du Code civil qui prévoit que, dans certains contentieux, le JAF peut enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur familial. Elle ne peut donc être utilisée que dans ce cas-là. La réforme apportée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle imposera une tentative préalable de médiation familiale, à peine d'irrecevabilité de la demande, devant certains TGI désignés par arrêt (A. 16 mars 2017 : JO, 22 mars 2017, 11 TGI sont désignés) : la pratique de la double convocation ne pourra subsister que devant les TGI qui ne seront pas désignés pour expérimenter la tentative préalable de médiation.

III. ACTUALITÉ DE L'APPEL

Depuis le décret 2009, l'appel avec représentation obligatoire impose de nombreuses charges procédurales aux avocats, sous peine de caducité de la déclaration d'appel ou d'irrecevabilité des conclusions de l'intimé (CPC, art. 901 et s.). Ces sanctions sont jugées conformes au procès équitable par la Cour de cassation : il reste possible de plaider, si les circonstances particulières le justifient, le caractère disproportionné de la sanction. Le contrôle de proportionnalité doit permettre au conseiller de la mise en état d'écarter l'application d'une sanction s'il s'avère qu'elle constitue pour l'intéressé une entrave disproportionnée à son droit d'accès au juge.

Lorsque l'intimé soulève la caducité de la déclaration parce que l'appelant n'a pas conclu dans les 3 mois (CPC, art. 908), il ne peut le faire que devant le conseiller de la mise en état qui dispose d'une compétence exclusive jusqu'à son dessaisissement (CPC, art. 914). Un arrêt de la deuxième chambre civile du 12 mai 2016 (Cass. 2^e civ., 12 mai 2016, n° 14-25054) a précisé que le conseiller de la mise en état n'est valablement saisi que de conclusions qui lui sont spécialement dédiées : en l'espèce, les conclusions à fins de caducité intitulées « Plaise à la cour » ont été déclarées logiquement irrecevables. Il en est de même devant le juge de la mise en état devant le TGI : un arrêt de la deuxième chambre civile du 12 mai 2016 (Cass. 2^e civ., 12 mai 2016, n° 14-28086) a approuvé la décision d'irrecevabilité de conclusions soulevant une exception d'incompétence adressées au tribunal, qui contenaient les moyens de fond à titre subsidiaire (l'avocat, comprenant son erreur, avait rédigé ensuite des conclusions à fin d'incider d'incompétence devant le juge de la mise en état, elles-mêmes déclarées irrecevables sur le fondement de l'article 74 du CPC, puisqu'elles n'étaient pas soulevées *in limine litis* !)

La Cour de cassation consacre l'importance du rôle de l'avocat et le caractère éminemment nécessaire du respect des droits de la défense par les juges, lorsqu'une partie dépose une demande d'aide juridictionnelle. Dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 12 mai 2016 (Cass. 2^e civ., 12 mai 2016, n° 15-16029), sur le fondement du procès équitable et de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme, il est

rappelé que la seule demande d'aide juridictionnelle interdit la poursuite de la procédure, la cour d'appel ne pouvant pas statuer tant qu'elle n'est pas certaine que l'avocat a été désigné. Peu importe que la cour d'appel ait été ou non avisée de cette demande (Cass. 2^e civ., 7 janv. 2016, n° 15-11135). On regrettera vivement que le décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016 ait malencontreusement abrogé l'article 38-1 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 sur l'aide juridictionnelle. Cet article précisait qu'en appel, les délais prévus aux articles 902, 908 et 909 du CPC avaient un point de départ différé à la date de la décision définitive du bureau d'aide juridictionnelle. En l'état actuel, un intimé qui forme une demande d'aide juridictionnelle oblige

les juges à s'arrêter de statuer, mais lui-même ne peut pas se dispenser de remettre à la cour ses conclusions sur le fond dans les 2 mois à peine d'irrecevabilité ! On peut penser que le conseiller de la mise en état ne prononcera pas cette irrecevabilité, en se fondant sur la disproportion de la sanction, la partie étant dans l'impossibilité de se défendre faute d'avocat... Le CNB et différents barreaux ont alerté la Chancellerie sur ce point et, semble-t-il, un nouveau décret en préparation réintroduira cette disposition dans une réforme du texte sur l'aide juridictionnelle. Nous pouvons donc terminer ce tableau synthétique de l'actualité sur cette note optimiste !



ARCHIMEST
CONFIEZ-NOUS VOS ARCHIVES

Depuis 1989
Intervention dans toute la France

www.archimest.fr

Pour obtenir un devis
Tél. : 01.49.81.68.41
E-mail : contact@archimest.fr

CONSERVATION ET GESTION D'ARCHIVES

Optimisez votre espace de travail, externalisez vos archives.

L'archivage clé en main par un **ABONNEMENT ANNUEL TOUT INCLUS** :

- Un suivi personnalisé
- Prise en charge de vos archives avec un inventaire détaillé
- La conservation en toute **confidentialité dans des entrepôts sécurisés**
- La **transmission des documents archivés en express**
- La **destruction des archives obsolètes**

ACTUALITÉS JURIDIQUES ET JUDICIAIRES DE LA FAMILLE

Actualité jurisprudentielle du droit patrimonial de la famille 291t4

L'essentiel

Les rubriques phares du droit patrimonial sont ici parcourues : le divorce, les régimes matrimoniaux, les successions et l'indivision.



I. LES ASPECTS PATRIMONIAUX DU DIVORCE

A. La prestation compensatoire

La détermination de la prestation compensatoire.

Il faut souligner deux arrêts.

Premier arrêt, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 31 mars 2016 (Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-18065), aux termes duquel la haute juridiction confirme que la part de la communauté revenant à l'épouse à la suite de la liquidation du régime matrimonial ne doit pas être prise en compte pour apprécier la disparité créée par la rupture du lien conjugal.

La solution n'est pas nouvelle (v. en ce sens Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2009, n° 08-18486 : Bull. civ. I, n° 146). Elle se justifie par cette idée qu'il n'y a pas à tenir compte du partage futur de la communauté, dans la mesure où il se fait par moitié. Semblablement, il n'y a pas lieu en effet de prendre en compte des revenus générés par les biens issus du partage de la communauté, dès lors que la liquidation du régime est égalitaire et que chacun des époux peut gérer librement son lot dans l'avenir.

Dans la seconde affaire, la cour d'appel avait rejeté la demande de prestation compensatoire formée par l'épouse au motif que l'importante disparité entre les époux pré-existait au mariage et que cette disparité n'avait aucune incidence sur les situations patrimoniales des époux.

Par un arrêt du 19 octobre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2016, n° 15-25879), la première chambre civile de la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel, rappelant ainsi une solution constante : le juge *ne peut pas se fonder sur les circonstances antérieures au mariage pour apprécier la disparité entre les époux*.

La solution est parfaitement justifiée : Le droit à prestation compensatoire a son siège dans l'article 270 du Code civil. Ce n'est pas une éventuelle *disparité entre les patrimoines respectifs des époux* qu'il s'agit de constater *puis* de compenser. Le juge, ici, doit se déterminer sur la disparité en considérant le train de vie des époux : celui du couple durant le mariage, celui de *chacun d'eux* au lendemain du divorce. Et seule l'éventuelle disparité entre leurs trains de vie respectifs, une fois qu'ils seront divorcés, doit être compensée.

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

Les modalités de paiement de la prestation compensatoire.

Deux décisions méritent d'être signalées.

D'abord, une QPC du 29 juillet 2016 (Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC), relative à la constitutionnalité de l'article 274, 1°, du Code civil.

On sait que l'article 274, 1°, dudit code prévoit que le juge peut subordonner le jugement de divorce à la constitution de garanties lorsque la prestation compensatoire prend la forme d'un capital réglé en numéraire.

En l'occurrence, il a été demandé au Conseil constitutionnel si ce texte n'est pas susceptible de contrevenir aux principes fondamentaux de liberté du mariage et du droit de mener une vie familiale normale.

Le Conseil constitutionnel déclare l'article 274, 1°, conforme à la Constitution dans la mesure où il poursuit un « objectif d'intérêt général », qui est celui de protéger le conjoint créancier de la prestation compensatoire en lui garantissant le versement du capital réglé en numéraire. À ce titre, l'atteinte à la liberté du mariage n'apparaît donc pas excessive.

Ensuite, il faut souligner un arrêt, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 7 décembre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2016, n° 15-27900), aux termes duquel la haute juridiction se prononce sur la *question de savoir si le juge du divorce peut accorder un délai pour le premier versement de la prestation compensatoire*.

