

# La réforme du divorce, mode d'emploi



**Marie-Pierre Lazard**

Présidente de l'UJA de Nice  
Co-Présidente de la Commission  
Droits fondamentaux de la FNUJA  
Membre du groupe de travail  
« États généraux du Barreau de famille »  
du CNB

La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce – votée en un délai éclair de 4 mois (sur procédure d'urgence justifiée par le Garde des Sceaux par une réforme attendue et longuement préparée) –, entrera en application le 1<sup>er</sup> janvier 2005, soit demain.

Le projet de décret d'application, à l'heure de l'établissement de ces lignes, vient de paraître et les praticiens que nous sommes se doivent déjà de connaître les principales innovations de cette réforme, afin de conseiller en conscience les justiciables.

Certains jugent cette loi peu novatrice, d'autres estiment au contraire qu'en apparence modeste, elle modifie profondément le droit du divorce.

Majoritairement, en tous cas, elle est considérée comme globalement positive et susceptible de pacifier les divorces, souhait qui était cher au Doyen Carbonnier, mais que son œuvre législative de 1975 n'avait finalement pas exaucé.

La FNUJA, pour sa part, ayant dès 2003 activement pris part au travail du CNB et s'étant directement adressée à la Chancellerie, avait adopté des positions globalement proches de l'esprit de cette réforme mais avait alerté sur la nécessité de renforcer les droits de certains justiciables à protéger et avait formulé des critiques d'ordre technique destinées à éviter des difficultés d'ordre pratique.

Les objectifs inscrits à cette loi peuvent être résumés ainsi :

- Refus du divorce administratif (pour le moment...) ;
- Maintien du pluralisme des divorces, originalité de la législation française ;
- Incitation aux accords obtenus entre époux ;
- Maintien du divorce pour faute (rejet de la proposition de loi dite Colcombet) mais volonté de le voir reculer
- Accélération de la procédure et harmonisation de la phase initiale
- Recours souples à toutes passerelles
- Retouche de la prestation compensatoire
- Dissociation entre les causes du divorce et ses effets
- Organisation de la liquidation des intérêts patrimoniaux, dès la phase du divorce

## I. LES CAS DE DIVORCE

L'article 229 du Code civil, reproduction de ses dispositions antérieures, énonce quatre cas de divorce :

- par consentement mutuel
- par acceptation de la rupture du mariage
- pour altération définitive du lien conjugal
- pour faute

### A. Le divorce par consentement mutuel

Désormais, cette appellation est exclusivement attribuée à l'ex-divorce sur requête conjointe (article 230).

Le principe novateur adopté pour ce cas de divorce est l'unicité d'audience.

La rapidité du prononcé du divorce est certes séduisante, mais son caractère expéditif risque d'être un frein au recours systématique souhaité pour ce type de procédure ; en effet, les accords concernant les enfants et le sort du patrimoine nécessitent une maturation de la réflexion ainsi qu'un délai de bonne réalisation.

### B. Le divorce par acceptation de la rupture du mariage

C'est le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre retouché : ce divorce peut désormais être sollicité sur requête conjointe.

*« Article 233.- Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage, sans considération des faits à l'origine de celle-ci ».*

Il n'y a plus aucune référence aux torts, la mention d'un divorce aux torts partagés n'étant plus visée.

Ce cas de divorce est surtout débarrassé du formalisme incommodant du double aveu et des mémoires, et par conséquent peut séduire davantage.

Une autre nouveauté le concernant réside à l'article 233 alinéa 2 : le consentement de l'époux n'est pas rétractable, même en appel (subsiste tout de même la procédure de rétractation du consentement pour vice du consentement).

Ce cas de divorce oblige chaque partie à être assistée d'un avocat dès la phase de la conciliation (il est regrettable que la réforme ne soit pas allée au bout de cette logique en proclamant le ministère d'avocat obligatoire à ce stade pour l'ensemble des cas de divorces, d'autant que l'audience de conciliation devient, avec cette réforme, une étape clef – ce n'est pas faute de l'avoir sollicité avec insistance).

