

FICHE 1

Le champ d'application du divorce par consentement mutuel

➤ Exclusion de la séparation de corps

La nouvelle rédaction de l'article 296 du code civil issue de la loi du 18 novembre 2016 exclut la séparation de corps de la nouvelle procédure prévue à l'article 229-1 du code civil puisque ce texte énonce qu'elle ne peut qu'être prononcée dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que « *le divorce judiciaire* ». La demande de séparation de corps devra donc nécessairement être portée devant le juge.

➤ Exclusion des personnes placées sous un régime de protection

L'article 229-2,2° du code civil exclut de cette procédure les époux dont l'un d'eux au moins est placé sous un régime de protection juridique prévus aux articles 425 et suivants du même code, à savoir les mesures de sauvegarde de justice, de curatelle, de tutelle ou les mesures de représentation légales (mandat de protection et habilitation familiale). Lorsqu'un époux est placé sous un régime de protection, le recours au divorce par consentement mutuel judiciaire est également interdit (article 249-4 du code civil).

➤ Exclusion en cas de demande d'audition formée par un enfant mineur commun

Sont également exclus de cette forme de divorce les époux dont l'un au moins des enfants mineurs, concerné par les conséquences du divorce telles qu'envisagées par ses parents, demande à être entendu par le juge dans les conditions du nouvel article 1148-2 alinéa 1 du code de procédure civile¹ (voir II, 1, 1.3 de la présente circulaire).

Dans une telle situation, si les époux souhaitent néanmoins poursuivre la voie d'un divorce pacifié, ils peuvent saisir le juge aux affaires familiales par requête conjointe d'une demande en divorce par consentement mutuel selon les modalités prévues aux articles 230 à 232 du code civil et 1088 à 1092 du code de procédure civile. Le juge pourra, si les conditions légales sont remplies, prononcer le divorce et homologuer la convention établie par les parties et leur(s) avocat(s). Il s'agit du seul cas où le divorce par consentement mutuel judiciaire est possible.

¹ Article 1148-2 : « Dès qu'un enfant mineur manifeste son souhait d'être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code civil, la juridiction peut être saisie selon les modalités prévues aux articles 1088 à 1092 »

FICHE 2

Les conditions du nouveau divorce par consentement mutuel

Les conditions du divorce par consentement mutuel sont prévues à l'article 229-1 du code civil qui dispose que « *lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374. Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire* ».

1. L'accord des parties sur le principe du divorce et sur ses conséquences

Ce texte permet aux époux, qui s'entendent à la fois sur la rupture du mariage et sur l'ensemble des effets du divorce, de constater leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte d'avocat tel que prévu à l'article 1374 du code civil, c'est-à-dire d'un acte sous signature privée, contresigné par l'avocat de chacune des parties.

Ce 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 juridictions¹, une clause résolutoire portant sur le principe du divorce serait déclarée nulle car contraire à l'ordre public. La deuxième hypothèse d'une action en résolution² fondée sur l'inexécution suffisamment grave après une notification du créancier au débiteur ne paraît pas pouvoir être valable dès lors qu'elle remettrait également en cause le principe du divorce.

Au contraire, 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. A ce titre, l'article 1162 du code civil dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toute les parties* ». En matière familiale, la jurisprudence a une appréciation extensive de l'ordre public. Relèvent notamment de l'ordre public familial, l'autorité parentale (il n'est pas possible de renoncer ou de céder ses droits en-

¹ Le contentieux de la validité de la convention de divorce relève du tribunal de grande instance.

² Art. 1224. - La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

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. En effet la prohibition des clauses qui créent « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » ne sont réputées non écrites que dans les contrats d'adhésion. Le contrat d'adhésion est défini à l'article 1110 du code civil comme étant « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». La qualification de contrat d'adhésion suppose donc la prédétermination unilatérale de conditions générales par l'une des parties et l'absence de négociation de ces conditions générales par l'autre partie. Or 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.

2. La nécessité de deux avocats

Cette nouvelle procédure suppose l'intervention de deux avocats distincts, chacun choisi personnellement par chaque époux, afin de garantir l'équilibre de la convention et le respect des intérêts de chacune des parties ainsi que de leurs enfants.

Il n'y a donc plus de possibilité pour les époux de divorcer avec un avocat commun.

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'avocat³.

³ « *L'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit.*

Sauf accord écrit des parties, il s'abstient de s'occuper des affaires de tous les clients concernés lorsque surgit un conflit d'intérêt, lorsque le secret professionnel risque d'être violé ou lorsque son indépendance risque de ne plus être entière.

Il ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client.

Lorsque des avocats sont membres d'un groupement d'exercice, les dispositions des alinéas qui précèdent sont applicables à ce groupement dans son ensemble et à tous ses membres. Elles s'appliquent également aux avocats qui exercent leur profession en mettant en commun des moyens, dès lors qu'il existe un risque de violation du secret professionnel.

Les mêmes règles s'appliquent entre l'avocat collaborateur, pour ses dossiers personnels, et l'avocat ou la structure d'exercice avec lequel ou laquelle il collabore. »

FICHE 3

L'articulation du nouveau divorce par consentement mutuel avec les autres formes de divorce

1. Avec le divorce par consentement mutuel judiciaire

Le nouveau divorce par consentement mutuel extrajudiciaire n'est pas un divorce optionnel. Si les époux s'accordent sur le principe de la rupture du lien conjugal et l'ensemble des conséquences du divorce, la voie judiciaire du divorce par consentement mutuel ne leur est, sauf exception, désormais plus ouverte.

La voie du divorce par consentement mutuel judiciaire n'est en effet possible qu'en cas de demande d'audition formée par un enfant mineur.

La demande d'audition 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 juge¹.

2. Avec les divorces judiciaires contentieux

En vertu de l'article 1148-2 du code de procédure civile, si les époux ne parviennent pas à trouver un accord sur l'ensemble des conséquences du divorce ou si l'un d'eux ne souhaite plus divorcer, le fait d'avoir tenté de régler leur différend par la voie amiable ne les empêche pas de saisir le juge aux fins de divorce contentieux ou de séparation de corps.