En l'espèce, la cour d'appel avait fait droit à la demande de l'épouse pour augmenter le montant de la prestation, en faisant passer celle-ci de 50 000 € à un peu plus de 80 000 €, sous la forme d'un capital-rente sur 8 ans. Mais, dans le même temps, la cour d'appel avait décidé de différer le paiement de la prestation compensatoire à la liquidation du régime matrimonial, ce qui impliquait, concrètement, que le premier versement de la prestation était différé de plusieurs mois.

Censure de la Cour de cassation au visa des articles 274 et 275 du Code civil, car ces textes n'accordent aucun pouvoir au juge pour décider de différer jusqu'à la liquidation du régime matrimonial le premier versement de la prestation compensatoire.

Deux brèves remarques : d'une part, la solution n'est pas inédite, la Cour de cassation avait déjà statué en ce sens, sous l'empire de l'ancien article 275-1 ; d'autre part, la solution est parfaitement fondée, car, une fois le divorce prononcé, le devoir de secours cesse, et l'on ne saurait retarder le paiement de la prestation compensatoire.

B. Les aspects liquidatifs

Il faut souligner deux arrêts concernant les difficultés d'application de l'article 255, 9° et 10°, du Code civil.

Le premier arrêt, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 19 octobre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2016, n° 15-25879), porte sur la *question de savoir si un avocat peut être désigné en qualité de professionnel qualifié, au sens de l'article 255, 9°, du Code civil*.

En l'espèce, lors de la phase de conciliation, le juge avait désigné un avocat en qualité de professionnel qualifié sur le fondement de l'article 255, 9°, du Code civil, afin de dresser un inventaire estimatif ou faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux. L'époux s'était opposé à une telle désignation, car, selon lui, le professionnel qualifié de l'article 255, 9°, est un expert judiciaire et qu'à ce titre la profession d'avocat est incompatible avec celle d'expert judiciaire.

La Cour de cassation repousse la prétention de l'époux au motif que l'article 115 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, qui organise la profession d'avocat, n'interdit pas la désignation d'un avocat en qualité de professionnel qualifié, au sens de l'article 255, 9°, du Code civil, dès lors que l'exercice de ces fonctions ne caractérise pas celui d'une profession.

L'arrêt, qui mérite pleinement approbation, lève ainsi tout doute sur la compatibilité de la profession d'avocat avec celle de la mission de professionnel qualifié prévue par l'article 255, 9°.

Le second arrêt, en date du 12 janvier 2017 (Cass. 2^e civ., 12 janv. 2017, n° 16-11116), est relatif à l'article 255, 10°, du Code civil. La question est de savoir quelle est la rémunération du notaire commis pour élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial ?

On sait que la mission du notaire, désigné sur le fondement de l'article 255, 10°, est soumise aux dispositions du Code de procédure civile relatives à l'expertise. Simplement, les avis divergent sur la question de sa rémunération : est-ce une rémunération au temps passé ou est-ce un émoluments proportionnel ? En l'espèce, en première instance, le montant de la rémunération avait été fixé à environ 28 000 €, par application de l'émolument proportionnel fixé par le tarif des notaires. Mais la cour d'appel décida d'abaisser cette rémunération à 7 000 € correspondant au temps passé.

Par l'arrêt du 12 janvier 2017, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel : lorsque le juge commet un notaire, sur le fondement de l'article 255, 10°, du Code civil, aux fins d'élaboration d'un projet de liquidation du régime matrimonial, le notaire a droit à un émoluments proportionnel, en application de l'article 5-1 du décret n° 78-262 du 8 mars 1978 portant fixation du tarif des notaires.

Deux brèves remarques : d'une part, la solution n'est pas nouvelle, la Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises dans le même sens (Cass. 2^e civ., 28 juin 2012, n° 11-19217 ; Cass. 2^e civ., 11 avr. 2013, n° 12-18909 ; Cass. 2^e civ., 15 janv. 2015, n° 13-24082) ; d'autre part, la loi *Macron* n'a pas modifié sur ce point le tarif des notaires (v. D. n° 2016-230, 26 févr. 2016, fixant le nouveau tarif des notaires).

C. Les effets du divorce à l'égard des tiers

Par un arrêt du 27 septembre 2016 (Cass. com., 27 sept. 2016, n° 15-10428), la Cour de cassation rappelle

l'importance de la transcription rapide du divorce sur les actes d'état civil.

En l'espèce, des époux communs en biens ont divorcé par jugement du 11 janvier 2011, mais les formalités de transcription à l'état civil n'ont été effectuées que le 27 octobre 2011. Entre-temps, Monsieur a été placé en redressement judiciaire, converti en liquidation judiciaire en 2012. En 2013, le juge-commissaire a autorisé la saisie d'un immeuble dépendant de l'indivision post-communautaire et sa vente aux enchères.

Naturellement, l'ex-épouse a contesté cette décision invoquant notamment le droit de l'indivision, autrement dit le fait qu'un créancier d'un indivisaire ne peut que demander la licitation des biens indivis et non les saisir.

La Cour de cassation repousse la prétention de l'ex-épouse pour le motif qu'en vertu de l'article 262 du Code civil, le jugement de divorce n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa transcription à l'état civil.

Cela signifie donc qu'aux yeux des tiers, les époux demeurent mariés jusqu'à l'accomplissement de cette formalité. Dans la présente affaire, l'antériorité de la procédure collective par rapport à la transcription du divorce à l'état civil a donc permis au liquidateur de saisir et de faire vendre l'immeuble commun.

II. LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

Faute de temps, nous ne mentionnerons que deux arrêts portant sur la conciliation d'un régime séparatiste avec la contribution aux charges du mariage.

Dans la première affaire, les époux s'étaient mariés sous le régime de la séparation de biens aux termes d'un contrat de mariage contenant la clause classique selon laquelle « les futurs époux contribueront aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives, conformément aux dispositions des articles 214 et 1537 du Code civil. Chacun d'eux sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, de sorte qu'aucun compte ne sera fait entre eux à ce sujet et qu'ils n'auront pas de recours l'un contre l'autre pour les dépenses de cette nature ». Les époux avaient acquis pour moitié chacun l'immeuble constituant le domicile conjugal, mais le mari remboursa quasiment l'intégralité de l'emprunt. Et, à ce titre, il estima qu'il était créancier de son ex-femme.

Par un arrêt, rendu le 22 juin 2016 (Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2016, n° 15-21543), la première chambre civile de la Cour de cassation repousse sa prétention aux motifs qu'en vertu de la clause de contribution aux charges du mariage stipulée dans le contrat de mariage, ce surfinancement constitue simplement sa contribution aux charges du mariage.

Cet arrêt appelle deux brèves observations. D'une part, la solution est constante depuis 2013 (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 11-26933 ; Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-21892 ; Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2014, n° 13-23557) : les dépenses relatives à l'acquisition du domicile conjugal constituent des charges du mariage. D'autre part, cette clause dite de contribution aux charges du mariage ne devrait pas être systématiquement stipulée dans les contrats de mariage. À tout le moins, au jour de la rédaction du contrat, le notaire doit informer les parties sur les conséquences de cette clause, et, le cas échéant, l'adapter à leurs volontés.

Dans la seconde affaire, les faits étaient similaires à la précédente, à ceci près que le bien financé constituait un investissement locatif.

Simplement, par un arrêt rendu le 5 octobre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 5 oct. 2016, n° 15-25944), la Cour de cassation refuse d'admettre que la contribution aux charges du mariage puisse justifier l'absence de remboursement au profit de l'époux *solvens*. Ce refus est clairement fondé sur la nature de la dépense en cause : un investissement locatif. L'attendu de la Cour de cassation est très clair : « Le financement, par un époux, d'un investissement locatif destiné à constituer une épargne ne relève pas de la contribution aux charges du mariage ».

De là il suit que se dessine peut-être une distinction entre trois sortes de biens.

Primo, le bien qui constitue le *logement de la famille*, pour lequel la contribution aux charges du mariage s'applique.

Secundo, les biens *acquis dans un but d'épargne*, qui ne relèvent pas de la contribution aux charges du mariage.

Tertio, les autres biens, particulièrement la *résidence secondaire*, pour lesquels l'hésitation est permise. On sait que, dans un arrêt du 18 décembre 2013 (Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2013, n° 12-17420), la Cour de cassation a décidé que l'acquisition de la résidence secondaire relève de la contribution aux charges du mariage (« La contribution aux charges du mariage, distincte, par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire, peut inclure des dépenses d'investissement ayant pour objet l'agrément et les loisirs du ménage »). Mais on peut objecter qu'une résidence secondaire peut avoir été acquise dans une finalité d'épargne et qu'à ce titre elle doit être exclue du champ de la contribution aux charges du mariage.

