

LES PERSONNES ET LA FAMILLE

Bulletin du CERFAPS

Actualité du CERFAPS, de l'IDM et de l'IDS

ACTES : DIVORCE SANS JUGE : MISE EN ŒUVRE PRATIQUE

LIMINAIRES	2
Propos introductifs. Marie Lamarche	2
Les précédents légaux du divorce sans juge. Emmanuelle Burgaud	2

1^{RE} TABLE RONDE :

ÉLABORATION DE LA CONVENTION

I. Les vérifications préalables	4
A. Les mentions relatives aux époux	4
1. Les moyens de vérification des mentions exigées	4
2. L'incidence des éléments d'extranéité relevés	5
B. Les mentions relatives aux avocats et au notaire	5
II. Le conseil, l'information et le contenu de la convention	6
A. Le règlement complet des effets du divorce	6
B. L'état liquidatif du régime matrimonial	7

2^E TABLE RONDE :

DÉPÔT DE LA CONVENTION DE DIVORCE

I. Signature et transmission de la convention	8
A. Le consentement	8
1. Présence physique des parties	8
2. Intégrité du consentement	9
B. Gestion des délais	9
1. Possibilités de rétractation des parties	9
2. Passerelle	9
3. Décès	9
4. Dépassement des délais	10
II. Le dépôt proprement dit	10
1. Contrôle de la convention	10
2. Contrôle de l'identité des parties	10
3. Remise du projet de convention	11
4. Manquement de la convention	11
III. Effets du dépôt	11
IV. Coût du divorce	11
1. « Uberisation » du divorce	11
2. Frais de notaire et droits d'enregistrement	11
3. Aide juridictionnelle	12

3^E TABLE RONDE :

L'ENFANT ET LE DIVORCE SANS JUGE

I. Discernement de l'enfant	12
1. Appréciation du discernement	12
2. Rôle du notaire	13
II. Information délivrée à l'enfant	13
III. Signature du formulaire d'information	14
1. Valeur juridique de la signature	14
2. Modalité de la signature	14
3. Refus de signer	14
4. Signature par les parents	14
IV. L'enfant changeant d'avis en cours de procédure	15
1. Changement d'avis	15

2. Moment de la demande d'audition	15
V. Conséquences de la demande d'audition du mineur	15
VI. Transmission des formulaires	16

4^E TABLE RONDE :

LES RECOURS CONTRE LA CONVENTION

I. Préalable : Nature juridique de la convention	16
1. Convention de droit commun	16
2. Convention <i>sui generis</i>	16
3. Indivisibilité de la convention	16
II. Preuve et nature de l'acte	17
III. Remise en cause de l'acte	17
A. Application du droit commun	17
B. Recours des tiers	18
1. Action des tiers	18
2. Cas particulier de l'enfant mineur	18
3. Cas particulier de l'enfant majeur	18
IV. Recours pour imprévision	18
V. Liberté contractuelle et ordre public	18
1. Obligation alimentaire	18
2. Exclusion des recours	18
3. Effets du divorce	18
VI. Responsabilité professionnelle	19
1. La rigueur comportementale	19
2. La rigueur intellectuelle	19
3. La rigueur logistique	19

CERFAPS Centre européen de recherches en droit des familles, des assurances, des personnes et de la santé

Université de Bordeaux
16, avenue Léon-Duguit - CS 50057 - 33608 Pessac cedex
salle C 100b

<https://cerfaps.u-bordeaux.fr> (en cours)
cerfap@u-bordeaux.fr
33 (0)5 56 84 54 90

Directeur : Adeline Gouttenoire
Directeur adjoint : Marie Lamarche

Les personnes et la famille - Bulletin du CERFAPS

ISSN 1622-1141

20^e année

mai 2017, n° 17

Directeur de publication : Emmanuelle Burgaud
Conception et réalisation : Marc Bodin

Forme de citation :

NOM Prénom, Titre, *Bulletin du CERFAPS* 2017/17, p. x

CERFAPS

Centre européen de recherches
en droit des familles, des assurances,
des personnes et de la santé

université
de BORDEAUX

mai 2017, n° 17 – 20^e année



LIMINAIRES

PROPOS INTRODUCTIFS

L'article 50 de la loi de modernisation de la Justice du XXI^e siècle, dite loi J 21, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017 et inséré dans le Code civil une nouvelle forme de divorce, conventionnel, sans recours au juge. Il est apparu important au CERFAPS de l'université de Bordeaux, en partenariat avec le Barreau de Bordeaux et l'IDPP (Institut du droit des personnes et du patrimoine), la Chambre départementale des notaires de la Gironde et en collaboration avec le pôle famille du tribunal de grande instance de Bordeaux, d'organiser une journée réunissant l'ensemble des professionnels concernés par ce nouveau « divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ».

Cette « conventionnalisation » du divorce suscitait d'importantes questions et incertitudes, auxquels ne répondaient pas forcément le décret d'application, ni l'arrêté, et il a semblé essentiel de susciter des échanges entre les différents professionnels pour tenter de déterminer « qui fait quoi ? » et « comment ? », et ce dans la meilleure harmonie possible.

La journée avait donc un véritable objectif pratique, afin que les avocats et les notaires puissent mettre en œuvre le nouveau dispositif dans les meilleures conditions. D'un point de vue méthodologique, il a été choisi de travailler en ateliers, de détecter les étapes de la nouvelle forme de divorce et les difficultés susceptibles d'être rencontrées à chacune de ces étapes. Pour chaque atelier, des questions ont émergé au cours d'un travail préparatoire et des réponses ont été apportées par les différents professionnels, avocats, magistrats, notaires, sous la « présidence » d'un universitaire. Ces réflexions, menées lors de la journée du 13 janvier 2017, ont suscité un certain nombre de débats d'ordre à la fois très technique et plus théorique (notamment sur la place du droit commun des contrats dans le droit du divorce, sur la notion même de divorce sans juge, sur les risques de dérives d'un point de vue déontologique).

Depuis, de nombreux écrits sur le sujet ont été publiés ainsi qu'une circulaire du ministère de la Justice (du 26 janvier 2017), qui ont permis de préciser certains points. Le Barreau de Bordeaux et la Chambre départementale des notaires de la Gironde œuvrent pour une véritable articulation des rôles de chaque professionnel.

Le compte-rendu de la journée du 13 novembre rédigé par quatre jeunes chercheurs de l'université de Bordeaux constitue le point de départ d'un « guide des bonnes pratiques » en matière de divorce par consentement mutuel.

Que soient ici remerciés les membres du comité scientifique de cette journée : Kristell Compain (coprésidente de l'IDPP, Barreau de Bordeaux), Véronique Pata-Lavigne (Présidente de la

Chambre départementale des notaires de la Gironde), Dominique Receveur, responsable du pôle famille au tribunal de grande instance de Bordeaux, Jean-Marc Ducourau (coprésident de l'IDPP, Barreau de Bordeaux), Pierre-Jean Meyssan (ancien président de la Chambre départementale des notaires de la Gironde), Hugues Marcard (secrétaire général de la Chambre départementale des notaires de la Gironde) et Benoît Tardy Planechaud (ancien président de la Chambre départementale des notaires de la Gironde).

Nos plus chaleureux remerciements s'adressent aussi à l'ensemble des participants, avocats, magistrats, notaires et universitaires qui ont accepté de réfléchir ensemble à la mise en pratique du divorce sans juge et qui ont permis la réussite de cette journée.

Marie LAMARCHE 
université de Bordeaux, CERFAPS

LES PRÉCÉDENTS LÉGAUX
DU DIVORCE SANS JUGE

Depuis fort longtemps, les procédures judiciaires de divorce font l'objet de critiques récurrentes. Leur complexité, leur lenteur, leur coût, l'encombrement des tribunaux qu'elles suscitent sont mis en cause par les justiciables et les professionnels¹. Des griefs qui s'expriment pleinement lorsque les conjoints sont d'accord sur la dissolution du lien matrimonial et sur ses modalités. Or, privilégié depuis la loi du 11 juillet 1975², le divorce par consentement mutuel représente, en France, plus de la moitié des procédures de divorce³. Aussi ne faut-il pas s'étonner si, le 30 avril 2016, le ministre de la Justice⁴ a proposé un amendement à la loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle, visant à « déjudiciariser » une partie des divorces par consentement mutuel⁵. Entériné le 12 octobre 2016, publié au Journal officiel le 18 novembre de la même année, le divorce par consentement mutuel sans juge est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017⁶. Désormais, aux côtés du divorce sur acceptation du principe de la rupture du mariage, du divorce par suite de l'altération définitive du lien conjugal, du divorce pour faute, existent deux divorces par consentement mutuel⁷. Le plus ancien, judiciaire, dédié à la

¹ Exposé sommaire de l'amendement N°CL186 présenté par le Gouvernement, www.assemblee-nationale.fr > Documents parlementaires.

² Loi n° 75-617.

³ Justice / Portail / Évolution statistique des mariages et des divorces. www.justice.gouv.fr>Justice civile ; En 2014, 123 537 divorces ont été prononcés en France, plus de la moitié l'ont été par consentement mutuel. Tableau de l'économie française Insee Références – Éd. 2016. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/190665?sommaire=1906743>.

⁴ Jean-Jacques Urvoas.

⁵ N° CL186. Article 50 de la loi de modernisation de la justice.

⁶ Loi n° 2016-1547.

⁷ Art. 229 du Cod. civ.

protection des personnes vulnérables⁸, et le divorce sans juge⁹. Échappant au contrôle judiciaire, ce dernier se matérialise par une convention de divorce contresignée par les avocats des deux parties et déposée au rang des minutes d'un notaire après un délai de réflexion de quinze jours¹⁰.

La dissolution du lien matrimonial par consentement mutuel sans avoir recours à un juge est loin d'être nouvelle. L'histoire nous offre trois expériences légales dont les deux premières sont antérieures au Moyen Âge et la dernière date de la Révolution française.

Lorsqu'à l'époque classique¹¹, les Romains reconnaissent le divorce par consentement mutuel¹², ils en font un acte extrajudiciaire. Le *divortium* est absolument libre. Le consentement des conjoints étant l'élément fondateur du mariage, sa disparition met fin, *ipso facto*, au rapport conjugal. Si au Bas-Empire¹³, l'influence du christianisme a pour conséquence de modifier le *divortium* en ne l'acceptant que pour causes déterminées, étrangères à toute faute imputable à l'un des conjoints¹⁴, le juge n'intervient jamais dans le prononcé du divorce. Il agit après la dissolution du lien sans pouvoir annuler les divorces interdits. En définitive, le *divortium* a toujours été considéré comme un acte privé qui n'intéresse que les conjoints. Il n'en va pas différemment à l'époque franque¹⁵ où des actes de la pratique révèlent l'existence de divorces par consentement mutuel extrajudiciaires. Pour dissoudre le lien matrimonial, les conjoints doivent simplement « faire écrire deux lettres de la même teneur l'un à l'autre et (de) les confirmer, mentionnant que chacun d'entre eux aura sa liberté... »¹⁶.

En introduisant le principe de l'indissolubilité du mariage¹⁷, le droit canonique fait disparaître le divorce en France jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Sans doute, la séparation de corps par consentement mutuel existe. Mais prévue dans des cas déterminés, elle est un acte judiciaire qui ne dissout, en aucun cas, le lien matrimonial.

La dernière expérience de divorce par consentement mutuel sans juge date de 1792. Elle est issue des idées révolutionnaires sur la justice, la liberté et la laïcisation des institutions. La défiance des Révolutionnaires à l'égard des professionnels du droit et leurs aspirations à une justice simplifiée, prompte et fondée sur la raison, les conduit à favoriser les procédures conciliatoires et

l'arbitrage¹⁸. Un arbitrage remis aux mains de la cellule familiale pour les conflits domestiques, tels que le divorce. En faisant du mariage un contrat civil et en proclamant l'engagement indissoluble contraire à la liberté, les gouvernants autorisent le divorce par le décret du 20 septembre 1792¹⁹. Mais alors que le divorce pour motifs déterminés est de la compétence des Tribunaux de famille²⁰, ceux pour incompatibilité d'humeur ou de caractère sur la demande d'un des conjoints et le divorce par consentement mutuel sont soumis aux Assemblées de famille. Composées de parents et à défaut d'amis²¹ choisis par moitié par chacun des époux, les Assemblées jouent le rôle de témoins bienveillants. Leur mission est de constater la volonté de divorcer des conjoints et de tenter la conciliation. En cas d'échec, l'officier municipal requis pour l'occasion dresse un acte de non-conciliation dont une minute, signée par les membres de l'Assemblée, les deux époux et l'officier municipal lui-même, est déposée au greffe de la municipalité²². Mais le divorce par consentement mutuel ne devient effectif que si les époux en font la demande à l'officier public chargé de recevoir les actes de mariage²³. Ainsi, de 1792 à 1804, les divorces par consentement mutuel sont de véritables actes extra-judiciaires. Des actes privés, encadrés par la loi, où seule la volonté des époux prime.

À l'instar du droit romain, des pratiques franques et de la législation révolutionnaire, l'article 229 du Code civil met en exergue le caractère privé du divorce. Mais là est la seule ressemblance commune entre les anciennes formes de divorce par consentement mutuel sans juge et celui du XXI^e siècle. Contrairement à ceux qui l'ont précédé, le divorce sans juge requiert l'assistance de professionnels du droit. Une présence jugée indispensable pour la protection des intérêts privés et patrimoniaux des conjoints et de leur progéniture, ainsi que pour l'authentification de l'acte. Pourtant de telles précautions paraissent bien inutiles pour les couples sans enfant et sans contrat de mariage. Dans de tels cas, un divorce sans juge, sans avocat et sans notaire, un divorce par acte sous-seing privé enregistré par l'officier d'état civil ne pourrait-il être envisagé ?