¹ Les nouvelles trames concernant le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire sont disponibles sur l'intranet justice Espace Web.

A l'inverse, en vertu de l'article 247 nouveau du code civil, les époux qui seraient engagés dans une procédure contentieuse peuvent toujours, à tout moment de la procédure, divorcer par consentement mutuel.

S'il n'y a pas de demande d'audition d'enfant, les parties doivent recourir au divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire. Il appartient aux avocats dans cette hypothèse de solliciter un retrait du rôle ou de se désister de l'instance en cours pour le divorce contentieux.

S'agissant des mesures transitoires, seules les requêtes en divorce par consentement mutuel déposées avant le 1^{er} janvier 2017 ainsi que les requêtes en passerelle fondées sur l'article 247 ancien et enregistrées avant cette date avec une convention datée et signée par chacun des époux et leur(s) avocat(s) portant règlement complet des effets du divorce, conformément à l'article 1091 du code de procédure civile, sont traitées selon les règles en vigueur avant le 1^{er} janvier 2017.

En dehors de ces deux hypothèses, c'est donc uniquement dans le cas prévu à l'article 229-2 du code civil, c'est-à-dire en présence d'une demande d'audition formulée par un enfant du couple, que les époux demandent au juge de constater leur accord pour voir prononcer le divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci.

FICHE 4

La procédure du divorce par consentement mutuel La phase d'élaboration de la convention par les avocats

Les époux qui souhaitent divorcer doivent chacun être assistés d'un avocat, dont la mission est de s'assurer de son plein consentement, libre et éclairé tant sur le principe du divorce que sur les termes projetés du règlement des suites du divorce, de conseiller son client, dans l'élaboration de la convention, d'en contrôler l'équilibre et de s'assurer que les enfants ont bien été informés de leur droit à être entendus¹.

1. La désignation de la loi applicable en présence d'un élément d'extranéité

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 (modalités d'exercice de l'autorité parentale hors pension alimentaire, contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants, prestation compensatoire, liquidation du régime matrimonial...) puisque les règles de droit international privé applicables sont différentes selon la matière considérée.

S'agissant du principe du divorce, il convient de rappeler que le règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dit Rome III, permet aux époux de choisir la loi applicable à leur divorce (article 5 du règlement).

Dans la mesure où les dispositions relatives à son champ d'application ne le restreignent pas aux procédures judiciaires, ce règlement permet aux époux, en choisissant la loi française, de divorcer par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 du code civil. Les considérants du règlement manifestent en effet la volonté de lui donner une large portée afin de "*créer un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce*" (considérant 9) et offrir aux époux la liberté de désigner une loi applicable avec laquelle ils ont des liens étroits (considérant 14).

Par conséquent, si les époux souhaitent divorcer en utilisant le mécanisme de l'article 229-1 du code civil, il est préférable qu'elles désignent expressément la loi française comme loi applicable à leur divorce, pour autant qu'il s'agisse de :

- la loi de l'État de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ; ou
- la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou
- la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention.

¹ L'avocat pourra également être sollicité pour produire à son client, époux demandeur de logement social, un justificatif attestant de ce que la procédure de divorce par consentement mutuel extrajudiciaire est en cours. Cette pratique vise à ce que les bailleurs sociaux ne prennent en compte que les ressources de l'époux requérant dans la demande de logement.

Pour le règlement des effets du divorce, les époux et leurs avocats doivent également faire application des autres instruments internationaux applicables tels que la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants dont l'article 17 prévoit que l'exercice de la responsabilité parentale est régi par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, et de tout autre instrument international, bilatéral ou multilatéral, déterminant le droit applicable en matière d'obligations alimentaires, de liquidation de régimes matrimoniaux ou autres conséquences du divorce.

2. Les mentions de la convention

L'article 229-3 du code civil énonce les mentions obligatoires de la convention ainsi que ses annexes, à peine de nullité de la convention, à savoir :

- l'identité des parties ;
- l'identité et les coordonnées des avocats qui ne peuvent exercer dans la même structure (cf. point 3.2) ;
- l'accord des époux sur la rupture du mariage et ses effets dans la mesure où ce consentement ne se présume pas (article 229-3 du code civil) ;
- les modalités de règlement des conséquences du divorce, y compris, le cas échéant, le versement d'une prestation compensatoire ;
- la mention que le mineur a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code civil et qu'il ne souhaite pas faire usage de cette faculté (puisqu'en cas de demande d'audition, la voie du divorce par consentement mutuel prévu à l'article 229-1 du code civil est fermée aux époux).

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. Le cas échéant, 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.

L'article 1144-2 du code de procédure civile précise que la convention doit mentionner, le cas échéant, que le mineur n'a pas reçu l'information relative à son droit d'être entendu par un juge en raison de son absence de discernement, ce qui facilitera les vérifications formelles du notaire devant procéder au dépôt.

L'article 1144-3 précise que 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.

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 (article 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 (cf. annexe 2 de la présente circulaire).

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.

Enfin, l'article 1144-5 du même code prévoit que la convention règle le sort des frais induits par la procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocat, déposé au rang des minutes d'un notaire, sous réserve des règles spécifiques en matière d'aide juridictionnelle et qu'à défaut, ils sont partagés par moitié.

Ces frais devraient être détaillés pour comprendre, l'ensemble des frais prévisibles (en particulier, les frais de transmission de la convention au notaire et de dépôt, ceux de partage et, le cas échéant, de traduction de la convention).

Conformément à l'article 11.3 du règlement intérieur national de la profession d'avocats, les honoraires sont exclus de ces frais puisque l'avocat ne peut percevoir d'honoraires que de son client ou d'un mandataire de celui-ci.

3. Le formulaire informant le mineur de son droit à être entendu

En vertu de l'article 1144 du code de procédure civile, l'information prévue à l'article 229-2-1° du code civil est délivrée au moyen d'un formulaire dont le modèle est fixé par l'arrêté du 28 décembre 2016², à destination de chaque enfant mineur commun, dans les conditions de l'article 388-1 du code civil, c'est-à-dire capable de discernement.