III. LES SUCCESSIONS ET LES LIBÉRALITÉS

A. Les successions

L'acceptation à concurrence de l'actif net. La réforme des successions de 2006 a organisé la procédure de désintéressement des créanciers successoraux en cas d'acceptation à concurrence de l'actif. Les créanciers doivent déclarer leurs créances dans un délai de 15 mois à compter de la publication de l'acceptation à concurrence de l'actif net (art. 792, al. 1). Et s'ils respectent ce délai de 15 mois, ils sont alors payés dans l'ordre de leurs déclarations. Mais s'ils ne respectent pas ce délai de 15 mois, leurs créances sont réputées éteintes.

La mise en œuvre de ce régime a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 2016 (Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-10799).

En l'espèce, un créancier avait déclaré sa créance au notaire en charge du règlement de la succession, mais il l'avait fait avant la publication de l'acceptation à concurrence de l'actif net. Au fond, en déclarant avant tout le monde, il voulait s'assurer d'être le premier payé.

La Cour de cassation ne l'entend pas ainsi. Elle juge qu'une telle déclaration est inefficace : faite prématurément, la déclaration de la créance est de nul effet.

La solution mérite approbation : dans la mesure où l'ordre des déclarations commande l'ordre des paiements, il est normal que l'on sanctionne les faux départs.

Mais la sanction est sévère pour le créancier : s'il ne procède pas à une nouvelle déclaration dans le délai de 15 mois, sa créance est réputée éteinte.

La sévérité de cette sanction est telle qu'elle a donné lieu à une QPC. Par une décision du 5 octobre 2016 (Cons. const., 5 oct. 2016, n° 2016-574/575/576/577/578 QPC), le Conseil constitutionnel a jugé que l'article 792 du Code civil prévoyant l'extinction des créances non déclarées était conforme à la Constitution, au motif notamment qu'il ne constituait pas une atteinte excessive au droit de propriété.

L'usufruit en matière successorale. Il faut mentionner un arrêt relatif aux droits pécuniaires de l'usufruitier de droits sociaux. La question est la suivante : quels sont les droits de l'usufruitier sur les dividendes prélevés sur les réserves sociales ?

De façon schématique, on dénombre trois courants doctrinaux : le premier, majoritaire, défend l'idée que l'usufruitier exerce un usufruit sur les réserves distribuées, car ces réserves constituent un accroissement de l'actif social ; selon le deuxième courant, l'usufruitier serait plein propriétaire des réserves distribuées tandis que, selon le troisième courant, l'usufruitier n'aurait aucun droit sur les réserves distribuées.

Par un arrêt du 27 mai 2015 (Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-16246), la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé que l'usufruitier exerce un quasi-usufruit sur les réserves distribuées, ce qui correspond à l'analyse majoritaire de la doctrine.

Simplement, un arrêt de la première chambre civile, rendu le 22 juin 2016 (Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2016, n° 15-19471), sème le trouble. Dans cet arrêt, la haute juridiction décide que « les fonds provenant de la distribution des réserves constituées par la société devaient bénéficier aux seuls nus-propriétaires et figurer à l'actif de l'indivision successorale ».

Il y a deux interprétations de l'arrêt :

– soit, voir une divergence entre les deux chambres de la Cour de cassation : là où la chambre commerciale estime que l'usufruitier exerce un quasi-usufruit sur les réserves distribuées, la première chambre civile considérerait qu'il n'a aucun droit sur ces dividendes ;

– soit, estimer qu'il n'y pas de divergence : il faut remarquer, en effet, que la première chambre civile n'a fait que répondre au pourvoi qui considérait que l'usufruitier était plein propriétaire des réserves distribuées. Et, par cet arrêt, la première chambre civile rejette seulement cette analyse. Autrement dit, elle ne dit pas que l'usufruitier ne peut pas exercer un usufruit sur les réserves distribuées, car le pourvoi ne défendait pas cette analyse. Quiconque aurait apprécié que la Cour de cassation s'exprimât plus clairement...

B. Les libéralités

Les conditions de révocation d'une donation pour ingratitude. Par un arrêt du 19 octobre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2016, n° 15-25879), la Cour de cassation a rendu un intéressant arrêt sur les conditions de révocation d'une donation pour ingratitude. En l'espèce, un couple divorce et lors du règlement des intérêts patrimoniaux des époux, plusieurs difficultés s'élèvent. Le mari demandait la révocation d'une donation, qu'il avait consentie durant le

mariage à sa femme, pour cause d'ingratitude au motif que sa femme avait été condamnée pour des faits d'escroquerie commis au préjudice d'une société dont il était le principal associé.

Sa demande est repoussée par la cour d'appel, ainsi que par la Cour de cassation. La raison est que la révocation d'une donation pour ingratitude ne peut être prononcée que pour des faits commis à l'encontre du donateur. Or, en l'occurrence, les faits avaient été commis à l'encontre de la société dont le donateur était le principal associé. L'écran de la personnalité morale empêche donc que les faits incriminés constituent une cause d'ingratitude.

Les clauses pénales dans les libéralités. Il est fréquent, en pratique, que le disposant stipule dans la donation ou le testament une clause pénale, c'est-à-dire une clause qui sanctionne d'exhérédation l'héritier gratifié qui viendrait à attaquer la libéralité, par exemple pour demander la réduction pour atteinte à sa réserve, l'annulation de la libéralité pour dol, ou encore pour demander en justice le partage des biens non compris dans la donation-partage alors que le disposant a imposé à ses héritiers de s'accorder sur un partage amiable.

Ces clauses pénales soulèvent de plus en plus de contentieux.

On se souvient qu'aux termes d'un arrêt rendu le 16 décembre 2015 (Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-29285), la Cour de cassation avait introduit un contrôle de proportionnalité dans l'appréciation de la validité de ces clauses pénales en estimant que ces clauses doivent être réputées non écrites s'il s'avère qu'elles portent une atteinte excessive au droit d'agir en justice, garanti par l'article 6, 1, de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH).

Par un nouvel arrêt, rendu le 13 avril 2016 (Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 2016, n° 15-13312), la Cour de cassation adopte une solution identique. En l'espèce, la testatrice avait imposé à ses deux enfants que le partage de sa succession ait lieu à l'amiable. Elle avait précisé que celui qui demanderait le partage judiciaire verrait ses droits réduits à sa réserve. Plus de 20 ans s'étaient écoulés et faute de partage amiable sur certains biens de la succession, l'un des enfants a introduit une demande judiciaire en partage. Naturellement, l'enfant assigné eut beau jeu de lui opposer la clause pénale.

La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir jugé non écrite la clause pénale, car « cette clause portait une atteinte excessive au droit absolu, reconnu à tout indivisaire, de demander le partage ».

Deux observations :

Quant à la mesure de l'excès, il faut souligner que le caractère excessif de la clause est apprécié au regard, non pas de la sanction encourue, mais au regard du droit dont l'exercice est entravé. Simplement, la Cour de cassation paraît abandonner l'appréciation de cet excès au juge du fond. Mais il est sans doute probable que la Cour de cassation sera amenée à préciser les critères de l'excès, sans préjudice de la souveraineté des juges du fond dans leur mise en œuvre.

Quant à la sanction de cet excès, la Cour de cassation ne semble envisager que la nullité de la clause, elle est réputée non écrite. Autrement dit, l'irrégularité de la clause ne déteint pas sur la libéralité, qui demeure valable.

IV. L'INDIVISION

Sur l'existence d'une indivision. Pour qu'il y ait indivision, il faut que plusieurs personnes détiennent des droits de même nature sur un même bien. Or, depuis la réforme des successions de 2006, la réduction en valeur des libéralités a été généralisée. D'où la question de savoir quel est l'impact de cette généralisation de la réduction en valeur sur le droit de l'indivision. Plus précisément, peut-on dire que les héritiers réservataires sont en indivision avec le légataire universel sur les biens de la succession ? Semblablement, peut-on considérer que le conjoint survivant attributaire de l'intégralité de la communauté universelle se trouve en indivision sur les biens de la succession avec les enfants du défunt qui se prévalent de l'action en retranchement ?

Par deux arrêts, la Cour de cassation répond par la négative.

Dans le premier arrêt, rendu le 11 mai 2016 (Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2016, n° 14-16967), la fille du défunt se trouvait face à un neveu institué légataire universel. La fille prétendait que la succession était indivise entre elle et le légataire jusqu'au partage, et, à ce titre, demandait l'attribution préférentielle de parcelles de terres, et à défaut leur licitation.

