

7 Guide des bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international



Sarajoan HAMOU,
secrétaire générale de l'IDFP



Laurence MAYER,
avocat à la cour



Raluca LOLEV,
avocat à la cour



Juliette MINOT,
avocat à la cour



Clémence BRASSENS,
avocat à la cour

Après avoir échangé sur nos pratiques respectives jusqu'à présent, nous avons décidé de regrouper des « bonnes idées » pour pallier les difficultés auxquelles nous sommes confrontées dans les divorces internationaux, s'agissant du nouveau divorce par consentement mutuel, surtout s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution de ce divorce. Ce guide a été rédigé après la conférence organisée par l'Institut du droit de la famille et du patrimoine, sur ce thème, le 25 novembre 2019, et a donc été nourri des échanges et discussions avec la salle.

1 - Depuis le 1^{er} janvier 2017, date d'entrée en vigueur de la loi J21, les époux peuvent désormais divorcer par consentement mutuel uniquement par acte sous signature privée contresigné par deux avocats (*C. civ., art. 229-1*), à l'exception des cas où l'enfant mineur aura demandé à être entendu par le juge ou lorsque l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du Titre XI du Livre I^{er} du Code civil (*C. civ., art. 229-2*).

Malgré le nombre croissant de divorces internationaux en France et d'instruments internationaux et européens applicables en la matière, le nouveau divorce par consentement mutuel a été introduit en droit français par la loi J21 sans aucune disposition législative d'accompagnement de droit international privé.

Heureusement, la circulaire n° CIV/02/17 du 26 janvier 2017¹ a tenté de combler cette lacune, notamment par le biais de sa fiche 6.

La difficulté majeure tient au fait que la convention de divorce n'est ni une décision judiciaire, ni un acte authentique. C'est un acte hybride qui n'entre pas dans les catégories mentionnées dans les instruments européens, lesquels prévoient, de manière générale, la reconnaissance et la circulation des décisions de justice ou des actes authentiques seulement. Il est donc peu aisé de savoir comment appliquer ces instruments à notre convention de divorce.

La situation s'est davantage complexifiée avec la décision de la CJUE du 20 décembre 2017² sur laquelle les opinions divergent quant à son impact sur notre divorce par consentement mutuel.

Hors Union européenne, les difficultés évoquées seront évidemment accrues. Les parties verront alors appliquer les règles de droit international privé de chacun des pays dans lesquels la convention de divorce devra circuler, dans l'incertitude la plus totale.

Face à cette situation, nous avons réfléchi à la manière dont nous pourrions continuer à utiliser le divorce par consentement mutuel alors que certains praticiens ont décidé de le bannir dans cette hypothèse. Il s'agit d'un fabuleux outil qui permet une grande souplesse et une certaine rapidité, il serait dès lors dommage d'en priver nos clients étrangers ou résidant à l'étranger.

Aussi, nous proposons quelques outils pour pallier les difficultés auxquelles nous sommes confrontés dans les divorces internationaux, s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution du nouveau divorce par consentement mutuel.

1. Points à analyser en amont de la rédaction de la convention de divorce

2 - Vérifications préalables à effectuer avant de conseiller son client sur l'opportunité d'un divorce par consentement mutuel. –

Avant même d'envisager la rédaction d'une convention de divorce par consentement mutuel, plusieurs précautions doivent, à notre sens, être prises pour vérifier son éventuelle reconnaissance à l'étranger, d'une part, préparer, informer les clients, et protéger leurs intérêts, le cas échéant, d'autre part.

Il convient, en premier lieu, de vérifier si notre divorce sans juge est susceptible d'être reconnu dans les États dans lesquels il peut être amené à circuler et produire des effets, c'est-à-dire principalement :

- l'État de célébration du mariage ;
- le ou les État(s) des nationalités respectives des parties ;
- le ou les État(s) de résidence des parties.

Cette information peut être demandée soit par l'intermédiaire d'une consultation à un confrère local, soit auprès du consulat de l'État concerné qui pourra délivrer un certificat de coutume.

