



RAPPORT N°
CONFIDENTIALITÉ :
COMMISSION : Général – fonctionnement du conseil
MOTS CLÉS : Conseil de l'Ordre - publicité des débats - retransmission

LE NOUVEAU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

RAPPORTEUR :

Carole PASCAREL
Michelle DAYAN

DATE DE LA REDACTION :

9 décembre 2016

BATONNIER EN EXERCICE :

Frédéric SICARD

DATE DE PRESENTATION AU CONSEIL :

13 décembre 2016

CONTRIBUTEURS :

TEXTES CONCERNES : Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle

RESUME :

La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle comporte notamment des modifications importantes pour le contentieux familial concernant :

- la procédure en divorce par consentement mutuel
- l'enregistrement du PACS
- le changement de sexe
- le changement de prénom

CHIFFRES CLES :

3000 jugements de divorce par consentement mutuel par an au TGI de Paris

1687 heures par an soit 0,86 ETP (Equivalent Temps Plein Juge aux Affaires Familiales) : « l'économie » représente donc moins d'un juge au service des affaires familiales à Paris.

Il nous a cependant été indiqué lors de la réunion de service des affaires familiales en présence du président du TGI qu'un juge serait

-l'homologation et la force exécutoire d'un accord sur les pensions alimentaires hors divorce

-la mise en place d'expérimentation de médiation préalable obligatoire

Le recours devant le Conseil Constitutionnel formé par le parti LR a été rejeté.

Les décrets d'application ne sont pas encore connus, de sorte que le présent rapport a pour objet de présenter le principal changement à savoir le divorce par consentement mutuel qui ne sera plus homologué par un juge mais constaté par acte d'avocat et déposé au rang des minutes d'un notaire, devenant ainsi non pas un divorce devant notaire mais devant deux avocats obligatoires désormais.

Une fois connaissance prise des décrets d'application au stade de projet à ce jour, un nouveau rapport sera établi comportant des modèles d'actes et un vade-mecum à destination des praticiens de la matière, et concernant l'ensemble des modifications législatives en matière familiale.

TEXTE DU RAPPORT

1- Les dispositions modifiées dans le Code civil, le code de procédure civile d'exécution, le code de la sécurité sociale, le code général des impôts et le Code pénal

Le titre VI du livre 1^{er} du Code Civil est modifié concernant :

- La procédure en divorce par consentement mutuel.

Nouvel article 229 :« *Les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* »

Nouvel article 229-1 alinéa 1^{er} : « *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* »

Les codes des procédures civiles d'exécution, de la sécurité sociale et des impôts sont modifiés en conséquence pour intégrer les nouvelles dispositions sur le divorce par consentement mutuel et permettre ainsi :

- Le recouvrement des pensions alimentaires consignées dans les conventions de divorce déposées au rang des minutes d'un notaire (article L 111-13 et L 213-1 du code des procédures civiles d'exécution)
- Les allocations de soutien familial à enfant, l'allocation de soutien familial à titre d'avance sur créance alimentaire et la subrogation dans les droits du créancier, l'aide des organismes débiteurs de prestations familiales (CAF) pour le recouvrement des termes échus et à échoir, dans les cas d'impayés sur les pensions

affecté à un procès d'assises à temps plein pour 3 mois à compter d'avril 2017 puis à nouveau à compter de septembre 2017 pour 3 mois.

alimentaires consignées dans les conventions de divorce déposées au rang des minutes d'un notaire (articles L 523-1, L 581-2, L 581-6 du code de la sécurité sociale)

- L'application des conditions de l'ouverture du droit à réduction d'impôt en cas de versement de la prestation compensatoire dans l'année du prononcé du divorce et la possibilité de solliciter la désolidarisation fiscale pour la période d'imposition commune concernant l'IR et la taxe d'habitation après le prononcé du divorce dans des circonstances exceptionnelles (article 199 octodécies du CGI I et 1691 bis du CGI).
- La constitution des infractions d'abandon de famille et d'absence de notification du changement de résidence d'enfants mineurs par le parent gardien (articles 227-3 et 227-6 du Code Pénal)

