

# Synthèse - Procédure de divorce

Date de fraîcheur : 14 Août 2019

## ESSENTIEL

---

### Natalie Fricero

Professeure à l'université Nice-Côte d'Azur

Directrice de l'Institut d'Études judiciaires, Présidente de la Commission nationale d'examen d'avocats, membre du Conseil supérieur de la magistrature

### Procédure de divorce

Le divorce est un contentieux très particulier parce qu'il met en cause l'intimité de la personne, et qu'il concerne toutes les catégories de justiciables. Il est emblématique du contentieux de proximité : selon les chiffres officiels du Ministère de la justice pour 2017, 97629 divorces ont été prononcés (dont seulement 2428 divorces par consentement mutuel, contre 85862 en 2016, en raison du transfert de ce type de divorce vers l'acte d'avocat). Le législateur a donc organisé les règles générales de procédure avec pour objectif d'apaiser le conflit, même dans les divorces autres que par consentement mutuel judiciaire, notamment, pour permettre aux anciens époux de maintenir des relations dans l'intérêt de leurs enfants. Dans ce cadre, les textes récents avaient développé les phases de médiation devant des tribunaux de grande instance pilotes, Bordeaux et Arras (A. 16 mai 2013 : JO 31 mai 2013). Dans le prolongement des projets visant à développer encore la médiation familiale (P. Delmas Goyon, *Le juge du 21e siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice : rapport déc. 2013* ; C. Tasca et M. Mercier, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges : Sénat, Rapport d'information n° 404, 26 févr. 2014* ; M. Juston et St. Gargoullaud, *Médiation familiale et contrats de co-parentalité : rapport avr. 2014* ; I. Théry, A.M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité : rapport 2014*), la loi dite J21 n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a prévu la désignation de TGI pilotes, désignés par l'arrêté du 16 mars 2017 (JO 23 mars 2017) devant lesquels la demande présentée après le divorce est irrecevable si les parents n'ont pas tenté une médiation familiale préalablement. Comme la représentation par avocat est obligatoire dans toutes les procédures, les professionnels doivent rester vigilants : notamment, ils doivent suivre les évolutions jurisprudentielles relatives à la preuve de la faute du conjoint, via l'utilisation des SMS ou des mails ; ils doivent surveiller la loyauté de leur client dans la déclaration des ressources pour la fixation de la prestation compensatoire pour éviter les recours en révision ! En outre, la situation de crise économique oblige l'avocat à conseiller utilement son client sur les mesures provisoires qui peuvent être prises pendant l'instance en divorce, afin de lui permettre d'assurer des conditions de vie décentes en attendant le jugement. Enfin, les nouveaux enjeux de la justice du XXIe siècle ont conduit le législateur à créer un nouveau divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice envisage des modifications très importantes de la procédure judiciaire de divorce en supprimant l'audience de conciliation, les intéressés saisissant le JAF en sa qualité de juge de la mise en état pour obtenir des mesures provisoires. Comme la réforme sera mise en œuvre au plus tard le 1er septembre 2020 (L. n° 2019-222, 23 mars 2019, art. 109-VIII), les professionnels doivent surveiller la publication du décret d'application...

### I. - Dispositions générales (C. civ., art. 248 à 249-4)

#### V. JCI. Divorce, fasc. 110 ou Civil Code, Art. 248 à 259-3, fasc. 10

**1. – Avertissements** – La réforme prévue par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 entraînera d'importantes modifications procédurales concernant tous les cas de divorce. La procédure familiale sera formée, instruite et jugée selon la procédure en matière contentieuse devant le tribunal judiciaire, avec représentation par avocat obligatoire. À compter du 1er janvier 2020, le tribunal de grande instance deviendra le tribunal judiciaire. Les huissiers de justice seront définitivement dénommés commissaires de justice en 2022.

Les chiffres du Ministère de la justice pour 2017 indiquent une progression des divorces contentieux de 2,1 %. Le divorce accepté correspond à 54 % des divorces, en hausse de 2%, le divorce pour altération du lien conjugal correspond à 31 % des divorces (croissance de 5 %). Seul le divorce pour faute diminue.

#### A. - Parties à l'instance

**2. – Qualité pour agir** – L'action en divorce est « attitrée » : son exercice appartient aux époux, qui ont seuls qualité pour agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile. Le juge peut relever d'office l'irrecevabilité de la demande (CPC, art. 125), après un débat contradictoire (CPC, art. 16). L'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet du décès de la partie dès lors que l'action est intransmissible (CPC, art. 384. – Cass. 1re civ., 5 mars 2014, n° 13-11.539 : l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant que la décision

prononçant le divorce ait acquis force de chose jugée). L'intervention de tiers est irrecevable (*Cass. 1re civ., 4 juin 2007, n° 06-18.515 : JurisData n° 2007-039212 ; Bull. civ. I, n° 216*), comme la tierce opposition. Si le décès est notifié pendant l'instance en cassation, l'action en divorce se trouve éteinte (*Cass. 1re civ., 24 sept. 2014, n° 13-19.733*).

