

Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°510 du 20 décembre 2012

[Droit de la famille] Événement

Partages amiables, partages judiciaires — Compte-rendu de la réunion de la Commission Famille du barreau de Paris

N° Lexbase : N5006BTL



par *Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo*
— édition privée

La Commission ouverte "Famille" du barreau de Paris tenait, le 26 novembre 2012, sous la responsabilité de Francis Tissot, une réunion sur le thème "Partages amiables, partages judiciaires", à laquelle intervenaient Adrien Saporito, avocat à la cour, et Alexandra Cousin, notaire, expert judiciaire. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Pour rappel, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités (N° Lexbase : L0807HK4), a notamment bouleversé le droit applicable en matière de partages amiables et judiciaires. Par ailleurs, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (N° Lexbase : L1612IEG), plus précisément son article 14, a élargi les compétences du juge aux affaires familiales à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux, ainsi qu'aux procédures attachées au régime matrimonial et au contentieux relatif au fonctionnement et au partage des indivisions entre concubins ou entre partenaires pacsés.

Il convient de préciser, à titre liminaire, que cette réunion n'avait pas pour objet d'évoquer les questions relatives à l'indivision.

Francis Tissot a tenu à rappeler l'esprit du législateur moderne. Il apparaît que celui-ci s'efforce d'écartier au maximum le recours à la voie judiciaire, en essayant de résoudre les questions en amont ou en proposant des solutions

alternatives (cf., notamment, C. civ., art. 257-2 N° Lexbase : L2822DZK, en matière de divorce ; et C. civ., art. 840 N° Lexbase : L9979HNW et C. pr. civ., art. 1360 N° Lexbase : L6314H7Y en matière de successions).

Ainsi, l'assignation en divorce n'est recevable que pour autant qu'elle contient une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. Mais, la difficulté vient du fait que le juge n'a aucun pouvoir pour statuer sur cette proposition de règlement, qui est seulement destinée à lui permettre d'avoir une vision globale pour statuer sur le divorce.

C'est ainsi que, sur Paris, les JAF ont considéré qu'il était nécessaire de d'élaborer une charte (Charte de Paris sur la procédure de divorce et le règlement des régimes matrimoniaux, signée le 6 juillet 2012 par le Bâtonnier, le Président de la Chambre des notaires, et la Présidente du TGI de Paris), afin de déterminer les règles permettant au JAF d'appréhender la situation à la fois dans sa globalité, et de préférence de régler la totalité des conséquences du divorce dans la procédure de divorce elle-même et non pas dans une procédure de partage qui en serait la conséquence.

C'est tout l'intérêt de l'article 255, 10° du Code civil (N° Lexbase : L2818DZE) de permettre au juge, si le projet de liquidation est suffisamment élaboré, de pouvoir, par un seul jugement, résoudre toutes les conséquences du divorce, patrimoniales (prestation compensatoire, etc.) et non patrimoniales, à travers une vision globale incluant la liquidation du régime matrimonial.

Or, l'on assiste parfois à des stratégies extrêmement perverses en matière de divorce, consistant à faire une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux ne permettant pas au juge d'appréhender la réalité de la situation patrimoniale, notamment quant à la liquidation du régime matrimonial.

D'où la nécessité de réfléchir, en amont, à la possibilité du partage amiable, que la loi du 23 juin 2006 a souhaité ériger comme principe, et de voir à défaut quelles sont les règles qui président au partage judiciaire.

La désignation du notaire pendant la procédure de divorce

Adrien Saporito rappelle donc la possibilité de faire désigner un notaire, sur le fondement de l'article 255, 9° et surtout 10°, pendant la procédure de divorce. Il s'agit d'établir un projet d'état liquidatif qui sera peut-être amené à être accepté par les parties. Cette faculté n'est malheureusement, à ce jour, pas encore très utilisée en France.

Le dernier alinéa de l'article 267 du Code civil (N° Lexbase : L2834DZY) permet de faire trancher définitivement, au moment du prononcé du divorce, les désaccords portant sur la liquidation du régime matrimonial des époux.