### **C. Le divorce pour altération définitive du lien conjugal**

L'introduction de ce nouveau cas de divorce évoque le divorce pour rupture de la vie commune qui est désormais révolu.

L'époux séparé de son conjoint depuis deux ans et non plus six, a le droit d'imposer son droit au divorce, sans griefs à démontrer, sans accord sur les conséquences du divorce à rapporter et sans devoir de secours à proposer.

La FNUJA s'était montrée très favorable à l'introduction de cette procédure afin de ne plus voir maintenir artificiellement les liens du mariage, contre la volonté de l'un des époux.

La clause de dureté disparaît, ce qui conduit à un prononcé de divorce inéluctable.

Le cas particulier du divorce pour altération des facultés mentales est également abrogé.

Les conséquences de ce divorce deviennent les mêmes que celles des autres cas de divorce contentieux.

Le délai de deux ans se décompte à compter de l'assignation. Aux termes de l'article 238 : « *L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce* » (mais ce délai de carence n'est pas requis lorsque la demande fondée sur ce cas de divorce est présentée à titre reconventionnel).

### **D. Le divorce pour faute**

La profession dans son entier souhaitait son maintien et elle aura finalement été entendue, puisque les amendements présentés, tendant à sa suppression, ont été rejetés.

Il avait été envisagé de ne réserver ce cas de divorce qu'aux fautes les plus « graves », désignées par les violences conjugales.

Or, la définition de la faute n'a pas été modifiée, même pas d'une conjonction, puisqu'il s'agit toujours, aux termes du même article 242, « *d'une violation grave ou renouvelée aux devoirs et obligations du mariage, rendant intolérables le maintien de la vie commune* ».

La situation particulière des violences conjugales a tout de même été visée par une modification substantielle de l'article 220-I alinéa 3, qui prévoit, parallèlement à la procédure de mesures urgentes, la possibilité pour le JAF de statuer sur la résidence séparée (en désignant le conjoint qui béné-

ficiera du domicile conjugal - en principe la victime des violences).

Mais le JAF pourra en outre statuer sur les autres mesures provisoires concernant l'autorité parentale et la contribution aux charges (ces mesures deviennent caduques si la justice n'est pas saisie d'une requête en divorce dans les 4 mois.)

L'article 243, qui visait le divorce pour faute acquis en cas de condamnation à une peine afflictive et infamante, a été abrogé.

Les principes relatifs au non-énoncé des griefs, à la réconciliation, aux torts exclusifs ou partagés, et à l'excuse due au comportement du conjoint, sont inchangés.

## **II. LES MÉCANISMES PROCÉDURAUX RELATIFS AUX TROIS CAS DE DIVORCES « NON CONSENSUELS »**

Sur ce point, les nouveautés pleuvent.

### **A. Sur l'introduction de la procédure**

La requête, présentée par un avocat, sera commune aux trois cas de divorce « non consensuels ».

Elle ne sera pas motivée (pour aplanir les conflits). Selon l'article 251, l'indication des motifs n'est pas requise.

Elle ne visera pas non plus le cas de divorce envisagé ultérieurement.

(À la lecture de la seule loi, l'on s'inquiétait du risque d'assister à des audiences de conciliation déséquilibrées entre une partie conseillée et une partie livrée à elle-même, ignorante de l'ensemble de la position de son conjoint. Heureusement, concernant les conséquences du divorce, le projet de décret d'application remédie à cette carence, en exigeant que soient mentionnées les demandes au titre des mesures provisoires).

### **B. la tentative de conciliation**

N'est plus l'audience de tentative de ré-conciliation mais celle de tentative d'une conciliation sur le principe du divorce, ainsi que sur ses conséquences (article 252 alinéa 2).