**3. – Capacité pour agir (C. civ., art. 249 à 249-4)** – Des règles particulières sont prévues pour protéger le demandeur ou le défendeur en divorce qui fait l'objet de mesures de protection (la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 et le décret n° 2019-756 du 27 juillet 2019 ont supprimé le terme « incapable » pour le remplacer par majeur « protégé » ; observons que le majeur en curatelle ou en tutelle n'est plus tenu d'obtenir une autorisation pour se marier, l'article 460 du Code civil prévoit que la personne chargée de sa protection est informée au préalable du projet de mariage du majeur protégé ; l'article 175 du Code civil prévoit que le curateur ou le tuteur peut former opposition au mariage du majeur protégé qu'il assiste ou représente ; en outre, selon l'article 1399 du Code civil, la personne chargée de la mesure de protection peut saisir le juge pour qu'il l'autorise à conclure seule un contrat de mariage, afin de préserver les intérêts du majeur protégé. Toutes ces dispositions sont applicables depuis le 25 mars 2019).

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a modifié le **régime du divorce des personnes protégées**.

L'article 249 du Code civil a été modifié et indique que dans l'instance en divorce, le majeur en **tutelle** est représenté par son tuteur et le majeur en **curatelle** exerce l'action lui-même, avec l'assistance de son curateur. Un tuteur ou un curateur ad hoc est nommé lorsque la tutelle ou la curatelle avait été confiée au conjoint de la personne protégée (*C. civ., art. 249-2*).

S'agissant des cas de divorce, il est prévu que la personne protégée peut accepter seule le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci (*C. civ., art. 249*). En revanche, lorsque l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre, **aucune demande en divorce par consentement mutuel** ne peut être présentée (*C. civ., art. 249-4*).

Si une demande de mesure de protection juridique est déposée ou en cours, la demande en divorce ne peut être examinée qu'après l'intervention du jugement se prononçant sur la mise en place d'une telle mesure de protection. Toutefois, le juge peut prendre les mesures provisoires prévues aux articles 254 et 255 (*C. civ., art. 249-3*).

## **B. - Publicité de la procédure**

**4. – Débats : absence de publicité** – Les débats sur la cause, les conséquences du divorce et les mesures provisoires ne sont pas publics (*C. civ., art. 248 . – CPC, art. 1074*). La conciliation et la médiation restent confidentielles (*C. civ., art. 252-4 et 255, 1°*).

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a modifié l'article 11-1 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 : les débats ont lieu en chambre du conseil dans les matières relatives à l'état et à la capacité des personnes déterminées par décret. Ceci ne devrait pas modifier l'absence de débats publics en matière de divorce.

**5. – Jugement** – Selon l'article 1074 du Code de procédure civile, les décisions relatives au divorce sont rendues publiquement (*CPC, art. 1074*), et mises à disposition à la date que le JAF indique (*CPC, art. 450, al. 2 . – CPC, art. 453*). Le grief tiré de l'absence de publicité est soumis aux exigences de l'article 451 du Code de procédure civile et doit être invoqué au moment du prononcé de la décision (*Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-14.085*). La nullité résultant de la violation de ces dispositions doit être invoquée au moment du prononcé du jugement à peine d'irrecevabilité (*Cass. 1re civ., 4 nov. 2015, n° 14-13.640*). Ce n'est pas le cas des décisions rendues après divorce sur la prestation compensatoire, rendues en chambre du conseil (*Cass. 1re civ., 28 oct. 2009, n° 08-18.488 : JurisData n° 2009-050046 ; Bull. civ. I, n° 215*). Mais la chambre du conseil n'est pas incompatible avec une mise à disposition au greffe (*Cass. 1re civ., 9 févr. 2011, n° 09-17.447*). Encore faut-il que la décision indique les modalités de son prononcé (*Cass. 1re civ., 28 févr. 2018, n° 17-11.034* « Alors que les décisions contentieuses sont

prononcées en audience publique, sous réserve des dispositions particulières à certaines matières, la mise à disposition au greffe obéissant aux mêmes règles de publicité ; que l'arrêt attaqué, statuant notamment sur la prestation compensatoire demandée par Mme Isabelle Y., qui mentionne être prononcé non publiquement par mise à disposition au greffe de la Cour, a été rendu en violation des articles 451, 1074 du Code de procédure civile, et 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Les comptes rendus sont interdits (L. 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, art. 39).

**6. – Publication du jugement** – La mention du divorce (ou de la séparation de corps) est portée **en marge de l'acte de mariage**, ainsi que **de l'acte de naissance** de chacun des époux, au vu d'un extrait de la décision ne comportant que son dispositif et accompagné de la justification de son caractère exécutoire conformément à l'article 506 du Code de procédure civile (CPC, art. 1082).

**7. – Justification du divorce à l'égard des tiers et délivrance de copies** – La production d'un extrait de la décision l'ayant prononcé ne comportant que son dispositif, accompagné de la justification de son caractère exécutoire conformément à l'article 506 du Code de procédure civile suffit (CPC, art. 1082-1).

