

## DIVORCE

Trois ans à peine ont suffi pour que le droit du divorce soit profondément réformé. Pour tenir compte de ces évolutions législatives et répondre aux besoins des professionnels chargés de les mettre en œuvre, le fascicule 20 du V<sup>o</sup> Divorce. Rôles du notaire, figurant dans le JurisClasseur Notarial Formulaire consultable sur la plateforme Lexis 360<sup>®</sup> Notaires (dont la version initiale fut imaginée par Maîtres O. Gazeau, H. Lemaire et Fr. Vancleemput) se devait de faire peau neuve.

Dans le prolongement de cette parution, il a semblé opportun de présenter ici une fresque, assurément non exhaustive, mais offrant un panorama des nouveaux divorces pour mieux permettre aux notaires d'appréhender la multiplicité de leurs rôles en la matière.

1238

# Panorama des **nouveaux divorces** : quel(s) rôle(s) pour le notaire ?



Etude rédigée par Alex TANI

Alex Tani, maître de conférences à l'université de Corse (EMRJ – EA 7311)

1 - C'est peu dire que le rôle du notaire dans le divorce a été sensiblement repensé. En à peine quelques années (3 ans tout au plus), la matière a été entièrement et profondément réformée avec, à chaque fois, l'ambition d'une désunion pacifiée et accélérée ; où le notaire a évidemment un rôle de premier plan<sup>1</sup>. L'action du législateur s'est cependant déclinée en deux temps.

2 - *En premier*, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a opéré une déjudiciarisation du **divorce par consentement mutuel**<sup>2</sup>. Cette

1 JCl. Notarial Formulaire, V<sup>o</sup> Divorce. Rôles du notaire, fasc. 20, par A. Tani. Qu'il nous soit permis de remercier les éditions LexisNexis, spécialement Mme Béangère Homo, ainsi que M. le Professeur Claude Brenner et M<sup>e</sup> Jean-François Pillebout pour leur confiance.

2 H. Fulchiron, *Divorcer sans juge. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* : JCP G 2016, 1267. – N. Fricero et F. Dymarski, *Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel* : Dr. famille 2017, dossier 3. – C. Lienhard, *Le nouveau divorce par consentement mutuel* : D. 2017, p. 307. – J. Casey, *Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur* : AJ fam. 2017, p. 14. – S. Ferré-André,

réforme, très remarquable, a introduit ce qu'il est devenu commun d'appeler un « divorce sans juge » : un divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par des avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire (pour reprendre la longue formule de la loi). Certes en principe « sans juge », mais à l'évidence « avec notaire ». Ces dispositions nouvelles ont été assorties d'un décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 qui a adapté les dispositions du Code de procédure civile et d'un arrêté du 28 décembre 2016 qui a fixé un modèle de l'information devant être délivrée aux enfants mineurs dans le cadre de la nouvelle procédure.

3 - *En second*, la loi n° 2019-222 du 23 juin 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice a entrepris une réforme tout aussi ambitieuse à propos, cette fois, du **divorce contentieux** et de la séparation de corps<sup>3</sup>. Elle a été complétée par un important décret n° 2019-1380 du 17 décembre 2019<sup>4</sup>. Essentiellement marquées par l'ambition d'unifier les procédures des divorces contentieux, les dispositions nouvelles ont aussi corrigé ce qui constituait pour la Garde des Sceaux « un oubli » – car elles « auraient dû figurer d'emblée dans la loi de modernisation de la justice »<sup>5</sup> –, en consacrant un cas de séparation de corps par consentement mutuel sans intervention judiciaire<sup>6</sup>.

4 - Portées par un désir de recentrer les juridictions sur leurs « missions essentielles » (*i.e.* à caractère juridictionnel<sup>7</sup>), ces réformes s'inscrivent, plus largement, dans un mouvement de déjudiciarisation du droit de la famille et des personnes<sup>8</sup>. Progressivement, le juge s'efface et le rôle du notaire s'en trouve accru. En redessinant l'architecture du divorce, ces réformes invitent à repenser la présentation du rôle du notaire en la matière ; tant

*Nouveau regard sur le divorce après la loi du 18 novembre 2016 : Defrénois 2017, p. 125.*

- 3 J. Boisson, *La loi de programmation et de réforme de la justice : le parachèvement de la loi J21 en matière de séparation du couple* : JCP N 2019, n° 14, 1160. – J.-R. Binet, *Divorce et séparation de corps* : Dr. famille 2019, dossier 10. – J. Casey, *Réforme de la procédure des divorces contentieux, simplifier pour mieux juger, vraiment ?* : AJ fam. 2019, p. 238. – D. Sadi, *Du divorce à grande vitesse : brèves observations à propos de la loi du 23 mars 2019* : D. 2019, p. 1779. – É. Mulon, *La nouvelle procédure de divorce* : Dr. famille 2020, étude 6.
- 4 D. n° 2019-1380, 17 déc. 2019 : JCP N 2020, n° 1-2, act. 114 ; Dr. famille 2020, étude 8, É. Mulon et V. Égée ; D. act. 19 déc. 2019, S. Torricelli-Chrifi et A. Tani.
- 5 JO Sénat 10 oct. 2018, p. 13520.
- 6 JCl. Formulaire Notarial, V° Séparation de biens, fasc. n° 170 et 175, par J. Héral (actu. par J. Combret).
- 7 I. Dauriac, *Recentrer la justice du XXIe siècle sur ses missions essentielles...* : Defrénois 2016, p. 1293.
- 8 C. Pérès, *La déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille* : JCP N 2018, n° 14, 1151. – S. David, *Le rôle accru du notaire à l'aune de la déjudiciarisation* : JCP N 2020, n° 9, 1058. – N. Peterka, *La déjudiciarisation du droit des personnes protégées par la loi du 23 mars 2019 : progrès ou recul de la protection ?* : JCP G 2019, doct. 437. – S. Amrani Mekki, *Le sens de la déjudiciarisation* : JCP N 2018, n° 14, 1150.

lorsqu'il intervient dans un divorce par consentement mutuel (1) que dans un divorce contentieux (2).

