

GUIDE DE LA LIQUIDATION DES INTERÊTS PECUNIAIRES DES EPOUX

Elaboré en septembre 2010 par les représentants des juges aux affaires familiales de Bordeaux et Libourne, par les représentants des deux barreaux de Gironde et par la chambre départementale des notaires, ce guide, qui complète la charte signée le 17 juin 2010, est un outil pratique à destination des magistrats, avocats et notaires pour la mise en œuvre de la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce dans ses aspects patrimoniaux, complétée par la loi du 12 mai 2009, le décret du 17 décembre 2009 portant transfert au juge aux affaires familiales des contentieux liquidatifs après-divorce et la circulaire d'application CIC 10/10 du 16 juin 2010.¹

Il est complété en annexe par des schémas procéduraux et par plusieurs trames de documents, qui pourront être enrichis par la suite.

La rédaction du protocole et du présent guide traduit la volonté des différents partenaires, au-delà des pratiques antérieures très diverses et des divergences toujours possibles quant à l'interprétation de telle ou telle disposition, de s'inscrire dans une pratique commune et unifiée, source pour les justiciables de davantage de sécurité juridique et d'une plus grande égalité de traitement.

Le groupe en charge de la rédaction de ces documents a eu constamment le souci, dans le strict respect des dispositions légales et réglementaires applicables, et en cohérence avec l'étude récemment publiée par la cour de cassation, de privilégier autant que possible les options simples et pragmatiques, permettant aux praticiens de disposer des repères les plus clairs.

Ces prescriptions sont nécessairement évolutives et susceptibles d'être modifiées au vu des difficultés éventuelles rencontrées lors de leur mise en œuvre. C'est pourquoi il a été convenu par les membres du comité de pilotage représentant les trois professions du droit concernées de réexaminer régulièrement leur pertinence, à partir des informations transmises par les praticiens chargés de leur application.

1- LES MESURES PROVISOIRES AVANT LE PRONONCE DU DIVORCE

Au titre des mesures provisoires, le juge conciliateur peut, en application des articles 255-9° et 255-10° du code civil :

- 9° : désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux,
- 10° : désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager

La décision précisera le cabinet du juge qui ordonne la mesure. En cas de changement de magistrat, le référent du notaire sera en tout état de cause le juge du cabinet mentionné.

¹ Ce guide a notamment été rédigé à partir des documents de référence suivants :

- « *Méthodologie de la liquidation et du partage d'un régime matrimonial de communauté légale ou de séparation de biens après divorce* », service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation
- « *Le règlement du régime matrimonial après divorce* » par Pierre-Jean Claux, Actualité Juridique Famille Dalloz, mars 2008,
- « *Vademecum de l'application par les notaires des articles 255-9° et 255-10° du code civil* » établi par les magistrats, notaires et avocats du ressort du tribunal de grande instance d'Evreux, mars 2009

1-1 La mission du notaire : proposer une solution, même en cas de désaccord des parties

1.1.1. Points communs aux missions des 9° et 10°

C'est par l'ordonnance de non conciliation que le notaire peut être chargé des missions prévues par les 9° et 10° de l'article 255 du code civil.

En cas de survenance d'un fait nouveau, les parties qui ne l'ont pas sollicité lors de la conciliation peuvent saisir le juge aux affaires familiales ou, après introduction de l'instance en divorce, le juge de la mise en état d'une demande de désignation d'un notaire (1118 CPC)

Il s'agit de mesures d'instruction destinées, comme dans d'autres domaines, à apporter au juge un éclairage technique neutre sur un aspect particulier du litige qui lui est soumis.

Les missions de « pré-liquidation » de l'article 255 diffèrent radicalement des opérations de liquidation ordinairement menées par le notaire après le prononcé du divorce, ou préalablement en matière de divorce par consentement mutuel.

En effet, qu'il soit saisi en vertu du 9° ou du 10° de ce texte, le notaire commis a l'obligation de rendre un rapport et d'y formuler des propositions de règlement, alors qu'ordinairement, il cesse ses opérations lorsqu'il constate qu'il existe un désaccord et que les points de vue des parties n'ont pu être rapprochés.

Pour l'accomplissement de cette mission judiciaire, il est donc indifférent que les parties soient parvenues à un accord ou non.

Dans le 9° comme dans le 10°, le notaire doit formuler à l'usage du juge des propositions qui ne correspondront peut-être aux vœux d'aucune des parties. Il lui incombe donc de donner un avis circonstancié, non seulement sur l'évaluation pécuniaire de la valeur des patrimoines, mais aussi, par exemple, sur la nature propre ou commune d'un bien, ou encore sur les conséquences entre les parties des différentes dates des effets du divorce susceptibles d'être retenues.

L'objectif de la désignation du notaire au titre du 10° est de permettre au juge du divorce de purger tous les points de litige entre les époux relativement à la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux, et d'éviter ainsi les contestations au stade de la liquidation amiable.

Attention : si seul un professionnel qualifié (notaire ou autre) a été désigné au titre du 9°, l'article 267 al.4 du code civil ne permet pas au juge du divorce de trancher sur la base de ce rapport les litiges en matière de liquidation des intérêts patrimoniaux des époux.

Le rapport dressé par le notaire doit aussi fournir au juge tous les éléments d'appréciation pertinents en matière financière pour statuer sur une éventuelle demande de prestation compensatoire.

Le rapport du notaire ouvre entre les parties une discussion, voire une négociation, qui peut conduire à un accord partiel ou total. Si l'accord est total, peut être dressé un projet d'état liquidatif dont l'homologation pourra être demandée au juge du divorce.

1.1.2. Spécificités des missions du 9° et du 10°

Les missions du 9° et du 10° diffèrent par la personne à qui elles peuvent être confiées.

Les missions du 9° peuvent être confiées à tout « professionnel qualifié ». Il n'est pas nécessaire que ce professionnel figure sur une quelconque liste d'experts.² Il peut s'agir d'un notaire.

Les missions du 10° ne peuvent être menées à bien que par des notaires, dans la mesure où elles donnent lieu à un acte tarifé.

Une liste des notaires susceptibles d'être désignés sera communiquée chaque année aux juges aux affaires familiales et aux bâtonniers de Bordeaux et Libourne.

