

DIVORCE

La loi du 23 mars 2019, en réformant la procédure des divorces contentieux, intéresse nécessairement le notariat. En effet, parfois interrogé en amont de la procédure, le notaire devra maîtriser les nouvelles particularités des cas de divorce. Pendant l'instance, il pourra conseiller ses clients sur la nécessité de demander au juge la fixation de mesures provisoires. Surtout, il devra acquérir de nouveaux réflexes sur l'indemnité d'occupation, la date de dissolution du régime matrimonial ainsi que la date de signature du partage de la communauté. Le notariat devra également rester vigilant sur le projet d'état liquidatif prévu par l'article 255, 10 du Code civil, dont l'utilisation semble menacée par la nouvelle loi.

1179

La réforme des divorces contentieux en 13 questions



Questions-réponses rédigées par
Christophe Lesbats



Christophe Lesbats, docteur en droit, titulaire du DSN, juriste au Cridon-Ouest, chargé d'enseignement à la faculté de droit de Nantes

Quelques années après le divorce par consentement mutuel¹, le législateur modifie les divorces contentieux. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, parmi différentes mesures dont certaines intéressent le notariat (réforme des incapacités, déjudiciarisation du changement de régime matrimonial...), contient en effet une modification de la procédure des divorces contentieux. On peut regretter que le divorce n'ait pas fait l'objet d'une réforme d'ensemble, cohérente. Il est même surprenant que la loi du 23 mars 2019 n'ait pas apporté une réponse aux multiples incertitudes issues de la loi du 18 novembre 2016. En cas de consentement mutuel, cette loi se contente d'autoriser la séparation de corps sans juge (*C. civ., art. 296*) et le dépôt, par acte authentique électronique, de la convention de divorce ou de séparation de corps (*C. civ., art. 1175*).

¹ L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016. – V.N. Baillon-Wirtz et J. Combret, *La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle : incidences pour la pratique notariale* : JCP N 2016, n° 47, act. 1254.

La réforme des divorces contentieux opérée par la loi du 23 mars 2019 peut sembler de « nature procédurale et non substantielle »². Elle supprime en effet la phase de conciliation et n'apporte que quelques retouches aux conditions du divorce accepté et du divorce pour altération définitive du lien conjugal, le divorce pour faute n'étant pas lui-même modifié. Toutefois, la suppression de la phase de conciliation et le raccourcissement du délai de séparation de fait vont dans le sens de la libéralisation du divorce.

QUESTION 1

Quelles sont les règles de droit transitoire ?

RÉPONSE

L'article 25 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 reporte au 1^{er} janvier 2021 l'entrée en vigueur de la réforme des divorces contentieux.

Le législateur a considéré que cette réforme, dont l'entrée en vigueur était initialement prévue au plus tard le 1^{er} septembre 2020³, devait être reportée en raison de la crise sanitaire.

Il convient donc de distinguer :

- certaines règles sont entrées en vigueur le 25 mars 2019 : autorisation du dépôt de la convention de divorce par acte authentique électronique, admission de la séparation de corps par consentement mutuel sans juge, modification des règles de capacité ;
- les autres règles entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2021 : procédure des divorces contentieux. Toutefois, lorsque la requête initiale a été présentée avant le 1^{er} janvier 2021, les anciennes règles restent applicables, même si l'assignation est délivrée postérieurement.

QUESTION 2

Le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage sera-t-il plus fréquent ?

RÉPONSE

Créé par la loi du 11 juillet 1975, le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre était peu utilisé dans la plupart des juridictions. Ce cas de divorce a été modifié par la loi du 26 mai 2004, en devenant le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage, ou divorce accepté. L'acceptation du principe de la rupture du mariage peut intervenir aux différentes phases de la procédure (CPC, art. 1123) : au stade de la conciliation (par un procès-verbal dressé par le juge et signé par les

époux), entre l'ordonnance et l'assignation (par un acte signé de chaque époux) ou après l'assignation (par une passerelle prévue par l'article 247-1 du Code civil).

La loi du 23 mars 2019 ne modifie pas la substance de ce cas de divorce. Selon le nouvel article 233 du Code civil, ce divorce « peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci ». Comme auparavant, l'accord porte obligatoirement sur le principe, mais non sur les conséquences du divorce.

CONSEIL PRATIQUE

➔ Ce cas de divorce peut ainsi être utilisé par des époux qui restent en désaccord sur la prestation compensatoire ou le partage d'un bien. Certains couples, notamment pour limiter le droit de partage, souhaitent également éviter l'obligation de partager tous leurs biens inhérente au divorce par consentement mutuel. Enfin, un couple qui divorce à l'amiable peut préférer passer devant le juge, par exemple pour obtenir une organisation judiciaire des mesures provisoires. Ajoutons que le choix d'un divorce judiciaire est souvent préférable en présence d'un élément d'extranéité.

Même si sa substance subsiste, ce cas de divorce fait l'objet de plusieurs modifications qui devraient accentuer sa fréquence. Auparavant, afin de protéger la personne vulnérable, le divorce accepté était interdit aux majeurs protégés (C. civ., ancien art. 249-4). Issu de la loi du 23 mars 2019, le nouvel article 249 du Code civil dispose que « la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci ». Ainsi, même sous le régime de la tutelle, le majeur protégé accepte seul le principe de la rupture en cas de divorce accepté. Ce nouveau texte est applicable dès l'entrée en vigueur de cette loi.

