



HAL
open science

Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé

Guillaume Payan

► **To cite this version:**

Guillaume Payan. Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Revue Lexsociété, 2022. hal-03518384

HAL Id: hal-03518384

<https://hal.science/hal-03518384>

Submitted on 9 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé

in L. ANTONINI-COCHIN et M.-C. LASSERRE (dir.), *Le divorce du XXI^e siècle*,
Université Côte d'Azur, 2021

GUILLAUME PAYAN

Professeur

CDPC Jean-Claude Escarras

Université Toulon

Résumé : La création d'un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire constitue l'un des importants apports de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle. Le caractère extrajudiciaire de ce divorce n'engendre pas seulement des conséquences au niveau interne. Ce trait caractéristique n'est pas neutre lorsqu'il est envisagé dans une perspective internationale.

Mots-clés : Divorce ; Consentement mutuel ; Droit international privé ; Règlement Bruxelles II *ter*

1. Un nouveau cas de divorce. La création d'un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire – plus communément dénommé le « divorce sans juge » ainsi que le divorce par consentement mutuel « extrajudiciaire »¹, « déjudiciarisé »² ou « contractualisé »³ – constitue l'un des importants apports de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle⁴.

Conformément au premier alinéa de l'article 229-1 du code civil, « 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 »⁵. Cet article se poursuit, dans un deuxième alinéa, en précisant que la convention ainsi rédigée est déposée au rang des minutes d'un notaire, lequel « contrôle le respect des exigences formelles » visées aux 1° à 6° de l'article 229-3⁶. Il incombe également à ce notaire de s'assurer que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion de quinze jours, prévu à l'article 229-4 de ce même code⁷. Enfin, dans un troisième alinéa, il est ajouté que ce dépôt chez le notaire – dont il devra

¹ Par opposition au « divorce par consentement mutuel judiciaire » régi par les articles 230 à 232 du code civil.

² C. ANGER, « Le règlement Bruxelles II ter au secours du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé », *Gaz. Pal.*, 1^{er} octobre 2019, p. 53.

³ M.-L. NIBOYET, I. REIN-LESCASTEREYRES et L. DIMITROV, « La "désinternationalisation" du nouveau divorce par consentement mutuel ? », *Gaz. Pal.*, 4 avril 2017, p. 74.

⁴ *JORF*, 19 novembre 2016, spéc. art. 50.

⁵ Il est à noter que rien ne paraît exiger que les avocats sollicités par les époux souhaitant divorcer soient nécessairement français (*adde*, Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, art. 83) ou inscrits à un barreau français. À l'inverse, il résulte du deuxième alinéa de l'article 1146 du code de procédure civile que la convention et ses annexes peuvent être rédigées en langue étrangère, à condition d'accompagner ces documents d'une traduction réalisée par un traducteur habilité au sens de l'article 7 du décret n°2007-1205 du 10 août 2007.

⁶ Cet article énumère les différentes mentions devant figurer à peine de nullité dans la convention.

⁷ Ce délai débute à compter de la réception du projet de convention adressé, par l'avocat, « par lettre recommandée avec demande d'avis de réception » (C. civ., art. 229-4, al. 1). Dans un contexte international, il pourrait opportunément être fait usage de la lettre recommandée électronique AR24, à condition que le notaire chargé du dépôt accepte ce type de recommandé (*adde*, Décret n° 2018-347 du 9 mai 2018).

être délivré attestation⁸ – « donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire »⁹. L'article 229-2 du code civil contient, quant à lui, d'utiles précisions sur le domaine de ce nouveau divorce. Deux exceptions bienvenues y sont prévues : ce divorce n'est pas possible, d'une part, lorsqu'un mineur – préalablement informé par ses parents de son droit à être judiciairement entendu dans les conditions prévues à l'article 388-1 du code civil – demande son audition par le juge¹⁰ et, d'autre part, lorsque l'un des époux est placé sous l'un des régimes de protection prévus au chapitre II du titre XI du livre 1^{er} du code civil (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle ou mesures de représentation légales).

Avec cette nouvelle forme de divorce, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017, le législateur entend parfaire « la contractualisation progressive du droit de la famille » et apporter une solution aux critiques – de lenteur, complexité et coût excessif – régulièrement formulées à l'encontre des procédures judiciaires de divorce¹¹. En réalité, l'objectif ayant présidé à la création de ce divorce trouve un écho bien au-delà des seules limites du droit de la famille, ainsi qu'en témoigne la multiplication des illustrations récentes d'un mouvement de déjudiciarisation, portées par le souhait du législateur de recentrer les juridictions sur leurs « missions essentielles ».

2. La carence de la législation de 2016. Le caractère extrajudiciaire de ce divorce n'engendre pas seulement des conséquences au niveau interne. Pour le dire autrement, ce trait caractéristique n'est pas neutre lorsqu'il est envisagé dans une perspective internationale. Or, sans remettre en cause l'opportunité

⁸ Cette attestation permet par exemple aux ex-époux de procéder à la mention du divorce sur les actes de l'état civil (*adde*, CPC, art. 1147).

⁹ Dans la même veine, le second alinéa de l'article 229-4 du code civil dispose que c'est au jour où elle acquiert date certaine, que la convention a force exécutoire. *Adde*, CPCE, art. L 111-3.

¹⁰ Auquel cas, une passerelle est ouverte pour basculer sur la procédure de divorce par consentement mutuel judiciaire. Le JAF peut alors être saisi aux fins d'homologation de la convention et du prononcé du divorce (*adde*, C. civ., art. 230 à 232 ; CPC, art. 1088 et s.).

¹¹ Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, NOR : JUSC1638274C, *BOMJ* n°2017-06, 30 juin 2017.

d'une telle réforme pour les personnes souhaitant divorcer ou pour le bon fonctionnement de la justice – notamment au moyen du désengorgement escompté des juridictions –, il y a lieu de souligner que cette perspective internationale n'est pas abordée dans la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, dite « J. 21 ».

Une telle carence – qui a été abondamment critiquée en doctrine¹² et qui a été à l'origine d'une plainte contre la France déposée devant la Commission européenne¹³ – est assez étonnante car, ces dernières années, le législateur avait semblé être attentif à ce type de considérations, en enserrant, au sein du code civil, des règles de droit international privé (essentiellement en matière de loi applicable) dans les dispositions relatives aux mariages¹⁴ – pour certaines, codifiant des solutions jurisprudentielles bien établies – et aux PACS¹⁵. Quoiqu'il en soit, ce mutisme du législateur s'avère très problématique, tant il est vrai que les mariages – et, par extension, les divorces – dits « internationaux » sont de plus en plus nombreux¹⁶. En ce sens, il est aujourd'hui difficilement concevable de prévoir ce type de réforme en ignorant totalement le contexte international dans lequel les situations créées ont vocation à s'inscrire.