Deux observations importantes concernant ces modifications accessoires (CPCE/CSS/CGI)

- *Observation n°1* : A l'occasion des modifications accessoires visées ci-dessus, le législateur a ajouté un 3° dans chacune des dispositions visant les pensions alimentaires fixées « **par un acte reçu en la forme authentique par un notaire** ». Il ne s'agit pas là de la convention de divorce par consentement mutuel nouvelle formule déposée au rang des minutes du notaire, expressément prévue par ailleurs, mais de la possibilité pour le notaire de recevoir par acte authentique un accord sur le montant des pensions alimentaires hors divorce, ou post divorce, ce qui n'était pas possible jusqu'alors, seule une décision de justice pouvant donner force exécutoire à ces accords.

Cette nouveauté législative constitue une avancée du périmètre d'intervention du notaire, au détriment de l'avocat même si ce dernier n'est pas obligatoire dans ces procédures hors divorce ou post divorce. En effet, la seule homologation par le juge permettant de donner force exécutoire à ces accords, l'avocat était présent dans nombreux de ces dossiers (en amont en négociation, dans la rédaction de la convention et pour assister les parties à l'audience d'homologation).

Il est probable que ces nouvelles dispositions aient un impact négatif non négligeable sur l'intervention de l'avocat dans ces « contentieux » qui vont lui échapper au profit du notaire qui sera consulté tant en amont pour trouver un accord que pour rendre cet accord exécutoire par acte authentique.

Au moment de la rédaction de ce rapport, nous apprenons également que l'Assemblée Nationale a adopté en lecture définitive le PLFSS 2017, dont l'article 41 ex article 27) prévoit notamment que sur demande conjointe des parents qui mettent fin à leur vie en concubinage ou qui ont procédé à une dissolution du PACS qui les liait, le directeur de la CAF donne force exécutoire à l'accord par lequel les parents fixent le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation en faveur de l'enfant mise à la charge du débiteur, ce qui va dans le même sens.

Une saisine du Conseil Constitutionnel est probable.

- *Observation n°2* : Le législateur semble avoir omis (volontairement ?) de modifier les dispositions du CGI concernant la déductibilité des prestations compensatoires sous forme de rente ou de capital renté, ainsi que des pensions alimentaires pour les enfants mineurs ou majeurs prévues à l'article 156 du CGI. En conséquence, en l'état, ces sommes consignées dans les conventions de divorce déposées au rang des minutes d'un notaire (nouveau divorce) ou encore fixées dans un acte reçu en la forme authentique par un notaire hors divorce, ne peuvent être déduites de l'IR.

2- Entrée en vigueur des nouvelles dispositions : le 1^{er} janvier 2017

Toute requête en divorce par consentement mutuel déposée au greffe du Juge aux Affaires Familiales avant le 1er janvier 2017, sera soumise à l'homologation du juge et un seul avocat commun sera encore possible, même si l'audience est fixée postérieurement au 1^{er} janvier 2017.

Toute convention de divorce par consentement mutuel qui ne sera pas déposée avant cette date au greffe sera soumise au régime prévu par les nouvelles dispositions examinées ci-après et chacun des époux devra nécessairement être assisté par son propre avocat.

Il convient d'attirer l'attention des confrères sur ce point, et pour la période transitoire : dans l'hypothèse où ceux-ci ne sont pas certains de pouvoir finaliser leur convention de divorce et le cas échéant le projet d'état liquidatif notarié avant

le 31 décembre prochain pour permettre un dépôt avant cette date, il est risqué d'accepter d'être l'avocat unique. En effet, dans l'hypothèse où la convention ne serait pas déposée avant le 31 décembre au greffe, la nouvelle procédure s'appliquerait et deux avocats seraient alors obligatoires.

Dans ces conditions, en application de l'article 4.2 du RIN, l'avocat des deux époux se trouverait dans une situation de conflit d'intérêts, et devrait se déporter au profit de deux nouveaux conseils.

Il est probable qu'un contentieux déontologique apparaisse dans ces situations dans les premiers mois de 2017, si l'avocat initialement conseil des deux époux se maintient pour représenter l'un d'eux.