La procédure d'acceptation de ce cas de divorce est également modifiée par la loi du 23 mars 2019. L'acceptation peut résulter d'un acte sous signature privée contresigné par avocats, dressé soit avant l'introduction de l'instance (C. civ., art. 233, al. 2. – CPC, art. 1123-1), soit au cours de la procédure (C. civ., art. 233, al. 3. – CPC, art. 1123 et 1123-1, al. 2). Ce choix n'est pas neutre car il s'agit de l'acte juridique prévu par le législateur en cas de divorce par consentement mutuel. Mais il ne peut sembler-t-il pas s'agir d'un acte électronique. En effet, le nouvel article 1175 du Code civil, issu de la loi du 23 mars 2019, n'autorise curieusement l'acte électronique en matière familiale que pour « les conventions sous signature privée contresignées par avocats en présence des parties et déposées au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues aux articles 229-1 à 229-4 ou à l'article 298 ». Malgré une opinion contraire⁴, l'acte électronique semble ainsi exclu dans le divorce accepté⁵.

2 E. Mulon et V. Egéa, *Le décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019 relatif à la procédure de divorce* : Dr. famille 2020, étude 8, n° 3.

3 L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 109, VII.

4 J. Casey, *Réforme de la procédure des divorces contentieux : le décret* : AJ fam. 2020, p. 12, spéc. p. 13.

5 Th. Douville, *Le divorce électronique* : Defrénois 2019, n° 148⁰².

Malgré une opinion contraire, l'acte électronique semble ainsi exclu dans le divorce accepté

Enfin, la passerelle vers le divorce accepté prévue par l'article 247-1 du Code civil a été aménagée. En effet, selon le nouvel article 1123 alinéa 3 du Code de procédure civile, issu du décret du 17 décembre 2019, il est possible d'annexer aux conclusions des époux non seulement une déclaration d'acceptation du principe de la rupture du mariage, mais aussi une copie de l'acte sous signature privée de l'article 1123-1.

QUESTION 3

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal sera-t-il obtenu plus rapidement ?

RÉPONSE

Créé par la loi du 11 juillet 1975, le divorce prononcé suite à une séparation de fait a été assoupli au fil des réformes. En 1975, dénommé divorce pour rupture de la vie commune, ce cas de divorce contentieux pouvait être invoqué si aucune communauté de vie ne subsistait entre les époux, soit en cas de séparation de fait depuis 6 ans, soit en cas d'altération grave des facultés mentales du conjoint depuis 6 ans. Issu de la loi du 26 mai 2004, dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal, la séparation exigée n'est plus alors de 6 ans, mais de 2 ans. Le juge doit constater la cessation de la communauté de vie, pendant les 2 années précédant l'assignation, altérant définitivement le lien conjugal (*C. civ., art. 238*).

La loi du 23 mars 2019 modifie de nouveau la durée de la séparation, celle-ci n'étant plus que d'une année. La fréquence de ce cas de divorce devrait donc s'accroître. En effet, bien souvent, ce délai correspond à celui de la procédure de divorce. Que ses partisans y décèlent un « divorce pour tous », ou ses opposants une « répudiation », le raccourcissement de ce délai altère la nature même du mariage. Selon le nouvel article 238 du Code civil, « l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis un an lors de la demande en divorce. Si le demandeur a introduit l'instance sans indiquer les motifs de sa demande, le délai caractérisant l'altération définitive du lien conjugal est apprécié au prononcé du divorce ».

Pour déterminer si ce délai d'un an a été respecté, il convient donc de distinguer :

- en principe, le délai d'un an doit être écoulé au jour de la demande en divorce. Ajoutons que « sous réserve des dispositions de l'article 472, le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de un an... » (*CPC, art. 1126*) ;
- mais si le demandeur a introduit l'instance sans indiquer les motifs de sa demande, le délai d'un an est apprécié au prononcé du divorce. Ainsi, cet époux demandeur peut enclencher la procédure de divorce, éventuellement obtenir du juge l'autorisa-

tion de résidence séparée, puis faire en sorte que le délai d'un an soit respecté le jour du prononcé du divorce. Précisons que

le juge ne pourra pas prononcer le divorce avant l'expiration de ce délai d'un an, sauf dans l'hypothèse où le défendeur forme une demande reconventionnelle sur le fondement du dernier alinéa de l'article 238 (*CPC, art. 1126-1*).

Il reste également possible d'obtenir le divorce pour altération définitive du lien conjugal en cas de demande reconventionnelle, sans avoir à respecter une période de séparation de fait. Sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, lorsqu'un époux demande le divorce pour faute, et que l'autre époux forme à titre reconventionnel une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal, le juge doit d'abord examiner la faute et, s'il la rejette, statuer sur la demande fondée sur l'altération définitive du lien conjugal (*C. civ., art. 238 et 246*). Dans cette hypothèse, la séparation de fait pendant 2 ans n'est pas une condition⁶. Sous l'empire de la loi du 23 mars 2019, le domaine de ce cas de divorce est élargi. Le nouvel article 238 du Code civil n'exige plus que ce soit la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal qui soit formée à titre reconventionnel. Il en résulte que la condition du délai d'un an n'existe plus en cas de demandes en divorce concomitantes, demande pour altération définitive du lien conjugal d'un côté et demande pour faute de l'autre⁷. Le juge doit prononcer le divorce sans vérifier la réalité de l'altération définitive du lien conjugal. Le législateur estime que le divorce doit être prononcé dès lors que chaque époux, par une voie différente, l'a sollicité.