La Cour de cassation repousse sa prétention : « Il résulte des articles 924 et suivants du Code civil qu'en principe, le legs est réductible en valeur et non en nature, de sorte qu'il n'existe aucune indivision entre le légataire universel et l'héritier réservataire ».

Par conséquent, le patrimoine du défunt avait été transmis dès le décès au légataire, de sorte que la fille, héritier réservataire, ne pouvait prétendre ni à l'attribution préférentielle ni à la licitation des biens dépendant de la succession.

La solution doit être approuvée. Ce n'est ici que l'illustration de la généralisation de la réduction en valeur des libéralités, opérée par la réforme de 2006 : la réduction en valeur d'une libéralité fait obstacle à toute indivision entre le gratifié et l'héritier réservataire.

Dans le second arrêt, en date du 7 décembre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2016, n° 16-12216), la solution est identique. En l'espèce, le défunt avait laissé son conjoint en secondes nocces attributaire de la communauté universelle et des enfants d'un premier lit. Ces derniers avaient donc demandé le retranchement de l'avantage matrimonial pour atteinte à leur réserve héréditaire, et, à ce titre, ils estimaient pouvoir demander le partage judiciaire de la succession.

Ici encore, la Cour de cassation repousse leur prétention : dans la mesure où l'action en retranchement aboutit à un règlement en valeur, il ne saurait y avoir d'indivision entre le conjoint attributaire de l'intégralité de la communauté universelle et les héritiers réservataires.

Sur l'assignation en partage. Depuis la réforme de 2006, l'article 1360 du Code de procédure civile subordonne l'assignation en partage à un certain nombre de mentions obligatoires.

Trois mentions sont requises :

– l'assignation doit contenir un descriptif sommaire du patrimoine à partager ;

– elle doit préciser les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ;

– enfin, elle doit mentionner les diligences accomplies par le demandeur en vue de parvenir à un partage amiable.

À défaut de contenir ces trois mentions, l'assignation est en principe irrecevable.

Cet article 1360 soulève un contentieux abondant, alors que sa finalité est au contraire de désencombrer les tribunaux. Sous cet aspect, il faut mentionner deux arrêts.

Le premier arrêt se prononce sur la possibilité de régulariser l'omission de l'une de ces trois mentions.

Il faut faire une distinction selon les mentions en cause.

On se souvient que, par un arrêt du 28 janvier 2015 (Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2015, n° 13-50049), la Cour de cassation a décidé que l'irrecevabilité de l'assignation est écartée si le demandeur a pu préciser dans ses écritures ultérieures un descriptif du patrimoine successoral et ses intentions sur la répartition des biens.

Qu'en est-il de la troisième condition, celle où l'assignation doit mentionner les diligences accomplies par le demandeur en vue de parvenir à un partage amiable ? Dans un arrêt du 21 septembre 2016 (Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2016, n° 15-23250), la Cour de cassation décide que la tentative d'un partage amiable doit *impérativement* intervenir avant l'assignation et qu'à défaut, l'irrégularité ne saurait être couverte par une tentative en cours d'instance.

S'agissant donc de cette troisième et dernière condition, la régularisation n'est pas possible. Et cela paraît tout à fait justifié : cette condition vise à éviter une action en justice ; or si l'action a été introduite, le mal est déjà fait. On comprend donc que les diligences accomplies par le demandeur en vue de parvenir à un partage amiable doivent nécessairement intervenir avant l'assignation.

Le second arrêt se prononce sur les personnes astreintes à ce formalisme.

Dans un arrêt, en date du 13 janvier 2016 (Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2016, n° 14-29534), la Cour de cassation décide que les exigences de l'article 1360 ne s'imposent pas au créancier d'un indivisaire qui demande le partage par la voie oblique.

La solution mérite entière approbation. L'action du créancier se justifie ici par l'inertie du débiteur. Par conséquent, on ne voit pas comment on devrait lui imposer de donner

un descriptif d'un patrimoine qui n'est pas le sien ou encore de faire part d'intentions qui ne sont pas les siennes.

Sur les conséquences de l'occupation privative d'un bien indivis par un indivisaire. Deux arrêts méritent d'être signalés.

Un premier arrêt, rendu le 31 mars 2016 par la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, n° 15-10748), tranche la question de savoir à quelle condition l'on peut considérer qu'un indivisaire occupe privativement un bien indivis.

En l'espèce, le défunt avait laissé pour lui succéder son conjoint et leurs deux enfants. La vie de l'indivision successorale s'est avérée houleuse. C'est ainsi que l'un des enfants, qui était le seul à détenir les clés de la porte d'entrée d'un immeuble indivis, refusait de remettre les clés aux autres indivisaires.

Pour cela, ses coindivisaires réclamaient une indemnité d'occupation que les juges du fond leur refusèrent au motif que le fait de détenir la clé de l'unique porte d'accès à l'immeuble ne prouve pas une occupation exclusive de cet immeuble.

L'arrêt est censuré par la Cour de cassation : « La jouissance privative d'un immeuble indivis résulte de l'impossibilité de droit ou de fait pour les coindivisaires d'user de la chose et que la détention des clés de la porte d'entrée de l'immeuble, en ce qu'elle permettait [à l'indivisaire] d'avoir [seul] la libre disposition du bien indivis, était constitutive d'une jouissance privative et exclusive ».

On soulignera pour finir que l'indemnité d'occupation profite à l'indivision, et non directement aux coindivisaires demandeurs au paiement de l'indemnité.

Le second arrêt tranche la question de savoir si l'indivisaire, qui jouit privativement d'un bien indivis, est redevable de l'impôt foncier afférent à cet immeuble ou si cet impôt est à la charge de l'indivision.

Par arrêt rendu le 13 janvier 2016 (Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2016, n° 14-24767), la Cour de cassation décide que les impôts fonciers incombent à l'ensemble des indivisaires, alors même qu'un seul d'entre eux jouit du bien indivis.

La solution est tout à fait justifiée : la taxe foncière est liée à la propriété et non à la jouissance du bien. Elle incombe donc, non pas à l'occupant, mais au propriétaire, c'est-à-dire l'indivision.

DISCOURS OFFICIELS DE LA 13^E ÉDITION DES ÉTATS GÉNÉRAUX
DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Discours du président du Conseil national des barreaux 291x6

L'essentiel

Pascal Eydoux rappelle ici que les avocats et le Conseil national des barreaux qui les représente sont très sensibles à la protection de l'enfant et de ses droits, à la justice des mineurs et à la situation des mineurs isolés.

Par
Pascal Eydoux
Président du Conseil
national des barreaux,
ancien bâtonnier de
Grenoble, avocat au
barreau de Grenoble,
ancien président de
la Conférence des
bâtonniers

Madame la ministre, Mesdames et Messieurs les bâtonniers, Mesdames et Messieurs les professeurs, chers confrères, distingués invités, hier, en présence du ministre de la Justice, j'ai eu l'occasion de revenir sur la réforme du divorce par consentement mutuel.

C'est une bonne et importante réforme, n'en doutons pas. La simplification dont elle est issue ne compromet pas la sécurité juridique qui doit prévaloir dans cette situation difficile qu'est un divorce.

La lettre et l'esprit de cette réforme sont une marque de confiance supplémentaire envers la profession d'avocat, notre compétence et le recours à l'acte d'avocat, outil idéal et adapté à notre mission de conseil des parties et de rédacteur de la convention de divorce.

Les critiques et les attaques véhémentes et infondées des notaires finiront rapidement dans les oubliettes de l'histoire du droit. Tout ce qui est excessif est insignifiant.

Nous avons tous entendu hier Jean-Jacques Urvoas confirmer que le divorce est de la responsabilité des avocats et pas de celle des notaires. Dont acte.

En matière de droit de la famille et du patrimoine, qui nous rassemble pour une 13^e édition de ces États généraux, il n'y a pas que le divorce.

Votre présence, Madame la ministre, dont nous vous remercions chaleureusement, nous permet de le rappeler.

Les avocats et le Conseil national des barreaux qui les représente sont très sensibles aux sujets dont vous êtes en charge en votre qualité de ministre des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes. Tel est le cas notamment de la protection de l'enfant et de ses droits, de la justice des mineurs, de la situation des mineurs isolés.

Nous avons pris des positions sur ces questions et nous avons agi.

Nous avons aussi formulé des propositions notamment sur la protection du logement de la famille que je souhaite rappeler ici, en votre présence.

La protection de l'enfant et de ses droits a donné lieu à des avancées utiles.

La disposition de la loi sur l'égalité relative à la suppression des châtiments corporels a pu être moquée comme étant incantatoire ou un gadget législatif.

