

## PROCÉDURE CIVILE

Les ateliers de procédure civile 2019 349k0

La 3<sup>e</sup> édition des Ateliers de procédure civile s'est tenue à la maison du Barreau le 12 juin 2019. Issus d'un partenariat entre l'université Paris Nanterre (CEDCACE), l'association Droit et Procédure, la cour d'appel de Paris et les éditions Lextenso, ces ateliers ont été l'occasion d'envisager à nouveau les problématiques procédurales rencontrées par les praticiens. Après une matinée dédiée à un panorama des arrêts les plus importants rendus en matière de procédure civile par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation au cours de la dernière année et à une présentation, par la Direction des Affaires civiles et du Sceau, des réformes en cours et à venir, l'après-midi a été consacrée à deux thématiques épineuses dont le présent dossier fait la synthèse :

- Le contentieux de la famille tel que réaménagé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, dont un décret, en cours de rédaction, va établir les modalités d'application. Ce contentieux, évoqué longuement par Florence Lagémi, premier vice-président, responsable du Pôle famille au TGI de Paris, fait l'objet de quatre fiches corédigées par Vincent Égéa, professeur à Aix-Marseille Université, et Muriel Cadiou, avocat au barreau de Paris, portant respectivement sur les modalités de saisine du juge du divorce, le contenu de la demande en divorce, les modalités d'acceptation du principe de la rupture, et l'audience d'orientation ;
- Les mesures d'instruction *in futurum* dont le régime a été précisé aux fins de mieux protéger le secret des affaires dans le cadre de la transposition de la directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 et qui font l'objet d'un article co-rédigé par Isabelle Després, professeur à l'université de Nantes, Jean-Pierre Grandjean, avocat au barreau de Paris, et Martine Roy-Zenati, première présidente de chambre à la cour d'appel de Paris.

## LES ATELIERS DE PROCÉDURE CIVILE 2019 - FICHE N° 1

Les modalités de saisine du juge du divorce 358d5

## L'essentiel

**Ce qui change :**

- La dualité entre la requête en divorce et l'assignation en divorce est supprimée.
- Une « demande » en divorce saisira désormais le juge (C. civ., art. 251).
- Le décret d'application de la loi n° 2012-222 du 23 mars 2019 précisera la forme de cette demande en divorce.

L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 22 : JO, 24 mars 2019

Note par  
**Vincent ÉGÉA**  
 Agrégé des facultés  
 de droit, professeur à  
 Aix-Marseille université,  
 directeur du laboratoire  
 de Droit privé et de  
 sciences criminelles  
 (EA 4690)  
 et **Muriel CADIOU**  
 Avocat au barreau de  
 Paris, spécialiste en  
 droit de la famille, des  
 personnes et de leur  
 patrimoine, président  
 de l'association Droit  
 et Procédure

**E**n supprimant la distinction entre la requête et l'assignation dans la procédure de divorce contentieux, au profit d'une « demande en divorce » qui introduit l'instance, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 suscite des interrogations qui seront vraisemblablement levées par le contenu du futur décret de procédure.

**Quelle sera la forme de la saisine du juge du divorce ? Une demande sinon rien ?**

En lieu et place de la requête, l'article 251 du Code civil évoque désormais la « demande » en divorce, dont il ne précise pas la forme.

Ce changement de dénomination semble *a priori* consacrer l'idée d'un éventuel acte introductif d'instance unique devant les juridictions civiles, qui marquerait la fin d'un pluralisme formel dans lequel se côtoient actuellement la requête, l'assignation ou encore la déclaration au greffe.

Lors de cette 3<sup>e</sup> édition des Ateliers de procédure civile, le directeur des Affaires civiles et du Sceau a indiqué que cette saisine prendrait vraisemblablement la forme d'une assignation.

### Une assignation à quinzaine ? Une assignation à date fixe ?

**Hypothèse 1 : l'acte introductif à quinzaine.** Cette première hypothèse correspond au mode de saisine actuel du juge du divorce.

Dans ce cas, la juridiction serait saisie lors du placement du premier original de l'assignation et la date de l'audience d'orientation annoncée par le greffe, comme c'est le cas actuellement de la première conférence du président par voie de bulletin envoyé par RPVA.