QUESTION 4

Quelles sont les étapes de la nouvelle procédure de divorce ?

RÉPONSE

Depuis la loi du 26 mai 2004, un tronc commun s'applique à tous les divorces contentieux. Au début de la procédure, un époux dépose une requête en divorce. Puis, après une tentative de conciliation, le juge rend une ordonnance contenant des mesures provisoires. Par la suite, un époux assigne l'autre en divorce. L'instance ainsi ouverte prend fin par le jugement de divorce.

La loi du 23 mars 2019, de nouveau, réforme la procédure des divorces contentieux, en supprimant la phase de conciliation. L'objectif invoqué est, encore une fois, de simplifier le parcours processuel

⁶ Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 2012, n° 10-16.359 : *JurisData* n° 2012-000005 ; *JCP G* 2012, 206, *J. Massip* ; *Dr. famille* 2012, *comm.* 41, *obs.* V. Larribau-Terneyre ; *AJ fam.* 2012, p. 104, *obs.* S. David ; *RTD civ.* 2012, p. 99, *obs.* J. Hauser.

⁷ *JCl. Civil Code*, Art. 228 à 310, *fasc.* 20, n° 26, par V. Larribau-Terneyre. – M.-P. Baudin-Maurin, *Le divorce pour altération définitive du lien conjugal nouveau est presque arrivé* : *Dr. famille* 2020, *étude* 21, n° 5.

et de réduire les délais. Pour tenir compte de ces nouvelles règles du Code civil, le Code de procédure civile a été modifié par le décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019. Il faut également tenir compte de la réforme de la procédure civile (CPC, art. 1106).

1^{re} étape : la demande en divorce

L'instance est introduite dès la demande en divorce. Cette demande en divorce prend la forme :

- soit d'une assignation ;
- soit d'une requête conjointe (CPC, art. 1107).

Dans les 15 jours de la signification de l'assignation, le défendeur doit constituer avocat (CPC, art. 1108). La demande introductive d'instance doit comporter, d'une part, certaines mentions obligatoires conformément au droit commun de la procédure civile, pour l'assignation (CPC, art. 54 et 56) et la requête conjointe (CPC, art. 54 et 57), compatibles avec les règles du divorce. Elle doit comporter, d'autre part, des mentions spécifiques au droit du divorce : le rappel des dispositions relatives à la médiation et à la procédure participative, le rappel des dispositions relatives à l'homologation des accords sur les conséquences du divorce, une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux à peine d'irrecevabilité (C. civ., art. 252), ainsi que la mention des lieu et heure de l'audience d'orientation (CPC, art. 1107, al. 1 et 2). Un arrêté du 9 mars 2020 a précisé les modalités de communication de la date de première audience⁸. Après cette assignation, le demandeur peut saisir le juge. Mais dès lors que l'assignation lui a été notifiée, le défendeur peut également saisir le juge. Le décret a prévu un mécanisme complexe pour les délais de saisine du juge (CPC, art. 1108), reprenant ainsi les nouvelles règles du droit commun (CPC, art. 754). L'article 257 du Code civil qui permettait au juge de prendre des mesures urgentes est supprimé. Mais une procédure d'urgence est prévue par le décret (CPC, art. 1109). Il convient également de tenir compte « des mesures de protection des victimes de violences » (C. civ., art. 515-9 à 515-13), aménagées par la loi n°2020-936 du 30 juillet 2020.

2^e étape : l'audience d'orientation et sur mesures provisoires

Cette audience se déroule en principe en deux parties :

- dans un premier temps, le juge de la mise en état oriente le dossier (renvoi à la mise en état pour conclusions, choix d'une procédure participative...);
- puis il se prononce sur les mesures provisoires.

Pendant cette audience portant sur les mesures provisoires, chaque époux doit obligatoirement être représenté par un avocat (CPC, art. 1117, al. 4). Lors de cette procédure écrite, il est permis à un époux, assisté de son avocat, de présenter oralement des prétentions (CPC, art. 1117, al. 5).

3^e étape : le jugement de divorce

Selon l'article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire, issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 : « la procédure peut, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, se dérouler sans audience. En ce cas, elle est exclusivement écrite. Toutefois, le tribunal peut décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande ».

Ce texte est applicable en matière de divorce⁹. Le divorce peut donc être prononcé sans audience, à la demande des deux époux. Cet accord figure :

- soit dans la requête conjointe en divorce (CPC, art. 757) ;
- soit dans l'assignation pour le demandeur (CPC, art. 752) et l'acte de constitution d'avocat pour le défendeur (CPC, art. 764).

QUESTION 5

À quel moment est choisi le cas de divorce ?