Cette audience pourra être suspendue, pour ménager un délai de réflexion aux époux (délai de 8 jours...) ou pour

prendre une décision dans un délai de 6 mois au plus, avec prise de mesures provisoires immédiates.

Grande nouveauté : dès le stade de cette audience, le juge informe les parties qu'elles devront présenter un projet de règlement des intérêts patrimoniaux lors de la phase de l'assignation, sous peine d'irrecevabilité de la procédure (article 257-2).

L'article 255 prévoit également un arsenal d'injonctions, laissé à la discrétion du juge, avec un accent particulier placé sur la médiation des parties (sur ce point, il s'agit d'une invitation plutôt que d'une injonction puisque l'accord de celles-ci est toujours requis pour effectuer une médiation, mais c'est une injonction tout de même d'avoir à rencontrer un médiateur, pour information...).

Concernant la résidence des époux, il ne convient plus d'autoriser qu'elle soit séparée mais « *de statuer sur les modalités de cette résidence séparée* » (article 255. 3°).

Le JAF devra désormais préciser si l'attribution du domicile conjugal à telle partie sera ou non assortie d'une jouissance gratuite et pourra, le cas échéant, constater l'accord des parties sur le montant de l'indemnité d'occupation (article 255. 9° et 10°) (ce qui permettra d'évacuer bien des litiges actuels).

### **C. Les « passerelles »**

Après l'ONC, le demandeur choisit, par assignation, son cadre procédural.

Ce choix n'est pas définitif, grâce à l'instauration d'un véritable « régime de passerelles ».

Trois types de « passerelles » sont visés, afin de permettre au justiciable de ne pas se trouver enfermé dans une impasse en cas de volonté de changement de cadre procédural en cours d'instance (et notamment, bien sûr, en cas d'accords trouvés) :

— passage d'un divorce contentieux au divorce par consentement mutuel.

Il existait, mais il se voit faciliter par la présentation d'une convention définitive à tout moment (art. 247) (donc même avant délivrance d'une assignation ou même en cause d'appel).

— passage d'un divorce contentieux autre que celui du divorce accepté vers ce dernier (article 247-1).

— passage du divorce pour altération définitive du lien conjugal vers un divorce pour faute (en cas de demande reconventionnelle pour faute adverse, pour permettre au

justiciable de répliquer, le cas échéant) (article 247-2).

### **III. LA RÉFORME DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE DE 2000 PARACHEVÉE**

La prestation compensatoire est maintenue, et c'est un soulagement car les débats parlementaires avaient porté sur son éventuelle suppression.

La réforme a pour objectif d'en assouplir les modalités de remise.

Le législateur a consacré la possible prestation compensatoire conventionnelle dans le cadre d'une procédure de divorce contentieuse et a, bien entendu, aménagé la prestation compensatoire judiciaire.

Désormais, la prestation compensatoire est généralisée à tous les cas de divorce, y compris au divorce pour séparation de deux années et à tous les époux, y compris ceux à qui sont imputés les torts exclusifs.

Pour les principales innovations, il devient possible de combiner les versements périodiques avec le versement d'une somme ponctuelle ou l'abandon d'un bien en pleine propriété ou encore l'octroi d'un droit d'usufruit (article 275).

La rente viagère est toujours admise mais à titre exceptionnel et peut être minorée en cas d'attribution annexe d'une fraction de la prestation compensatoire en capital (article 276).

S'agissant de la transmissibilité de la prestation compensatoire aux héritiers, elle sera limitée à l'actif successoral (ce qui est plus équitable) (article 280), à moins que les héritiers ne s'engagent autrement (article 280-1).

Une série de dispositions fiscales ont été ajoutées à cette loi, modifiant le CGI dans un sens favorable au débiteur.

Notamment, lorsque la prestation compensatoire est versée en capital ou qu'elle est constituée par un abandon de biens ou de droits, un abattement de 25 % bénéficie au débiteur (dans une limite de 30.500 € et à condition de réalisation dans un délai de 12 mois à compter du jugement).