Il est important qu'il soit précisé si ce divorce non judiciaire risque de se heurter à l'ordre public international local, si des mentions particulières doivent figurer dans nos conventions pour favoriser

1. Circ. n° JUSC1638274C, 26 janv. 2017.

2. CJUE, 1^{re} ch., 20 déc. 2017, aff. C-372/16, *Soha Sahyouni c/ Raja Mamisch*.

leur reconnaissance, si des formalités d'exécution et de transcription sont à accomplir, si des délais sont à respecter...

3 - Alerter son client sur les risques liés à la non-reconnaissance du divorce par consentement mutuel à l'étranger. – Une fois ces informations récoltées, ou à défaut d'avoir pu les obtenir, et afin d'éviter que notre responsabilité soit engagée par la suite, il apparaît indispensable d'informer les clients, quel que soit le contenu de la loi étrangère, afin de leur :

- expliquer les risques et dangers liés à la possible non-reconnaissance du divorce sans juge à l'étranger ;
- proposer, le cas échéant, la solution plus sûre, mais plus longue d'un divorce judiciaire accepté.

De plus, nous pouvons indiquer à nos clients que ce risque est limité lorsqu'ils n'ont pas d'enfants ou des enfants majeurs et/ou que les conséquences financières du divorce entre époux sont exécutées le jour même de la signature de la convention du divorce. En effet, dans cette hypothèse, il n'y a plus de difficulté liée à l'exécution ultérieure à l'étranger du divorce et le seul point dont il faut s'assurer est la possibilité de transcrire le divorce sur les actes d'état civil étrangers, dans les États pour lesquels le concept d'état civil existe (ce qui n'est pas forcément le cas partout – par exemple : États-Unis, Royaume-Uni).

4 - Sécuriser la compétence des autorités françaises en attendant la signature de la convention de divorce. – En cas d'élément d'extranéité, plusieurs juridictions sont alternativement compétentes pour connaître d'un divorce, notamment du fait de l'application de l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis*. Ainsi, dans l'attente de la signature de la convention, il peut s'avérer nécessaire de « bloquer » la compétence du juge français, afin d'éviter qu'une procédure ne soit introduite dans un autre État pendant les négociations. Nous proposons deux options à cette fin :

- déposer une requête en divorce à titre conservatoire pendant les négociations pour fixer la compétence juridictionnelle du juge français en cas de difficulté ou si les négociations échouent, bien entendu s'il s'avère compétent en application des règlements européens ;
- ou, alternativement, signer une convention de procédure participative dans laquelle les deux parties s'engagent à ne saisir aucune juridiction pendant une période donnée.

Rappelons que les époux pourront néanmoins, à tout moment, et en application de l'article 247 du Code civil, utiliser une passerelle leur permettant de revenir à la signature d'une convention de divorce par consentement mutuel.

2. Rédaction de la Convention

5 - Si, informés des risques susmentionnés, nos clients choisissent de divorcer par consentement mutuel, il nous semble important, afin d'accroître la reconnaissance du divorce à l'étranger, d'insérer certains développements et clauses dans la convention de divorce.

A. - La compétence des autorités françaises et la loi applicable au litige

6 - Circulaire. – La circulaire du ministère de la Justice n° CIV/02/17 du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel semblait avoir prévu la question de la compétence et de la loi applicable au divorce en matière internationale. Le praticien pouvait se rassurer en concluant que, finalement, le nouveau divorce par acte d'avocats ne changerait pas fondamentalement sa pratique antérieure lorsqu'il serait confronté à un élément d'extranéité.

En effet, la circulaire, s'appuyant sur l'article 46 du règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, soulignait qu'il était prévu un régime de libre circulation des décisions rendues en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, qui s'appliquait aux accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine,

lesquels étaient reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions.

Dès lors, l'acte d'avocat accompagné d'un certificat³ avait vocation à circuler dans l'espace européen sans difficulté.