RÉPONSE

Selon l'article 251 du Code civil, « l'époux qui introduit l'instance en divorce peut indiquer les motifs de sa demande si celle-ci est fondée sur l'acceptation du principe de la rupture du mariage ou l'altération définitive du lien conjugal. Hors ces deux cas, le fondement de la demande doit être exposé dans les premières conclusions au fond ».

Au sujet de la mention du cas de divorce, il convient donc de distinguer :

- **en cas de divorce accepté ou pour altération définitive du lien conjugal**, les motifs peuvent être mentionnés dans la demande. Il ne s'agit que d'une faculté. À défaut, le fondement de la demande sera mentionné dans « les premières conclusions au fond ». Toutefois, mentionner les motifs dans la demande permettra d'obtenir plus rapidement le divorce¹⁰.

- **en cas de divorce pour faute**, les motifs ne peuvent pas être mentionnés dans la demande. Sous peine d'irrecevabilité, cette interdiction porte non seulement sur le fondement juridique de la demande en divorce, mais aussi sur les faits à l'origine de celle-ci (CPC, art. 1107, al. 3). Ainsi, le fondement de la demande doit être mentionné dans « les premières conclusions au fond » (C. civ., art. 251).

Déjà, sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, afin d'offrir aux époux un temps de réflexion et d'apaiser le conflit, la requête en divorce ne comportait pas l'indication des motifs du divorce, le choix du cas de divorce contentieux étant indiqué lors de l'assignation (C. civ., ancien art. 251). Dans la loi du 23 mars 2019,

8 A. n° JUSC2001176⁶, 9 mars 2020 relatif aux modalités de communication de la date de première audience devant le tribunal judiciaire : JO 14 mars 2020.

9 M. Cadiou et B. Diot, *L'impact de la réforme de la procédure civile sur le divorce* : AJ fam. 2020, p. 29, spéc. p. 33.

10 E. Mulon et V. Egéa, préc. note 2, spéc. n° 11.

La loi du 23 mars 2019 a mis fin à cette tenta- tive de conciliation

c'est uniquement si un cas de divorce pour faute est envisagé que la demande en divorce doit rester silencieuse sur les motifs.

REMARQUE

→ **L'objectif reste sans doute d'offrir au demandeur un temps de réflexion, non plus pour sauver le mariage, mais pour éviter le divorce pour faute.**

QUESTION 6

L'audience des mesures provisoires est-elle obligatoire ?

RÉPONSE

Sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, dans l'espoir de sauver un couple en crise, le juge cherche obligatoirement à concilier les époux tant sur le principe que sur les conséquences du divorce (*C. civ.*, art. 252). Cette tentative de conciliation doit être réalisée même si le contexte laisse à penser que la réconciliation est impossible¹¹.

La loi du 23 mars 2019 a mis fin à cette tentative de conciliation. Le Conseil constitutionnel le 21 mars 2019 a écarté l'argument de députés soutenant que la suppression de la phase de conciliation contreviendrait au respect de l'intérêt de l'enfant et au droit de mener une vie familiale normale¹².

De plus, la fixation de mesures provisoires n'est plus obligatoire. Selon l'article 254 du Code civil, le juge fixe les mesures provisoires « *sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent* ». Ainsi, si les deux époux ont constitué avocat, ils peuvent convenir de l'absence de mesures provisoires. Si un seul époux a constitué avocat, il peut tout seul faire échec à la prise de mesures provisoires. Ce choix doit être communiqué au juge avant l'audience d'orientation ou lors de celle-ci (*CPC*, art. 1117, al. 2). Cette renonciation à la fixation de mesures provisoires semble s'imposer au juge¹³. C'est regrettable, notamment lorsque le couple qui divorce a des enfants mineurs qui mériteraient une protection judiciaire.

En cas de renonciation aux mesures provisoires, chaque partie peut en solliciter dans une « première demande ». Même si la renonciation résultait de la volonté des deux époux, il semble qu'un époux puisse solliciter des mesures provisoires. Selon l'article 1117, alinéa 2 du Code de procédure civile, « *chaque partie, dans les conditions de l'article 789, conserve néanmoins*

la possibilité de saisir le juge de la mise en état d'une première

demande de mesures provisoires jusqu'à la clôture des débats ». Retenant une lecture littérale, certains auteurs soutiennent que ce texte n'exige pas la démonstration d'un élément nouveau¹⁴. Mais d'autres considèrent qu'il faudra démontrer un élément initialement inconnu¹⁵. On peut par exemple imaginer qu'un époux, qui avait renoncé à solliciter des mesures provisoires pensant que la procédure serait rapide, regrette son choix face à une difficulté financière¹⁶.

QUESTION 7

Les époux ont-ils intérêt à demander la fixation de mesures provisoires ?

RÉPONSE

Dans l'espoir d'obtenir plus rapidement le jugement de divorce, les époux peuvent être tentés de ne pas demander des mesures provisoires. Cependant, il est de leur intérêt d'encadrer cette période éprouvante par la prise, par le juge, de mesures provisoires. Le premier intérêt est psychologique. Bien souvent, l'intervention du juge au stade des mesures provisoires permet de dépassionner le conflit¹⁷. Le divorce devient moins douloureux, ce qui peut permettre la naissance d'accords entre les époux.