La situation de conflit d'intérêts est-elle caractérisée dans la mesure où il s'agit d'un accord ?

Compte tenu de la particularité de la matière, le conflit d'intérêts semble devoir s'appliquer de façon extensive et donc la réponse est affirmative.

Cette solution permettrait également d'éviter des contentieux déontologiques futurs dans l'hypothèse d'un contentieux post divorce qui serait confié à l'avocat initial des deux mais qui serait devenu celui d'un seul, ou si in fine l'accord sur le divorce par consentement mutuel capote.

3- Champs d'application du nouveau divorce/ Exclusions

- Divorce par consentement mutuel (accord sur le principe et toutes les conséquences y compris patrimoniales, financières, relatives aux enfants etc... inchangé par rapport aux anciennes dispositions)
- L'article 229-2 nouveau exclut expressément du champ d'application de cette nouvelle procédure les cas dans lesquels :
 - 1°) Le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1 demande son audition au juge
 - 2°) L'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du présent livre.

Si la seconde exclusion ne pose aucune difficulté et se trouve conforme à l'article 249-4 du CC, la mise en œuvre de la première peut potentiellement être source de conflits.

Risque d'instrumentalisation de l'enfant mineur. En effet, on peut imaginer l'hypothèse dans laquelle l'un des époux instrumentalise l'enfant mineur en lui soufflant cette demande d'audition, pour tenter d'échapper à un accord qui ne lui convient pas mais qu'il ne veut pas dénoncer lui-même. La parole de l'enfant serait alors un levier de négociation soit pour remettre en cause l'accord, soit pour le soumettre à l'homologation du juge en raison de l'absence d'équilibre de la convention de divorce.

Il convient d'attirer l'attention des praticiens sur ce point.

Dans cette hypothèse (demande d'audition de l'enfant mineur), les dispositions antérieures s'appliquent soit une requête en divorce, une convention de divorce soumise à l'homologation du Juge et par conséquent la possibilité d'un seul avocat commun.

Rupture d'égalité avec les enfants naturels. Le juge aux affaires familiales homologue les conventions passées par les parents concernant les modalités d'exercice d'autorité parentale des enfants mineurs (autorité parentale, résidence habituelle, modalités de droit de visite et contribution alimentaire, aux termes de **l'article 373-2-7 du Code Civil qui dispose** :

« Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le

consentement des parents n'a pas été donné librement. »

En conséquence, l'amendement proposé crée une rupture d'égalité entre les enfants naturels (nés hors mariage) et les enfants nés du mariage, en cas de séparation de leurs parents, au détriment de la seconde catégorie.

Une telle rupture d'égalité au détriment des enfants nés d'une union conjugale est de nature à ouvrir la voie à une QPC.

4- Les conditions de fond et de forme requises : la garantie de la réalité du consentement

Le nouvel article 223-3 du CC rappelle que le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas.

Pour s'en garantir, les nouvelles dispositions prévoient des conditions de fond et de forme.

Les conditions de fond

- Chacun des époux devra être assisté par un avocat, de sorte qu'ils ne pourront plus avoir recours à un avocat commun (sauf les cas d'exclusion visés à l'article 229-2 cf. supra)

Les conditions de forme

- L'accord intervenu entre les époux sur le principe et l'intégralité des conséquences de leur divorce (inchangé par rapport aux dispositions existantes conformément au chapitre III du Titre VI du livre Ier du Code Civil articles 260 à 286 inchangés) prend la forme d'un acte sous seing privé contresigné par avocats, soit un acte d'avocat établi dans les conditions prévues à l'article 1374 du Code Civil.
- Plus de requêtes à rédiger, conséquence de l'absence d'homologation par un juge
- La convention doit comporter à peine de nullité :

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.

NB sur le point 6°) Le projet de décret. Le projet de décret insère un article 1143-3 du CPC qui prévoit qu'à la convention de divorce est annexée la copie du formulaire d'information, dont le modèle est fixé par arrêté du ministre de la justice, adressé à chacun des enfants mineurs, mentionnant son droit d'être entendu dans les conditions de l'article 388-1 du Code civil.

