

Aspects internationaux du nouveau divorce : question(s) de méthode(s)

Par Richard Crône

notaire honoraire, ancien directeur adjoint et directeur du développement de l'Ecole du Notariat de Paris, consultant, étude Lacourte et associés, Paris

49 1. Le divorce sans juge, plus précisément le consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 (C. civ. art. 229-1 s. issus de la loi 2016-1547 du 18-11-2016 ; CPC art. 1144 s. issus du décret 2016-1907 du 28-12-2016 ; Circ. JUSC1638274C du 26-1-2017).

Bon gré mal gré, après quelques dissensions, les professionnels ont finalement trouvé des terrains d'entente pour donner le maximum d'effet utile aux textes. Nombre d'offices notariaux se sont entendus avec leur correspondants avocats pour parvenir à des solutions satisfaisantes pour les professionnels et, surtout, pour les parties.

Les légères tensions du départ se sont estompées et on peut au moins reconnaître à la nouvelle procédure d'avoir obligé les professionnels à travailler ensemble et ce n'est pas le moindre des mérites du texte nouveau. La réussite de la nouvelle procédure était aussi à ce prix. On en donne acte aux intéressés.

2. Si, au plan interne, les choses doivent sembler pouvoir fonctionner correctement, au plan international, de nombreuses questions demeurent.

Seules deux études ont paru sur le sujet, mais la notoriété de leurs deux auteurs méritent qu'on s'y arrête. La première de ces études est signée Alain Devers, maître de conférences à l'Université Lyon III et avocat spécialisé dans les contentieux internationaux (A. Devers, Le divorce sans juge en droit international privé : Dr. famille n° 1, janvier 2017, dossier 5). La seconde, dans l'ordre chronologique, émane de M^e Béatrice Weiss-Gout, avocate réputée, elle aussi spécialiste des contentieux familiaux internationaux (B. Weiss-Gout, Le nouveau divorce sans juge est-il une option pour couple international ? : Dalloz Actualité, 16-2-2017).

3. La lecture attentive de ces études fait ressortir à l'évidence quelques sérieuses difficultés que la nouvelle procédure va soulever dans l'ordre international. Dans l'Union européenne, tout d'abord, en raison des nombreux règlements qui régissent désormais la matière, mais aussi et surtout hors des frontières de l'Europe.

S'agissant de l'Union européenne, rappelons que les règlements ne concernent pas le Danemark et qu'à terme, ils ne devraient plus s'appliquer au Royaume-Uni, lorsque sa sortie de l'Union sera consommée.

4. S'il est parfaitement clair que les difficultés en amont devront être défrichées par les avocats entre eux, il va de soi que les **schémas de collaboration** prévus entre nombres d'avocats et de notaires imposent à ces derniers d'avoir une parfaite connaissance des difficultés susceptibles de se poser. En effet, le notaire est le dernier maillon de la chaîne, et c'est à lui qu'incombe le dépôt des conventions et la délivrance du certificat de l'article 39 du Règlement Bruxelles II bis permettant la reconnaissance dans l'Union européenne du divorce ainsi obtenu (CPC art. 509-3).

Reprenons quelques-unes de ces difficultés les plus marquantes.

En quelle qualité le notaire délivre-t-il le certificat de l'article 39 ?

5. S'il est admis que le notaire peut délivrer le certificat de l'article 39 du Règlement Bruxelles II bis (Règl. 2201/2003 du 27-11-2003), à quel titre le fait-il ?

Comme cela a été unanimement souligné, le notaire ne peut en aucun cas être qualifié de juge en droit interne, c'est là un présupposé de départ. A cet égard, dans les définitions habituelles des notions utilisées dans les règlements, on s'arrêtera à celles données dans le Règlement Bruxelles II bis. Ce texte prévoit que :

- on entend par juridiction, toutes les autorités compétentes des Etats membres dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement en vertu de l'article 1^{er} (Règl. art. 2) ;
- on entend par juge, le juge ou le titulaire de compétences équivalentes à celle du juge dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement (Règl. art. 2) ;
- les actes authentiques reçus et exécutoires dans un Etat membre ainsi que les accords entre parties exécutoires dans l'Etat membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions (Règl. art. 46).

On peine à trouver ce qui fonde la compétence affirmée du notaire à délivrer le certificat de l'article 39 qui précise que « la juridiction ou l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe I (décisions en matière matrimoniale) ».

On peut néanmoins tenir pour acquis que le notaire peut être considéré comme une « **autorité compétente** » en matière de divorce et peut délivrer le certificat de l'annexe I. Mais ce n'est certainement pas le cas de celui de l'annexe II, relatif à l'autorité parentale, comme nous le verrons ultérieurement (n° 11).

La **qualification d'acte authentique** pose problème s'agissant de la convention d'un divorce contractuel. Certes, la loi l'a prévu ainsi, cette convention reçoit le caractère exécutoire par son dépôt auprès d'un notaire. Mais elle n'est pas reçue par le notaire comme un acte authentique au sens de l'article 46, puisqu'elle résulte d'un acte contresigné

par avocats. Et le dépôt qui en est fait intervient sans que les époux comparaissent et donc sans reconnaissance d'écriture et de signature.