3. Le recours à des normes infra-législatives. Dans le prolongement de la loi « J. 21 » de 2016, ont successivement été adoptés le décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016¹⁷ ainsi que la circulaire ministérielle du 26 janvier 2017¹⁸. Sans

¹² Voir néanmoins D. BOULANGER, « Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité : faut-il s'en inquiéter ? », *JCP N.* 2017. 263.

¹³ Cette plainte a été déposée le 19 avril 2017 – par C. NOURISSAT, A. BOICHE, D. ESKENAZI, A. MEIER-BOURDEAU et G. THUAN DIT DIEUDONNE – pour non-respect par la France du droit de l'Union européenne : *JCP éd. G.* 2017, actu. 549. Voir égal. C. NOURISSAT, « Le divorce conventionnel à l'épreuve de l'ordre juridique de l'Union », *JCP N.* 2017, 548.

¹⁴ C. civ., art. 202-1 et 202-2.

¹⁵ C. civ., art. 515-7-1.

¹⁶ Depuis sa création, on estime que 250 000 couples ont eu recours à cette procédure et, qu'en 2020, il existait des éléments d'extranéité dans 30% des actes déposés au rang des minutes des notaires. En ce sens, C. ROTH et V. CHAUVEAU, « Circulation internationale du divorce sans juge : pour un correctif », *AJfam.* 2021, p. 141.

¹⁷ *Adde*, CPC, art. 509-3 et art. 1144 à 1148-3.

¹⁸ NOR : JUSC1638274C, *BOMJ* n°2017-06, préc. La légalité de cette circulaire a parfois été mise en doute, dès lors qu'elle « sortirait de sa vocation interprétative de la loi, pour devenir

véritablement combler la lacune de la loi, ces textes contiennent quelques précisions sur la circulation transfrontière des conventions de divorce. Sous réserve des précisions qui seront apportées par la suite, on relève qu'il y est notamment fait mention de la possible utilisation du règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale dit « Bruxelles II *bis* »¹⁹, du moins en ce qui concerne les dispositions relatives à la rupture du lien matrimonial et à la responsabilité parentale. Or, postérieurement à l'adoption de ces textes, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée dans le sens de l'inapplication de ce règlement aux divorces « privés »²⁰. Cependant, pour l'heure, il n'a point été tenu compte de cette jurisprudence en droit positif français.

4. Cette méconnaissance des conséquences internationales de la réforme engendre, en droit positif, une situation très inconfortable non seulement pour les personnes souhaitant divorcer²¹, mais également pour les praticiens du droit – avocats et notaires – qu'elles vont solliciter. La situation devrait prochainement quelque peu s'améliorer, notamment à la faveur d'une évolution du droit de l'Union européenne matérialisée par une refonte du règlement « Bruxelles II *bis* ». Ainsi, la « relation » entre le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé, aujourd'hui contrariée **(I)**, pourrait s'apaiser dans les années à venir **(II)**.

I. De lege lata : une relation contrariée

5. Envisagée dans un contexte international, la création du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire engendre des difficultés tant en termes de

créatrice de droit » : M.-L. NIBOYET, I. REIN-LESCASTEREYRES et L. DIMITROV, « La "désinternationalisation" du nouveau divorce par consentement mutuel ? », précité.

¹⁹ *JOUE* n° L 338, 23 décembre 2003, p 1.

²⁰ *V. infra* n° 18.

²¹ De cette potentielle absence de reconnaissance transfrontière peuvent découler des conséquences néfastes sur la « garde » des enfants, sur la possibilité de se remarier ou encore sur les modalités de recouvrement d'une pension alimentaire.

conflits de lois **(A)**, que de définition des règles relatives à la compétence internationale des notaires et aux effets transfrontières de la convention **(B)**.

A. Loi applicable aux conventions de divorce

6. Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire est possible – seulement – lorsque la loi française est applicable²². La circulaire du 26 janvier 2017²³ invite d'ailleurs les avocats et les époux à « vérifier » que le divorce relève bien de cette loi « 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 ».

Néanmoins, contrairement à ce qui est soutenu dans la circulaire, les règlements européens actuellement en vigueur sont visiblement inapplicables **(1.)**, ce qui conduit à se reporter aux règles conventionnelles ou internes de droit international privé **(2)**.

1. Inapplication des règlements de l'Union européenne

7. **La jurisprudence *Soha Sahyouni***. Dans son arrêt *Soha Sahyouni contre Raja Mamisch* du 20 décembre 2017²⁴, la Cour de justice de l'Union européenne dit pour droit que « l'article 1^{er} du règlement (UE) n° 1259/2010

²² Voir toutefois M.-L. NIBOYET, I. REIN-LESCASTEREYRES et L. DIMITROV, « La "désinternationalisation" du nouveau divorce par consentement mutuel ? », précité.

²³ Voir en particulier l'annexe de cette circulaire, fiche 4.

²⁴ CJUE (1^{re} ch.) 20 décembre 2017, *Soha Sahyouni contre Raja Mamisch*, aff. C-372/16, ECLI:EU:C:2017:988, concl. de l'avocat général H. SAUGMANDSGAARD ØE présentées le 14 septembre 2017. *Europe*, février 2018, comm. 102, note A. RIGAUX ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 899, note P. HAMMJE ; *AJfam.* 2018, p. 119, obs. A. BOICHE, et 3, édito. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP* 2018. doct. 228, n° 10, obs. M. FARGE ; *Procédures* février 2018, comm. 44, obs. C. NOURISSAT ; *AJfam.* 2018, p. 297, note C. ROTH ; *Dr. fam.*, mars 2018, chron. 1, V. EGEA ; *RTD eur.* 2018, p. 841, obs. V. EGEA ; *Dr. fam.*, avril 2018, comm. 114, note A. DEVERS ; *JDI*, octobre 2018, chron. 9, spéc. n°19, obs. M. WILDERSPIN ; N. JOUBERT, Comm. n°339, in G. PAYAN (dir.), *Espace judiciaire civil européen : arrêts de la CJUE et commentaires*, Bruylant, 2020.

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, tel que celui en cause au principal, ne relève pas du champ d'application matériel de ce règlement ».

Au soutien de cette solution, comme cela est traditionnellement le cas, la Cour s'appuie sur le contenu des dispositions du règlement, sur le contexte dans lequel ces dispositions s'inscrivent ainsi que sur les objectifs poursuivis par ledit règlement. À ce sujet, elle relève notamment que, si ce texte ne contient aucune exclusion explicite des « divorces privés », plusieurs de ses articles font référence à l'intervention d'une juridiction²⁵. De plus, elle met opportunément en lumière la cohérence à respecter à l'égard de la définition à retenir de la notion de divorce dans le règlement (UE) n°1259/2010 dit « Rome III » et dans le règlement « Bruxelles II *bis* » qui l'a précédé²⁶. Or, ainsi que nous le verrons²⁷, elle exclut les « divorces privés » du domaine d'application de ce dernier règlement. Par ailleurs, elle déduit des objectifs poursuivis par le législateur de l'Union, l'intention de ce dernier de voir ledit règlement « Rome III » s'appliquer aux seuls divorces prononcés soit par une juridiction étatique, soit par une autorité publique ou sous son contrôle²⁸, à l'exclusion d'autres types de divorces. La Cour prend en considération la circonstance qu'il n'a jamais été question, lors des négociations menées en vue de l'adoption de ce règlement, d'étendre son application aux divorces privés²⁹. Enfin, le fait que plusieurs États membres aient introduit, dans leurs ordres juridiques respectifs, la possibilité de prononcer des divorces « sans intervention d'une autorité étatique », est indifférent pour la Cour de justice³⁰.