Dans la mesure du possible, le nom du notaire désigné sera communiqué aux époux et à leurs avocats à l'issue de l'audience de conciliation, après discussion entre le juge et les parties³.

Si les époux et leurs avocats peuvent à l'audience proposer la désignation de leur notaire habituel, une certaine prudence s'impose si la situation risque de s'avérer conflictuelle. Il peut être alors préférable de désigner un notaire « neutre » qui aura moins de difficulté à se positionner vis-à-vis des époux dans le cadre de son mandat judiciaire⁴.

La mission prévue au 9° de l'article 255 a un champ plus large que celle du 10°. En effet, là où le 10° s'attache à la liquidation du régime matrimonial stricto sensu, le 9° porte sur le règlement de l'ensemble des « intérêts pécuniaires » des époux.

Ces intérêts pécuniaires sont multiformes. Tout ce qui a une incidence financière dans les rapports entre les conjoints doit être pris en compte.

Dans le 9°, il s'agit de dresser un tableau sommaire, « estimatif », mais exhaustif, des patrimoines. Le rapport du notaire n'a pas à prendre la forme lourde et classique d'un état liquidatif dressé par acte authentique ni à établir la valeur exacte des avoirs. Il s'agit au contraire d'aller à l'essentiel et de dégager les grandes masses financières : pour prendre les décisions qui leur appartiennent, ni les parties ni le juge n'ont besoin de connaître le détail.

La méthode de travail à adopter est donc assez différente de celle à laquelle sont accoutumés les notaires, qui s'attachent dans l'exercice ordinaire de leur ministère à la plus grande minutie et procèdent à de nombreuses vérifications.

Le notaire doit dans son rapport fournir au juge l'ensemble des éléments d'appréciation nécessaires aux deux types de décision que celui-ci aura à prendre à l'occasion du jugement de divorce : sur les attributions préférentielles ou la liquidation partielle du régime d'une part ; sur la prestation compensatoire d'autre part.

² A noter toutefois l'existence d'un annuaire d'avocats membres de l' ANAMJ (association nationale des avocats exerçant un mandat judiciaire) volontaires pour exercer des mandats de professionnel qualifié (association sise 12 rue Gambetta à Poitiers, BP 373 - courriel : anamj@orange.fr)

³ Pour ce faire, il importe que le juge dispose dans le bureau d'audience de la liste des notaires proposée par la chambre

⁴ La question se posera de nouveau en cas de désignation d'un notaire dans le cadre de la liquidation contentieuse post-divorce (infra).

La mission du 10° est plus restreinte que celle du 9°. Mais les solutions élaborées pour la liquidation du régime matrimonial à proprement parler ne peuvent ignorer l'existence d'autres intérêts patrimoniaux croisés, ne serait-ce que parce que leur analyse conduit le plus souvent à déterminer une obligation à récompense.

Le notaire chargé de la mission prévue au 10° doit conduire une analyse similaire à celle du 9° : en effet, l'attribution d'une prestation compensatoire à l'un des conjoints est indissociable de l'opération de partage et de formation des lots, de sorte qu'il est nécessaire, là aussi, d'examiner précisément le patrimoine personnel de chacun des époux.

Par ailleurs, si les parties se concilient, le notaire dressera un projet liquidatif dont l'homologation pourra être demandée conjointement par les deux parties au juge prononçant le divorce.

Les missions prévues au 9° et au 10° sont donc parallèles dans leurs objectifs : à « l'inventaire estimatif » assorti de « propositions de règlement » du 9° répond le « projet de liquidation » du 10°.

Dans la forme, la conclusion du rapport dressé au titre du 9° peut se présenter comme un tableau synthétique commenté.

1.2. Rémunération du notaire

1.2.1. Les règles applicables

1.2.1.1. Au professionnel qualifié (article 255-9°)

Aux termes de l'article 1120 nouveau du code de procédure civile, la rémunération du professionnel qualifié désigné au titre de l'article 255-9° du code civil obéit aux règles applicables en matière d'expertise judiciaire : ce sont donc les époux qui, sauf bénéfice de l'aide juridictionnelle, font l'avance des frais par le versement d'une consignation préalable auprès de la régie d'avances et de recettes du tribunal, dont le montant est déterminé par le juge dans son ordonnance.

Si les deux époux bénéficient de l'aide juridictionnelle, ils sont dispensés de consignation et le professionnel qualifié peut commencer ses opérations dès réception de l'ordonnance de non-conciliation. En pratique cette situation devrait s'avérer exceptionnelle dans la mesure où la désignation d'un professionnel qualifié n'intervient par hypothèse que lorsque les époux, ou au moins l'un d'entre eux, disposent d'un patrimoine et de revenus.

Si un seul des époux bénéficie de l'aide juridictionnelle, le juge peut mettre la consignation intégralement ou éventuellement pour moitié à la charge de l'autre.

Notamment dans les situations où le couple dispose d'un patrimoine conséquent, mais où l'un des époux qui n'a pas de revenus propres bénéficie de l'aide juridictionnelle, l'avocat de ce dernier est invité à solliciter une provision ad litem ou une avance sur la communauté afin de pouvoir verser la consignation. Il peut en effet s'avérer que l'époux qui dispose des seuls revenus n'ait pas intérêt à verser la consignation intégrale.

Il serait par ailleurs inéquitable de faire assumer par l'aide juridictionnelle des frais de pré-liquidation d'un patrimoine conséquent.

A défaut de consignation dans le délai imparti par le juge, celui-ci constate la caducité de la désignation du notaire.

Avis de la consignation opérée est donné par la Régie au professionnel qualifié, qui peut alors débiter ses opérations après avoir informé le greffe du J.A.F. de l'acceptation de sa mission. Le délai qui lui est imparti par l'ordonnance de non-conciliation (six mois en principe) court à compter de l'avis de consignation, ou, en cas de double dispense de consignation, de la réception l'ordonnance elle-même.

En cours de mission, le notaire peut demander au juge le déblocage à son profit d'une partie de la consignation déjà versée ou bien une consignation complémentaire. Il est notamment invité à solliciter une consignation complémentaire lorsqu'il a recours à un expert sapiteur dont la rémunération doit impérativement être consignée avant qu'il ne débute ses opérations.