La difficulté, dans ce cas, serait de voir différée la date du placement, et donc de la saisine du juge, à la date du placement de l'assignation à quinzaine.

**Hypothèse 2 : pré-saisine avec demande de date.** Dans cette seconde hypothèse qui, pour l'instant, semble recueillir les faveurs du ministère de la Justice au regard des échanges intervenus lors des présents Ateliers de procédure civile du 12 juin 2019, le juge du divorce serait « pré-saisi » d'une « demande » visant à obtenir une date d'audience d'orientation. Muni de cette date, obtenue dans un premier temps au greffe, puis dans un second temps, lorsque le dispositif sera techniquement fiable, sous forme électronique par un « reçu machine », le demandeur pourrait délivrer son assignation à date fixe, puis placer le premier original une fois la délivrance intervenue.

Dans cette hypothèse, la date de saisine de la juridiction serait celle de la pré-saisine, sous réserve que le

placement de l'assignation ait été effectué en bonne et due forme. Il serait pertinent que le décret prévoie que le placement opère saisine rétroactive de la juridiction à la date de la pré-saisine.

Avantage n° 1 : une telle solution présenterait l'avantage de procurer aux parties *ab initio* une date d'audience d'orientation.

Avantage n° 2 : cette solution serait également la plus pertinente dans le contexte de mise en œuvre de l'article 3 du Règlement *Bruxelles II bis* et du phénomène de « course » à la première saisine (*forum shopping*) que l'on constate au sein de l'espace judiciaire civil européen. La pré-saisine par tout moyen (par voie d'obtention d'une date au greffe ou par voie électronique, lorsque la fiabilité technique du système sera garantie) permettrait en effet un horodatage de la saisine qui figerait la compétence des juridictions françaises, à supposer bien évidemment que ces dernières soient compétentes en vertu des règles européennes.

### L'acte de pré-saisine devra-t-il contenir un exposé des demandes ?

Nul ne sait, à ce stade, quelle forme prendra cette pré-saisine mais il semble pertinent, dès lors qu'elle emportera des effets, qu'elle comporte un résumé des demandes, ne serait-ce que parce que cette pré-saisine aura un effet interruptif de prescription.

Il est possible d'imaginer que cette pré-saisine prenne différentes formes :

- un projet d'assignation avec une date à compléter ;
- un rappel du dispositif de l'assignation ;
- une déclaration, par souci de parallélisme avec la procédure d'appel.

LES ATELIERS DE PROCÉDURE CIVILE 2019 - FICHE N° 2

## Le contenu de la demande en divorce 358d8

L'essentiel

### Ce qui change :

- L'article 251 du Code civil prévoit, dans sa nouvelle rédaction, que l'époux peut indiquer les motifs de sa demande en divorce si celle-ci est fondée sur l'acceptation du principe de la rupture ou sur l'altération définitive du lien conjugal.
- L'acte introductif d'instance peut donc être explicite ou silencieux quant aux motifs de la demande.
- Le caractère explicite ou silencieux de l'acte rejait sur les modalités d'appréciation de la durée de la séparation de fait dans le cadre d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal.
- Le demandeur impatient de divorcer pour altération définitive du lien conjugal a tout intérêt à choisir l'acte silencieux.
- Dans l'attente du décret d'application, certaines mentions de l'acte introductif d'instance sont d'ores et déjà fixées par l'article 252 du Code civil, mais des interrogations demeurent quant à leur sanction procédurale.

L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 22 et 23 : JO, 24 mars 2019

Note par

Vincent ÉGÉA

Agrégé des facultés de droit, professeur à Aix-Marseille université, directeur du laboratoire de Droit privé et de sciences criminelles (EA 4690)

et

Muriel CADIOU

Avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit de la famille, des personnes et de leur patrimoine, président de l'association Droit et Procédure

### De la faculté d'indiquer ou de taire les motifs de la demande

La modification du droit du divorce opérée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 demeure plus procédurale que substantielle.

Perdurent ainsi les trois causes de divorce que sont l'altération définitive du lien conjugal, l'acceptation du principe de la rupture et la faute.