## 1. Les rôles du notaire dans les divorces par consentement mutuel

5 - Le notaire est sollicité pour intervenir dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel déjudiciarisé dans l'hypothèse où les époux s'entendent « sur la rupture de leur mariage et ses effets » (**cas de principe**) (C. civ., art. 229-1). Ainsi que cela a été fait remarquer ce sont bien ici les époux qui « se divorcent, sans intervention du juge et sans qu'une autorité de substitution n'intervienne »<sup>9</sup>. Le tout sauf si « l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection » (**cas d'exclusion**) (C. civ., art. 229-2, 2°) ou si « le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge [...], demande son audition » (**cas d'exception**) (C. civ., art. 229-2, 1° et 249-4). Les missions du notaire ne sont pas tout à fait identiques selon que le divorce par consentement mutuel se réalise en l'absence (A) ou en présence (B) de l'autorité judiciaire.

### A. - Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire

6 - Là où jadis la mission du notaire se cantonnait à l'application d'une technique liquidative, celui-ci est désormais un acteur majeur de la procédure puisqu'il va, notamment, procéder au dépôt de la convention de divorce au rang de ses minutes. Ce faisant, le notaire peut ici intervenir à deux titres : en qualité de « **notaire dépositaire** » (1°), nécessairement, mais également, selon les dossiers, en qualité de « **notaire liquidateur** » (2°).

#### 1° Le notaire dépositaire

7 - Le déroulement de la procédure de divorce par consentement mutuel est marqué par la réalisation de plusieurs actes : la **convention de divorce**, l'**acte de dépôt** et, éventuellement, l'**état liquidatif**. Les rôles entre les différents professionnels appelés à intervenir sont assez bien définis : la convention de divorce est reçue par les avocats par acte sous seing privé contresigné par eux ; et l'acte de dépôt (comme l'état liquidatif, du moins lorsqu'il est exigé en la forme authentique) est reçu par le notaire. Cela étant, si la cadence de ce divorce paraît de prime abord bien rythmée, des discussions ont très vite fait jour quant à la temporalité réelle de ces divers actes. La doctrine (tant notariale qu'universitaire) a proposé plusieurs circuits bien distincts, avant que la Chancellerie donne nettement sa préférence.

<sup>9</sup> H. Fulchiron, *préc. note 2*.

8 - Comme chacun le sait, cette réponse ministérielle (abondamment commentée<sup>10</sup>) invalide le circuit « long », confirme le circuit « court », mais n'interdit pas un autre circuit « semi-court » qui consisterait à purger le délai de réflexion à partir d'un projet, mais à signer en deux temps la convention de divorce par acte d'avocats et l'acte de dépôt reçu par le notaire (avec ou sans comparution des époux). Bien que concevable, cette dernière manière d'agir n'est que peu satisfaisante et, comme le remarque un spécialiste, « dans les faits, cette pratique assez peu usitée est surtout l'apanage de quelques avocats qui, guidés par un réflexe corporatiste malvenu, et certainement aussi par la crainte de se voir dépossédés de cette nouvelle forme de divorce, répugnent à se rendre chez le notaire »<sup>11</sup>.

### CONSEIL PRATIQUE

➔ On croit désormais devoir recommander, chaque fois que c'est évidemment possible, de privilégier un « circuit court » ; avec une signature simultanée des trois actes. À l'issue du « rendez-vous commun », réunissant toutes les parties, les époux seront divorcés. Il a même été souhaité que « cette pratique devienne la règle, démontrant ainsi que les deux professions peuvent intelligemment collaborer dans l'intérêt supérieur des parties, au-delà d'une loi à maints égards imparfaite »<sup>12</sup>.

| Circuit court |   |  |
|---------------|---|--|
| Temps unique  | <p><b>J+0</b> : Purge, par les avocats, du délai de réflexion de 15 jours à partir d'un projet de convention de divorce auquel est annexé un projet d'acte liquidatif</p> <p><b>J+15</b> : Signature de l'<b>état liquidatif authentique définitif</b></p> <p><b>J+15</b> : Signature de la <b>convention de divorce</b> par acte sous signature privée contresigné par avocats</p> <p><b>J+15</b> : Dépôt immédiat de la convention de divorce <b>au rang des minutes du notaire</b></p> | Chez le <b>notaire</b> , en présence des <b>époux</b> et de leurs <b>avocats</b> (avec la possibilité de mettre à leur disposition une salle de réception pour la signature de l'acte d'avocats) |

9 - Au terme de cette procédure, le notaire opère un dépôt de la convention de divorce au rang de ses minutes (*C. civ.*, art. 229-1, al. 2. – *CPC*, art. 1146). À l'occasion de ce dépôt, la loi lui impose de se livrer à un double contrôle de légalité :

– en premier, il doit contrôler le respect des **exigences formelles** qu'énumère l'article 229-3 du Code civil. Il faut bien rappeler, même si l'accomplissement de cette mission invite parfois à aller un peu plus loin, qu'il s'agit en théorie seulement d'un contrôle de légalité, et non d'un contrôle d'opportunité<sup>13</sup>. En cela, le notaire ne se substitue pas parfaitement au juge puisqu'il n'a pas à se livrer à une recherche quant au contenu ou à l'équilibre de la convention de divorce<sup>14</sup> ;

– en second, il lui revient de s'assurer du respect des **délais de réflexion** ouverts par l'article 229-4 du Code civil. Le notaire chargé du dépôt de ladite convention doit ainsi solliciter l'envoi des justificatifs de purge de ces délais de réflexion. Très concrètement, il doit recueillir les accusés de réception et, surtout, vérifier – en plus du respect du délai de 15 jours – la concordance des signatures<sup>15</sup>.