Il existe trois conditions pour que le JAF, dans la procédure de divorce, et au moment du prononcé, puisse statuer sur les "désaccords persistants" :

— *tout d'abord, il doit être saisi de la demande ;*

— *ensuite, un notaire doit avoir été désigné sur le fondement de l'article 255, 10° ;*

— *enfin, le projet établi par le notaire doit contenir les informations suffisantes pour que le JAF puisse statuer. Malheureusement, en pratique, force est de constater que les rapports ne contiennent pas des informations suffisantes, faute d'avoir obtenu les pièces nécessaires ou d'avoir suffisamment caractérisés les difficultés liquidatives.*

Selon Francis Tissot, l'article 255, 10° peut être un excellent outil de partage amiable. Il peut, en effet, permettre de faire homologuer un accord conventionnel sur la liquidation et le partage (articles 267 et 268 du Code civil), voire permettre l'élaboration d'une convention de divorce permettant d'utiliser la "passerelle" de l'article 247 du Code civil (N° Lexbase : L2800DZQ), pour passer du divorce contentieux au divorce amiable. Le rôle du notaire apparaît donc fondamental dans la collecte des informations nécessaires à l'établissement d'un projet de partage suffisamment exhaustif pour qu'il ne subsiste pas de zones d'ombre qui ne permettraient pas au juge d'aboutir au jugement global de la liquidation et l'oblige à renvoyer les parties au partage judiciaire.

Alexandra Cousin souligne que l'article 255, 10°, est très clairement destiné à favoriser le règlement des litiges entre les époux qui divorcent, et d'accélérer la procédure, à travers la rencontre d'un tiers expert, qui va les aider à trouver un accord le plus rapidement possible, en évitant la phase judiciaire. Pour pouvoir proposer un projet de partage suffisamment exhaustif, le notaire doit donc pouvoir disposer de certaines pièces indispensables.

Sont, tout d'abord, indispensables : le contrat de mariage ; les titres de propriété ; la copie des prêts et des tableaux d'amortissement.

Par ailleurs, pour le calcul des créances et des récompenses, le notaire doit normalement, lors du premier rendez-vous, expliquer les pièces que l'avocat devra rechercher avec le client pour justifier des créances et dépenses. On peut en citer quelques exemples. S'agissant, ainsi, du compte détenu par un époux le jour de son mariage, il doit faire une demande auprès de l'établissement bancaire, s'il n'a pas conservé le relevé du compte, ou éventuellement demander au notaire d'effectuer cette demande. En résumé, il convient de rassembler toutes traces écrites de ce qui existait au jour du mariage, ou de ce qui est survenu au cours du mariage par donation ou succession. Sachant qu'en tout état de cause, la preuve de l'origine des fonds n'est pas suffisante et qu'il convient aussi de justifier leur emploi (par exemple, encaissement sur un compte joint ; preuve des investissements réalisés).

De même, s'agissant d'époux séparés de biens, lorsqu'un client revendique des créances contre l'indivision ou contre le conjoint, il convient de retrouver les traces de paiement des sommes que le client prétend avoir financées seul, et de les qualifier, en précisant le fondement sur lequel l'avocat prétend au remboursement de ces sommes au profit de son client.

Les honoraires du notaire pour établir le projet de liquidation dans le cadre de l'article 255-10°, correspondent à un honoraire tarifé de 0,53 % de l'actif brut de communauté, ou de l'actif brut indivis. Le montant obtenu hors taxes est ensuite majoré de la TVA. Dans le cadre de l'article 255-9°, les honoraires correspondent en revanche à un tarif horaire. Le notaire doit alors annoncer au préalable son tarif horaire pour une telle mission. A la fin du rapport, le notaire envoie alors une facture au magistrat, lequel rend une ordonnance de taxe, fixant de façon définitive le montant des honoraires et émoluments.

La désignation du notaire au moment du prononcé du divorce

Francis Tissot a tenu à signaler l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 novembre 2012, venant en rupture de la pratique mise en œuvre à la suite de la publication de la loi du 23 juin 2006 (Cass. civ. 1, 7 novembre 2012, n° 12-17.394, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A4319IWU). Dans cette affaire, les parties avaient demandé au juge de commettre un notaire pour procéder à un partage (or, il faut savoir que le partage judiciaire n'est que le subsidiaire de l'impossibilité d'un partage amiable). La Cour de cassation, au visa des articles 267, alinéa 1er, et 1361, alinéa 2, du Code de procédure civile, décide que la cour, en refusant de nommer un notaire lorsque cela lui était demandé, a violé les dispositions en cause. Selon Francis Tissot, le visa de l'article 1361 du Code de procédure civile, selon lequel "*Le tribunal ordonne le partage, s'il peut avoir lieu, ou la vente par licitation si les conditions prévues à l'article 1378 sont réunies. Lorsque le partage est ordonné, le tribunal peut désigner un notaire chargé de dresser l'acte constatant le partage*", est regrettable. Ces dispositions visent le cas d'un partage non complexe où le tribunal ordonne le partage des éléments d'actif ; aussi, il faut faire la démonstration de l'impossibilité de procéder au partage amiable pour rendre recevable le partage judiciaire. Selon Francis Tissot, cet arrêt semble apporter une novation dans la pratique quotidienne.