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 précise que les tiers peuvent se faire délivrer copie des décisions de justice par le greffe de la juridiction concernée conformément aux règles applicables en matière civile ou pénale et sous réserve des demandes abusives, en particulier par leur nombre ou par leur caractère répétitif ou systématique. Mais les éléments permettant d'identifier les personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés si leur divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage (COJ, art. L. 111-14). Un décret en Conseil d'État doit fixer, pour les décisions de premier ressort, d'appel ou de cassation, les conditions d'application de la loi.

**8. – Diffusion du jugement de divorce (« open data »)** – La loi n° 2019-222 du 3 mars 2019 a modifié les articles L. 111-13 et L. 111-14 du Code de l'organisation judiciaire, afin d'assurer la protection des droits fondamentaux des parties tout en permettant la transparence de la justice.

*« Sous réserve des dispositions particulières qui régissent l'accès aux décisions de justice et leur publicité, les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit sous forme électronique.*

*Les nom et prénoms des personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés préalablement à la mise à la disposition du public. Lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage, est également occulté tout élément permettant d'identifier les parties, les tiers, les magistrats et les membres du greffe.*

*Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. La violation de cette interdiction est punie des peines prévues aux articles 226-18, 226-24 et 226-31 du code pénal, sans préjudice des mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. » (COJ, art. L. 111-13).*

## **II. - Règles communes (actuelles) aux divorces autres que par consentement mutuel – Requête initiale et conciliation**

### **V. JCI. Divorce, fasc. 120 ou Civil Code, Art. 248 à 259-3, fasc. 20**

**9. – Respect du droit commun procédural et du procès équitable** – L'existence de règles particulières ne doit pas exclure le respect du procès équitable et des principes de droit commun procédural. Par exemple, le procès en divorce doit respecter la durée raisonnable des procédures, y compris pendant la période de liquidation et de partage

de la communauté : à défaut, l'État est déclaré responsable pour déni de justice sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 2010, n° 09-70.772).

De même, le juge doit respecter le contradictoire et l'article 16 du Code de procédure civile : doit être cassé l'arrêt de la cour d'appel qui prononce le divorce aux torts partagés sur le fondement de l'article 245 du Code civil sur la seule demande de l'un d'eux, sans inviter les parties à présenter leurs observations sur les conséquences éventuelles du divorce (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 févr. 2012, n° 10-26.882 : *JurisData* n° 2012-002190), comme l'arrêt qui, après avoir confirmé le jugement ayant prononcé le divorce, retient que l'apport en communauté n'est pas affecté par ce prononcé, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur la requalification envisagée (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mai 2014, n° 13-17.618 : *JurisData* n° 2014-012994).

Le juge doit également motiver sa décision et répondre aux conclusions des parties, conformément aux dispositions prévues à l'article 455 du Code de procédure civile : un arrêt qui constate la disparité créée par la rupture du mariage dans les conditions de vie respectives des époux, et fixe une prestation compensatoire, sans répondre aux conclusions de l'épouse qui faisaient état d'éléments du patrimoine mobilier de son conjoint sur lesquels la cour ne s'est pas prononcée, doit être cassé pour violation de l'article 455 du Code de la procédure civile (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 oct. 2012, n° 11-22.358 : *JurisData* n° 2012-024033). De même un arrêt prononçant le divorce qui ne répond pas aux conclusions du mari faisant valoir, preuve à l'appui, qu'il était demandeur d'emploi, méconnaît l'article 455 du Code de procédure civile (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 nov. 2015, n° 14-15.349 : *JurisData* n° 2015-025900).

Le principe de concentration des moyens s'applique à l'instance devant le JAF : la Cour de cassation a pu juger qu'il incombait à une partie de présenter, à l'occasion de l'instance relative à la demande d'attribution préférentielle, l'ensemble des moyens de droit qu'elle estimait de nature à faire obstacle à celle-ci, tel celui tiré de l'existence d'une clause d'accroissement (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 déc. 2011, n° 10-26.912).

Le juge du divorce est tenu par le principe dispositif : il ne peut pas retenir dans sa décision des faits qui ne sont pas dans les débats, sous peine de violer l'article 7 du Code de procédure civile (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 nov. 2015, n° 14-26.544).

Enfin, l'exigence du délai raisonnable des procédures s'applique aux instances en divorce : c'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris a rendu 25 décisions le 9 octobre 2017 (*E. Huby, Gaz. Pal. spécialisée, 10 avr. 2018, n° 320a8, p. 39*) pour condamner l'État sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire en raison des délais anormalement longs de convocation devant le juge aux affaires familiales de Bobigny.

**10. – Convention d'honoraire et barèmes** – L'article 14 de la loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles du 13 décembre 2011 (*L. n° 2011-1862, 13 déc. 2011*), modifie l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques pour prévoir que : « *l'avocat est tenu de conclure avec son client une convention d'honoraires pour les procédures de divorce* ». Cette exigence avait été proposée par le rapport Guinchard (*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée : La Doc. française, proposition n° 25*).