10 - À ce double contrôle de forme, et bien que les dispositions nouvelles ne le précisent pas directement (mais était-ce réellement nécessaire ?), il appartient au notaire de s'assurer que la convention de divorce ne porte pas atteinte à l'**ordre public** car en pareille hypothèse, l'on ne saurait concevoir qu'il demeure impassible<sup>16</sup>. Cette prescription – qui relève davantage d'une « limite » que d'un véritable « contrôle » – tient au statut d'officier public du notaire qui, à l'évidence, ne saurait agir en contradiction avec l'ordre public<sup>17</sup>. Ceci fut d'ailleurs utilement confirmé par la circulaire du 26 janvier 2017<sup>18</sup>.

### 2° Le notaire liquidateur

11 - Si dans ce divorce privé, le notaire intervient nécessairement en qualité de « dépositaire », il n'intervient pas obligatoirement en qualité de « liquidateur » ; alors même que c'est depuis toujours sa fonction traditionnelle. Ainsi, son intervention est tantôt imposée par la loi, tantôt demandée par les parties.

10 *Rép. min.* n° 19958 : *JOAN* 24 déc. 2019, p. 11410 ; *Dr. famille* 2020, comm. 45, S. Torricelli-Chrifi ; *JCP N* 2020, n° 20, 1111, S. David.

11 S. David, *La Chancellerie invite les praticiens à suivre le circuit court* : *JCP N* 2020, n° 20, 1111.

12 J.-Fr. Sagaut, *État liquidatif notarié : projet ou copie ? Soyons d'abord pragmatiques* : *Sol. Not.* 2018, n° 4, p. 20.

13 V. not. Ch. Lesbats, *Le droit notarial du divorce* : *LexisNexis, coll. Pratique notariale*, 2017, n° 155 à 168.

14 *Circ. min. Just.*, n° *JUSC1638274*<sup>c</sup>, 26 janv. 2017, fiche 6, spéc. p. 18.

15 C. Sarto-Le Martret, *Le divorce par consentement mutuel sans juge en pratique* : *JCP N* 2020, n° 15-16, 1083. – X. Fromentin et F. Chassé, *Contrôle de la convention de divorce par le notaire : retour d'expérience et difficulté pratique* : *Sol. Not.* 2018, n° 4, inf. 14.

16 S. Torricelli-Chrifi, *Divorce contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux ?* : *JCP N* 2017, n° 16, 1159.

17 A. Tani, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille, contribution à la distinction entre l'ordre public et l'impérativité en droit privé français*, t. 64 : *Defrénois, coll. Doctorat & Notariat*, 2020, n° 156 s.

18 « Si le notaire n'a pas à contrôler le contenu ou l'équilibre de la convention, il doit, avant de pouvoir effectuer le dépôt de la convention au rang de ses minutes, vérifier la régularité de celle-ci au regard des dispositions légales ou réglementaires. Pour autant, s'il est porté manifestement atteinte à l'ordre public (une clause qui évincerait les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation ou une clause de non-remariage par exemple), le notaire, en sa qualité d'officier public, pourra alerter les avocats sur la difficulté » (*Circ. min. Just.*, 26 janv. 2017, préc. note 18, spéc. p. 18).



© FORGEM - ISTOCK - GETTY IMAGES PLUS

**12 - Intervention imposée.** - En effet, à suivre les prescriptions législatives, l'établissement d'un état liquidatif ne doit être reçu en la forme authentique que lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière (*C. civ.*, art. 229-3, 5°. – *CPC*, art. 1144-3, al. 2, et 1145, al. 2) : soit au titre d'un acte de partage, soit au titre d'un acte d'attribution assimilable à une dation en paiement d'une prestation compensatoire, soit au titre d'une convention d'indivision.

De cela, on peut en déduire qu'*a contrario* l'intervention d'un notaire n'est pas obligatoire en l'absence de biens immobiliers. En pareille hypothèse, l'état liquidatif peut être établi en la forme sous seing privée ; et d'ordinaire il sera inséré dans la convention de divorce établie par acte d'avocats avec les effets que l'on connaît (*C. civ.*, art. 1374). Il faut pourtant se garder d'associer le notaire uniquement à l'immeuble car s'il a en cette matière un rôle de premier plan, son expertise ne se limite pas à ce seul champ d'intervention.

**13 - Intervention demandée.** - S'il en est fait la demande, un acte authentique peut parfaitement être dressé, même en l'absence de biens soumis à publicité foncière<sup>19</sup>. Le notaire peut ainsi contribuer, dès le début, à l'élaboration par les avocats d'une convention de divorce. Il peut apporter son expertise dans le

calcul des récompenses, dans la fixation d'une prestation compensatoire ou dans le maintien de certains avantages matrimoniaux<sup>20</sup>. Surtout, c'est aussi le moyen de vérifier *ab initio* que la convention de divorce respecte les exigences formelles nécessaires à son dépôt au rang des minutes. C'est en vérité la question du moment d'intervention du notaire qui se trouve ici posée.

## CONSEIL PRATIQUE

➔ **Il est vivement conseillé d'intervenir en qualité de liquidateur, même en l'absence de biens immobiliers. Il se peut en effet que même dans des liquidations mobilières l'expertise notariale soit vivement requise (pour s'en convaincre, il suffit de songer à des époux mariés en régime de participation aux acquêts... quand bien même il n'y aurait que des acquêts mobiliers, on peut imaginer que les avocats et les époux seront heureux de se tourner vers un notaire rompu aux subtilités liquidatives de ce régime<sup>21</sup>).**

<sup>19</sup> S. David et R. Brunet, *Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel* : *AJ fam.* 2017, p. 31. – D. Filosa, *Divorce par acte d'avocats et enjeux liquidatifs* : *Defrénois* 2016, n° 24, p. 1307.

<sup>20</sup> *C. civ.*, art. 265, al. 2. – À ce propos, V. not. B. Beignier, *Avantages matrimoniaux : nouveaux enseignements, nouvelles pratiques* : *JCP N* 2020, n° 24, 1129.

<sup>21</sup> Sur lequel V. J.-F. Pillebout, *La participation aux acquêts : le contrat de mariage du chef d'entreprise* : *LexisNexis*, coll. *Pratique notariale*, 4<sup>e</sup> éd., 2020.