Le Conseil national des barreaux, opposé à tous châtiments corporels, a salué cette disposition qui va dans le sens d'un respect accru de la Convention Internationale des droits de l'enfant et donne une base légale à la lutte contre les violences intrafamiliales dont sont souvent victimes les enfants.

Nous sommes convaincus que la maltraitance des enfants doit être combattue et qu'ils doivent bénéficier d'une éducation non violente. Ils sont notre avenir. Ne l'abimons pas, ne le détruisons pas en violentant nos enfants.

Le Conseil national des barreaux s'est félicité des progrès réalisés par la réforme de la protection de l'enfance.

Nous regrettons cependant que la loi ne rende pas suffisamment effective l'audition de l'enfant en justice et ne la généralise pas pour les enfants manifestant un certain degré de maturité qui sont confiés à l'Aide sociale à l'enfance.

Le mineur capable de discernement doit être entendu dans toutes les procédures qui le concernent dans son parcours d'enfant à protéger et dans son parcours judiciaire, que l'enfant soit victime ou auteur. Dans cette perspective, il devrait pouvoir être éclairé par un conseil spécialement formé à cet effet : l'avocat d'enfant. Tout au long de ce parcours, judiciaire ou administratif, l'assistance du mineur par un avocat spécialement formé doit être instaurée. Cette compétence spécifique doit être assurée par une obligation de formation complète et de qualité.

Tout ce qui va dans le sens d'un renforcement des procédures de contrôle et de garantie des droits des mineurs est essentiel !

En premier lieu, le Conseil national des barreaux s'est réjoui de la ratification du troisième Protocole facultatif à la Convention internationale des droits de l'enfant qui permet aux enfants et à leurs avocats de saisir directement le Comité des droits de l'enfant en cas de violation de leurs droits fondamentaux. Cette procédure dite de « communication » ou de plainte individuelle auprès du Comité des droits de l'enfant vient renforcer les mécanismes préexistants de contrôle.

En deuxième lieu, le Conseil national des barreaux est particulièrement satisfait de l'harmonisation européenne des droits conventionnels de l'enfant qui a pris corps dans la directive (UE) n° 2016-800 du 11 mai 2016 sur les garanties procédurales en faveur des enfants suspectés ou poursuivis dans le cadre des procédures pénales.

Permettez-moi de souligner deux points auxquels les avocats seront particulièrement attentifs au moment de la transposition de cette directive.

D'une part, il existe un droit d'accès à un avocat obligatoire « dès que l'enfant est informé du fait qu'il est un suspect ou une personne poursuivie » et avant même qu'il ne soit interrogé par la police ou par une autorité répressive ou judiciaire.

D'autre part, la directive encourage les États membres à organiser une formation spécifique des intervenants auprès de l'enfant dans le cadre des procédures pénales. Le Conseil national des barreaux a déjà mis en place ces formations et mis à disposition un kit de formation à l'appui de la convention-cadre qu'il a signé avec le ministère de la Justice en 2011 et qui est proposé à l'ensemble des barreaux de France.

J'aurai garde d'oublier les dispositions introduites dans la loi J21 tendant à l'amélioration de l'organisation et du fonctionnement de la justice des mineurs.

Commençons par les choses qui fâchent.

Le Conseil national des barreaux s'est toujours positionné en faveur de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante.

Au lieu d'engager véritablement cette réforme fondamentale, la loi J21 l'a réduite à l'adoption de trois dispositions certes importantes, mais finalement insuffisantes.

Le courage politique consiste à ne pas craindre de faire des réformes indispensables. L'exécutif et le législatif ne sauraient continuer à différer celle de l'ordonnance de 1945.

Tout n'est pas négatif dans ce volet de la loi J21, et nous pouvons en retenir la suppression du tribunal correctionnel pour mineurs, la suppression de la condamnation à la réclusion criminelle à perpétuité pour une personne de moins de 18 ans, la présence d'un avocat obligatoire pour un mineur placé en garde à vue sans démarche préalable, la facilitation de la césure du procès pénal, la généralisation de la possibilité de prononcer une mesure éducative en parallèle à une peine.

Je tiens à dire quelques mots au sujet des mineurs non accompagnés dits « MIE ».

La crise des migrants a jeté une lumière particulièrement crue sur leur situation et le recours à des modes de preuve de leur âge que nous estimons scandaleux.

Vous avez compris que je veux ici parler du recours aux tests osseux.

Le Conseil national des barreaux est fermement opposé aux examens médicaux de détermination de l'âge sur l'enfant. À cet égard, l'interdiction des examens pré-pubères est une très bonne nouvelle.

Cependant, l'article 43 de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance est venue légaliser le recours aux tests osseux tout en le conditionnant à « l'accord de l'intéressé ».

La présomption de minorité doit rester la règle. Or, de nombreuses questions restent en suspens :

- quelles garanties pour permettre un accord libre et éclairé du mineur ?

- quelle protection juridique est assurée au mineur en l'absence d'administrateur ad hoc ou d'avocat à ce stade de la procédure ?

- quelles voies de recours en cas de refus de constat de minorité ?

- en l'absence de représentants légaux, comment ce mineur qui contesterait son éviction du régime de droit commun de protection de l'enfance peut-il ester en justice ?

C'est toute la question du renforcement du statut des mineurs non accompagnés que les dispositifs existants ne tendent toujours pas à améliorer.

Nous devons progresser sur ces questions. Les avocats sont prêts à vous y aider Madame la ministre.

Sur la question importante des enfants non accompagnés, je tiens aussi à rappeler deux autres questions.

D'une part, le Conseil national des barreaux poursuit son action afin que la présomption de minorité joue pleinement en leur faveur et qu'il puisse bénéficier d'une protection de l'Aide sociale à l'enfance et non d'un traitement pénal de leur dossier en tant que délinquant majeur, plus rarement de mineur délinquant.

D'autre part, un kit de formation des avocats sur les violences conjugales a été élaboré sous l'égide de la Mission interministérielle pour la protection des femmes victimes de violences et la lutte contre la traite des êtres humains (MIPROF) avec le soutien des instances professionnelles des avocats réunissant le Conseil national des barreaux. Ce kit est étendu à la traite des êtres humains, et le dispositif mis en place pour les majeurs (Dispositif national Ac.Sé) doit être étendu aux mineurs.

Madame la ministre,

Lors de son assemblée générale des 9 et 10 décembre 2016, le Conseil national des barreaux a adopté trois propositions d'articles que nous vous proposons d'insérer dans le Code civil afin de résoudre les difficultés rencontrées par les parents non mariés qui se séparent. Cette réflexion a associé avocats, universitaires et notaires.

Contrairement à ce qui existe dans la procédure de divorce, le juge aux affaires familiales ne peut actuellement pas statuer sur l'attribution, à l'un ou à l'autre des parents, de la jouissance du logement familial.

Ainsi, hors mariage, en l'état actuel des textes, le juge aux affaires familiales statuant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, n'a pas compétence pour déterminer celui des parents qui demeurera, même provisoirement, dans le domicile familial.

Les premières victimes de ce vide juridique sont les enfants qui assistent à une guerre des nerfs que chacun des parents inflige à l'autre dans le dessein de le voir quitter le logement en premier.

On constate une augmentation significative de violences directement liées à ce vide juridique.

Ces difficultés révélées par la pratique justifient que les textes actuellement en vigueur soient complétés.

Nous avons donc rédigé trois propositions de textes destinées à compléter les dispositions relatives au régime légal de l'indivision, au contrat de bail et à l'autorité parentale.

L'objectif est donc de permettre, en présence d'enfant(s), au partenaire de pacs ou à un concubin, en cas de séparation, de demander au juge des affaires familiales l'attribution provisoire du logement de la famille si les

enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement qu'il soit détenu par l'autre parent seul ou en indivision.

Les textes sont rédigés, nous vous les livrons « clés en main » si je puis dire. Nous sommes naturellement prêts à accompagner les pouvoirs publics dans le processus de leur adoption.

Ce rapide panorama sélectif montre l'importance et la variété des sujets que nous abordons dans le cadre de nos réflexions sur le droit de la famille.

L'image de l'avocat homme ou femme du procès est dépassée et éculée. À partir de leur expérience et de leur

pratique de conseils, les avocats réfléchissent, anticipent, proposent. C'est l'essence même de leur fonction : imaginer des solutions juridiques faisant avancer le droit et la protection des personnes.

Le barreau de famille rassemblé et uni le démontre chaque jour !