L'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 a été modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (*L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 51 : JO 7 août 2015, p. 13537*) : sauf en cas d'urgence ou de force majeure ou lorsqu'il intervient au titre de l'aide juridictionnelle totale ou de la troisième partie de la loi de 1991 sur l'aide juridique, l'avocat conclut par écrit avec son client une convention d'honoraires qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés.

Les contestations portant sur les honoraires de l'avocat en matière de divorce sont soumises au droit commun des articles 174 et suivants du décret du 27 novembre 1991. Les critères de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 sont applicables, même si, sur contestation, le premier président n'est pas tenu de s'expliquer sur chacun des critères (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 févr. 2015, n° 14-10.246). Comme l'indique le Guide rédactionnel de la

convention d'honoraires diffusé par le Conseil national des barreaux (voir le site internet du CNB), il appartient à l'avocat de chiffrer les variables laissées à son appréciation dans ces modèles en prenant notamment en considération les critères établis par l'article 11.2 du RIN (temps consacré à l'affaire, travail de recherche, nature et la difficulté de l'affaire, importance des intérêts en cause, incidence des frais et charges du cabinet auquel il appartient, notoriété, titres, ancienneté, expérience et spécialisation dont il est titulaire, avantages et résultat obtenus au profit du client par son travail, ainsi que service rendu à celui-ci, situation de fortune du client).

La convention peut prévoir un **honoraires de complément** au profit de l'avocat, conforme à la loi de 1971 (*F. G'sell, Vers l'honoraire principal de résultat ? : JCP G 2017, doctr. 1325*). Ainsi, à propos de la convention prévoyant un complément de 10 % de l'ensemble des sommes obtenues à titre de prestation compensatoire dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, la Cour de cassation (*Cass. 2e civ., 5 févr. 2015, n° 13-28.530*), a reproché au premier président d'avoir dénaturé les termes clairs et précis de la convention d'honoraires pour diminuer le montant des honoraires.

En l'**absence de convention**, l'avocat a droit à une rémunération selon les critères fixés à l'article 10 : « Attendu qu'il résulte de ce texte que le défaut de signature d'une convention ne prive pas l'avocat du droit de percevoir pour ses diligences, dès lors que celles-ci sont établies, des honoraires qui sont alors fixés en tenant compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci » (*Cass. 2e civ., 14 juin 2018, n° 17-19.709 : JurisData n° 2018-010319 ; JCP G 2018, 730*)

## A. - Requête initiale

**11. – Présentation d'une demande par requête** – Selon l'article 251 du Code civil, l'époux qui forme une demande en divorce doit présenter une requête au JAF, dont la compétence exclusive a été maintenue (*Commission Guinchard, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée : La Doc. fr. 2008, spéc. p. 87, chap. 2*). La requête doit être conforme à l'article 58 du Code de procédure civile, être datée et signée. La requête est présentée par avocat (qui respecte la territorialité de la postulation, *CA Pau, 1er mars 2007 : Bull. inf. C. cass. 15 janv. 2008, n° 85*).

Elle est présentée « sans indiquer les motifs du divorce » (*CPC, art. 1106 . – C. civ., art. 251*). Un jugement du tribunal de grande instance de Bordeaux a décidé que la requête qui comporte une motivation est irrecevable (*TGI Bordeaux, 27 nov. 2005 : RTD civ. 2006, p. 288, obs. J. Hauser*). Cette solution est parfois adoptée par la jurisprudence (par ex. indirectement, *Cass. 1re civ., 14 janv. 2015, n° 13-20.296*), mais certaines décisions optent pour la nullité pour vice de forme (contra, *CA Toulouse, 12 févr. 2015, n° 14/20495*, qui considère qu'il ne s'agit pas d'une formalité substantielle). On peut regretter que les réformes ultérieures n'aient pas précisé la sanction (*J. Ch. MARRIGUES, Procédure de divorce contentieux : quelle sanction appliquer à la motivation de la requête unilatérale ? : Procédures 2015, étude 8*).

Afin de permettre au juge de prendre en compte un dispositif de lutte contre les violences conjugales qui aurait été mis en place, l'article 1078 du Code de procédure civile précise que « la demande mentionne, le cas échéant, l'existence d'une ordonnance de protection concernant les époux en cours d'exécution à la date de son introduction. L'ordonnance, accompagnée de la preuve de sa notification, est jointe à la demande » (*CPC, art. 1136-3 à 1136-13 . – C. civ., art. 515-9 à 515-13*). En effet, selon les termes de l'article 1136-13 du Code de procédure civile, les mesures de protection continuent de produire effet jusqu'à ce que la décision de divorce soit passée en force de chose jugée, à moins que le juge en décide autrement (*V. n° 35*).

Cette modalité d'introduction de la demande est profondément modifiée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice. Le décret d'application attendu précisera cette simplification du parcours processuel des époux en instance de divorce et les modalités renouvelées de négociation des effets du divorce.