## Par principe « dé-judicialisé », le divorce par consentement mutuel se « re-judicialise » chaque fois qu'un mineur capable de discernement en fait la demande

### B. – Le divorce par consentement mutuel judiciaire

14 - Par principe « dé-judicialisé », le divorce par consentement mutuel se « re-judicialise » chaque fois qu'un mineur capable de discernement en fait la demande. Ceci implique que le notaire soit « garant » du respect de cette procédure (1°) où il retrouvera classiquement son rôle de « liquidateur » (2°).

#### 1° Le notaire garant

15 - L'ouverture d'un cas judiciaire de consentement mutuel implique de soumettre au juge aux affaires familiales une convention de divorce, qui est unique et obligatoire quel que soit le régime matrimonial des époux. Le juge – qui agit ici dans le cadre de sa juridiction gracieuse – a schématiquement deux options (*C. civ.*, art. 232) :

- s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé, le juge homologue la convention et prononce le divorce ;
- s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux, il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce.

16 - La demande de l'enfant mineur à être auditionné par le juge, implique un basculement du « divorce par consentement mutuel déjudicialisé » vers un « divorce par consentement mutuel judiciaire » (*CPC*, art. 1148-2, al. 1<sup>er</sup>). C'est toute la singularité du nouveau système de « divorce sans juge », assorti d'un « droit au juge » (ou du moins d'un « droit à être entendu par le juge ») : de la parole d'un enfant dépend désormais la procédure – judiciaire ou extrajudiciaire – retenue. Pour ce faire, la loi du 18 novembre 2016 organise une information du mineur (*C. civ.*, art. 229-2, 1° et 229-3, 6°) ; laquelle prend la forme d'un formulaire – dont le modèle a été fixé par arrêté<sup>22</sup> – lui permettant de prendre connaissance de la possibilité de solliciter une audition auprès du juge et de comprendre les conséquences de son choix sur la suite de la procédure (*CPC*, art. 1144).

17 - C'est la raison pour laquelle seuls des enfants capables de discernement peuvent recevoir efficacement cette information ; en l'absence d'un tel discernement la convention de divorce doit mentionner que l'enfant mineur n'a pas été informé (*CPC*, art. 1144-2). C'est là désormais la ligne de partage car le législateur n'a pas fixé d'âge minimum et a préféré que le discernement

fasse l'objet d'une appréciation personnelle de la part des parents.

18 - S'il n'appartient pas au notaire de s'assurer du discernement des mineurs (comment le pourrait-il réellement ?), on peut cependant attendre qu'il demeure attentif dans une situa-

tion qui serait à l'évidence choquante et de nature à alerter (ainsi, par exemple, de la convention de divorce qui mentionnerait que l'information n'a pas été donnée aux mineurs alors que ceux-ci ont atteint l'âge de l'adolescence...). Ainsi, en raison de sa qualité d'officier public, le notaire demeure naturellement le garant du respect de la procédure.

### CONSEIL PRATIQUE

➔ **On sait au demeurant que tout tiers – a fortiori un notaire – qui a connaissance « d'actes ou omissions qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci » peut saisir le juge dans les conditions de l'article 387-3 du Code civil.**

#### 2° Le notaire liquidateur

19 - La demande d'audition rouvre la voie judiciaire en obligeant les époux à soumettre la convention réglant les conséquences du divorce à l'approbation du juge (*C. civ.*, art. 230). Le notaire, qui n'est plus sollicité à des fins de dépôt, retrouve ici sa fonction traditionnelle de liquidateur : il peut contribuer à l'élaboration par le (ou les) avocat(s) de la convention de divorce et il est chargé plus spécialement de l'état liquidatif. Si l'article 1091 du Code de procédure civile impose que l'état liquidatif soit « passé en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière », rien n'interdit de solliciter le notaire même en présence de biens meubles uniquement<sup>23</sup>.

20 - En toute hypothèse, la convention de divorce datée et signée par chacun des époux est portée en annexe de la requête, comme du reste l'état liquidatif et le formulaire d'information de l'enfant mineur demandant à être entendu par le juge. En outre, le notaire doit mener sa mission diligemment et établir l'état liquidatif de façon à ne pas retarder le processus de séparation engagé par les époux. De manière traditionnelle, le déroulement de la mission du notaire comprend ainsi différentes étapes (V. tableau ci-après).

22 A. n° JUSC1633188A, 28 déc. 2016 : JO 29 déc. 2016.

23 C'est au demeurant la même suggestion que dans la voie extrajudiciaire, V. préc. n° 20.



| Étapes | Missions du notaire   |
|--------|---|
| 1      | Le notaire procède d'abord à la détermination du régime matrimonial, ce qui peut être rendu plus difficile en présence d'un élément d'extranéité ;  |
| 2      | Il doit ensuite reconstituer le patrimoine des époux. Il détermine la composition active et passive du patrimoine (biens figurant dans la communauté ou dans l'indivision, désignation, situation, références d'acquisition, etc.). Tous les actifs (mobiliers, immobiliers, corporels, incorporels...) doivent être pris en compte et la même exhaustivité est naturellement requise s'agissant des dettes ; |
| 3      | Également, il détermine avec les époux, les mouvements financiers entre patrimoines : récompense, créance entre époux, créance d'indivision...  |
| 4      | En outre, il interroge les parties sur le sort des biens. À défaut de partage, les époux peuvent maintenir certains biens en indivision (conjoncture non propice pour vendre un immeuble, volonté de garder en indivision une maison de vacances...);   |
| 5      | Pareillement, il convient de ne pas omettre de se préoccuper du sort de certains avantages matrimoniaux ou libéralités en cas de divorce (C. civ., art. 265) ; et le notaire ne doit pas manquer d'interroger les époux à ce sujet  |
| 6      | Enfin, le notaire attire l'attention des parties sur la date des effets de leur divorce.  |

## 2. Les rôles du notaire dans les divorces contentieux

21 - Si le notaire est d'ordinaire plus accoutumé à intervenir dans la sphère de l'amiable, son rôle n'est pas neutre quand la réalisation d'un divorce se porte sur le terrain litigieux<sup>24</sup>. Cela étant, son intervention dans la sphère contentieuse varie selon qu'il intervient avant (A) ou après (B) le prononcé du divorce.