L'annexion de ce formulaire d'information adressé à chacun des enfants mineurs ne saurait apporter la preuve que l'enfant a été informé de son droit d'être entendu par un juge.

On comprend néanmoins de l'article 1145 que ce formulaire d'information serait complété par le mineur qui attesterait ainsi avoir été informé de son droit d'être entendu. Cela étant, le mineur qui ne saurait pas lire ne peut être exclu du dispositif. Il revient au seul juge d'apprécier la capacité de discernement du mineur qui ne saurait être déduite de son seul niveau de lecture.

Il importe donc de prévoir que ce formulaire peut être, au choix, contresigné par l'enfant ou par les parents qui attesteraient sur l'honneur que l'enfant a été informé de son droit d'être entendu par un juge et y a renoncé.

NB sur le point 6°) : droit de visite transfrontalier. Cette mention est essentielle notamment pour la reconnaissance et l'exécution de la convention dans l'Union Européenne en cas de difficulté d'exécution d'un droit de visite transfrontalier, dans l'hypothèse soit d'un élément d'extranéité déjà existant (le parent bénéficiant du droit de visite et d'hébergement réside à l'étranger, soit dans l'hypothèse d'un déménagement futur pour garantir l'exécution du droit de visite et d'hébergement prévu à la convention).

Toutefois, elle semble imparfaite en l'état.

En effet, le règlement européen 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit Bruxelles II bis) exige, pour la reconnaissance dans l'UE d'un droit de visite et d'hébergement, la délivrance par la juridiction d'un certificat qui ne peut être délivré que si toutes les parties concernées ont été entendues et que l'enfant a eu la possibilité de l'être. (Certificat article 41 dont le modèle figure à l'annexe III du règlement européen).

De plus, c'est au juge de s'assurer que toutes les parties concernées ont eu la possibilité d'être entendues ainsi que l'enfant.

Même en considérant, au regard de l'article 2 / 2°) du règlement européen, que le « juge » doit s'entendre comme « *le juge ou le titulaire de compétences équivalentes à celles du juge dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement* », on ne peut considérer que les avocats des parties ou le notaire correspondent à cette définition n'ayant pas de « compétences équivalentes » à celles du juge. Ni l'avocat ni le notaire n'a, dans le nouveau divorce, de délégation de compétence juridictionnelle : il ne s'agit pas d'une homologation par notaire mais d'un dépôt au rang des minutes.

Lors de notre entretien à la Chancellerie, face à cette difficulté que nous avons soulevée, il nous a été répondu qu'une modification du règlement européen était en cours.

Il n'en demeure pas moins qu'en l'état et au regard du droit positif, des difficultés d'exécution concernant les enfants en présence d'un parent demeurant à l'étranger, risquent de survenir.

Nous attendons les décrets d'application pour refaire un point sur ce sujet.

Le projet de décret. Le projet de décret prévoit que l'article 509-3 du CPC est complété en disposant que sont présentées au notaire les requêtes aux fins de certification de ce titre exécutoire (la convention de divorce déposée au rang des minutes du notaire) en vue de sa reconnaissance et de son exécution à l'étranger en application de l'article 39 du règlement Bruxelles II bis.

Les réserves soulevées ci-dessus demeurent néanmoins et l'absence de qualité juridictionnelle du notaire reste une problématique.

Focus sur la compétence et la loi applicable en présence d'un élément d'extranéité/ Responsabilité des

avocats. Le projet de décret ne répond pas plus aux autres questions susceptibles de se poser dans le cadre d'un divorce transnational. A la lumière du règlement Bruxelles II bis, la juridiction saisie détermine sa compétence conformément aux articles 3 à 5 du règlement. Lorsque la France n'est pas compétente mais que les époux choisissent de divorcer en France, le juge exerçait jusqu'alors un contrôle de sa compétence et, le cas échéant la déclinait. Il ne sera plus invité à exercer ce contrôle. Le règlement s'oppose cependant au choix de la juridiction par les époux. Or, en cas de choix de la France par les époux pour divorcer par consentement mutuel par acte d'avocats alors même que la France ne serait pas une juridiction compétente en application du règlement Bruxelles II bis, pourrait alors se poser une difficulté au stade de la reconnaissance et de l'exécution dans les autres Etats membres. Il apparaît donc que la convention de divorce par consentement mutuel doit comporter une disposition justifiant de la compétence de la juridiction française.