Indépendamment de cela, bien d'autres interrogations demeurent.

La compétence

6. Traditionnellement, sur le fondement du règlement Bruxelles II bis toujours, tant les avocats que les notaires sont très attentifs à la compétence de la juridiction. La multiplicité des chefs de compétence qui résultent du règlement a fait du divorce le prix de la course. Certes, la difficulté est atténuée pour les pays participant à la coopération renforcée en matière de loi applicable au divorce (Règl. 1259/2010 du 20-12-2010 dit Règl. Rome III), mais pour ceux n'y participant pas, et encore plus pour des Etats tiers à l'Union, la plus grande prudence reste de mise.

Dans le cadre du nouveau divorce, les **avocats**, pas plus que le notaire, n'étant une **juridiction**, ils ne sont pas liés par les règles de compétence matérielles directes de Bruxelles II bis. A l'évidence, les parties ne le sont pas plus.

Faut-il craindre pour autant une ruée de couples candidats au divorce en France ? Rien n'est moins sûr : d'une part, une saisine du juge sera toujours possible ultérieurement si un enfant demande à être entendu ou encore si l'un des époux est placé sous un régime de protection ; d'autre part, le divorce risque fort de ne pouvoir produire ses effets à l'étranger s'il ne respecte pas les règles de compétence du juge étranger qui, alors, ne le reconnaîtra pas.

Le risque est ici mineur : sans aucun doute, les conseils des parties les dissuaderont de se tourner vers cette procédure.

La loi applicable au divorce

7. On sait qu'en matière de divorce « classique », les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Le juge a l'obligation de rechercher d'office la loi applicable ainsi que de la mettre en œuvre.

La disparition du juge dans la nouvelle procédure redonne-t-elle toute liberté aux parties ? Il n'en est rien.

La circulaire n'envisage que l'application de la loi française, mais celle-ci n'a pas vocation à toujours s'appliquer. Il doit être tenu compte notamment du **Règlement Rome III** si l'on veut que le divorce puisse avoir une quelconque chance de circuler et d'être reconnu à l'étranger. Ce texte autorise les époux à choisir la loi applicable à leur divorce, mais dans certaines limites : loi de l'Etat de leur résidence habituelle ou de la résidence de l'un d'eux, loi de la nationalité de l'un des époux (Règl. art. 5). La dernière option prévue, c'est-à-dire la loi de l'Etat où se trouve le tribunal saisi semble, de fait, exclue. Ce choix peut intervenir soit en cours de mariage, soit au moment de leur séparation.

La mise en œuvre de la nouvelle procédure française suppose nécessairement d'avoir fait le **choix** de la loi française comme loi applicable au divorce. Ce choix devra être effectué en toute connaissance de cause par les époux, avec l'assistance de leurs conseils respectifs. Ne pas évoquer la question engagerait inéluctablement leur responsabilité.

A juste titre, les auteurs précités estiment nécessaires que ce point soit non seulement abordé, mais encore que le choix des époux figure expressément dans la convention signée par eux. C'est une saine vision et une sage précaution.

La loi applicable au régime matrimonial

8. Outre la loi du divorce, celle applicable au régime matrimonial devra être évoquée très tôt et **indiquée dans la convention** de divorce car elle conditionne pour une large part le partage des intérêts patrimoniaux des époux. La question sera encore plus brûlante lorsque, le 29 janvier 2019, le nouveau règlement « régimes matrimoniaux » (Règl. 2016/1103 du 24-6-2016) entrera en application.

Il faudra donc, en application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 actuellement puis, en vertu du règlement précité, tenir compte de la loi éventuellement choisie par les époux par contrat dans le cadre d'une désignation subjective ou de la loi objectivement applicable à défaut de contrat et de choix exprimé.

Les obligations alimentaires et la prestation compensatoire

9. Une discussion devra s'ouvrir sur la loi applicable aux obligations alimentaires et à la prestation compensatoire éventuelle, en conformité du règlement « obligations alimentaires » de 2008 (Règl. 4/2009 du 18-12-2008) et du Protocole de La Haye (Protocole 23-11-2007), auquel renvoie ce texte.

Le tout devra également être **mentionné** dans la convention des époux. Ici comme ailleurs, il conviendra d'être prudent. Il y a fort à parier que les conseils essaieront, dans la plupart des cas, de rassembler, autant que faire se peut, le contentieux autour de la loi française. Si conceptuellement, des dépeçages sont possibles, ils ne sont pas forcément souhaitables...

10. Hélas, tant les pensions alimentaires que la prestation compensatoire décidées dans la convention de divorce par acte d'avocats ne pourront, en l'état des textes, être **reconnues** ou dispensées d'**exequatur** car le règlement n'envisage que des décisions de justice, des actes authentiques ou des transactions judiciaires, et le nouveau divorce n'entre dans aucune de ces nouvelles catégories.

