

# LE CAS DE DIVORCE

FICHES DE TRAVAUX DIRIGES 2020 L1 CJFA,  
Chargée de cours : F. RENARD ; Chargé de TD : F. SCHIFFLER

## EN COURS D'ACQUISITION

- Divorce judiciaire / extrajudiciaire
- Divorce contentieux / gracieux
- 229 et s. du Code civil

### **Divorce par consentement mutuel judiciaire et extrajudiciaire:**

**Doc. 1 :** Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 6 mai 1987, n° 86-10107

**Doc. 2 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 5 février 2002, n°00-15794

### **Divorce pour altération définitive du lien conjugal et équivalent :**

**Doc. 3 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 26 oct. 2011, n°09-70439, GP 2012 6,7 janvier, p.30

**Doc. 4 :** Civ. 1<sup>ère</sup> 5 janvier 2012, n°10-16359, D. 2012 p. 150

**Doc. 5 :** Civ. 1<sup>ère</sup> 28 mai 2015, n°14-10-868

### **Divorce pour faute :**

**Doc. 6 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 11 janvier 2005, n°03-16451

**Doc. 7 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 25 avril 2006, n°04-19040

**Doc. 8 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 22 mai 2007, n°06-18890

**Doc. 9 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 17 juin 2009, n°07-21796

**Doc. 10 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 20 octobre 2010, n°08-21913

**Doc. 11 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 26 oct. 2011, n°10-27872

**Doc. 12 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 11 septembre 2013, n°12-16862

**Doc. 13 :** Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 11 mai 2016, n°15-16.410

**Doc. 14 :** Cas pratique

## OBJECTIFS

1. Pour chacun des documents, les étudiants rédigeront les fiches d'arrêt des décisions proposées.
2. Enfin, les étudiants sont priés de résoudre le cas pratique proposé en fin de fiche.

### **Lecture libre pour approfondir :**

Le nouveau divorce par consentement mutuel, Claude Lienhard, Recueil Dalloz – 9 février 2017 – n°6 p. 307-314. **(Le document se trouve en fin de fiche)**

## Divorce par consentement mutuel

Doc. 1 : Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 6 mai 1987

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Lyon, 14 février 1985), qu'un jugement, non frappé de voies de recours, a prononcé le divorce des époux X... sur leur requête conjointe et homologué la convention définitive portant règlement des conséquences du divorce ; que Mme X..., estimant être victime d'une lésion dans cette convention, en a demandé la rescision ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré cette action irrecevable, alors que, d'une part, la convention portant règlement des effets du divorce pourrait être dissociée du jugement prononçant celui-ci, et, n'étant pas irrévocable, pourrait faire l'objet d'une action en rescision pour lésion, et alors que, d'autre part, en considérant qu'en l'absence de clause stipulant l'égalité du partage, celui-ci pouvait être présumé inégal, ce qui rendrait irrecevable l'action en rescision pour lésion, la cour d'appel aurait violé les articles 1476 et 887 du Code civil ;

Mais attendu que l'arrêt retient à bon droit que le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi ;

Que par ces seuls motifs, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

Doc. 2 : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 5 février 2002

Attendu que M. X..., qui a fait opposition à l'ordonnance lui ayant fait injonction de payer le solde d'un prêt contracté avec son épouse pendant le mariage depuis dissous par divorce pour financer des travaux sur un véhicule, a appelé celle-ci en garantie pour qu'elle soit condamnée à supporter la moitié de la condamnation prononcée au profit du prêteur ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Caen, 6 mai 1999) d'avoir rejeté cette demande, alors, selon le moyen :

1 / qu'en l'espèce, le prêt a été souscrit solidairement par M. et Mme X... ; que M. X... avait donc un recours contre Mme Y... à concurrence de la part incombant à cette dernière ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé l'article 1214 du Code civil ;

2 / que la circonstance que, lors de la convention définitive conclue entre les époux à l'occasion du divorce, le véhicule ait été attribué à M. X..., qui ne concerne que la répartition des actifs, n'avait aucune incidence sur le recours dont disposait M. X... ; qu'à cet égard, les juges du fond ont violé l'article 1214 du Code civil ;

3 / qu'en se fondant sur la convention définitive conclue à l'occasion du divorce, bien que cette convention n'ait comporté aucune stipulation s'agissant de la charge

du prêt, les juges du fond, qui ont ajouté a la convention de divorce, en ont dénaturé les termes ;

Mais attendu qu'après avoir admis la recevabilité de l'appel en garantie formée contre la femme qui était obligée à la dette en sa qualité de co-emprunteuse, la cour d'appel, qui a relevé, par une interprétation que les termes imprécis de la convention définitive de divorce rendaient nécessaire, qu'il entrerait dans l'intention des époux que celui qui était attributaire du véhicule en supporte les charges, a souverainement estimé que le mari devait seul contribuer à la dette ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

#### Divorce pour altération définitive du lien conjugal et équivalent

Doc. 3 : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 26 oct. 2011

Vu l'article 242 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Saint-Quentin a prononcé la séparation de corps des époux X...-Y... aux torts exclusifs du mari par jugement du 10 juin 2003, confirmé par arrêt de la cour d'appel d'Amiens du 13 septembre 2006 ; que par décision du 6 décembre 2005, le divorce des époux a, sur la demande du mari, été prononcé pour altération définitive du lien conjugal ;

Attendu que pour confirmer le jugement et rejeter la demande reconventionnelle en divorce pour faute de Mme Y..., fondée sur les griefs retenus à l'encontre du mari dans le jugement de séparation de corps, l'arrêt retient que l'épouse n'invoque pas de faits fautifs postérieurs au jugement de séparation de corps ;

Qu'en statuant ainsi, alors que Mme Y..., défenderesse à une action en divorce pour altération définitive du lien conjugal engagée par son mari, était recevable à invoquer des faits antérieurs au jugement de séparation de corps, eussent-ils été retenus par celui-ci, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 octobre 2007, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ;

Doc. 4 : Civ. 1<sup>ère</sup> 5 janvier 2012

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Amiens, 1er avril 2009 ), que M. X... et Mme Y... se sont mariés le 19 mai 2001 ; qu'autorisée par ordonnance de non conciliation du 30 juin 2006, l'épouse a assigné, le 30 octobre 2006, son conjoint en divorce pour faute

sur le fondement de l'article 242 du code civil ; que M. X... a, reconventionnellement, formé une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal sur le fondement de l'article 238, alinéa 2, du code civil ; que par jugement du 21 décembre 2007, le tribunal de grande instance de Beauvais a notamment rejeté la demande en divorce pour faute de l'épouse et prononcé le divorce pour altération définitive du lien conjugal ;

Sur le premier moyen, pris en ses diverses branches, ci-après annexé :

Attendu que le moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le second moyen :

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt de prononcer son divorce pour altération définitive du lien conjugal sur le fondement de l'article 238, alinéa 2, du code civil, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge ne peut prononcer le divorce pour altération définitive du lien conjugal sans constater que les époux vivent séparés depuis au moins deux ans lors de l'assignation en divorce ; qu'en l'espèce, par motifs expressément adoptés du premier juge, la cour d'appel s'est bornée à recueillir une déclaration de M. X... selon laquelle « aucune réconciliation ne peut intervenir du fait de la séparation depuis plusieurs mois », sans même procéder par elle-même à aucune constatation de nature à établir que les époux étaient séparés depuis plus de deux ans à compter de l'assignation ; qu'elle a ainsi privé sa décision de base légale au regard des dispositions combinées des articles 238, alinéas 1er et 2 et 246 alinéa 2 du code civil ;