Le formulaire d'information a un double objectif : donner aux enfants les informations pratiques pour assurer l'exercice effectif de leur droit et permettre aux avocats ainsi qu'au notaire de vérifier l'effectivité de la mention prévue à l'article 229-3-6° du code civil.

Le choix a été fait de ne pas fixer d'âge minimum pour l'information de l'enfant mineur dans le cadre de cette procédure à l'instar de ce qui existe pour les autres procédures le concernant. 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 de ce formulaire.

Pour cette raison, le formulaire d'information doit être daté et signé par l'enfant. Outre ces mentions, l'enfant complète 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.

Dès lors, il existe deux hypothèses pour l'enfant capable de discernement :

- soit il sait lire et le formulaire complète alors l'information dispensée par les parents ;
- soit il ne sait pas lire et il revient alors à ses parents de le lui lire et de lui expliquer les mentions en termes compréhensibles, en fonction de sa maturité.

La signature du mineur, qui n'est pas prévue à peine de nullité et dont la valeur est analogue à celle apposée sur les règlements scolaires par exemple, n'aura pas de force probante quant à la capacité de discernement de ce dernier, de sorte que cet élément reste, dans ce nouveau dispositif, soumis à l'appréciation du seul juge en cas de demande d'audition.

² Arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.

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.

En ce qui concerne le cas particulier des mineurs dotés de discernement mais incapables physiquement de signer le formulaire, les deux parents signeront le formulaire en précisant que leur enfant est dans l'incapacité physique de le faire.

Il appartient à l'avocat de 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.

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.

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 pourront alors :

- soit engager une procédure de divorce par consentement mutuel judiciaire dans les conditions visées aux articles 230 à 232 du code civil et 1088 à 1092 du code de procédure civile, la requête devant alors être accompagnée du formulaire de demande d'audition en plus des pièces actuellement exigées à l'article 1091 ;
- soit introduire une requête contentieuse en divorce.

4. Les autres annexes

Doivent en outre être annexés à la convention de divorce prévue à l'article 229-1 du code civil :

- 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 (article 229-3 du code civil) ;
- un acte authentique en cas d'attribution à titre de prestation compensatoire de biens ou droits soumis à la publicité foncière (article 1144-3 du code de procédure civile) ;
- la copie des avis de réception de la convention prévus à l'article 229-4 du code civil permettant au notaire de vérifier le respect du délai de réflexion de quinze jours avant la signature de l'acte ;
- le cas échéant, la traduction de la convention et de ses annexes par un traducteur habilité (article 1146 du code de procédure civile).

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.

FICHE 5

La signature de la convention de divorce et la transmission au notaire

➤ **Le respect du délai de réflexion**

L'article 229-4 du code civil fixe un délai de réflexion de quinze jours pour chacun des époux, à compter de la réception de la lettre recommandée contenant le projet de convention, pendant lequel les parties ne peuvent signer la convention.

Il appartient donc aux avocats et aux parties de définir une date de rendez-vous de signature qui soit fixée à plus de quinze jours à compter de la réception du dernier courrier recommandé, signé personnellement par chacune des parties. En effet, la signature de l'un des époux ne vaut pas réception de la convention par l'autre ni ne présume celle-ci. Les avocats respectifs des parties doivent donc s'assurer de la signature personnelle de l'époux sur l'avis de réception de la lettre recommandée.

➤ **La signature et le contreseing**

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. En contresignant l'acte, les avocats attestent du consentement libre et éclairé de leur client.

L'article 1145 du code de procédure civile précise que 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.

En effet, l'article 1175-1^o du code civil exclut la possibilité d'établir et conserver sous forme électronique les actes sous signature privée relatifs aux droits de la famille de sorte qu'en l'absence de dérogation expressément prévue dans la loi du 18 novembre 2016, la signature par la voie électronique de la convention visée à l'article 229-1 du code civil est impossible.

La convention et ses annexes doivent être signées en trois exemplaires afin que chaque époux dispose d'un original et qu'un exemplaire soit déposé au rang des minutes du notaire désigné.

Lorsque la convention ou ses annexes doivent être soumises à la formalité de l'enregistrement, un quatrième exemplaire original devra être signé pour être transmis aux services fiscaux.

En cas de modification de la convention par rapport au projet initial, un nouveau délai de réflexion de quinze jours doit être laissé aux époux à compter de ces modifications, ce qui suppose, si celles-ci interviennent lors d'un rendez-vous de signature, d'organiser une seconde rencontre au moins quinze jours après.

L'archivage de la convention étant déjà assuré par son dépôt au rang des minutes d'un notaire, il n'est pas nécessaire d'en prévoir un à la charge des avocats.

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). A défaut de respecter ce délai, il engage sa responsabilité professionnelle.

Ce délai est un délai indicatif maximal qui ne constitue pas un délai de rétractation dans la mesure où les époux ont déjà bénéficié d'un délai de réflexion antérieurement à la signature de la convention.

Enfin, l'original de la convention devant être transmis, l'envoi ne peut être dématérialisé.

FICHE 6

L'intervention du notaire en matière de divorce par consentement mutuel

1. La compétence territoriale des notaires

Conformément aux termes de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat, les notaires ne sont pas assujettis à des règles de compétence internes.

En outre, les règles de compétence du règlement CE n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ne concernent que les juridictions appelées à rendre une décision. Or, dans la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel, les notaires doivent, après un contrôle formel, déposer au rang de leurs minutes la convention constituant l'accord des époux et ils ne rendent de ce fait aucune décision, de sorte qu'ils ne sont pas des juridictions au sens de ce règlement.

