

N^{os} 408261, 408431, 408435, 409256

- M. L...

- ORDRE DES AVOCATS AU BARREAU DE PARIS

- CONFERENCE DES BATONNIERS

DE FRANCE ET D'OUTRE-MER

- POLYNESIE FRANÇAISE

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 28 mai 2018

Lecture du 14 juin 2018

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

L'article 50 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a introduit dans le code civil, aux articles 229-1 et suivants, une procédure extrajudiciaire de divorce par consentement mutuel : l'acte est directement négocié entre les parties, assistées de leurs avocats, qui contresignent la convention, déposée ensuite au rang des minutes d'un notaire. Le décret n° 2016-1907 du 29 décembre 2016 est le principal décret d'application de cette réforme : il complète la partie réglementaire du code de procédure civile. Il contient également des dispositions relatives à l'aide juridictionnelle que peut percevoir l'avocat pour cette procédure. Ce sont ces dernières dispositions qui sont attaquées pour excès de pouvoir par trois requêtes qui émanent d'un avocat individuel, de l'ordre des avocats au barreau de paris et de la conférence des bâtonniers. Une quatrième requête, dont nous traiterons ensuite, a été formée par la collectivité d'outre-mer de Polynésie française : elle conteste la façon dont le décret a prévu son application sur son territoire.

Les trois premières requêtes ne nous semblent pas poser de difficulté importante.

S'agissant de la procédure, les modifications du texte postérieures à la consultation du conseil national de l'aide juridique (CNAJ) ne rendaient pas obligatoire une nouvelle consultation de ce conseil, car elles ne posaient pas de question nouvelle : modification des documents à transmettre pour toucher la rétribution et surtout diminution de cette rétribution en cas d'échec de la moitié au quart de la rétribution normale. La question du principe d'une telle diminution et de son montant avait bien été posée. Et ce n'est pas le projet de décret soumis au CNAJ que le gouvernement était tenu de soumettre au Conseil d'Etat.

S'agissant de la légalité interne du décret, quatre aspects sont critiqués.

Me L... conteste le nouvel article 1146 du code de procédure civile, qui permet que la convention de divorce soit rédigée en langue étrangère, à condition qu'elle soit accompagnée d'une traduction par un traducteur habilité lorsqu'elle est déposée chez un notaire. Cela n'est pas contraire à l'article 2 de la Constitution qui dispose que la langue de la République est le français, dont le Conseil constitutionnel juge de façon constante qu'il n'impose l'usage du français qu'aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé chargées

d'une mission de service public (CC, n° 94-375 DC du 29 juillet 1994 ; n° 96-373 DC du 9 avril 1996 ; n° 99-412 DC du 15 juin 1999 ; n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001). Il en va de même de l'article 5 de la loi n° 94-665 du 4 août 1994, dite loi Toubon. Or le divorce fait ici l'objet d'une convention privée, que le notaire ne fait que recevoir. L'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, toujours en vigueur, n'est pas plus méconnue puisqu'il s'agit d'une procédure extra-judiciaire.

Les trois autres critiques sont relatives aux modalités fixées pour qu'un avocat qui négocie le divorce extrajudiciaire d'une personne qui bénéficie de l'aide juridictionnelle puisse percevoir de l'Etat sa rétribution à ce titre.