2°/ qu'en présence d'une demande principale en divorce pour faute et d'une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal, le juge ne saurait faire droit à la demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal, en se fondant sur une simple déclaration du demandeur reconventionnel sans constater par lui-même une séparation significative, en précisant à quel moment a cessé la cohabitation ; qu'en l'espèce, il ressort des mentions du jugement de première instance que les deux époux étaient encore domiciliés, à la date du jugement, soit le 21 décembre 1997, à la même adresse, ... ; qu'à la date à laquelle la cour d'appel a statué, soit le 1er avril 2009, il n'existait même pas de séparation des époux égale à deux ans ; qu'en se bornant à faire état d'une simple déclaration du demandeur reconventionnel selon laquelle « aucune réconciliation ne peut intervenir du fait de la séparation depuis plusieurs mois », sans constater par elle-même une séparation significative, en précisant à quel moment avait cessé la cohabitation, la cour d'appel a, à nouveau, privé sa décision de base légale au regard des dispositions combinées des articles 238, alinéa 2 et 246 alinéa 2 du code civil ;

Mais attendu qu'en cas de présentation d'une demande principale en divorce pour faute et d'une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal, le rejet de la première emporte le prononcé du divorce du chef de la seconde ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :REJETTE le pourvoi

Doc. 5 :Civ. 1<sup>ère</sup> 28 mai 2015

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 7 novembre 2013), que Mme X... et M. Y... se sont mariés le 21 septembre 1991, sans contrat préalable ; que, sur l'assignation en séparation de corps pour faute, délivrée par l'épouse le 4 mai 2012, le mari a, par conclusions du 30 août 2012, formé reconventionnellement une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande en séparation de corps aux torts exclusifs du mari et de prononcer le divorce pour altération définitive du lien conjugal alors, selon le moyen, que l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce ; qu' est assimilable à l'assignation en divorce, l'assignation en séparation de corps qui, existant seulement pour répondre à des convictions morales et religieuses faisant obstacle à la dissolution du lien matrimonial, n'en constitue pas moins un mode légal de séparation des époux pouvant être sollicité dans les mêmes cas que le divorce et obéissant à une procédure identique ; que pour prononcer le divorce des époux, l'arrêt retient que pour apprécier si les conditions du divorce pour altération définitive du lien conjugal sont remplies, il convient de se placer à la date de la demande reconventionnelle de l'époux en divorce formulée dans ses conclusions déposées le 30 août 2012 et non à la date de l'assignation en séparation de corps de l'épouse délivrée le 4 mai 2012 ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 238 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt énonce exactement qu'aux termes de l'article 297-1, alinéa 1er, du code civil, lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce et prononce celui-ci dès lors que les conditions en sont réunies et que, selon l'article 238, alinéa 1er, du même code, l'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce ; qu'après avoir relevé que l'épouse avait assigné son mari en séparation de corps pour faute, c'est à bon droit que, pour apprécier la durée de la cessation de communauté de vie, la cour d'appel s'est placée à la date de la demande reconventionnelle en divorce du mari ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que ce moyen n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :REJETTE le pourvoi

## Divorce pour faute

Doc. 6 : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 11 janvier 2005

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Amiens, 20 novembre 2002), d'avoir prononcé le divorce à ses torts exclusifs alors selon le pourvoi :

1 / qu' en se bornant à relever pour prononcer le divorce à ses torts exclusifs, que l'ensemble des faits était constitutif d'une violation grave et répétée des devoirs et obligations du mariage, sans constater que les faits invoqués auraient rendu intolérable le maintien du lien conjugal, et sans faire référence à l'article 242 du Code civil en ce qui concerne ces faits, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de ce texte ;

2 / qu'en retenant, pour décider que le dépôt de la requête en divorce était postérieur à la liaison de Mme X..., que sa relation adultère avait été constatée par huissier de justice le 8 février 2000, alors que le constat d'adultère avait été dressé le 8 février 2001, la cour d'appel en a dénaturé les termes, violant ainsi l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel a, sans dénaturer, souverainement relevé par motifs propres et adoptés, que le mari avait fait constater par huissier la relation adultère de son épouse, qu'en prononçant le divorce aux torts de cette dernière, elle a fait une exacte application de l'article 242 du Code civil ; d'où il suit que les moyens du pourvoi ne sont pas fondés ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

Doc. 7 : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 25 avril 2006

Vu l'article 242 du Code civil ;

Attendu que le divorce pour faute ne peut être prononcé qu'en raison de faits constituant une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie commune ;

Attendu que pour prononcer le divorce des époux X... à leurs torts partagés, la cour d'appel a relevé "qu'une mésentente grave s'était installée sans qu'elle puisse être exclusivement imputée à une seule partie, chaque conjoint faisant valoir ses difficultés de couple certes de la façon la plus combative possible, voire vindicative, mais sans démontrer une absence de responsabilité de sa part dans la rupture du couple" ;

Qu'en se déterminant par de tels motifs qui, s'ils constatent une mésentente avérée, ne caractérisent pas de faute imputable à chacun des époux et donc de cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen ainsi que sur les autres branches du premier moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 1er juin 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion

Doc. 8 : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 22 mai 2007

Attendu que Mme de la X... et M. Alain Y... Z... se sont mariés le 26 décembre 1991; que Mme de la X... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Toulouse, 8 novembre 2005) d'avoir prononcé leur divorce à ses torts exclusifs et d'avoir en conséquence rejeté sa demande de prestation compensatoire, alors, selon le moyen :

1 / que le refus de l'épouse de résider au lieu que son conjoint a unilatéralement choisi ne constitue pas une violation des devoirs et obligations du mariage ; qu'en se fondant, pour prononcer le divorce aux torts exclusifs de Mme de la X..., sur la seule circonstance que celle-ci n'avait pas souhaité suivre son époux dans la région de son nouveau travail, la cour d'appel a violé les articles 215 et 242 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 mai 2004 ;

2 / que Mme de la X... faisait valoir dans ses conclusions régulièrement déposées que M. Y... Z... avait manqué à son devoir de cohabitation en faisant toujours en sorte de choisir un emploi qui le maintenait à distance du domicile familial ; qu'en ne répondant pas à ce chef péremptoire des conclusions, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, qu'après avoir retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que l'épouse avait refusé de suivre son mari, alors que M. Y... Z..., après une situation de chômage, avait trouvé un emploi bien rémunéré dans une nouvelle région, qu'il était tenu de résider sur le lieu de son travail, que Mme de la X... n'avait alors aucune activité professionnelle et que le couple n'avait pas toujours résidé dans la même ville, la cour d'appel a fait une exacte application des articles 215 et 242 du code civil ;

Et qu'en relevant, d'autre part, que la rupture du lien conjugal incombait à l'épouse qui n'avait pas souhaité suivre son époux dans la région de son nouveau travail et qui avait été par là même à l'origine de la séparation, et qu'il ne saurait être reproché à M. Y... Z... d'avoir accepté un emploi bien rémunéré pour quitter une situation de chômage, la cour d'appel a implicitement mais nécessairement répondu aux conclusions invoquées ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