Le notaire ayant accompli sa mission adresse son rapport aux parties et au juge et formule une demande de taxe (*formulaire en annexe*). Cette demande est nécessairement TTC.

L'ordonnance de taxe rendue par le juge permet la déconsignation des sommes déposées au greffe au profit du notaire.

Si la somme taxée est inférieure aux sommes consignées par les parties, le greffe adresse au notaire le montant dû. Le solde des sommes consignées est ensuite restitué aux parties.

Si la somme taxée est supérieure aux sommes consignées par les parties, le greffe adresse au notaire la totalité des sommes consignées. L'ordonnance de taxe rendue par le juge est un titre exécutoire, qui permet au notaire de réclamer directement aux parties le complément de rémunération qui lui est dû, en usant, si besoin, de toutes voies d'exécution forcée.

1.2.1.2. Au notaire désigné au titre de l'article 255.10°

L'article 1121 du code de procédure civile n'impose pas au notaire désigné au titre de l'article 255-10° les dispositions du code de procédure civile relatives à la rémunération des experts⁵.

Toutefois, dans un souci de simplification et d'efficacité, l'article 7 de la charte de Gironde a prévu d'aligner les principes de rémunération du notaire désigné au titre de l'article 255-10° sur ceux applicables au professionnel qualifié (*supra*), et donc aux experts, à une nuance près : si les parties le sollicitent, le juge pourra prévoir dans son ordonnance que la consignation préalable ne sera pas versée auprès de la Régie d'avances et de recettes du tribunal mais sur le compte CARPA de l'avocat de l'une des parties ou, de préférence, du bâtonnier de l'ordre des avocats. Dès le versement effectué, le titulaire du compte en avise le notaire qui peut commencer ses opérations.

En conséquence, le notaire ne peut recevoir directement d'une partie, sous quelque forme que ce soit, une rémunération même à titre de remboursement de débours, si ce n'est sur décision du juge.

1.2.2. Montant et modalités de la rémunération

Dans le 9°, le professionnel qualifié - pouvant être un notaire - perçoit des honoraires librement taxés par le juge, qui lui sont définitivement acquis et ne s'imputent pas sur le coût d'un acte tarifé ultérieur éventuel.

Il est convenu en Gironde que, pour un dossier ordinaire, il sera fixé par le juge une somme forfaitaire minimale de 2.000 € à titre de provision. Le juge pourra toutefois fixer une provision supérieure si le patrimoine des époux ou la complexité de l'affaire le justifie.

⁵ Articles 269 et 270 du code de procédure civile

La rémunération du professionnel qualifié sera exprimée en vacations horaires forfaitaires d'un montant de 120 € TTC l'unité, exclusives de tout détail de frais de correspondances, secrétariat, photocopies, etc.

A ces vacations s'ajouteront les divers débours justifiés.

En fin de mission, le professionnel qualifié, en fonction de l'importance des diligences qui auront été nécessaires en vue de la rédaction du rapport, formule une demande de taxe qu'il joint à son rapport.

Est annexé au présent Guide un formulaire de demande de taxe au titre du 9°.

Le montant de cette demande peut être inférieur ou supérieur au montant de la provision initialement fixée, suivant le travail fourni, notamment si la mission n'a pu être complètement réalisée.

Statuant sur la taxe, le juge apprécie si la demande est raisonnable au regard notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni.

Le rapport dressé en application du 10° est un acte tarifé.

Le montant des émoluments dus est prévu au décret du 8 mars 1978 modifié. Ils sont de la moitié de ce qui serait dû pour l'établissement d'un acte liquidatif.

Il est convenu en Gironde que, pour un dossier ordinaire, la consignation à la charge des parties serait fixée à 2.000 €, à la charge d'un des époux ou répartie entre les deux époux. Ce montant correspond à la moitié des émoluments (procès-verbaux d'ouverture et de lecture inclus) dus pour un patrimoine d'environ 200.000 € (voir tableau ci-dessous). Le juge peut toutefois moduler ce montant à la hausse ou à la baisse au vu de la situation particulière des époux.

Si le notaire chargé de la mission judiciaire prévue au 10° de l'article 255 est ensuite chargé d'établir cet état, les sommes versées s'imputent sur les émoluments dus au titre de l'acte liquidatif.

Si les parties font ensuite le choix d'un autre notaire pour la liquidation amiable, les émoluments versés au notaire désigné sur 255.10° sont perdus pour ceux qui les ont versés.

Bien que l'acte soit tarifé, le juge doit rendre une ordonnance de taxe, dans laquelle son rôle se borne à vérifier que le tarif a été convenablement appliqué.

Cette vérification suppose que la demande de taxe soit présentée de manière à faire clairement apparaître l'assiette retenue et le mode de calcul tel que prévu par le décret.

La demande de taxe présentée sur le fondement du 10° de l'article 255 du code civil comporte la mention de l'assiette et du détail du calcul tarifaire. Peuvent s'y adjoindre les débours éventuellement engagés par le notaire.

Suivant l'article 2 du décret du 16 mai 2006, le notaire chargé de la mission prévu au 10° perçoit un émolument proportionnel dégressif déterminé sur l'assiette de la valeur brute totale des biens communs ou indivis à partager qui figurent dans le projet, selon le barème actuellement fixé par le décret 2007-387 du 21 mars 2007 :

BAREME DE REMUNERATION ETABLISSEMENT DE PROJET

(Compris PV d'ouverture des opérations de liquidation environ 480€ et PV de lecture du projet liquidatif)

BASE BRUTE DE CALCUL EMOLUMENT	PROVISION
100.000€ (1.85%)	1.850€
150.000€ (1.45%)	2.170€
200.000€ (1.25%)	2.490€
300.000€ (1.04%)	3.130€
400.000€ (0.95%)	3.770€
500.000€ (0.88%)	4.410€
800.000€ (0.80%)	6.340€
1.000.000€ (0.78%)	7.820€

1.3. Délai d'accomplissement de la mission et diligence

Le notaire désigné doit répondre à l'exigence de célérité et d'efficacité requise dans l'administration de la justice : pendant qu'il accomplit sa mission, le divorce attend et le juge de la mise en état, sauf circonstances particulières, ne prononce pas l'ordonnance de clôture de la procédure de divorce tant que le notaire ne lui a pas adressé son rapport ou le projet d'état liquidatif.