Pour percevoir cette rétribution, l'avocat doit justifier de ses diligences. Si les négociations aboutissent, il transmet une attestation notariée de dépôt la convention ; si elles n'aboutissent pas, il transmet « *les correspondances portant la mention « officiel » échangées au cours de la procédure et une attestation récapitulant les diligences accomplies* ». Ce dispositif s'inspire de celui prévue pour la rétribution des avocats en matière de pourparlers transactionnels, pour lesquels est prévu la communication des « lettres, pièces et documents élaborés ou échangés au cours des pourparlers ». Il est soutenu que, pour le divorce, ce dispositif méconnaît l'obligation législative de secret professionnel prévue à l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, le principe d'indépendance de l'avocat garanti par les articles 1^{er}, 3 et 66-5 de cette loi, et le droit de leurs clients au respect de leur vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais l'article 66-5 prévoit lui-même qu'il ne couvre pas les échanges entre avocats portant la mention « officielle » : vous pourrez interpréter le décret comme ne se référant qu'à ces courriers entre avocats, dont la teneur devra respecter les obligations déontologiques de l'avocat. Le décret ne crée par lui-même aucune obligation relative à ces courriers. Eu égard au fait qu'ils sont adressés au seul président du bureau d'aide juridictionnelle, lui-même tenu au respect de sa déontologie professionnelle, pour les besoins de la procédure d'aide juridictionnelle, l'atteinte à la vie privée est certainement proportionnée. Et l'indépendance de l'avocat n'est pas méconnue.

Est ensuite critiqué l'article 29 du décret attaqué, modifiant l'article 118-6 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991, pour prévoir qu'en cas d'échec, le bénéfice de l'aide juridictionnelle est réduit au quart de la rétribution normale, mais que le président du bureau peut augmenter ce montant jusqu'aux trois quarts, sur justification de l'avocat. La logique du décret découle de ce que la négociation peut échouer assez vite, et que la charge pour l'avocat peut donc s'avérer assez faible par rapport à une négociation réussie où toutes les clauses de la convention doivent être discutées et rédigées. Mais il est possible que la négociation échoue tardivement, à un moment où beaucoup de points ont été discutés et peut-être même rédigés : d'où la faculté de modulation. Il est vrai que, pour les procédures transactionnelles ou participatives, cette réduction de base est limitée à la moitié de la rétribution. Mais il n'y a pas de rupture d'égalité à avoir choisi un système différent pour la procédure particulière du divorce extrajudiciaire, ni d'erreur manifeste d'appréciation dans ce choix. Il n'y a pas d'atteinte à l'indépendance de l'avocat, ni au droit au recours effectif du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et, en tout état de cause, par l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dès lors que l'aide peut être modulée et qu'il est admis qu'elle est en partie assurée par l'avocat lui-même.

Dernier point litigieux : l'article 118-8 du décret du 19 décembre 1991 modifié par le décret attaqué prévoit que la rétribution accordée à un avocat pour avoir conduit une procédure de

divorce extrajudiciaire qui a échoué est ensuite déduite de celle qu'il reçoit, le cas échéant pour son concours dans le cadre de la procédure par consentement mutuel judiciaire. Le principe de cette imputation a été prévu par la loi du 18 novembre 2016 qui a créé cette nouvelle procédure, mais en renvoyait les modalités au décret. Le décret était probablement compétent pour prévoir une imputation partielle, mais il n'a pas méconnu la loi ni commis d'erreur manifeste d'appréciation en prévoyant une imputation totale : le travail sur le dossier et les échanges conduits en dehors du prétoire sont le point de départ de la procédure juridictionnelle qui va le prolonger, et peuvent être regardés comme s'intégrant dans la procédure juridictionnelle future. A l'intérieur des procédures juridictionnelles, le montant maximal accordé pour la rétribution est déjà en partie forfaitaire : l'avocat reçoit le même montant alors que les procédures sont diverses et requièrent des efforts variables. Cette forfaitisation de la procédure incluant tant la partie extrajudiciaire que la partie judiciaire, défavorable aux avocats, ne nous semble pas pour autant illégale.