8. Inapplicabilité du règlement « Rome III ». À la lumière de la solution retenue et de la justification avancée, il est permis de considérer que le divorce extrajudiciaire français n'entre pas dans le champ d'application du règlement

²⁵ Arrêt, point 39.

²⁶ Arrêt, points 40 et s.

²⁷ V. *infra* n°18.

²⁸ Arrêt, point 45.

²⁹ Arrêt, point 46.

³⁰ Arrêt, point 47.

(UE) n°1259/2010 « Rome III ». L'office du notaire dans le cadre de cette procédure – qui s'analyse en un contrôle formel – ne semble pas répondre aux exigences définies par la Cour de justice quant au « contrôle » exercé par l'autorité publique. En conséquence, les époux ne peuvent faire usage de ce règlement – et, en particulier, son article 5 – pour désigner la loi française dans leur convention.

Concernant les effets du divorce, il y a également lieu de considérer que les règlements européens régissant la résolution des conflits de lois ne s'appliquent pas non plus. Ainsi en est-il du règlement (CE) n°4/2009 du 18 décembre 2008³¹ en matière d'obligations alimentaires et du règlement (UE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016³² en matière de régimes matrimoniaux. Pour s'en tenir à ce dernier règlement – qui n'est point visé dans l'arrêt précité de la CJUE, pas plus d'ailleurs que dans la circulaire ministérielle du 26 janvier 2017 –, on peut signaler que les notaires n'exerçant pas de fonctions juridictionnelles y sont exclus de la notion de « juridiction »³³ et que les développements relatifs aux divorces y font référence au règlement (CE) n° 2201/2003 « Bruxelles II *bis* »³⁴.

2. Application des règles conventionnelles ou internes de droit international privé

9. En l'absence de règlement européen applicable, il convient de rechercher l'existence de conventions internationales – bilatérales ou multilatérales – liant la France ou, à défaut, de se reporter aux règles françaises de droit international privé.

³¹ 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, *JOCE* n° L 7, 10 janvier 2009, p. 1.

³² Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *JOUE* n° L 183, 8 juillet 2016, p. 1.

³³ Règlement (UE) n° 2016/1103, cons. 29 et art. 3.

³⁴ *Ibid.*, cons. 32 et art. 5.

Concernant le principe du divorce, sous réserve d'instruments internationaux applicables, on devrait assister à la résurgence de l'article 309 du code civil **(a)**. Pour ses effets, des conventions internationales existent **(b)**.

a. Le principe du divorce : résurgence de l'article 309 du code civil

10. Cas d'application de la loi française. Fort heureusement, l'article 309 du code civil, dont plusieurs auteurs avaient annoncé l'obsolescence³⁵, n'a pas été formellement abrogé³⁶. Il est vrai que depuis l'entrée en application du règlement (UE) n°1259/2010 « Rome III » – le 21 juin 2012 – ce texte était quasiment tombé en désuétude. La création du divorce extrajudiciaire lui donne de nouveau de l'importance.

Ce bel exemple de règle de conflit unilatérale prévoit successivement trois hypothèses dans lesquelles le divorce est régi par la loi française. Ainsi en est-il, tout d'abord, lorsque les deux époux sont de nationalité française et, ensuite, lorsque lesdits époux ont leur domicile sur le territoire français. À ces deux cas, s'ajoute un troisième, dont l'utilité est moins évidente pour le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, à savoir celui de l'application de la loi française lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, « alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ».

b. Les effets du divorce : usage possible des conventions internationales

11. Conventions et Protocole de La Haye. Ainsi que cela a été indiqué³⁷, dans ce dispositif, les époux s'entendent à la fois sur le principe de la rupture du lien conjugal et sur tous les effets engendrés. La question de la loi applicable aux effets du divorce ne doit donc pas être négligée.

³⁵ Voir, par exemple, M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 5^e éd., 2015, spéc. n° 58, p. 60 ou encore F. MONEGER, *Droit international privé*, LexisNexis, 7^e éd., 2015, n° 451 et s., p. 162.

³⁶ Dans le sens d'une abrogation partielle de cet article depuis l'entrée en application du règlement (UE) n°1259/2020, voir M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 7^e éd., 2020, spéc. n°225, p. 174.

³⁷ V. *supra* n° 1.

En ces matières, on relève notamment l'existence d'un protocole et de conventions de La Haye liant la France³⁸. On pense notamment au protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (principe de la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier d'aliments), à la convention 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 (principe de la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant) ou encore à la convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux³⁹ (à défaut de désignation de la loi applicable avant le mariage, le principe est celui de la loi de l'État sur le territoire duquel les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage).

B. Compétence internationale et circulation transfrontière

12. À l'image de la détermination de la loi applicable, l'identification de la compétence internationale du notaire⁴⁰ établi en France⁴¹ (1) ainsi que la définition des modalités de circulation transfrontière du divorce et la reconnaissance de ses effets (2) sont sources d'interrogations.

1. Compétence internationale

13. Une compétence territoriale extensive. Ainsi que cela est rappelé dans la fiche 6 annexée à la circulaire ministérielle précitée du 26 janvier 2017, en

³⁸ Adde, G. PAYAN (dir.), *Conventions et Protocoles de La Haye annotés : Recueil annoté avec les jurisprudences des juridictions belges, françaises, luxembourgeoises et suisses ainsi que des juridictions européennes (C.J.U.E. et C.E.D.H.)*, Larcier, 2020.

³⁹ Cette convention concerne les époux mariés après le 1^{er} septembre 1992.

⁴⁰ À noter qu'il doit impérativement s'agir d'un notaire, la compétence des agents consulaires étant expressément écartée par l'article 8 du décret précité du 28 décembre 2016.

⁴¹ À la suite d'une condamnation de la France par la CJUE (CJUE (grde ch.) 24 mai 2011, *Commission européenne contre République française*, aff. C-50/08, ECLI:EU:C:2011:335 : JCP éd. G. 2011, veille n° 661, note de F. PICOD), il n'est plus nécessaire d'être français pour accéder à la profession de notaire. Il peut également s'agir de ressortissants d'un autre État membre de l'Union ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen (Décret n°73-609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire, art. 3).

droit interne, les notaires dépositaires de la convention ne sont pas assujettis à des règles de compétence territoriale⁴². Plus généralement, pour les rédacteurs de cette circulaire, ces professionnels « 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 ».