Tout comme en matière d'autorité parentale (n° 11), la question pourra trouver sa solution dans une **convention parentale spécifique**, soumise à homologation du juge, ou encore, dans une transaction judiciaire homologuée par

le juge. Plus simplement, les avocats pourront toujours demander au notaire de consigner ces accords dans un acte authentique au sens traditionnel du terme, qui autoriserait la délivrance ultérieure du certificat. Rien ne l'interdit et cette solution aura l'avantage de la rapidité. La collaboration de tous sera alors de mise.

La nécessaire collaboration qui va s'instaurer entre les deux professions dans le cadre de ce nouveau divorce peut déboucher sur ce type de procédure. Ce que ne manque pas de relever M^{me} Weiss-Gout dans son étude : « Il faudra donc, pour la reconnaissance de cette partie du divorce, passer par une convention parentale extraite de la convention de divorce, homologuée par le juge, ou par un acte authentique, ou encore, quand ce sera adapté, par une transaction homologuée par le juge ».

Il va de soi que le notariat se mettra à la disposition des avocats pour donner à ces conventions le maximum d'effet, à leur demande.

L'autorité parentale

11. Les questions d'autorité parentale qui seront tranchées dans la convention de divorce pourront bénéficier d'une **reconnaissance et d'un exequatur** simplifié, par le biais du certificat de l'article 39 du Règlement Bruxelles II bis, que le notaire pourra délivrer. La circulaire le confirme.

Mais des difficultés ultérieures peuvent voir le jour, notamment en matière de droit de visite ou d'hébergement, qui est une matière sensible. Or dans une telle hypothèse, le notaire n'aura pas qualité pour délivrer le certificat de l'article 41 du même texte, tout le monde s'accorde à le dire.

Par ailleurs, il convient de rappeler que, s'agissant des questions d'autorité parentale et de droit de visite et d'hébergement, le **choix de loi** n'est en aucun cas possible. Il sera par conséquent très important de désamorcer les contentieux à ce sujet dès la convention. Les avocats, rompus aux difficultés spécifiques au droit de visite et d'hébergement, pour ne prendre que cet exemple, sauront trouver des clauses adaptées à chaque situation, les clauses usuelles des décisions du droit interne étant trop souvent de style et imprécises, afin d'éviter tout contentieux ultérieur.

La procédure

12. La procédure proprement dite du divorce contractuel sera régie par la loi française : assistance des avocats, élaboration et signature de la convention, délai de réflexion, dépôt au rang des minutes du notaire.

La transcription du divorce

13. Il y a fort à craindre qu'**hors Europe**, ce type de divorce se heurte à de sérieux obstacles. Il semble bien que ceux-ci soient dissuasifs, à raison des craintes de non-reconnaissance qui en découleront.

En Europe, hors Danemark et Royaume-Uni, on peut se montrer plus nuancé. Sous réserve de la loi applicable, comme nous l'avons vu et de la non-contrariété de ce nouveau divorce à l'ordre public de l'Etat requis, il a toujours été acquis que portant sur des questions d'état et de capacité des personnes, la « décision » (terme générique ici) ne nécessite pas l'exequatur.

Rappelons en effet que, par effet d'équivalence, « aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes de l'état civil d'un Etat membre sur la base d'une décision rendue dans un autre Etat membre en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation de mariage, qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet Etat membre » (Règl. Bruxelles II bis art. 21-2).

Dès lors, les époux pourront obtenir la transcription de ce divorce et mettre à jour leur état civil. Ils pourront également se remarier.

Le partage des biens

14. Il ne semble pas non plus y avoir de difficultés majeures sur cette question. Dans la mesure où le partage des biens des époux est contenu dans la convention signée par les parties et contresignée par acte d'avocat, puis déposée au rang des minutes du notaire, il n'y a pas plus lieu à exequatur, c'est la convention et sa signature qui fera la loi des parties.

Ce n'est que dans la mesure où l'un des époux se montre récalcitrant qu'il faudra alors obtenir un exequatur du nouveau divorce. Cela peut concerner des obligations de sommes tel le paiement d'une soulte par exemple.

Quel avenir pour le nouveau divorce ?

15. Fort légitimement, on peut se poser la question de l'avenir de ce nouveau divorce.

Certes, des difficultés devront être franchies pour appliquer la nouvelle procédure dans un cadre international, ou à tout le moins européen.

Nous partageons pleinement la belle conclusion de Madame Weiss-Gout, qui met en exergue « la compétence qu'il faudra aux avocats pour choisir ce nouveau divorce dans un contexte international, aussi la nécessité d'une intelligente coopération entre les professions juridiques réglementées. Mais sous cette réserve, il ne faudra pas l'écarter, car il peut rester la meilleure solution ».

La clé de la réussite de cette nouvelle procédure repose en effet sur la collaboration étroite des professionnels concernés, au service de leurs clients.

Et l'auteur d'ajouter que derrière ce nouveau divorce, il y a sans doute « un enjeu de politique internationale ». Dans le grand mouvement de déjudiciarisation du droit de la famille en Europe, « le nouveau divorce français est peut-être seulement un peu en avance ». Peut-être constituera-t-il « le futur modèle d'un divorce européen ».

Sans doute est-ce là une vision prémonitoire, non dénuée de bon sens. C'est là tout le mal qu'on peut souhaiter à la nouvelle procédure.