### A. - Avant le prononcé du divorce

22 - La nouvelle procédure qui sera applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021, se propose d'unifier les différentes phases, ou du moins de supprimer la phase de conciliation pour que les parties aient dorénavant directement accès à la phase de jugement. Plus qu'une fusion, c'est une absorption. En effet, la requête initiale et l'audience sur tentative de conciliation disparaissent, et c'est désormais une phase unique qui subsiste puisque les époux peuvent directement introduire l'instance. En conséquence, là où il existait hier deux actes procéduraux

24 Ch. Lesbats, *La réforme des divorces contentieux en 13 questions* : JCP N 2020, n° 37, 1179.

(la « requête initiale » et « l'acte introductif d'instance »), il n'en demeure qu'un seul : la « demande en divorce ». C'est d'ailleurs dorénavant à compter de cette date que le divorce prend effet entre les parties (C. civ., art. 262-1) ; ce qui évite, comme on le faisait jusque-là, d'avoir à distinguer selon le régime matrimonial applicable. Dès le début de la procédure, le juge tient une audience d'orientation, à l'issue de laquelle il peut ordonner certaines mesures provisoires (C. civ., art. 254). C'est au cours de cette nouvelle procédure que le notaire est susceptible d'être associé : ces missions lui sont tantôt confiées par le juge (1°), tantôt par les époux (2°).

### 1° Le notaire mandaté par le juge

23 - Au titre des mesures provisoires, l'article 255 du Code civil confère au juge deux possibilités : désigner tout « **professionnel qualifié** » (C. civ., art. 255, 9°) ou désigner un « **notaire** » (C. civ., art. 255, 10°). Naturellement visé par l'article 255, 10°, du Code civil, il ne fait aucun doute que le notaire peut également être nommé sur le fondement de l'article 255, 9°, du même code. Partant, la désignation peut évidemment intervenir ès qualités de « notaire » mais il ne fait aucun doute qu'elle peut aussi intervenir ès qualités « d'expert ». Si ces deux modes de désignation présentent des points communs, ils se distinguent nettement s'agissant du contenu de la mission, du statut avec lequel elle est exercée et de la rémunération perçue<sup>25</sup>.

24 - L'intensité de la mission du notaire varie selon le fondement de la désignation retenue :

- ès qualités d'expert (C. civ., art. 255, 9°), il est chargé d'établir un simple **inventaire estimatif** (en énumérant et en évaluant les éléments d'actif et de passif) et, en outre, il peut formuler des propositions quant aux règlements des intérêts pécuniaires des époux (notamment au sujet de la prestation compensatoire). L'objectif de cette double mission cumulative est d'éclairer le juge afin que celui-ci puisse statuer en connaissance de cause sur les conséquences pécuniaires du divorce et notamment la prestation compensatoire ;
- ès qualités de notaire (C. civ., art. 255, 10°), il doit élaborer un projet d'**état liquidatif** et il doit aller jusqu'à proposer et former des lots à partager. Il s'agit ici d'établir une proposition de liquidation du régime matrimonial mais aussi de formuler des suggestions dans la composition des lots qui seront partagés.

25 - Lorsque le notaire est désigné sur le fondement de l'article 255, 9°, du Code civil, il est assimilé à un expert (CPC, art. 1120) : il perçoit dès lors des **honoraires d'expertise**. En revanche, sa situation est toute autre lorsqu'il est désigné par le juge en qualité de « notaire ». Malgré le statut hybride qui lui est reconnu en cette hypothèse (CPC, art. 1121, al. 1<sup>er</sup>),

25 V. not. V° Divorce contentieux. Rôle du notaire en cours de procédure, fasc. 60, par Y. Puyo.

## Le notaire peut aussi, même en cours de procédure (voire avant même l'introduction de la demande en divorce) être mandaté par les époux. Il retrouve là un rôle qui lui est plus familier

les règles du tarif de la profession prévoient expressément que le notaire, désigné en application de l'article 255, 10°, du Code civil perçoit un **émolument proportionnel** (*C. com., art. A. 444-83*). Celui-ci, assis sur l'actif net, reste souvent dénoncé pour son coût jugé trop élevé<sup>26</sup> ; alors même que l'apport du notaire en la matière est réel.

### REMARQUE

➔ On voit bien que du titre de la désignation – « expert » ou « notaire » – dépend la rémunération : honoraires d'expertise ou émoluments proportionnels<sup>27</sup>.

### 2° Le notaire mandaté par les époux

26 - Le notaire peut aussi, même en cours de procédure (voire avant même l'introduction de la demande en divorce) être mandaté par les époux. Il retrouve là un rôle qui lui est plus familier, puisqu'il agit en vertu d'un mandat privé, confié par les époux ou l'un seulement d'entre eux. Sa mission peut être celle d'un « notaire-conseil » et/ou d'un « notaire-rédacteur ».

27 - **Notaire conseil.** - On sait que la loi du 23 mars 2019, dans la lignée des réformes récentes, a très nettement encouragé le développement des modes alternatifs de règlement des différends (MARD)<sup>28</sup>. Le nouvel article 252 du Code civil commande d'ailleurs que la demande introductive d'instance rappelle les dispositions relatives à la médiation en matière familiale et à la procédure participative<sup>29</sup>.

On peut ainsi penser que dans certaines situations les époux, avec l'aide de leurs avocats, tentent de se rapprocher et de dialoguer avant d'introduire l'instance en divorce et que, le cas échéant, notamment lorsque le dossier l'exige eu égard à sa singularité patrimoniale, le notaire soit associé à ces démarches amiables en qualité de conseil et « d'amiable compositeur »<sup>30</sup>. En outre, et bien que cette mission lui soit trop rarement confiée

en pratique (alors même que cela pourrait se révéler très profitable aux parties), le notaire peut être sollicité pour assister et conseiller l'époux demandeur – et son conseil – dans l'établissement d'une « proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux » qui, à peine d'irrecevabilité, doit figurer dans la demande introductive d'instance<sup>31</sup>. Rappelons

que celle-ci « contient un descriptif sommaire de leur patrimoine et précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens » (*CPC, art. 1115*).