Dans les deux premiers cas, la loi permet au demandeur

d'indiquer les motifs de la demande. En revanche, lorsque le divorce est envisagé sur le fondement de l'article 242 du Code civil (c'est-à-dire de la faute), le demandeur ne pourra motiver son acte introductif et fonder sa demande que dans ses premières conclusions au fond.

L'époux qui introduit une demande en divorce va disposer d'une option procédurale :

**Première branche de l'option :** l'époux indique dans l'acte introductif d'instance les motifs de sa demande. L'acte comporte alors un caractère explicite quant aux justifications de sa volonté de dissoudre le lien matrimonial. La faculté d'indiquer de la sorte les motifs de la demande ne concerne cependant que l'altération définitive du lien conjugal ou l'acceptation du principe de la rupture, mais pas la faute.

Autrement dit, l'époux qui entend présenter au juge une demande en divorce pour faute devra nécessairement opter pour la seconde branche de l'option : l'acte silencieux.

**Seconde branche de l'option :** l'époux n'indique pas les motifs de sa demande dans l'acte introductif d'instance.

On peut parler alors d'un acte « silencieux », quant aux motifs à tout le moins, puisqu'il devrait demeurer soumis, pour le reste, aux formalités habituelles gouvernant les actes introductifs d'instance (CPC, art. 56).

En optant pour un acte qui n'indique pas les motifs du divorce, l'époux demandeur se réserve la possibilité d'invoquer un divorce pour faute dans des conclusions ultérieures ou pour altération du lien conjugal si le délai de séparation de fait est écoulé au jour du prononcé du divorce.

### Quel est l'enjeu de l'indication des motifs dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal ?

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 raccourcit le délai de résidence séparée nécessaire pour accéder au divorce pour altération définitive du lien conjugal. D'une durée de deux ans depuis la loi du 26 mai 2004, le délai est fixé à un an dans le dispositif qui doit s'appliquer à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020. Le délai de résidence séparée doit, pour l'instant, être acquis au jour de l'assignation en divorce.

Les nouvelles dispositions modifient ceci en introduisant un mode de calcul du délai qui varie selon le caractère explicite ou silencieux de l'acte introductif d'instance :

- Si la durée de la séparation de fait est supérieure à un an, le demandeur peut fonder explicitement sa demande sur l'altération définitive du lien conjugal. Dans ce cas, il doit être en mesure de prouver une séparation de fait d'une durée supérieure à un an. À l'instar des procédés probatoires déjà utilisés dans l'actuel système, on peut penser que l'époux démontrera la résidence séparée en produisant, par exemple, un contrat de bail, des factures, ainsi que des attestations.

- Si la durée de la séparation de fait s'avère inférieure à un an, voire si les époux ne sont pas du tout séparés de fait, l'époux impatient de divorcer pourra immédiatement introduire sa demande en divorce sans en indiquer le motif. Il suffira en effet qu'il motive sa demande par voie de conclusions subséquentes et qu'un délai d'un an soit

effectivement écoulé au jour du « prononcé du divorce ». Le nouvel article 238 du Code civil dispose ainsi, en son alinéa 2, que « si le demandeur introduit l'instance sans indiquer les motifs de sa demande, le délai caractérisant l'altération du lien conjugal est apprécié au prononcé du divorce ».

### Quelles sont les conséquences en cas de durée plus brève au moment du prononcé du divorce ?

Si le nouveau système, en permettant d'abrégé de la sorte la période de séparation de fait antérieure à l'introduction de l'instance, vise manifestement à accélérer le prononcé du divorce, une question demeure posée : quelle sera la conséquence d'une durée de séparation de fait qui, au jour du prononcé du divorce, demeure inférieure à un an ?

**Première solution :** de manière radicale, un rejet pur et simple de la demande en divorce pourrait être opposé à l'époux demandeur, le contraignant alors à réintroduire une nouvelle demande, ce qui paraît peu probable.

**Seconde solution :** il apparaît en revanche plus vraisemblable que le demandeur freine le déroulement de la mise en état pour atteindre le délai d'un an et le faire constater lors du « prononcé du divorce ».