### **IV. LES INCIDENCES EN MATIÈRE PATRIMONIALE**

Jusqu'à présent, la Chambre de la famille du TGI ordonnait « *la liquidation et le partage des intérêts des époux* » en prononçant le divorce (article 264-1 ancien).

À compter de janvier 2005, le juge pourra homologuer, dans le cadre de procédures contentieuses, l'accord des parties sur la liquidation de leurs biens.

Il pourra également trancher les litiges en la matière, au corps du jugement de divorce, en cas de désaccord des parties et de renseignements suffisants produits par un notaire.

Si, dans l'année qui suit le prononcé du divorce, les opérations de liquidation-partage ne sont pas achevées, le notaire transmettra un PV de difficultés au magistrat, lequel pourra accorder un délai supplémentaire de 6 mois au-delà duquel il tranchera les difficultés subsistantes et renverra les parties devant le notaire pour établir l'état liquidatif (article 267 et 267-1).

Concernant les avantages matrimoniaux et les donations, contrairement aux règles légales actuelles, le divorce et son attribution des torts deviennent sans incidence sur leur sort.

Jusqu'à présent, les donations étaient soit maintenues malgré le divorce, soit perdues en cas d'attribution des torts.

Désormais, le divorce est sans incidence sur les avantages prenant effet au cours du mariage et emporte révocation des avantages prenant effet à la dissolution du mariage ou au décès (article 265).

## **V. CONTENU DU PROJET DE DÉCRET D'APPLICATION**

L'article 1071 actuel est inclus à l'article 1070 et sa nouvelle rédaction vise la médiation et l'impossibilité de recours à l'encontre d'une décision enjoignant de rencontrer un médiateur...

Le nouvel article 1072 vise l'enquête sociale (à la place de l'article 1078) et la communication du rapport par le juge aux parties, avec un délai pour solliciter, le cas échéant, un complément d'enquête ou une nouvelle enquête ; ce qui constitue une avancée considérable.

À l'article 1077, il est précisé qu'une demande, fondée sur un certain cas de divorce, ne peut viser, à titre subsidiaire, un autre cas, ce à peine d'irrecevabilité.

Le nouvel article 1079 prévoit, parallèlement à l'actuel principe de l'impossible exécution provisoire de la prestation compensatoire, une exception : le cas où « l'absence d'exécution aurait des conséquences manifestement excessives pour le créancier en cas de recours sur la prestation compensatoire

*alors que le prononcé du divorce a acquis force de chose jugée ».*

Le nouvel article 1080 oblige à préciser la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire, soit aux termes de la convention homologuée, soit aux termes du jugement de divorce.

Lorsque ces biens ou droits sont soumis à la publicité foncière, doivent également être précisées les mentions nécessaires à la publication.

À l'article 1091, concernant l'obligation d'avoir à annexer à la convention définitive un état liquidatif du régime matrimonial, il est ajouté la faculté alternative de production d'une déclaration de non-lieu à liquidation.

À l'article 1100 sont prévues les modalités de la procédure en cas de refus d'homologuer la convention définitive : le juge doit informer les époux de leur obligation à présenter une nouvelle convention dans un délai impératif de 6 mois ; il doit mentionner cette information dans son ordonnance et doit préciser les conditions auxquelles sera subordonnée l'homologation de la nouvelle convention.

Concernant la requête commune en divorce, non motivée, et non fondée sur tel cas de divorce, l'article 1106 précise qu'elle doit en revanche contenir les demandes formées au titre des mesures provisoires, ainsi qu'un exposé sommaire de leurs motifs (ce qui constitue une avancée, par rapport aux dispositions prévues par la loi).

La convocation de l'époux défendeur doit préciser que l'assistance d'un avocat est obligatoire pour accepter, lors de l'audience de conciliation, le principe de la rupture du mariage (article 1108) (précision également favorable aux intérêts des justiciables).