Doc. 9 : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 17 juin 2009

Vu les articles 259 et 259-1 du code civil ;

Attendu qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens ; que le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude ;

Attendu qu'un jugement du 12 janvier 2006 a prononcé à leurs torts partagés le divorce des époux X... - Y..., mariés en 1995 ; que, devant la cour d'appel, Mme Y... a produit, pour démontrer le grief d'adultère reproché à M. X..., des minimessages, dits "SMS", reçus sur le téléphone portable professionnel de son conjoint, dont la teneur était rapportée dans un procès-verbal dressé à sa demande par un huissier de justice ;

Attendu que, pour débouter Mme Y... de sa demande reconventionnelle et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, la cour d'appel énonce que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de courts messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 mars 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon

Doc. 10 :Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 20 octobre 2010

Vu l'article 242 du code civil ;

Attendu que M. X... a assigné son épouse en divorce sur le fondement de l'article 242 du code civil et que celle-ci a formé une demande reconventionnelle aux mêmes fins ;

Attendu que, pour débouter M. X... de sa demande et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, l'arrêt énonce que les propos orduriers que Mme Y... reconnaît avoir adressés à son époux ont été émis postérieurement à l'ordonnance de non-conciliation à un moment où le couple vivait séparément et ne peuvent, de ce fait, constituer un comportement fautif à l'origine de la rupture de la vie commune ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il est possible d'invoquer, à l'appui d'une demande en divorce, des griefs postérieurs à l'ordonnance de non-conciliation ou à l'assignation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et attendu que la cassation intervenue sur le premier moyen entraîne par voie de conséquence la cassation de l'arrêt sur le tout ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 novembre 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles

Doc. 11 : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 26 oct. 2011

Attendu que, par jugement du 13 novembre 2008, un juge aux affaires familiales a prononcé le divorce de M. X... et de Mme Y... aux torts exclusifs de l'épouse et a rejeté la demande de prestation compensatoire présentée par celle-ci ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, ci-après annexé :

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt d'avoir prononcé le divorce aux torts partagés des époux et d'avoir rejeté sa demande en divorce aux torts exclusifs de M. X... ;

Attendu qu'ayant retenu que les courriels versés aux débats par M. X... se trouvaient sur l'ordinateur personnel de celui-ci et qu'aucune protection n'était mise en place pour minimiser leur accès, la cour d'appel, qui a repris ces éléments contenus dans les conclusions mêmes de Mme Y..., en a souverainement déduit qu'ils n'avaient pas été obtenus par fraude ; que le grief ne peut être accueilli ;

Sur le premier moyen, pris en ses autres branches, ci-après annexé :

Attendu que ces griefs ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;  
Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que, pour rejeter la demande de prestation compensatoire présentée par Mme Y... l'arrêt adopte les motifs du premier juge qui avait relevé qu'au cours de l'année 2006 Mme Y... avait perçu un traitement mensuel moyen imposable de 1 202, 03 euros et que ses revenus globaux avaient été sur la même période de 1 615, 83 euros ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de Mme Y... qui faisait valoir, et justifiait, que depuis le mois de mai 2009 elle ne percevait plus qu'un demi salaire s'élevant à 544 euros par mois, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en sa disposition concernant la prestation compensatoire, l'arrêt rendu le 17 décembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel d'Agen

Doc. 12 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 11 septembre 2013

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Riom, 10 janvier 2012), que Mme X... et M. Y... se sont mariés le 13 novembre 1970 ; qu'un jugement a rejeté la demande principale en divorce pour faute formée par l'épouse et accueilli la demande reconventionnelle pour altération du lien conjugal formée par le mari ;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement, alors, selon le moyen, que si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une

demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute ; que ce n'est qu'en cas de rejet de celle-ci qu'il statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal ; que dès lors, le juge ne peut déduire l'absence de faute d'un époux de la seule circonstance que le lien conjugal était définitivement altéré ; qu'en considérant en l'espèce que la liaison extra-conjugale de M. Y... n'était pas fautive puisqu'elle était intervenue huit ans après la séparation de fait des époux, la cour d'appel a violé l'article 246 du code civil ;

Mais attendu que, pour constituer une cause de divorce, la faute commise par un époux doit rendre intolérable le maintien de la vie commune ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a relevé que la liaison extra conjugale du mari, survenue plus de huit ans après la séparation des époux, ne pouvait être considérée comme rendant intolérable le maintien de la vie commune et comme une faute au sens de l'article 242 du code civil ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

Doc. 13 : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 11 mai 2016

Vu l'article 259-1 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un jugement a prononcé, aux torts exclusifs du mari, le divorce de M. X... et de Mme Y..., mariés en 1975 ;

Attendu que, pour prononcer le divorce aux torts partagés, l'arrêt énonce qu'il résulte du constat d'huissier de justice, produit par Mme Y..., réalisé par manipulation des sms reçus sur le téléphone portable ayant appartenu à M. X..., et soi-disant oublié par ce dernier sur une table du domicile conjugal, qu'il avait transmis trois messages qui ne laissaient aucun doute sur la nature des relations entretenues avec leur destinataire ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si les sms avaient été obtenus par violence ou par fraude, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y a lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 janvier 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers

## Une révolution culturelle

Claude Lienhard, Professeur des Universités, Avocat spécialiste en droit de la famille, des personnes et de leur patrimoine

### L'essentiel

Le nouveau divorce par consentement mutuel est une révolution culturelle. Le transfert par l'État des fonctions de contrôle et de protection du juge aux affaires familiales aux deux avocats désormais obligatoires implique une méthodologie nouvelle. La convention de divorce par acte contresigné par avocat doit être sécurisée, son élaboration et sa signature s'inscrivent dans un processus rigoureux dont les avocats sont les chefs d'orchestre. L'information des enfants de leur droit à être entendu doit elle aussi être organisée au mieux dès lors qu'elle peut conditionner le retour à la scène judiciaire. Enfin, le tout doit être articulé avec l'*imprimatur* du notaire dépositaire de la convention et son contrôle formel.

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016  (1) qui réforme le divorce par consentement mutuel constitue à l'évidence une véritable révolution que quasiment personne n'avait pressentie dans son expression finale et sa rapide mise en oeuvre, effective au 1<sup>er</sup> janvier 2017.

Le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée, contresigné par avocat, déposé au rang des minutes d'un notaire, implique un changement de culture juridique profond et, à notre sens, ce passage à un autre monde est définitif. Ce passage interpelle et inquiète certains, comme toute nouveauté, mais, disons-le d'emblée, beaucoup de ces angoisses sont à l'évidence exagérées

La justice du XXI<sup>e</sup> siècle voit donc disparaître le juge aux affaires familiales en tant que contrôleur des consentements et des équilibres entre époux, d'une part, et en tant que garant de la protection des intérêts des enfants comme des époux, d'autre part

Cette disparition, *de facto*, entraînera un appauvrissement intellectuel des juges aux affaires familiales qui perdent leur regard sur les accords des époux et l'ingénierie patrimoniale et compensatoire du divorce. Une fois ce regret exprimé, force est de constater que l'effacement de la figure tutélaire du juge relève plus de la perte du symbole que de la perte d'un contrôle judiciaire approfondi et effectif, surtout lorsque les époux/parents étaient déjà assistés de deux avocats

Désormais, ces doubles fonctions de contrôle/vérification et de protection sont principalement et essentiellement dévolues, avec l'aval clair du Conseil constitutionnel  (2), aux deux avocats que les époux se doivent obligatoirement de choisir

Le nouveau divorce par consentement mutuel est totalement déjudiciarisé, exclusivement conventionnel et hors de tout contexte procédural *stricto sensu*. Il n'y a plus d'instance, mais uniquement un cadre processuel et un processus contractuel spécial et général

Il appartient aux seuls avocats de bâtir et de sécuriser la convention des époux qui divorcent, avec le concours *in fine* du notaire qui sera dépositaire de la convention au rang de ses minutes

après un contrôle formel encadré

Les avocats, notamment spécialisés en droit de la famille, ne peuvent que se féliciter de la confiance qui leur est ainsi faite par le législateur, mais ils devront vraiment s'en montrer dignes, avec rigueur et sans frilosité.

