

## ■ Divorce: L'accord amiable au cœur de la procédure



Paul-André Soreau, notaire à Paris  
Membre du Groupe Althémis  
pasoreau@paris.notaires.fr



**Avec près de 130 000 divorces par an, la rupture du lien conjugal constitue un véritable phénomène de société: 45 % des mariages finissent désormais par un divorce. D'institution pérenne et stable, le mariage tend à devenir de plus en plus un contrat à durée déterminée, résiliable à tout moment.**

**>> Ce phénomène de "contractualisation" du mariage, inspiré de la culture anglo-saxonne, est aujourd'hui accentué par les réformes successives du mariage et par le succès grandissant du Pacs<sup>1</sup> (dont la caractéristique est la simplicité de la rupture, traduisant une absence d'engagement durable).**

La dernière réforme du divorce, dont la justification principale est de "désengorger" la justice, prolonge la tendance à la "désacralisation" du mariage dont l'organisation et la rupture sont désormais une affaire privée dans laquelle la justice n'est présente que s'il s'agit de trancher un litige<sup>2</sup>.

En effet, alors que le recours au juge était jusqu'à présent obligatoire, la plupart des divorces par consentement mutuel se font désormais sans l'intervention du juge. **Ce sont près de 55 % des divorces qui sont concernés par cette nouvelle procédure.**

En parallèle, le magistrat a été remplacé par deux avocats et par un notaire, chargé d' "enregistrer" la convention, mais dont le rôle est bien différent de celui du juge<sup>3</sup>.

**>> Cet article propose de faire un point sur la nouvelle procédure (I) tout en rappelant que la recherche d'accords amiables est également encouragée dans les divorces contentieux (II).**

### I- La nouvelle procédure de divorce inaugure le divorce sans juge

Avec le divorce sans juge, le divorce devient une affaire privée que les parties doivent résoudre par elles-mêmes.

**>> Un désengagement du juge et un renforcement du rôle des avocats**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, les époux qui sont d'accord à la fois sur le principe de la séparation, mais aussi sur ses conséquences n'ont plus besoin de saisir le juge.

**> Dans l'ancienne procédure de consentement mutuel, l'intervention du juge se justifiait non seulement pour "solenniser" le divorce (contrepartie du caractère "institutionnel" du mariage), mais aussi parce qu'il jouait un rôle actif: c'est lui qui prononçait le divorce et homologuait la convention. Le juge s'assurait non seulement de la volonté des époux de divorcer, mais aussi de l'équilibre de la convention et de la bonne compréhension par chacun de ses engagements.**





*>> Dans la nouvelle procédure, le notaire joue un rôle bien différent de celui du juge: le notaire ne prononce pas le divorce, mais ne fait que le constater. Il n'a donc pas à vérifier le contenu ou l'équilibre de la convention. Il ne vérifie pas non plus le consentement des parties.*

Il recevait d'abord séparément les époux (afin de s'assurer notamment de leur indépendance dans la prise de décision et de leur bonne compréhension de leurs accords), puis ensemble pour confirmer leur volonté de divorcer.

> **Dans la nouvelle procédure**, l'intervention du juge est remplacée par **l'obligation des parties d'avoir chacun leur avocat** et de déposer la convention au rang des minutes d'un notaire. Le recours obligatoire à deux avocats est destiné à s'assurer qu'aucun des époux ne subit les pressions de son conjoint pour accepter un accord déséquilibré. L'office du juge est ainsi remplacé par le devoir de conseil de chaque avocat vis-à-vis de son client. Ceci explique que **les avocats doivent être indépendants** (ils ne peuvent appartenir à la même structure d'exercice). Par ailleurs il est mis en place **un délai de réflexion de quinze jours avant toute signature**, afin de s'assurer que les époux ont bien pu réfléchir au contenu de la convention qui leur est envoyée par lettre recommandée avec accusé de réception.