À cet égard, après avoir exclu tout recours aux dispositions nationales de compétence internationale – à savoir l'article 1070 du code de procédure civile et les articles 14 et 15 du code civil⁴³ – Monsieur DEVERS conclue à la reconnaissance d'une « compétence universelle de l'ordre juridique français »⁴⁴. Dans la même optique, cette grande latitude a conduit Maître BOICHE à se demander si la France n'allait pas devenir le « nouveau Las Vegas du divorce »⁴⁵.

14. La saisine d'une juridiction française à titre préventif? Afin de « sécuriser la compétence des autorités françaises » antérieurement à la signature de la convention de divorce et de se prémunir contre l'introduction d'une procédure de divorce dans un autre État – à la faveur des options de compétence visées notamment dans l'article 3 du règlement (CE) n°2201/2003 « Bruxelles II bis » – durant la phase de négociation⁴⁶, il pourrait être conseillé aux époux d'introduire un divorce contentieux en France – sous réserve de la

⁴² Adde, P. HAMMJE, « Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé : les aléas d'un divorce sans for », *Rev. crit. DIP.* 2017, p. 143. À propos d'une solution consistant à prévoir des règles de compétence internationale applicables au notaire, voir M.-L. NIBOYET, I. REIN-LESCASTEREYRES et L. DIMITROV, « La "désinternationalisation" du nouveau divorce par consentement mutuel ? », *art. préc.*

⁴³ *Contra*, pour une possible utilisation de ces articles, voir S. HAMOU, L. MAYER, R. LOLEV, J. MINOT et C. BRASSENS, « Guide des bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international », *Dr. fam.*, février 2020, étude 7.

⁴⁴ A. DEVERS, « Divorce prononcé en France », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille 2020-2021*, Dalloz action, 8^e éd., 2019, p. 1889, spéc. n°524.451.

⁴⁵ A. BOICHE, « Divorce 229-1 : aspect de droit international privé et européen », *AJfam.* 2017, p. 57.

⁴⁶ En ce sens, voir S. HAMOU, L. MAYER, R. LOLEV, J. MINOT et C. BRASSENS, « Guide des bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international », *art. préc.*

compétence des juridictions françaises –, puis d'employer la passerelle prévue à l'article 247 du code civil⁴⁷.

15. La grande latitude concernant la compétence territoriale des notaires est toutefois immédiatement contrebalancée par les grandes incertitudes qui règnent à l'égard de la reconnaissance et de l'exécution de ce divorce à l'étranger.

2. Reconnaissance et exécution

16. En fonction des situations rencontrées, la reconnaissance du divorce peut être souhaitée dans un autre État membre de l'Union européenne **(a)** ou dans un État tiers **(b)**. À vrai dire, cette distinction s'avère ici sans réelle épaisseur, en raison de l'inapplication des règlements européens. Dans les deux situations, il doit être fait usage de la procédure d'*exequatur* prévue par l'État requis, lorsque des actes d'exécution sont nécessaires.

a. Au sein de l'Union européenne

17. Pour ce qui est de la circulation du divorce au sein de l'Union européenne, on retrouve un contexte semblable à celui rencontré en ce qui concerne la loi applicable et la compétence internationale, caractérisé par l'inapplication des règlements européens. Les situations respectives des parties de la convention relatives à la responsabilité parentale, au droit de visite ou encore aux obligations alimentaires appellent quelques observations séparées.

18. Matière matrimoniale et responsabilité parentale. L'adoption du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 a engendré une réécriture de l'article 509-3 du code de procédure civile. Dans son dernier alinéa, cet article dispose désormais que « par dérogation à l'article 509-1, sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial ayant reçu en dépôt la convention de divorce par consentement mutuel prévue à l'article 229-1 du

⁴⁷ Voir par ex., P. HAMMJE, « Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé : les aléas d'un divorce sans for », précité. Voir égal., A. DEVERS, « Le divorce sans juge en droit international privé », *Dr. fam.*, janvier 2017, dossier 5 et A. BOICHE, « Divorce par consentement mutuel et droit international privé », *AJ fam.* 2018, p. 145. Sur les précautions à observer, voir néanmoins M.-L. NIBOYET, I. REIN-LESCASTEREYRES et L. DIMITROV, « La "désinternationalisation" du nouveau divorce par consentement mutuel ? », *art. préc.*

code civil les requêtes aux fins de certification du titre exécutoire en vue de sa reconnaissance et de son exécution à l'étranger en application de l'article 39 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 [...] ».

Le problème est que ce règlement est inapplicable au divorce extrajudiciaire français. C'est du moins l'enseignement qu'il semble devoir être tiré de l'arrêt précité *Soha Sahyouni contre Raja Mamisch* du 20 décembre 2017. Cette solution est à rechercher dans les motifs de l'arrêt. La Cour y rappelle notamment que conformément au libellé de son article 1^{er}, paragraphe 1, sous a), le règlement « Bruxelles II *bis* » « s'applique, quelle que soit la nature de la juridiction [...] au divorce ». Dans la même veine, son article 2, point 4, définit la notion de « décision » comme visant, notamment, « toute décision de divorce [...] rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination de la décision, y compris les termes “arrêt”, “jugement” ou “ordonnance” »⁴⁸. La Cour en tire la conséquence que la notion de « divorces » figurant dans ce règlement ne couvre que ceux prononcés soit par une juridiction étatique, soit par une autorité publique ou sous son contrôle⁴⁹.

Ainsi, le libellé de l'article 509-3 du code de procédure civile contrevient à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne écartant l'application du règlement « Bruxelles II *bis* » à l'égard des divorces « privés ». De même, les développements afférant à cet article, contenus dans la circulaire du 26 janvier 2017 apparaissent obsolètes⁵⁰. En matière de responsabilité parentale, cela conduit, par exemple, à envisager la solution de l'homologation judiciaire des dispositions pertinentes de la convention par le juge aux affaires familiales⁵¹ et, subséquemment, la formulation d'une demande de délivrance du certificat de l'article 39 du règlement « Bruxelles II *bis* » auprès du directeur de greffe de la juridiction⁵².

⁴⁸ Arrêt, point 41.

⁴⁹ Arrêt, point 48.

⁵⁰ Pourtant, toujours en faveur de l'application du règlement « Bruxelles II *bis* », voir, plus récemment, la réponse du ministère de la justice (à la question écrite n°13688 de M. C. RAYNAL) publiée in *JO Sénat*, 18 juin 2020, p. 2844.

⁵¹ C. civ., art. 373-2-7.

⁵² CPC, art. 509-1, I.