**12. – Renseignements complémentaires** – Les époux font connaître la caisse d'assurance maladie à laquelle ils sont affiliés, les services ou organismes qui servent les prestations familiales, les pensions de retraite et tout avantage de vieillesse ainsi que la dénomination et l'adresse de ces caisses, services ou organismes (*CPC, art. 1075*), et les pièces justificatives relatives à leur patrimoine et leurs conditions de vie.

**13. – Déclaration sur l'honneur (*CPC, art. 1075-1*)** – Les parties fournissent au juge « une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie » (*C. civ., art. 272*). Cette déclaration n'obéit à aucune forme particulière (*Cass. 1re civ., 22 mars 2005, n° 02-13214 : JurisData n° 2005-027694 ; Bull. civ. I, n° 146*), et n'a pas à être spécialement mentionnée dans la décision (*Cass. 1re civ., 8 juill. 2003, n° 01-15.829 : JurisData n° 2003-019808 ; Bull. civ. I, n° 161*).

Cette déclaration ne conditionne pas la recevabilité de la demande ; le juge dispose de la faculté d'inviter le conseil à produire cette pièce (*CA Nîmes, 23 nov. 2005, n° 04/01433 : JurisData n° 2005-291764*). Si elle n'est pas produite, le juge en tire toutes conséquences utiles (*CA Aix-en-Provence, 7 mai 2002, n° 00/2886 : JurisData n° 2002-181162*) ; il peut surseoir à statuer jusqu'à sa production (*CA Bourges, 11 nov. 2000 : Dr. famille 2001, comm. 46, H. Lécuyer*). La Cour de cassation a rappelé (*Cass. 1re civ., 4 juill. 2018, n° 17-13.611 : JurisData n° 2018-016138 . - Cass. 1re civ., 4 juill. 2018, n° 17-20.077 : JurisData n° 2018-016138*) que l'article 272, alinéa 1er, du Code civil ne subordonne pas à la production d'une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie l'examen d'une demande de prestation compensatoire et qu'une partie qui s'est abstenue de produire une pièce ou d'en réclamer la production ne peut ériger sa propre carence en grief.

En dissimulant l'existence de revenus, nécessairement déterminants pour statuer sur la demande de l'épouse d'une **prestation compensatoire**, le conjoint commet une fraude qui rend recevable le recours en révision contre la décision, sur le fondement de l'article 595 du Code de procédure civile (*Cass. 1re civ., 21 févr. 2013, n° 12-14.440 : JurisData n° 2013-002595*). Pour statuer sur la demande de prestation compensatoire, les juges ne peuvent pas se fonder sur des circonstances extérieures au prononcé du divorce (*Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-29.429 : JurisData n° 2013-020714*). Le Conseil constitutionnel, dans la décision QPC n° 2014-398 du 2 juin 2014 a déclaré inconstitutionnelle la disposition prévue à l'article 272, alinéa 2, interdisant au juge de prendre en considération pour la fixation de la prestation compensatoire, les sommes versées à l'un des époux au titre de la réparation d'un accident du travail ou au titre de la compensation d'un handicap, parce qu'elle méconnaît l'égalité devant la loi. Cette abrogation s'applique à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de la publication de la décision, le 4 juin 2014. Les prestations compensatoires définitivement fixées en application des anciennes dispositions ne peuvent pas être remises en cause sur le fondement de cette inconstitutionnalité. La première chambre civile de la Cour de cassation a fait application d'une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel (*Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC : JurisData n° 2011-017940*), précisant que l'atteinte au droit de propriété qui résulte de l'attribution forcée prévue au 2° de l'article 274 n'est proportionnée que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire (*Cass. 1re civ., 28 mai 2014, n° 13-15.760 : JurisData n° 2014-011288*).

En conséquence, (*Cass. 1re civ., 4 juillet 2018, n° 17-22645*) :

« Vu l'article 274 du code civil ; Vu la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011, aux termes de laquelle l'atteinte au droit de propriété qui résulte de l'attribution forcée prévue au 2° de l'article 274 du code civil ne peut être regardée comme une mesure proportionnée au but d'intérêt général poursuivi que si elle constitue une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital, de sorte qu'elle ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les modalités prévues au 1° n'apparaissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ».

**14. – Demande de mesures provisoires** – Si l'époux demandeur entend solliciter des mesures provisoires, la requête doit contenir ses demandes ainsi qu'un exposé sommaire de leurs motifs (*CPC, art. 1106*) : à défaut, elle est irrecevable (*CA Bordeaux, 22 sept. 2009 : RTD civ. 2010, p. 89, J. Hauser*). La présence personnelle du demandeur qui sollicite des mesures d'urgence est imposée par l'alinéa 2 de l'article 1106 du Code de procédure civile .

**15. – Ordonnance du JAF** – Elle indique la date, l'heure et le lieu de l'audience de tentative de conciliation à laquelle l'époux défendeur sera convoqué (*CPC, art. 1107, al. 1er*) et prescrit les mesures d'urgence prévues à l'article 257 du Code civil (*CPC, art. 1107, al. 2*).

