



LE DIVORCE SANS JUGE EN DIX QUESTIONS

DROIT PATRIMONIAL

AVOCAT JUGE DIVORCE
NOTAIRE
CONSENTEMENT MUTUEL



PAR
GWENOLA DEVALLET
ANGÉLIQUE DEVAUX
ÉMILIE GIANEL-FINOT
GROUPE GROUPE PATRIMOINE
ALICE LECUYER
ÉTUDIANTE MASTER II – DROIT PRIVÉ
GÉNÉRAL – UNIVERSITÉ PARIS 2
PANTHÉON-ASSAS

En 2015, parmi les 123 668 divorces prononcés par le juge aux affaires familiales, 67 875 étaient demandés par les époux par consentement mutuel, la majorité d'entre eux, au nombre de 34 483, n'ayant à leur charge aucun enfant (source : Ministère de la Justice).

L'ensemble de ces divorces n'auront désormais plus, en principe, à connaître des prétoires.

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel a longuement été discutée et débattue, faisant l'objet de multiples propositions tendant, par exemple, à confier le divorce au notaire ou à un « greffier juridictionnel ». Depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, le divorce sans juge n'est plus une arlésienne du droit de la famille. En effet, l'article 229 du Code civil adjoint aux cas de divorce judiciaire (le divorce pour faute, le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour accepta-

tion du principe de la rupture du mariage), un cas de divorce extrajudiciaire, dénommé « *divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* », et réglementé aux articles 229-1 à 229-4 du Code civil. Un décret en date du 28 décembre 2016 est, par ailleurs, venu préciser la procédure applicable à ce nouveau cas de divorce, aux articles 1144 à 1148-2 du Code de procédure civile.

“
Les objectifs affirmés
de cette réforme poursuivent
tant l'intérêt de la justice
que celui des justiciables.
”

Les objectifs affirmés de cette réforme poursuivent tant l'intérêt de la justice que celui des justiciables. Il s'agit effectivement, d'une part, de poursuivre un mouvement de désengorgement des tribunaux, qui devaient faire face à un contentieux de masse les empêchant, de facto, de traiter de manière efficiente les requêtes en divorce par consentement mutuel qui leur étaient adressées. D'autre part, la déjudiciarisation du divorce devrait permettre la mise en place d'une procédure plus simple, plus souple et plus rapide pour les époux désireux de mettre un terme à

leur union, en substituant au juge deux professions réglementées que sont les avocats et les notaires. L'avènement du divorce sans juge se trouve également être en totale adéquation avec le fil rouge des réformes successives du divorce, depuis la loi du 11 juillet 1975, qui est la pacification et la dédramatisation du divorce.

Consécutivement à l'entrée en vigueur de la réforme le 1^{er} janvier dernier, dix questions essentielles se posent autour de la nouvelle procédure du « divorce sans juge ».

1 - EST-IL POSSIBLE DANS TOUS LES CAS DE SE SÉPARER SANS JUGE ?

Le domaine d'application matériel de la procédure de divorce extrajudiciaire doit être défini de manière rigoureuse.

Au préalable, il convient de préciser que la **déjudiciarisation de la rupture de l'union ne concerne que le divorce**, et non pas les procédures en séparation de corps, qui restent soumises à l'intervention du juge. De fait, la séparation de corps, contrairement au divorce, ne dissout pas le mariage mais permet simplement aux époux de ne plus être soumis au devoir légal de cohabitation, effet personnel du mariage (article 299 du Code civil).

Cependant, le principe d'un divorce sans juge ne concerne pas l'ensemble des cas de divorce, mais **seulement les divorces par consentement mutuel**, ouverts aux époux qui s'entendent tant sur le principe de la rupture du mariage que sur ses effets (article 229-1 du Code civil). À défaut d'un tel accord, le juge reste seul compétent pour prononcer le divorce. À fortiori, la voie du divorce par consentement mutuel sera fermée, et l'intervention du juge sera nécessaire, dès lors que l'un des époux est placé sous une mesure de protection judiciaire (mandat de protection future, habilitation familiale, sauvegarde de justice, curatelle, tutelle) puisqu'il se trouve, alors, dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté (article 229-2, 2^o du Code civil).

2 - DEPUIS QUAND LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL SANS JUGE EST-IL APPLICABLE ?