19. Droit de visite. Ainsi qu'on vient de le constater, l'article 509-3 du code de procédure civile fait seulement référence aux certificats concernant les décisions en matière matrimoniale et concernant les décisions en matière de responsabilité parentale. Il n'est nullement question du certificat – de l'article 41 du règlement « Bruxelles II *bis* » – relatif au droit de visite. L'explication réside dans le fait qu'il incombe à un juge de délivrer ce certificat⁵³, ce qui permet d'écarter la compétence du notaire. Pour rendre exécutoire la convention de divorce portant sur l'exercice d'un droit de visite dans un autre État, il semble alors – là encore – qu'il faille opter pour la solution de l'homologation par le juge aux affaires familiales, conformément aux dispositions de l'article 1143 du code de procédure civile, et demander audit juge le certificat de l'article 41 du règlement « Bruxelles II *bis* ». Si elle prend le contrepied de l'esprit de la réforme et de l'objectif de désengorger les juridictions françaises, cette solution – qui est envisagée dans la circulaire du 26 janvier 2017 – est opportune pour simplifier la circulation internationale de la décision adoptée.

20. Pensions alimentaires et prestations compensatoires. Concernant les « obligations alimentaires », du fait de l'inapplicabilité du règlement (CE) n°4/2009 du 18 décembre 2008 précité et dans le silence de la loi « J. 21 » et de son décret d'application, la solution d'une homologation de la convention « par le juge étranger » est mise en avant dans la circulaire ministérielle de janvier 2017. À cette première solution, les rédacteurs de la circulaire ajoutent – sans plus de précisions – que dans le cas où cette homologation ne serait pas possible « en raison des règles de compétence internationale ou parce que le droit national ne prévoit pas de mécanisme d'homologation », le créancier de l'obligation alimentaire prévue dans la convention de divorce pourrait solliciter « de toute autre manière l'incorporation de l'accord à une décision de ce juge ».

Par ailleurs, concernant la prestation compensatoire, afin d'anticiper d'éventuelles difficultés, il apparaît opportun de prévoir le versement sous la forme d'un capital, lors de la signature de la convention.

⁵³ CPC, art. 509-1, II.

b. À l'extérieur de l'Union européenne

21. S'agissant de la reconnaissance et de l'exécution du divorce dans un État tiers à l'Union européenne, il est nécessaire de rechercher si des conventions bilatérales ou multilatérales liant la France sont en vigueur. À défaut, il faudra s'en remettre aux règles nationales de droit international privé des États concernés.

Le risque est ici de se voir opposer l'exception d'ordre public. On peut en effet penser que nombreux seront les États⁵⁴ qui considèrent que cette « mise à l'écart du juge » contrevient à leur ordre public international⁵⁵. Des décisions en ce sens ont d'ailleurs déjà été prononcées dans plusieurs pays, dont l'Algérie⁵⁶. À titre de comparaison, d'autres pays – tels que la Tunisie⁵⁷ et, dans une certaine mesure, le Maroc⁵⁸ – apparaissent davantage favorables à un tel accueil.

22. Bilan d'étape : importance du concours et des conseils de l'avocat. Au regard de ce qui précède, on comprend que des avocats pourraient être enclins à conseiller à leurs clients de ne pas recourir à ce divorce extrajudiciaire lorsque la situation présente ou est susceptible de présenter un élément d'extranéité (ex. : nationalité étrangère d'un époux, résidence habituelle à l'étranger d'un époux ou des enfants...) et d'opter pour une autre forme de divorce, telle que le divorce accepté⁵⁹. D'ailleurs, ils sont même avisés de cette possibilité (de

⁵⁴ On pense en particulier aux États dans lesquels les divorces sont exclusivement judiciaires.

⁵⁵ Concernant les pays de *Common law*, voir égal. D. ESKENAZI, C. BROWN et J. D. MORLEY, « Nouveau divorce par consentement mutuel : reconnaissance et risques de contentieux post-divorce dans les pays de *Common law* », *AJfam.* 2017. 347. S'agissant d'Israël, du Liban et de Dubaï, voir égal. J. TILLAYE-DUVERDIER, C. RICHARD et N. ASSUIED HODARA, « La circulation par consentement mutuel déjudiciarisé au Moyen-Orient », *AJfam.* 2020, p. 645.

⁵⁶ R. IGUEDAD, « Reconnaissance du divorce par consentement mutuel en Algérie », *AJfam.* 2020, p. 644. Adde, R. CRONE, « "Nouveau divorce" par consentement mutuel : aspects internationaux », *Deffrénois*, 30 août 2018, p. 27 et C. ROTH, « Circulation hors l'Union des conventions de divorce : des signaux contradictoires en provenance du Maghreb », *AJfam.* 2018. 148.

⁵⁷ TPI Tunis, 14 novembre 2017, n° 86358 : *Rev. crit. DIP* 2018. 211, note BEN ACHOUR.

⁵⁸ Z. NACIRI-BENNANI, « Accueil du divorce par consentement mutuel par le droit marocain et le droit tunisien », *AJfam.* 2020, p. 637.

⁵⁹ C. civ. art. 233 et s.

déconseiller les époux de choisir le divorce extrajudiciaire en présence d'une telle situation), dans la charte commune – du 23 décembre 2020⁶⁰ – liant le Conseil national des barreaux et le Conseil supérieur du notariat⁶¹.

À tout le moins, afin de satisfaire au mieux à leur obligation de conseils, ils pourraient préalablement entreprendre des démarches auprès des consulats ou des ambassades des États concernés – visant à obtenir un « certificat de coutume » – ou auprès d'avocats étrangers⁶², de façon à connaître les règles nationales de droit international privé et, particulièrement, la jurisprudence relative à l'exception d'ordre public. De même, il faudrait qu'ils justifient, auprès de leurs clients, l'accomplissement de ces démarches et, le cas échéant, qu'ils incluent une clause dédiée dans la convention⁶³. Plus généralement, avec pédagogie et dans un langage accessible, ils devraient attirer l'attention de leurs clients sur les aléas relatifs à la prise en compte des effets du divorce extrajudiciaire à l'étranger⁶⁴ et, là encore, ils pourraient insérer une clause dédiée dans la convention. Il s'agit en cela de se protéger, autant que possible, contre l'engagement éventuel de leur responsabilité.

II. *De lege ferenda* : une relation apaisée ?

23. Afin d'apaiser la « relation » entre le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé, des solutions pourraient être trouvées tant à l'échelle du droit de l'Union européenne (**A**), qu'à celle du droit français (**B**).

⁶⁰ Charte, point 3, c).

⁶¹ A.-M. CARO, « Charte de bonnes pratiques », *Dr. fam.*, février 2021, comm. 16.

⁶² Pour un point de vue plus nuancé, voir A. BOICHE, « Rédaction de la convention de divorce dans un contexte international : spécificités à prendre en compte », *AJ. fam.* 2020, p. 634.

⁶³ À rapprocher avec S. HAMOU, L. MAYER, R. LOLEV, J. MINOT et C. BRASSENS, « Guide des bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international », *art. préc.*.

⁶⁴ En ce sens, voir la charte commune rédigée par le Conseil national des barreaux et le Conseil supérieur du notariat en date du 23 décembre 2020, précitée.