Cela implique une réelle vigilance ordinale et déontologique mise en oeuvre sans délai et sans faiblesse pour éviter les dérives, aussi bien liées à des pratiques de « divorce *low cost* », sources d'insécurité, qu'à des approches communautaires, le divorce, rupture du mariage laïque, ne pouvant être autrement teinté.

Il pèse donc sur les avocats de la famille la lourde et exaltante tâche d'élaborer, promouvoir, imposer, défendre un code des bonnes pratiques et des règles de l'art de la forme et du fond du divorce conventionnel  (3).

Ce nouveau mode de divorce constitue également une belle consécration de l'acte d'avocat qui vient prendre toute sa puissance et toute sa densité dans l'ordonnancement et la sécurisation de l'organisation de la rupture du mariage et de ses effets (même si on ne peut que regretter que l'ultime étape de l'attribution de force exécutoire n'ait pas encore été franchie). Une résistance inopportune de certains notaires à l'esprit de la réforme fournira peut-être, paradoxalement, l'occasion d'aller plus loin

L'acte d'avocat est l'outil essentiel qui permet désormais aux avocats d'officier concrètement dans leur nouveau rôle de conseils, médiateurs, facilitateurs, vigies, repères et protecteurs des consentements éclairés des époux et de leurs intérêts, ainsi que de l'intérêt supérieur des enfants

Le droit de la famille, dans son élaboration et son déploiement, a toujours été à la confluence de méthodes, de pratiques, d'outils et de cadres spécifiques qu'il serait vain de vouloir réduire ou enserrer dans d'autres concepts

La consécration conventionnelle doit alors être lue et comprise au regard de ces spécificités structurelles. La lecture contractuelle pure à laquelle on peut être tenté de succomber au premier abord serait incomplète et loin de l'essence *sui generis* à tout point de vue du nouveau consentement mutuel  (4)

De la philosophie conventionnelle désormais pleinement assumée, il résulte que le consentement mutuel est le divorce des époux qui, ensemble, s'entendent sur la rupture du mariage et de tous ses effets (art. 229-1 c. civ.), avec l'exclusion de ce cas de divorce lorsque l'un des époux est placé sous un régime de protection. Cette entente se concrétise par un accord qui se matérialise par une convention, qui prend la forme d'un acte sous signature privée contresigné par les avocats des époux

Le cadre juridique du nouveau divorce par consentement mutuel est d'abord constitué par les articles nouveaux 229-1 et 229-4 du code civil (sect. 1 du divorce par consentement mutuel, § 1).

Le dispositif législatif a été complété par un dispositif réglementaire, créant un nouveau chapitre du code de procédure civile  (5), publié à l'aube de l'année nouvelle après une « blitz concertation », et précédé d'un communiqué de presse du garde des Sceaux à vocation

pédagogique 𐀀(6), comprenant une nouvelle source documentaire sous forme de « questions/réponses » rappelant les fortes obligations déontologiques des deux avocats et explicitant les contours limités de l'intervention du notaire, ce qui, à l'usage, s'avère bien pertinent. Enfin, une circulaire de présentation de la réforme a été publiée le 26 janvier 2017 avec douze fiches techniques et trois annexes (n° NOR : JUSC1638274C)

Aux textes spécifiques s'ajoutent les dispositions de l'article 1374 du code civil relatif à l'acte d'avocat et, en toile de fond, le droit commun des contrats issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

Aujourd'hui, l'enjeu pour les époux et les avocats est de s'approprier ce nouveau mode de divorce, d'en comprendre avec précision le mode d'emploi, d'en analyser les modalités pratiques et les éventuelles difficultés, et d'articuler au mieux l'intervention des avocats et du notaire « dépositaire », « enregistreur » et « contrôleur formel », voire « lanceur d'alerte »

Cela posé, trois aspects méritent, à ce stade initial de mise en oeuvre de la réforme, d'être approfondis et permettent de décrire dans ses grandes lignes le nouveau processus du divorce par consentement mutuel conventionnel

Tout d'abord, doit être mis en évidence le rôle de chef d'orchestre du binôme d'avocats (I) ; ensuite, il convient de détailler le pouvoir de l'enfant de contraindre au retour à une partition judiciaire (II) ; et, enfin, il faut comprendre le cadre de l'*imprimatur* formel découlant de l'intervention encadrée du notaire (III).

## **I - Les avocats des époux, chefs d'orchestre du nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel**

Le divorce par consentement mutuel conventionnel est, d'abord, une partition composée et interprétée à quatre mains. À l'origine, on trouve le choix volontariste de deux époux d'emprunter cette voie, choix parfois conjoint *ab initio*, ou, plus fréquemment, initié par l'un des époux mais avec l'acceptation de principe et l'adhésion de l'autre époux à la démarche.

Puis, la formation concomitante d'un binôme désormais obligatoire d'avocats, binôme pour partie inédit, sans rattachement territorial nécessaire puisque disparaissent les contraintes de procédure et instance. Il s'agira le plus souvent d'un binôme de proximité, mais aussi de binômes totalement mobiles, la dématérialisation et les nouvelles technologies aidant (avec cependant l'interdiction absolue et d'ordre public de tout binôme « virtuel »).

Bien sûr, moult interrogations demeurent sans réponse pour l'instant, spécialement en cas d'éléments d'extranéité et lorsqu'il s'agira d'articuler le divorce français par consentement mutuel sans juge avec l'ordre juridique des règlements européens et les textes internationaux, au regard notamment des notions de résidence de la famille et de l'exigence d'une décision judiciaire.

Les concepteurs et rédacteurs de la convention devront tout particulièrement s'attacher à en sécuriser aussi bien le contenu (A) que le contenant (B), et ne pas oublier surtout que la contractualisation extrajudiciaire n'exclut ni la gravité, ni le caractère solennel de l'acte de divorce (C)

## A - Le contenu de la convention de divorce

La convention de divorce devra, tant par son architecture, sa construction que par son contenu, faire apparaître le consentement à la fois au divorce et à l'intégralité des effets de la rupture. Il s'agit donc d'un consentement général et spécial.

L'article 229-3 du code civil rappelle à titre préliminaire, avant d'énumérer les éléments que doit comporter la convention, que ce consentement ne se présume pas. Il n'est acquis que s'il est constaté par les deux avocats comme donné librement et totalement éclairé et constant jusqu'au dépôt chez le notaire. Il ne peut être virtuel. D'où l'obligation soulignée par le nouvel article 1145 du code de procédure civile d'une signature conjointe des époux et des avocats de la convention de divorce. Ce qui implique la présence physique en même lieu et au même instant des quatre signataires ensemble.