Emmanuelle BURGAUD 
université de Bordeaux, CERFAPS

Compte-rendu élaboré par Alexis Alvarez Elorza, doctorant en droit, université de Pau et des pays de l'Adour, CRAJ, Geoffrey Barbier, docteur en droit, vacataire à l'université de Bordeaux, CERFAPS, Marion Chanut, doctorante en droit, vacataire à l'université de Bordeaux, CERFAPS, Gaëtan Escudey, docteur en droit, attaché temporaire d'enseignement et de recherches à l'université de Bordeaux, CRDEI, Julie Têrel, docteur en droit, vacataire à l'université de Bordeaux, CERFAPS.

⁸ Art. 229-2 du Cod. Civ. La nouvelle procédure est inaccessible aux conjoints dont un enfant mineur voudrait être entendu par le juge aux affaires matrimoniales (art. 388-1 du Code civil) et aux conjoints dont l'un serait placé sous un régime de protection, assisté dans son quotidien et/ou sa gestion (art. 249-4 du Code civil).

⁹ Art. 229-1 Cod. civ.

¹⁰ Art. 229-4 du Cod. civ.

¹¹ De 150 av. notre ère à 284 de notre ère.

¹² Appelé *divortium* au sens étroit du terme. Il est distingué du *repudium* qui consiste en la répudiation unilatérale d'un conjoint par l'autre.

¹³ De 284 à 565 de notre ère.

¹⁴ *Divortium bona gratia* instauré par Justinien pour les cas de stérilité du mariage après trois ans d'épreuves, de vœux de chasteté des époux, et de captivité du mari chez l'ennemi depuis dix ans. Justin II rétablit la totale liberté du *divortium* en 566.

¹⁵ V^e siècle – X^e siècle après notre ère.

¹⁶ Formule de Marculf, II, 30, citée *in extenso* par G. Bühner-Thierry et Ch. Mériaux, *La France avant la France – 481-888*, Paris, éd. Belin, 2010, p. 85.

¹⁷ Devenu effectif à partir du XII^e siècle.

¹⁸ Loi des 16-24 août 1790, titre I, art.1^{er}.

¹⁹ Décret du 20 septembre 1792, §.2, art.1^{er} (J.-B. Duvergier, collection complète des lois, décret, ordonnances..., t.4, Paris, 1834-845, p.478).

²⁰ Décret du 20 septembre 1792, §.2, art.18-s. (J.-B. Duvergier, *op. cit.*, p.480).

²¹ La demande en divorce est soumise à une assemblée « de huit parents les plus proches ou de six au moins » (titre X, art. 15). En l'absence d'enfant, le divorce est prononcé par l'officier d'état civil au bout de deux mois, en cas contraire, après quatre mois.

²² Loi du 20 septembre 1790, §. II, art.4 (J.-B. Duvergier, *op. cit.*, p. 478).

²³ Elle doit avoir lieu un mois au moins et six mois au plus après l'acte de non-conciliation. Loi du 20 septembre 1790, §. II, art.5 (*Ibid.*).

1^{RE} TABLE RONDE : ÉLABORATION DE LA CONVENTION DE DIVORCE


Cette première table ronde a été présidée par Jean-Jacques Lemouland, professeur à l'université de Pau et des pays de l'Adour. Les propos ici retranscrits sont ceux des intervenants suivants : Yannick Beaudeau, notaire à Libourne, Marie-Laure Bost, avocate au Barreau de Bordeaux, Kristell Compain-Lecroisey, avocate au Barreau de Bordeaux et coprésidente de l'Institut du droit des personnes et du patrimoine, Danielle Coudy, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Bordeaux, Gaëtan Escudey, docteur en droit, ATER à l'Université de Bordeaux, Nathalie Gessey, notaire à Lormont.

L'élaboration de la convention de divorce est une étape décisive du nouveau divorce par consentement mutuel dont l'avocat devient le véritable « homme-orchestre ». Mais avant d'analyser cette étape clef de la mise en œuvre de ce nouveau cas de divorce conventionnel, une première précision relative au périmètre de ce dernier est nécessaire. Celui-ci n'est-il qu'une voie optionnelle ou, au contraire, une voie obligée en cas de consentement mutuel ?

L'avocat intervenant rappelle qu'en dehors du cas prévu par le premier alinéa de l'article 229-2 du Code civil relatif à la demande d'audition de l'enfant, auquel renvoie le second alinéa de l'article 229 du Code civil, le divorce par consentement mutuel ne peut être que de nature conventionnelle. Il ne s'agit donc pas d'une option offerte aux époux, mais d'une voie qui s'impose à eux depuis le 1^{er} janvier 2017 lorsqu'ils souhaitent dissoudre leur lien matrimonial par consentement mutuel.

Mais se pose alors la question de l'application dans le temps de cette réforme et notamment celle de la sanction encourue par une requête en divorce par consentement mutuel présentée devant le juge aux affaires familiales lorsque la procédure a débuté avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016. À cet égard, la passerelle prévue à l'ancien article 247 du Code civil permettrait-elle aux époux de recourir à un divorce judiciaire par consentement mutuel lorsqu'une ordonnance de non-conciliation a été prononcée avant le 1^{er} janvier 2017 ?

L'avocat intervenant précise que, selon la réponse apportée par la direction des affaires civiles et du sceau, seules les requêtes en passerelle enregistrées avant le 1^{er} janvier accompagnées d'une convention portant règlement complet des effets du divorce ne devraient être accueillies par le juge aux affaires familiales. Si tel n'est pas le cas, il conviendrait de solliciter le retrait du rôle – le temps de formaliser la convention de divorce et de la déposer au rang des minutes d'un notaire et, partant, de s'assurer de la dissolution conventionnelle du lien matrimonial – avant de demander le désistement dans un délai de 30 mois.

 **Point Circulaire.** La circulaire du 26 janvier 2017 confirme que seules les requêtes en divorce par consentement mutuel déposées avant le 1^{er} janvier ainsi que les requêtes en passerelle enregistrées avant le 1^{er} janvier accompagnées d'une convention portant règlement complet des effets du divorce ne peuvent être accueillies par le juge aux affaires familiales.

Afin d'analyser le rôle clef désormais dévolu à l'avocat ainsi que son articulation avec celui des notaires, nous verrons quelles doivent être les vérifications préalables auxquelles les praticiens du droit devront désormais se livrer (I) avant d'analyser l'étendue de leurs obligations de conseil et d'information dans l'élaboration du contenu de la convention de divorce (II).

I. LES VÉRIFICATIONS PRÉALABLES

La convention de divorce devra, à peine de nullité, comporter certains éléments qui devront faire l'objet d'une vérification de la part de l'avocat et du notaire. Ces éléments, désormais indispensables à la validité et à l'effectivité de la convention, concernent, d'une part, les époux (A) et, d'autre part, les avocats et le notaire (B).

A. Les mentions relatives aux époux

Concernant les mentions relatives aux époux, il convient d'analyser les moyens de vérification que pourra utiliser l'avocat afin de s'assurer de la véracité des mentions exigées par la convention (1) avant de s'interroger sur l'incidence des éléments d'extranéité que cette vérification a permis de relever quant à la compétence du notaire, loi applicable au divorce et à ses effets ainsi qu'aux conditions de reconnaissance de la convention de divorce dans un autre État (2).

1. Les moyens de vérification des mentions exigées

Quelles sont les pièces à réunir par l'avocat et les outils de vérification dont il dispose afin d'établir les mentions désormais nécessaires à la validité de la convention de divorce ?


L'avocat intervenant rappelle que l'article 229-3 prévoit les mentions que doit comporter la convention à peine de nullité et dont la véracité doit être vérifiée par l'avocat. Le principe en la matière devrait être qu'à chaque information demandée, un document doit être produit par le client. Les éléments produits par l'un des époux devront être communiqués contradictoirement pour que l'avocat adverse puisse les analyser à son tour et les avaliser. Il serait à ce titre pertinent d'établir une liste type des pièces à réunir, que l'avocat pourrait remettre à son client lors du premier rendez-vous, accompagné d'une notice explicative du nouveau divorce sans juge.

Concernant la mention relative à l'état civil des époux, des copies intégrales des actes de naissance des époux et des enfants, la production originale du livret de famille dont l'avocat prendra une copie, ainsi qu'un document d'identité avec photo permettront de s'assurer de l'identité des époux.

Concernant la capacité juridique des époux – lesquels, selon l'article 229-2, ne doivent pas faire l'objet d'un régime de protection pour recourir à un divorce conventionnel, ce que prévoit également l'article 249-4 relativement au divorce judiciaire par consentement mutuel –, celle-ci devra être vérifiée par la lecture de la copie intégrale de l'acte de naissance et la vérification des éventuelles mentions marginales. L'avocat devrait également vérifier que l'époux ne fait pas l'objet d'une mesure qui restreindrait sa liberté de disposer de ses biens, telle qu'une procédure collective, voire d'un plan de surendettement. La délivrance d'un extrait K-bis pourrait être judicieuse à cet égard.

Durant cette première étape de vérification des pièces, l'avocat devrait être particulièrement attentif aux éventuels éléments

d'extranéité qu'il relèvera. Tout d'abord, la nationalité des époux et des enfants pourra aisément être vérifiée par la production d'une carte nationale d'identité, d'un passeport, d'une déclaration d'acquisition de nationalité, d'un certificat de nationalité ou encore d'un décret de naturalisation. Ensuite, la résidence des époux et des enfants pourra être établie par des justificatifs, tels qu'une taxe d'habitation, une copie du bail d'habitation ou encore une attestation d'hébergement. Enfin, la date et le lieu du mariage devront également être précisés, tant ces éléments auront des conséquences quant à la loi applicable à la dissolution du régime matrimonial légal ou, le cas échéant, conventionnel.


 **Point Circulaire.** Il revient aux époux et à leurs avocats, lorsque la situation présente un élément d'extranéité résultant de la situation familiale (nationalité étrangère d'un des époux, résidence habituelle d'un époux ou de l'enfant à l'étranger, mariage célébré à l'étranger...) ou résultant de la convention (mise en œuvre d'un droit de visite transfrontière par exemple), de vérifier que leur divorce relève bien de la loi française et de le mentionner expressément dans la convention de divorce pour le principe du divorce et pour chacun de ses effets le cas échéant.

2. L'incidence des éléments d'extranéité relevés

Une attention particulière devrait donc être accordée aux éléments d'extranéité que peut présenter la situation des époux. Quelles sont leurs conséquences en droit international privé ?

L'intervenant précise que l'examen des éléments d'extranéité permettra à l'avocat d'informer son client quant à la loi qu'il peut choisir pour régir les conséquences juridiques de la dissolution de son mariage, d'une part, et de déterminer la loi applicable en l'absence de choix, d'autre part. Cette étape est indispensable afin de s'assurer de l'effectivité internationale de la convention de divorce, de réduire les possibilités de recours ultérieurs contre celle-ci et d'éviter de voir la responsabilité de l'avocat engagée.


L'intervenant se demande tout d'abord si les éléments d'extranéité pourraient avoir des incidences quant à la compétence internationale du notaire saisi pour procéder à l'enregistrement de la convention. La question est en effet débattue en doctrine de savoir s'il convient de déterminer la compétence internationale des autorités publiques à l'aune des chefs de compétence directe en vigueur pour les autorités juridictionnelles. Autrement dit, la question est celle de l'extension des règles de conflit de juridictions prévues par le règlement Bruxelles II bis à la détermination de la compétence internationale du notaire qui, aux termes de l'ordonnance du 2 novembre 1945, n'est pas assujéti à des règles de compétences internes.

 **Point Circulaire.** Les règles prévues par le règlement Bruxelles II bis ne concernent que les juridictions appelées à rendre une décision et ne pourraient donc pas s'appliquer au notaire. Ce dernier a alors vocation à recevoir tout acte, émanant d'époux français ou étrangers, résidant en France ou à l'étranger.

L'intervenant rappelle que la présence d'éléments d'extranéité aura une grande importance quant à la loi applicable aux conséquences juridiques de la dissolution du mariage. Il appartiendra donc à l'avocat de rechercher, et de préciser dans la

convention, que la loi française est bien applicable au divorce mais également, parce que ces questions font précisément l'objet de rattachements distincts, à la prestation compensatoire, au régime matrimonial et à la responsabilité parentale. Concernant la loi applicable au divorce en lui-même, celle-ci est déterminée par le règlement Rome III. Si l'avocat constate que la loi française n'est pas applicable par défaut – parce que les époux n'ont pas la nationalité française ni leur résidence habituelle en France –, il peut alors, conformément aux dispositions de l'article 5 du règlement, conseiller aux époux de choisir celle-ci comme applicable par une clause de choix de loi insérée dans la convention de divorce. Il suffit pour cela que l'un des époux soit de nationalité française ou que les époux aient établi leur dernière résidence habituelle en France et que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention. Précisons que dans l'hypothèse où la loi étrangère applicable ne permet pas de divorcer de manière conventionnelle – et sauf à considérer qu'il ne s'agit pas d'une règle de fond mais d'une règle de procédure soumise en tant que telle à la loi française – ce divorce ne devrait pas être possible.