L'ordonnance de non conciliation fixe le délai dans lequel le notaire doit remplir sa mission.

Il paraît raisonnable, pour l'accomplissement des missions prévues par les 9° et 10°, de prévoir un délai cible de six mois.

Le notaire doit informer le juge de l'avancement des opérations (Art. 273 CPC).

En cas de difficulté, le juge peut lui accorder un délai supplémentaire (Art. 279 CPC).

En cas de refus, empêchement ou retard injustifié du notaire commis, il est procédé à son remplacement par décision du juge aux affaires familiales, d'office ou à la requête de la partie la plus diligente.

Le juge peut aussi réduire le montant de la rémunération due au professionnel qualifié commis au titre du 9° à raison de son manque de célérité.

1.4. Déroulement de la mission et application des règles de l'expertise

1.4.1 Suivi de la mesure

Le suivi de l'exécution de la mesure est assuré par le juge aux affaires familiales, dans la mesure où il est chargé du suivi des expertises et autres mesures d'instruction de sa compétence. Le juge aux affaires familiales compétent est en principe celui qui a rendu l'ordonnance de non conciliation en qualité de juge conciliateur.

Afin de prévenir toute difficulté, notamment en cas de remplacement ou substitution de magistrats, le notaire ou le professionnel qualifié en charge de la mesure adressent toutes leurs correspondances non pas au magistrat à titre personnel mais au greffe du cabinet qui a rendu l'ordonnance de non conciliation (tribunal de grande instance de Libourne ou Bordeaux / service des affaires familiales / cabinet n° XX)

Il est loisible au notaire commis de faire appel au juge à tout moment pour régler une difficulté survenant dans l'exercice de sa mission.

1.4.2. Corpus des règles applicables et généralités

L'article 1120 du code de procédure civile dispose que le déroulement de la mission du professionnel qualifié désigné en application du 9° de l'article 255 est soumis à l'ensemble des règles applicables en matière d'expertise, définies aux articles 233 et suivants du code de procédure civile.

Le déroulement de la mission du notaire désigné en application du 10° de l'article 255 du code civil est soumis par l'article 1121 du code de procédure civile :

-aux dispositions des articles 233 à 237, 239, 245, 264 à 267, 273, 275, 276 et 278 à 280 du code de procédure civile, soit à l'essentiel des règles de l'expertise ;

- aux règles applicables à sa profession

Les principales règles applicables à l'ensemble des missions sont les suivantes :

Le greffier notifie la décision du JAF au notaire par lettre simple (Art. 267 al 1 CPC).

Le notaire fait connaître son accord ou signifie son refus dans les plus brefs délais (Art. 267 al 2 CPC).

Il a le droit de consulter les dossiers des parties et les documents nécessaires à l'expertise déposés au greffe de la juridiction (Art. 268 al1er).

Une fois la mission acceptée, le notaire est tenu de commencer les opérations dès qu'il est informé que les parties ont consigné la provision mise à leur charge (sauf dispense).

Le notaire est tenu d'accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité (Art. 235 CPC).

La mission doit être accomplie personnellement par le notaire commis, de sorte qu'une SCP ne peut être désignée au titre de l'article 255 du code civil. S'il ne peut déléguer sa mission, il lui est toutefois bien entendu loisible de se faire assister par un collaborateur, qui ne pourra pas cependant recueillir les dires ou recevoir les parties, même s'agissant d'un clerc habilité.

Il peut en revanche s'adjoindre un sapiteur afin de procéder à une investigation qui ne relève pas de sa compétence (expert foncier ou comptable par exemple).

Dès lors que la décision le désignant le prévoit⁶, le notaire n'a pas besoin de l'accord du juge pour faire appel à un sapiteur. Toutefois, dans la mesure où il lui faudra certainement solliciter un complément de consignation de la part des parties, il est préférable que le notaire s'assure de leur accord - ou de l'accord de l'une au moins d'entre elles - pour la désignation de ce sapiteur.

⁶ La trame de décision en annexe prévoit systématiquement la possibilité pour le notaire de faire appel à un sapiteur.

Le notaire désigné doit respecter et faire respecter le principe de la contradiction : les parties (et leurs avocats) ne peuvent être convoquées l'une sans l'autre, tout document transmis par une partie doit être connu de l'autre, les parties doivent être destinataires en copie de tout échange de courrier entre le notaire et le juge.

Si une partie est assistée d'un avocat⁷ (dont le nom est mentionné dans l'ordonnance ou qui se manifeste par la suite), celui-ci est l'interlocuteur principal du notaire qui ne doit pas correspondre ou traiter directement avec les époux sans en aviser leur avocat.

Le notaire fixe aux parties des délais pour présenter leurs observations ou réclamations, qui prennent en général la forme de « dires » rédigés par les avocats.

Il doit les prendre en considération et y répondre (article 276 du code de procédure civile).

Le notaire peut demander au juge commis de convoquer les parties ou leurs représentants, en sa présence, pour tenter une conciliation entre elles.

Le notaire peut entendre tout sachant.

Il doit établir un pré-rapport qu'il communique aux parties et à leurs conseils au moins un mois avant l'établissement du rapport définitif.

Il communique son rapport final aux parties elles-mêmes, à leurs avocats, et en remet l'original - ou une copie authentique s'il s'agit d'un acte notarié - au greffe du juge aux affaires familiales. Si les parties ont rédigé des « dires », il les annexe à son rapport, après y avoir répondu s'il l'estime utile.

1.4.3. Communication de pièces

L'article 259-3 du code civil dispose : « *Les époux doivent se communiquer et communiquer au juge ainsi qu'aux experts et aux autres personnes désignées par lui en application des 9° et 10° de l'article 255, tous renseignements et documents utiles pour fixer les prestations et pensions et liquider le régime matrimonial.* »

Le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé.

Il est opportun de rappeler dans le corps de l'ordonnance de non conciliation désignant le notaire les dispositions de l'article 259-3 et d'y viser expressément le FICOBA (*cf trame de la mission en annexe*).