Par ailleurs, s'agissant de la loi applicable, la circulaire avait prévu que : « dans la mesure où les dispositions relatives au champ d'application du règlement Rome III ne le restreignent pas aux procédures judiciaires, ce règlement permet aux époux, en choisissant la loi française au visa de l'article 5, de divorcer par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 du Code civil ».

Dès lors, comme dans le cadre d'une procédure judiciaire, il suffisait à l'avocat de préciser, dans sa convention de divorce, les critères de compétence et de loi applicable quant au principe du divorce au regard des règlements européens pour rendre son acte inattaquable en présence d'un élément d'extranéité.

7 - Décision de la CJUE. – Or, la décision de la CJUE du 20 décembre 2017 a créé un véritable tsunami en affirmant que : « L'article 1^{er} du règlement 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, doit être interprété en ce sens qu'un divorce résultant d'une déclaration unilatérale d'un des époux devant un tribunal religieux ne relève pas du champ d'application matériel de ce règlement ».

Ainsi, selon la CJUE, et par extension, seul un divorce prononcé par une juridiction ou une autorité publique relève du domaine d'application du règlement Bruxelles II *bis* et de Rome III. Or, le notaire, chargé du dépôt des divorces par acte d'avocats, n'est pas une autorité publique. Dès lors, le divorce extrajudiciaire de l'article 229-1 du Code civil ne rentrerait plus dans le champ d'application du droit européen.

En conséquence, le divorce par consentement mutuel par acte d'avocats déposé au rang des minutes d'un notaire est devenu une sorte d'« objet volant » non identifié et surtout non reconnu (ou non identifiable) dans l'espace européen.

Dès lors, justifier de la compétence et de la loi applicable sur le fondement de textes européens, qui excluent le divorce par acte d'avocats, apparaîtrait comme superfluo.

Cette conclusion était à courte vue. Le divorce privé a vocation à s'étendre en Europe. Le coût et la lenteur d'une procédure judiciaire qui aurait pour simple visée d'homologuer un accord rend séduisant l'acte d'avocat et, il y a fort à parier que de nombreux États européens vont s'engouffrer dans cette voie qui consacre l'autonomie de la volonté et désencombre les tribunaux.

Pour faire œuvre de prospective, dans l'idée que le divorce privé peut devenir la norme dans le futur et pour rendre à l'avenir inattaquable sa qualité dans l'espace européen, il convient tout de même de bien définir, dans le cadre de l'acte d'avocat, les critères de compétence et de loi applicables au regard des éléments européens et internationaux.

8 - Nouveau règlement Bruxelles II *ter*. – C'est si vrai que le Conseil de l'Union européenne vient d'adopter le règlement (UE) n° 2019/1111 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, dit « Bruxelles II *ter* ». Ce règlement contient désormais, en son article 2, une définition de l'accord en matière de divorce, de séparation de corps et de responsabilité parentale qui fera l'objet d'une reconnaissance dans les autres États membres.

La convention de divorce extrajudiciaire, régie par l'article 229-1 du Code civil français, semble parfaitement se retrouver dans ce nouveau règlement. Selon cette définition, l'accord est un acte enregistré par une autorité publique notifiée, à cet effet, par les États membres à la Commission. Dès lors, les notaires constituent, à n'en

3. Règl., art. 39.

pas douter, des autorités compétentes pour enregistrer des accords au sens du règlement Bruxelles II *ter*. Le règlement prévoit de faire circuler dans les États membres les accords enregistrés selon un système de certificats. Le divorce par acte d'avocats devrait donc circuler dans l'espace européen puisqu'il aura été enregistré dans un État membre dont les juridictions sont compétentes. Pour qu'un divorce par acte d'avocats circule, il devra avoir répondu aux critères de compétence définis à l'article 3 et il appartiendra à l'avocat de veiller à justifier dans son acte de la compétence et de la loi applicable.

Il restera à espérer que ce qui vient d'être exposé quant au principe du divorce le soit également en matière alimentaire car, en l'état, l'acte d'avocat en cette matière n'a pas vocation à recevoir une reconnaissance européenne.