A. Évolution envisageable du droit de l'Union européenne

24. Loin d'être figé, le droit de l'Espace judiciaire civil européen⁶⁵ est en constante évolution. Cela se manifeste non seulement par la création régulière de nouveaux règlements – d'ailleurs, le domaine du droit de la famille *lato sensu* semble être devenu un terrain d'élection de l'action du législateur de l'Union européenne⁶⁶ –, mais également par le réexamen des instruments existants. À ce titre, à compter du 1^{er} août 2022, entrera en application le règlement (UE) n° 2019/1111 du Conseil 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'enfants⁶⁷, dit « Bruxelles II *ter* ». Ce nouveau texte engendre une évolution *a minima* permettant de reconnaître certains effets du divorce français par consentement mutuel extrajudiciaire (1). Si l'on peut approuver une telle évolution, il apparaît qu'une réforme de plus grande ampleur serait opportune (2).

I. Programmation d'une évolution *a minima*

25. La Cour de justice apparaît pleinement consciente des conséquences de sa jurisprudence *Soha Sahyouni* dans les États membres ayant inclus, dans leur ordre juridique, la possibilité de prononcer des divorces sans l'intervention d'une juridiction étatique⁶⁸. Dans le prolongement des conclusions de son

⁶⁵ Domaine couvert par l'article 81 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁶⁶ Voir notamment le règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 « Régimes matrimoniaux » précité et le règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (*JOUE* n° L 183, 8 juillet 2016, p. 30). De même, voir déjà le règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 « Rome III » et le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 « Aliments », précités.

⁶⁷ *JOUE* n° L 178, 2 juillet 2019, p. 1. (*adde* le rectificatif : *JOUE* n° L 347, 20 octobre 2020, p. 52)

⁶⁸ La France n'est pas isolée. D'autres États européens – tels que l'Espagne, l'Estonie, l'Italie, le Portugal ou la Roumanie – ont prévu dans leurs législations respectives des divorces extrajudiciaires. Voir not. Y. BERNAND, « Brèves observations sur les expériences étrangères de

avocat général⁶⁹, elle a néanmoins indiqué dans cet arrêt que l'inclusion éventuelle de tels « divorces privés » dans le domaine du règlement (UE) n°1259/2010 « Rome III » « nécessiterait des aménagements relevant de la compétence du seul législateur de l'Union »⁷⁰. L'observation est transposable aux autres règlements européens, au premier rang desquels figure le règlement (CE) n° 2201/2003 « Bruxelles II *bis* ». Concernant ce dernier, cet « appel » de la Cour de justice a été entendu. En effet, parmi les innovations contenues dans le règlement (UE) n° 2019/1111 « Bruxelles II *ter* », on relève avec grand intérêt celle permettant la reconnaissance de plein droit des divorces déjudiciarisés **(a)**, sous réserve du possible usage d'un ou de plusieurs motifs de refus limitativement visés. Toutefois, aussi importante soit-elle, cette réforme est – par définition – circonscrite dans le domaine d'application du règlement « Bruxelles II *ter* », ce qui limite mécaniquement la portée du nouveau principe **(b)**.

a. La consécration du principe de reconnaissance de plein droit

26. Reconnaissance de plein droit du divorce extrajudiciaire. Aux termes de l'article 65 du nouveau texte, les « accords relatifs [...] au divorce qui ont un effet juridique contraignant dans l'État membre d'origine sont reconnus dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure particulière ». Or, le terme d'« accord » est ici entendu comme un « acte qui n'est pas un acte authentique, qui a été conclu par les parties dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement et qui a été enregistré par une autorité publique notifiée à cet effet à la Commission par un État membre conformément à l'article 103 »⁷¹. Cette définition paraît parfaitement englober le divorce français par consentement mutuel extrajudiciaire.

divorce sans juge », *Dr. fam.* 2016, dossier 24 et L. DE SAINT-PERN, « Le divorce sans juge en droit comparé », *Dr. fam.* 2018, dossier 22.

⁶⁹ Conclusions av. gén. H. SAUGMANDSGAARD ØE, précitées, spéc. point 66.

⁷⁰ Arrêt, point 47.

⁷¹ Règlement (UE) n°2019/1111, 25 juin 2019, art. 2, § 2, sous 3).

Il y a tout lieu de penser que la France désignera les notaires en tant qu'autorités publiques compétentes. Dans une procédure donnée, il appartiendra alors au notaire de délivrer, à la demande d'une partie, un certificat, dans le respect des exigences posées à l'article 66 dudit règlement⁷². La délivrance de ce certificat est importante car, à défaut de production de ce document, l'accord ne sera ni reconnu, ni exécuté dans les autres États membres de l'Union. En somme, ce certificat fait office de passeport judiciaire européen permettant à l'accord de voyager dans l'Union européenne.

Sans surprise, l'usage de formulaires dédiés⁷³ est prévu⁷⁴ et des conditions de délivrance sont posées⁷⁵.

Au nombre de ces exigences, il en est une qui concerne la compétence internationale : l'État membre ayant habilité l'autorité publique à enregistrer l'accord doit être celui dont les juridictions sont compétentes au titre du chapitre II du règlement⁷⁶. En somme, pour que l'acte puisse circuler librement dans l'Union européenne, il faudra s'assurer que les juridictions françaises sont/seraient compétentes en vertu des règles prévues par l'article 3 du règlement⁷⁷.

⁷² La possibilité de rectifier ou d'annuler ce certificat est prévue à l'article 67 du nouveau règlement.

⁷³ Il s'agit des formulaires reproduits aux annexes VIII (accords en matière matrimoniale) et IX (accords en matière de responsabilité parentale, lesquels devront comporter un résumé de l'obligation exécutoire figurant dans l'accord).

⁷⁴ Règlement (UE) n°2019/1111, art. 66, § 1.

⁷⁵ Règlement (UE) n°2019/1111, art. 66, § 2 et § 3.

⁷⁶ Chapitre consacré à la compétence en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

⁷⁷ Aux termes de cet article, sont compétentes – pour statuer sur les questions relatives au divorce – les juridictions de l'État membre de la nationalité des deux époux ou de l'État membre sur le territoire duquel se trouve : la « résidence habituelle des époux »; la « dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore »; la « résidence habituelle du défendeur »; « en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux »; la « résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé pendant au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande »; ou « la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé pendant au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est ressortissant de l'État membre en question ».

Toujours au titre des conditions, il est exigé que l'accord ait un effet juridique contraignant dans cet État membre.

Par ailleurs, pour ce qui est du domaine de la responsabilité parentale, la délivrance du certificat est subordonnée à l'absence d'« éléments » indiquant que le contenu de l'accord « est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Par hypothèse, il reviendrait donc au notaire d'évaluer ce qui est conforme ou contraire à cet intérêt, ce qui ne devrait pas toujours être aisé⁷⁸.

Enfin, ce certificat devrait le plus souvent être rédigé dans la langue de l'accord. Il est prévu qu'une partie puisse demander à ce qu'il soit rempli dans une autre langue officielle des institutions de l'Union, mais une telle demande ne devrait pas s'imposer à l'autorité compétente⁷⁹.

b. La portée du principe de reconnaissance de plein droit

27. La portée du nouveau principe doit être envisagée à l'aune de l'éventuel usage des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution ainsi que dans les limites du domaine d'application du règlement (UE) n° 2019/1111 « Bruxelles II *ter* ».