Enfin, quant à la reconnaissance de la convention de divorce à l'étranger, la question est celle de l'application des dispositions du règlement Bruxelles II bis qui, eu égard au caractère exécutoire de celle-ci, devrait pouvoir imposer sa reconnaissance dans les autres États membres. Toutefois, si l'exécution forcée de cette convention est nécessaire, les ex-époux devront alors enclencher une procédure simplifiée aux fins de déclaration de force exécutoire dans l'État membre requis.

 **Point Circulaire.** Les dispositions du règlement Bruxelles II bis trouveront vocation à s'appliquer en ce que le régime de libre circulation des décisions rendues en matière matrimoniale qu'il instaure s'applique également aux accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine. Selon l'article 46 dudit règlement, la convention de divorce rendue exécutoire par le notaire français sera donc reconnue de plein droit dans les autres États membres.

B. Les mentions relatives aux avocats et au notaire

La convention de divorce doit également comporter des mentions relatives aux avocats des époux, en s'assurant notamment de leur qualité d'avocat, ainsi qu'au notaire chargé de recevoir l'acte. À ce titre, le nom du notaire doit-il obligatoirement figurer dans la convention ? Quelle serait d'ailleurs la sanction d'une telle omission ?


Le notaire intervenant indique qu'à la différence de l'identité des époux et de la désignation de leurs avocats respectifs, la désignation du notaire, ou de la personne titulaire de l'Office notarial chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang de ses minutes, ne figure pas au nombre des mentions exigées à peine de nullité par l'article 229-3 du Code Civil. Il ne faudrait toutefois pas en déduire que cette désignation dans la convention n'est pas obligatoire et que les époux pourront, « au pied levé », désigner n'importe quel notaire, voire désigner Madame la Présidente de la Chambre des Notaires avec faculté de subdélégation. En effet, l'article 1144 du Code de procédure civile est venu réparer cette omission en prescrivant que la convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats doit « préciser » le nom du notaire chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang de ses minutes.

 **Point Circulaire.** L'article 1144-1 du Code de procédure civile ajoute que les époux doivent mentionner le nom du notaire ou de la personne morale titulaire de l'office notarial chargés du dépôt de la convention au rang de ses minutes.

Concernant la sanction de cette omission, celle-ci ne saurait être la nullité puisque cela n'a pas été prévu. En revanche, le notaire qui recevrait la convention sans avoir été désigné dans la convention de divorce serait, en fait, dépourvu de « tout mandat » pour effectuer le dépôt puisque l'article 1146 du Code de procédure civile prévoit que l'avocat le plus diligent adresse la convention de divorce et ses annexes « au notaire », sous-entendu au notaire désigné en application de l'article 1144 dudit code. Cette absence de mandat est d'autant plus dirimante pour procéder au dépôt que l'intervention des parties à l'acte n'est pas requise. La convention, sans être nulle, serait donc incomplète et par la même inefficace. Il appartiendrait alors aux époux de former une nouvelle convention contresignée par avocats en respectant à nouveau le délai de réflexion de quinze jours prévu par l'article 229-4 du Code civil.

Le notaire dépositaire doit-il absolument être un notaire tiers et neutre, ou peut-il également être le notaire des époux ou celui ayant procédé à l'état liquidatif ?

Le notaire intervenant indique que rien ne semble faire obstacle à ce que le notaire habituel des époux ou de l'un d'eux procède au dépôt au rang de ses minutes puisque celui-ci n'agit pas ici en tant qu'auxiliaire de justice. Il n'a qu'un rôle utilitaire : celui de doter l'acte sous signature privée contresigné par avocats des attributs de l'authenticité, sans devoir de conseil ni de contrôle de l'équilibre de la convention. Les textes en vigueur et les exigences déontologiques ne s'opposent pas non plus à ce que le notaire chargé du dépôt de la convention au rang de ses minutes soit le même que celui qui a établi l'état liquidatif du régime matrimonial mentionné au 5° de l'article 229-3 du Code Civil.

 **Point circulaire.** Rien ne s'oppose à ce que ce notaire soit le même que celui qui aura dressé l'acte liquidatif de partage en la forme authentique.


II. LE CONSEIL, L'INFORMATION ET LE CONTENU DE LA CONVENTION

La convention de divorce devra également comporter des éléments sur lesquels l'avocat ne va pas devoir se cantonner à un rôle de vérification, mais pour lesquels il va devoir informer et conseiller. Outre l'accord des époux sur la rupture du mariage et ses effets ainsi que le contrôle de l'intérêt respectif des parties, l'avocat devra établir deux documents : l'un relatif au règlement complet des effets du divorce, tant sur le plan personnel que patrimonial, précisant, s'il y a lieu, les modalités de versement de la prestation compensatoire (A), et l'autre relatif à l'état liquidatif du régime matrimonial, par acte authentique s'il porte sur des biens soumis à publicité foncière (B). Les rôles respectifs des avocats et des notaires devront alors être étudiés tant leur collaboration semble désormais indispensable.


A. Le règlement complet des effets du divorce

Quel est le rôle désormais dévolu à l'avocat, notamment concernant la détermination de la prestation compensatoire ? L'avocat intervenant indique que l'avocat se voit désormais


soumis à une obligation d'information renforcée en la matière. Il lui appartient préalablement de réaliser un état liquidatif succinct – en considérant notamment les comptes des époux, les comptes des enfants, les biens meubles et les biens immeubles – afin d'identifier les récompenses et de déterminer les droits des époux au sein de la masse patrimoniale. Les avocats doivent ensuite établir la clause relative à l'attribution de la prestation compensatoire et informer les clients sur les modalités du versement. Une clause par laquelle les époux reconnaissent avoir eu connaissance des différentes informations relatives au règlement des effets patrimoniaux de leur divorce pourrait ainsi être utilement insérée dans la convention. Du reste, les avocats doivent faire reconnaître expressément à leurs clients qu'ils ont été avertis du fait qu'ils ne pourront pas faire un recours pour la demander ultérieurement. Dès lors, lorsque les époux renoncent à demander une prestation compensatoire, cette information doit être précisée dans la convention afin de ne pas permettre aux époux de formuler de demande en ce sens par la suite. En cas d'attribution des biens à titre de prestation compensatoire, l'article 1144 du Code de procédure civile prévoit que la convention doit préciser la valeur des biens et des droits à titre de prestation compensatoire. L'avocat doit alors exiger des documents chiffrés et ne pas se contenter de la valeur annoncée par les clients. Si l'attribution porte sur des biens immeubles ou, plus largement, sur des biens soumis à publicité foncière, les avocats devront demander l'acte authentique concerné. Concernant les modalités de la prestation compensatoire et de sa révision, ce même article impose à l'avocat de rappeler expressément les règles de révision et les sanctions applicables en cas de non-paiement. Une autre clause pourrait utilement détailler les règles de fiscalité applicables à la prestation compensatoire.

 **Point Circulaire.** Compte tenu de l'importance des conséquences de la prévision d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire, la convention doit contenir les informations des parties sur les modalités de recouvrement, les règles de révision et les sanctions pénales encourues en cas de défaillance. En pratique, ces mentions peuvent apparaître dans un paragraphe distinct ou en annexe afin que les informations délivrées soient suffisamment lisibles et identifiables par le créancier. Il peut, en outre, être prévu un paiement direct entre les mains, par exemple, de l'employeur du débiteur de ladite pension ou prestation. Dans ce cas, le débiteur doit indiquer dans la convention le tiers débiteur saisi chargé du paiement conformément au nouvel article R. 213-9 *bis* du Code des procédures civiles d'exécution.

À ce titre, les époux devraient-ils établir une déclaration sur l'honneur ? L'avocat intervenant précise que, si une déclaration sur l'honneur des époux certifiant l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoines et conditions de vie n'est pas exigée, il semble que, dans le cadre de l'obligation d'information qui pèse désormais sur les avocats, cette déclaration serait d'autant plus opportune pour éviter des possibles contestations.

 **Point Circulaire.** L'article 272 du Code civil n'a pas été étendu au nouveau dispositif, mais les avocats pourront demander à leurs clients respectifs une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie afin d'établir les vérifications opérées au moment de la rédaction de l'acte, document qui pourra utilement être annexé à la convention de divorce.

L'avocat intervenant conclut que la collaboration entre confrères est indispensable afin de travailler dans un cadre sécurisé. Les échanges doivent donc se renforcer au travers notamment de la procédure participative et du droit collaboratif. Afin de préparer la convention au mieux, la phase des pourparlers pourrait être davantage protégée par le législateur. Aujourd'hui, elle l'est par l'article 3-7-1 du Code de déontologie des avocats de l'Union européenne, qui pose une obligation d'information renforcée sur la possibilité de retenir des solutions alternatives : l'avocat devra prodiguer ses conseils pour trouver un accord ou trouver des solutions alternatives afin de clôturer le litige. Le Conseil National des Barreaux élabore à cet égard une charte de bonnes pratiques des avocats en droit de la famille qui discutée lors *États généraux du droit de la famille et du patrimoine* en janvier 2017 et vouée à une large publication. Elle vise à moderniser et à faciliter la pratique professionnelle et à inciter les avocats à respecter les règles déontologiques, notamment en fixant des délais d'échanges et en favorisant les réunions à quatre.

 **Point Circulaire.** La convention doit être signée par les époux et leurs avocats ensemble, ce qui signifie une mise en présence physique des signataires au moment de la signature. En pratique, un rendez-vous commun aux deux époux et aux deux avocats devra être organisé en vue de la signature de la convention.

L'autre avocat intervenant précise que le nouvel article 1144-4 du Code de procédure civile dispose également que la convention de divorce qui fixe une pension alimentaire ou une prestation compensatoire sous forme de rente viagère doit rappeler les modalités et les règles de révision de la créance ainsi que les sanctions pénales encourues en cas de défaillance. Une clause spécialement prévue à cet effet devra donc être insérée dans la convention. Quant au recouvrement, il conviendra de reprendre les mentions types contenues dans les conventions et les jugements contentieux, en insistant sur le fait que les mécanismes fonctionnent tant pour les pensions alimentaires que pour les prestations compensatoires. Une référence à l'article 227-5 du Code pénal et au délai de deux mois prévu par celui-ci se révélerait particulièrement judicieuse.


Le magistrat intervenant insiste sur le fait que les avocats devront veiller à être particulièrement vigilants en ce qui concerne les pièces nécessaires pour apprécier l'identité et la situation des époux au moment de l'élaboration de la convention afin, d'une part, d'éviter toute erreur matérielle pour lesquelles le recours en rectification semble désormais impossible et, d'autre part, de pouvoir aisément identifier des faits nouveaux ultérieurs.

Si un droit de visite et d'hébergement est accordé, ses modalités d'exercice devront être définies de façon très précise dans la convention afin de pouvoir déterminer si les époux ont respecté ou non leurs engagements, sans avoir recours au juge. S'il est certain qu'il faudra adopter une certaine souplesse dans les modalités prévues, ces dernières devront toutefois être clairement décrites. Il en va de même pour ce qui est de la prestation compensatoire. Il faudra que les avocats aient toutes les pièces et tous les éléments qui permettent de calculer et de justifier le montant alloué et s'assurer que les formulaires prévus à cet effet ont bien été remplis. Les avocats devront enfin être vigilants en ce qui concerne les modalités de versement et les conditions de révision de la prestation compensatoire en vérifiant les facultés réelles du débiteur de pouvoir s'en acquitter.

B. L'état liquidatif du régime matrimonial

Quel est le rôle du notaire dans le cadre de cette nouvelle procédure de divorce et comment s'articule-t-il avec celui dévolu à l'avocat ?

Le notaire intervenant rappelle que l'état liquidatif est une opération préalable à l'établissement de la convention de divorce puisqu'il doit y être annexé selon l'article 1145 du Code de procédure civile. Réalisé par le notaire liquidateur, celui-ci n'établit pas immédiatement l'état liquidatif afin de laisser le temps aux époux d'obtenir des autorisations auprès des établissements bancaires. Classiquement, l'acte authentique contenant l'état liquidatif ne prenait pas effet immédiatement, il était soumis à l'homologation du juge. L'homologation judiciaire ayant aujourd'hui disparu, cet acte prendra effet après le dépôt de la convention de divorce par le notaire instrumentaire. L'acte ne sera donc pas publié immédiatement au service de la publicité foncière. Le même traitement est réservé à l'acte contenant le calcul de la prestation compensatoire. Annexé à la convention de divorce, cet acte n'aura pas d'existence propre. C'est dans la convention de divorce elle-même, que doit apparaître la détermination de la prestation compensatoire. Une étroite collaboration entre l'avocat et le notaire liquidateur sera donc nécessaire. Ce dernier devrait d'ailleurs être plus insistant qu'avant quant aux documents permettant d'établir l'état liquidatif des futurs ex-époux.

 **Point Circulaire.** Lorsque des biens ou droits, non soumis à la publicité foncière, sont attribués à titre de prestation compensatoire, la convention précise la valeur de ceux-ci. En cas de biens soumis à publicité foncière, un acte authentique devra être rédigé par un notaire. Doivent en outre être annexés à la convention de divorce, à peine de nullité, un état liquidatif, le cas échéant sous la forme d'un acte authentique pour les biens soumis à publicité foncière, conformément à l'article 710-1 du Code civil et un acte authentique en cas d'attribution à titre de prestation compensatoire de biens ou droits soumis à la publicité foncière.