L'article 114 de la loi du 18 novembre 2016

a précisé expressément le domaine d'application temporel de la réforme du divorce en fixant son **entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017**.

Ainsi, à compter de cette date, l'ensemble des procédures de divorce par consentement mutuel sont soustraites à la compétence du juge.

A contrario, dès lors qu'une requête a été déposée au greffe du juge aux affaires familiales avant le 1^{er} janvier 2017, le divorce par consentement mutuel reste soumis au régime antérieur et donc à la nécessité d'une homologation de la convention de divorce par le juge.

3 - QUELLES SONT LES DIFFÉRENTES ÉTAPES DU DIVORCE SANS JUGE ?

La procédure de divorce extra-judiciaire est organisée autour de deux grandes étapes.

La première d'entre elles consiste en l'**élaboration de la convention de divorce** qui doit prendre la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats (article 229-1 alinéa 1^{er} du Code civil).

Les époux doivent être chacun assistés dans la rédaction de la convention par son propre avocat (article 229-1 alinéa 1^{er} du Code civil). Le rôle de ces conseils est, semble-t-il, accru, puisqu'en l'absence de contrôle judiciaire il leur appartiendra de s'assurer du consentement libre et éclairé ainsi que de la préservation des intérêts de leur client. Le recours à deux avocats permet ainsi d'assurer l'équilibre du contrat entre les parties. Le choix de l'avocat est libre, il n'y a d'ailleurs pas de condition de territorialité quant au choix.

À peine de nullité, la convention de divorce doit être assortie d'un certain nombre de mentions obligatoires, savoir :

1^o Les nom, prénoms, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance de chacun des époux, la date et le lieu de mariage, ainsi que les mêmes indications, le cas échéant, pour chacun de leurs enfants ;

2^o Le nom, l'adresse professionnelle et la structure d'exercice professionnel des avocats chargés d'assister les époux ainsi que le barreau auquel ils sont inscrits ;

3^o La mention de l'accord des époux sur la

rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;

4^o Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III [titre IV du livre I^{er} du Code civil relatif au divorce], notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;

5^o L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation ;

6^o La mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.

En outre, la convention de divorce doit préciser le nom du notaire ou de la personne morale titulaire de l'office notarial chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang de ses minutes, la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire, l'état liquidatif des biens notamment ceux soumis à la publicité foncière, et le cas échéant les modalités de recouvrement et les règles de révision de la pension alimentaire ou de la prestation compensatoire sous forme de rente viagère. Enfin le projet de convention doit mentionner que l'information aux enfants mineurs n'a pas été donnée en l'absence de leur discernement. (Article 229-3 du Code civil ; articles 1144-1 à 1144-5 du Code de procédure civile).

Un **projet de convention** doit être adressé par l'avocat à son client par lettre recommandée avec accusé de réception. À compter du jour de la réception du projet, chaque époux bénéficie d'un délai de réflexion de quinze jours (article 229-4 alinéa 1^{er} du Code civil). Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai que la convention pourra être signée, en trois, voire en quatre exemplaires originaux, si cela est nécessaire pour permettre l'enregistrement de la convention, par les deux époux et leurs avocats (article 1145 alinéas 1 et 4 du Code de procédure civile).

À compter de la date de signature, court

enfin un délai de sept jours pendant lequel l'un des avocats, à la requête des parties, devra transmettre la convention à un notaire (article 1146 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile).

La **deuxième** étape débute par la réception de la convention par un notaire et a pour objet le dépôt de la **convention au rang de ses minutes** donnant ainsi date certaine et force exécutoire à la convention.

4 – SI J'AI DES ENFANTS MINEURS, PUIS-JE DIVORCER PAR CONSENTEMENT MUTUEL NON JUDICIAIRE ?

Les époux, parents d'enfants mineurs, peuvent divorcer sous le nouveau régime du divorce par consentement mutuel non judiciaire **sauf lorsque l'enfant mineur**, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge, **demande à être auditionné** par celui-ci.

Dans ce cas, le divorce par consentement mutuel redevient judiciaire.

5 – QUAND ET COMMENT LE MINEUR PEUT-IL FAIRE VALOIR SON DROIT À ÊTRE ENTENDU PAR LE JUGE ?