Les parties ont ainsi une obligation de loyauté et de transparence dans la production des éléments d'appréciation nécessaires à la résolution des aspects patrimoniaux de leur litige.

Le notaire, qui doit d'une manière générale rendre compte au juge de l'avancement de ses travaux et des diligences accomplies, doit informer le juge de la carence des parties dans la communication des pièces nécessaires à sa mission.

Les parties doivent lui remettre sans délai tous les documents que celui-ci estime nécessaire à l'accomplissement de sa mission (article 275 du code de procédure civile). En pratique, il est indiqué que le notaire demande les pièces via les avocats, qui effectueront la production dans le respect du principe de la contradiction. Il est souhaitable que le notaire impose des délais aux parties dans le cadre d'un calendrier prévisionnel dès le premier rendez-vous.

⁷ Si le demandeur au divorce est toujours assisté d'un avocat, ce n'est pas toujours le cas du défendeur

Si elles s'y refusent, le notaire en informe le juge qui peut ordonner la production des documents, au besoin sous astreinte (article 275 du code de procédure civile), ou bien l'autoriser à passer outre et à déposer son rapport en l'état.

Le juge du divorce tire toutes conséquences du défaut de communication par l'une des parties au notaire des documents réclamés.

Le notaire peut demander communication de tous documents détenus par des tiers, sauf au juge à l'ordonner en cas de difficulté (243 du code de procédure civile).

2- LE JUGEMENT DE DIVORCE

2.1. Divorce par consentement mutuel

La convention soumise à homologation du juge doit porter règlement complet des effets du divorce.

L'état liquidatif soumis à homologation du juge doit être passé sous la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à la publicité foncière (1091 CPC).

L'obligation de produire un projet d'état liquidatif s'impose même lorsque les époux sont séparés de biens. « *L'indivision entre époux séparés de biens débute avec le premier bien indivis acquis par eux, fût-il acquis avant leur mariage : la finalité de la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux étant de clarifier leurs rapports pécuniaires afin de pacifier leurs relations, il apparaît logique d'y inclure toutes les indivisions existant entre eux qui sont, chacune, quelle qu'en soit l'origine, une source potentielle de conflit.* »⁸

L'état liquidatif ne doit porter en principe que sur la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux.

Si les parties et leurs avocats peuvent convenir, dans le cadre d'un accord amiable global, du principe d'une prestation compensatoire pouvant permettre un équilibrage du partage ou un effacement total ou partiel des soultes, il importe toutefois de s'assurer que les conditions de l'article 270 du code civil sont réunies et notamment que la rupture du mariage crée bien une disparité au détriment de son bénéficiaire.

S'il peut être fait référence dans le projet liquidatif soumis à homologation judiciaire à un accord sur une prestation compensatoire, seule la convention de divorce peut juridiquement en fixer le principe, l'étendue et les modalités.

2.2. Les autres cas de divorce

En prononçant le divorce, le juge aux affaires familiales doit :

- **ordonner la liquidation et le partage** des intérêts patrimoniaux des époux, quel que soit leur régime matrimonial.

Il peut :

- **statuer** sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle
- **accorder** à l'un des époux ou aux deux une avance sur sa part de communauté ou de biens indivis
- **homologuer les conventions** conclues entre les époux et portant sur la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux, **hors biens soumis à la publicité foncière.**

⁸ Bulletin cour de cassation 1^{er} mai 2010 « méthodologique de la liquidation et du partage d'un régime matrimonial de communauté ou de séparation de biens après divorce. »

Pour ce faire, il est demandé que la convention liquidative soit distincte des conclusions établies par les avocats et soit signée de la main des parties.

- **trancher une difficulté** relative à la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux, à la condition expresse qu'un notaire ait été préalablement désigné sur le fondement de l'article 255-10° du code civil ⁹, **et** que son rapport soit versé aux débats (art.267 al.4 CC)

S'il a été procédé à la désignation d'un notaire en application de l'article 255-10° (ou un professionnel qualifié en application de l'article 255-9°), le juge de la mise en état ne doit pas, sauf circonstances particulières¹⁰, clôturer la procédure tant que le rapport n'a pas été déposé. S'il n'y a plus de biens à partager, notamment parce qu'ils ont été vendus en cours de procédure, le notaire l'indique dans son rapport.

Contrairement à la pratique antérieure, le juge qui prononce le divorce ne désigne plus ni notaire ni juge commis, ces désignations étant réservées à la phase de partage judiciaire ultérieure. ¹¹

Rappel: le juge du divorce n'a pas compétence pour ordonner le maintien des mesures provisoires (jouissance du domicile ou de tel ou tel bien), ni pour donner acte à un époux de ses demandes ou propositions en matière liquidative, ni pour statuer sur des questions liquidatives en l'absence de projet notarié.

3- LE PARTAGE AMIABLE (art. 835 à 839 CC et 1358 à 1379 CPC)

Schéma de la procédure en annexe

Après le prononcé du divorce s'ouvre la phase de partage amiable des intérêts patrimoniaux des époux (articles 835 à 839 du code civil).

En effet, seule la liquidation du régime matrimonial, c'est-à-dire la détermination de la masse active et passive et les droits des copartageants dans cette masse, est exigée des époux. Ceux-ci demeurent libres de partager ou non la communauté ou l'indivision existant entre eux.

Ils peuvent choisir de conserver leur situation en l'état, ou de liquider leurs intérêts amiablement sans recours à un notaire en l'absence de biens soumis à publicité foncière.

Ils peuvent aussi, soit par une démarche conjointe, soit à l'initiative d'un seul des époux, saisir un notaire de leur choix pour qu'il soit procédé à la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux ou deux notaires dont l'un sera le notaire rédacteur conformément aux usages en vigueur.

La liquidation amiable étant l'affaire des parties, elles peuvent convenir ensemble de choisir un autre notaire que celui qui avait été éventuellement désigné au titre de l'article 255-10°, ce qui pourra notamment être le cas si elles ont déménagé entre temps ou si elles ne souhaitent plus avoir recours à ses services.