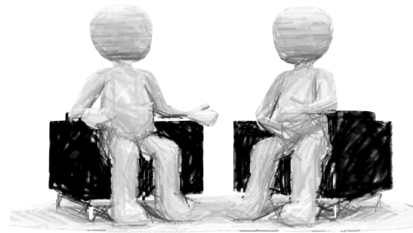
L'autre notaire intervenant relève qu'au simple rôle instrumental laissé au notaire lors du dépôt de la convention au rang de ses minutes, s'oppose le rôle accru conféré au notaire liquidateur dans cette nouvelle forme de divorce par consentement mutuel. Les avocats et les notaires ont, pendant des années, bénéficiés du « confort » conféré par l'homologation judiciaire à des conventions qui étaient toutes empreintes de minimum de « forfaitarisation de la liquidation du régime matrimonial », tant au niveau des biens partagés (omissions volontaires des comptes bancaires, véhicules et/ou mobilier), de reprise de deniers propres non mentionnés, de l'évaluation des biens immobiliers et/ou récompenses, que de partages inégaux. Or, en l'état actuel du droit, rien ne justifie de considérer que la décision « résiliatoire » devrait échapper au droit commun des contrats et, le divorce consensuel n'aura pas la même stabilité selon qu'il résultera d'une décision judiciaire ou d'un divorce par acte d'avocats déposé au rang des minutes. Rien n'empêchera non plus que la convention liquidative soit contestée selon le droit commun du contrat.

Au regard des possibles remises en cause ultérieures de la seule liquidation, et de la responsabilité corrélatrice de ses acteurs, les notaires liquidateurs ne devront pas se contenter de démontrer que les époux ont approuvé la liquidation, mais également que

cette approbation a été donnée en parfaite connaissance du résultat auquel auraient abouti des calculs liquidatifs exacts et complets. Si le divorce est désormais « contractualisé », l'information délivrée aux clients préalablement à la signature de l'acte liquidatif se doit de l'être également. À cet égard, il semblerait opportun que la Chambre des Notaires établisse une note, remise aux clients lors du premier rendez-vous, explicitant les notions phares de la liquidation d'un régime matrimonial – telles que la reprise, la récompense, les compositions respectives des masses actives et passives de communauté – mais aussi des notions plus pratiques – telles que la différence entre un avis de valeur et une expertise immobilière par exemple. Cette note, visée par les clients, pourrait d'ailleurs être jointe en annexe de la convention contresignée par les avocats, au même titre que l'état liquidatif, afin d'éclairer au mieux le consentement des époux durant le délai de réflexion de quinze jours dont ils disposent.

Bien que le notaire liquidateur n'agisse pas en tant qu'auxiliaire de justice, il devra mettre en œuvre tous les réflexes qu'il a acquis en ce domaine depuis de nombreuses années afin d'assurer la pérennité de son état liquidatif ainsi que le consentement éclairé des parties. Il sera incité à recourir le plus grand nombre possible de fois à des expertises immobilières au besoin pour le calcul de récompenses, à appuyer les dires des parties d'éléments de preuves ou faire clairement mention de la reconnaissance par l'autre époux des dires de son conjoint nonobstant l'absence de preuve. Ce faisant, la liquidation du régime matrimonial, et plus généralement des intérêts patrimoniaux des époux, devrait plus que jamais constituer une pièce maîtresse du divorce par consentement mutuel. Si le notaire liquidateur a le sentiment que les époux restent attachés, pour quelques raisons que ce soit, à une liquidation entachée d'un minimum d'opacité ou incomplète, il devra refuser d'instrumenter, en informer les avocats choisis par les époux et, tous ensemble, devront conseiller à leurs clients communs d'opter pour un divorce autre que par consentement mutuel et la régularisation d'une convention portant règlement des effets complets du divorce au sens de l'article 268 du Code civil.

Point Circulaire. Si le notaire n'a pas à contrôler le contenu ou l'équilibre de la convention, il doit, avant de pouvoir effectuer le dépôt de la convention au rang de ses minutes, vérifier la régularité de celle-ci au regard des dispositions légales ou réglementaires. Pour autant, s'il est porté manifestement atteinte à l'ordre public (une clause qui évincerait les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation ou une clause de non-remariage par exemple), le notaire, en sa qualité d'officier public, pourra alerter les avocats sur la difficulté. Elle précise que si la convention ne contient pas l'ensemble des mentions exigées par l'article 229-3 du Code civil, le notaire doit refuser de procéder à son dépôt. Les époux devront rédiger une nouvelle convention avec les mentions manquantes et respecter le délai de réflexion de quinze jours avant de pouvoir procéder à la signature de celle-ci et de la transmettre au notaire en vue de son dépôt.



2^E TABLE RONDE : DÉPÔT DE LA CONVENTION DE DIVORCE

Cette deuxième table ronde a été présidée par Stéphanie Zeindenberg, maître de conférences à l'université de Bordeaux. Les propos ici retranscrits sont ceux des intervenants suivants : Michèle Bauer, avocate au Barreau de Bordeaux, Jean-Marc Ducourau, avocat au Barreau de Bordeaux, coprésident de l'Institut du droit des personnes et du patrimoine, Sébastien Artaud, notaire à Bordeaux, Dominique Receveur, magistrat responsable du pôle Famille du tribunal de grande instance de Bordeaux.

Une fois le projet de convention établi entre les parties, l'article 229-4 du Code civil fixe, à compter de la réception de la lettre recommandée contenant ledit projet, un délai de réflexion de quinze jours durant lequel les parties ne peuvent signer la convention.

La signature intervient nécessairement à la suite de ce délai. Il convient alors d'envisager, les modalités pratiques qui devront s'appliquer de la signature de la convention jusqu'à sa transmission au notaire.

I. SIGNATURE ET TRANSMISSION DE LA CONVENTION

A. Le consentement

1. Présence physique des parties

S'agissant du moment de la signature, la première interrogation évoquée lors de cette table ronde portait sur la nécessité de réunir physiquement toutes les parties accompagnées de leurs avocats afin notamment de s'assurer de la validité du consentement. L'article 1145 du Code de procédure civile prévoit en effet, que la convention doit être signée par les époux et leurs avocats ensemble sans autre précision.

L'avocat interrogé rappelle, qu'étant un contrat, il est alors primordial qu'il puisse être justifié d'un consentement. Il est alors rappelé que de nombreuses possibilités avaient été envisagées dans le projet de loi afin de s'assurer à la fois de la présence physique des parties mais également de l'intégrité de leur consentement. Le cadre est désormais fixé. Il s'agit d'un acte d'avocat qui nécessite la présence matérielle de tous pour procéder à la signature.

👉 **Point Circulaire.** La circulaire du 26 janvier 2017 apporte des précisions quant à la matérialité de la signature. Il est prévu qu'il appartient aux avocats de prévoir un rendez-vous intervenant après le délai de 15 jours, ce délai court à partir de la réception du courrier recommandé contenant le projet de convention. Pour s'assurer de la réception en propre par chacun des époux de la lettre recommandée, il revient aux avocats respectifs des parties de vérifier qu'il s'agit de la signature personnelle de l'époux sur l'avis de réception de la lettre.

2. Intégrité du consentement

La problématique de l'intégrité du consentement des parties amène à se demander si chacun des avocats doit s'assurer du consentement des deux époux ou seulement de la partie qu'il représente et surtout à quel moment ce consentement doit-il être vérifié.

Pour l'avocat interrogé, l'avocat doit s'assurer du consentement de son client à chaque rendez-vous. Bien qu'aucun texte ne prévoit de vérifier le consentement de l'autre partie, il revient à l'avocat de s'assurer que rien ne soit illicite lors des différentes entrevues. Afin d'illustrer son propos, l'avocat vise notamment l'hypothèse dans laquelle la partie adverse ne serait pas apte au cours de l'élaboration de la convention à consentir suite à un état psychologique faible et qu'il est alors nécessaire que l'avocat s'assure de l'intégrité du consentement de la partie adverse.

Cette vision n'est pas partagée par tous les participants dont l'un des avocats présents pense que l'avocat de la partie adverse est présent pour contrôler le consentement de son client. Seulement, si un cas de doute persiste sur l'aptitude de la partie adverse, l'avocat en avertit l'autre.

Le magistrat conclut que d'un point de vue juridique, la convention de divorce s'inscrit dans le régime général de conclusion d'un contrat. À ce titre, seul l'avocat qui assiste son client est susceptible d'engager sa responsabilité si le consentement de son client est vicié.

👉 **Point Circulaire.** La convention établie par acte d'avocat fait foi de l'écriture et de la signature des parties. La contresignature de l'acte par les avocats atteste du consentement libre et éclairé des parties.

B. Gestion des délais

Suite à l'établissement de la convention par acte d'avocat prévu à l'article 1374 du Code civil, la transmission au notaire doit se faire dans un délai maximum de sept jours. Il revient ensuite au notaire de procéder au dépôt dans un délai de quinze jours.

1. Possibilités de rétractation des parties

La gestion de ces différents délais invite à s'interroger sur les possibilités dont disposent les parties de modifier leur volonté. Il s'agit notamment de savoir si les époux peuvent revenir sur leur consentement durant l'écoulement des deux délais.

D'un point de vue pratique, les avocats s'accordent pour dire qu'il sera peu fréquent que les parties reviennent sur leur décision, cette hypothèse était déjà rare lors de l'ancienne procédure. À défaut de précisions des textes, il est alors possible de déduire que la mise en place d'un délai de réflexion pour les

parties de quinze jours empêche, une fois passé ce délai, les époux de se rétracter.

Toutefois, cette hypothèse doit être envisagée. L'avocat interrogé complète en précisant que si l'un des époux se rétractait durant le délai imparti pour déposer la convention, l'avocat informé devrait en avertir son confrère afin que l'acte ne soit pas déposé. Mais le problème reste entier lorsque le dépôt de la convention est déjà intervenu.

👉 **Point Circulaire.** Le premier délai est un délai de réflexion pendant lequel les parties prennent connaissance du projet de convention. En revanche, le délai de transmission de la convention au notaire n'est pas un délai de rétractation, les époux ayant déjà bénéficié d'un délai de réflexion antérieurement à la signature. Quant au délai donné au notaire pour déposer la convention, il ne s'agit pas là non plus d'un délai de rétractation. À ce titre, le notaire peut procéder au contrôle ainsi qu'au dépôt dès la réception des documents.

2. Passerelle

L'article 1148-2 du Code de procédure civile prévoit une passerelle vers un divorce judiciaire. La question pratique du relai de l'information de cette demande au notaire se pose lorsque les époux décident finalement d'avoir recours un divorce contentieux.

Il n'y a pas de réponse tranchée à cette interrogation. La possibilité évoquée lors du débat, par l'un des avocats, est celle d'établir une relation de partenariat entre l'avocat et le notaire afin que la communication des informations soit efficace.

👉 **Point Circulaire.** En cas de désaccord sur les conséquences du divorce ou si l'un des époux ne souhaite plus divorcer, l'engagement dans la voie d'un divorce à l'amiable n'exclut pas la possibilité de saisir le juge aux fins de divorce contentieux. De même, les époux engagés initialement dans une procédure contentieuse, peuvent à tout moment divorcer par consentement mutuel.

3. Décès

En revanche, la gestion des délais laisse en suspens la question du décès de l'un des époux pendant l'écoulement des délais. Il semble qu'il faille distinguer selon qu'il s'agit du premier délai (le délai de réflexion des époux) ou du second délai (durant lequel l'avocat le plus diligent doit transmettre la convention au notaire).

Pour l'avocat intervenant, tant que le dépôt n'est pas intervenu, la convention n'a pas force exécutoire. Selon la lettre de l'article 229-4 du Code civil, il est précisé que « la convention a force exécutoire au jour où elle acquiert date certaine ». Or, à défaut de précisions, la date certaine serait celle du dépôt de la convention au rang des minutes du notaire. En effet, le mariage ne peut être dissous que si la convention a force exécutoire. La question repose alors sur le moment où la convention acquiert force exécutoire, s'il s'agit du moment où les parties signent la convention ou s'il s'agit du moment du dépôt de la convention. Ainsi, si l'on prend comme point de départ de la date certaine et donc de la force exécutoire, le dépôt de la convention, alors en cas de décès de l'un des époux la convention n'existe plus.

Le notaire se joint au débat pour confirmer que la qualité de conjoint successible ne peut être appréciée qu'à la date du dépôt de la convention.

Point Circulaire. La lecture de la circulaire apporte un éclairage sur l'acte de dépôt de la convention. Le dépôt ne confère pas la qualité d'acte authentique à la convention, en revanche il lui donne date certaine et force exécutoire. Il entraîne donc la dissolution du mariage à cette date, ce qui signifie qu'avant le dépôt l'époux survivant a la qualité de conjoint successible. Toutefois, pour l'hypothèse dans laquelle l'un des époux se rétracterait entre la signature et son dépôt au rang des minutes, la circulaire prévoit que le notaire doit quand même procéder à l'enregistrement.

4. Dépassement des délais

La transmission de la convention au notaire ainsi que le délai pour celui-ci pour procéder au dépôt questionne sur les éventuelles conséquences d'un dépassement.

À cette question, l'avocat interrogé précise qu'il ne s'agit pas de délais stricts soumis à sanction.

En revanche, le notaire présent souligne qu'une interrogation demeure de l'éventuel engagement de la responsabilité du notaire en cas de dépassement du délai qui causerait à l'une des parties un préjudice.