Il s'agit dès lors de formuler des propositions quant à la *détermination des droits* (liquidation) mais aussi d'émettre des suggestions quant au *sort des biens* (partage ou maintien dans l'indivision).

28 - **Notaire rédacteur.** - Le notaire peut aussi être mandaté par les parties pour rédiger, pendant l'instance, une convention de divorce sur le fondement de l'article 265-2 du Code civil ou sur celui de l'article 268 du même code<sup>32</sup>. Malgré leurs différences, ces deux types de conventions présentent certains points communs.

En plus d'être propres aux divorces contentieux, ces deux conventions ont en partage de ne pouvoir être passées que pendant l'instance. Si le principe de l'immutabilité du régime matrimonial admet un relâchement durant l'instance en divorce, il reste particulièrement fort avant cette date : la convention de liquidation conclue avant l'introduction de l'instance est nulle<sup>33</sup>. La loi du 23 mars 2019 donne ainsi plus d'amplitude à ces conventions car dorénavant l'instance débute dès l'introduction de la demande en divorce.

En outre, elles doivent recevoir la forme notariée lorsqu'elles portent sur des biens soumis à publicité foncière. Si l'article 265-2 le prévoit expressément, il est vrai que l'article 268 ne le précise pas. Pour autant, on croit pouvoir en faire la déduction sitôt qu'un notaire ne peut déposer un acte sous seing privé au rang de ses minutes conformément aux prévisions de l'article 710-1 du Code civil<sup>34</sup>.

26 J. Casey, *Divorce ; quel devoir de conseil pour l'avocat face à une expertise* 255, 10° : *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> juin 2013, n° 152. – S. Thouret, *L'expertise notariale en cours de divorce* : *AJ fam.* 2015, p. 159.

27 A. Tani, *Rémunération du notaire-expert : « notaire » ou « expert » ?* : *LexisNexis360 Notaires*, act. 20 févr. 2017.

28 A. Touzain, *Les aspects procéduraux de la réforme de la justice* : *JCP N* 2019, n° 14, 1161. – V. Lasserre, *Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation* : *D.* 2019, p. 441.

29 Ch. Bourguès-Habif, *L'amiable dans le droit du divorce* : *Dr. famille* 2020, étude 2.

30 S. David, *L'impact de la réforme des divorces contentieux sur la pratique notariale* : *Sol. Not.* 2019, n° 14, inf. 13.

31 *C. civ.*, art. 252. – Déjà, avant la réforme *C. civ.*, art. 257-2.

32 Y. Puyo, *Étude comparative des conventions de divorce* : *Dr. famille* 2015, étude 19.

33 *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 27 sept. 2017, n° 16-23.531 : *JurisData* n° 2017-018674 ; *JCP G* 2017, *doctr.* 1296, A. Tisserand-Martin ; *JCP N* 2018, n° 21-22, 1194, Ch. Lesbats ; *Dr. famille* 2017, *comm.* 220, J.-R. Binet ; *RTD civ.* 2018, p. 84, A.-M. Leroyer. – Déjà, *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 8 avr. 2009, n° 07-15.945 : *JurisData* n° 2009-047762.

34 En ce sens, *JCl. Formulaire Notarial*, V° *Divorce contentieux. Rôle du notaire en cours de procédure*, fasc. 60, 19 sept. 2016, n° 101, par Y. Puyo.

29 - En revanche, en dépit de ces traits communs, ces deux conventions se distinguent nettement : à la différence de celle de l'article 265-2 du Code civil, la convention de l'article 268 du même code est soumise à une homologation judiciaire (étant précisé que la demande d'homologation émanant d'un seul époux est recevable, mais il appartient au juge d'en tirer les conséquences en l'absence d'accord de l'autre époux<sup>35</sup>). Cette première différence, en explique une deuxième.

En l'absence d'homologation judiciaire, le domaine de la convention de l'article 265-2 du Code civil est nécessairement plus modeste, mais pas sans intérêt : ce texte autorise les époux, pendant l'instance, à « passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ». C'est une convention de liquidation-partage qui, si elle reste fort utile, ne peut cependant dépasser ce périmètre : « si [...] les parties peuvent, pendant l'instance en divorce, passer en la forme notariée toutes conventions pour la liquidation et le partage [...], les accords relatifs aux conséquences personnelles ou patrimoniales spécifiques au divorce n'entrent pas dans les prévisions de ce texte » (jurisprudence constante rendue sous l'empire de l'ancien article 1450 du Code civil mais qui demeure de droit positif<sup>36</sup>).

30 - À l'inverse, précisément en raison de son homologation judiciaire, la convention de l'article 268 admet une marge de manœuvre plus étendue : elle peut porter sur « tout ou partie des conséquences du divorce ». Cela autorise à aller au-delà des seules questions liquidatives et à nouer des accords sur toutes les incidences du divorce ; tant sur le terrain patrimonial qu'extrapatrimonial (ce qui permet notamment d'inclure la prestation compensatoire, la résidence des enfants...). Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue la convention en prononçant le divorce. Cette convention constitue donc une incursion de la compétence gracieuse du juge au sein d'une procédure pourtant contentieuse. Au-delà de cette singularité, elle participe d'un règlement pacifié et anticipé des conséquences du divorce.

31 - C'est donc en considération de ces distinctions que le notaire doit utilement conseiller les époux dans le choix de la convention de divorce appropriée à leurs besoins.

– Contra V. JCl. Civil Code, Art. 266 à 285-1, V° Conséquences du divorce pour les époux, fasc. 5, 25 févr. 2020, n° 58, par Larribau-Terneyre et K. Garcia.