Ces mesures provisoires (résidence des enfants, montant d'une pension alimentaire...), souvent exécutées pendant plus d'une année, permettent de mettre à l'épreuve leur efficacité. Elles pourront ainsi être reprises par le juge dans le cadre des conséquences du divorce.

En l'absence de mesures provisoires, l'époux occupant un bien indivis devra verser une indemnité d'occupation. Il aurait intérêt à solliciter des mesures provisoires car le juge peut, selon l'article 255, 4 du Code civil, attribuer la jouissance gratuite du logement.

L'obtention d'une audience sur les mesures provisoires permet de mettre fin à la règle de la contribution aux charges du mariage. La Cour de cassation a en effet précisé que les mesures provisoires de l'article 255 se substituent « d'office à la contribution aux charges du mariage dès le prononcé de l'ordonnance de non-conciliation »¹⁸. On peut donc penser qu'en l'absence de mesures provisoires, la règle de la contribution aux charges

11 Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296 : *JurisData* n° 2015-028470 ; *Dr. famille* 2016, comm. 20, note J.-R. Binet.

12 Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, § 61 : *JurisData* n° 2019-004275.

13 J. Casey, préc. note 4, spéc. p. 18.

14 S. Thouret, *Les mesures provisoires dans la nouvelle procédure de divorce* : *AJ fam.* 2020, p. 24, spéc. p. 26.

15 V. Egéa, *Droit de la famille* : *LexisNexis*, 3^e éd., 2020, n° 383.

16 E. Mulon, *La nouvelle procédure de divorce* : *Dr. famille* 2020, p. 37, n° 17.

17 J. Casey, *Réforme de la procédure des divorces contentieux : simplifier pour mieux juger, vraiment ?* : *AJ fam.* 2019, p. 239, spéc. p. 246.

18 Cass. 2^e civ., 30 nov. 1994, n° 92-20.656 : *JurisData* n° 1994-002265.

du mariage subsisterait¹⁹. Or sous le régime de la séparation de biens, lorsque le contrat de mariage stipule que chaque époux sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, la Cour de cassation interdit de liquider les créances relevant des charges du mariage²⁰.

CONSEIL PRATIQUE

➔ **Sous le régime de la séparation de biens, l'époux qui rembourse les échéances d'un emprunt aurait ainsi tout intérêt à demander des mesures provisoires.**

QUESTION 8

À quel moment est demandée au juge la fixation de mesures provisoires ?

RÉPONSE

Le demandeur dispose de plusieurs procédés pour présenter ses demandes relatives aux mesures provisoires (CPC, art. 1117, al. 1^{er}). Il peut les présenter :

– dans l'assignation, dans une partie distincte des demandes au fond. Dans cette hypothèse, l'assignation comprendra deux parties : celle relative au divorce et celle relative aux mesures provisoires. Une difficulté se présente au sujet de la jouissance du logement : tandis que la demande relative à la jouissance gratuite ou onéreuse pendant l'instance devra être formulée dans la partie consacrée aux mesures provisoires, celle relative à la jouissance onéreuse en cas de report de la date de dissolution de la communauté devra figurer dans la partie consacrée au divorce²¹ ;

– dans les conclusions. La demande relative aux mesures provisoires doit alors figurer dans des conclusions adressées au juge de la mise en état, après l'enrôlement de l'assignation. La demande relative aux mesures provisoires doit figurer dans une partie distincte des demandes au fond (CPC, art. 1117, al. 1).

QUESTION 9

Quel sont le contenu et la date des mesures provisoires ?

RÉPONSE

Si des mesures provisoires sont demandées, le juge est obligé de statuer (CPC, art. 1117, al. 3). Ce texte ne se contente pas

de rappeler l'interdiction du déni de justice. Il précise en effet que le juge doit statuer même si les mesures provisoires ne sont demandées que par un seul époux. Le juge peut prendre en considération les accords que les époux ont déjà conclus entre eux (C. civ., art. 254. – CPC, art. 1117, al. 6).

Certes, l'article 255 du Code civil fixant la liste des mesures provisoires n'a pas été modifié par la loi du 23 mars 2019. Seule la loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales a modifié l'article 255 du Code civil en matière de médiation.

Mais cette loi du 23 mars 2019 modifie la date d'effet des mesures provisoires. Selon l'article 254 du Code civil, les mesures provisoires durent de « l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée... ». Comme auparavant, les mesures provisoires prennent fin à la date à laquelle le principe du divorce passe en force de chose jugée. Cependant, les mesures provisoires ne débutent plus à la date de l'audience, mais à la date de « l'introduction de la demande en divorce ».

La principale nouveauté résulte de la possibilité offerte au juge de préciser la date d'effet des mesures provisoires (CPC, art. 1117, al. 7). Mais ce nouveau texte soulève plusieurs questions.