28. Prévision de motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution de l'accord. Avec raison, le législateur de l'Union européenne a prévu des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution. Une distinction est opérée, suivant l'objet de l'accord.

Concernant les accords relatifs au divorce, un tel refus peut être opposé lorsque : « cette reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est invoquée » ; « l'accord est inconciliable avec une décision, un acte authentique ou un accord concernant les mêmes parties dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est

⁷⁸ Pour une interrogation concernant les moyens dont disposera le notaire pour opérer ce contrôle, voir not. C. ANGER, « Le règlement Bruxelles II *ter* au secours du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé », *Gaz. Pal.*, 1^{er} octobre 2019, p. 53.

⁷⁹ En ce sens, il est indiqué qu'il n'y a pas d'obligation pour l'autorité délivrant le certificat de fournir une traduction ou une translittération du contenu traduisible des champs de texte libre (Règl. (UE) n°2019/1111, art. 66, § 4).

invoquée » ou encore « l'accord est inconciliable avec une décision, un acte authentique ou un accord antérieur établi dans un autre État membre ou dans un État tiers et concernant les mêmes parties, dès lors que cette première décision, ce premier acte authentique ou ce premier accord réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est invoquée »⁸⁰.

Concernant les accords en matière de responsabilité parentale, ce refus est encouru : « si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est invoquée, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant » ; « à la demande de toute personne faisant valoir que [...] l'accord fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité parentale, [...] si l'accord a été conclu et enregistré sans intervention de cette personne » ; « si et dans la mesure où [...] l'accord est inconciliable avec une décision, un acte authentique ou un accord ultérieur en matière de responsabilité parentale établi dans l'État membre dans lequel la reconnaissance est invoquée ou l'exécution est demandée » ou « si et dans la mesure où [...] l'accord est inconciliable avec une décision, un acte authentique ou un accord ultérieur en matière de responsabilité parentale établi dans un autre État membre ou dans l'État tiers où l'enfant réside habituellement, dès lors que la décision, l'acte authentique ou l'accord ultérieur réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État dans lequel la reconnaissance est invoquée ou l'exécution est demandée »⁸¹.

Toujours en matière de responsabilité parentale, il est prévu que la reconnaissance ou l'exécution de l'accord peut être refusée s'il « a été enregistré sans que l'enfant qui est capable de discernement n'ait eu la possibilité d'exprimer son opinion »⁸². Sur ce dernier point, on peut souligner l'adéquation *a priori* avec le droit français, du fait de l'existence du formulaire

⁸⁰ Règlement (UE) n°2019/1111, art. 68, § 1.

⁸¹ *Ibid.*, art. 68, § 2.

⁸² *Ibid.*, art. 68, § 3.

d'information des enfants mineurs, dont le modèle est fixé dans l'arrêté du 28 décembre 2016⁸³.

29. Un domaine d'application triplement limité. La portée du principe de la reconnaissance de plein droit du divorce extrajudiciaire doit être envisagée dans la limite du champ d'application temporel, spatial et matériel du règlement (UE) n° 2019/1111 « Bruxelles II *ter* ».

En premier lieu, le nouveau règlement va s'appliquer aux – seuls – accords enregistrés le ou après le 1^{er} août 2022. Autrement dit, les divorces conclus avant cette date ne seront pas concernés⁸⁴.

En deuxième lieu, le règlement permet la reconnaissance du divorce dans les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark. N'est donc pas visée la reconnaissance d'un tel divorce dans un État tiers.

En troisième lieu, ce règlement va seulement permettre la reconnaissance du principe du divorce et régir les questions ayant trait à la responsabilité parentale. Ne sont donc pas couvertes les autres mesures accessoires au divorce, telles que la prévision du paiement d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire ; le règlement (CE) n°4/2009 « Aliments » demeurant quant à lui inchangé.

2. Opportunité d'une évolution d'ampleur

30. Pour une nouvelle stratégie législative européenne. Dans le domaine de la coopération judiciaire civile, plusieurs règlements européens ont fait l'objet d'un réexamen. À l'exception du règlement (UE) n°2015/2421 du 16 décembre 2015 qui comporte des dispositions concernant la procédure européenne de règlement des petits litiges et la procédure d'injonction de payer

⁸³ 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 avocat, déposé au rang des minutes d'un notaire, NOR :JUSC1633188A, *JORF*, 29 décembre 2016. *Adde*, annexe n°1 de la circulaire précitée du 26 janvier 2017.

⁸⁴ Règlement (UE) n°2019/1111, art. 100, § 1^{er}.

européenne⁸⁵, tous les processus de réexamen mis en œuvre à ce jour ont été conçus pour ne concerner qu'un seul règlement à la fois.

Sans doute peut-on saluer le pragmatisme du législateur de l'Union européenne⁸⁶ qui adapte progressivement la législation de l'Union aux difficultés révélées par la pratique. De même, il est probable que le moment venu, le réexamen du règlement (CE) n° 4/2009 « Aliments » et celui du règlement (UE) n° 2016/1103 « Régimes matrimoniaux » tiendront compte de l'évolution consécutive à l'adoption du règlement (UE) n° 2019/1111 « Bruxelles II *ter* » quant aux divorces extrajudiciaires, si bien que l'incohérence législative aujourd'hui constatée ne devrait être que temporaire. Cependant, il nous semble, plus généralement, que la situation ici rencontrée est révélatrice d'une faiblesse de la stratégie législative européenne.

En ce sens, il paraît important de repenser l'approche du droit de l'Espace judiciaire civil européen et de privilégier une stratégie législative à deux échelons. Par hypothèse, le premier échelon se caractériserait par une programmation globale de l'action à mener, par l'Union, dans les domaines considérés ; le « droit de la famille » *lato sensu* pouvant constituer l'un de ces domaines. L'objectif serait de limiter les risques d'incohérence dans l'action à mener. Afin d'en favoriser la connaissance par les professionnels du droit et les justiciables européens, cette première étape pourrait se matérialiser par la rédaction et l'adoption – par le législateur européen – d'un programme pluriannuel qui deviendrait le cadre de référence des travaux de l'Union européenne. Chaque programme devrait contenir des précisions sur la terminologie utilisée par les institutions européennes, délimiter le champ d'application de l'action à mener (en « droit de la famille », ce domaine pourrait englober ceux du règlement « Bruxelles II *ter* », du règlement « Aliments », du règlement

⁸⁵ Règlement (UE) n°2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n°861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n°1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *JOUE* n° L 341, 24 décembre 2015, p. 1.

⁸⁶ De façon dérogatoire, il s'agit ici du – seul – Conseil de l'Union européenne (TFUE, art. 81, § 3).