Depuis la loi du 23 juin 2006, il était clairement acté que, les dispositions de l'ancien Code de procédure civile, qui permettaient cette désignation, ayant été abrogées, le JAF ordonnait le partage et renvoyait les parties au partage amiable, ce qui est strictement conforme au texte. Cette pratique avait été confirmée par la circulaire du ministère de la Justice et des Libertés du 16 juin 2010.

Adrien Saporito souligne que la Cour de cassation, par un premier arrêt du 12 avril 2012 (Cass. civ. 1, 12 avril 2012, n° 11-20.195, F-D N° Lexbase : A5932IHK), avait d'ores et déjà censuré la cour d'appel de Toulouse pour avoir refusé de désigner un notaire et commettre un juge pour surveiller les opérations. Cet arrêt, contesté en doctrine, mais non publié au bulletin, laissait supposer qu'un juge du divorce pouvait désigner un notaire pour procéder à la liquidation et au partage.

La Charte de Paris sur la procédure de divorce et le règlement des régimes matrimoniaux, signée le 6 juillet 2012, passant sous silence cet arrêt du 12 avril 2012, a alors précisé que le juge du divorce ordonne le partage et ne peut pas désigner de notaire.

C'est dans ce contexte que, dans son arrêt du 7 novembre 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu très clairement que le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux, et le cas échéant, désigne un notaire, au visa des articles 267, alinéa 1, du Code civil, selon lequel le JAF ordonne le partage, et, de manière surprenante, 1361, alinéa 2, du Code de procédure civile, lequel se trouve dans la section relative au partage judiciaire.

Aussi, lors du prononcé du divorce, soit le JAF retient la position de la Haute juridiction et désigne un notaire, soit il appartient aux parties d'aller voir un notaire pour entamer la phase amiable du partage.

Sur le partage amiable, Adrien Saporito précise qu'il faut distinguer selon que les deux parties sont présentes, ou

non.

Lorsque les deux parties sont présentes, soit l'on aboutit à un accord, qui sera rédigé par le notaire ; soit la tentative amiable échoue, les parties ne parvenant pas à trouver un accord, auquel cas, il est procédé à une assignation en partage judiciaire.

Si l'une des parties ne se présente pas, la partie diligente peut mettre en demeure le défaillant d'avoir à se faire représenter.

En effet, l'article 837 du Code civil (N° Lexbase : L9976HNS) énonce que "*si un indivisaire est défaillant, [...], il peut, à la diligence d'un copartageant, être mis en demeure, par acte extrajudiciaire, de se faire représenter au partage amiable. Faute pour cet indivisaire d'avoir constitué mandataire dans les trois mois de la mise en demeure, un copartageant peut demander au juge de désigner toute personne qualifiée qui représentera le défaillant jusqu'à la réalisation complète du partage. Cette personne ne peut consentir au partage qu'avec l'autorisation du juge*".

Après expiration du délai de trois mois, la partie diligente peut saisir le Président du TGI par requête d'une demande de désignation d'un mandataire (C. pr. civ., art. 1379 N° Lexbase : L6333H7P).

Le notaire établit alors un projet qui devra être accepté par les deux. Une fois ce projet accepté, le représentant du défaillant sollicite par assignation en référé l'autorisation au Président du tribunal pour consentir au partage amiable en produisant le projet, lequel rendra une ordonnance autorisant le représentant à consentir au partage, qui sera ensuite signée par les parties chez le notaire.

Par ailleurs, en présence d'un indivisaire protégé, par exemple sous curatelle, il faut savoir que celui-ci ne peut pas procéder au partage amiable sans l'assistance de son curateur, de même qu'il ne peut pas engager une action en partage judiciaire, sans l'assistance de son curateur. Par ailleurs, si l'on est demandeur contre une personne sous curatelle, il ne faut pas oublier de signifier l'acte au curateur.