C'est lors de cette signature qu'à l'instar de l'ancienne mission du juge aux affaires familiales, aux avocats désormais concédée, que les deux conseils contrôleront de façon ultime les consentements qu'ils ont accompagnés et densifiés. Il est inconcevable que soient organisées des parodies de signature avec des « avocats » de paille découverts par l'un des époux, voire les deux, au moment de la signature. Accepter peu ou prou qu'il puisse en être ainsi aurait des effets néfastes à court et long terme. La convention, pour garantir cette effectivité du consentement, devra rappeler clairement, par une formule non équivoque, le suivi réel et effectif par les avocats mandatés *ab initio* du mûrissement éclairé du consentement général et spécial de chaque époux. La fiche 2 de la circulaire relative aux conditions du divorce rappelle les dispositions contractuelles inconciliables avec le cas de divorce au regard du droit des contrats et de l'ordre public. À défaut, pourraient se profiler des risques de sanctions déontologiques, de responsabilité civile professionnelle avec des conséquences assurancielles.

S'il s'agit d'époux ou d'un époux ne maîtrisant pas clairement la langue française, l'article 1146 du code de procédure civile prévoit la rédaction dans une langue étrangère avec une traduction de la convention et des annexes. Les rédacteurs seront bien inspirés de se faire assister par un interprète, au moins lors de la signature commune, voire dans les négociations préalables, sauf à démontrer que les deux conseils des époux ont les qualifications linguistiques techniques adéquates.

La convention doit nécessairement viser et expliciter au moins six points, prévus par la loi (art. 229-3 c. civ.), qui sont d'ailleurs ceux qui devront être contrôlés par le notaire au titre de sa mission de vérification des exigences formelles. À cela s'ajoutent des mentions d'origine réglementaire.

L'article 229-3, 1°, du code civil vise l'identification des époux et des enfants (nom, prénom, profession, résidence, nationalité, date et lieu de naissance, date et lieu de mariage).

L'article 229-3, 2°, concerne l'identification des avocats (adresse professionnelle, structure d'exercice professionnelle, barreau d'appartenance).

À cet égard, il convient de relever qu'il n'y a plus aucune règle de postulation de quelque nature que ce soit et que l'ensemble des avocats inscrits aux barreaux français et autorisés à exercer en France peuvent constituer les nouveaux binômes.

Pour ce qui est du notaire, devra figurer son nom ou celui de la personne morale titulaire de

l'office notarial chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang des minutes (art. 1144-1 c. pr. civ.). En visant « la personne morale titulaire de l'office notarial », le texte permet de pallier les inconvénients pratiques liés, par exemple, à l'absence du notaire individuel, quelle qu'en soit la cause (cessation de son activité ou décès, etc.), au moment de sa désignation.

L'article 229-3, 3°, vise la mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et ses effets dans les termes énoncés par la convention. Cette mention devra être particulièrement précise et explicite.

L'article 229-3, 4°, concerne, quant à lui, le règlement complet des effets du divorce, lequel envisage notamment s'il y a lieu au versement d'une prestation compensatoire.

Ces mentions n'innovent pas vraiment par rapport aux exigences et à la pratique antérieures, sauf que, sur chacun des points, le texte requiert une sécurisation accrue qui devra sourdre de la convention et des documents probatoires préparatoires soumis à la vérification des deux avocats ayant effectivement accompagné personnellement tout le processus. Tous les documents préparatoires pertinents devront, à notre sens, être annexés à la convention dès lors qu'ils ont eu un caractère décisif, ce d'autant plus qu'il n'y aura plus de purge d'éventuels vices par l'homologation judiciaire.

L'article 229-3, 5°, mentionne 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. Rien de nouveau en soi. En revanche, se trouve ici sans doute l'un des points nodaux de l'articulation entre l'intervention des avocats et le contrôle du respect des exigences formelles par le notaire.

Les avocats choisis par les époux se doivent donc de maîtriser la technique liquidative des régimes matrimoniaux puisqu'ils en auront la seule et exclusive responsabilité dès lors qu'il n'y a pas de bien soumis à publicité foncière (art. 1145-1 et 1080 c. pr. civ.). Mais ce n'est en rien une nouveauté !

Le décret a rajouté la nécessité d'insérer dans la convention des mentions à vocation pédagogique (art. 1144-4 c. pr. civ.), concernant les modalités de recouvrement des pensions alimentaires et prestations compensatoires, ainsi que les règles de révision conventionnelle et légale et les sanctions pénales.

Devront aussi y figurer les mentions exigées par l'article 1144-3 du code de procédure civile qui demande que soit précisée la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire. Précisons que l'article 1145 indique que lorsque ces biens sont soumis à publicité foncière, l'attribution est opérée par acte dressé en la forme authentique devant notaire annexé à la convention.

La convention devra enfin régler le sort des frais (art. 1144-5 c. pr. civ.). À défaut de dispositions contraires dans la convention, les frais du divorce sont partagés par moitié, chacune des parties conservant à sa charge les honoraires de son avocat.

La question des honoraires aura dû être préalablement abordée puis réglée par une convention d'honoraires passée avec chacun des avocats. Là encore, toutes dérives devront être combattues avec célérité et fermeté.

En ce qui concerne la question du coût et de sa transparence, on se reportera aux explications

détaillées figurant sur le site dédié au nouveau consentement mutuel mis en place par les avocats de la famille  (7), mais, disons-le clairement, la réforme n'a pas allégé le travail des avocats, bien au contraire.

## **B - Le contenant, l'acte d'avocat**

Le contenant, c'est l'acte d'avocat dans toute sa richesse. Rappelons simplement qu'il s'agit d'un acte sous signature privé dont le contreseing de l'avocat fait foi de l'écriture et de la signature des parties tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers. Cet acte dispense de toute mention manuscrite exigée par la loi et rend applicable la procédure de faux. Par leur contreseing, les avocats attestent, chacun, avoir éclairé pleinement la partie qu'ils conseillent sur les conséquences juridiques de l'acte passé.

Cet acte, qui sera la convention de divorce, devra être fortement structuré, solidement charpenté, exhaustif et pédagogique, du « sur mesure » et pas du « prêt-à-porter ». Bien sûr, des modèles et formules seront proposés, mais ils ne dispenseront jamais d'un double diagnostic des conseils de chacun des époux et des audits préparatoires à l'organisation de toute rupture, à savoir, selon la typologie des couples, un audit conjugal, parental, patrimonial, liquidatif et compensatoire.

Un débat est né à propos de la place de l'état liquidatif notarié valant règlement du régime matrimonial.

S'agit-il d'une annexe à la convention de divorce à laquelle celle-ci renvoie ou est-il nécessaire d'en énoncer les grands principes, avec ce que cette notion a de flou, dans la convention, ou encore, par sécurité et souci d'exhaustivité, faut-il d'user de la faculté/facilité du « copier/coller » ?

Cette question est ouverte, mais, c'est, nous semble-t-il, l'impératif de sécurité qui doit primer par l'intégration, dans la convention elle-même, de tous les éléments de l'accord des époux, même si le décret, quant à lui, parle d'annexe à l'article 1145 du code de procédure civile, visant l'état liquidatif en la forme authentique

L'article 1145 du code de procédure civile traite aussi du nombre d'exemplaires. L'acte sera établi en trois ou quatre exemplaires originaux, suivant qu'il comporte un acte liquidatif.