Par conséquent, les notaires, qui ne sont pas assujettis à des règles de compétence, ont vocation à recevoir tout acte, émanant de parties françaises comme étrangères, qu'elles soient domiciliées en France ou à l'étranger dès lors que le droit français s'applique à leur divorce, sans préjudice des effets que les règles de droit international privé applicables aux parties, à raison de leur nationalité par exemple, pourraient entraîner dans un autre Etat, en termes de reconnaissance du divorce et de ses conséquences notamment.

Enfin, l'article 8 du décret du 28 décembre 2016 a expressément exclu les fonctions notariales des agents consulaires du dispositif. Ces derniers ne peuvent donc procéder au dépôt de la convention de divorce.

2. Le contrôle exercé par le notaire

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.

Ni les époux, ni les avocats n'ont en principe à se présenter devant le notaire.

➤ Le contrôle du respect du délai de réflexion

L'article 229-1 du code civil donne expressément au notaire compétence pour s'assurer que le délai de réflexion de quinze jours entre la rédaction de la convention et la signature prévu à l'article 229-4 du même code a bien été respecté.

A cette fin, la convention pourra comporter utilement en annexe la copie des avis de réception des lettres recommandées envoyées à chacune des parties et contenant le projet de convention.

Si le délai de réflexion de quinze jours n'a pas été respecté, le notaire ne peut procéder au dépôt de la convention.

➤ **Le contrôle des exigences formelles**

Le dernier alinéa de l'article 229-1 du code civil rappelle le rôle du notaire. Celui-ci doit vérifier le respect des exigences prévues aux 1° au 6° de l'article 229-3 du code civil, soit :

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

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

3° La mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés par la convention ;

4° Les modalités du règlement complet des effets du divorce conformément au chapitre III du présent titre, notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire ;

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

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

Le cas échéant, le notaire vérifie que la convention comporte la mention selon laquelle l'information prévue à l'article 229-2, 1° du code civil n'a pas été donnée en l'absence de discernement de l'enfant (article 1144-2 du code de procédure civile).

Si la convention ne contient pas l'ensemble de ces mentions, 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.

➤ **Le contrôle des annexes**

- La présence du formulaire d'information du mineur

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 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.

Lorsque plusieurs enfants sont concernés, l'absence d'un seul des formulaires requis empêchera le notaire de procéder au dépôt. Il est de la responsabilité de l'avocat de transmettre la convention complète, ce qui inclut les annexes.

- La présence des actes authentiques

En présence de biens soumis à publicité foncière faisant l'objet de la liquidation du régime matrimonial des époux, le notaire ne pourra procéder au dépôt de la convention de divorce en l'absence d'état liquidatif.

De la même manière, si un bien soumis à publicité foncière est attribué à titre de prestation compensatoire, le notaire devra vérifier que cette attribution a été opérée par acte authentique annexé à la convention.

Si le notaire ne contrôle pas le contenu de ces annexes, il ne pourra en revanche procéder au dépôt de la convention au rang de ses minutes si l'une d'elle est manquante.

- La présence d'une traduction

Le notaire devant s'assurer du respect des exigences formelles, une traduction doit être annexée à toute convention rédigée en langue étrangère pour permettre un contrôle effectif de l'officier public.

3. Le dépôt de la convention au rang des minutes du notaire

Le notaire dispose d'un délai maximal de quinze jours pour procéder au contrôle susmentionné de la convention et de ses annexes et déposer l'acte au rang de ses minutes (article 1146, alinéa 2 du code de procédure civile). Ce délai ne constituant pas un délai de rétractation, le notaire peut procéder à ce contrôle et au dépôt dès réception des documents. 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.

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.

Les effets du divorce entre les époux, en ce qui concerne leurs biens, prennent effet à la date du dépôt, à moins que la convention n'en dispose autrement (article 262-1 du code civil).

Le dépôt au rang des minutes du notaire emporte l'obligation d'assurer la conservation de l'acte pendant une durée de 75 ans et le droit d'en délivrer des copies exécutoires et des copies authentiques.

L'article 14 du décret n° 71-942 du 26 novembre 1971 (modifié par décret du 20 mai 2016), prévoit les conditions de conservation en cas de suppression ou de scission d'un office de notaire, à titre provisoire ou définitif, ce qui permet d'assurer la continuité de la conservation.

Le notaire doit délivrer une attestation de dépôt à chacun des époux qui contient, outre ses coordonnées, notamment :

- la mention du divorce,
- l'identité complète des époux, leurs lieu et date de naissance,
- le nom de leurs avocats respectifs et le barreau auquel ils sont inscrits,
- la date de dépôt.

Une attestation est également délivrée, le cas échéant, à l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle, à sa demande, afin que celui-ci puisse solliciter le paiement de la contribution de l'Etat (article 118-3 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991).

Cette attestation permettra aux ex-conjoints ou à leurs avocats de faire procéder à la mention du divorce sur les actes de l'état civil et de justifier du divorce auprès des tiers.

Dans l'hypothèse où l'un des époux se rétracterait entre la signature de la convention et son dépôt au rang des minutes, le notaire doit quand même procéder à l'enregistrement de la convention.

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 (article 1193 du code civil), en l'espèce la demande d'audition de l'enfant (article 229-2 du code civil). 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.

Dans le cas d'un renoncement à cette voie du divorce par consentement conventionnel, l'article 1148-2, alinéa 2 du code de procédure civile, rappelle que la juridiction est saisie dans les conditions des articles 1106 et 1107 du même code.

La convention peut aussi être modifiée entre la signature et le dépôt d'un commun accord entre les époux (article 1193 du code civil). Dans ce cas, une nouvelle convention devra être rédigée et les avocats devront veiller à informer le notaire de ce changement afin que celui-ci ne procède pas au dépôt. Le délai de réflexion de quinze jours courra à nouveau entre la rédaction du projet et la signature de celui-ci par les parties en présence de leurs avocats.

FICHE 7

La mention du divorce par consentement mutuel sur les actes d'état civil

Dès réception de l'attestation de dépôt de la convention de divorce et de ses annexes, les époux ou les avocats doivent en principe transmettre celle-ci à l'officier d'état civil de leur lieu de mariage aux fins de mention du divorce sur l'acte de mariage selon les modalités prévues à l'article 1147 du code de procédure civile. Le mariage est dissous à la date de l'attestation de dépôt qui lui donne force exécutoire.