À l'article 1113 nouveau, le délai de 6 mois pour assigner à compter de l'ONC, entraînant la caducité des mesures provisoires, est allongé à 30 mois (du fait, naturellement, du nouveau cas de divorce pour séparation de deux ans à compter de l'assignation).

Quant à l'obligation de produire une proposition de règlements des intérêts pécuniaires des époux, l'article 1115 précise qu'elle doit décrire le patrimoine et définir les intentions de liquidation ou de répartition des biens.

Cette proposition n'est pas une prétention au sens de l'article 4.

Quant à l'irrecevabilité prévue, elle doit être soulevée en limine litis.

Un majeur protégé peut désormais par ailleurs acquiescer au jugement de divorce, avec l'autorisation du juge des tutelles (article 1120).

Concernant les modalités d'acceptation du divorce demandé et accepté, l'article 1123 vise plusieurs options : deux déclarations annexées à une requête conjointe, ou un procès-verbal dressé par le juge lors de l'audience de conciliation, ou encore une déclaration annexée à des conclusions en cours d'instance.

Enfin, l'article 1126 prévoit que le juge ne peut relever d'office le moyen tiré du défaut d'expiration du délai de deux ans prévu dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal.

## VI. LES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

Le principe posé est celui d'une application immédiate aux procédures introduites avant l'entrée en vigueur de la loi.

Mais deux exceptions sont de taille : la loi ancienne s'appliquera à tous les divorces initiés par une assignation antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2005 ainsi qu'aux divorces sur requête conjointe lorsque la convention temporaire aura été homologuée.

## VII. LA STRATÉGIE DE L'AVOCAT CONSEIL ET DÉFENSEUR EN DROIT DE LA FAMILLE

La nouvelle philosophie, essentiellement procédurale, doit conduire le praticien à développer de nouveaux comportements et de nouvelles stratégies.

Le droit de la famille, traditionnellement injustement dévalorisé, est actuellement en pleine mutation ; cette réforme – comme plusieurs autres réformes actuelles en matière de filiation, de tutelles, de PACS, etc. – le démontre.

Par conséquent, nous devons convaincre grâce à un professionnalisme en cette matière, et exercer tant en qualité de défenseur que de conseil, tant en matière de droit des personnes que de droit patrimonial.

Avec cette nouvelle loi relative au divorce, l'avocat ne doit plus, par exemple – pour autant qu'il le faisait antérieurement –, conseiller à son client une attitude de refus du divorce dans l'espoir d'une décision de débouté de la demande.

Concernant toute une frange de la population féminine « sacrifiée » par la réforme sur la prestation compensatoi-

re, il s'agira aussi de tenter de négocier pour obtenir à tout le moins une transmission de capital du conjoint aux descendants, puisque c'est finalement sur eux que pèsera ultérieurement l'obligation alimentaire...

Durant le mariage, l'avocat pourra également conseiller aux époux de procéder à une donation protectrice envers le conjoint s'arrêtant provisoirement de travailler afin d'élever les enfants communs.

La collaboration avocat/notaire devra nécessairement s'accroître pour parvenir à des résultats efficaces.

La pratique devra porter sur le droit patrimonial de la famille, dès la phase initiale de la procédure.

Il s'agira de conseiller les clients sur les modalités de preuve de la séparation effective de deux années.

Enfin, aux côtés de ceux de nos confrères qui réclament haut et fort la reconnaissance légale d'un acte certifié par les avocats, acte qui gagnerait sa place entre les actes sous seing privé des parties et les actes authentiques des notaires, la profession tout entière doit se mobiliser pour obtenir satisfaction et ainsi contribuer à renforcer le rôle primordial de l'avocat en matière familiale.

PS : Rendez vous à la Maison de la Chimie, à Paris, le 27 janvier 2005, pour les premiers États généraux de la Famille, formation organisée par le CNB.