Chaque époux conserve un original de la convention accompagné, le cas échéant, de ses annexes et revêtu des quatre signatures. Le troisième original est destiné à son dépôt au rang des minutes d'un notaire.

Le cas échéant, un quatrième original est établi, dans les mêmes conditions, pour permettre la formalité de l'enregistrement.

## **C - La scénarisation et la solennité de « l'acte de divorce »**

Les avocats se doivent de réfléchir à une réelle scénarisation de ce nouveau divorce par consentement mutuel aboutissant au moment essentiel de la signature conjointe des époux et de leurs avocats de la convention. La signature aura été précédée d'un processus qui doit être

« normé ». Seule cette normatisation sera une garantie de sécurité et de véracité.

Ce processus nécessite *a minima* un échange épistolaire sur les différents points d'accord avec communication et partage des éléments probatoires des audits, suivis d'une réunion commune de mise au point avec les époux et les deux avocats, au cours de laquelle seront aussi abordés l'information sur l'audition de l'enfant, le choix du notaire et son exacte mission. Puis, intervient la notification par chaque avocat à l'époux qu'il assiste (art. 229-4 c. civ.) du projet de convention par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à fin de faire courir le délai de réflexion de quinze jours à compter de la réception, lequel interdit toute signature avant son expiration, à peine de nullité. Enfin, se tient une réunion commune de signature, qui a un caractère impératif d'ordre public et dont nul ne saurait donc se dispenser, en présence des deux avocats et des deux époux. La relecture de l'acte permettra le constat de la volonté générale et spéciale de divorcer et de remise de l'acte sous signature contresigné par les avocats, la remise étant solennelle et le document étant également présenté de façon spécifique (8) avec les annexes qui sont, le cas échéant (art. 1145 c. pr. civ.), le formulaire d'information signé et daté par chacun des enfants mineurs, l'état liquidatif du régime matrimonial établi en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière et l'acte authentique d'attribution à titre de prestation compensatoire de biens soumis à publicité foncière (art. 1144-3, al. 2, c. pr. civ.).

Le décret ne prévoit pas que soient annexés à la convention de divorce les éléments de preuve démontrant que le délai de réflexion prévu au nouvel article 229-4 du code civil, d'une durée de quinze jours à compter de la réception du projet de convention par l'époux, a bien été respecté (attestation des deux époux, production des avis de réception en cas d'envoi du projet par lettre recommandée, etc.)

Dans la pratique, le Conseil supérieur du notariat (9) conseille au notaire recevant la convention en dépôt de demander que ces éléments soient joints afin de lui permettre de vérifier, conformément au nouvel article 229-1, alinéa 2, du code civil, que la convention n'a pas été signée avant l'expiration du délai.

Il existe une variante envisageable en cas de liquidation par acte authentique et de signature commune avec le notaire, ce qui permet un dépôt immédiat.

Mais, le plus souvent, on sera dans le cas de figure de la transmission par l'avocat le plus diligent au notaire conventionnellement désigné pour dépôt dans les sept jours, vraisemblablement par lettre recommandée faisant courir le délai (art. 1146 c. pr. civ.).

L'article 1148-2, alinéa 2, du code de procédure civile crée une zone d'incertitude, puisque rien n'empêche les époux jusqu'au dépôt notarial de saisir la juridiction, donc le juge aux affaires familiales, d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux articles 1106 et 1107 du code de procédure civile.

Cela signifie que non seulement les effets de la convention sont suspendus jusqu'au moment du dépôt mais qu'au surplus, les époux peuvent, par cette initiative, revenir sur leur accord.

Tout laisse à penser qu'il s'agira d'une hypothèse marginale. Pour autant, en pratique, quels *scenarii* sont possibles et vraisemblables ?

La saisine judiciaire passe nécessairement par un avocat qui présente la requête. Il peut s'agir

d'un ou des deux avocats du binôme dont le mandat serait *in fine* expressément modifié après la signature solennelle et avant le dépôt effectif. Il est évident qu'il appartient à l'avocat d'essayer de connaître les motivations et causes de ce revirement dès lors qu'il reste mandaté et de ne pas exécuter une telle instruction sans avoir éclairé son client préalablement et par écrit sur les conséquences. L'avocat en avertira nécessairement le notaire pour empêcher le dépôt mettant fin à la démarche conventionnelle et avertira également l'autre avocat du binôme. Les instances ordinales et nationale de la profession se doivent ici de poser rapidement des règles rigoureuses et claires.

S'il s'agit d'un avocat tiers ou d'avocats tiers, la déontologie leur impose de contacter sans délai et préalablement à toute initiative les avocats du binôme, ainsi que le notaire, et de respecter les règles déontologiques de succession d'avocat.

Le Conseil supérieur du notariat conseille au notaire recevant la convention en dépôt de demander qu'une attestation des époux soit jointe afin de lui permettre de vérifier qu'aucune requête en divorce contentieux n'est présentée. On peut imaginer que ce document soit joint à la transmission.

## **II - L'enfant et le retour à la partition judiciaire**

### **A - L'expression de la demande d'audition**

La réforme du divorce par consentement mutuel dont la philosophie a été rappelée a suscité de vifs débats et des prises de position de nature idéologique particulièrement marquées autour de la protection « sacrifiée » de l'enfant. Ces débats sont aujourd'hui clos, heureusement.

Rappelons que les 66 000 divorces par consentement mutuel annuellement soumis au juge aux affaires familiales suscitaient, par an, moins d'une trentaine de demandes d'audition des enfants.

L'article 229-2 du code civil, tenant compte de ces craintes, exclut le divorce par consentement mutuel exclusivement conventionnel lorsque le mineur informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues par l'article 388-1 du code civil a demandé son audition. Dans cette hypothèse, le divorce par consentement mutuel redevient judiciaire et les époux vont soumettre au juge qui aura auditionné l'enfant une convention réglant les conséquences du divorce avec la possibilité d'un conseil unique et commun.

À cet effet, l'article 229-3, 6°, prévoit la mention, dans la convention, que le mineur a été informé par les parents de son droit à être entendu par le juge

. Le décret du 28 décembre 2016 précise qu'en l'absence de discernement de l'enfant mineur concerné (notamment l'enfant en bas âge), la convention doit indiquer que l'information n'a pu être donnée (art. 1144-2 c. pr. civ.). Mais, dès que le discernement existe, l'enfant doit être informé

Il avait été envisagé que la preuve de cette information soit rapportée par une attestation sur l'honneur des parents. Le décret a finalement imposé un formulaire d'information modèle fixé par arrêté adressé à chacun des enfants mineurs mentionnant le droit d'être entendu dans les

conditions de l'article 388-1 du code civil.

Lorsque l'information peut être donnée et comprise, l'arrêté du 28 décembre 2016 impose un document type par un formulaire destiné à chacun des enfants mineurs qui mentionne le droit de demander à être entendu et les conséquences du choix sur les suites de la procédure, notamment le fait que la procédure de divorce deviendra judiciaire (art. 1144 c. pr. civ.). Le formulaire signé et daté par chacun des enfants mineurs doit être annexé à la convention (art. 1145, al. 2, c. pr. civ.)