35 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 fév. 2020, n° 19-10.088 : JurisData n° 2020-001747 : JCP N 2020, n° 10, act. 263, F. Sauvage ; Dr. famille 2020, comm. 68, A. Boulanger.

36 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2010, n° 09-11.494 : JurisData n° 2020-002138 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-10.169 – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 mars 1994, n° 92-15.525 : JurisData n° 1994-000758.

|                         | Convention de divorce de l'article 265-2 du Code civil    | Convention de divorce de l'article 268 du Code civil      |
|-------------------------|---|---|
| Forme                   | notariée en présence de biens soumis à publicité foncière | notariée en présence de biens soumis à publicité foncière |
| Homologation judiciaire | non   | oui   |
| Contenu                 | restreint : liquidation et partage du régime matrimonial  | étendu : tout ou partie des conséquences du divorce       |

## B. - Après le prononcé du divorce

32 - Au terme d'une longue et tumultueuse histoire législative et jurisprudentielle, chacun sait que, dorénavant, c'est bien un principe de scission qui est consacré par l'article 267 du Code civil<sup>37</sup>. Cela étant, ce texte admet aussitôt un tempérament puisque le juge peut statuer sur toute demande de liquidation et de partage s'il est justifié qu'un accord amiable n'est pas envisageable. Cette preuve, qui peut se faire « par tous moyens » (CPC, art. 1116), peut être spécialement rapportée par la production d'une déclaration conjointe d'acceptation du partage judiciaire ou par la production d'un projet établi par le notaire sur le fondement de l'article 255, 10°, du Code civil (ce qui est un argument supplémentaire dans la désignation d'un notaire sur ce fondement<sup>38</sup>). S'il lui est fait la démonstration de son opportunité, le juge a la possibilité de prolonger un divorce contentieux par un partage judiciaire dans les conditions fixées aux articles 1361 à 1378 du Code de procédure civile.

33 - On comprend que c'est aux parties qu'il revient dorénavant de choisir d'associer ou de dissocier les procédures de divorce et de partage. C'est dans ce contexte qu'après le prononcé du divorce, le notaire est encore susceptible d'intervenir ; tantôt en qualité d'officier public (1°) dans le cadre d'un partage amiable, tantôt en qualité d'auxiliaire de justice (2°) dans celui d'un partage judiciaire.

### 1° L'officier public

34 - Si le notaire peut intervenir au cours de la procédure, pour accompagner le travail du juge, il est plus encore dans son rôle

37 Y. Puyo, Le nouvel article 267 du Code civil, un compromis entre tradition et innovation : Dr. famille 2016, dossier 3. – J. Combret et N. Baillon-Wirtz, Liquidation et partage après divorce, l'appel à une clarification a-t-il été entendu ? : JCP N 2015, n° 48, 1220.

38 Ch. Lesbats, Le contenu du projet d'état liquidatif de l'article 255, 10° du Code civil : JCP N 2019, n° 6, 1097.



d'officier public après le prononcé du divorce<sup>39</sup>. Que le notaire soit sollicité dans le cadre d'un partage amiable ou dans celui d'un partage judiciaire, l'objectif ultime de sa mission est identique : il s'agit de participer à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des ex-époux. Cette mission s'exerce conformément aux règles du partage successoral ; en raison des renvois effectués par l'article 1476 du Code civil pour les partages de communauté, par l'article 1542 du même code pour les biens indivis entre époux séparés de biens, et par l'article 1578 pour les régimes de participation aux acquêts. Ce sont dès lors les articles 815 à 842 du Code civil relatifs au partage successoral qui trouvent à s'appliquer, ainsi que les articles 1359 à 1378 du Code de procédure civile lorsqu'il s'agit d'un partage judiciaire<sup>40</sup>.

35 - Cela étant, lorsqu'il intervient à l'amiable, le notaire retrouve un rôle relativement classique et qu'il connaît assez pour ne pas avoir à aborder plus avant cette question<sup>41</sup>. En revanche, lorsqu'il est sollicité par le juge au cours d'un partage judiciaire, le contenu et le déroulement de sa mission sont strictement encadrés et méritent ici quelques précisions.

## 2° L'auxiliaire de justice

36 - Sous les traits du partage judiciaire, le Code de procédure civile admet deux procédures : une dite « simple » ou « allégée » (CPC, art. 1359 à 1363) et l'autre « complexe » ou « complète » (CPC, art. 1364 à 1376). Elles se distinguent à divers égards.

37 - Dans la **procédure « simple »**, la désignation du notaire est facultative ; elle se justifie le plus souvent pour les seuls besoins de la publicité foncière. C'est l'hypothèse où les difficultés ont été tranchées par le juge et où le notaire intervient seulement pour établir l'acte de partage conformément aux prescriptions du jugement rendu, avant de le soumettre à la signature des parties. En effet, « lorsque le partage est ordonné, le tribunal peut désigner un notaire chargé de dresser l'acte constatant le partage » (CPC, art. 1361, al. 2) et, « s'il y a lieu au tirage au sort des lots, celui-ci est réalisé devant le notaire commis » (CPC, art. 1363). La mission du notaire est donc assez limitée. Cette procédure allégée n'est pertinente que dans des cas relativement simples, ce qui explique aussi qu'elle soit relativement rare.

39 J. Combret, N. Baillon-Wirtz et O. Gazeau, *Liquidation et partage après divorce, petit guide pratique sur le rôle du notaire* : JCP N 2011, n° 12, 1108. – J. Combret et N. Baillon-Wirtz, *Rupture du couple, partage amiable et partage judiciaire des intérêts patrimoniaux* : JCP N 2013, n° 17, 1105. – B. Reynis, *Le notaire, artisan du partage judiciaire* : Defrénois 2015, p. 361.

40 J. Combret, *La mission du notaire dans la procédure de partage* : JCP N 2019, n° 30-34, 1261.

41 A. de Guillenchmidt-Guignot, *Enjeux et perspectives du partage amiable* : Dr. famille 2020, étude 4.

38 - Dans la **procédure « complexe »**, la désignation du notaire est obligatoire car elle est justifiée par « la complexité des opérations » (CPC, art. 1364). Les pouvoirs du notaire sont ici plus étendus, expliquant que le tribunal qui le désigne pour procéder aux opérations de partage, commette aussi un juge pour surveiller les opérations.