### Quelles mentions devra comporter la demande en divorce ?

Même si le décret de procédure apportera vraisemblablement des précisions générales quant au contenu des actes introductifs d'instance, et des indications particulières concernant les demandes en divorce, l'article 252 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, comporte déjà nombre d'exigences.

La demande en divorce devra comporter des mentions que l'on pourrait qualifier de « pédagogiques », afin de rappeler aux époux la volonté législative de promouvoir les solutions amiables. Ainsi le demandeur sera tenu de mentionner les dispositions relatives :

- à la médiation familiale et à la procédure participative ;

- à l'homologation des accords partiels ou complets des parties sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et les conséquences du divorce.

Par ailleurs, à l'instar de ce que prévoit déjà le droit positif, l'article 252 du Code civil rappelle *in fine* que la demande comporte également, à peine d'irrecevabilité, une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux.

### Quelles sont les sanctions procédurales des mentions de la demande en divorce ?

Si l'article 252 du Code civil mentionne expressément que le défaut de proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux est sanctionné par une irrecevabilité, comme c'est déjà le cas aujourd'hui au moment de l'assignation en divorce, le texte demeure en revanche silencieux en ce qui concerne la sanction du défaut de mention des dispositions relatives à la médiation familiale et à la procédure participative, ainsi que de celles relatives à l'homologation des accords entre époux.

Cette exigence s'avère donc purement formelle et vise à enrichir le contenu de la demande, dans une finalité pédagogique, afin de renseigner sur l'esprit amiable que l'on tente d'insuffler en cette matière. Autrement dit, il ne s'agit pas, à travers ces mentions, de faire la démonstration des tentatives de règlement amiable qui ont été faites et qui ont échouées.

On peine dès lors à imaginer que le défaut de telles mentions relatives à la médiation familiale et à la procédure participative soit demain sanctionné par une irrecevabilité, ni même par une injonction du juge à rencontrer un médiateur ou un conciliateur. Au mieux, une nullité de forme pourrait être invoquée, à condition bien évidemment que le futur décret prévoie cette sanction procédurale et qu'un grief puisse être démontré, ce qui n'est pas évident.

LES ATELIERS DE PROCÉDURE CIVILE 2019 - FICHE N° 3

## Les modalités d'acceptation du principe de la rupture 358d9

L'essentiel

Dans le dispositif issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, le divorce pour acceptation du principe de la rupture figure toujours aux côtés du divorce pour faute et du divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Si la conception générale de ce cas de divorce ne s'avère pas bouleversée par la réforme, ce qui s'explique en particulier par son importance pratique, la loi procède cependant à une importante modification formelle en organisant la coexistence de deux modalités de recueil de l'acceptation.

L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 22 : JO, 24 mars 2019

Note par  
Vincent ÉGÉA  
Agrégé des facultés  
de droit, professeur à  
Aix-Marseille université,  
directeur du laboratoire  
de Droit privé et de  
sciences criminelles  
(EA 4690)  
et Muriel CADIOU  
Avocat au barreau de  
Paris, spécialiste en  
droit de la famille, des  
personnes et de leur  
patrimoine, président  
de l'association Droit  
et Procédure

### Une modalité nouvelle : l'acceptation du principe de la rupture par acte contresigné par avocats

Le nouvel article 233 du Code civil dispose, en son alinéa 1, que le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage, et ajoute, en son alinéa 2, qu'il « peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsque chacun

d'eux, assisté d'un avocat, a accepté le principe de la rupture du mariage par acte sous signature privé contresigné par avocats, qui peut être conclu avant l'introduction de l'instance ».

Signe d'une tendance à l'externalisation hors les murs des juridictions qui, elle-même, illustre l'important phénomène de déjudiciarisation de la matière civile, la possibilité d'accepter le principe de la rupture par acte d'avocats constitue l'une des innovations les plus remarquées de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 dans le domaine familial.