⁹ L'article 267 al.4 ne renvoyant pas à l'article 255-9°, le juge du divorce ne peut pas trancher de litiges en matière liquidative si un notaire ou professionnel qualifié a été désigné sur le fondement de l'article 255-9°

¹⁰ Notamment lorsqu'il est justifié de circonstances justifiant du caractère particulièrement urgent du prononcé du divorce

¹¹ « il est important de préciser qu'en prononçant le divorce et en ordonnant la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux, le juge aux affaires familiales vide sa saisine (...) » in étude cour de cassation précitée - Pour la phase transitoire, cf infra partie 5.

Mais en ce cas, elles doivent être informées par leur(s) avocat(s) qu'elles perdront la moitié des émoluments déjà versés.

Si un seul des époux souhaite la désignation du notaire initialement désigné sur 255-10°, l'autre peut y adjoindre son propre notaire qui concourra à l'acte.

Il en est de même en cas pour toute situation de désaccord sur le choix du notaire.

Il appartient au plus diligent de saisir en référé le président du tribunal de grande instance aux fins de désignation du notaire liquidateur.

Une fois saisi par l'un des époux, le notaire procède aux opérations de liquidation amiable conformément au schéma en annexe.

Il y a lieu toutefois d'insister sur les points suivants :

- **durant cette phase amiable**, à la différence du notaire désigné par le juge conciliateur ou dans le cadre du partage judiciaire, **le juge du divorce, qui a vidé sa saisine, n'est pas l'interlocuteur du notaire** en cas de difficulté. Le notaire n'a pas à l'informer de sa saisine et ne peut le solliciter pour prendre une quelconque mesure (expertise notamment)
- **Si le notaire constate que des avocats étaient constitués dans le jugement de divorce**, il invitera les époux à se faire assister, étant toutefois rappelé que les partageants peuvent choisir de se présenter en personne aux opérations de liquidation amiable.
- **L'intérêt de la désignation d'un représentant** : l'article 837 du code civil permet, même pendant la phase de partage amiable, de pallier la carence de l'un des époux aux opérations de liquidation en procédant à la désignation à ses frais par le président du tribunal de grande instance ou son délégué (art.1379 CPC) d'une personne qualifiée pour le représenter et le cas échéant pour signer à sa place l'acte liquidatif (1358 CPC).

La procédure est fixée par l'article 837 du code civil, et les articles 1379 et 493 à 498 du code de procédure civile. L'initiative appartient à l'époux comparant (et non au notaire comme dans le partage judiciaire), après une mise en demeure infructueuse de se présenter ou de constituer mandataire. Il est important que le notaire l'informe de cette procédure, sachant qu'un délai de trois mois doit s'écouler entre la mise en demeure et la saisine du président du T.G.I.

Le président du T.G.I. (ou son délégué), saisi par simple requête de l'époux comparant, pourra notamment désigner un notaire extérieur, ou tout autre personne qualifiée, pour représenter l'époux défaillant aux opérations de liquidation.

Les textes étant muets sur la question de la rémunération de ce représentant, il est convenu qu'elle sera fixée par l'ordonnance du président du T.G.I. ou son délégué (entre 1.000 et 2.000 €), en précisant qu'elle sera prélevée sur la part revenant au défaillant dans le boni de liquidation.

La désignation du représentant permet notamment d'éviter au conjoint de bonne foi qui souhaite liquider la communauté d'être contraint de s'engager dans une saisine contentieuse du juge aux affaires familiales, avec représentation obligatoire, au seul motif de la carence de l'autre partie.

- **Si un acte liquidatif est établi en fin de processus**, il est signé par les parties et n'a pas à être homologué judiciairement.
- **En cas de difficulté** relative à l'instruction de la procédure (désaccord sur une éventuelle mesure d'instruction, contestations subsistantes sur tel ou tel point...), le notaire, après avoir tenté de concilier les parties, **dresse un acte de déclaration des parties valant PV de**

difficulté¹², sur lequel doivent apparaître clairement les points d'accord et de désaccord et, en cas de désaccord, la position de chaque partageant et ses arguments. Il appartient alors à la partie diligente, munie de ce document démontrant l'échec de la phase de partage amiable (article 1360 du code de procédure civile), de saisir le juge aux affaires familiales qui tranchera les différends qui lui sont soumis.

Il est important à ce stade que le notaire interroge les parties pour sérier toutes les contestations qu'elles émettent et permettre au juge qui sera saisi d'appréhender d'emblée l'ensemble des difficultés.

Le J.A.F. qui tranche la difficulté renverra ensuite devant le notaire pour procéder au partage.

S'il se présente une difficulté sur le partage proprement dit, un nouveau PV de difficulté sera établi afin que le juge tranche de nouveau.

4- LE PARTAGE JUDICIAIRE (articles 840 à 842 du CC et 1359 et suivants du CPC)

Schéma de la procédure en annexe

Article 835 code civil « *le partage est fait en justice lorsqu'un des indivisaires refuse de consentir au partage amiable ou s'il s'élève des contestations sur la manière d'y procéder ou de le terminer ou lorsque le partage amiable n'a pas été autorisé ou approuvé dans l'un des cas prévus aux articles 836 et 837* »

La procédure se déroule conformément au schéma (annexe). Les parties doivent constituer avocat. La partie qui saisit le juge aux affaires familiales devra impérativement, dans son assignation, justifier des démarches entreprises en vue de parvenir à un partage amiable, notamment en produisant le « PV de difficulté » du notaire.

Si les partageants n'avaient pas saisi préalablement un notaire, notamment parce que leur patrimoine ne comprenait pas d'immeuble, leurs avocats pourront transmettre un état précis des démarches amiables entreprises, ainsi qu'un état exhaustif de leurs points de désaccord.

Les règles de compétence territoriales sont celles applicables à la procédure devant le J.A.F. (article 1070 CPC). Le juge du divorce n'est pas nécessairement celui de la liquidation, notamment lorsque les parties ont changé de domicile entre temps.

Deux types de situations sont alors envisageables :

Le circuit « court » :

Dans la plupart des cas, il s'agira seulement d'homologuer un projet liquidatif complet après refus d'un époux de le signer, d'ordonner une mesure d'instruction sur laquelle les parties n'ont pu se mettre d'accord, de trancher un point de droit identifié, d'ordonner la vente sur licitation...