9 - En attendant l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles II *ter*. – S'il doit être considéré que les règlements européens ne sont plus applicables à notre divorce par consentement mutuel, il faudra alors renvoyer à l'article 309 du Code civil pour la loi applicable au divorce. S'agissant de la compétence des autorités françaises, on la fondera en justifiant de liens étroits entre le litige et la France, notamment sur les articles 1070 du Code de procédure civile, ou 14 et 15 du Code civil, comme le prévoit le droit international privé français commun.

B. - Les clauses à insérer dans la convention pour en renforcer l'efficacité à l'étranger

10 - Clause sur le contexte de vie de nos clients, leurs projets en termes de déménagement, etc. – Comme indiqué plus haut, l'idée est de s'assurer que le divorce par consentement mutuel pourra être exécuté dans les différents États dans lesquels il pourrait être amené à circuler. Souvent, nous notons des éléments d'extranéité : résidence actuelle des époux, nationalité étrangère, localisation de patrimoine à l'étranger, etc., ce qui nous permet de vérifier si le divorce est reconnu dans ces États⁴. Cependant, des éléments d'extranéité futurs pourraient survenir, notamment le déménagement à l'étranger de l'un des ex-époux. De fait, il faut envisager que la convention de divorce pourrait circuler dans d'autres États que ceux identifiés initialement.

Dans cette hypothèse, et toujours afin d'éviter que notre responsabilité soit engagée si le divorce se retrouvait obsolète car non exécutoire, il serait judicieux d'interroger nos clients sur leur projet post-divorce (mutation à venir, déménagement, retour en France, remariage, etc.). Ceci permettrait d'informer officiellement les époux en amont des éventuelles difficultés de reconnaissance ou d'exécution qu'ils pourraient rencontrer dans tel ou tel État.

Cette clause serait bien évidemment limitée aux États visés dans les projets de nos clients uniquement, et il ne sera pas question de garantir la reconnaissance et l'exécution de la convention partout dans le monde.

11 - Clause sur les démarches entreprises pour assurer la reconnaissance et la circulation de la convention. – Afin de sécuriser au maximum la convention de divorce et également couvrir notre responsabilité, il sera judicieux d'informer par écrit les clients de toutes les démarches entreprises pour s'assurer de la reconnaissance et la circulation de la convention dans les pays où celle-ci aura vocation à exister.

À cet effet, il pourra notamment être précisé si des confrères locaux ont été interrogés sur la reconnaissance de ce divorce dans tel État (les consultations pourront notamment être annexées à la convention). Si le consulat d'un État a été interrogé sur la transcription du divorce, la réponse pourra également être annexée à la convention.

C. - Dans quelle langue faut-il rédiger la convention ?

12 - Il est nécessaire de s'assurer de la bonne compréhension de la convention par les époux non francophones de naissance. En effet, sans cela, la convention comportera une brèche qui pourrait permettre à l'époux de la remettre en question.

13 - Dans l'hypothèse où l'une des parties ne parle pas français, se pose la question de savoir dans quelle langue la convention de divorce doit être rédigée. Étant praticien français, il est évident que le divorce doit être rédigé en langue française.

Cependant, la convention devra nécessairement être accompagnée par une traduction assermentée dans la langue maternelle de l'époux non francophone, afin d'éviter qu'elle soit remise en question en raison de son incompréhension.

Par ailleurs, il faudra insérer dans la convention une clause indiquant qu'en cas de difficulté d'interprétation entre la version française et sa traduction, ce sera la version française qui prévaut.

Enfin, il est recommandé que les deux époux paraphent et signent la version française de la convention ainsi que la version traduite.

14 - Si les deux parties parlent français et qu'aucune traduction dans la langue maternelle des parties n'est annexée à la convention. – Il sera alors nécessaire de faire signer à l'époux non francophone de naissance une attestation de bonne compréhension de la langue française et ce, également dans sa langue d'origine ou avec une traduction dans sa langue d'origine.