À partir du moment où un enfant demande à être entendu, le notaire ne peut procéder au dépôt de la convention au rang de ses minutes et la juridiction peut être saisie selon les modalités prévues aux articles 1088 à 1092 du code de procédure civile (art. 1148-2, al. 1<sup>er</sup>)

Selon l'instruction du Conseil supérieur du notariat, cette disposition semble ouvrir le droit à l'enfant de demander à être auditionné par le juge alors que la convention de divorce a déjà été conclue et qu'elle est en voie d'être déposée au rang des minutes d'un notaire dans le délai de quinze jours qui suit sa réception. Cette disposition, qui se veut protectrice des intérêts de l'enfant, peut être une source d'insécurité juridique et le moyen détourné pour l'un des parents de l'enfant de revenir sur la convention conclue en démontrant, par le jeu de son pouvoir de représentation de l'enfant, que ce dernier souhaite être auditionné par un juge.

Il est donc conseillé au notaire recevant la convention en dépôt de demander qu'une attestation des parents de l'enfant soit jointe afin de lui permettre de vérifier que l'enfant mineur concerné n'ayant pas souhaité être entendu dans le formulaire d'information réitère sa position. Cette position ajoute au dispositif et l'alourdit inutilement.

L'article 1092 du code de procédure civile confirme que l'audition est effectuée dans les conditions des articles 338-6 et suivants du code civil ou refusée faute de discernement dans celles des articles 338-4 et 338-5. On en revient au divorce par consentement mutuel classique avec un ou des deux avocats qui seront avisés de la convocation par les juges aux affaires familiales des époux par lettre simple.

On peut ici s'interroger sur les conditions du glissement, voire de l'effacement, de l'un des avocats du binôme, qui est techniquement possible mais sans doute déontologiquement peu souhaitable. On n'imagine pas que l'audition de l'enfant, soit qui n'a formulé aucune demande réelle, soit qui n'a pas de discernement, puisse être utilisée artificiellement pour réaliser une économie de coût. Ce serait un véritable dévoiement de la réforme, doublé d'une instrumentalisation détestable de l'enfant. Mais faisons confiance au juge aux affaires familiales et à l'organisation judiciaire pour éviter ces dérives, notamment en termes de temps de délai d'audiencement.

## **B - Réflexions et perspectives sur l'effectivité de l'information des enfants sur le droit à être entendu**

Il faut rappeler que l'article 371-1 du code civil relatif à l'autorité parentale impose aux parents d'associer l'enfant aux décisions qui le concernent selon son âge et son degré de maturité. Il s'agit d'une obligation positive.

Un enfant peut être considéré usuellement comme ayant l'âge de discernement à partir de huit ou neuf ans. La capacité de discernement doit toutefois être appréciée au cas par cas et il appartient aux parents de confirmer *in concreto* que leurs enfants ont atteint l'âge de discernement

La question de l'audition des enfants mineurs en âge de discernement est essentielle et doit être envisagée dès le premier rendez-vous

Les enfants seront nécessairement au courant du projet de divorce de leurs parents puisqu'ils auront l'obligation de remplir le formulaire d'information. Ce sont les parents qui doivent ensemble présenter le formulaire aux enfants. Les parents auront dû être informés du sens de cette démarche par leur avocat, puis par les deux avocats ensemble lors du premier rendez-vous commun, qui s'impose d'autant plus car il permettra de fixer les modalités de la démarche pédagogique de présentation à la signature du formulaire.

Rien n'interdit de reproduire et approfondir une pratique existante, qui consiste en une rencontre des enfants signataires du formulaire avec les deux avocats, à la demande des parents. La rencontre aura pour objet d'expliquer concrètement aux enfants les conditions de l'organisation de leur vie après la séparation afin de leur fournir toutes explications matérielles et de procéder à tous ajustements pertinents au regard de l'expression de leurs sentiments et de l'appréciation de leurs besoins. Il s'agit de donner corps et âme à l'obligation positive et effective d'associer les enfants dans un cadre serein et apaisé, si l'ensemble de la famille le souhaite

Lorsqu'il intervient dans ce cadre, l'avocat de la famille a une mission pacifiée d'information de l'enfant. Les parents ne sont pas en conflit sur les décisions à prendre puisqu'ils ont fait le choix d'un processus de divorce par consentement mutuel et ont décidé des mesures qui leur semblent les plus adaptées pour leurs enfants. Il s'agit d'une démarche complémentaire et postérieure à la signature des enfants, dans le prolongement d'un divorce conventionnel dès lors acquis

La plupart des avocats de la famille ont suivi une formation pour recueillir la parole des enfants dans une situation non conflictuelle. Cette audition par des professionnels offre un cadre neutre et sécurisant, qui permet aux enfants de s'exprimer sans appréhension sur leurs conditions de vie futures, tout en étant informés de leurs droits au-delà d'une sèche signature. Il est aussi possible d'intégrer dans la démarche le recours aux permanences dédiées à l'information des enfants dans le divorce par consentement mutuel antérieurement à la signature par l'enfant. Il s'agit alors d'une pré-information accompagnant l'information des parents et des avocats des parents

En effet, certains barreaux disposent de « commissions de l'enfant » qui organisent des permanences dédiées recevant gratuitement les enfants qui désirent être informés sur leurs droits. Les avocats des parents informeront ceux-ci de cette possibilité et décideront avec eux d'une proposition de démarche aux fins d'information des enfants mineurs, dans le cadre de ces permanences, sur les possibilités s'offrant à eux dans le cadre d'un divorce amiable. Dans ce cas, les enfants qui, après information sur leurs droits, décideraient de solliciter leur audition par le juge, se verront désigner un avocat par le bâtonnier, rémunéré par l'État, qui les

accompagnera dans cette démarche, dont l'effet sera de rendre le divorce par consentement mutuel judiciaire.

Il est certain que la montée en puissance de ces nouvelles pratiques, voire leur généralisation, va bouleverser, là encore, les habitudes, et susciter probablement des réticences qui devront être vaincues par beaucoup de pédagogie et de volontarisme, ainsi que des actions de formation. Les palettes sont riches.

### **III - L'imprimatur du notaire par le dépôt de la convention au rang des minutes**

Comme l'analyse fort pertinemment Stéphane David  (10), « l'article 229-1, alinéa 2, du code civil consacre un dépôt *sui generis*, qui procure date certaine et surtout force exécutoire à la convention de divorce sans reconnaissance d'écriture et de signature, et donc sans la rendre authentique. En d'autres termes, l'acte notarié constatant le dépôt aura la valeur d'un acte authentique, mais l'acte déposé, en l'occurrence la convention de divorce, sera dépourvu d'authenticité. Aux yeux du législateur, la force exécutoire devient donc indépendante de l'opération d'authentification, laquelle implique un contrôle substantiel du contenu de l'acte »

Ni les époux, ni les avocats n'ont à comparaître, ni à être convoqués. L'acte contresigné par les deux avocats faisant foi de l'écriture et de la signature des parties. Ce point est rappelé clairement par la fiche 6 de la circulaire du 26 janvier 2017 relative à l'intervention du notaire

Le plus souvent, la convention sera signée hors la présence du notaire. C'est le choix du législateur, il est clair. Le notaire aura été désigné dès le début du processus. S'il y a, par obligation ou choix, rédaction d'un acte notarié portant règlement du régime matrimonial, ce notaire rédacteur pourra aussi être le notaire dépositaire

L'articulation de l'intervention du binôme d'avocats et du notaire dépositaire constitue un enjeu important du bon ordonnancement du nouveau divorce. Les interventions sont clairement complémentaires et distinctes, formellement et chronologiquement. Elles doivent faire l'objet d'approche concertée.

