

Le divorce sans juge est confié aux avocats

La loi réformant la justice fait prendre à l'avocat une autre dimension, au détriment de la fonction notariale. Elle ouvre également l'arbitrage aux consommateurs et encourage la médiation ainsi que la procédure participative

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle traduit un objectif qui n'est pas clairement affiché : développer la justice donnée en dehors du juge.

Un divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats

Parmi les mesures emblématiques, il y a l'introduction du divorce par consentement mutuel sans juge, soit une privatisation de ce divorce applicable depuis le 1^{er} janvier 2017. A l'heure où nous mettons sous presse, le décret d'application a été publié, de même que certaines précisions ont été apportées par le Garde des Sceaux dans un communiqué de presse, en particulier sur le rôle du notaire. Le divorce sans juge fait débat depuis de nombreuses années, opposant notaires et avocats. La loi vient de le trancher en confiant aux avocats cette tâche. L'enregistrement de l'acte d'avocat établi par les avocats des parties est cependant réalisé par le notaire. Le rôle des avocats devient bien plus important, notamment compte tenu du fait que ce divorce ne sera pas purgé des vices du consentement (*lire l'encadré*). Ils doivent aussi s'assurer de l'équilibre de l'accord, et notamment de l'intérêt de l'enfant. Leur responsabilité civile professionnelle (RCP) est davantage mise à l'épreuve.

Les attributions du notaire mal connues

La question du rôle du notaire se pose également. Une conférence organisée par l'Association du master de droit notarial de Paris 2 le 6 décembre dernier sur le thème « Le notaire et le divorce sans juge » avait pour ambition d'établir le rôle de chaque professionnel, avocat et notaire, dans ce nouveau divorce, ce qui relève d'un exercice peu évident tant il réside dans les textes une certaine ambiguïté qui ne permet pas à l'officier public de connaître avec certitude le périmètre de ses obligations. Une situation qui inquiète ces professionnels qui ne veulent pas voir leur RCP recherchée par la suite. « *Le notaire doit procéder à un contrôle formel et vérifier que certaines mentions sont bien présentes, mais doit-on vérifier que la liquidation du régime matrimonial est faite ? Ou doit-on également la lire ?* », s'interroge Jean-François Sagaut, codirecteur du master 2 de droit notarial et notaire à Paris.

Autre interrogation d'Alexandra Cousin, notaire à Paris : « *Qui liquide le droit de partage, l'avocat ou le notaire ?* » D'autant que le notaire ne disposerait que de quinze jours pour enregistrer l'accord de divorce. « *Notaires et avocats devront travailler main dans la main pour permettre un traitement facilité de ces enregistrements* », indique Alexandra Cousin. « *Le Conseil national des barreaux réfléchirait à faire des actes électroniques contresigné par avocats qui seraient transmis directement au notaire pour l'enregistrement* », rapporte Hélène Poivey-Leclercq, avocat au barreau de Paris. A noter que le notaire sera rémunéré à hauteur de 50 euros.

Vers une reconnaissance à l'acte d'avocat de la force exécutoire ?

Autre problème soulevé par les experts lors de cette conférence : à quel moment les époux sont bien divorcés ? Est-ce à la signature de l'acte contresigné par avocats ou au moment du dépôt de l'acte chez le notaire ? Il a été indiqué à l'occasion de cette table ronde qu'une circulaire de la Garde des Sceaux indique que c'est le dépôt par le notaire qui dissout le mariage. Michel Grimaldi, professeur de droit et directeur du master 2, fait remarquer qu'il ne s'agit que d'une circulaire. Il ajoute également qu'« *il est étonnant de dire que la convention va avoir force exécutoire sans que le notaire ne voit les époux au moment du dépôt. Selon moi, la force exécutoire tient davantage de l'avocat que du notaire. Auquel cas, il faut voir dans ce divorce sans juge une réforme fondamentale* ». « *Peut-être reconnaîtra-t-on un jour à l'acte d'avocat la force exécutoire* », ajoute Hélène Poivey-Leclercq, avocat au barreau de Paris. « *Si telle n'est pas l'intention du législateur, un divorce devant notaire, assisté des avocats, aurait pu être retenu* », complète Michel Grimaldi.

Le conjoint pourra requérir l'habilitation familiale

La réforme a par ailleurs ratifié l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille. Pour mémoire, le texte, en dehors de la modernisation de la gestion de patrimoine du mineur et du divorce (*L'Agefi Actifs n° 663, p. 19*), a introduit un nouveau moyen de protection de la personne vulnérable qui permet aux proches – ascendant, descendant, frère, sœur, partenaire d'un pacte civil de solidarité ou concubin – d'une personne hors d'état de manifester sa volonté de la représenter sans avoir à se soumettre à l'ensemble du formalisme des mesures de protection judiciaire que sont la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle. Ce nouveau dispositif est limité aux situations pour lesquelles il existe un consensus familial sur les modalités de prise en charge de la personne vulnérable. A côté de la ratification de l'ordonnance, le dispositif est revu puisque le conjoint en bénéficie désormais. En effet, l'ordonnance avait omis ce protagoniste, pensant que les habilitations issues du régime matrimonial suffisaient, ce qui n'est pas le cas.

Les modes alternatifs de règlement des conflits favorisés

Le législateur poursuit ensuite son expérimentation de la médiation préalable obligatoire en matière familiale, par exemple pour la fixation de la pension alimentaire pour les couples non mariés séparés. Par ailleurs, la procédure participative – signature d’une convention entre les parties et leurs avocats pour régler un conflit – peut désormais être utilisée alors même qu’un juge a été saisi et pourrait avoir pour objet, outre la résolution amiable d’un différend, comme le prévoit le droit en vigueur, la mise en état du litige, à savoir la prise de connaissance de l’ensemble des arguments des parties pour permettre au tribunal de rendre son jugement.

L’arbitrage est ouvert au consommateur

Pour mémoire, la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s’engagent à soumettre à l’arbitrage les litiges qui pourraient naître. Réservée jusqu’à présent aux contrats conclus entre professionnels, elle est désormais ouverte aux contrats conclus entre deux particuliers ou entre un professionnel et un particulier. Ces clauses pourraient être utilisées dans le domaine de l’immobilier comme dans une convention d’indivision, ou s’appliquer lors des ventes ou des locations de biens. A noter que le particulier conservera toujours le choix entre une procédure judiciaire et une sentence arbitrale.

Les avocats et la publicité foncière

Les avocats qui obtiennent de régler par acte d’avocat les divorces par consentement mutuel bénéficient également de l’habilitation à procéder aux formalités de publicité foncière, pour les actes prévus au dernier alinéa de l’article 710-1 du Code civil (notamment des documents portant limitation administrative au droit de propriété ou portant servitude administrative), pour les actes dressés par eux ou avec leur concours. Ce qui constitue un premier accroc au monopole de l’acte authentique en matière de publicité foncière.

Enfin, les notaires peuvent désormais recourir à la sollicitation personnalisée (*L’Agefi Actifs n°673, p. 20*), notamment par voie numérique, et proposer des services en ligne. Les adaptations nécessaires aux règles déontologiques applicables seront fixées par décret. « *Les avocats en ont déjà la possibilité depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* », précise le rapport du Sénat sur la question.

Source : <http://www.agefiactifs.com/droit-et-fiscalite/article/le-divorce-sans-juge-est-confie-aux-avocats-75884>