On en déduit qu'un travail préparatoire des avocats, intervenant en amont de la saisine de la juridiction, sera nécessaire. Il s'agit en effet de ne présenter la demande en divorce que lorsque l'acceptation du principe de la rupture se trouve acquis. À l'issue de cette phase préparatoire, vraisemblablement faite de négociations et discussions entre les avocats et leurs clients, l'impossibilité pour les époux de s'accorder sur l'ensemble des conséquences du divorce évince le recours à un divorce par consentement mutuel et aboutit à un divorce contentieux.

Dans cette situation, l'acceptation du principe de la rupture par acte d'avocats laisse supposer que l'acte introductif d'instance indiquera explicitement les motifs du divorce (sur l'indication des motifs ou le silence de l'acte, cf. la Fiche n° 2 dans le présent numéro *supra* : Gaz. Pal. 23 juill.

2019, n° 358d8). Rien ne paraît l'obliger, mais il serait surprenant, dans une telle perspective, de saisir de manière silencieuse le juge, pour invoquer dans des conclusions ultérieures un accord sur le principe de la rupture déjà acquis et constaté avant l'introduction de l'instance.

Dans une telle hypothèse, la volonté législative de réduire les délais des instances en divorce contentieux devrait pouvoir être servie, même si le travail préparatoire d'obtention de l'acceptation ayant précédé la saisine judiciaire aura lui-même nécessairement consommé un certain temps pour les époux.

La modalité de saisine sera donc la suivante : un acte d'avocats préexistant à l'introduction de l'instance et une saisine conjointe du juge du divorce, conformément aux dispositions de l'article 1123 du Code de procédure civile, mentionnant explicitement l'acceptation du principe de la rupture comme motif du divorce.

Par ailleurs, ce nouveau divorce pour acceptation du principe de la rupture introduit par acte d'avocats préalable pourrait être un véhicule idéal pour judiciariser les divorces par consentement mutuel présentant un élément d'extranéité, qui souffrent actuellement d'un handicap de reconnaissance et de caractère exécutoire à l'étranger. En effet, l'acte d'avocats permettrait de constater l'accord des époux sur le principe mais aussi sur les modalités de leur séparation, et de fonder la saisine judiciaire sur l'article 233 du Code civil.

### Une modalité classique : le procès-verbal d'acceptation du principe de la rupture

La seconde modalité d'acceptation du principe de la rupture comporte une physionomie plus classique mais suppose que l'acte introductif d'instance demeure silencieux quant aux motifs du divorce.

Il semble en effet possible d'accepter en cours d'instance le principe de la rupture, sans doute par le biais d'un procès-verbal d'acceptation à l'audience, puisque le nouvel article 233 du Code civil dispose, dans son alinéa 3, que « le principe de la rupture du mariage peut aussi être accepté par les époux à tout moment de la procédure ».

### Portée de l'acceptation : irrévocabilité

Retenant la même solution que celle dégagée en droit positif, le nouvel article 233 du Code civil retient *in fine* l'irrévocabilité de l'acceptation, en conservant la formule : « L'acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel ».

Rappelons toutefois que, selon un avis rendu par la Cour de cassation le 9 juin 2008 (Cass., avis, 9 juin 2008,

n° 08-00004), le principe de l'irrévocabilité n'est pas acquis. En ce sens, « l'appel général d'un jugement prononçant un divorce sur le fondement des articles 233 et 234 du code civil, même si l'acceptation du principe de la rupture ne peut plus être remise en cause [...] ne met pas fin au devoir de secours, la décision n'acquérant force de chose jugée qu'après épuisement des voies de recours ».

LES ATELIERS DE PROCÉDURE CIVILE 2019 - FICHE N° 4

## L'audience d'orientation 358e0

L'essentiel

**Ce qui change :**

- L'audience de conciliation, dans sa physionomie actuelle, disparaît.
- Le nouvel article 254 du Code civil dispose cependant que le juge tient, dès le début de l'instance, une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures provisoires nécessaires pour le temps de l'instance.
- Le texte organise cependant une faculté de renonciation, en disposant que les parties ou la partie seule constituée peuvent y renoncer.