L'article 388-1 du Code civil dispose ce qui suit :

« Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet.

Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix.

Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été infor-

mé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat. »

Pour pouvoir être entendu par le juge, l'enfant mineur doit être **capable de discernement**. Toute la difficulté tient à l'appréciation de ce critère. L'audition du mineur ne dépendra donc pas d'un critère quantitatif fondé sur l'âge mais d'un critère très subjectif : son discernement.

Il va de soi que les enfants en bas âge ou relativement jeunes ne soient pas en mesure de se prononcer, mais à partir de quel âge faut-il considérer que l'information du mineur est requise ?

En effet, la notion de discernement, en l'absence de définition légale, reste floue. Elle a d'ailleurs été appréciée de façon très variable selon les juridictions qui ont eu à en juger.

Le discernement, au sens commun du terme, peut se définir comme la faculté d'apprécier avec justesse les situations, de pouvoir exprimer des sentiments personnels à ce propos.

6 – QUELLE EST LA RESPONSABILITÉ DES PARENTS DANS L'INFORMATION DE LEURS ENFANTS MINEURS ?

■ Juger si leur enfant est capable de discernement

Compte tenu de ce qui a été dit ci-dessus, à défaut de recours au juge pour juger de la capacité de discernement d'un enfant mineur, il est donc de la **responsabilité personnelle des parents** de déterminer si leurs enfants sont en mesure d'apprécier la situation et d'exprimer leurs sentiments à ce sujet.

Il appartiendra aux parents d'apprécier objectivement une situation subjective.

Rappelons que ce point est fondamental car, à peine de nullité, la convention devra comporter expressément la mention selon laquelle le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le

juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté.

Le notaire n'aura aucun pouvoir d'appréciation en la matière.

Il convient ici de rappeler que l'objet de l'audition porte le plus souvent sur les conditions de vie de l'enfant : la fixation de sa résidence, un droit de visite et d'hébergement, la résidence alternée....

■ Comment se matérialise l'information du mineur ?

Un arrêté du 28 décembre 2016 a fixé le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats de la manière suivante :

*Je m'appelle [prénoms et nom]
Je suis né(e) le [date de naissance]
Je suis informé(e) que j'ai le droit d'être entendu(e), par le juge ou par une personne désignée par lui, pour que mes sentiments soient pris en compte pour l'organisation de mes relations avec mes parents qui souhaitent divorcer.
Je suis informé(e) que j'ai le droit d'être assisté(e) d'un avocat.
Je suis informé(e) que je peux être entendu(e) seul(e), avec un avocat ou une personne de mon choix et qu'il sera rendu compte de cette audition à mes parents.
J'ai compris que, suite à ma demande, un juge sera saisi du divorce de mes parents.
Je souhaite être entendu(e) :
OUI NON
Date
Signature de l'enfant*

Cette attestation signée par l'enfant mineur doit être annexée à la convention.

D'un point de vue pratique, le notaire chargé de déposer la convention d'avocat au rang de ses minutes pourra solliciter des époux une attestation aux termes de laquelle ils déclarent que leurs enfants ont ou n'ont pas le discernement nécessaire pour demander à être auditionnés ou non.

7 – À QUEL MOMENT LES ÉPOUX S'ADRESSENT-ILS AU NOTAIRE ?

■ Le recours au notaire liquidateur toujours indispensable

Le divorce par consentement mutuel doit réaliser un accord global et définitif des époux par l'établissement d'une convention par acte sous signature privée contre-signé par avocats contenant un règlement complet des effets du divorce incluant :

- Les aspects extrapatrimoniaux du divorce dont le règlement incombe à l'avocat telles la garde des enfants, la pension alimentaire et la détermination de la prestation compensatoire,

- La liquidation des intérêts patrimoniaux (liquidation du régime matrimonial et partage des biens) dont la liquidation incombe traditionnellement au notaire ou à défaut l'indication qu'il n'y a pas lieu à liquidation.