3. Envoi de la convention – Délais

15 - Une fois que la convention est rédigée, certaines difficultés liées à la résidence des parties à l'étranger peuvent apparaître.

En effet, il est exigé que le projet de convention de divorce soit adressé aux parties par lettre recommandée, à réception de laquelle débute le fameux délai de réflexion de 15 jours nécessaire préalablement à la signature de la convention.

Lorsque nos clients résident à l'étranger, les courriers recommandés mettent parfois beaucoup de temps pour être acheminés à leurs destinataires. De plus, certains États ne connaissent pas les courriers recommandés. Comment respecter alors cette exigence de la loi ?

16 - Recommandé électronique. – Nous serions tentés de recourir au recommandé électronique qui permet, en simplifiant, d'adresser un courrier recommandé par mail. Il faudra cependant s'assurer, dans un premier temps, que le notaire en charge du dépôt accepte bien le recommandé électronique, car tous ne le font pas. Il faudra également faire attention au média utilisé puisque tous les modes de recommandé électronique ne sont pas pris en compte de la même manière.

17 - AR24. – En effet, depuis le décret n° 2018-347 du 9 mai 2018, seul le prestataire AR24 a été inscrit comme prestataire qualifié. Ce décret est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Il est donc désormais possible d'utiliser les recommandés électroniques AR24 par voie d'envoi de LRE « qualifiée ».

La LRE « contractuelle » (qui existe aussi avec AR24) ayant une valeur juridique moindre que la LRE « qualifiée », il y a lieu de bien choisir cette dernière pour les envois. La LRE « contractuelle » n'est en effet pas reconnue par le décret et n'a donc pas force d'un recommandé juridiquement valable. Il est également conseillé de cocher la case « exiger la signature manuelle du bénéficiaire » (qui nécessitera une mise à jour du navigateur du client qui recevra le RAR).

Par ailleurs, il est conseillé, afin d'éviter toute difficulté, de prévoir dans les conventions la précision selon laquelle les clients reconnaissent avoir accepté ce mode de transmission et avoir ouvert et lu personnellement le courrier recommandé électronique à la date indiquée.

Il est enfin recommandé d'adresser le projet de convention de divorce au notaire qui sera chargé de la déposer au rang de ses minutes, avant de l'adresser à nos clients, et ce, afin d'éviter toute

4. V. n° 1.

difficulté ultérieure. En effet, il n'est pas question de soumettre la convention à la validation du notaire, mais bien de vérifier que rien ne lui pose problème, notamment s'agissant des éléments d'extranéité, afin de ne pas perdre de temps par la suite.

4. Reconnaissance et circulation

18 - Lorsque la convention a été signée et déposée au rang des minutes du notaire, existe-t-il encore des moyens de garantir encore davantage la reconnaissance et la circulation de la convention à l'étranger ?

19 - **Circulation hors Union européenne.** – Lorsqu'il s'agira d'effectuer une transcription hors Union européenne, on pourra alors tenter de faire reconnaître le divorce et solliciter sa transcription en se fondant sur les actes d'état civil.

En effet, l'article 1369 du Code civil rappelle que les actes reçus par un officier d'état civil sont considérés comme des actes authentiques, ce qui pourrait suffire pour une autorité étrangère reconnaissant leur valeur.

À défaut d'un acte d'état civil français (si le mariage a été célébré à l'étranger et/ou lorsque les époux sont étrangers), il pourrait être envisagé de solliciter auprès du service central de l'état civil du ministère des Affaires étrangères un certificat « attestant de l'inscription au répertoire civil annexe d'actes, certificats, décisions et extraits »⁵.

On peut imaginer que la communication de ce type de document officiel et authentique émanant des services de l'état civil français facilite la transcription du divorce à l'étranger.

20 - **Circulation intra européenne.** – S'agissant du prononcé du divorce, malgré les réserves posées par l'arrêt de la CJUE laissant penser que notre divorce sans juge ne serait pas soumis au règlement Bruxelles II bis, de sorte qu'il ne serait pas automatiquement reconnu dans les autres États membres et ne bénéficierait pas de la force exécutoire, il nous semble quand même indispensable d'obtenir auprès du notaire qui a déposé la convention le certificat de l'article 39 du règlement Bruxelles II bis.