S'agissant d'un majeur placé sous tutelle, le partage amiable peut être fait par le tuteur au nom du majeur protégé, mais après avoir recueilli l'autorisation du Conseil de famille, le cas échéant, ou à défaut, du juge des tutelles (C. civ., art. 389-5 N° Lexbase : L8358HWH et C. civ., art. 507 N° Lexbase : L8503HWT). Dans ce cas, le juge des tutelles dispose de la faculté de désigner un notaire pour procéder au partage amiable. L'état liquidatif qui va être dressé, est soumis à l'approbation du Conseil de famille, ou à défaut, du juge des tutelles. Autrement dit, le partage amiable échappe à la qualification des actes que le tuteur peut effectuer seul ; il s'agit d'un acte de disposition.

Francis Tissot ajoute que, s'agissant de l'homologation judiciaire d'un partage amiable approuvé par le juge des tutelles, qui, sous l'empire de la loi ancienne, devait en outre être homologué par jugement du TGI, cette pratique était source de retard considérable et a été abrogée par la loi du 23 juin 2006, qui a prévu la possibilité de procéder à un partage amiable avec un mineur ou un majeur, sous la double condition de l'autorisation en amont et de l'approbation du seul juge des tutelles. Cette règle vient également faciliter la sortie de l'indivision dans le cadre d'un partage amiable, y compris lors de la présence de mineur ou de majeur protégé.

Adrien Saporito a rappelé la possibilité, sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1497H49), de solliciter, avant une procédure au fond, la désignation d'un expert, notamment en cas de désaccord des indivisaires sur la valeur d'un bien. Cette expertise pourra être utile pour parvenir à un accord ou simplifier la phase judiciaire. Dans le cadre d'une liquidation post divorce, cette demande doit être faite devant le JAF.

Sur le partage judiciaire, il existe un certain nombre de conditions de recevabilité de l'assignation en partage, énoncées à l'article 1360 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L6314H7Y). Tout d'abord, l'assignation en partage doit contenir un descriptif sommaire du patrimoine à partager ; ensuite, l'assignation doit préciser les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ; enfin, l'assignation doit préciser les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable.

Nombreux étaient ceux qui, pour faire échouer cette procédure de partage, avaient tendance à saisir immédiatement le juge de la mise en état d'une demande d'irrecevabilité en prétextant par exemple l'absence de diligences en vue de parvenir à un partage amiable.

La question a été posée à la Cour de cassation qui a rendu un avis le 13 février 2012 (Cass. avis, n° 01 200 001P du 13 février 2012 N° Lexbase : A1097IXW), aux termes duquel elle précise que "*le moyen qui tend à faire déclarer irrecevable une assignation en partage, faute de comporter un descriptif sommaire du patrimoine à partager, de préciser les intentions du demandeur quant à la répartition des biens et d'indiquer les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable, conformément aux prescriptions de l'article 1360 du Code de procédure civile,*

constitue une fin de non-recevoir ; en conséquence, ce n'est pas le juge de la mise en état qui est compétent. Ce ne sera donc qu'au terme de la procédure de partage judiciaire, que l'on saura si une telle assignation était irrecevable.

Francis Tissot a rappelé qu'il existe deux types de partage : le partage simple (C. pr. civ., art. 1359 à 1363) et le partage dit complexe (articles précitées auxquels s'ajoutent les dispositions particulières prévues aux articles 1364 N° Lexbase : L6318H77 et suivants du même code).

Adrien Saporito a, enfin, rappelé que la charte précitée prévoit que, dans le cadre d'une liquidation post divorce, à la suite de la constitution de l'avocat défendeur, le juge aux affaires familiales informe les parties de la possibilité d'avoir recours à une médiation. Si cette pratique commence à se développer sur Paris, Francis Tissot et Adrien Saporito restent dubitatifs quant à l'opportunité d'une médiation en matière de partage judiciaire, dès lors que la phase amiable n'a pas abouti. Alexandra Cousin estime, cependant, que dans certains dossiers, notamment lorsque le partage amiable ne peut aboutir en raison des blessures causées aux époux par la procédure de divorce qui a été longue et très "guerrière", la médiation peut au contraire être très bénéfique.