« Successions »⁸⁷, du règlement « Régimes matrimoniaux » ainsi que du règlement « Partenariats enregistrés ») et identifier les principes directeurs devant guider l'action de l'Union. Une fois ce programme adopté, on pourrait franchir le second échelon de cette stratégie législative européenne, lequel pourrait se caractériser par une approche « sectorielle ». Ce n'est qu'à ce stade que seraient envisagées la création et/ou la réforme de chaque procédure européenne venant s'inscrire dans le domaine précédemment délimité. Une telle stratégie législative européenne pourrait d'ailleurs parfaitement être combinée avec la création d'un « code de l'Espace judiciaire civil européen »⁸⁸.

B. Évolution hypothétique du droit français

31. Deux solutions envisageables. L'amélioration du droit positif ne peut se résumer à une évolution de la législation de l'Union européenne, ne serait-ce qu'en raison de la circonstance que les situations d'extranéité rencontrées peuvent impliquer des États tiers. Sauf à envisager une adaptation des conventions internationales – bilatérales ou multilatérales – liant la France, cette amélioration doit également se matérialiser par une évolution du droit français.

À vrai dire, deux solutions opposées peuvent être envisagées : celle de l'interdiction du divorce extrajudiciaire dans les situations comportant un élément d'extranéité (1) et celle de l'aménagement des règles de droit de la famille et/ou du droit international privé (2). La première solution semble devoir être écartée, au profit de la seconde.

1. La solution de l'interdiction

32. Prévision d'une nouvelle exception. Certains auteurs ont appelé de leurs vœux l'interdiction d'un tel divorce extrajudiciaire dans un contexte international. En pratique, dans cette perspective, l'article 229-2 du code civil

⁸⁷ Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *JOUE* n° L 201, 27 juillet 2012, p. 107.

⁸⁸ *Adde*, G. PAYAN, « Avant-propos », in G. PAYAN et P. GIELEN, *Code de l'Espace judiciaire civil européen annoté*, Bruylant, 2017, p. 7.

pourrait viser une troisième exception⁸⁹. Aux termes de cet article ainsi amendé, il serait indiqué que les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque leur situation présente un élément d'extranéité, tel que notamment celui caractérisé par une différence de nationalité des époux ou la résidence habituelle à l'étranger de l'un d'eux.

33. Une solution inopportune. De prime abord, cette solution est séduisante, car elle élimine la difficulté. Cependant, elle présente deux inconvénients majeurs, qui conduisent à ne pas la privilégier.

En premier lieu, elle serait adoptée en méconnaissance de l'évolution de la législation européenne et, singulièrement, de l'entrée en application prochaine du règlement (UE) n° 2019/1111 « Bruxelles II *ter* ». Il serait dommage que la modification du droit européen visant à couvrir des situations juridiques telles que celle connue aujourd'hui en France ne conduise de nouveau à une inadéquation, à la suite d'une évolution « à contre-courant » du droit français.

En second lieu, elle suppose que l'on détermine en amont que la situation présente un élément d'extranéité. Or, cela n'est pas toujours possible. Le caractère international de cette situation peut se révéler postérieurement, à la faveur d'un déménagement à l'étranger, par exemple.

2. La solution de l'aménagement

34. La solution de l'« aménagement » du droit français pourrait être poursuivie principalement dans deux directions distinctes, mais qui ont en commun de parvenir à l'obtention d'un titre dont la reconnaissance transfrontière est traditionnellement admise, à savoir : un acte authentique ou un jugement.

35. La piste des actes authentiques. La première direction, qui a semble-t-il la faveur des notaires⁹⁰, consisterait à faire, de tous les actes de divorce qu'ils dressent, des actes authentiques. Ce n'est pas le cas en droit positif, le divorce

⁸⁹ En ce sens, A. LELOUVIER, « Les divorces internationaux confrontés à une déjudiciarisation nationale manifeste », *Dr. et patr.*, janvier 2021, p. 12.

⁹⁰ En ce sens, C. ROTH et V. CHAUVEAU, « Circulation internationale du divorce sans juge : pour un correctif », *art. préc.*

étant un acte sous signature privée que le notaire enregistre et le dépôt de cet acte au rang des minutes ne lui conférant pas la qualité d'acte authentique⁹¹. Cette piste est intéressante, mais devrait sans doute s'accompagner d'une modification des règles relatives à l'office du notaire et au contrôle à exercer.

Dans une moindre mesure, il est d'ores et déjà possible de soutenir que la liquidation du régime matrimonial devrait être faite par acte authentique, y compris en l'absence de biens immobiliers, lorsqu'il y a des biens à partager dans un autre État membre⁹².

36. La piste de l'homologation judiciaire ou de la « re-judiciarisation ».

La seconde direction serait celle de l'homologation judiciaire. À ce sujet, on a pu proposer une modification de l'article 229-1 du code civil se matérialisant par l'ajout d'un alinéa aux termes duquel : « en présence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité affectant la situation de la famille, la convention de divorce par consentement mutuel devra être nécessairement homologuée par le juge. La liste, non exhaustive, des situations dans lesquelles le divorce par consentement mutuel serait considéré comme présentant un élément d'extranéité fera l'objet d'un décret »⁹³. De façon moins systématique, d'autres auteurs ont suggéré de limiter l'accès au juge de l'homologation – saisi par voie de requête – aux cas où un époux justifierait de l'existence de « difficultés avérées » relatives à l'exécution de la convention à l'étranger⁹⁴.

Assurément, la solution de l'homologation – qui fait écho à celle mise en avant dans la circulaire de janvier 2017 en matière de droit de visite – semble en contradiction avec l'un des objectifs ayant présidé à la réforme de 2016 qui est d'alléger le rôle des juridictions. Cependant, il apparaît que l'exigence de

⁹¹ La convention des parties acquiert néanmoins date certaine et force exécutoire.

⁹² En ce sens, voir not. A. BOICHE, « Rédaction de la convention de divorce dans un contexte international : spécificités à prendre en compte », *art. préc.*

⁹³ A. DE GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, « Divorce par consentement mutuel en droit international privé : brèves observations pour une modification du code civil », *Dr. fam.*, janvier 2018, dossier 2. Voir déjà, C. NOURISSAT, A. BOICHE, D. ESKENAZI, A. MEIER-BOURDEAU et G. THUAN DIT DIEUDONNE, « Le divorce par consentement mutuel "à la française" met à mal l'espace judiciaire commun et le principe de confiance mutuelle » (propos recueillis par F. CREUX-THOMAS) : *JCP éd. G.* 2017, actu. 549.

⁹⁴ C. ROTH et V. CHAUVEAU, « Circulation internationale du divorce sans juge : pour un correctif », *art. préc.*

sécurité juridique et celle, corrélative, de la stabilité de l'état des personnes doivent l'emporter. Il faut éviter les situations boiteuses, qui pourraient conduire notamment à des cas de bigamie. On peut aussi avancer que la procédure visant l'homologation est plus rapide qu'une procédure de divorce judiciaire.