#### >> La double mission du notaire

**Dans la nouvelle procédure, le notaire joue un rôle bien différent de celui du juge:** le notaire ne prononce pas le divorce, mais ne fait que le constater en déposant au rang de ses minutes un exemplaire de la convention de divorce (et de ses annexes) qui aura au préalable été signée par les époux et leurs avocats. Il n'a donc pas à vérifier le contenu ou l'équilibre de la convention. Il ne vérifie pas non plus le consentement des parties, qu'il ne rencontre d'ailleurs souvent pas, sauf lorsqu'il intervient en tant que notaire liquidateur (notamment en cas de bien immobilier).

**Pour l'essentiel, le contrôle du notaire est donc purement formel sur des points limitatifs définis par la loi<sup>4</sup>.**

**Le rôle du notaire continue cependant à être important d'un point de vue patrimonial** dans les cas où il doit liquider le régime matrimonial des époux, notamment lorsqu'ils possèdent des biens immobiliers en indivision ou en commun. C'est en effet le notaire qui va alors rédiger l'acte de liquidation du régime matrimonial et de partage des biens immobiliers. Ce document sera annexé à la convention de divorce.

> **La procédure de consentement mutuel est donc essentiellement marquée par la disparition du juge** qui reste cependant pleinement présent dans les divorces contentieux, même si différents mécanismes ont également été mis en place pour permettre aux parties de trouver une solution amiable à leur litige.

#### **II- Si l'intervention du juge est maintenue dans les autres types de divorce, les accords amiables sont également encouragés**

**L'intervention du juge est désormais limitée aux cas où les époux n'arrivent pas à se mettre d'accord** sur le principe même du divorce, sur ses conséquences ou sur sa cause.

- **Dans les divorces pour faute** (qui représentent 8 % des divorces), le juge se prononce sur la faute de l'un des époux (ou des deux) et sur les éventuels dommages et intérêts qui peuvent en résulter.
- **Dans le divorce accepté** (les deux époux sont d'accord sur le principe du divorce), le juge se prononce sur les conséquences du divorce sur lesquelles les époux sont en désaccord (cf. ci-après).
- **Dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal** (qui représente 13 % des divorces), le magistrat constate que les époux ne vivent plus

## ■ Divorce: L'accord amiable au cœur de la procédure

ensemble depuis au moins deux ans et prononce le divorce si les conditions sont remplies (celui qui subit la procédure ne peut alors pas s'opposer au divorce).

- **Dans les divorces contentieux**, la recherche d'un accord amiable est sans cesse encouragée au cours de la procédure.

### >> La recherche d'un accord amiable entre les époux

**Tout d'abord, au début de l'action contentieuse, le juge cherche à concilier les parties lors de l'audience de conciliation.**

Le magistrat peut également proposer aux époux de mettre en place **une médiation** (qui peut porter sur tout ou partie des éléments de la séparation, mais qui concerne en pratique très souvent les enfants). Si le juge ne peut imposer une médiation, il peut les obliger à rencontrer un médiateur afin qu'il puisse les informer sur l'objet et les modalités de la médiation.

Il est également possible de mettre en place **une procédure dite participative** qui est un engagement des époux à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution de leur conflit (art. 2062 du Code civil).

Dans les procédures contentieuses, les époux peuvent aussi, à tout moment, conclure **des accords partiels** et les soumettre à l'homologation du juge. Ces accords portent généralement sur quelques points définis (organisation pour les enfants, sort du logement familial, montant de la prestation compensatoire...).

Si les époux arrivent à se mettre d'accord sur tous les aspects de la séparation, **ils peuvent alors basculer d'une procédure contentieuse à un divorce par consentement mutuel** et mettre ainsi fin au contentieux. Une telle solution n'est cependant pas évidente, car les points de friction sont potentiellement importants.

### >> Des points de discussion potentiellement nombreux

En effet, dans le cadre d'un divorce, les sujets à résoudre portent sur **des questions financières et patrimoniales**, mais aussi sur des éléments non patrimoniaux dont les plus importants sont **les enfants**.

> **Les éléments patrimoniaux** concernent essentiellement la liquidation du régime matrimonial et le versement ou non d'une prestation compensatoire.