Questions soulevées par la possibilité offerte au juge de préciser la date d'effet des mesures provisoires	
Le juge peut-il fixer une date d'effet différente de l'assignation sans qu'une partie ait fait cette demande ?	À la lecture de l'alinéa 7 de l'article 1117 du Code de procédure civile, sans doute faut-il affirmer qu'il s'agit d'un pouvoir propre au juge ²² . Un tel pouvoir risque cependant de remettre en cause les prévisions financières des époux. Une solution consiste alors, pour les époux, à conclure un accord sur cette date d'effet et à le signaler au juge.
Le juge peut-il fixer une date d'effet antérieure à l'assignation ?	L'alinéa 7 de l'article 1117 reste silencieux à ce sujet. Rien ne semble interdire au juge de retenir la date de la séparation de fait. On peut penser que le juge retiendra une date d'effet des mesures provisoires postérieure à l'assignation, par exemple 1 mois après celle-ci.
Le juge peut-il, dans le cadre des mesures provisoires, reporter la date de dissolution de la communauté et prévoir une jouissance onéreuse du logement à partir de la séparation de fait ?	Certes, le juge peut préciser le caractère gratuit ou onéreux de la jouissance du logement (C. civ., art. 255, al. 4) et préciser la date d'effet des mesures provisoires (CPC, art. 1117, al. 7). Mais il ne peut ni reporter la date de dissolution de la communauté, ni prévoir une jouissance onéreuse à partir de la séparation de fait, car il s'agit de prérogatives du jugement de divorce (C. civ., art. 262-1).

19 J. Casey, préc. note 17, spéc. p. 242.

20 V. Ch. Lesbats, *Le droit notarial du divorce* : LexisNexis, 2017, n° 597 et s.

21 E. Mulon et V. Egéa, préc. note 2, spéc. n° 13.

22 J. Casey, préc. note 4, spéc. p. 17.

Questions soulevées par la possibilité offerte au juge de préciser la date d'effet des mesures provisoires

Le juge peut-il fixer plusieurs dates d'effet selon les différentes mesures provisoires ?

Une controverse existe à ce sujet, certains admettant cette faculté²³, d'autres l'écartant²⁴. L'alinéa 7 de l'article 1117 semble interdire cette faculté puisqu'il dispose que « le juge précise la date d'effet des mesures provisoires ». La date fixée par le juge serait donc unique, même semble-t-il si les époux par un accord souhaitaient prévoir des dates distinctes suivant les mesures provisoires.

QUESTION 10

À partir de quelle date est due l'indemnité d'occupation ?

RÉPONSE

Si le divorce est soumis à la loi du 26 mai 2004, l'indemnité est en principe due à partir de l'ordonnance de non-conciliation (sauf convention ou jugement contraire).

Mais si le divorce est soumis à la loi du 23 mars 2019, l'indemnité est due à partir de la demande en divorce²⁵, sauf convention ou jugement contraire. En effet, le nouvel article 262-1 *in fine* du Code civil dispose que « la jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à la demande en divorce, sauf décision contraire du juge ».

En cas de report judiciaire, la jouissance du logement conjugal conserve un caractère gratuit jusqu'à la demande en divorce. La solution posée par la loi du 26 mai 2004 subsiste donc, sauf que le nouvel article 262-1 *in fine* ne mentionne plus l'ordonnance de non-conciliation mais la demande en divorce.

QUESTION 11

Quelle est la date de dissolution du régime matrimonial ?

RÉPONSE

En cas de divorce contentieux, le jugement prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, à la date

23 S. Thouret, *préc. note 14, spéc. p. 27.* – E. Mulon et V. Egéa, *préc. note 2, spéc. n° 15.*

24 J. Casey, *préc. note 4, spéc. p. 17.*

25 E. Mulon et V. Egéa, *préc. note 2, spéc. n° 13.* – N. Baillon-Wirtz, *La loi du 23 mars 2019 et les nouvelles mesures de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille : RJPF mai 2019, p. 5, spéc. p. 7.*

de l'assignation sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, et à la date de l'ordonnance de non-conciliation sous le régime de la loi du 26 mai 2004.

Mais selon le nouvel article 262-1 du Code civil, issu de la loi du 23 mars 2019, « le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre les époux, en ce qui concerne leurs biens [...] lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, à la date de la demande en divorce ». On peut se féliciter que la nouvelle loi retienne une date au tout début de la procédure. En cas de divorce, il est en effet préférable que la communauté soit dissoute le plus tôt possible. Les biens acquis séparément par les époux sous le régime de la communauté resteront ainsi personnels, à condition que le divorce devienne définitif.

REMARQUE

→ Ce nouveau texte instaure également une harmonisation avec le régime de la participation aux acquêts. En effet, selon l'article 1572, alinéa 1 du Code civil, « s'il y a divorce..., le régime matrimonial est réputé dissous au jour de la demande ».

Sous l'empire du droit antérieur, pour déterminer la date de dissolution du régime de la participation aux acquêts en cas de divorce, une incertitude résulte de la différence entre l'ancien article 262-1, qui vise la date de l'ordonnance de non-conciliation, et l'article 1572, alinéa 1, qui vise la date de « la demande ». Certains auteurs retiennent la date de l'ordonnance de non-conciliation²⁶, d'autres la date de l'assignation²⁷. Rendu sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, un arrêt de cour d'appel retient la date de l'assignation²⁸. Sous l'empire de la loi du 23 mars 2019, cette différence n'existe plus. En effet, tant l'article 262-1 que l'article 1572, alinéa 1 visent la date de « la demande ».