De même, concernant la loi applicable au divorce sur le fondement du règlement européen Rome III, les époux peuvent désigner conventionnellement la loi applicable à leur divorce (pour autant qu'il s'agisse d'une des lois prévues à l'article 5 du règlement et notamment la loi du for) mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction, sauf si la loi du for prévoit la possibilité de le faire au cours de la procédure, possibilité non prévue en France.

Il conviendra donc impérativement de prévoir dans la convention de divorce l'application de la loi française à la cause du divorce.

- Les formalités à accomplir par les avocats des époux : l'envoi de la convention par lettre RAR, le respect d'un délai de réflexion, la signature de la convention en trois exemplaires, et l'envoi au notaire

Envoi aux époux et signature de la convention. L'article 229-4 dispose que chacun des avocats adresse à l'époux qu'il assiste, par lettre RAR, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de **15 jours** à compter de la réception.

Dans l'attente du décret d'application, cette formalité qui incombe aux avocats pose des difficultés :

- Comment s'assurer que ce projet de convention adressé à chacun des époux par son avocat est bien le même ? On peut imaginer l'échange de courriers officiels entre avocats des parties avant cet envoi, avec le risque, dans l'hypothèse où l'un des époux ne signe pas la convention au final, que ce courrier officiel soit utilisé par un des avocats dans le cadre d'une procédure contentieuse ultérieure. Un échange de courriers confidentiels semble plus prudent mais moins engageant.

La solution préconisée est l'organisation d'un rendez-vous de signature au cabinet de l'un des deux avocats, précédée de la lecture de la convention. Une certaine solennité nous semble essentielle et doit être rappelée aux avocats, en l'absence d'homologation judiciaire.

La convention doit être signée en trois exemplaires originaux contenant les quatre signatures :

- Un original pour chacun des époux
- Un original à déposer au rang des minutes du notaire

Envoi au notaire de la convention par l'avocat le plus diligent. L'avocat de la partie la plus diligente transmet la convention de divorce (le cas échéant accompagnée du formulaire d'information du mineur) au notaire.

Le projet de décret (article 1145 du CPC) prévoit que cette transmission doit avoir lieu dans un délai de **7 jours** à compter de la signature de la convention.

Attention, même si le projet de décret ne prévoit pas ce délai sous peine de nullité, il est vivement conseillé aux avocats d'adresser la convention en lettre RAR ou à le déposer contre un « reçu en mains propres » daté à l'étude notariale.

NB. Transmission dématérialisée. On peut également envisager la transmission dématérialisée, notamment à l'aune de l'article 3 de la loi sur la Justice du 21^{ème} siècle. Un acte d'avocat électronique natif, signé électroniquement par les parties et contresigné électroniquement par les avocats sur la plateforme e-Barreau, qui bénéficie de toutes les garanties de sécurité juridique, pourrait être transmis de manière sécurisée au notaire qui en accuserait réception, par voie électronique grâce à une interconnexion entre la plateforme e-Barreau et le dispositif de dématérialisation mis en place par le Conseil supérieur du notariat.

Rappel Article 3 Loi Justice du 21^{ème} siècle :

I. – Les huissiers de justice, les notaires, les commissaires-priseurs judiciaires, les avocats, les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, les commissaires aux comptes et les experts-comptables proposent à leur clientèle une relation numérique dans un format garantissant l'interopérabilité de l'ensemble des échanges.

II. – Les professions mentionnées au I rendent librement accessibles les données figurant dans leurs annuaires et tables nationales de manière à garantir cette interopérabilité, notamment au moyen d'un standard ouvert et réutilisable, exploitable par un traitement automatisé ».

Enregistrement de l'acte d'avocat par voie électronique. Même si cette formalité n'est pas obligatoire, il est conseillé vivement aux avocats d'enregistrer la convention de divorce par acte d'avocat par voie électronique sur le site du CNB : AvosActes.fr., dans un souci de conservation.