Point Circulaire. Le dépassement des délais est envisagé par la circulaire. Tout d'abord, il est rappelé que les délais fixés sont des délais indicatifs maximaux. À ce titre, si l'avocat dépasse le délai de sept jours suivant la date de signature de la convention, il engage sa responsabilité professionnelle.

En ce qui concerne le notaire, le dépassement du délai n'entraîne pas la caducité de la convention, mais peut en revanche engager sa responsabilité professionnelle.

5. Décompte des délais

Reste à envisager la problématique du décompte du délai pour la remise au notaire de la convention.

À défaut de réponse légale, il a été évoqué par l'un des avocats participant, la possibilité de tenir compte de la remise d'un récépissé pour déterminer le point de départ du délai afin d'avoir date certaine.

Point Circulaire. Concernant le décompte du premier délai de quinze jours pendant lequel les époux doivent prendre connaissance de la convention, la circulaire prévoit que, pour déterminer le point de départ de ce délai de réflexion, les avocats respectifs doivent s'assurer de la signature personnelle de chacun des époux sur l'avis de réception de la lettre recommandée. Concernant le délai de sept jours, il s'agit d'un délai indicatif maximal, dont le point de départ se situe à la date de la signature par les parties. En revanche, aucune information n'est donnée quant au point de départ du délai pour procéder au dépôt.

II. LE DÉPÔT PROPREMENT DIT

1. Contrôle de la convention

Il est prévu par la loi que le notaire doit, avant d'effectuer le dépôt de la convention au rang de ses minutes, contrôler certains aspects de la convention. La première question pratique qui se pose est de savoir comment le notaire peut-il avoir accès aux documents pour opérer la vérification ? Par ailleurs, le notaire a-t-il l'obligation de vérifier la signature des parties ?

Le notaire intervenant lors de cet atelier rappelle que sur le principe, les notaires n'ont pas à vérifier la signature. Ils ont pour mission de vérifier le caractère formel de certaines modalités. À ce titre, il est indispensable que les notaires aient accès à certains éléments, et c'est d'ailleurs une des conditions imposées.

Parmi les éléments formels, le respect du délai de réflexion doit être vérifié préalablement à la signature de la convention. Sur ce point, il est notamment relevé que le texte n'est pas d'une clarté absolue, mais il est possible de déduire que le point de départ du délai est à compter de la réception par le client du projet de convention. Et donc le notaire doit vérifier que la signature n'intervient pas au quatorzième jour puisqu'il s'agit d'un délai franc. En ce qui concerne les documents, le notaire devra vérifier la copie de la lettre relative au projet de convention ainsi que la copie de l'accusé de réception de la lettre recommandée.

Pour clore cette intervention, il a été proposé de procéder à la signification du projet de convention par voie d'huissier afin de conférer date certaine à la date de réception.

Point Circulaire. Pour effectuer le contrôle, la circulaire précise que la convention pourra comporter en annexe la copie des avis de réception des lettres recommandées envoyées à chacune des parties afin de faciliter notamment la vérification du délai de réflexion par le notaire. La circulaire ne précise rien quant à la vérification de la signature des parties par le notaire. Toutefois, en vertu de l'article 229-1 du Code civil, le notaire doit s'assurer que le délai de réflexion de quinze jours entre la rédaction et la signature de la convention a bien été respecté. À défaut, le notaire ne peut procéder au dépôt.

2. Contrôle de l'identité des parties

En effet, le point de départ du délai de réflexion peut poser une difficulté en ce qu'il n'est pas certain qu'il s'agisse de l'époux en personne qui réceptionne la lettre recommandée. Comment s'assurer alors de l'identité de la personne qui reçoit le recommandé ?

Pour les avocats participants, il sera impératif de sensibiliser les clients sur le fait qu'il est primordial de recevoir le recommandé de manière personnelle.

Point Circulaire. Rien n'est précisé sur ce point dans la circulaire. En revanche, il est souligné que les avocats respectifs devront s'assurer de la signature personnelle de chacun des époux sur l'avis de réception de la lettre recommandée.

3. Remise du projet de convention


Est-il possible de remettre le projet de convention en main propre aux époux contre récépissé a été évoquée.

Il a été répondu unanimement par les avocats et le notaire que le texte vise uniquement la lettre recommandée avec accusé de réception.

4. Manquement dans la convention

Enfin, il a été soulevé le rôle du notaire en cas de constatation d'un manquement dans la convention.


Pour le notaire intervenant, le notaire ne doit vérifier que le caractère formel, mais le contenu n'est pas à être apprécié. Le notaire n'est pas « juge » et n'intervient pas sauf en présence d'une disposition manifestement contraire à l'ordre public.

 **Point Circulaire.** Le notaire doit vérifier la régularité de la convention au regard des dispositions légales et réglementaires. Plus particulièrement, si une disposition porte atteinte à l'ordre public, il doit en avertir les avocats. Parmi les éléments à contrôler, le notaire vérifie le respect du délai de réflexion, le respect des exigences formelles détaillées à l'article 229-3 du Code civil, mais il vérifie également la présence des annexes (formulaire d'information du mineur, actes authentiques, éventuellement présence d'une traduction). Le notaire vérifie la présence de ces différents éléments, mais n'en contrôle pas le contenu.

III. EFFETS DU DÉPÔT

Nature de la convention. - Une fois la convention déposée, se pose la question des effets de celle-ci. Le dépôt confère-t-il la nature d'acte authentique à la convention ? En effet, il n'y a pas eu de reconnaissance d'écriture ni de signature, pourtant le dépôt donne force exécutoire à la convention. Ainsi, la convention constitue-t-elle un titre exécutoire ?

Du point de vue du magistrat, la convention avec l'attestation de dépôt constitue un titre exécutoire avec éventuellement des poursuites en cas de non-respect.

 **Point Circulaire.** La nature de l'acte est tranchée par la circulaire qui précise que le dépôt ne confère pas la qualité d'acte authentique à la convention, mais lui donne date certaine et force exécutoire. En effet, la convention a les mêmes effets que ceux d'un jugement de divorce, à ce titre les époux peuvent solliciter l'exécution forcée de la convention dès le dépôt au rang des minutes du notaire.

IV. COÛT DU DIVORCE

1. « Uberisation » du divorce

Outre les honoraires des avocats, le coût du divorce conduit à s'interroger à propos d'une éventuelle « uberisation » du divorce via les sites internet.

Les avocats intervenants constatent tout d'abord que le divorce

par consentement mutuel a été présenté comme un divorce peu onéreux, se limitant ainsi au coût d'enregistrement par le notaire et aux frais de l'avocat.

Pour l'un des avocats, cette idée de divorce peu coûteux entraîne la concurrence des sites internet. Il n'y a plus de compétence territoriale du notaire, ce qui ouvre la voie pour une « uberisation » du divorce. Mais cette vision n'est pas partagée par l'ensemble des participants. Il est ajouté qu'il y aura nécessairement un effort d'adaptation des avocats mais que rapidement va surgir une obligation de rentabilité par rapport au temps passé.

L'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 relative en partie à la profession d'avocat prévoit les modalités de la convention d'honoraires, notamment le tarif forfaitaire, le tarif honoraire et le partage des honoraires entre les avocats. Cette dernière possibilité devra être précisée dans la convention, ce qui nécessitera une discussion entre avocats bien que chacun des avocats reste libre de décider de ses honoraires.


Quant à la concurrence des sites internet, elle n'est pas nouvelle. Cette concurrence est en réalité de deux ordres. D'un côté se trouve celle de non-avocats qui proposent de faire le travail des avocats sur internet. Sont ainsi élaborées des conventions de divorce communiquées aux avocats qui avaient simplement à se présenter à l'audience. Désormais avec ce nouveau type de divorce, ils vont s'associer à des confrères qui vont accepter d'être peu payés. Mais cette concurrence reste limitée à des cas très particuliers, c'est-à-dire des divorces où il n'y a pas d'enfant, pas de règlement, ou encore concernant des mariages de très courte durée.

D'un autre côté, la concurrence existera entre les avocats eux-mêmes. Les honoraires étant libres, on pourra trouver tous les prix sur des sites internet. Mais pour l'intervenant, l'avocat doit malgré tout conseiller ses clients et à ce titre les recevoir.

2. Frais de notaire et droits d'enregistrement

Les frais d'avocat constituent une partie du coût total de ce divorce. Mais il faut compter également les honoraires du notaire et les frais d'enregistrement.

Pour le notaire, le coût pour une convention sans liquidation tournerait autour de 200- 300 euros (125 euros d'enregistrement et 50 euros pour le dépôt). Mais lorsque la convention comporta une liquidation, les frais ne seront pas identiques. Tout dépendra des biens soumis à publicité foncière, le notaire précisera alors le coût à son client (en sachant que l'impôt est à 2,5%) et établira un quatrième exemplaire de la convention. Ensuite, s'agissant des conventions qui ne comprennent pas de biens soumis à publicité foncière (comptes, assurance-vie...), il sera nécessaire de faire pré-enregistrer la convention avant de la communiquer au dépôt. Il faudra le cas échéant prendre en compte le coût supplémentaire.

 **Point Circulaire.** Lorsqu'il n'existe pas de biens soumis à publicité foncière, l'enregistrement portera uniquement sur la convention elle-même et ses annexes. En dehors des spécificités de la convention telles qu'un état liquidatif du régime matrimonial, la présence d'un acte authentique, ou encore la présence d'une prestation compensatoire, la circulaire prévoit que le dépôt visé à l'article 229-1 du Code civil ne donne pas lieu à un acte de notaire au sens de l'article 635 du Code général des impôts. Ainsi, n'est imposé ni enregistrement ni paiement de l'imposition fixe de 125 euros prévue à l'article 680 de ce même code.

3. Aide juridictionnelle

Il reste à envisager les modalités relatives à l'aide juridictionnelle.

L'avocat présent rappelle que de nombreuses questions se posaient, notamment sur la personne qui devait délivrer l'attestation de fin de mission. Cette question est tranchée par le décret, l'avocat recevra une attestation de fin de dépôt de la part du notaire qu'il faudra en suivant déposer au Bureau de l'aide juridictionnelle afin d'obtenir une attestation de fin de mission.

Dans l'hypothèse où la procédure n'aboutirait pas, il faudrait produire au Bureau de l'aide juridictionnelle des justificatifs (notamment les courriers officiels) afin de justifier des diligences effectuées. Pour l'intervenant, cela peut poser un problème du point de vue de la confidentialité.

En ce qui concerne l'aide juridictionnelle pour le notaire, il est rappelé que ce dernier est rémunéré pour les actes à hauteur de 90 euros.

Point Circulaire. Il est confirmé qu'il revient bien au notaire de délivrer une attestation à l'avocat au titre de l'aide juridictionnelle afin qu'il puisse solliciter le paiement de sa contribution.



3^E TABLE RONDE : L'ENFANT ET LE DIVORCE SANS JUGE

Cette troisième table ronde a été présidée par Adeline Gouttenoire, professeur à l'université de Bordeaux. Les propos ici retranscrits sont ceux des intervenants suivants : Danielle Coudy, juge aux affaires familiales au tribunal de grande instance de Bordeaux, Nathalie Gessey, notaire à Lormont, Josiane Morel-Faury, avocate au Barreau de Bordeaux, membre du Centre de recherche, d'information et de consultation sur les droits de l'enfant (CRIC).

Droit du mineur d'être entendu. - L'article 229-2 du Code civil prévoit que lorsque l'enfant mineur commun du couple, qui est doué de discernement, demande à être entendu par le juge, le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats est exclu. Le cas échéant, le divorce par consentement mutuel est judiciaire. La forme du divorce par consentement mutuel dépend en conséquence de la question de savoir si le mineur demande ou non à être entendu en justice. La parole de l'enfant est alors utilisée de manière fort discutable, au regard de ses implications, et sa mise en œuvre semble compliquée.

Le décret et l'arrêté prévoient qu'il faut s'assurer que le mineur a bien été informé de son droit d'être entendu, et qu'il n'a pas fait le choix d'être entendu. Pour ce faire, il est prévu un formulaire qui doit être annexé par la convention, qui devrait être signé par le mineur discernant et précisant que le mineur renonce à son droit d'être entendu. Si le mineur demande à être entendu, il ne peut pas lui-même enclencher la procédure devant le juge aux affaires familiales, dans la mesure où il n'est pas partie. Il va donc falloir que les parents saisissent eux-mêmes le juge en joignant la demande d'audition du mineur.

Point Circulaire. La demande d'audition du mineur ouvrira la voie judiciaire du divorce par consentement mutuel, quelle que soit la décision du juge sur la demande d'audition.

Il est par ailleurs prévu qu'en l'absence de discernement, aucun formulaire ne sera remis à l'enfant et l'article 1144-2 du Code de procédure civile impose aux parents de mentionner dans la convention que l'information prévue au 1° de l'article 229 du Code civil n'a pas été donnée en l'absence de discernement de l'enfant mineur concerné.

Le droit de l'enfant d'être entendu par le juge dans le cadre de la procédure de divorce de ses parents a des implications telles qu'il convient de s'interroger sur les modalités de sa mise en œuvre.

I. DISCERNEMENT DE L'ENFANT

1. Appréciation du discernement

La possibilité pour un enfant mineur de demander à être entendu par le juge, dans le cadre de la procédure de divorce, ne concerne que l'enfant doué de discernement. En d'autres termes, seul l'enfant discernant doit signer le formulaire annexé à la convention de divorce. Il convient alors de s'interroger sur le point de savoir qui apprécie le discernement de l'enfant.