Le litige sera alors tranché par le juge aux affaires familiales après circuit classique de mise en état. Des mesures d'instruction pourront au besoin être ordonnées par le juge de la mise en état. Le jugement final pourra désigner un notaire - a priori celui saisi pour la phase amiable - chargé de dresser l'acte constatant le partage. Ce jugement final vide alors la saisine du juge.

Une fois le jugement définitif, le notaire désigné convoque d'office les parties et établit un projet liquidatif prenant en compte la décision du juge aux affaires familiales, qu'il soumet à la signature des parties.

Si les parties signent l'acte liquidatif, la procédure est terminée.

¹² Ce document, proposé en annexe, est assimilé au procès-verbal de difficulté, réservé à la phase de liquidation judiciaire

En cas de refus par une partie de signer l'acte de partage établi conformément aux prescriptions du jugement, l'autre époux sera contraint saisir de nouveau le juge aux affaires familiales aux fins d'homologation du projet liquidatif.

Le circuit « long »¹³ :

Si la complexité des opérations le justifie, le juge aux affaires familiales, en qualité de juge de la mise en état, désigne par ordonnance un notaire et un juge commis (pouvant être lui-même¹⁴).

La désignation *ab initio* du notaire et du juge commis s'imposera également lorsque aucun projet liquidatif recensant le patrimoine des époux, les reprises et récompenses n'aura été établi durant les phases antérieures (avant divorce et au cours de la tentative de partage amiable).

Il importe que l'avocat qui saisit le juge aux affaires familiales, ou son contradicteur, attire l'attention du juge lors de la conférence de mise en état sur la nécessité de désigner un notaire et un juge commis.

Le notaire est celui choisi par les copartageants, et à défaut par le juge. Il importe sur ce point qu'un dialogue s'instaure lors de la conférence de mise en état entre le juge des les avocats afin d'apprécier l'opportunité de désigner judiciairement le notaire dont l'intervention en phase amiable ne s'est pas avérée efficiente.

Dans tous les cas, le notaire désigné par la décision sera le seul rédacteur de l'acte et interlocuteur du juge, nonobstant toute intervention d'un notaire-conseil aux côtés d'une des parties, qui fera sienne sa rémunération.

La procédure suivie est rappelée dans le schéma en annexe.

Au greffe du juge aux affaires familiales, l'affaire peut être mise hors du rôle de la mise en état, le temps de la mise en œuvre du processus liquidatif.

Rôle du notaire : dresser un état liquidatif établissant les comptes entre les copartageants, la masse partageable, les droits des parties et la composition des lots à répartir (art. 1368 CPC)

Pour la liquidation du régime matrimonial, le notaire procèdera comme en matière amiable : il convoque les parties et leur demande de produire tous les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, laquelle ne devra pas excéder une année (renouvelable une fois).

Mais lorsque le notaire rencontre une difficulté, il doit solliciter du juge commis toute mesure destinée à en faciliter le règlement :

- Désignation d'un expert, choisi d'un commun accord par les parties ou à défaut par le juge commis saisi par le notaire,
- Désignation d'un représentant : si le notaire se heurte à l'inertie d'une partie qui refuse de se présenter, il peut la mettre en demeure par acte extra-judiciaire de comparaître ou de se faire représenter (art.841-1 code civil). Faute de comparution ou de représentation dans les trois mois, le notaire demande au juge commis, par simple requête, de lui désigner un représentant jusqu'à la réalisation du partage. A la différence de la procédure prévue en matière de liquidation amiable, le représentant de l'époux défaillant peut signer l'acte liquidatif

¹³ Articles 1364 et suivants du code de procédure civile

¹⁴ Dans les dossiers particulièrement complexes et conflictuels, il pourra être opportun que le juge commis et le juge chargé de trancher ensuite sur le fond soient distincts

sans autorisation préalable d'un magistrat¹⁵. Il peut toutefois préférer solliciter l'homologation par le juge aux affaires familiales déjà saisi.

- Demander une conciliation au juge en sa présence (1366 CPC)

En l'absence de consignation prévue par les textes, le notaire sera rémunéré comme pour ses missions traditionnelles. A la différence de la procédure avant-divorce, il importe peu que les parties soient ou non bénéficiaires de l'aide juridictionnelle.

En cas d'accord entre les parties, le notaire dresse un état liquidatif complet et en avise le juge aux affaires familiales saisi qui clôture la procédure. Les parties peuvent faire homologuer leur accord si elles le souhaitent.

En l'absence d'accord entre les parties, soit avant conciliation par le juge commis soit après l'échec de cette conciliation, le notaire établit un projet d'état liquidatif reprenant les dires des parties, qu'il remet au juge commis.

A ce stade, il importe que le procès-verbal établi par le notaire cerne de façon exhaustive les désaccords persistants entre les parties et établisse un projet liquidatif complet, c'est-à-dire pouvant être mené à terme par la seule résolution des problèmes sérieux.

Rôle du juge commis

Le juge commis doit :

- contrôler les opérations :
 - o veiller au respect du délai, qu'il peut le cas échéant prolonger d'un an,
 - o vérifier le travail du notaire à qui il peut adresser des injonctions et qu'il peut même remplacer
 - o ordonner les mesures d'instruction utiles
 - o désigner un représentant pour la partie défaillante
 - o adresser des injonctions aux parties, au besoin sous astreinte (1371 CPC)
- exercer un rôle de conciliation, d'office ou sur demande du notaire, dont la finalité n'est pas de relever les points de divergence mais d'attirer l'attention des parties sur les exigences légales en matière liquidative, notamment probatoires, afin d'éviter qu'elles ne s'enferment dans une impasse.
- établir le rapport des points de désaccord, avant renvoi à la mise en état (si désaccord ou accord partiel)¹⁶

Le principal intérêt du rapport du juge commis est de purger les points de litige, le juge aux affaires familiales ne pouvant trancher que les points de désaccord visés par le rapport du juge commis.

Il est toutefois tenu par l'article 16 du code de procédure civile au respect du principe du contradictoire et doit convoquer les parties avant toute décision.