Le dernier alinéa de l'article 1107 précise que l'ordonnance ne peut faire l'objet d'aucun recours. L'appel est ouvert si le juge refuse de signer la requête, ou la déclare irrecevable.

## **B. - Conciliation (elle est supprimée par la loi du 23 mars 2019 )**

### **1° Convocation**

**16. – Modalités** – Une lettre RAR est expédiée quinze jours (*CPC, art. 668* pour la date de l'expédition) au moins avant l'audience de conciliation fixée par le JAF et accompagnée d'une copie de l'ordonnance (*CPC, art. 1108*), confirmée le même jour, par lettre simple. La notification obéit aux dispositions des articles 665 et suivants du Code de procédure civile. En cas de retour au greffe du JAF d'une lettre qui n'a pu être remise à l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la requête, ou dont l'avis de réception n'a pas été signé par une personne munie d'un pouvoir, le secrétaire invite la partie à procéder par voie de signification (*CPC, art. 670-1*). Le non-respect de ce délai entraîne l'annulation de la citation et de l'ordonnance rendue (*CA Versailles, 23 mars 2005 : Bull. inf. C. cass. 15 janv. 2006, n° 123*).

En cas d'urgence, le JAF peut autoriser l'un des époux, sur sa requête, à assigner l'autre époux à jour fixe à fin de conciliation (*CPC, art. 1109*).

**17. – Information** – La convocation du défendeur informe ce dernier qu'il doit se présenter en personne, seul ou assisté d'un avocat (*CPC, art. 1108*). Des exceptions sont posées : l'assistance par avocat de chacun des époux est obligatoire pour accepter le principe de la rupture du mariage lors de l'audience de conciliation (*CPC, art. 1108, al. 2*). L'article 253 du Code civil prévoit à cet égard que les époux ne peuvent accepter le principe de la rupture du mariage (et le prononcé du divorce) que s'ils sont chacun assistés par un avocat.

Le greffe avise l'avocat de l'époux qui a présenté la requête (*CPC, art. 1108, al. 2*).

Le décret n° 2016-185 du 23 février 2016 ajoute une information supplémentaire de l'époux défendeur par le renvoi aux « 1°, 2° et 10° de l'article 255 du Code civil » (le renvoi au 10° permet au défendeur de faire désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de partage, pour permettre, le cas échéant, au JAF de prononcer le divorce et de statuer sur les désaccords subsistants des ex-époux, (*C. civ., art. 267*)).

**18. – Notice** – Une notice exposant, notamment, les dispositions des articles 252 à 254 du Code civil (il s'agit des dispositions relatives à la conciliation et à la possibilité pour le JAF de prescrire des mesures provisoires), ainsi que des 1°, 2° et 10° de l'article 255 du Code civil (il s'agit de la faculté de proposer une médiation familiale ou une rencontre avec un médiateur familial et de la désignation d'un notaire pour établir un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager) est jointe à la lettre RAR.

### **2° Audience**

**19. – Comparution en personne des époux** – Si l'un des époux ne peut pas se rendre au lieu indiqué, le juge peut soit en fixer un autre, soit se déplacer lui-même pour entendre sur place le conjoint empêché, soit enfin donner à cette fin une commission rogatoire (*CPC, art. 1110, al. 3. – D. n° 2017-892, 6 mai 2017, portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile a consacré la compétence exclusive du tribunal de grande instance en matière de commissions rogatoires internationales et institue un juge chargé de surveiller l'exécution de ces commissions rogatoires. – CPC, art. 734-1 et s.*). En cas d'empêchement légitime, le JAF peut toujours décider de renvoyer à une autre audience de conciliation. Si l'époux qui n'a pas formé la demande ne se présente pas à

l'audience, ou se trouve hors d'état de manifester sa volonté, le juge s'entretient avec l'autre conjoint et l'invite à la réflexion (*C. civ.*, art. 252-1).

**20. – Pouvoirs du JAF** – Le juge procède à la tentative de conciliation selon les prescriptions des articles 252 à 253 du Code civil et des articles 1108 à 1113 du Code de procédure civile. Il statue d'abord sur sa compétence (*CPC*, art. 1110, al. 1er. – *Cass. 1re civ.*, 9 janv. 2007, n° 06-10.871 : *JurisData* n° 2007-036867 ; *Bull. civ. I*, n° 6), et doit rappeler aux époux la confidentialité de la tentative de conciliation (*CPC*, art. 1110). Des règles de compétence particulières sont prévues lorsque les époux ou l'un d'eux est de nationalité étrangère (*Cass. 1re civ.*, 25 sept. 2013, n° 12-16.900, statuant au visa des articles 1070 du Code de procédure civile, 14 du Code civil et du règlement du 27 novembre 2003, Bruxelles II bis).

Le JAF doit s'entretenir avec chacun des époux séparément avant de les réunir en sa présence (*C. civ.*, art. 252-1). Les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien (*C. civ.*, art. 252-1). Les époux peuvent accepter le principe de la rupture du mariage lors de l'audience de conciliation, dès lors qu'ils sont assistés, chacun, d'un avocat (*C. civ.*, art. 253).