Nous en venons donc à la dernière requête, qui est nettement plus délicate. La collectivité de Polynésie Française, à travers son président, vous demande d'annuler pour excès de pouvoir les dispositions du VI de l'article 41 du décret, qui prévoit l'application de certains articles du texte en Polynésie française. Ce territoire est régi par le principe de spécialité : les lois et règlements de l'Etat ne s'y appliquent qu'en vertu d'une mention expresse ; ce principe est tempéré par l'article 7 du statut fixé par la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, qui prévoit une applicabilité de plein droit dans certaines matières, dont la législation relative à l'Etat des personnes, notamment en matière de mariage et divorce. En l'espèce, le décret déclare que ses articles 3 à 7 sont applicables de plein droit, et prévoit l'application des articles 18 à 33, 39 et 40. L'applicabilité en Polynésie des dispositions des articles 18 à 33, relatifs à l'aide juridictionnelle, qui relève de la compétence de l'Etat en vertu de l'article 14 du statut, n'est pas contestée. L'applicabilité de tous les autres articles est contestée.

Il vous faut d'abord déterminer si les dispositions du décret indiquant quels articles sont applicables de plein droit peuvent être attaquées : ces dispositions sont purement déclaratives, informatives, et leur annulation n'empêcherait pas l'applicabilité de plein de droit des règlements de l'Etat en matière de divorce. Cette sorte d'indication dans le décret fait suite à une recommandation du Conseil d'Etat en 2016 de signaler les dispositions applicables de plein droit dans les collectivités soumises à la spécialité législative, afin de faciliter la lisibilité du droit outre-mer.

Il en résulte que si le décret désigne correctement les dispositions s'appliquant de plein droit, cette disposition n'a pas de portée juridique et les conclusions tendant à son annulation sont en principe irrecevables. En revanche, si le décret est erroné et rend applicable des dispositions qui ne le sont pas de plein droit, le recours est recevable. Il arrive dans votre jurisprudence que la recevabilité d'un recours, notamment pour déterminer si un acte est susceptible de recours, dépende de l'examen d'une question de fond. Vous pouvez toutefois choisir un chemin moins orthodoxe mais plus rapide en estimant qu'une telle mention, qui double l'applicabilité de plein droit par une applicabilité en vertu du décret, quel que soit le motif avancé par le décret, est toujours susceptible de recours. Aucune fin de non recevoir n'est d'ailleurs opposée par le garde des sceaux.

La Polynésie Française prétend que les dispositions rendues applicables sur son territoire ne relèvent pas de la compétence de l'Etat. Cette discussion pose la question habituelle de l'appréciation de la frontière entre les matières énumérées par les statuts : la réglementation du divorce relève de l'Etat tandis que celle de la procédure civile relève de la Polynésie

française. L'articulation de compétences définies par matière pose deux problèmes récurrents : le premier consiste à placer la frontière, à déterminer ce qui relève du fond et ce qui relève de la procédure juridictionnelle, car il y a toujours des cas ambigus ; le second tient à l'articulation des textes édictés par chacune des autorités compétentes, les matières étant dépendantes entre elles. Ainsi, lorsque l'autorité qui règlemente le divorce prévoit que certaines décisions ne peuvent être prononcées que par le juge, elle renvoie à une procédure juridictionnelle ; quand, à l'inverse, au titre de la procédure civile, un texte fixe les pouvoirs et les devoirs du juge de l'état des personnes, il ne peut le faire de façon cohérente qu'en ayant en vue les règles de fond du divorce et du mariage. Au-delà de la simple question de frontière, ces partages de compétence impliquent donc une constante vigilance de chaque autorité pour adapter ses textes aux règles édictées par l'autre. C'est bien le souci de la Polynésie française, qui a édicté un code procédure civile polynésien par une délibération de son assemblée n° 2001-200 du 4 décembre 2001 et qui estime que le décret attaqué implique des modifications des règles de son code.