QUESTION 12

À partir de quelle date peut-on signer un partage amiable ?

RÉPONSE

Sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, l'article 265-2 du Code civil dispose que « les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ». Ce texte n'a pas été modifié par la

26 J.-L. Puygauthier, *La date de la dissolution du régime matrimonial après la réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : JCP N 2005, n° 12, 1343.* – J.-Fr. Pillebout, *La participation aux acquêts : LexisNexis, 2014, n° 86.* – Ch. Lesbats, *Le droit notarial du divorce : LexisNexis, 2017, n° 834.*

27 E. Naudin, *La participation aux acquêts : JCP N 2015, n° 28, 1125.* – V. n° 14.

28 CA Paris, 12 janv. 2012, n° 11/03426 : JurisData n° 2012-000361.

loi du 23 mars 2019, de sorte qu'il reste applicable sous son empire. Les conventions de l'article 265-2 doivent ainsi être passées « pendant l'instance en divorce ». Mais il faut distinguer suivant le type de régime matrimonial.

Certes, sous le régime de la séparation de biens, l'acte de partage peut être dressé avant l'instance, pendant l'instance, ou après le divorce²⁹. Il faut appliquer le principe fondamental selon lequel « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision » (C. civ., art. 815, al. 1).

Mais sous un régime communautaire, l'acte ne peut pas être dressé avant l'instance en divorce. Cette règle concerne le régime de la communauté, la société d'acquêts ainsi que la participation aux acquêts³⁰. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 septembre 2017 a décidé « qu'une convention comportant, ne serait-ce que pour partie, des stipulations relatives à la liquidation et au partage du régime matrimonial, ne peut être conclue avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce »³¹.

Avant de recevoir l'acte, le notaire doit donc vérifier que la procédure de divorce est engagée. Il convient dès lors de distinguer selon la loi applicable. Sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, l'instance commence par l'assignation en divorce³², laquelle fait suite à l'ordonnance de non-conciliation (C. civ., art. 257-1). Mais sous l'empire de la loi du 23 mars 2019, même si les motifs ne sont pas encore indiqués, l'instance commence par la demande en divorce (C. civ., art. 251). Cette nouvelle règle permet de dresser l'acte de partage de la communauté dès le début de la procédure.

QUESTION 13

Quelles sont les modifications de la procédure de partage judiciaire ?

RÉPONSE

Afin de développer la procédure de partage judiciaire au cours de l'instance, la loi du 26 mai 2004 accentue les pouvoirs du juge du divorce. Dès l'ordonnance de non-conciliation, le juge

cherche à concilier les époux sur les conséquences du divorce (C. civ., art. 252, al. 1), leur demande de lui présenter, pour l'audience du jugement, « un projet de règlement des effets du divorce » (C. civ., art. 252-3), et peut « désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager » (C. civ., art. 255, 10°). Puis, lors de l'introduction de l'instance, l'assignation doit comporter à peine d'irrecevabilité « une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux » (C. civ., art. 257-2. – Et CPC, art. 1115). Enfin, en prononçant le divorce, le juge peut prendre certaines mesures sur le plan patrimonial (C. civ., art. 267). L'ordonnance du 15 octobre 2015 réécrit l'article 267 du Code civil et accentue encore les pouvoirs du juge lorsqu'il prononce le divorce.

La loi du 23 mars 2019 modifie sensiblement la procédure de partage judiciaire au cours de l'instance en divorce.

D'une part, la proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux doit être formulée dès le début de la procédure de divorce. Certes, comme auparavant, la demande introductive d'instance doit comporter, à peine d'irrecevabilité, une « proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux » (C. civ., art. 252. – CPC, art. 1115). Mais si cette proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux continue de figurer dans l'assignation, cette dernière intervient désormais au tout début de la procédure de divorce. On peut imaginer la difficulté pour les avocats de préciser, dès la première étape du divorce, cette proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux. Mais malgré la sanction d'irrecevabilité prévue par la loi lorsque l'assignation en divorce ne comporte pas cette proposition, une régularisation reste possible dans des conclusions ultérieures³³.

D'autre part, la nouvelle procédure accentue le rôle des avocats. Rappelons que sous l'empire de la loi du 26 mai 2004, afin que le juge du divorce puisse trancher un litige d'ordre liquidatif, il fallait qu'un projet de liquidation du régime matrimonial soit dressé par un notaire dans le cadre de l'article 255, 10° du Code civil et adressé au juge pour l'audience du jugement (C. civ. ancien art. 267). A cette époque, seule l'intervention du notaire permettait au juge du divorce de trancher un litige d'ordre liquidatif. Puis l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 a redéfini les relations entre le divorce et le partage judiciaire. Selon le nouvel article 267 du Code civil, la demande peut être présentée de diverses façons. Il peut s'agir, comme auparavant, du « projet établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 ». Mais il peut s'agir d'autres moyens, comme par exemple « une déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire, indiquant les points de désaccord entre les époux ». Mais selon la rédaction issue du décret n° 2016-185 du 23 février 2016, cette demande doit sous peine d'irrecevabilité être faite au juge dans l'assignation en divorce (CPC, art. 1116,

29 Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2007, n° 06-19.450 : *JurisData* n° 2007-041643 ; *Dr. famille* 2008, comm. 13, note B. Beignier ; *JCP N* 2009, n° 28, 1149, note Ch. Lesbats.