Le notaire commis n'est ni le mandataire ni le conseil des parties mais le délégué du tribunal ; de sorte qu'il n'a pas, en principe, pour mission de concilier les parties, mais celle de procéder aux opérations de partage de leurs biens, que les parties s'entendent ou non. Cela étant, rien n'interdit aux parties, en cours de procédure, d'abandonner la voie judiciaire et de poursuivre le partage de leurs biens à l'amiable (C. civ., art. 842).

39 - Le caractère judiciaire de la mission confiée au notaire emporte certaines conséquences :

– le notaire commis est impartial, et il doit prendre en considération les dires et observations des deux parties. Pour ce faire, le notaire doit respecter le principe du contradictoire : en conséquence, il doit permettre à chacune des parties de faire connaître tout ce qui est nécessaire au succès de sa demande ou de sa défense. Ceci impose que toute démarche, toute pièce, tout document, toute preuve ou justification soit porté à la connaissance de l'autre partie ;

– il agit personnellement, de sorte qu'il ne saurait se faire substituer par un confrère pour recevoir l'acte, pas plus qu'il ne pourrait se faire remplacer par un notaire associé ou salarié. Le remplacement du notaire commis judiciairement ne peut se concevoir qu'au moyen d'une ordonnance sur requête. Pour autant, il ne lui est pas interdit de s'adjoindre un expert chaque fois que cela est justifié (CPC, art. 1365, al. 3) ;

– le notaire peut être amené à rendre compte au juge des éventuelles difficultés rencontrées dans le cadre de sa mission et peut solliciter de lui toute mesure de nature à en faciliter le déroulement (CPC, art. 1365, al. 2). Ainsi, les divers établissements et organismes interrogés ne peuvent opposer un quelconque secret professionnel pour refuser de répondre aux sollicitations du notaire commis ; à condition naturellement de justifier de cette qualité.

40 - Le notaire dispose d'un délai d'un an suivant sa nomination pour remplir sa mission, c'est-à-dire dresser un état liquidatif qui établit les comptes entre copartageants : la masse partageable, les droits des parties et la composition des lots à répartir (CPC, art. 1368). Ce délai est susceptible de suspension, notamment en cas de désignation d'un expert et jusqu'à la remise du rapport (CPC, art. 1369). À titre exceptionnel, lorsque la complexité des opérations le justifie, la mission du notaire peut être prorogée d'un an maximum ; à sa demande ou à celle d'un copartageant (CPC, art. 1370).

## Que le notaire soit sollicité dans le cadre d'un partage amiable ou dans celui d'un partage judiciaire, l'objectif ultime de sa mission est identique : il s'agit de participer à la liquidation et au partage

### CONSEIL PRATIQUE

→ Il convient cependant de faire un bon usage de cette faculté de prorogation, et ne surtout pas penser qu'elle pourrait être un moyen de couvrir un retard qui s'expliquerait par un manque de diligence du notaire et qui tomberait sous le coup du contrôle du juge.

41 - Le notaire agit sous le contrôle du juge qui veille au bon déroulement des opérations de partage, ainsi qu'au respect des délais (*CPC, art. 1371, al. 1<sup>er</sup>*). À cette fin, le juge peut – même d'office – adresser des injonctions aux parties ou au notaire commis, prononcer des astreintes et procéder au remplacement du notaire commis par le tribunal (*CPC, art. 1371, al. 2*).

### CONSEIL PRATIQUE

→ Il est important de bien garder à l'esprit que le notaire agit sous le contrôle du juge commis et qu'il convient, en plus de respecter les délais légaux, d'être en mesure de rendre compte de l'avancée de sa mission et des diligences entreprises. Ainsi, dans les offices, il paraît indispensable de disposer d'une organisation bien établie pour traiter efficacement ce type de dossiers. Cela suppose de prévoir, dès l'ouverture du dossier, de programmer des rappels réguliers pour suivre son évolution et surveiller le respect des délais.

42 - **Conclusion** - Le notaire dispose d'un large répertoire d'interventions en matière de divorce et la multiplicité des costumes qu'il peut endosser impressionne : tantôt simple (mais si utile) « amiable conciliateur », tantôt véritable « auxiliaire de justice », tantôt encore « dépositaire » de la convention de divorce. Il ne fait aucun doute que ce succès est intrinsèquement attaché à son statut d'officier public et sa technicité reconnue en matière

liquidative. S'il doit parfois s'astreindre à suivre une mise en scène procédurale stricte, il garde une grande liberté de jeu qui lui permet d'aboutir à des accords qui participent d'une pacification des rapports privés. Pour autant, on doit bien reconnaître que le rythme et l'ambition des réformes récentes ont livré des textes difficiles et longs à assimiler et à mémoriser pour

des praticiens (magistrats, avocats, notaires) qui, s'ils ne sont pas rétifs à des évolutions, aspirent à de la clarté et de la cohérence dans l'action législative et réglementaire. En dépit d'un scénario parfois hésitant (comme c'est assurément le cas dans le divorce sans juge, où l'on se demande comment notaire et avocats doivent se donner la réplique), la pratique improvisée avec brio pour servir utilement l'ambition d'une désunion pacifiée et accélérée. ■

#### Pour aller plus loin :

- Ch. Lesbats, Le droit notarial du divorce : LexisNexis, coll. Pratique notariale, LexisNexis, 2020, coll. Pratique notariale
- JCl. Notarial Formulaire, V° Divorce par consentement mutuel, fasc. 12, par. C. Brenner et J. Combret
- JCl. Notarial Formulaire, V° Divorce contentieux, fasc. 60, par Y. Puyo
- JCl. Notarial Formulaire, V° Divorce, fasc. 20, par A. Tani
- JCl. Divorce, synthèse 60 : Partage de communauté, par J.-Fr. Pillebout
- 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