Le JAF est tenu de respecter les dispositions de l'article 16 du Code de procédure civile. Par exemple, lorsque l'une des parties n'a demandé que le versement d'une pension alimentaire, il ne peut pas prononcer le divorce sans avoir invité les parties à s'expliquer sur le versement d'une prestation compensatoire (*Cass. 1re civ.*, 3 févr. 2010, n° 08-19.708 : *JurisData* n° 2010-051455. – *Cass. 1re civ.*, 1er juin 2011, n° 10-17.185).

Une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire et au cours de celle-ci, le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences. Ainsi, en l'absence d'ordonnance constatant la non-conciliation des époux, le juge n'est pas autorisé à prononcer le divorce (*Cass. 1re civ.*, 16 déc. 2015, n° 14-28.296 : *JurisData* n° 2015-028470 ; *Dr. famille* 2016, comm. 20, J.-R. Binet ; *JCP N* 2016, act. 152).

**21. – Suspension** – La tentative de conciliation peut être suspendue, et reprise sans formalité dans une limite de huit jours (*C. civ.*, art. 252-2). Le JAF peut recourir à une nouvelle tentative dans les six mois au plus (*C. civ.*, art. 252-1, al. 2) et prescrire les mesures provisoires nécessaires pour organiser l'existence des époux et des enfants (*C. civ.*, art. 252-2).

**22. – Issues** – Si la conciliation des époux réussit, elle est constatée par procès-verbal.

À défaut de conciliation, le JAF rend une ordonnance par laquelle il renvoie les parties à une nouvelle tentative de conciliation, dans les six mois au plus, et ordonne tout ou partie des mesures provisoires prévues aux articles 254 à 257 du Code civil ; il peut aussi rendre une ordonnance par laquelle il autorise immédiatement les époux à introduire l'instance en divorce (*CPC*, art. 1111, al. 1er). Le JAF rappelle dans son ordonnance les délais prévus à l'article 1113 du Code de procédure civile.

**23. – Projet de règlement des effets du divorce** – Lorsque le JAF constate que le demandeur maintient sa demande, conformément à l'article 252-3 du Code civil, il incite les époux à régler à l'amiable les conséquences du divorce. La prise en compte des accords conclus par les époux et parents est en développement constant : elle permet de pacifier la solution, et de pérenniser les relations entre les ex-conjoints.

Dans les procédures autres que par consentement mutuel, le JAF homologue les conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce (*C. civ.*, art. 268). Un accord des époux peut être obtenu sur le principe de la rupture (*C. civ.*, art. 233), sur la conservation de l'usage du nom du conjoint (*C. civ.*, art. 264), sur le report de la date des effets du jugement de divorce (*C. civ.*, art. 262-1). En ce qui concerne les relations avec les enfants, les parents ont la possibilité de faire homologuer par le JAF la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant (*C. civ.*, art. 373-2-7).



Pour assurer l'exécution des décisions, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a renforcé les attributions du JAF. L'article 373-2-6 du code civil prévoit à cet égard que le JAF peut, même d'office, ordonner une **astreinte** pour assurer l'exécution de sa décision. Si les circonstances en font apparaître la nécessité, il peut assortir d'une astreinte la décision rendue par un autre juge ainsi que l'accord parental constaté dans la convention de divorce par consentement mutuel. Les dispositions des articles L. 131-2 à L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution sont applicables.

Le JAF peut également, lorsqu'un parent fait délibérément obstacle de façon grave ou renouvelée à l'exécution d'une décision, d'une convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ou d'une convention homologuée fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le condamner au paiement **d'une amende civile** d'un montant qui ne peut excéder 10 000 €.

Pour éviter la naissance d'un contentieux à propos de l'exécution de ses décisions, le juge peut proposer aux parents une **mesure de médiation** et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder, y compris dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Pour les **conséquences patrimoniales** du divorce, les époux peuvent passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial (*C. civ., art. 265-2*), et à défaut, le JAF ordonne la liquidation et le partage (*C. civ., art. 267*). Selon le nouvel article 267 du Code civil (*Ord. n° 2015-1288, 15 oct. 2015 : JO 16 oct. 2015, p. 19304*), à défaut de règlement conventionnel par les époux, le JAF statue sur les demandes de maintien dans l'indivision, d'attribution préférentielle et d'avance sur part de communauté ou de biens indivis. Il statue sur les demandes de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux s'il est justifié par tous moyens des désaccords subsistant entre les parties. Celles-ci peuvent produire, notamment, une déclaration commune d'acceptation d'un partage judiciaire indiquant les points de désaccord entre les époux ; ou le projet établi par le notaire sur le fondement de l'article 255-10° du Code civil. Selon l'article 1116 du Code de procédure civile dans la rédaction du décret n° 2016-185 du 23 février 2016, les demandes visées au deuxième alinéa de l'article 267 du Code civil ne sont recevables que si les parties justifient par tous moyens de leurs désaccords subsistants et si cette justification intervient au moment de l'introduction de l'instance. Toutefois, le projet notarié visé au 4e alinéa de l'article 267 du Code civil peut être annexé ultérieurement aux conclusions dans lesquelles la demande de liquidation et de partage est formulée.