5- Les formalités à accomplir donnant force exécutoire à la convention de divorce et la date du prononcé du divorce

- Les formalités à accomplir par le notaire

Le projet de décret prévoit (article 11445 du CPC) que le dépôt de la convention doit intervenir dans un délai de **15 jours** suivant la réception de la convention par le notaire.

Le projet de décret (article 1147 du CPC) prévoit qu'il est justifié, à l'égard des tiers, du divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire, par la seule production d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire.

Attention, l'avocat a l'obligation d'assurer la validité et la pleine efficacité de l'acte juridique qu'il rédige (**article 9 du Décret n°2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat**).

- La date du divorce

L'article 229-1 nouveau du Code Civil dispose que le dépôt au rang des minutes d'un notaire donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire.

L'article 229-4 dispose que la convention a force exécutoire au jour où elle acquiert date certaine.

Il paraît incontestable que la date du divorce est celle du dépôt au rang des minutes par le notaire.

- La transcription du divorce sur l'état civil des époux : opposabilité du divorce aux tiers

Cette formalité incombe à l'avocat ou à l'intéressé (projet de décret article 1146 du CPC), au vu de l'attestation de dépôt délivrée par le notaire qui mentionne l'identité des époux et la date du dépôt ayant conféré force exécutoire à la convention de divorce.

6- Voies de recours, modifications de la convention, actions en nullité et responsabilité de l'avocat

Absence de voie de recours. Il n'existe plus dans le nouveau divorce par consentement mutuel de voies de recours, le pourvoi en cassation dans le délai de 15 jours étant ipso facto supprimé.

Modification de la convention, article 279 du Code Civil. L'article 279 ancien du Code Civil prévoit la possibilité de faire modifier la convention de divorce par consentement mutuel devenue exécutoire par une nouvelle convention soumise à homologation.

Le nouvel article 279 a omis de reprendre cette possibilité en autorisant le dépôt d'une nouvelle convention par acte sous seing privé contresigné par avocat au rang des minutes d'un notaire.

Quid dans ces conditions de l'hypothèse d'une nouvelle convention que les ex-époux souhaiteraient rendre exécutoire ? En l'état du droit positif, ils devront la soumettre à l'homologation du juge ou on peut imaginer qu'un acte authentique puisse la rendre exécutoire.

Actions en nullité. Les actions en nullité sont aujourd'hui ouvertes pour vice du consentement, le nouveau divorce devenant un contrat et le juge ne purgeant plus les nullités.

Responsabilité de l'avocat. Il convient d'attirer l'attention des confrères praticiens du droit de la famille sur l'entrée du droit des obligations dans le droit de la famille.

Notamment, les praticiens doivent avoir présent à l'esprit les dispositions de l'article 1195 du Code Civil sur l'imprévision, dans la rédaction des conventions de divorce.

Pour rappel, aux termes de cet article :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander la renégociation du contrat à son cocontractant (...) En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

Ainsi, la prestation compensatoire fixée dans une convention de divorce nouvelle formule, pourrait parfaitement être remise en cause en cas de changement imprévisible de l'état de fortune de son débiteur.

Afin de sécuriser la convention et de préserver notre responsabilité notamment en qualité de conseil du créancier de la prestation compensatoire, il convient d'insérer une clause prévoyant expressément que le débiteur de la prestation compensatoire accepte d'assumer le risque de l'imprévision.

Le projet de décret (article 1143-2 du CPC) prévoit que la convention de divorce qui fixe une pension alimentaire ou une prestation compensatoire sous forme de rente viagère, rappelle expressément les modalités de recouvrement, les règles de révision de la créance et les sanctions pénales encourues.

Là encore, en cas d'inexécution de la part du débiteur, et en l'absence d'une telle mention, la responsabilité de l'avocat pourrait être encourue.

Pour conclure, l'avocat prend une place prépondérante dans ce nouveau dispositif qui est un divorce non pas devant notaire mais devant avocat.