Conformément aux dispositions de l'article 49 du code civil, l'officier d'état civil qui a apposé la mention du divorce en marge de l'acte de mariage, transmet un avis à l'officier de l'état civil dépositaire de l'acte de naissance de chacun des époux aux fins de mise à jour de ces actes par la mention de divorce.

En pratique, l'officier d'état civil se reportera aux dispositions des articles 229-1 du code civil et 1147 du code de procédure civile afin d'apposer les mentions suivantes :

- sur l'acte de mariage :

Mariage dissous.

Convention de divorce déposée au rang des minutes de Maître, notaire à, office notarial n° ...(cde CRPCEN), le(date de l'attestation de dépôt).

... (lieu et date d'apposition de la mention).

... (qualité et signature de l'officier de l'état civil).

- sur l'acte de naissance :

Divorcé(e) de

Convention de divorce déposée au rang des minutes de Maître, notaire à, office notarial n° ...(cde CRPCEN), le(date de l'attestation de dépôt).

... (lieu et date d'apposition de la mention).

... (qualité et signature de l'officier de l'état civil).

Si le mariage a été célébré à l'étranger et en l'absence d'acte de mariage conservé par un officier d'état civil français, la mention du divorce sera portée sur les actes de naissance et à défaut, l'attestation de dépôt sera conservée au répertoire civil annexe détenu au service central d'état civil à Nantes. Toutefois, si le mariage a été célébré à l'étranger à compter du 1^{er} mars 2007, sa transcription sur les registres de l'état civil français sera nécessaire avant de pouvoir inscrire la mention du divorce sur l'acte de naissance d'un Français.

Le divorce est opposable aux tiers à partir du jour où les formalités de mention en marge des actes d'état civil ont été effectuées.

FICHE 8

Les formalités d'enregistrement de la convention de divorce et de ses annexes

En dehors des actes soumis à publicité foncière, nécessairement dressés en la forme authentique conformément aux dispositions de l'article 710-1 du code civil, l'article 635 du code général des impôts (CGI) énumère les actes qui doivent être enregistrés « *dans le délai d'un mois à compter de leur date* ».

Il s'agit notamment des actes des notaires, des actes portant transmission de propriété ou d'usufruit de biens immeubles et les actes constatant un partage de biens à quelque titre que ce soit.

Ainsi, en l'absence de biens soumis à publicité foncière, l'enregistrement portera dans ces hypothèses sur la convention elle-même ou ses éventuelles annexes dans les cas où l'enregistrement est obligatoire (notamment en présence de certaines prestations compensatoires¹).

Si les notaires procèdent eux-mêmes aux formalités de l'enregistrement pour les actes authentiques annexés à la convention, tant les avocats que les notaires peuvent y procéder pour la convention elle-même, qui constitue un acte sous signature privée. Dans cette dernière hypothèse, chaque professionnel est responsable des seules formalités d'enregistrement qu'il effectue. Le site internet <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/7555-PGP> peut utilement être consulté.

La convention n'étant exécutoire qu'à compter de son dépôt au rang des minutes d'un notaire, c'est ce dépôt qui doit être retenu comme point de départ du délai d'un mois.

Ainsi :

- lorsqu'elle comporte un état liquidatif du régime matrimonial, la convention doit être présentée par l'avocat ou le notaire à la formalité de l'enregistrement dans le délai d'un mois à compter de la date de l'acte (article 635-1-7° du CGI), soit à compter du dépôt, avec le paiement du droit de partage de 2,5% dû (article 746 du CGI);
- en présence d'un acte authentique, c'est-à-dire lorsque la liquidation ou l'attribution de biens à titre de prestation compensatoire porte sur des biens soumis à publicité foncière, la formalité fusionnée doit être requise par le notaire dans le délai d'un mois à compter de la date de l'acte (article 647 du CGI), soit du jour du dépôt de la convention chez le notaire² ;

¹ S'agissant des prestations compensatoires, celles en capital versées au moyen de biens propres ou personnels donnent lieu à la perception d'un droit fixe de 125€ s'il s'agit de biens mobiliers ou d'une imposition proportionnelle de 0,70% s'il s'agit de biens ou de droits réels immobiliers (article 1133 ter du CGI). Les prestations compensatoires en capital versées au moyen de biens communs ou de biens indivis acquis pendant le mariage par des époux mariés sous un régime séparatiste donnent lieu à la perception du droit de partage de 1,1 % (3) (article 748 du CGI). Enfin, les prestations compensatoires sous forme de rente viagère ou de capital acquitté par versements sur une période supérieure à douze mois ne donnent lieu à aucun droit d'enregistrement (article 80 quater du CGI).

² Le paiement du droit de partage de 2,5% sera dû en ce qui concerne la liquidation portant sur des biens soumis à publicité foncière.

- lorsque la convention comporte la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation, son enregistrement n'est soumis à aucun délai particulier et ne s'impose qu'en présence d'une prestation compensatoire soumise à un droit d'enregistrement.

L'article 855 du code général des impôts ajoute que l'acte doit comporter la mention de la quittance des droits, par une transcription littérale et entière de cette quittance.

Compte tenu de la spécificité de la procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresignée par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire, le dépôt visé à l'article 229-1 du code civil ne donne pas lieu à un acte de notaire au sens du 1^o du 1 de l'article 635 du code général des impôts. En conséquence, il n'impose ni enregistrement ni paiement de l'imposition fixe de 125 euros prévue par l'article 680 de ce même code.

FICHE 9

L'après divorce par consentement mutuel

1- Les effets du divorce

La loi du 18 novembre 2016 a ajouté à la liste des titres exécutoires de l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution les accords par lesquels les époux consentent mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresignée par avocats, déposés au rang des minutes d'un notaire selon les modalités prévues à l'article 229-1 du code civil.