L'appréciation du discernement du mineur n'est pas, selon la jurisprudence, fonction de l'âge, mais fonction du contexte et des

particularités de chaque enfant. L'ensemble des intervenants s'entend alors pour considérer que cette appréciation relève en premier lieu des parents. Chacun a néanmoins entendu apporter des précisions quant au rôle joué par les professionnels dans l'appréciation du discernement du mineur.

L'avocate explique que la difficulté de l'appréciation du discernement se posera véritablement pour la tranche des 7-9/10 ans ou pour les enfants plus âgés mais qui seraient porteur d'un handicap particulier. Les avocats devront alors s'assurer que l'appréciation du discernement de l'enfant qui a été faite par les parents est conforme à la réalité, en posant chacun la question à son client. L'avocate suggère alors qu'il serait peut-être opportun de prendre l'habitude, pour ces enfants, de proposer aux parents, de faire rencontrer l'enfant par un avocat d'enfant. Ce professionnel serait donc un tiers dans la procédure de divorce. Il pourrait non seulement apprécier lui aussi le discernement, mais son intervention pourrait en outre être très importante sur l'information transmise à l'enfant. Le recours à un avocat d'enfant ne manquera néanmoins pas de susciter des difficultés, notamment d'un point de vue pécuniaire : dans la mesure où l'enfant n'est pas partie à la procédure de divorce, il n'y aura pas d'aide juridictionnelle, et il faudra donc aussi prévoir le coût et la répartition de ce coût entre les parents.

La magistrate explique que les juges avaient pour habitude de se mettre d'accord sur l'âge de l'enfant : à compter de ses douze ans, un enfant est, en principe, discernant. Pour les enfants de moins de douze ans, pour qu'ils soient considérés comme doués de discernement, ils doivent savoir lire et écrire. Elle précise alors l'importance que l'enfant ait été reçu par un avocat, préalablement à son audition par le juge. L'entretien est alors facilité, l'enfant est préparé et rassuré et le dialogue se passe mieux.

Point Circulaire. La circulaire du 26 janvier 2017 apporte des précisions quant à l'appréciation du discernement du mineur. Il est en effet expliqué que le législateur a fait le choix de ne pas fixer d'âge minimum pour l'information de l'enfant mineur dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel. Il est alors prévu que le discernement devra donc faire l'objet d'une appréciation personnelle de la part des parents, prenant en compte plusieurs critères, à savoir, l'âge, la maturité et le degré de compréhension de leur enfant au regard de l'objectif d'information du formulaire annexé à la convention de divorce.

La circulaire sous-entend qu'il n'est pas nécessaire qu'un enfant sache lire et écrire pour être discernant, dans la mesure où elle distingue, pour ce qui est de l'information du mineur, deux hypothèses pour l'enfant discernant, selon qu'il sait ou non lire et écrire.

La circulaire précise par ailleurs que, si l'enfant doit signer le formulaire annexé à la convention, cette signature n'a pas de force probante quant à la capacité de discernement de l'enfant, cet élément restant soumis à l'appréciation du juge en cas de demande d'audition.

2. Rôle du notaire

Bien que l'ensemble des intervenants s'entende pour considérer que le discernement de l'enfant est d'abord apprécié par les parents, s'est posée la question plus précise du rôle du notaire, qui enregistre la convention, dans l'appréciation de discernement du mineur.

La notaire présente a précisé que l'appréciation du discernement n'est pas un sujet habituel pour le notaire. Ce dernier aura en

réalité pour rôle de s'assurer que le discernement de l'enfant a été apprécié par les parents, sous le contrôle des avocats.

L'avocate intervenant partage cette opinion. L'article 229-1 du Code civil précise, en effet, que le notaire doit contrôler le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3 du Code civil, soit l'état civil des parties et des avocats (1° et 2°), l'accord sur rupture du mariage et ses effets (3°), les modalités du règlement complet des effets du divorce y compris le versement d'une prestation compensatoire (4°), l'état liquidatif du régime matrimonial (5°) et l'information du mineur sur son droit à être entendu (6°). Il doit par ailleurs contrôler que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion de l'article 229-4. Il n'est à aucun moment fait référence au contrôle du discernement du mineur. Le notaire doit simplement effectuer un contrôle formel sur le fait que la convention contient bien une mention indiquant que l'enfant capable de discernement a été informé de son droit à être entendu. L'avocate s'interroge en revanche sur le sens à donner à l'expression « *contrôle des exigences formelles* » et notamment sur le point de savoir si cela englobe le contrôle que c'est bien le mineur qui a signé le formulaire, tout en soulignant que, là encore si le formulaire est signé devant l'avocat d'enfant ou l'avocat des deux parties, il y aura une plus grande sécurité pour le notaire.

Point Circulaire. La circulaire du 26 janvier 2017 donne des précisions quant au rôle du notaire relativement au formulaire d'information du mineur. Il est prévu qu'en présence d'enfants mineurs communs au couple et capables de discernement, le notaire doit s'assurer que chacun d'entre eux a reçu l'information de son droit à être entendu par un juge s'il en fait la demande.

Le texte précise par ailleurs que le notaire n'a pas à apprécier le discernement de l'enfant au moment de la délivrance de l'information par les parents, mais il doit s'assurer de l'effectivité de l'information, matérialisée par le formulaire daté et signé par le mineur qui n'a pas demandé à être entendu. Ce formulaire rempli doit être annexé à la convention et il ne peut être procédé au dépôt en son absence, sauf si la convention comporte la mention selon laquelle l'information n'a pas été donnée au mineur en l'absence de discernement de celui-ci.

II. INFORMATION DÉLIVRÉE À L'ENFANT

Objet de l'information. - Une fois le discernement du mineur établi, il convient de s'interroger sur l'objet de l'information délivrée au mineur.

Si les textes mettent l'accent sur la nécessité d'informer le mineur sur son droit d'être entendu dans le cadre de la procédure de divorce, ils demeurent en revanche silencieux sur l'objet de l'information qui devra être délivrée à l'enfant.

La magistrate présente rappelle, à ce titre, les difficultés du recueil de la parole de l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce, car le plus souvent, l'enfant exprime simplement son refus quant à la séparation parentale. Une telle difficulté pratique soulève corrélativement le problème du contenu de l'audition, laquelle devient inutile si l'enfant entend juste dire qu'il s'oppose au divorce. Pour autant, et nonobstant son inutilité, la demande d'audition change la forme du divorce.

Il apparaît alors avec évidence qu'il faudra préciser à l'enfant commun du couple qu'il ne peut être entendu que sur les questions qui le concernent, c'est-à-dire sur les questions relatives à l'autorité parentale. La seule raison qui va faire qu'il soit entendu, c'est sur ce que ses parents ont décidé pour lui, à supposer qu'il soit au courant de ce qu'ils veulent faire.

↳ **Point Circulaire.** La circulaire du 26 janvier 2017 reprend le modèle de formulaire issu de l'arrêté du 28 décembre 2016. Par ce formulaire, le mineur capable de discernement reconnaît qu'il a été informé de son droit d'être entendu 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 ; qu'il a été informé de son droit d'être assisté d'un avocat, ainsi que de son droit d'être entendu seul, avec un avocat ou une personne de mon choix et qu'il sera rendu compte de cette audition à mes parents. Enfin, par le formulaire, le mineur reconnaît qu'il a compris que, suite à sa demande, un juge sera saisi du divorce de ses parents.

La circulaire précise alors que, lorsque le mineur discernant sait lire, le formulaire vient compléter l'information dispensée par les parents. Pour le mineur discernant qui ne sait pas lire, il est prévu que ses parents se doivent de le lui lire et de lui expliquer les mentions en termes compréhensibles, en fonction de sa maturité.

III. SIGNATURE DU FORMULAIRE D'INFORMATION

L'article 229-3, 6° du Code civil précise que la convention de divorce doit contenir la mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté. L'arrêté du 28 décembre 2016 propose un modèle de formulaire visant à s'assurer que le mineur discernant a été informé de son droit d'être entendu. Le formulaire doit être daté et signé par le mineur et annexé à la convention de divorce.

1. Valeur juridique de la signature

En premier lieu s'est posée la question de la valeur juridique de la signature d'un formulaire par une personne juridiquement incapable, et qui renonce à être entendu, alors que la renonciation est un acte strictement interdit, y compris par représentation.

L'avocate présente ne parlerait pas de « renonciation », mais plutôt d'information de l'enfant. Lorsqu'il signe, l'enfant doit dater et signer le formulaire, il fait un choix. Il doit être informé du droit qu'il a d'être entendu. Il doit choisir soit d'être entendu, soit de ne pas être entendu. Il doit également être informé des conséquences de ce droit, car les textes précisent qu'il faut s'assurer que l'enfant a compris que, suite à sa demande d'audition, un juge sera saisi du divorce de ses parents.

Le choix fait par l'enfant, est un choix qu'il fait à un instant T. C'est là où le rôle de l'avocat d'enfant semble important.

↳ **Point Circulaire.** La circulaire du 26 janvier 2017 ne donne pas de précision sur le fait que le formulaire constitue ou non une renonciation. Elle précise cependant que la signature du mineur n'est pas prévue à peine de nullité et sa valeur est analogue à celle apposée sur les règlements scolaires par exemple.

2. Modalité de la signature

Se pose alors la question des modalités de la signature. Plus précisément, il s'agit de savoir si l'enfant doit signer le formulaire en présence de ses deux parents.

La présence des deux parents est importante aux yeux de l'avocate présente, car elle permet *a minima* d'éviter un risque trop grand d'instrumentalisation de l'enfant. Il est, à tout le moins nécessaire que l'enfant signe le formulaire devant un parent et son avocat.

Pour la notaire intervenant, il est évident que les notaires ne recevront pas les enfants mineurs pour la signature du formulaire, car alors ils devraient apprécier le discernement de l'enfant, ce qui n'est pas leur rôle.

↳ **Point Circulaire.** La circulaire du 26 janvier 2017 ne précise pas les modalités de signature du formulaire par l'enfant. Elle prévoit simplement que le formulaire d'information doit être daté et signé par l'enfant. L'enfant doit en outre compléter le formulaire en cochant une case, afin d'indiquer s'il souhaite, ou non, être entendu par le juge. Les informations relatives à son identité peuvent être remplies par l'enfant lui-même ou par ses parents.

La circulaire envisage le cas particulier des mineurs dotés de discernement mais incapables physiquement de signer le formulaire. Dans cette hypothèse, il est prévu que les deux parents signeront le formulaire en précisant que leur enfant est dans l'incapacité physique de le faire.

3. Refus de signer

S'est également posée la question du mineur qui refuserait de signer le formulaire d'information.

L'avocate interrogée sur ce point a expliqué que le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats serait exclu, dans la mesure où le formulaire ne pourrait pas être annexé. Dans le même temps, le refus de signature du mineur exclut également un divorce par consentement mutuel judiciaire, dans la mesure où il n'y a pas de demande d'audition. En d'autres termes, lorsqu'un mineur discernant refuse de signer le formulaire d'information, la seule voie possible est un divorce contentieux.

↳ **Point Circulaire.** La circulaire du 26 janvier 2017 ne précise pas les conséquences d'un refus de signature du formulaire par le mineur discernant. Elle prévoit néanmoins que l'avocat doit s'assurer que l'ensemble des formulaires d'information destinés aux enfants mineurs capables de discernement sont annexés à la convention lors de la transmission au notaire, ce dernier ne pouvant procéder à ce dépôt, ne serait-ce qu'en l'absence d'un seul formulaire dans le cas d'une fratrie. Le notaire doit, en effet, refuser de procéder au dépôt de la convention.

Il en résulte qu'un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée est *ipso facto* exclu dès lors que le mineur refuse de signer le formulaire.

4. Signature par les parents

Au regard des implications de la demande d'audition du mineur ou de son refus de signature du formulaire d'information, s'est posée la question des conséquences d'une signature dudit formulaire par les parents eux-mêmes.

Pour les intervenants, cette question met l'accent sur l'importance de la présence d'un avocat au moment de la signature.

Pour l'avocate présente, s'il y a une collusion des parents, notamment s'ils savaient tous les deux que le mineur voulait être entendu et qu'ils l'ont volontairement caché, en vertu de la règle

nemo auditur, les parents pourraient difficilement revenir sur la validité du divorce. Si en revanche, l'un des parents a forcé la signature de l'enfant, ou s'il a signé à sa place, et l'autre se rend compte que l'enfant a été empêché de demander son audition, la validité de la convention pourrait être remise en cause, par une action en nullité.

L'enfant pourrait pareillement agir pour faire valoir son droit d'être entendu par le juge. L'intervenante interrogée sur ce point précise que la demande d'audition peut passer par l'avocat d'enfant ou être adressée directement par l'enfant au notaire. Le cas échéant, les personnes concernées doivent en avvertir les parties et/ou leur conseil et la procédure doit s'arrêter, pour devenir judiciaire.


IV. L'ENFANT CHANGEANT D'AVIS EN COURS DE PROCÉDURE

1. Changement d'avis

Dans la mesure où la demande d'audition du mineur conditionne la forme du divorce par consentement mutuel, il convient de s'interroger sur les conséquences du changement d'avis de l'enfant.