¹⁵ L'article 841-1 du code civil (partage judiciaire) ne reprend pas l'exigence de l'article 837 in fine (partage amiable)

¹⁶ Trame de rapport du juge commis proposée en annexe

Rôle du juge aux affaires familiales

Il statue sur les points de désaccord, à partir du rapport du juge commis et des conclusions des avocats des copartageants, puis renvoie au notaire pour établir l'état liquidatif.

Si celui-ci est conforme à la décision rendue, il l'homologue à la demande de la partie la plus diligente et ordonne, s'il y a lieu, le tirage au sort des lots par la même décision, soit devant lui-même, soit devant le notaire commis.

5- LES MESURES TRANSITOIRES

Les procédures de liquidation judiciaire actuellement en cours devant le tribunal de grande instance, c'est-à-dire qui ont fait l'objet d'un enrôlement à ce titre avant le 1^{er} janvier 2010, restent soumises à la compétence de cette juridiction selon les règles antérieurement applicables.

Toutes les assignations en partage judiciaire postérieures au 1^{er} janvier 2010 relèvent de la compétence exclusive du juge aux affaires familiales, même si le jugement de divorce est antérieur à cette date.

En revanche, s'agissant des jugements de divorce prononcés avant l'entrée en vigueur du présent protocole et du guide, qui désignaient un notaire (ou le président de la Chambre) voire un juge commis, il pourra être procédé ainsi :

- Le notaire désigné le demeure, mais poursuit ses opérations en s'inscrivant dans le cadre de la procédure amiable, dont les modalités sont rappelées dans le présent guide et le schéma en annexe
- Le « juge commis », qui n'avait de toute façon à ce stade de la procédure, telle qu'elle était antérieurement envisagée, qu'un simple rôle de conciliation, n'a plus vocation à être saisi par les parties
- En cas de difficulté (carence du notaire ou des parties notamment), le juge aux affaires familiales qui a prononcé le divorce n'a plus vocation à intervenir. Les éventuelles difficultés ne peuvent se régler que suivant le schéma de la liquidation amiable, à savoir :
 - o Assignation en référé devant le président du TGI ou son délégué aux fins de désignation d'un autre notaire (si défaut de diligence ou désaccord sur le choix du notaire)
 - o Requête au président du TGI ou son délégué aux fins de désignation d'un représentant (en cas de carence d'une partie, avec respect de la procédure prévue par les articles 837 du code civil et 1358 du code de procédure civile)
 - o Etablissement d'un PV de déclaration des parties valant PV de difficulté, puis assignation devant le juge aux affaires familiales aux fins de liquidation judiciaire, en justifiant des démarches amiables préalables

Conclusion :

L'objet de ce processus est de traiter les problèmes liquidatifs le plus en amont possible.

En principe, si le juge conciliateur, informé par les avocats, désigne un notaire dès le stade de la conciliation, la plupart des difficultés doivent être résolues au stade du jugement de divorce : ou bien le juge du divorce homologue le projet d'état liquidatif, ou bien il tranche les difficultés qui lui sont soumises sur la base du projet notarié et des sollicitations des parties.

Il n'est pas contestable que, dès lors que le dépôt du rapport du notaire sera désormais sauf exception le préalable à la clôture de la procédure de divorce, la désignation d'un notaire par le juge conciliateur pourra avoir pour effet immédiat de différer le prononcé du divorce, surtout lorsque les époux s'accordent sur toutes les autres mesures accessoires et que le seul débat porte sur la liquidation de leur intérêts patrimoniaux.

Dans l'esprit de la loi du 26 mai 2004 réformant la procédure de divorce, le choix a été clairement fait d'éviter de laisser les époux s'engluer dans des problèmes liquidatifs post-divorce, fut-ce au prix d'un report du prononcé du divorce.

Certes le juge conciliateur ne peut pas imposer aux époux la désignation d'un notaire qu'ils refuseraient. Il importe toutefois que les magistrats et les avocats soient conscients de l'intérêt de ce dispositif dès lors que les immeubles communs ne seront manifestement pas vendus à bref délai, ou lorsque des litiges sont en germe relativement à la liquidation des intérêts patrimoniaux (contestations sur les revenus ou le patrimoine réel de l'autre époux, revendication de récompenses...).

Si malgré tout aucun notaire n'a été désigné *ab initio*, les problèmes liquidatifs doivent pouvoir être résolus pendant la phase de liquidation-partage amiable post-divorce.

A ce stade, l'un des principaux obstacles auquel se heurtent les notaires résidait dans la carence de l'un des époux qui pouvait avoir intérêt à faire durer la procédure.

Dans un tel cas, la désignation d'un représentant au stade de la liquidation amiable, très peu utilisée actuellement, est de nature à régler la difficulté.

Si malgré tout le juge aux affaires familiales est saisi pour un partage judiciaire, il pourra se contenter dans la plupart des cas de trancher les quelques points de contestation qui lui sont soumis, puis de désigner un notaire pour dresser l'acte liquidatif final.

Ce n'est que dans les situations complexes, et lorsque les difficultés n'auront pas été suffisamment anticipées, notamment par la désignation antérieure d'un notaire, que la procédure plus lourde de la double désignation du notaire et du juge commis devra être mise en œuvre.

Enfin, même si cette précision ne concerne pas directement le processus liquidatif, il est utile de souligner que la circulaire du 16 juin 2010 explicite le nouvel article L.213-3 du code de l'organisation judiciaire qui liste les compétences du juge aux affaires familiales en rappelant que ce dernier est désormais compétent pour toutes les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux : autorisations et habilitations lorsqu'un époux est hors d'état de manifester sa volonté¹⁷ ou exprime un refus mettant en péril l'intérêt commun¹⁸ ; actions portant sur les difficultés liées à un dysfonctionnement du régime matrimonial ou de l'indivision¹⁹.

Les demandes relatives aux indivisions fondées sur les articles 815-6, 815-7 et 815-9 du code civil restent toutefois de la compétence du président du tribunal de grande instance.

¹⁷ Art. 815-4, 1426 al 1, 2405 et 2446 du code civil

¹⁸ Art. 217, 219, 815-5, 2405, 2446 du code civil

¹⁹ Art. 1426 al 2 et 3, 1580 et 1427 du code civil