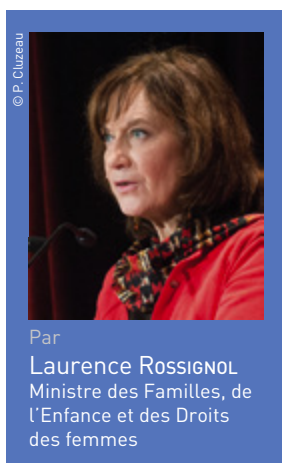
Continuons dans cette voie et retrouvons-nous l'année prochaine pour la 14^e édition des États généraux du droit de la famille et du patrimoine !

DISCOURS OFFICIELS DE LA 13^E ÉDITION DES ÉTATS GÉNÉRAUX DU DROIT DE LA FAMILLE ET DU PATRIMOINE

Discours de la secrétaire d'État chargée de la famille 291x7

L'essentiel

Laurence Rossignol, ministre des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes, revient ici sur les évolutions marquantes du droit de la famille et présente les voies qu'il conviendrait d'emprunter afin de faciliter la vie des familles.



Monsieur le président du Conseil national des barreaux, Mesdames, Messieurs les magistrats, Mesdames, Messieurs les avocats, Mesdames, Messieurs les universitaires, Mesdames, Messieurs, les États généraux du droit de la famille et du patrimoine sont presque devenus un rendez-vous rituel pour moi, puisque c'est la troisième année que vous m'y conviez et je vous en remercie.

Ces journées sont un rendez-vous incontournable de réflexion et d'échanges pour les barreaux de famille, et suscitent l'intérêt de tous ceux qui s'intéressent à la vie des familles, à leurs réalités et aux changements qu'elles connaissent.

Votre première interlocutrice est bien évidemment la Chancellerie, le garde des Sceaux qui est intervenu hier devant vous, mais votre champ de réflexion, l'action des magistrats, avocats, universitaires, croisent nécessairement celui du ministère des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes.

En tant que ministre des Familles, je m'intéresse donc au regard que vous portez sur vos pratiques et aux bonnes pratiques que vous souhaitez développer. Je suis particulièrement attentive au « champ des possibles » que vous contribuez à construire, et à la part essentielle qui est la vôtre dans l'œuvre de justice, au plus près des familles.

Le droit porte cette capacité intrinsèque à être le reflet de ce qu'est une société et de ce vers quoi elle veut tendre. La famille a connu de nombreuses mutations au cours du XX^e siècle et elle continue d'en connaître au XXI^e siècle. L'importance croissante que les individus accordent aux liens affectifs et à la qualité des relations au sein de leur famille explique que, dans la grande majorité des cas, celle-ci constitue une source de solidarité et de bonheur. Cela rend aussi la famille plus fragile et moins normée. Les formes de vie familiale se diversifient et, comme la titulature de mon ministère l'indique, il est désormais plus juste de parler DES familles pour toucher à la réalité du champ qu'elles recouvrent. Au cours du XX^e siècle, l'émergence de la place des femmes dans la sphère publique, l'affirmation du choix personnel dans la construction de la famille, la possibilité de créer plusieurs familles au cours

de sa vie ont naturellement occasionné des ruptures et des crises plus fréquentes dans les trajectoires personnelles et familiales. C'était le thème de vos journées de l'an dernier, il me semble.

L'un des objectifs du droit, et plus particulièrement du droit de la famille, doit être de garantir un juste équilibre entre les intérêts de chacun. Je reviendrai sur des évolutions qui me paraissent majeures à cet égard : le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé, l'interdiction de la médiation en cas de violences conjugales, l'intermédiation permise par l'agence de recouvrement des impayés de pensions alimentaires... La protection de l'époux, du parent, de l'enfant, selon son degré de vulnérabilité, est fondamentale. C'est pourquoi votre devoir de conseil, d'accompagnement et d'information est essentiel.

Vous le savez : les enjeux des conflits familiaux ne sont pas neutres en termes de genre, ou de classe sociale, comme l'a souligné l'enquête du Collectif des onze (*Le Collectif Onze, Au tribunal des couples. Enquêtes sur des affaires familiales*, 2013, éd. Odile Jacob). Les plus vulnérables sont toujours les premières victimes des conflits familiaux. Une attention particulière doit donc leur être portée. Je pense notamment aux enfants qui sont trop fréquemment pris à partie – ou insuffisamment entendus – lors de conflit parentaux. Mais aussi, aux femmes qui ont été, et sont depuis trop longtemps, défavorisées lors de séparations. En cela, être ministre des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes me permet d'avoir une approche globale et transversale qui garantit à chacun une juste protection.

Cet intitulé a pu paraître baroque, voire inquiéter certaines féministes. Je crois avoir démontré au cours de cette année qu'on pouvait tout à la fois tenir les trois branches du portefeuille, ne rien concéder en matière de droits des femmes et d'égalités femmes-hommes, lutter contre le sexisme, continuer de faire avancer la protection de l'enfance et des enfants et faire évoluer la politique familiale. Du point de vue de la ministre des Droits des femmes, avoir comme outil la politique familiale est un atout supplémentaire. Le ministère des Droits des femmes doit aller chercher dans les autres ministères les leviers des politiques que nous mettons en œuvre. Ce portefeuille s'est montré efficace tout au long de l'année. Par ailleurs, je ne vous cacherai pas que dans d'autres mains, il pourrait prendre d'autres tournures. Il vaut mieux être féministe pour tenir ce portefeuille.

C'est cette approche que j'ai portée lors des discussions interministérielles sur la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel dans le cadre de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

NDA : Le style oral de l'intervention a été conservé.

Cette déjudiciarisation s'inscrit dans un mouvement de modernisation de la justice qui recentre les magistrats sur leur mission fondamentale dans un contexte de contentieux de masse où la demande de justice n'a jamais atteint un tel niveau : cette mission est de trancher des conflits, d'intervenir en cas de défaillance grave non traitée, d'absence de solution amiable. La décision judiciaire s'impose alors pour rétablir un équilibre trop gravement altéré.

Il est donc légitime que le juge n'intervienne pas quand les conjoints, parents accompagnés et conseillés par leurs avocats sont parfaitement aptes à gérer eux-mêmes leur séparation et ses conséquences.

Les juges aux affaires familiales pourront ainsi se concentrer sur les divorces contentieux dont les délais de traitement sont trop longs alors qu'ils nécessitent une intervention rapide en tenant compte de situations individuelles complexes.

Je vous rappelle ces chiffres que vous connaissez sûrement déjà : plus de la moitié des divorces sont des divorces par consentement mutuel. Ils sont prononcés dans un délai de 3,5 mois en moyenne (entre 3 et 7 mois selon les juridictions) à partir de la saisine du juge contre 5 semaines maximum avec la nouvelle procédure, dont 15 jours correspondant au droit de rétractation. Premier avantage donc : la rapidité. Il s'agit d'un gain de temps précieux à une période où les époux reconstruisent leur vie. Par exemple, cette procédure met fin aux difficultés d'acquisition d'un nouveau logement, alors que les banques refusent de prêter de l'argent tant que le divorce n'est pas prononcé. Cela permettra également à une femme victime de violences de se libérer rapidement de son agresseur, plutôt que de devoir être confrontée à lui durant de longs mois.

Il faut balayer l'idée d'un « âge d'or » du divorce par consentement mutuel qui aurait été davantage protecteur pour les femmes, car le juge homologue 99 % des conventions soumises à son contrôle.

Le risque de déséquilibre est réduit dans la nouvelle procédure en raison de la présence d'un avocat pour chacun des époux. C'est donc votre responsabilité de veiller à cet équilibre.

Je souhaite appeler votre vigilance sur le risque de domination et d'inégalité entre les parties : vous le savez, c'est ce qui se joue lors de la préparation de la convention.

On sait que les « armes » des hommes et des femmes ne sont pas égales au sein des couples, notamment en termes de revenus, de patrimoine, de poids du temps de travail domestique, parental et professionnel. Une enquête sur les décisions des JAF (Le Collectif Onze, *Au tribunal des couples. Enquêtes sur des affaires familiales*, préc.) a montré qu'en homologuant les accords entre conjoints, la justice familiale a entériné le fait que ce sont les femmes qui prennent en charge l'essentiel du travail parental avant comme après la séparation, et qu'elles bénéficieront d'un soutien limité des pères pour élever les enfants.

Il vous appartient donc de veiller à ce que la convention ne reproduise pas les inégalités entre les hommes et les femmes au sein des couples, que les parties soient libres de toute pression et que leurs intérêts soient bien représentés, notamment si elles sont vulnérables, en

situation de dépendance économique ou en cas de disparités sociales.

En consacrant le divorce sans juge, c'est le professionnalisme de l'avocat que la réforme sur la modernisation de la justice consacre. L'avocat de chaque conjoint n'hésitera pas à lui conseiller de rejeter cette nouvelle procédure si l'autre refuse de signer une convention qui le protège suffisamment et qui protège les intérêts de l'enfant.