Les époux peuvent donc solliciter l'exécution forcée de la convention dès lors que celle-ci a été déposée au rang des minutes du notaire.

Dès son dépôt, la convention de divorce a des effets identiques à ceux d'un jugement de divorce.

A cette fin, certaines dispositions ont été modifiées par la loi du 18 novembre 2016, le décret du 28 décembre 2016 et l'article 115 de la loi de finances rectificative pour 2016.

Tel est le cas de l'article L. 213-1 du code des procédures civiles d'exécution s'agissant de la procédure de paiement direct et de l'article 1^{er} de la loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires.

Pour les mêmes raisons, l'article L. 523-1 du code de la sécurité sociale a fait l'objet d'une modification afin de permettre au créancier d'une pension alimentaire fixée par une convention de divorce établie par acte d'avocats ou par un acte authentique de bénéficiaire de l'allocation de soutien familial ou de l'allocation de soutien familial différentielle. L'article L.581-2 du même code a en conséquence été modifié afin de permettre à la CAF qui a versé cette allocation, au lieu et place du parent débiteur défaillant, de recouvrer les sommes versées.

Le code général des impôts a été modifié pour que les pensions alimentaires et prestations compensatoires fixées par la convention de divorce bénéficient du même régime fiscal que celles fixées par un jugement de divorce.

Toutefois, la convention ne constitue pas un titre permettant d'obtenir l'expulsion de l'époux qui se maintient illégitimement dans le logement dans la mesure où l'article L. 411-1 du code des procédures civiles d'exécution¹ restreint cette possibilité à la production d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation, qui est toujours signé par un juge compte tenu de l'atteinte aux libertés individuelles que constitue cette mesure.

¹ L'article L. 411-1 du code des voies d'exécution prévoit que « sauf disposition spéciale, l'expulsion d'un immeuble ou d'un lieu habité ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation exécutoire et après signification d'un commandement d'avoir à libérer les locaux ».

2- La révision de la convention

Le droit commun des contrats prévoit de façon générale la révision des conventions par consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise (article 1193 du code civil). Il en résulte que 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.

L'acte sous seing privé simple ou contresigné par avocat portant révision de la convention n'aura toutefois ni date certaine, ni force exécutoire, sauf à ce que les parties en fassent ultérieurement constater la substance dans un acte authentique pour lui conférer date certaine, en application de l'article 1377 du code civil.

Des tempéraments doivent par ailleurs être apportés : 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.

Les parties pourront toujours solliciter l'homologation de leur nouvel accord portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixant le montant de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant devant le juge aux affaires familiales, par requête conjointe, en application des dispositions de l'article 373-2-7 du code civil. Depuis le décret n° 2016-1906 du 28 décembre 2016², le juge peut homologuer cette convention sans audience à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties.

Enfin, le juge aux affaires familiales pourra toujours être saisi par les deux parents, ensemble ou séparément sur le fondement de l'article 373-2-13 du code civil, aux fins de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

3- Le contentieux de l'inexécution de la convention par l'un des ex-époux

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 représenté.

² Décret n° 2016-1906 du 28 décembre 2016 relatif à la procédure d'homologation judiciaire des conventions parentales prévues à l'article 373-2-7 du code civil.

FICHE 10

La circulation transfrontière des conventions de divorce

1. En dehors de l'Union Européenne

Les décisions françaises rendues en matière de divorce et d'autorité parentale sont reconnues et exécutées dans un autre Etat selon les conventions particulières en la matière liant la France et l'Etat requis ou le droit national applicable.

Le plus souvent, si la décision nécessite des actes d'exécution ou si sa reconnaissance est contestée dans un autre Etat, elle devra, pour y être reconnue et exécutoire, être revêtue de l'exequatur ou avoir fait l'objet d'une décision de reconnaissance de la force exécutoire.

2. Au sein de l'Union Européenne

➤ S'agissant des dispositions relatives à la rupture du lien matrimonial et à la responsabilité parentale

Le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, dit Bruxelles II bis prévoit un régime de libre circulation des décisions en rendues en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, qui s'applique aux accords entre parties exécutoires dans l'Etat membre d'origine, lesquels sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions (article 46).

Ainsi, les dispositions de la convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats entrant dans le champ du règlement susmentionné seront reconnues et exécutoires dans les différents Etats membres de l'Union Européenne conformément aux dispositions du chapitre IV du règlement.

Dès lors, selon le principe posé par l'article 21, les dispositions de la convention de divorce entrant dans le champ du règlement seront reconnues de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. Mais pour être mises à exécution dans un autre Etat membre, elles devront avoir été déclarées exécutoires.

A cette fin, le règlement prévoit une procédure simplifiée aux fins de déclaration de force exécutoire permettant de saisir la juridiction compétente de l'Etat requis, par requête, sur production de la décision et du certificat délivré par la juridiction ou l'autorité compétente d'origine visé à l'article 39 du règlement.

La procédure française de certification a en conséquence été adaptée aux spécificités du divorce par consentement mutuel établi par acte sous signature privée contresigné par avocats. L'article 509-3 du code de procédure civile prévoit que le certificat de l'article 39 sera délivré par le notaire ou la personne morale titulaire de l'office notariale.

Le notaire français qui aura procédé au dépôt de la convention sera donc compétent, à la demande des intéressés ou de leurs avocats, pour remplir les formulaires figurant aux annexes I (pour la matière matrimoniale) et II (pour la responsabilité parentale) du règlement, qui contient un modèle de certificat en vue de l'exécution à l'étranger de la convention de divorce.

Une fois le certificat délivré, la partie qui sollicite l'exécution de la convention en ce qui concerne les dispositions relatives à la rupture du lien matrimonial ou à la responsabilité parentale (exercice de l'autorité parentale, résidence habituelle, droit de visite), pourra saisir par requête la juridiction de l'Etat requis compétente, selon le droit national applicable, aux fins de déclaration de force exécutoire de ces points de la convention de divorce.