**Si les époux sont mariés sous la communauté**, la liquidation consiste à partager la communauté tout en calculant les éventuelles indemnités (récompenses) si la communauté a enrichi le patrimoine propre des époux (ou vice-versa).

**Si les époux sont mariés sous la séparation de biens**, la liquidation consiste à partager les biens indivis et à rembourser les prêts éventuels entre époux.

**La prestation compensatoire** est une indemnité que doit verser l'un des époux à l'autre pour compenser la disparité de train de vie résultant de la séparation. Elle doit en principe être versée en capital et est déterminée en fonction de différents critères que sont

*>> Si les époux arrivent à se mettre d'accord sur tous les aspects de la séparation, ils peuvent alors basculer d'une procédure contentieuse à un divorce par consentement mutuel et mettre ainsi fin au contentieux. Une telle solution n'est cependant pas évidente, car les points de friction sont potentiellement importants.*





notamment le régime matrimonial<sup>5</sup>, la durée du mariage, les circonstances de la rupture, les perspectives de retraite de l'un et de l'autre, leur patrimoine personnel...

**> Outre la question du nom (le plus souvent de l'épouse), un des éléments importants de discussion et de potentiels contentieux est celui des enfants.**

Lorsque des parents divorcent et qu'ils ont encore des enfants jeunes (mineurs ou jeunes adultes), l'enjeu est pour les divorcés de rester "parents" malgré la séparation. Alors que le lien conjugal se détruit, il s'agit de maintenir le lien parental en bâtissant un plan parental cohérent.

**Les principaux points à aborder et à décider en cas de séparation sont les suivants :**

- la résidence des enfants<sup>6</sup>;
- leur scolarité;
- la santé;
- les loisirs;
- les questions financières (pension alimentaire notamment).

**>> Pour bâtir ce plan parental, l'aide des avocats peut être précieuse, mais ne sera pas forcément toujours suffisante.** Le recours à **une médiation** pourra ainsi être très utile pour arriver à maintenir le dialogue malgré les désaccords et cela pour le bien même des enfants.

**1 Environ 190 000 Pacs par an contre 233 000 mariages** (statistiques 2016).

**2 Ce qui est déjà le cas pour les changements de régime matrimonial en présence d'enfants majeurs ou de créanciers ne s'opposant pas audit changement.**



**3 Le juge n'intervient que si l'enfant mineur demande à être entendu.** Or, la probabilité qu'un enfant mineur demande à être entendu est assez faible, d'autant plus que si l'enfant mineur demande à être entendu la procédure de divorce sans juge ne peut plus s'appliquer et c'est alors l'ancienne procédure judiciaire qui s'applique. On mesure donc ainsi la pression morale que doit subir l'enfant qui souhaiterait être entendu par le juge puisque cela reviendrait à aller contre la volonté de ses deux parents...

**4 Contrôle formel de l'existence de certaines mentions obligatoire** (identité des époux et de leurs enfants, accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets dans les termes énoncés dans la convention, état liquidatif du régime matrimonial ou en l'absence de bien mention qu'il n'y a pas lieu à liquidation, mention de l'existence ou non d'une prestation compensatoire, identité des avocats, respect du délai de réflexion, existence du formulaire signé par les enfants mineurs...).

**5 La prestation compensatoire peut potentiellement être plus importante** sous un régime de séparation que de communauté où chacun des époux se partage à égalité la communauté alors que sous une séparation tout le patrimoine peut appartenir à l'un des époux.

**6 Plusieurs options sont possibles.** Parmi celles-ci, la résidence alternée permet à l'enfant de résider alternativement chez chacun des parents selon un rythme à déterminer.

## mot barbare

.....

**>> TAG : c'est une sorte de mot-clé.** Par exemple, un article traitant de l'utilisation des drones dans l'industrie pourra se voir accoler le tag « drone » et le tag « industrie ». En cliquant sur l'un d'eux, vous trouverez d'autres articles sur le thème choisi.



## Dicton



« En septembre, la bruine est toujours bonne à la vigne. »