L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 22 :  
JO, 24 mars 2019

Note par

Vincent ÉGÉA

Agrégé des facultés de droit, professeur à Aix-Marseille université, directeur du laboratoire de Droit privé et de sciences criminelles [EA 4690]

et Muriel CADIOU

Avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit de la famille, des personnes et de leur patrimoine, président de l'association Droit et Procédure

**L'audience d'orientation est-elle facultative ou obligatoire ?**

L'une des principales innovations de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 consiste à supprimer l'audience de conciliation puisque disparaît la dualité procédurale qui distinguait la requête et l'assignation. Pour autant, il paraît indispensable de permettre au juge d'apprécier sa propre compétence, de statuer sur les mesures que requiert la durée de

l'instance (dites également « mesures provisoires »), et d'évaluer le type de mise en état qui corresponde au dossier.

Ce sont les raisons pour lesquelles la loi de programmation et de réforme a réécrit l'article 254 du Code civil en prévoyant que, dès le début de l'instance, le juge tient une audience d'orientation. Cette dernière ne manque pas de susciter des interrogations pratiques qui concernent notamment le caractère facultatif ou obligatoire de cette fameuse audience, et proviennent tant de la lettre même du nouvel article 254 que de l'évolution plus générale de l'instance civile telle qu'elle résulte de la présente loi.

En ce qui concerne, tout d'abord, la lettre de l'article 254, le texte dispose que « le juge tient, dès le début de la procédure, sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent, une audience à l'issue de laquelle il prend les mesures nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants de l'introduction de la demande en divorce à la date à laquelle le jugement passe en force de chose jugée, en considération des accords éventuels des époux ».

L'audience de conciliation a donc pour finalité de permettre notamment au juge du divorce de prendre les mesures provisoires, à l'instar de ce que le juge aux affaires familiales fait dans le cadre de l'ordonnance de non-conciliation.

La faculté de renonciation, que prévoit expressément l'article 254 du Code civil, concerne-t-elle l'audience d'orientation elle-même ? Les époux peuvent-ils convenir à l'avance de se dispenser de l'audience d'orientation ou cette renonciation définitive doit-elle avoir lieu à l'audience d'orientation elle-même ? Les décrets à venir pourront apporter de plus amples précisions sur ce point. Ensuite, l'évolution plus large de l'instance civile opérée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 pourrait *a priori* laisser supposer que les époux pourraient renoncer à l'avance à l'audience d'orientation, car en droit commun, le nouvel article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire, issu de l'article 26 de la loi du 23 mars 2019, dispose désormais :

« Devant le tribunal de grande instance, la procédure peut, à l'initiative des parties lorsqu'elles en sont expressément d'accord, se dérouler sans audience. En ce cas, elle est exclusivement écrite.

Toutefois, le tribunal peut décider de tenir une audience s'il estime qu'il n'est pas possible de rendre une décision au regard des preuves écrites ou si l'une des parties en fait la demande. »

Il n'est pas certain cependant que les parties puissent, de la sorte, évincer l'audience d'orientation dans le cadre du futur divorce contentieux pour lequel le principe paraît inversé, l'article 254 du Code civil ne mentionnant pas que le juge puisse tenir une audience s'il l'estime nécessaire, dès lors que la même disposition précise *ab initio*, en employant un indicatif qui semble valoir impératif, « le juge tient, dès le début de la procédure (...) une audience (...) ».

Indications données par le ministère de la Justice lors des Ateliers de procédure civile du 12 juin 2019 : Interrogés sur l'interprétation du nouvel article 254 du Code civil et le champ exact de la renonciation, les représentants du ministère de la Justice présents ont indiqué que l'on se dirigerait plutôt, dans le cadre du futur décret de procédure, vers la faculté de renoncer aux demandes de mesures provisoires, mais pas à l'audience elle-même. Une telle solution, si elle devait être adoptée, serait opportune au regard du triple contenu de la décision du juge rendue à l'issue de cette audience [détermination des compétences juridictionnelle et législative ; prise de mesures provisoires ; orientation vers un circuit de mise en état court ou long].