➤ **S'agissant du droit de visite spécifiquement**

Le règlement Bruxelles II bis prévoit un régime encore plus favorable permettant la circulation des décisions exécutoires rendues en matière de droit de visite présentant un caractère transfrontière, et leur mise à exécution dans un autre Etat membre, à la seule condition qu'elles soient accompagnées du certificat visé à l'article 41.

Toutefois, la procédure de délivrance de ce certificat ne peut être étendue au divorce par consentement mutuel extrajudiciaire puisque seules sont visées par cette disposition les décisions émanant d'une juridiction. Il est aussi prévu que la certification est effectuée par le juge.

Dès lors, le notaire ne pourra pas délivrer le certificat visé à l'article 41 du règlement du 27 novembre 2003 et devra refuser toute requête en ce sens.

Les parties, si elles souhaitent rendre exécutoire dans un Etat requis la convention de divorce portant sur l'exercice d'un droit de visite transfrontière, pourront néanmoins saisir l'Etat requis d'une demande en déclaration de la force exécutoire selon la procédure simplifiée applicable aux actes portant sur la responsabilité parentale.

Elles pourraient également saisir le juge aux affaires familiales d'une demande d'homologation d'une convention portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale qui pourra statuer sans audience, en application de l'article 1143 du code de procédure civile.

➤ **S'agissant des obligations alimentaires**

La convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats n'entre pas dans le champ d'application du *règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires*.

En effet, ne peuvent bénéficier des facilités de circulation prévues par le règlement que les décisions, transactions judiciaires (article 48) ou « actes authentiques » (article 2§3 et 48) au sens de cet instrument, c'est-à-dire une convention conclue avec des autorités administratives de l'Etat membre d'origine ou authentifiée par celles-ci, ou un acte dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique dans l'Etat membre d'origine et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte et a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire.

La convention de divorce par consentement mutuel bien que déposée au rang des minutes du notaire n'acquiert pas pour autant la qualité d'un acte authentique et se trouve donc hors champ du règlement européen du 18 décembre 2008.

Le créancier qui sollicite le recouvrement de l'obligation alimentaire prévue par la convention de divorce devra, à défaut d'accord bilatéral prévoyant une procédure simplifiée d'exequatur portant sur un acte, solliciter l'homologation de la convention par le juge étranger ou de toute autre manière l'incorporation de l'accord à une décision de ce juge, si une telle homologation s'avère impossible en raison des règles de compétence internationale ou parce que le droit national ne prévoit pas de mécanisme d'homologation.

FICHE 11

La nouvelle procédure de l'envoi en possession

Le testament dit « mystique » est un acte sous seing privé qui peut être soit écrit de la main du testateur, soit imprimé, soit dactylographié. Il est présenté clos, cacheté et scellé et est remis à un notaire en présence de deux témoins. Le testament sous seing privé est dit « olographe » lorsqu'il est rédigé, signé et daté de la main du testateur : sa validité n'est pas subordonnée à la présence de témoins. Ces deux types de testament ne présentent cependant pas les mêmes garanties de sécurité juridique que le testament dit « authentique » qui est dicté à deux notaires ou à un notaire assisté par deux témoins.

Pour cette raison, le législateur n'accorde la saisine au légataire que s'il exclut l'héritier, en raison de l'universalité de son titre et de l'absence d'héritiers réservataires.

Jusqu'à la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, seul le gratifié par testament authentique pouvait exercer de plein droit les droits du *de cuius*. S'il avait été institué par un testament olographe ou mystique, il était alors tenu de suivre une procédure en deux temps.

La loi imposait d'abord que le testament, parce qu'il n'est pas authentique, soit déposé entre les mains d'un notaire avant d'être mis à exécution (article 1007 du code civil).

En second lieu, le légataire devait présenter au président du tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession une requête d'envoi en possession par le biais d'un avocat, à laquelle étaient obligatoirement joints l'acte de dépôt du testament et un document justifiant de l'absence d'héritier réservataire, tel qu'un acte de notoriété (ancien article 1008 du code civil).

La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle a allégé la procédure de saisine du légataire universel en l'absence d'héritiers réservataires.

I – Le renforcement du rôle du notaire

Le nouvel article 1007 du code civil accroît le rôle du notaire en lui transférant une partie du contrôle effectué jusqu'à présent par le président du tribunal.

Est ainsi attribuée au notaire la tâche de contrôler les conditions de la saisine de ce légataire, à savoir sa vocation universelle et l'absence d'héritiers réservataires.

Cette mission entre dans le cadre des formalités liées au dépôt du testament qu'il était déjà tenu d'accomplir et lui incombe naturellement puisqu'elle implique des vérifications sur la base d'actes dressés par lui-même, en particulier l'acte notarié de notoriété, qui constate l'absence d'héritiers réservataires.

Afin d'assurer l'information des intéressés, l'article 1378 -1 du code de procédure civile prévoit que dans les quinze jours suivant l'établissement du procès-verbal de l'ouverture et de l'état du testament, visés à l'article 1007 du code civil, le notaire fait procéder, aux frais du

légataire universel, à l'insertion au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (BODACC) et dans un journal d'annonces légales diffusé dans le ressort du tribunal compétent d'un avis comprenant le nom du défunt, le nom et les coordonnées du notaire chargé de la succession ainsi que l'existence d'un legs universel.

Il est ensuite offert à tout intéressé une voie d'opposition à l'exercice de ses droits par le légataire.

II – La suppression du caractère systématique du recours au juge

Le nouvel article 1007 du code civil supprime le caractère systématique du recours au juge, en le limitant au cas d'opposition des tiers intéressés à l'exercice de sa saisine par le légataire (abrogation de l'article 1008 du même code).

Cette opposition doit intervenir dans le délai d'un mois à compter de la réception du procès-verbal et de la copie du testament par le greffe du tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession en vue de leur dépôt au rang de ses minutes.

Tout intéressé, informé de l'existence d'un legs par le biais des publications, nationale et locale, peut alors former opposition auprès du notaire chargé de la succession, dont les coordonnées figurent sur l'avis de publicité, ce qui a pour effet immédiat de bloquer la saisine du légataire universel.