Il est indiscutable que le binôme d'avocats pilote de concert le processus amiable et le choix commun du notaire, la convention en précisant ce choix (art. 1144-1 c. pr. civ.) qui doit être abordé dès le début du processus et validé lors de la première réunion commune.

Le rôle du notaire peut être à géométrie variable, soit dans la stricte limitation des points de contrôle formel lors du dépôt, soit en l'associant plus largement au processus, ce qui est souhaitable toujours, et indispensable chaque fois que la liquidation porte sur des biens immobiliers et qu'il y a attribution à titre de prestation compensatoire, de biens soumis à publicité foncière (art. 1144-3, al. 2, c. pr. civ.).

Le communiqué du ministère de la justice évoque l'existence potentielle d'un devoir d'alerte si une convention portait manifestement atteinte à l'ordre public, par exemple en présence d'une clause de non-remariage conditionnant une prestation compensatoire, ou une renonciation à tout droit de visite et d'hébergement sur les enfants, points rappelés par la fiche 6 de la circulaire du 26 janvier 2017. Le notaire pourra alerter les avocats sur la difficulté. On peut imaginer que les doubles rédacteurs éviteront de tels errements. Pour le reste, ce droit peut

être utile s'il est exercé à bon escient dans la lettre et l'esprit de la loi.

L'article 1146 du code de procédure civile indique que l'avocat de la partie la plus diligente transmet la convention, le cas échéant accompagnée du formulaire d'information complété par le mineur, et en tout cas dans un délai de sept jours suivant la date de la signature. Le dépôt, lui, doit intervenir dans les quinze jours de la date de réception de la convention.

En pratique, tout cela doit être préconvenu pour éviter toute difficulté en fin de processus.

L'acte contenant la convention est déposé « au rang des minutes » du notaire choisi et mandaté pour ce faire. Ce dépôt confère date certaine et force exécutoire à la convention, le divorce prenant effet au jour de l'acte de dépôt (art. 229-1 c. civ.).

La dissolution du mariage entre les époux prend effet à la date à laquelle la convention acquiert force exécutoire (art. 260 c. civ.), par conséquent, à la date à laquelle elle a été déposée au rang des minutes d'un notaire. S'agissant des biens du couple, le divorce prend effet à cette même date, à moins que la convention n'en stipule autrement (art. 262-1 c. civ.).

Ce sont les avocats qui assurent la publicité par mention en marge de l'acte de mariage et de naissance de chacun des époux (art. 1147 c. pr. civ.). En revanche, à l'égard des tiers, il est justifié du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocat déposé au rang des minutes d'un notaire par la seule production d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire (art. 1148 c. civ.).

- (1) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, portant modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JO 19 nov.
- (2) Cons. const., 17 nov. 2016, n° 2016-739 DC, AJDA 2016. 2246 .
- (3) CNB, Fiche d'information technique, actualisation 29 déc. 2016, Le divorce par consentement mutuel par acte contresigné par avocats, [www.cnb.avocat.fr](http://www.cnb.avocat.fr).
- (4) Pour se faire une idée globale, V. not., J. Casey, Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur, dossier, AJ famille 2017. 14  ; H. Fulchiron, Divorcer sans juge. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, JCP 2016. 1267 ; M. Douchy-Oudot, La loi nouvelle est arrivée, JCP 2016. 1268 ; E. Mulon et B. Weiss-Gout, Le consentement mutuel par acte d'avocat : un défi à relever, Gaz. Pal. 12 juill. 2016, p. 40 ; S. Thouret Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge. Présentation et questionnement, AJ famille 2016. 568 .
- (5) Décr. n° 2016-1907, 28 déc. 2016, chap. V bis.
- (6) Communiqué de presse du garde des Sceaux, Entrée en vigueur de la réforme du divorce par consentement mutuel, [www.presse.justice.gouv.fr](http://www.presse.justice.gouv.fr).
- (7) [www.divorciersansjuge.fr](http://www.divorciersansjuge.fr).
- (8) Relié et cartonné le cas échéant.
- (9) Conseil supérieur du notariat, Direction des affaires juridiques ; Décr. n° 2016-1907, 28 déc. 2016, préc.
- (10) S. David, Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel, AJ famille 2017. 31 . Sur l'approche du notariat, V. aussi, S. Torricelli-Chirififi, Divorce contractuel : quel(s) acte(s) pour quelle(s) responsabilité(s) ?, JCP N 2016. 1193 ; D. Filosa, Divorce par acte d'avocats et enjeux liquidatifs, Defrénois 2016. 1307 ; et sur débats avant l'adoption finale, C. Szwarc, Avocats-Notaire : un mariage pour le divorce, Le Barreau de France, n° 363 juill.-août-sept. 2016.

### **CAS PRATIQUE :**

Alexandra et Julie sont deux médecins généralistes qui se sont rencontrées sur les bancs de la faculté de médecine.

Alors que Julie a toujours eu beaucoup de mal à assumer son homosexualité, Alexandra, elle s'est toujours affichée avec ses nombreuses petites amies pendant ses études. Elle avait

même été à l'origine d'un club de rencontre homosexuel à l'université. Et comme il paraît que les opposés s'attirent, c'est le caractère extraverti d'Alexandra qui a séduit Julie alors qu'Alexandra s'est sentie rassurée par le côté sérieux et raisonnable de Julie.

Les deux femmes se sont donc mariées ensemble en 2015 à Nancy dans les formes exigées par la loi et sous le régime de la séparation de biens.

Afin que les questions d'argent ne soient pas un problème entre les deux épouses, elles ont décidé d'une part, que chacune conserverait son propre cabinet médical. Elles ont aussi prévu dans leur contrat de mariage que chacune supporterait à 50% les charges du mariage.

Ce mariage semblait donc fait pour durer mais il y a 2 ans, Julie a découvert qu'Alexandra ne s'était pas assagie depuis ses années de faculté. En effet, suite à une maladresse informatique commise par Alexandra, Julie a reçu un email "groupé" adressé à toutes les participantes d'un club échangiste fondé par Alexandra. Ce message électronique fixait la date de leur prochaine rencontre, cet email étant parfaitement explicite sur le caractère sexuel des rencontres ainsi organisées.

Julie s'est donc inscrite sous un pseudonyme à ce club échangiste pour pouvoir vérifier si ses craintes étaient fondées. Le jour de la rencontre au club échangiste, Julie s'est rendu à la soirée programmée et a pris son épouse en flagrant délit d'adultère : Alexandra a bien essayé de se justifier mais Julie n'a rien voulu savoir.

Dès le lendemain, Julie sur les conseils de sa mère qui est une amie de langue date de vos parents vous contacte afin de savoir comment lancer une procédure de divorce contre Alexandra.

Julie vous précise qu'elle a mené des investigations et qu'elle a rencontré d'anciennes camarades de faculté elles-mêmes membres du club fondé par Alexandra et prêtes à témoigner des nombreuses infidélités commise par cette dernière.

Julie hésite à se lancer dans une telle procédure, elle est toujours amoureuse de son épouse et veut bien lui donner une seconde chance. Elle attend de vous que vous l'éclairiez sur les possibilités qui s'offrent à elle pour se séparer d'Alexandra.