### Le défendeur non constitué peut-il solliciter postérieurement des mesures provisoires ?

Même si la faculté de renonciation se limite aux demandes de mesures provisoires, une interrogation demeure au sujet de l'initiative d'une telle renonciation. L'article 254 du Code civil dispose en effet « sauf si les parties ou la partie seule constituée y renoncent ». La renonciation des parties aux demandes de mesures provisoires n'engendre pas de difficulté majeure et correspond, en définitive, à la situation dans laquelle, aujourd'hui, ni le demandeur ni le défendeur ne formule de demandes fondées sur l'article 255 du Code civil.

Est en revanche plus problématique l'hypothèse dans laquelle la renonciation émane de la seule partie constituée, à savoir le demandeur. En effet, si le défendeur vient à constituer avocat quelques semaines plus tard, retrouverait-il pour autant le droit de solliciter l'octroi de mesures provisoires ?

Dans une perspective voisine, si les deux époux renoncent *ab initio* à formuler des demandes de mesures provisoires sur le fondement de l'article 255 du Code civil, peuvent-ils par la suite présenter de telles demandes si ces mesures deviennent nécessaires en cours d'instance ? Dans l'affirmative, devant quel juge ?

### Quand la renonciation doit-elle intervenir ?

La précision qui vient d'être apportée quant au champ de la renonciation (renonciation aux mesures provisoires) engendre une nouvelle interrogation relative au moment de son exercice : la renonciation doit-elle intervenir dès la demande introductive d'instance ou bien au moment de l'audience elle-même ? Sur ce point, l'apport du décret de procédure sera déterminant.

### L'audience d'orientation est-elle soumise aux règles de la procédure écrite ou à celles de la procédure orale ?

Pour déterminer le caractère de l'audience, le décret d'application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 est très attendu.

De manière générale, selon l'article 1114 du Code de procédure civile, la procédure de divorce suit les règles de la procédure contentieuse applicable devant l'actuel tribunal de grande instance, c'est-à-dire une procédure de caractère écrit avec représentation obligatoire.

Pour autant, la représentation obligatoire n'implique pas nécessairement le caractère écrit de la procédure, comme

le démontre la procédure à jour fixe. Inversement, dans le cadre des procédures orales devant le TGI, l'écrit s'est développé, l'avocat disposant désormais de la possibilité de se dispenser de présenter oralement tous ses moyens et prétentions.

Le caractère oral de l'audience d'orientation serait assurément opportun à ce stade de l'instance en divorce, en présentant l'avantage d'une plus grande fluidité, en permettant aux avocats d'adapter leurs demandes, y compris à l'audience, sous l'évidente réserve du respect du principe du contradictoire. L'oralité offre donc une souplesse dans la présentation des moyens de défense, dans la formulation des prétentions et dans la communication des pièces qui correspond parfaitement à la triple finalité de l'audience d'orientation (détermination des compétences juridictionnelle et législative ; prise de mesures provisoires ; orientation vers un circuit de mise en état court ou long).

Inversement, si le caractère écrit de l'audience d'orientation devait être préféré, ceci engendrerait une certaine rigidité, ne serait-ce que par la fixation d'une clôture, qui paraît assez peu compatible avec la fonction de cette audience.

Dans cette perspective, il serait souhaitable que le décret de procédure consacre le caractère oral de l'audience d'orientation.

### Quel magistrat tiendra l'audience d'orientation ?

En raisonnant par rapport au système actuel, l'audience d'orientation devrait être tenue par le juge de la mise en état.

Une telle solution poserait néanmoins des difficultés si elle venait à être retenue sans modification, car le juge qui tient l'audience de l'article 254 du Code civil devrait pouvoir prendre des décisions au fond, notamment pour déterminer la loi applicable, et statuer sur les mesures provisoires. Dès lors, pour que le magistrat puisse se prononcer de la sorte, il conviendrait d'adapter le dispositif actuel, afin que le juge de la mise en état dispose de pouvoirs plus larges que ceux qui sont aujourd'hui les siens.

Lors des Ateliers de procédure civile du 12 juin 2019, les représentants du ministère de la Justice ont indiqué que l'on s'orienterait davantage vers cette perspective consistant à ce que le juge de la mise en état tiende l'audience de l'article 254 du Code civil, mais en accroissant ses pouvoirs afin de lui permettre, dans la procédure de divorce, de statuer comme le fait actuellement le juge compétent au fond.