Ce dernier devra alors solliciter du juge un envoi en possession, pour pouvoir appréhender les biens légués.

Le juge, saisi du fait de l'existence d'un conflit, n'est tenu de se prononcer que sur la régularité apparente du testament (en particulier concernant sa date, son écriture, ou encore sa signature) et non plus, comme auparavant, sur les conditions de la saisine et la vocation universelle du légataire. Ce contrôle, qui repose essentiellement sur des documents fournis par le notaire porte ainsi exclusivement sur l'apparence du titre au regard des éléments transmis par le notaire.

Le juge statue par une ordonnance mise au bas de cette requête. En cas de refus de sa part, le légataire dispose d'un recours en appel dans le délai de quinze jours conformément aux dispositions de l'article 496 du code de procédure civile.

Comme dans la procédure antérieure, cet envoi en possession ne fait pas obstacle à la possibilité d'exercer une action judiciaire ultérieure en contestation de la validité du testament, pour vice de forme ou de fond en vue ou à l'occasion de laquelle l'opposant peut prendre connaissance de l'acte.

Il est en effet important que le tiers démontre un intérêt légitime pour se voir communiquer le testament, ce que la simple opposition entre les mains du notaire ne suffit pas à établir.

L'ensemble de ces dispositions créent un droit de saisine de plein-droit du légataire universel à l'expiration du délai d'opposition, soit au plus tard un mois après la publication de l'avis au BODACC et à un journal local d'annonces légales.

FICHE 12

L'application des nouvelles dispositions en Outre-mer

1. Le divorce par consentement mutuel sous signature privée contresigné par avocats

La loi du 18 novembre 2016 n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e et le décret du 28 décembre 2016 pour les dispositions relatives au divorce par consentement mutuel sous signature privée contresigné par avocats s'appliquent directement et de plein droit en Guadeloupe, en Guyane, à Mayotte, à la Martinique, à la Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

S'agissant de Wallis et Futuna, l'article 112 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle rend l'article 50 relatif au divorce par consentement mutuel extra-judiciaire applicable à ces territoires et l'article 1575 du code de procédure civile a été modifié par le décret du 28 décembre 2016 pour y rendre applicable toutes les dispositions réglementaires du nouveau divorce par consentement mutuel sous signature privée contresigné par avocats.

Pour les Terres australes et antarctiques françaises, les dispositions de la loi et du décret sont applicables de plein droit (notamment en vertu du 4^o de l'article 1-1 de la loi n° 55-1052 du 6 août 1955) y compris pour les dispositions de procédure civiles qui sont indissociables des mesures de fond.

S'agissant de la Polynésie française, les dispositions législatives sont applicables de plein droit et les règles de procédure du décret du 28 décembre 2016, sont aussi applicables de plein droit car elles sont indissociables des règles de fond.

En effet, dans son avis n° 380.799 du 2 octobre 2007 relatif à la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française en matière de procédure civile, le Conseil d'Etat indique que *« certaines règles de procédure civile, en nombre au demeurant limité, sont indissociables des règles de fond applicables à la matière dont elles assurent la protection judiciaire. Participant de la nature de celles-ci, elles en empruntent alors le régime et ne peuvent, par voie de conséquence, qu'être édictées par l'autorité compétente au fond, c'est-à-dire, s'agissant des matières ci-dessus énumérées, par l'État. »*

En vertu de l'article 14, 1^o de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2014 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, le divorce relève d'une compétence appartenant à l'État attaché à l'item « l'état et la capacité des personnes ». Les dispositions du décret, qui modifient et intègrent des articles du code de procédure civile précisant les conditions de mise en œuvre du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire, sont indissociables des règles de fond aux termes de l'avis du Conseil d'Etat précité. En effet, les règles du code de procédure civile en matière de divorce participent aux règles de fond relatives au divorce.

En conséquence, l'État est compétent pour édicter ces règles de procédure civile, indissociables des règles de fond. Les dispositions relatives au divorce par consentement mutuel, précisées au chapitre Ier du titre I du décret du 28 décembre 2016 relèvent de la compétence de l'État et sont applicables de plein droit en Polynésie française.

Enfin, les nouvelles dispositions ne s'appliquent pas en Nouvelle-Calédonie.

2. Les dispositions relatives au droit des successions

La loi du 18 novembre 2016 n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe et le décret du 28 décembre 2016 pour les dispositions relatives au droit des successions s'appliquent directement et de plein droit en Guadeloupe, en Guyane, à Mayotte, à la Martinique, à la Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

S'agissant de Wallis et Futuna, l'article 112 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle ne rend pas les articles 44 à 47 relatifs aux successions applicables. Les dispositions réglementaires d'application ne sont donc pas non plus applicables.

Pour les Terres australes et antarctiques françaises, les dispositions de la loi et du décret relatives au droit des successions n'ont pas été rendues applicables par la loi du 18 novembre 2016 puis par le décret du 28 décembre 2016.

S'agissant de la Polynésie française, l'article 112 de la loi du 18 novembre 2016 dispose que « les articles 44, 45, 46 et 49 de la présente loi sont applicables en Polynésie française ». Ces articles modifient les articles 788, 804, 1007 et 1030-2 du code civil et abrogent l'article 1008 du code civil.

S'agissant des dispositions réglementaires, il convient de distinguer. En vertu de l'avis du Conseil d'Etat de 2007 précité, le décret a rendu applicable en Polynésie française les articles 39 et 40 qui portent sur l'envoi en possession du légataire universel (les nouveaux articles 1378-1 et 1378-2 du code de procédure civile) et les dispositions transitoires. Les articles 34 à 38 du décret ne sont en revanche pas applicables (articles relatifs à l'acceptation à concurrence de l'actif net et à la renonciation à succession modifiant les articles 1334, 1335 et 1337 du code de procédure civile).

Enfin, les nouvelles dispositions ne s'appliquent pas en Nouvelle-Calédonie.