30 Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 2009, n° 07-15.945 : *JurisData* n° 2009-047762 ; *JCP N* 2010, n° 48, 1368, note Ch. Lesbats ; *JCP G* 2009, act. 228, obs. P. Hilt ; *D.* 2009, p. 1201, note V. Egéa ; *D.* 2009, p. 2508 ; *Dr. famille* 2009, comm. 59, note B. Beignier ; *AJ fam.* 2009, p. 219, note S. David ; *Defrénois* 2009, p. 1483, note G. Champenois ; *RTD civ.* 2009, p. 516, note J. Hauser ; *RTD civ.* 2009, p. 768, note B. Vareille.

31 Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017, n° 16-23.531 : *JurisData* n° 2017-018674 ; *JCP N* 2018, n° 21-22, 1194, note Ch. Lesbats ; *Dr. famille* 2017, comm. 220, note J-R Binet ; *Dr. famille* 2017, comm. 245, note S. Torricelli-Chrifif. ; *Dr. famille* 2018, chron. 1, n° 22 et s., note V. Egéa.

32 *CA Bordeaux*, 27 mars 2007 : *JurisData* n° 2007-331210.

33 Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2012, n° 10-17.824. – Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2014, n° 13-19.564.

Cette nouvelle mesure devrait augmenter les demandes de liquidation et de partage, rares jusqu'à maintenant

al. 1^{er}). Or, à ce stade de la procédure, les aspects patrimoniaux sont rarement abordés. Rares sont ainsi les demandes de liquidation formulées par l'intermédiaire des avocats.

Ce texte a été modifié par le décret du 17 décembre 2019. Dans le nouvel article 1116, alinéa 1 du Code de procédure civile, ne figure plus l'exigence selon laquelle la justification des désaccords subsistants doit intervenir « au moment de l'introduction de l'instance ». Les désaccords subsistants peuvent donc être justifiés par les avocats jusqu'à la clôture de la procédure de divorce.

Sous quelle forme cette demande des avocats peut-elle être présentée ? L'alinéa 2 de l'article 1116 du Code de procédure civile n'a pas été modifié par le décret du 17 décembre 2019. Selon ce texte « *la déclaration commune d'acceptation prévue au troisième alinéa de l'article 267 du Code civil est formulée par écrit et signée par les deux époux et leurs avocats respectifs* ». L'exigence d'une signature par les avocats peut surprendre³⁴. Mais on peut penser que le législateur a créé ce document, rédigé par les avocats, pour qu'il devienne le pendant du projet de l'article 255, 10° du Code civil dressé par le notaire.

En raison des termes « *par tous moyens* » et « *notamment* » employés par l'article 267 du Code civil, il peut enfin s'agir d'autres formes. Les auteurs envisagent une déclaration faite par un seul époux³⁵, une convention de procédure participative³⁶, des expertises officieuses unilatérales ou amiables³⁷, un rapport dressé par un notaire ou des courriers échangés entre

les époux³⁸... Depuis le décret du 17 décembre 2019, puisque la demande ne doit plus obligatoirement être faite au moment de l'introduction de l'instance (*CPC, art. 1116, al. 1*), il peut

également s'agir de conclusions rédigées par les avocats partiellement concordantes.

Cette nouvelle mesure devrait augmenter les demandes de liquidation et de partage, rares jusqu'à maintenant, formulées par les avocats. On peut même penser que cette mesure se fera au détriment du projet d'état liquidatif dressé par le notaire. En effet, sous l'empire de la loi du 23 mars 2019, le raccourcissement de la durée de la procédure de divorce risque de limiter encore la fréquence de l'utilisation de l'article 255, 10 du Code civil. ■

Pour aller plus loin :

- JCl. Notarial Formulaire, V° Divorce, fasc. 20, par A. Tani
- Fiche pratique n° 1702 : Rédiger les actes d'un divorce par consentement mutuel, par D. Montoux
- Fiche pratique n° 3945 : Rédiger les actes d'un divorce contentieux, par D. Montoux
- Fiche pratique n° 2646 : Rôle du notaire en cours de procédure de divorce, par J. Combret
- JCl. Divorce, synthèse 60 : Partage de communauté, par J.-Fr. Pillebout

34 E. Buat-Ménard, *Juge du divorce et liquidation-partage : nouveaux textes, nouveaux pouvoirs* : *AJ fam.* 2016, p. 290, spéc. p. 292.

35 C. Sarto-Le Martret, *Partage judiciaire après divorce...* : *Bull. Cridon Paris*, 15 mai 2016, n° 10, p. 8.

36 S. Thouret, *Divorce et liquidation : avocats, à vos procédures participatives !* : *AJ fam.* 2016, p. 306.

37 Y. Puyo, *Le nouvel article 267 du Code civil : un compromis entre tradition et innovation* : *Dr. famille* 2016, p. 14, n° 21.

38 J. Casey, *Articulation du divorce et de la liquidation : beaucoup de bruit pour rien ?* : *AJ fam.* 2016, p. 294.