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. Les points de désaccord mentionnés dans la déclaration ne constituent pas des prétentions au sens de l'article 4 du Code de procédure civile.

Le JAF demande aux époux, à l'issue de la tentative de conciliation, de présenter pour l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce (*C. civ., art. 252-3*).

#### **24. – Convention de procédure participative assistée par avocats et procédure participative de mise en état**

– La loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, et le décret d'application du 20 janvier 2012 (*D. n° 2012-66, relatif à la résolution amiable des différends. – CPC, art. 1542 s.*), ont prévu que les accords des époux peuvent résulter d'une **convention de procédure participative assistée par avocat** (*C. civ., art. 2062*). Cette convention peut être conclue par les époux, avant ou après la saisine du juge d'une procédure de divorce (mod. issue *L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016*). – L'article 2062 du Code civil n'impose plus l'absence de saisine du juge, en vue de rechercher une solution consensuelle. Un accord éventuel pourra être soumis à l'homologation du JAF dans les conditions prévues au titre de la procédure de divorce.

Le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 a précisé aux articles 1546-1 et suivants du Code de procédure civile les modalités de la convention de procédure **participative de mise en état** et les actes contresignés par avocats utiles

à la mise en état. Ces dispositions sont applicables aux procédures de divorce. Elles permettent de définir le calendrier des échanges ainsi que de prévoir les mesures d'instruction utiles par actes d'avocats.

**25. – Mesures provisoires en vue d'un règlement amiable des effets du divorce** – Le JAF peut prescrire certaines mesures pour aider les conjoints à organiser à l'amiable les effets de leur rupture, qui sont prévues à l'article 255 du Code civil (V. n° 24 à 51). Notamment, pour rétablir un lien entre les divorçants, le juge peut proposer une mesure de médiation et, avec leur accord, désigner un médiateur familial ; il peut aussi enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial pour information ; il peut désigner tout professionnel qualifié en vue de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux (C. Lienhard, *l'Avocat spécialiste en droit de la famille, professionnel qualifié au titre de l'article 255, 9°* : AJF 2006, p. 24).

**26. – Appel limité** – L'article 1112 du Code de procédure civile dispose que : « L'ordonnance rendue en application des articles 1110 et 1111 est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification, mais seulement quant à la compétence et aux mesures provisoires ». La procédure est soumise aux règles de la procédure avec représentation obligatoire (CPC, art. 899. – D. n° 2017-891, 6 mai 2017, relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile : entré en vigueur le 1er septembre 2017 et modifie les règles de la procédure d'appel). À ces hypothèses s'ajoute l'appel-nullité pour excès de pouvoir du JAF, qui est toujours ouvert (CA Paris, 28 févr. 2002 : Bull. inf. C. cass. 2002, n° 1033 ; RJPF juin 2003, p. 30).

La cour d'appel peut modifier les mesures provisoires prévues par l'ONC qu'elle infirme. Mais, si elle est saisie d'une demande de rectification du dispositif, elle ne peut pas modifier des termes clairs et précis de ce dispositif (Cass. 1re civ., 28 janv. 2015, n° 14-11.416).

### III. - Mesures provisoires

#### V. JCI. Divorce, fasc. 130 ou Civil Code, Art. 248-1 à 259-3, fasc. 30

**27. – Finalité** – En matière de divorce par consentement mutuel judiciaire, selon l'article 250-2, alinéa 1er, du Code civil, en cas de refus d'homologation d'une convention, le juge peut homologuer les mesures provisoires au sens des articles 254 et 255 que les parties s'accordent à prendre, sous réserve qu'elles soient conformes à l'intérêt du ou des enfants. La pension alimentaire allouée pendant la procédure de divorce prend fin à la date à laquelle le divorce devient irrévocable (Cass. 1re civ., 15 mai 2013, n° 12-11.516 : JurisData n° 2013-009361).

Dans tous les autres cas, le juge prescrit les mesures provisoires (CPC, art. 1111), en considération des accords éventuels des époux.

**28. – Notion** – Ce sont des « mesures ordinaires », qui aménagent les rapports familiaux pendant le déroulement de la procédure, et des « mesures d'urgence » selon les termes de l'article 257, alinéa 1er, du Code civil, ainsi que des « mesures conservatoires » (C. civ., art. 257, al. 3). Les mesures ordinaires sont destinées à assurer « l'existence des époux et des enfants jusqu'à la date à laquelle le jugement prend force de chose jugée » (C. civ., art. 254). Elles seront remplacées par les mesures prises à l'occasion du prononcé du divorce qualifiées généralement de mesures accessoires (CPC, art. 1083). Les mesures prévues à l'article 258 règlent l'organisation des relations familiales applicables aux époux dont le divorce a été rejeté.

#### A. - Régime général

##### 1° Caducité des mesures provisoires

**Pour lire la suite, abonnez-vous à Lexis 360®**