Dans le respect de la convention des droits de l'enfant, la parole de l'enfant a été prise en compte avec cette nouvelle procédure. C'est une exigence forte et intangible que, je le sais, vous partagez. L'enfant a le droit d'exprimer librement son opinion dans toute procédure qui le concerne. Dans toutes les situations, les acteurs de la justice, et notamment ceux qui pratiquent le droit de la famille, ont le devoir de rechercher le meilleur intérêt de l'enfant ; de le mettre en œuvre dans la façon d'écouter l'enfant, de recueillir sa parole et de la prendre en considération.

Conformément aux engagements internationaux de la France, un enfant mineur capable de discernement qui demande à être entendu par un juge peut et pourra toujours l'être. Les avocats devront s'assurer que l'enfant a bien été informé de ce droit et l'indiqueront dans la convention de divorce.

Si l'enfant demande à être entendu, le divorce sera prononcé par un juge aux affaires familiales, comme c'est le cas aujourd'hui. Cela me semble une protection nécessaire et suffisante.

En tant que ministre des Familles, mon rôle est de faciliter la vie des familles. Vous le savez, les séparations présentent un caractère exceptionnel pour les familles qui les vivent. La puissance publique doit, autant que faire se peut, limiter et apaiser les situations conflictuelles, avec au cœur de ses réflexions, le bien-être de l'enfant.

C'est en ce sens que s'inscrit le développement de la médiation familiale pour laquelle j'ai souhaité l'augmentation des crédits qui y sont dévolus par la Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF).

Je suis convaincue, qu'en dehors des cas de violences – j'y reviendrai –, la médiation peut débloquent bien des situations. L'expérimentation relative à l'obligation de la médiation menée à Arras et à Bordeaux a donné des résultats positifs. Néanmoins, elle est encore insuffisamment conclusive pour pouvoir être immédiatement généralisée. C'est pourquoi, la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a prévu de poursuivre et d'étendre cette expérimentation. Comme le garde des Sceaux vous l'a annoncé hier, un prochain arrêté désignera une dizaine de juridictions pour conduire cette expérimentation.

Il faut pouvoir soutenir les parents, lors des séparations ou après. Je le dis souvent : soutenir les familles, aider les parents, c'est protéger l'enfant. C'est une des ambitions de l'agence de recouvrement des impayés de pensions alimentaires (ARIPA) qui a été créée dans le cadre de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017. Elle est effective depuis le 1^{er} janvier 2017. C'est un chantier interministériel que j'ai notamment conduit avec le garde des Sceaux.

Au-delà de l'amélioration du recouvrement des pensions alimentaires, cette agence apporte des réponses globales

aux parents séparés ou en cours de séparation et elle renforce l'accès aux droits sociaux.

Les familles monoparentales représentent aujourd'hui une famille sur cinq. Elles sont davantage que les autres exposées à la précarité. On estime relativement élevé le nombre de pensions alimentaires qui ne sont pas payées ou le sont irrégulièrement.

Or, s'il est juste d'aider les familles monoparentales comme il est juste que l'État recouvre les pensions, il est aussi juste que les mauvais payeurs s'acquittent de leurs dettes. Le non-paiement des pensions alimentaires est une violence économique faite aux femmes et à leurs enfants.

Dix mois après la généralisation de la garantie contre les impayés de pensions alimentaires (GIPA), la création de la nouvelle agence au sein de la branche famille de la Sécurité sociale va permettre un recouvrement des pensions alimentaires impayées plus efficace et élargi, pouvant bénéficier à tous les parents créanciers de pensions avec des enfants de moins de 20 ans à charge, même s'ils se sont remis en couple et même s'ils ne sont pas allocataires de la CAF ou de la MSA.

Jusqu'à 24 mois d'arriérés peuvent être recouverts au lieu de 6 mois précédemment, et ce, dès le premier mois d'impayé. L'agence peut aussi communiquer au juge et au créancier les éléments qu'elle connaît concernant le débiteur, ce qui permettra de fixer plus facilement une pension. En contribuant au paiement des pensions alimentaires, la nouvelle agence facilitera le maintien ou le rétablissement de la coparentalité, dans l'intérêt des enfants et également des pères.

En outre, en 2018, l'agence pourra donner une force exécutoire aux accords amiables, sans avoir recours à l'homologation par le juge, ce qui permettra le recouvrement ultérieur de la pension en cas d'impayé.

Mais le rôle de l'ARIPA ne s'arrête pas là. Elle a également une mission d'intermédiation financière en cas de violences ou de menaces exercées à l'encontre du parent créancier ou de ses enfants. Le juge aux affaires familiales peut désormais imposer au débiteur violent qu'il verse les pensions alimentaires par l'intermédiaire de l'agence, afin de protéger les victimes de violences. Et je compte sur vous, avocates et avocats, pour informer vos clientes et clients de cette nouvelle possibilité et pour vous en saisir.

L'intermédiation est bien souvent nécessaire dans les situations de violences. On ne peut pas défendre l'idée d'un maintien du lien à tout prix au sein des familles, que cela soit entre les parents, ou entre parent et enfant.

Je me félicite donc que la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle dispose qu'en cas de violences, le juge ne puisse pas obliger les parents à rencontrer un médiateur familial pour fixer l'exercice de l'autorité parentale.

Dans la même logique, nous avons signé avec le garde des Sceaux, aux côtés de la CNAF et de la CMSA, une convention-cadre relative à la médiation familiale et aux espaces de rencontre, qui précise que la médiation familiale doit être exclue dès lors que le médiateur familial a connaissance de violences conjugales. Dans ce cas, il ou elle doit alerter le magistrat et orienter la victime vers des associations spécialisées.

Dans les cas de violences conjugales ou de violences faites aux enfants, on constate de plus en plus fréquemment l'utilisation d'un soi-disant « syndrome d'aliénation parentale », ce qui soulève de réelles difficultés. Ce syndrome est utilisé par les parties pour justifier la limitation, voire la suspension des droits de visite et d'hébergement de l'un des deux parents (bien souvent de la mère). Il est parfois repris dans les décisions des juges aux affaires familiales, ce qui lui donne une légitimité qu'il ne doit pas avoir. Même si je ne nie pas l'existence possible de phénomènes d'emprise d'un parent sur son enfant, je tiens à vous rappeler qu'aucune autorité scientifique n'a reconnu ce soi-disant syndrome et que le consensus scientifique souligne le manque de fiabilité de cette notion. À l'inverse, la recherche démontre que les fausses allégations de maltraitance ou de négligences sur les enfants sont très rares. Le cinquième plan de mobilisation et de lutte contre les violences faites aux femmes préconise donc de ne pas utiliser cette notion.

Sur le sujet des violences conjugales et de l'éloignement nécessaire, je souhaitais également évoquer avec vous l'ordonnance de protection, outil efficace pour protéger les victimes de violences conjugales, dont la mobilisation, bien qu'en progression, demeure insuffisante. Comme vous le savez, elle peut être délivrée avant le dépôt d'une plainte afin de prendre des mesures de protection comme interdire au conjoint violent d'entrer en relation avec sa conjointe ou autoriser la victime à dissimuler son domicile. Avec l'adoption de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, les interdictions prévues par une ordonnance de protection seront désormais inscrites au fichier des personnes recherchées.

Des mesures du cinquième plan de mobilisation et de lutte contre toutes les violences faites aux femmes contribueront à renforcer ce dispositif.

Une enquête va être réalisée cette année sur la manière dont l'ordonnance est appréhendée par les avocats et les magistrats sur le terrain, notamment s'agissant du maintien des liens entre l'enfant et l'auteur des violences.

Cette enquête servira de base à l'élaboration d'un guide à l'attention des juridictions et des professionnels concernés. Elle regroupera les bonnes pratiques et les points de vigilance à avoir concernant l'identification des violences et les seuils de danger.

Il faut que l'ordonnance de protection soit davantage mobilisée et votre contribution est essentielle en ce domaine.

Dans des situations d'abandon ou de violences, imposer le maintien du lien c'est ajouter de la souffrance à la souffrance. C'est empêcher les victimes de se reconstruire.

C'est pourquoi, j'ai souhaité que la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant remplace la notion d'abandon par celle de délaissement.

La notion de « désintérêt manifeste », que la Cour de cassation interprétait restrictivement comme devant être volontaire, constituait l'obstacle principal au prononcé de l'abandon. Elle a été supprimée.

Ces changements visent à permettre la formation d'un projet pérenne pour l'enfant délaissé par ses parents.