C'est à l'occasion de la liquidation des intérêts patrimoniaux que les époux solliciteront, comme par le passé, les services du notaire. Un premier rendez-vous sera l'occasion de déterminer la consistance du patrimoine des époux, sa valorisation, et d'établir, s'il y a lieu, des comptes de récompenses, créances entre époux, ou créance de participation, afin de chiffrer le montant de la part revenant à chacun des époux. En principe, le notaire intervient obligatoirement en présence de biens immobiliers (article 265-2 alinéa 2 du Code civil et article 1091 du Nouveau Code procédure civile) et lorsque la prestation compensatoire prend la forme de l'abandon de biens immobiliers (article 274, 2° du Code civil et article 1144-3 du Code de procédure civile). Toutefois, même en l'absence de biens immobiliers soumis à publicité foncière, le notaire, en sa qualité de professionnel reconnu dans la liquidation des intérêts patrimoniaux, peut intervenir par la simple volonté des époux directement, ou sur demande de leurs avocats. Dans ce cas, il appartient au notaire de faire respecter les règles : détermination du régime matrimonial, qualification des biens, évaluations correctes, règles équi-

brées du partage, liquidation des récompenses ou des créances entre époux. **Dans toutes les situations, le notaire doit veiller à ce que les intérêts de chaque époux ne soient pas lésés.**

À l'issue de ce premier rendez-vous, sera établi un projet de liquidation qui sera joint au projet de convention de divorce par avocats. Puis, après épuisement du délai de quinze jours de réflexion, lors d'un second rendez-vous, les époux signeront sous la forme d'un acte authentique un état liquidatif du régime matrimonial et du partage des biens, qui sera annexé à la convention signée de divorce.

Afin que le travail mené soit cohérent, **une collaboration étroite entre le notaire et l'avocat s'impose**. Ainsi, une fois le délai de réflexion écoulé, la convention de divorce pourrait être signée par les époux et leurs avocats chez le notaire suite à la régularisation de la liquidation des biens matrimoniaux, et déposée le même jour au rang des minutes.

■ Le dépôt de la convention au rang des minutes du notaire

Contrairement aux autres formes de divorce, il n'y a plus de prononcé de divorce. À réception de la convention en son office, le notaire dispose d'un délai de quinze jours pour déposer au rang de ses minutes ladite convention signée par les époux et contresignée par leurs avocats ainsi que ses annexes.

“

Afin que le travail mené soit cohérent, une collaboration étroite entre le notaire et l'avocat s'impose.

”

En dehors du cadre de son rôle traditionnel de liquidateur, la mission essentielle et nouvelle du notaire conférée par la réforme Justice 21 se borne **dans toutes les situations** à un **strict contrôle** formel des exigences prévues aux articles 1° à 6° de l'article 229-3 du Code civil portant notamment comme on l'a vu sur l'état civil des parties, l'accord des époux sur la rupture du mariage et de ses effets, les modalités de règlement du divorce, l'état liquidatif du régime matrimonial, l'information du mineur concernant le divorce de ses parents, et la vérification du respect du

délai de réflexion.

Le notaire ne vérifie pas le consentement des parties, ni ne contrôle le contenu ou l'équilibre de la convention. En revanche, s'il constate une irrégularité formelle ou une atteinte manifeste à l'ordre public (ex : une clause de non remariage conditionnant une prestation compensatoire ou une clause relative à la renonciation à tout droit de visite et d'hébergement) le notaire peut refuser de déposer la convention au rang de ses minutes et alerter les parties et leurs conseils sur ces irrégularités.

Seul le notaire est compétent pour déposer au rang de ses minutes la convention de divorce ; les autorités consulaires ont, quant à elles, été expressément exclues de cette possibilité. Le choix du notaire dépositaire de la convention est libre par les parties ; cela étant, ce choix doit être prévu dans la convention. Il peut tout à fait s'agir du notaire qui a procédé à la liquidation des effets patrimoniaux du couple. Quant à la convention, elle peut être écrite en langue étrangère pourvu qu'elle soit accompagnée d'une traduction établie par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives territorialement compétentes afin d'être déposée au rang des minutes du notaire.

8 – A QUELLE DATE LE DIVORCE PREND-IL EFFET ?

Le dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire emporte **deux effets : date certaine et force exécutoire**.

La convention de divorce a force exécutoire le jour où elle acquiert date certaine (Art. 229-4 alinéa 2).

Ainsi entre les époux, la dissolution du mariage prend effet à la date à laquelle la convention de divorce a été déposée au rang des minutes du notaire. Toutefois concernant les biens matrimoniaux et comme dans le passé, le divorce peut prendre effet soit à cette même date, soit conventionnellement à une date différée (Art. 262-1 du Code civil).