L'avocat en droit de la famille doit devenir un spécialiste aussi du droit des obligations et prendre toute la mesure de sa responsabilité, en l'absence de juge.

Plus que jamais, la formation continue est essentielle pour le barreau de la famille.

7- L'aide juridictionnelle et le nouveau divorce par consentement mutuel

DISPOSITIONS MODIFIANT LE DECRET N° 91-1266 DU 19 DECEMBRE 1991 (PROJET DE DECRET)

L'article 24 du projet de décret ajoute au troisième alinéa de l'article 104 et au premier alinéa de l'article 118-8, après les mots : « pour », sont insérés les mots : « une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats n'ayant pas abouti ».

Cet article pose une importante difficulté.

Il importe de souligner que le recours à la procédure de divorce par consentement mutuel par acte d'avocats n'est pas une alternative à la procédure devant le juge mais la procédure de principe qui sera engagée sans que les parties ne puissent en décider autrement dès lors qu'elles consentent mutuellement à divorcer (sauf lorsque l'enfant mineur demande à être entendu et en cas de majeurs protégés).

On ne peut donc imaginer que la rétribution accordée à l'avocat au titre de l'aide juridictionnelle pour une procédure de divorce par consentement mutuel par acte contresigné par avocats qui n'aurait pas abouti serait déduite de celle qui lui est allouée à ce titre lorsqu'il apporte son concours dans le cadre d'une instance engagée entre les mêmes parties à raison du même différend.

Un tel dispositif est difficilement acceptable dans la mesure où il ne tient aucunement compte des circonstances propres à chacune des situations.

Ne peut être appréhendé de la même façon l'échec d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte d'avocats en raison de la demande d'un enfant mineur à être entendu par un juge en tout début de procédure et l'échec qui serait par exemple dû à la rétractation d'une des parties dans le délai de réflexion de 15 jours prévu par la loi, alors même que le travail de rédaction de l'acte a été, pour l'essentiel achevé.

De plus, le travail accompli durant cette première phase de pourparlers pourra difficilement être utilisé en phase contentieuse.

Enfin, à supposer que l'enfant mineur fasse connaître son souhait d'être entendu alors que les négociations sont bien engagées et que le travail fourni par les avocats respectifs est déjà conséquent, quid de la situation où les parties décident de ne conserver qu'un seul avocat pour la poursuite de la procédure devant le juge, puisque cela demeure permis dans cette hypothèse ?

L'article 26 : Au premier alinéa de l'article 111, après le mot : « échéant, », sont insérés les mots : « d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats n'ayant pas abouti, ».

L'article 111 sera donc rédigé comme suit : « *en cas d'extinction de l'instance pour une autre cause qu'un jugement ou une transaction, le juge peut, sur demande de l'avocat, allouer à celui-ci une rétribution dont il fixe le montant en fonction des diligences accomplies au cours de l'instance et, le cas échéant, d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocat n'ayant pas abouti, des pourparlers transactionnels ayant échoué ou d'une procédure participative n'ayant pas abouti à un accord total, sans qu'il y ait lieu à l'imputation prévue au premier alinéa de l'article 118-8* »

Quel juge serait compétent pourrait allouer cette rétribution à l'avocat ? Le président du TGI de la compétence en cas de procédure de divorce par consentement mutuel au titre des articles 1088 à 1092 ?

L'article 28 prévoit la remise au président du BAJ d'une attestation du dépôt de l'acte délivré par le notaire ou d'une copie de l'acte conclu certifiée conforme par le bâtonnier.

Il ne paraît opportun de faire intervenir le bâtonnier dans un tel dispositif.

De la même manière qu'il est suggéré de prévoir à l'article 1147 qu'il est justifié, à l'égard des tiers, du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, par la production d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire ou par la production d'une copie de cette attestation de dépôt certifiée conforme par l'un des avocats, ce second document doit pouvoir être remis au BAJ pour solliciter le paiement de la contribution de l'Etat.

Baisse des UV pour le nouveau divorce par consentement mutuel de 30 à 24.

1. CALENDRIER DE LA MISE EN ŒUVRE DEVANT LE CONSEIL :

Immédiat