La détermination de ce qui ressortit à la procédure civile et aux branches du droit civil qui continuent de relever de l'Etat a été précisée par un avis public de la section de l'intérieur du Conseil d'Etat n° 380799 du 2 octobre 2009. L'avis fixe des points de repère précis que vous pourrez, selon nous, reprendre. Il indique notamment que la compétence polynésienne en matière de procédure civile, maintenue par la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, s'étend aux procédures particulières à chaque matière, notamment en matière de divorce. L'avis estime toutefois que « *certaines règles de procédure civile, en nombre au demeurant limité, sont indissociables des règles de fond applicables à la matière dont elles assurent la protection judiciaire. Participant de la nature de celles-ci, elles en empruntent alors le régime et ne peuvent, par voie de conséquence, qu'être édictées par l'autorité compétente au fond* », donc par l'Etat en matière de divorce. Des exemples précis illustrent ce cas de figure rare : le pouvoir d'homologation du juge en matière de divorce ou l'effet suspensif des voies de recours dans cette matière ; l'octroi au juge des tutelles d'un rôle de surveillance générale dans les mesures de protection prises à l'égard des majeurs vulnérables ; ou des règles de recevabilité indissociables du fond du droit, par exemple dans les instances relatives à la filiation. A chaque fois, la Polynésie française reste compétente pour « *déterminer les simples modalités de mise en œuvre judiciaire* » de ces règles.

Il s'agit, selon nous, de cas où il serait impossible à l'Etat de régir ce qui relève de sa compétence de façon cohérente sans prévoir lui-même le recours au juge ou sans donner une indication ayant une dimension juridictionnelle. En revanche, cette compétence de l'Etat ne s'étend pas à tous les cas où une réforme en matière d'état des personnes va impliquer la modification des règles de procédure juridictionnelle liées : le besoin de coordonner et d'adapter les textes est consubstantiel au partage des compétences.

Vous êtes en outre confrontés à une difficulté spécifique qui tient à ce que, en matière de divorce, auparavant, le fond se confondait avec la réglementation d'une procédure juridictionnelle, puisque le divorce passait forcément par l'intervention d'un juge. Sont ainsi mêlés dans le code civil, et peut-être même dans le code de procédure civile, des règles de fond sur le règlement des divorces et des règles de procédure juridictionnelle. Vous pourriez hésiter à en tirer pour conséquence que, lorsqu'une décision en matière d'état des personnes relève du juge, l'Etat est compétent tant pour fixer les règles de fond que les règles spéciales d'intervention du juge. Cela ne nous semble pas, cependant, ce qu'a souhaité le législateur organique et serait contraire à l'avis de la section de l'intérieur.

Il nous semble que le partage entre fond et procédure juridictionnelle dans un tel cas est le suivant :

- l'Etat est compétent pour poser toutes les règles régissant l'état des personnes qui ne requièrent pas l'intervention d'un juge ; il est donc compétent pour prévoir la possibilité d'un divorce extrajudiciaire par consentement mutuel et en fixer toutes les règles ;
- l'Etat est compétent pour prévoir si l'intervention d'un juge est nécessaire ; il est compétent tant pour prévoir les autres cas la rupture du lien conjugal que pour décider qu'ils relèveront d'une procédure juridictionnelle ;
- en revanche, à chaque fois que l'intervention du juge est prévue, c'est la Polynésie française qui est compétente pour en fixer les modalités, au titre de sa compétence en matière de procédure civile ;
- la difficulté tient à déterminer l'autorité compétente pour fixer les règles de fond des divorces judiciaires. En toute logique, ces règles relèvent de l'Etat mais, du fait de ce que la décision est prise par le juge, il s'agit également de déterminer les pouvoirs et les devoirs du juge. Vous avez déjà été confronté à cette question et vous avez alors fait prévaloir l'idée que la compétence du fond prévaut, soit en l'espèce celle de l'Etat. En 2002, vous avez jugé que seul l'Etat pouvait prévoir la possibilité pour le juge de prolonger le délai permettant aux héritiers d'accepter sous bénéfice d'inventaire une succession, dès lors que l'octroi d'un tel délai est « *relatif au déroulement des opérations de succession* » (CE, avis, 29 juillet 2002, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, n° 244025, T.).

Au regard de ce cadre d'analyse, qu'en est-il des dispositions litigieuses ?