La force exécutoire permet quant à elle la mise en œuvre des voies d'exécution c'est-à-dire faire l'objet d'une demande en exécution forcée.

À l'égard des tiers, le divorce est opposable à compter du jour de la mention portée en marge de l'extrait d'acte de mariage et des extraits d'acte de naissance de chacun des époux. Pour ce faire, après le dépôt au rang de ses minutes, le notaire remet à chacun des époux et aux avocats une attestation en vue d'effectuer les formalités de transcription à l'état civil.

Le notaire de son côté se charge des formalités de publicité foncière.

9 – PEUT-ON RÉVISER LA CONVENTION DE DIVORCE ?

La convention n'étant pas un jugement, les voies de recours judiciaires ne lui sont pas applicables. On ne peut ainsi pas revenir sur le principe même du divorce une fois le dépôt et la transcription à l'état civil effectués.

Toutefois, certains éléments de la convention peuvent être ultérieurement révisés.

Les époux ont notamment la faculté de prévoir une clause de révision de la prestation compensatoire dans la convention en cas de modification des ressources ou besoins de l'un ou l'autre. La révision de la prestation compensatoire sera alors effectuée par voie judiciaire (article 279 du Code civil).

Le juge demeure également compétent concernant les mesures relatives aux enfants (article 373-2-13 du Code civil).

10 – QUELLE EST LA PLACE DU DIVORCE SANS JUGE DANS L'ORDRE INTERNATIONAL ?

La question peut paraître surprenante mais dès lors qu'il existe un élément d'extranéité il est nécessaire de s'interroger sur la faisabilité et les effets portés par ce nouveau divorce sans juge à la française.

Tout d'abord, on peut souligner que les nouveaux textes ne prévoient pas de compétence territoriale particulière quant aux époux, aux avocats, voire même aux notaires. Ainsi, il ne semble pas nécessaire d'avoir de liens avec le territoire français pour y divorcer conventionnellement.

Pour autant, en présence d'un élément d'extranéité, c'est-à-dire d'un critère au caractère « étranger » comme par exemple relevant de la nationalité d'un des époux, la résidence habituelle d'un des époux, ou encore le lieu de célébration du mariage, il y a lieu de vérifier que la loi française est bien compétente pour le divorce.

Pour pallier à cette question, il peut être expressément fait désignation de la loi française par les époux eux-mêmes pour autant qu'un des époux ait soit la nationa-

lité française, soit sa résidence en France au moment de cette désignation. (Règlement UE n 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, article 5)

Le choix de la loi française applicable au divorce assure-t-il pour autant la reconnaissance du divorce prononcé sans juge à l'étranger ? La question se pose à l'évidence en amont de la procédure elle-même notamment si le divorce devra produire des effets à l'étranger comme pour l'attribution d'un bien situé à l'étranger à un des époux.

“

En présence d'un élément d'extranéité il y a lieu de vérifier que la loi française est bien compétente pour le divorce.

”

Dans tous les cas où le divorce présenterait un élément d'extranéité, il est indispensable de s'assurer de sa recevabilité et de son exécution à l'étranger, ce qui suppose dans sa phase préparatoire une collaboration étroite entre

juristes de droit français et juristes de droit étranger dans le but de mieux servir les intérêts des époux. Le cas échéant, il serait d'ailleurs peut-être finalement opportun de recourir à une autre forme de divorce, cette fois-ci judiciaire et par définition autre que le divorce par consentement mutuel, tel le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage.

VEILLE QUOTIDIENNE ACTUALITÉS COMITÉ SCIENTIFIQUE

CHEUVREUX Notaires INFO

Ce Bulletin d'information et d'analyse juridique vient compléter la mission de conseil de votre Notaire.

Il est également disponible sur notre site internet : www.cheuvreux-notaires.fr, où vous retrouverez actualités parlementaires, dossiers de fond, points de vue, jurisprudences, indices et chiffres liés à la pratique de notre métier.

Pour garantir l'actualité de nos informations juridiques sur notre site Internet, notre équipe de juristes documentalistes assure une veille quotidienne. Un comité scientifique se réunit chaque mois pour compléter cette analyse.