### Quel sera le contenu de la décision rendue à l'issue de l'audience d'orientation ?

Si l'on compare l'actuelle audience de conciliation avec l'audience mentionnée au nouvel article 254 du Code civil, et que l'on tient compte des singularités des demandes en divorce qui concernent à la fois une modification de l'état civil des époux (structure familiale) et une nouvelle organisation des relations familiales, il semble que cette nouvelle audience poursuive une triple finalité :

- détermination des compétences juridictionnelle et législative, tout d'abord ;



- prise de mesures provisoires, ensuite ;
- orientation vers un circuit de mise en état court ou long, enfin.

Par voie de conséquence, la décision rendue à l'issue de cette audience devrait comporter des dispositions correspondant à cette triple finalité, en commençant, de manière liminaire, par ce qui concerne la compétence du juge et la loi applicable. La mise en œuvre des règlements *Bruxelles II bis* et *Rome III* paraît ici absolument incontournable.

Les mesures provisoires que pourra prendre le juge du divorce à l'issue de cette première audience sont celles, classiquement, de l'article 255 du Code civil. Cette dernière disposition n'a pas fait l'objet de modification textuelle et les magistrats vont pouvoir continuer à statuer sur la résidence séparée des époux, la pension alimentaire, l'occupation gratuite du logement familial... Selon toute vraisemblance, le juge va continuer à pouvoir désigner un professionnel qualifié ou un notaire sur le fondement de l'article 255, 9° et 10° du Code civil.

La combinaison du temps nécessaire à la rédaction, par le notaire, du rapport et de l'état liquidatif pourrait cependant poser une difficulté de coordination avec une procédure dont on poursuit volontairement le raccourcissement. Le moment du prononcé du divorce pourrait alors dépendre de la remise du rapport notarié, ce qui pourrait inciter les époux pressés de divorcer à participer activement aux opérations expertales. Inversement, un époux souhaitant ralentir la procédure aurait tout intérêt à les faire trainer !

En ce qui concerne le cas particulier de la désignation d'un notaire sur le fondement de l'article 255, 10° du Code civil, le décret d'application de la loi du 23 mars 2019 devra nécessairement procéder à une réécriture de l'actuel article 1116 du Code de procédure civile.

S'agissant, enfin, de l'orientation de la procédure proprement dite, deux options apparaissent :

- renvoi en audience de mise en état pour permettre un échange de conclusions sur le divorce et sur ses effets,

pour fixer un calendrier de procédure et déterminer les dates de clôture et de plaidoirie ;

- conclusion d'une convention de procédure participative de mise en état, promue par la loi dite *Justice 21* et par la présente loi du 23 mars 2019. La conclusion d'une telle convention devrait logiquement entraîner un retrait du rôle.

L'essentiel, à ce stade, réside dans une bonne collaboration entre le magistrat, les avocats et les époux, afin d'adapter au mieux la procédure à la situation familiale et patrimoniale du couple.

**Remarque :**

Compte-tenu de la physionomie de l'audience d'orientation et, plus largement, de la nouvelle procédure de divorce contentieux, les demandes formulées s'inscriront dans des perspectives différentes. Certaines des prétentions qu'il conviendra de formuler tôt sont des demandes sur le long terme, qu'il s'avère souvent bien difficile d'appréhender dès le début de l'instance, en raison notamment d'une connaissance souvent parcelle de la situation patrimoniale. Les époux devront pourtant être avertis de la nécessité de faire coexister les demandes qui s'inscrivent dans le court terme (les mesures provisoires) avec celles qui s'inscrivent dans le long terme sur le fond du divorce (la demande de prestation compensatoire et les demandes liquidatives). Or, les praticiens savent que ces demandes sont interdépendantes et que la demande de prestation compensatoire nécessite d'avoir une idée, au moins approximative, des droits résultant de la liquidation, ce qui est rarement le cas au moment de l'introduction de la demande en divorce. La question se pose dès lors de savoir si certaines demandes pourront être présentées dans leur principe et réservées dans leur quantum, ne serait-ce qu'après la remise du rapport du notaire désigné *ab initio* sur le fondement de l'article 255, 10° du Code civil.