Lorsque l'enfant discernant qui avait demandé à être entendu par le juge, ne veut finalement plus l'être, il devrait être possible de revenir à un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats. Les textes sont silencieux sur ce point, alors qu'il est explicitement prévu que si le juge considère que l'audition du mineur n'est pas justifiée, la procédure de divorce demeure judiciaire. Autrement dit, ce qui empêche le divorce sous signature privée contresigné par avocats c'est la demande d'audition et non pas l'audition elle-même.

Il y a alors un risque d'instrumentalisation de l'enfant par ses parents qui ne voudraient pas d'un divorce par consentement mutuel non judiciaire.

 **Point Circulaire.** La circulaire du 26 janvier 2017 donne des précisions quant aux implications procédurales d'un changement d'avis du mineur. Il est, en effet, prévu que, afin d'éviter toute pression sur l'enfant qui demande à être entendu, la procédure prévue par l'article 229-1 du Code civil n'est plus possible dès que cette demande est faite dans les conditions de l'article 1148-2 du Code de procédure civile, ce qui inclut l'hypothèse où l'enfant reviendrait ensuite sur son souhait d'être entendu pour y renoncer.


2. Moment de la demande d'audition

Il convient de s'interroger sur le moment de la demande d'audition du mineur. Plus précisément s'est posée la question de savoir si l'enfant peut demander à être entendu tout au long de la procédure de divorce, jusqu'à l'enregistrement de la convention de divorce par le notaire.

Pour l'avocate intervenant, le choix de l'enfant de ne pas être entendu par le juge ne vaut qu'au jour où il le donne, c'est-à-dire que tant que la convention n'est pas déposée au rang des minutes par le notaire, l'enfant peut revenir sur sa décision et demander à être entendu. Il en résulte que les parents doivent informer leur enfant du déroulement de la procédure, du fait qu'ils ont signé la convention et qu'elle a été ou va être transmise au notaire, en précisant son nom. Si le mineur a un avocat, il appartiendra aux avocats des (ou de l'un) des parents de l'aviser lorsque la convention est notamment transmise au notaire avec copie de ce

courrier au notaire. L'intervenante s'interroge alors, sans pouvoir donner de réponse, sur le point de savoir si, dans l'hypothèse où le mineur n'a pas d'avocat, l'avocat qui transmet l'acte au notaire n'a pas intérêt à en aviser le ou les enfants.

Dès lors que l'enfant manifeste sa volonté d'être entendu, soit cette demande est portée à la connaissance du notaire ou d'une partie avant l'enregistrement et l'acte ne peut plus être enregistré, le divorce par consentement mutuel devient judiciaire. Si la demande d'audition est postérieure à l'enregistrement, l'avocat estime alors que seule une action en nullité serait possible.

 **Point Circulaire.** La circulaire du 26 janvier 2017 apporte des précisions quant à la faculté, pour le mineur de demander à être entendu tout au long de la procédure de divorce. Il est prévu que la demande d'audition du mineur peut être formée à tout moment de la procédure jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire. Dès qu'une telle demande est formée, le divorce ne peut se poursuivre sur le fondement de l'article 229-1 du Code civil.

Les époux disposeront alors d'un choix. Ils pourront engager une procédure de divorce par consentement mutuel judiciaire, la requête devant alors être accompagnée du formulaire de demande d'audition. Ils pourront également introduire une requête contentieuse en divorce.

V. CONSÉQUENCES DE LA DEMANDE D'AUDITION DU MINEUR

Lorsque le mineur demande à être entendu, le divorce par consentement mutuel devient judiciaire. Les intervenants se sont alors interrogés sur les conséquences de l'audition lorsque l'enfant n'est pas d'accord avec ce que les parents ont prévu dans la convention de divorce.

L'avocate interrogée a précisé que dans l'hypothèse où le mineur demande à être entendu, il est convoqué par le juge. Le juge dispose de la convention, et sait donc ce qui a été prévu pour l'enfant (résidence, droit de visite et d'hébergement, etc.). Il doit alors apprécier l'intérêt de l'enfant. Comme dans la procédure antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016 finalement, le juge ne peut refuser d'homologuer la convention que si celle-ci est contraire à l'intérêt de l'enfant. Autrement dit, l'opposition de l'enfant n'est pas suffisante pour ne pas homologuer la convention. Néanmoins, l'audition doit alerter davantage le juge dans son contrôle de la conformité des décisions parentales à l'intérêt de l'enfant, car l'enfant provoque un examen par le juge de ce que les parents ont prévu, plus particulièrement sur la question de l'autorité parentale. L'enfant a finalement presque un droit de veto sur le fond, qu'il n'avait jamais eu jusqu'à présent.

Mais le juge ne va pas analyser ce que conteste l'enfant, il va examiner l'ensemble de la convention pour l'homologuer. Donc cela revient à permettre à l'enfant de provoquer un examen sur le fond du divorce, et notamment sur des points qui ne le concernent pas directement, comme par exemple la prestation compensatoire.

La magistrate intervenant précise qu'il n'y avait presque jamais de demande d'audition du mineur dans le cadre des divorces par consentement mutuels judiciaires. Mais elle émet des doutes sur l'information qui était jusqu'à présent faite à l'enfant sur son droit d'être entendu.

Il apparaît finalement que l'objectif du législateur a été de faire une traduction spécifique de l'article 371-1 du Code civil. Néanmoins, le message qui est transmis est que les parents ne

peuvent pas divorcer par consentement mutuel sans juge, sans avoir préalablement consulté l'enfant et lui avoir demandé son avis. La mise en œuvre est dérangeante, car le législateur souhaite éviter d'entendre l'enfant de manière systématique, tout en s'assurant qu'il n'est pas privé de ce droit du fait de la déjudiciarisation de la procédure.

Point Circulaire. La circulaire du 26 janvier 2017 apporte des précisions quant aux conséquences de la demande d'audition du mineur. Il est en effet prévu qu'une telle demande rouvrira la voie judiciaire du divorce par consentement mutuel quelle que soit la décision du juge sur la demande d'audition.

Si le juge ordonne l'audition du mineur, il doit le faire conformément aux dispositions du titre IX bis du livre I^{er} du code de procédure civile, c'est-à-dire selon les articles 338-1 et suivants. Ainsi, il peut réaliser lui-même l'audition ou désigner une personne pour y procéder. Le mineur peut être assisté par un avocat, choisi ou spécialement désigné, ou par la personne de son choix. Le compte-rendu de l'audition est soumis au principe du contradictoire.

Tout comme dans les autres procédures, le juge aux affaires familiales peut refuser d'entendre le mineur s'il estime que celui-ci n'est pas capable de discernement. Les motifs du refus doivent être mentionnés dans la décision.

Dans l'hypothèse d'une demande d'audition par le mineur, la situation est régie par l'article 1148-2 du Code de procédure civile qui renvoie aux articles 1088 à 1092 du même code s'agissant des modalités de saisine de la juridiction. Les époux pourront ainsi faire le choix, dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire, d'être assisté par un seul conseil.

La requête devant le juge aux affaires familiales comprend à peine d'irrecevabilité outre la convention de divorce et l'état liquidatif ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation.

Les époux sont en conséquence convoqués à l'audience devant le juge aux affaires familiales aux fins d'homologation de leur convention de divorce après l'audition du mineur ou refus d'audition par le juge.

VI. TRANSMISSION DES FORMULAIRES

Rôle de l'avocat. - La nécessité d'annexer à la convention de divorce les formulaires signés par les enfants capables de discernement implique de se poser la question de la responsabilité des professionnels, et plus particulièrement des avocats en charge de transmettre au notaire la convention.

Point Circulaire. L'avocat doit s'assurer que l'ensemble des formulaires d'information destinés aux enfants mineurs capables de discernement sont annexés à la convention lors de la transmission au notaire. Le notaire ne peut, en effet, pas procéder au dépôt, ne serait-ce qu'en l'absence d'un seul formulaire dans le cas d'une fratrie.

Il en résulte donc que l'avocat engage sa responsabilité s'il transmet au notaire une convention de divorce ne contenant pas tous les formulaires signés par les enfants capables de discernement.

4^E TABLE RONDE : LES RECOURS CONTRE LA CONVENTION

Cette quatrième table ronde a été présidée par Jean Hauser, professeur émérite de l'université de Bordeaux. Les propos ici retranscrits sont ceux des intervenants suivants : Anne Cadiot-Feidt, avocate au Barreau de Bordeaux, ancien bâtonnier, Hugues Marcard, secrétaire de la chambre départementale des notaires de la Gironde, Dominique Receveur, magistrat responsable du pôle Famille du tribunal de grande instance de Bordeaux.

Se poser la question des recours contre la convention obligeait à une réflexion théorique à laquelle s'est livré l'un des intervenants.

I. PRÉALABLE : NATURE JURIDIQUE DE LA CONVENTION

En ouverture de la discussion, il est rappelé que dans le droit antérieur à la réforme, l'homologation de la convention de divorce avait pour effet de purger celle-ci de tous les vices éventuels. Désormais, les textes précisent que la convention devra être soumise au nouveau régime général des contrats. Cette convention de divorce n'étant plus soumise à l'homologation du juge, sa nature et le régime en découlant résident essentiellement dans le seuil de déclenchement de l'ordre public. Tout l'intérêt est alors de pouvoir déterminer la mesure de l'application du droit commun des contrats à la convention de divorce.

Les participants reconnaissent que c'est essentiellement l'orientation jurisprudentielle qui permettra de déterminer la nature de cette convention, deux solutions pouvant alors être retenues.

1. Convention de droit commun

Dans une première hypothèse, il s'agirait d'une convention de droit commun. Dans ce cas, le nouveau régime général des obligations s'appliquerait sans nuances.

2. Convention *sui generis*

Dans une seconde hypothèse sans doute plus prudente, il s'agirait d'une convention *sui generis*, portant sur la dissolution d'un lien de nature personnelle, laquelle dérogerait pour partie au régime général des obligations.

Un intervenant fait alors remarquer que la convention peut en effet se scinder en deux parties, l'une pour les personnes, fortement empreinte d'ordre public, et l'autre pour les biens, caractérisée par un ordre public éloigné. Le magistrat présent note alors que la jurisprudence pourrait, sur le fondement de l'ordre public, construire un système au résultat approchant la convention homologuée, limitant ainsi raisonnablement les recours envisageables.

3. Indivisibilité de la convention

Il reste à relever que cette approche est susceptible de mettre à mal le principe d'indivisibilité, une question qui semble demeurer

en suspend. Les débats dans la salle montrent que si la question reste discutée, la solution devrait être celle d'une divisibilité entre d'une part la validité de la convention et d'autre part la rupture du mariage. C'est en outre en ce sens que se prononce la doctrine majoritaire.

Point Circulaire. La circulaire tranche la question de la nature de la convention et informe sur son régime. En effet, la convention de divorce constitue un contrat à terme au sens de l'article 1305 du Code civil, qui engage les parties de manière irrévocable, sauf consentement mutuel des parties pour y renoncer ou pour les causes que la loi autorise (C. civ., art. 1193), en l'espèce la demande d'audition de l'enfant (C. civ., art. 229-2). Seuls les effets de la convention, et donc l'exigibilité des obligations de chacun des époux, sont différés jusqu'au dépôt de l'acte au rang des minutes du notaire, mais la force obligatoire de la convention s'impose aux parties dès la signature. En conséquence, il est interdit à un seul des époux de « faire blocage » et de bénéficier de ce fait d'une faculté de rétractation non prévue par la loi. Les deux époux peuvent néanmoins, d'un commun accord, renoncer au divorce et révoquer la convention jusqu'au dépôt de celle-ci au rang des minutes du notaire en application de l'article 1193 du Code civil. Le notaire sera informé de la renonciation au divorce par tous moyens, aucune condition de forme n'étant imposée.

En outre, le dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire ne confère pas à la convention de divorce la qualité d'acte authentique mais lui donne date certaine et force exécutoire à l'accord des parties et entraîne la dissolution du mariage à cette date.

Il est enfin précisé que le caractère purement conventionnel du divorce par consentement mutuel rend applicable à celui-ci le sous-titre I^{er} du titre III du Livre III du Code civil relatif au contrat. Toutefois, s'il emprunte au droit des contrats, il s'en détache en raison de son caractère familial. En effet, les dispositions qui sont inconciliables par nature avec le divorce sont inapplicables.

Ainsi, sous réserve de l'appréciation des juridictions, une clause résolutoire portant sur le principe du divorce serait déclarée nulle car contraire à l'ordre public.

II. PREUVE ET NATURE DE L'ACTE

La convention de divorce est désormais un acte d'avocat au sens des dispositions de l'article 1374 du Code civil. Il s'agit donc d'un acte sous signature privée, contresigné par les avocats et faisant foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause.

L'acte ne saurait dès lors être confondu avec l'acte authentique. Il fait foi sous réserve de la procédure de faux, laquelle doit être distinguée de la procédure d'inscription de faux, le dépôt chez le notaire ne pouvant infléchir cette distinction.

Point Circulaire. La convention est établie selon l'acte d'avocat prévu à l'article 1374 du code civil, qui fait foi de l'écriture et de la signature des parties.

III. REMISE EN CAUSE DE L'ACTE

Il est rappelé que dans le droit antérieur à la réforme, la Cour de cassation avait éradiqué toute remise en cause de la convention par le prisme des vices du consentement. La haute juridiction

invoquait tout d'abord l'indivisibilité de la convention et du divorce lui-même avant de se fonder sur l'homologation de la convention. Le caractère judiciaire de l'homologation n'ouvrait dès lors que les voies de recours classiques. Or, l'appel était exclu tandis que le pourvoi en cassation demeurerait marginal. Tout au plus la Cour de cassation avait-elle admis qu'une nouvelle convention ou un partage judiciaire puisse être réalisé lorsque l'homologation avait eu lieu suite à l'omission d'un bien. Désormais, la question de la remise en cause de la convention se pose tant sur les recours fondés sur les vices du consentement que des actions offertes aux tiers.