Je présenterai le 1^{er} mars prochain le premier plan de mobilisation et de lutte contre les violences faites aux enfants. Ce plan sera réalisé sur les modèles des plans de

lutte contre les violences faites aux femmes. Nous avons, au cours du quinquennat, fait et évalué le quatrième plan, et j'ai présenté le cinquième plan en novembre dernier. La nécessité d'avoir un premier plan de mobilisation et de lutte contre les violences faites aux enfants est né d'un constat : malgré un arsenal législatif et judiciaire performant, qui a été récemment complété par la loi du 14 mars 2016, les violences faites aux enfants perdurent. Elles perdurent en raison du déni qui existe encore aujourd'hui, du refus de voir ces violences.

La publication d'un premier plan vise à éveiller les consciences sur l'ampleur de ces violences, à lever un tabou et à libérer la parole sur le sujet afin qu'elles soient mieux repérées et mieux prises en compte. Sur le plan des violences faites aux femmes, l'intolérance sociale s'est accrue, la parole s'est libérée et cette question est sortie de l'invisibilité. J'ai observé qu'il n'en était pas encore de même pour les violences faites aux enfants. Elles sont encore dans l'ombre comme l'étaient les violences faites aux femmes il y a une quinzaine d'années. Ce premier plan viendra engager cette mobilisation avec des mesures nouvelles.

Éducation sans violence. À propos des « violences dites éducatives ordinaires » et de l'amendement à l'article L. 371-1 du Code civil, je voulais tout d'abord remercier le président de son soutien. Cet amendement au Code civil (et non pas au Code pénal comme je l'ai souvent entendu) visait à définir l'autorité parentale comme devant s'exercer sans recours aux violences. C'était un article nécessaire pour promouvoir une société apaisée et bienveillante. Mais, c'était surtout nécessaire, pour la ministre de l'Enfance, pour avoir une base indispensable de discussion avec les parents sur la violence, pour définir où commence la violence à l'égard des enfants. Je ne sais pas définir à quel moment débute la violence, sur quels critères. Je ne sais pas dire quand la violence devient maltraitance. Je ne sais pas dire si la fessée, la gifle, la claque sur la tête, le fait de tirer les cheveux ou les oreilles relèvent de la protection de l'enfance ou d'un « droit de correction » lié à la liberté éducative. C'est extrêmement compliqué et, pour bien lutter contre la maltraitance, les violences faites aux enfants, il est infiniment plus sécurisant de dire que l'on peut élever des enfants sans avoir recours à des punitions corporelles.

Je regrette beaucoup que l'opposition au gouvernement à l'Assemblée nationale et la majorité au Sénat aient choisi de déférer cette disposition au Conseil constitutionnel. Je ne vois pas quel est l'enjeu de défendre un droit à frapper les enfants. Je ne comprends pas pourquoi priver la lutte contre la maltraitance de cette définition de l'autorité parentale. Je tiens à préciser qu'elle a été effectivement censurée par le Conseil constitutionnel non pas sur le fond mais pour des raisons de procédure.

J'espère, pour autant, avoir fait avancer, si ce n'est le droit au moins l'opinion et la compréhension collective de ce sujet. Quand j'ai avancé l'hypothèse d'une loi sur ce sujet, tout le monde s'est moqué de moi. J'étais la ministre qui voulait interdire la fessée, je vous passe les quolibets et les railleries diverses que j'entendais dans les émissions de télévisions et de radio. C'était il y a plus de 2 ans et, en plus de 2 ans, la compréhension de la nécessité d'une disposition visant à exclure la violence de l'exercice de

l'autorité parentale a évolué et a progressé. Je ne désespère pas que la loi viendra conclure un jour l'évolution de la société.

À propos des mineurs non accompagnés (MNA), nous en accueillons beaucoup en France. Nous avons organisé, dans le cadre de l'Aide sociale à l'enfance (ASE) et du droit commun, la protection de ces mineurs. Nous avons installé une cellule de suivi et de répartition de ces mineurs. Ces enfants arrivent généralement par des réseaux qui ont identifié des départements. Il n'était pas possible de laisser certains départements prendre en charge la totalité des MNA et d'autres départements, qui n'auraient pas été identifiés par les réseaux, ne pas en accueillir.

Je ne dis jamais combien de MNA nous accueillons et quelle part ils représentent dans le système d'aide sociale à l'enfance. Je ne veux pas que ce chiffre soit exploité pour dénoncer un pays qui serait « trop généreux », qui choisit le droit commun de la protection de l'enfance pour ces enfants qui arrivent dans les terribles conditions que nous connaissons. Il y a des mineurs qui fuient des zones de conflits. Il y a également des migrations économiques. Tous doivent être protégés. Nous devons tous porter ensemble la même politique de droit commun de protection de l'enfance.

En ce qui concerne les MNA de Calais, nous avons mis en place des centres d'accueil et d'orientation pour les mineurs isolés (CAOMI), qui ont permis qu'ils soient accueillis dans de bonnes conditions lorsque nous avons démantelé le campement de Calais. La difficulté que nous avons, c'est que les engagements pris par des pays partenaires d'accueillir ces MNA ne sont pas tenus. La majorité de ces MNA souhaitent, en effet, partir en Grande-Bretagne. Ils repartent alors sur les routes pour essayer de la rejoindre. À l'inverse, nous leur proposons de rester en France et de bénéficier d'un accompagnement et d'une protection.

Vous avez évoqué la question des tests osseux. Je suis d'abord fier d'avoir interdit les tests pubertaires avec la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Les tests osseux ont été également très cadrés par cette loi. La double condition, l'accord de l'autorité judiciaire et du mineur, pour conduire ces tests, limite réellement leur utilisation. Par ailleurs, la loi dispose que ces tests ne peuvent pas être les seuls éléments utilisés pour établir la minorité et que le doute bénéficie à l'intéressé.

Je souhaiterais achever mon discours en évoquant le sujet des délais de prescription en cas de crimes sexuels sur mineurs, sujet qui n'est pas consensuel.

C'est pourquoi, j'ai confié une mission de consensus à Flavie Flament et au magistrat Jacques Calmettes sur les délais de prescription applicables aux crimes sexuels commis sur les mineurs. Cette mission s'inscrit dans le premier plan de mobilisation et de lutte contre les violences faites aux enfants. Je sais que ce sujet a fait l'objet de nombreux amendements parlementaires qui n'ont jamais été adoptés. Il m'a néanmoins paru nécessaire d'ouvrir un débat public, de mettre en présence les points de vue et d'objectiver les arguments en faveur et en défaveur de l'allongement du délai de prescription des crimes sexuels commis sur les mineurs. Des expertes issues de différentes disciplines et la parole d'expertes du « vécu » que sont les victimes seront entendues. Si certaines

d'entre vous souhaitent être auditionnées sur le sujet, n'hésitez pas à nous le dire.

Les conclusions de cette mission seront rendues fin mars et pourront éventuellement fonder des actions visant à mieux reconnaître et protéger les victimes.

Les différentes réformes que j'ai évoquées ce matin ont un point commun : celui de rapprocher les évolutions du droit des changements des modes de vie, d'accompagner les mutations de la société. Un droit qui n'est pas adapté aux réalités de la société empêche plus qu'il n'encadre, fragilise plus qu'il ne protège.

Évidemment, ces évolutions vont engendrer des changements dans vos pratiques professionnelles, mais votre cœur de métier n'évoluera pas. Vous continuerez bien sûr de défendre les intérêts de vos clients, mais votre responsabilité sera accrue, car il vous appartiendra d'exprimer plus largement ce qui est juste, notamment dans l'intérêt de l'enfant. Vous serez les garants de l'équilibre.

Protéger les plus vulnérables et favoriser l'accès aux droits, c'est une attention constante que nous devons tous avoir : dans les situations non conflictuelles, comme le divorce par consentement mutuel, ou dans les situations les plus conflictuelles, lorsqu'il y a des violences.

J'appelle votre vigilance sur le fait que la vulnérabilité n'est pas un état intrinsèque, certaines situations, une séparation, un déni de droit, peuvent fragiliser une personne.

Pour encore mieux accompagner vos clients, vous avez à votre disposition de nouveaux outils, de nouvelles procédures. C'est désormais à vous de vous les approprier et, le cas échéant, de les proposer aux juges.

Je sais que ces nouvelles procédures ont pu susciter des interrogations au sein de votre profession. J'espère que mon intervention d'aujourd'hui aura permis, en partie, d'y répondre.

Je suis convaincue que ces évolutions rendront votre activité encore plus riche et passionnante au bénéfice des familles.



© P. Cluzeau