L'article 4 du décret attaqué est l'article qui crée dans le code de procédure civile les dispositions d'application de la procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privé contresigné par les avocats. Il s'agit par définition d'une procédure extrajudiciaire, non juridictionnelle, en matière de divorce : ces articles sont donc applicables de plein droit en Polynésie française.

En revanche, les articles 5 à 7 sont eux relatifs à des ajustements de la procédure judiciaire de divorce par consentement mutuel :

- l'article 5 est un article qui procède à un ajustement purement rédactionnel à l'article 1077 du code de procédure civile. Pour que l'application de cette modification ait un sens en Polynésie française, il faut que l'article 1077 y soit lui-même applicable ; or cet article pose la règle selon laquelle il n'est pas possible de demander le divorce pour plusieurs des motifs permettant la rupture du lien conjugal (consentement mutuel, acceptation du principe de la rupture sans accord sur ses conséquences, altération définitive du lien conjugal et faute). Cette règle n'est pas indissociable des règles de fond et relève selon nous de la procédure civile, donc de la Polynésie française ;
- l'article 6 ajoute aux documents à joindre à la requête le formulaire d'information de l'enfant mineur demandant à être entendu par un juge. Cette demande d'audition fait en effet obstacle à un règlement extrajudiciaire du divorce. Mais l'obligation de

joindre ce formulaire à la requête introduisant l'instance relève d'un choix de procédure, et donc également de la Polynésie française ;

- enfin, l'article 7 régit les modalités d'audition du mineur par le juge et la convocation des époux qui la suit. Il s'agit là encore, selon nous, de règles de procédure.

Enfin, est rendu applicable l'article 30 qui crée des articles du code de procédure civile relatifs à l'envoi en possession du légataire universel. Ils ne traitent pas directement de divorce et pas non plus de procédure juridictionnelle puisque ces opérations, qui relevaient auparavant du juge, sont en principe notariées depuis la loi du 18 novembre 2016. L'Etat est bien compétent pour fixer les règles des successions en Polynésie française (art. 13 de la loi du 27 février 2004) ; c'est donc lui qui choisit si un acte ou une vérification doit être faite par le juge ou non, et il peut régler les modalités procédurales d'intervention du notaire.

Restent les articles 3 et 40 qui, respectivement, modifie des titres de subdivision du code de procédure civile et fixe l'entrée en vigueur du décret. Dès lors qu'une partie des modifications du code de procédure civile, relatives à la procédure extrajudiciaire de divorce, est applicable en Polynésie française, nous pensons que le décret devait prévoir l'application de ces articles dans ce territoire, cette application ne valant évidemment que pour les dispositions qui y sont elles-mêmes applicables.

Vous écarterez enfin sans difficulté les deux derniers moyens :

- rien dans le décret ne prétend modifier le code de procédure civile de Polynésie, qui devra si nécessaire être adapté par la collectivité ; dès lors, il n'y a pas non plus de méconnaissance de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la norme au motif qu'un décret viendrait implicitement et de façon illisible modifier ce code polynésien ;
- il n'y avait pas d'obligation de consultation du gouvernement de la Polynésie française dès lors que celle-ci n'est requise, en vertu de l'article 10 du statut organique, que pour les « *projets de décret à caractère réglementaire introduisant, modifiant ou supprimant des dispositions particulières à la Polynésie française* ». Vous regardez de façon constante un décret prévoyant l'application en Polynésie des mêmes règles qu'en métropole comme ne comportant pas de disposition « particulière », dès lors qu'il ne supprime aucune spécificité polynésienne. En l'espèce, la procédure de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire est nouvelle et, dès l'origine, l'Etat choisit de l'appliquer sans adaptation en Polynésie : la consultation n'était donc pas requise.

PCM nous concluons donc :

- à l'annulation du VI de l'article 41 du décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 en tant qu'il rend applicables en Polynésie française les articles 5, 6 et 7 de ce décret ;
- au rejet du surplus des conclusions de la requête de la Polynésie française et au rejet des trois autres requêtes.