A. Application du droit commun

Avec le nouveau droit du divorce par consentement mutuel, les intervenants conviennent que le droit commun a vocation à trouver application pour régir les recours contre la convention. Cette application doit cependant demeurer raisonnée et s'adapter à la spécificité de la matière.

Ainsi, il est par exemple relevé que l'article 414-1 du Code civil a vocation à s'appliquer et devra particulièrement retenir la vigilance du rédacteur d'acte qui aura à s'assurer de la pleine lucidité de l'époux souhaitant divorcer.

Un intervenant souligne qu'il devrait en être de même pour l'erreur sur la substance, pour l'erreur sur les motifs déterminants mentionnés dans la convention, pour le dol ou encore la violence. L'abus de l'état de dépendance visé par l'article 1143 du Code civil pourrait en effet trouver dans la convention de divorce un nouveau domaine d'application.

La convention serait alors par nature fragile puisque susceptible de subir une action en nullité dans le délai de droit commun de cinq années. Un participant note la difficulté que représenterait un nouveau mariage célébré après un divorce par consentement mutuel considéré comme nul.

Pour autant, il est souligné lors des débats que le recours aux vices du consentement tel que prévu par le droit commun des contrats a déjà suscité des difficultés analogues dans le cadre du consentement au PACS. Il est en outre rappelé qu'une divisibilité entre la validité de la convention et le principe de la rupture du mariage devrait être de principe.

Point Circulaire. La circulaire n'apporte pas davantage de précisions si ce n'est que l'article 1128 du Code civil qui prévoit que « sont nécessaires à la validité du contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un consentement licite et certain. » est applicable au divorce par consentement mutuel extrajudiciaire.

La convention de divorce peut donc être attaquée en cas de vice du consentement, de défaut de capacité ou encore de contrariété à l'ordre public.

Il est toutefois énoncé qu'en contresignant l'acte, les avocats attestent du consentement libre et éclairé de leur client.

Quant au contentieux de l'inexécution de la convention, il est indiqué qu'en cas d'inexécution par l'un des ex-époux de ses obligations résultant de la convention de divorce ayant force exécutoire, l'autre pourra toujours saisir le tribunal de grande instance de la difficulté. L'exception d'inexécution prévue à l'article 1209 du Code civil ne pourra toutefois être invoquée dès lors qu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le débiteur d'une pension alimentaire due pour l'éducation et l'entretien de l'enfant ne pourra refuser de verser cette contribution au motif que l'enfant ne lui est pas présenté.

B. Recours des tiers

1. Action des tiers

La nature de la convention emporte des conséquences qu'il ne faut pas négliger. En l'absence de jugement, les tiers ne sauraient désormais utiliser, dans le délai d'un an qui leur était ouvert, la tierce opposition. Ils ont en revanche à leur disposition l'action paulienne, soumise là encore au délai de droit commun de cinq ans. Les rédacteurs d'actes devront une nouvelle fois conseiller les époux en leur signalant la fragilité d'une telle convention potentiellement inopposable aux créanciers qui subiraient une fraude à leurs droits.

2. Cas particulier de l'enfant mineur


Il est remarqué que l'enfant mineur n'est pas partie à la convention. Il est donc un tiers ayant la possibilité d'agir en nullité, sachant que les actions à sa disposition seront soumises au principe de suspension pendant la minorité. C'est à nouveau la fragilité de la convention non homologuée qui est révélée. L'avocat aura ainsi tout intérêt à prévenir les époux de la nature de la convention et de sa possible remise en cause.

3. Cas particulier de l'enfant majeur

Il est rappelé le principe d'indisponibilité des aliments et leur caractère révisable. Le rédacteur d'acte devra ainsi y porter une attention particulière à éviter toute stipulation consacrée au sort alimentaire de l'enfant majeur sous peine de créer là encore un facteur de fragilisation de la convention. Un intervenant a ainsi pu recommander d'annexer à la convention de divorce tous les accords passés entre les parents et les enfants majeurs afin de ménager, en cas de contentieux, les éléments nécessaires à l'appréciation du juge.

IV. RECOURS POUR IMPRÉVISION

Le nouveau droit des obligations prévoit un recours pour imprévision à l'article 1195 du Code civil. Ce texte peut poser certaines difficultés notamment si l'obligation de renégociation a vocation à s'appliquer à la prestation compensatoire convenue dans la convention.

 **Point Circulaire.** La convention de divorce par acte sous signature privée contresigné par avocat pourra être révisée d'un commun accord des parties, par simple acte sous seing privé ou par acte sous signature privée contresigné par avocat. Pour autant, certaines clauses de la convention ne peuvent être révisées selon le droit commun des contrats. Tel est le cas du principe du divorce en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes, ou des clauses portant sur la prestation compensatoire, dont la révision fait l'objet de dispositions spécifiques prévues à l'article 279 du Code civil.

V. LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET ORDRE PUBLIC

1. Obligation alimentaire

Le champ d'action de la liberté contractuelle dépend étroitement de l'étendue de l'ordre public dans la convention. Ainsi, certaines clauses sont assurément à bannir. Par exemple, serait nulle la clause qui prévoirait que seul un des parents serait tenu de l'obligation alimentaire à l'égard des enfants ou qui envisagerait la suppression pure et simple de ladite obligation.

2. Exclusion des recours

Il ne serait pas davantage envisageable d'exclure les recours judiciaires fondés sur les vices du consentement qui sont également d'ordre public.


De même, les recours en révision concernant les mesures relatives aux enfants s'imposent dans leur principe.

Il serait en outre impossible d'exclure les éventuels recours en nullité fondés sur la mauvaise foi dans la négociation, la formation et l'exécution de la convention. L'article 1104 alinéa 2 dispose en effet que l'exigence de bonne foi est d'ordre public.

La prudence commanderait à l'inverse d'insérer une clause de style stipulant que les parties ont convenu de bonne foi du contenu de la convention.

3. Effets du divorce

Enfin, les débats se sont portés sur l'article 229-3, 4° du Code civil qui impose de prévoir les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du même code traitant « des conséquences du divorce ». Or, la question demeure de savoir si l'ensemble des dispositions visées doit être transposé directement au nouveau divorce avec, par exemple, les accords concernant les modalités de versement de la prestation compensatoire. Dans le droit antérieur, le juge pouvait s'assurer en amont de la bonne application de ces dispositions. Tel n'est plus le cas désormais.

 **Point Circulaire.** Compte tenu de l'importance des conséquences de la prévision d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire, la convention doit contenir les informations des parties sur les modalités de recouvrement, les règles de révision et les sanctions pénales encourues en cas de défaillance (art. 1444-4). En pratique, ces mentions peuvent apparaître dans un paragraphe distinct ou en annexe afin que les informations délivrées soient suffisamment lisibles et identifiables par le créancier.

Les participants conviennent que seule la pratique passée à l'examen du juge permettra de déterminer ce qui relève du socle minimal d'ordre public.

À ce titre, l'avocat rappelle avec précision le rôle fondamental du rédacteur d'acte dans cette nouvelle procédure, lequel devient un véritable « facteur de droit ».

↳ **Point Circulaire.** La circulaire apporte certains éléments de réponse quant aux clauses envisageables et à l'étendue de l'ordre public. Il y est rappelé qu'en matière familiale, la jurisprudence a une appréciation extensive de l'ordre public. Relèvent notamment de l'ordre public familial, l'autorité parentale (il est impossible de renoncer ou de céder ses droits en dehors des cas prévus par la loi) et l'obligation alimentaire (qui est indisponible et non susceptible de renonciation).

La convention de divorce ne doit donc pas contenir de clauses fantaisistes qui risqueraient d'entraîner la nullité du contrat. Plus encore, l'avocat doit s'assurer que la convention ne comporte pas de clauses qui contreviendraient à l'ordre public.

Une clause qui « prive[rait] de sa substance l'obligation essentielle » de l'un des époux pourrait être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du Code civil. Ainsi, une clause par laquelle l'un des époux s'exonérerait de toute responsabilité en cas de non-paiement de la pension alimentaire serait réputée non écrite.

En revanche, le divorce par acte d'avocat paraît exclu du champ du contrôle des clauses abusives prévu à l'article 1171 du Code civil, car l'intervention d'un avocat auprès de chacune des parties a pour objet de garantir l'effectivité d'une négociation des clauses de la convention de divorce et de la prise en compte des intérêts de chacun des époux.

VI. RESPONSABILITÉ PROFESSIONNELLE

Les intervenants s'accordent sur le fait que l'avocat est désormais soumis à une responsabilité accrue, laquelle n'est autre que la preuve de la reconnaissance de la valeur ajoutée que procure la déontologie et la règlementation applicable à la profession.

Selon l'avocat intervenant, la profession pourra ainsi mettre en œuvre la rigueur qui caractérise sa pratique à travers trois principes essentiels :

1. La rigueur comportementale

Les deux avocats en charge de conseiller et d'établir la convention devront respecter les obligations du Règlement Intérieur National, notamment quant aux règles afférant à la confidentialité et à l'évitement des conflits d'intérêts. Cela implique l'interdiction pour deux avocats qui cohabiteraient soit dans un groupement d'exercice soit par une mise en commun de leurs moyens, de conseiller des époux souhaitant divorcer par consentement mutuel. Les avocats devront exercer dans des cabinets radicalement distincts tant d'un point de vue juridique que d'un point de vue géographique.

La rigueur comportementale implique par ailleurs une vérification minutieuse de l'identité des époux, de leur capacité à agir et de la détention de l'autorité parentale.

↳ **Point Circulaire.** Les avocats choisis ne peuvent pas exercer au sein de la même structure professionnelle afin de prévenir tout risque de conflit d'intérêts, ce qui résulte de l'article 7 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, repris à l'article 4.1 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat.

2. La rigueur intellectuelle

L'avocat rédacteur doit veiller à son indépendance intellectuelle et financière. Les avocats impliqués dans la procédure devront harmoniser leurs méthodes pour obtenir une analyse commune de la situation. Il est dès lors recommandé, avant signature, de lever toute difficulté d'interprétation de la règle de droit. Lorsque la difficulté s'avère trop importante, il sera alors nécessaire d'informer les clients que la procédure de divorce par consentement mutuel s'avère inadaptée à leur situation.

Dans tous les cas, la rigueur intellectuelle impose à l'avocat, conformément aux règles déontologiques de la profession, un strict respect du secret professionnel.

3. La rigueur logistique

Afin d'assurer un respect des délais prévus par les nouveaux textes, il est recommandé un traitement informatisé analogue à celui mis en place dans les cabinets œuvrant en matière de saisie immobilière.

Le notaire intervenant a pu noter que désormais, la responsabilité se concentre sur les avocats plutôt que sur les notaires. Les avocats devront ainsi se ménager toutes les pièces nécessaires à la preuve de l'accomplissement de leur obligation de conseil. Ceux-ci sont en effet les rédacteurs de l'acte, le notaire conservant seulement un rôle de dépositaire. Ainsi, en aucune façon ce dernier ne va être amené à vérifier davantage que les mentions visées par le texte.

↳ **Point Circulaire.** Concernant le délai de remise de la convention au notaire, l'avocat le plus diligent, ou mandaté par les deux parties, transmet la convention de divorce accompagnée de ses annexes au notaire mentionné dans l'acte dans un délai maximum de sept jours suivant la date de la signature de la convention (article 1146 du Code de procédure civile). À défaut de respecter ce délai, il engage sa responsabilité professionnelle.

Il est également indiqué, concernant le délai de quinze jours laissé au notaire pour procéder au dépôt de la convention, que le dépassement de ce délai ne constitue pas une cause de caducité de la convention mais peut être de nature à engager la responsabilité professionnelle du notaire.

La question demeure cependant quant à la notion d'ordre public : quelle doit être la réaction du notaire qui découvrirait fortuitement une disposition contraire à l'ordre public ? Il est alors proposé lors des débats avec la salle que le notaire alerte les avocats dans le strict respect du secret professionnel partagé. Les participants concluent à ce titre à la nécessité de mettre en œuvre un dialogue étroit entre avocats et notaires.

↳ **Point Circulaire.** Si le notaire constate que la convention porte manifestement atteinte à l'ordre public (une clause qui évincerait les règles d'attribution de l'autorité parentale découlant de la filiation ou une clause de non-remariage par exemple), il pourra, en sa qualité d'officier public, alerter les avocats sur la difficulté.

Il est convenu d'élaborer une charte des bonnes pratiques entre les différentes professions afin que les justiciables puissent recourir à ce nouveau type de divorce en toute confiance.

Divorce sans juge : mise en œuvre pratique

vendredi 13 janvier 2017 > 9h-16h30

amphi Duguit & 1K, Pôle juridique et judiciaire, 35 place Pey-Berland, Bordeaux

4 ateliers thématiques



Journée organisée par le CERFAPS
de l'université de Bordeaux
en partenariat avec



Institut
du Droit des Personnes
et du Patrimoine

Chambre des notaires
de la Gironde

CERFAP
Centre européen d'études
et de recherches en droit
de la famille et des personnes

université
de BORDEAUX