S'agissant de l'autorité parentale, la circulaire du 26 janvier 2017 n'a pas prévu que le notaire puisse délivrer le certificat de l'article 41 du règlement Bruxelles II bis permettant une exécution transfrontalière des mesures relatives aux enfants.

En tout état de cause, cela n'aurait pas été compatible avec le rôle que le législateur a voulu confier au notaire, celui-ci n'ayant pas vocation à entendre les parties, et notamment l'enfant, ce qui est requis pour l'obtention du certificat de l'article 41.

Or, les conséquences du divorce liées aux enfants dans la convention contresignée par acte d'avocats peuvent engendrer des difficultés d'exécution selon les pays où elle aura vocation à être exécutée, notamment s'agissant de l'exécution forcée des pensions alimentaires, puisqu'en l'état rien n'a été prévu pour en assurer la circulation et la reconnaissance au sein de l'Union européenne.

Dès lors, nous recommandons de doubler la convention de divorce d'une convention parentale, en application de l'article 373-2-7 du Code civil, qui règlera l'ensemble des effets relatifs aux enfants et qui pourra être homologuée par le juge, de manière simultanée.

Cette convention peut porter sur les seules modalités de résidence, mais aussi sur la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants et intervenir à tout moment : préalablement au divorce dans le cadre d'un pacte de famille, au moment de la séparation de fait, ou bien postérieurement afin de modifier ou faire évoluer les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Par principe, en vertu de l'article 1143 du Code de procédure civile, le juge homologue la convention sans avoir préalablement convoqué les parties à une audience, sauf s'il l'estime nécessaire. Il serait alors utile que les parties expliquent dans la requête conjointe accompagnant la convention parentale l'intérêt de la saisine judiciaire, dans un objectif de reconnaissance et d'exécution à l'étranger, pour que le magistrat en comprenne immédiatement les enjeux.

S'agissant des obligations alimentaires, les difficultés d'exécution proviennent du fait que le règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 sur les obligations alimentaires exige une décision judiciaire, une « transaction judiciaire » ou un « acte authentique exécutoire » pour bénéficier des facilités de circulation et d'exécution des mesures ordonnées dans un État membre.

Or, la circulaire du 26 janvier 2017 est venue clairement indiquer que : « 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 hors du champ du règlement »⁶.

Pour tenter d'y remédier, plusieurs auteurs ont proposé « d'authentifier » la convention de divorce afin de permettre l'application du règlement Obligations alimentaires. En cas d'acte liquidatif notarié, il faudrait donc s'assurer que les engagements des parties portant sur les obligations alimentaires figurent bien dans l'acte. À défaut d'acte liquidatif, il faudrait alors doubler la convention de divorce d'un acte authentique faisant état des accords relatifs aux obligations alimentaires.

De façon plus générale, il a aussi été suggéré le recours à un acte authentique notarié pour acter non seulement le dépôt de la convention de divorce, mais aussi le prononcé du divorce en tant que tel. Cela se matérialiserait concrètement par une reconnaissance d'écritures et de signatures des époux et de leurs avocats devant le notaire.

En tout état de cause, une grande partie des problèmes susmentionnés trouveront une réponse avec l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles II ter, au moins s'agissant du prononcé du divorce. À quand une refonte du règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires ? ■

Mots-Clés : Droit international privé - Divorce - Divorce par consentement mutuel - Acte d'avocat

5. D. n° 65-422, 1^{er} juin 1965, art. 4-1 : « Le service central d'état civil tient aussi un répertoire civil annexe où sont conservés des extraits des décisions rendues en France ou des certificats de dépôt de divorce dont la mention en marge d'un acte de l'état civil ne peut être effectuée parce qu'aucun acte ne figure dans les registres français ».

6. Fiche 10.