

## Commentaire du rapport du Conseil supérieur du notariat sur le divorce par consentement mutuel

Rapport de Madame le bâtonnier Hélène Moutardier, membre du Bureau

Assemblée générale du 25 novembre 2022

L'**Institut d'Etudes Juridiques** du Conseil Supérieur du Notariat a rendu, en juillet 2022, un rapport exposant le bilan que fait le notariat du divorce par consentement mutuel « sans juge », après cinq années d'application.

Aucun avocat n'a été interrogé, alors qu'il est le principal acteur de ce divorce par consentement mutuel, ni aucun justiciable, pourtant sujet de ce processus.

Il s'agit donc de la vision des quelques offices de notaires ayant répondu aux questionnaires, soit, au vu des schémas figurant au rapport, de 300 à 900 études notariales, ce qui semble faible au regard des « 17 000 notaires répartis dans les 8 000 points d'accès ouverts aux clients de la profession à travers toute la France ».

Ce rapport dit s'inscrire « dans le cadre d'une Convention d'Objectifs du 8 octobre 2020 conclue entre le Conseil supérieur du notariat (CSN) et l'Etat, confiant au CSN la mission expresse de contribuer à la qualité de la norme de droit, ce qui suppose d'évaluer la norme existante et son application ».

Dès l'introduction du rapport, on peut lire que le notariat estime que le divorce sans juge relève de sa « compétence » : « s'agissant du divorce par consentement mutuel, comme d'ailleurs dans toutes les matières relevant de la compétence notariale... ».

Les notaires s'auto-proclament « magistrats de l'amiable » et en déduisent qu'ils ne pouvaient pas « être exclus du nouveau divorce par consentement mutuel extra-judiciaire », la suppression de l'intervention du magistrat devant être remplacée par celle d'un autre.

Les notaires souhaitent amener les justiciables à « entrer mariés à l'étude et, avec le concours de leurs avocats et du notaire, en ressortir divorcés ».

Assurément, cette vision de la réforme n'est pas celle des avocats. Le présent rapport a pour objet de commenter le rapport du CSN et d'y répondre.

### 1. Le divorce par consentement mutuel est de la compétence et de la responsabilité des seuls avocats

**1.1 Parce que le législateur a entendu s'appuyer sur la force de la déontologie des avocats**, qui seule connaît du conflit d'intérêts, sur leur formation, leur compétence, et la sécurité juridique de l'Acte d'Avocat qui, portant le contreseing de deux avocats indépendants, apporte au justiciable la même garantie qu'une homologation par le juge, et assure au justiciable un consentement libre et éclairé.

La réforme est destinée à conventionnaliser la rupture du mariage et ses conséquences pour toute la famille, à valoriser l'autonomie de la volonté des parties, en reconnaissant leur pleine capacité juridique, y compris dans la rupture de leur mariage, dès lors que chacun est assisté de son avocat.

Ainsi, la suppression de l'intervention du Magistrat est rendue possible par l'intervention de deux avocats.

La récente réforme permettant aux avocats de donner force exécutoire à leurs transactions ou leurs accords contresignés issus d'un mode amiable, par l'intervention du greffier, et non plus du notaire, confirme cette évolution, conforme aux souhaits des justiciables.

Les avocats sont les seuls garants de l'intégrité de la volonté des parties, y compris sur les conséquences de la rupture du mariage, prévues à la convention de divorce. Il ne peut en aller autrement, étant donné la nature du divorce par consentement mutuel, et la genèse de chaque convention.

### **1.2 Le divorce par consentement mutuel n'est qu'un outil pour parvenir au divorce, et ne peut être que de la compétence des acteurs de la procédure judiciaire de divorce.**

On ne décrète pas, *ab initio*, que le divorce se fera par consentement mutuel. Ce choix est fait si l'intérêt des parties et les négociations ont permis d'aboutir à un accord total. Le divorce par consentement mutuel sans juge n'est qu'un outil pour divorcer, choisi après une analyse complète de la situation de la famille. Alors que d'autres époux devront user du divorce judiciaire, soit pour régler un contentieux total ou partiel, soit pour homologuer des accords dans un contexte de droit international.

S'y ajoutent les divorces par consentement mutuel en suite d'une passerelle, après un début de procédure judiciaire. Ces passerelles semblent nombreuses, au vu des chiffres fournis, qui chiffrent à pratiquement 15.000 dossiers judiciaires, en 2021, ayant fait l'objet d'une radiation, d'un désistement, ou d'une caducité.

De sorte que le divorce par consentement mutuel n'est pas détachable des autres types de divorce, et qu'il ne peut relever que de la compétence – et de la responsabilité – des avocats.

### **2. Il a été créé un nouveau titre exécutoire, un dépôt non authentifiant, et cette réforme s'impose à tous.**

Ce rapport du CSN revient sur son incompréhension quant à la création d'un nouveau type de dépôt d'acte au rang des minutes du notaire, un dépôt sui generis, créé pour la convention de divorce par consentement mutuel créé par l'article 229-1, alinéa 2, du code civil, donnant force exécutoire à la convention de divorce, sans pourtant être un dépôt authentifiant. La vérification de l'intégrité du consentement des parties est confiée aux avocats seuls.

La « crainte » qu'un huissier refuserait d'exécuter les obligations contenues dans la convention de divorce ne sont que purement théoriques, et engageraient la responsabilité de ces professionnels.

Les commissaires de justice devront être rappelés aux termes de l'article L 111-3 du CPCE, s'ils refusaient une exécution forcée d'une convention de divorce enregistrée.

A notre connaissance, les services de police ou de gendarmerie n'ont jamais remis en cause le caractère exécutoire d'un DCM pour engager des poursuites pour abandon de famille ou non représentation d'enfant...

L'intermédiation financière de la CAF s'appliquera bientôt à la convention de divorce, sauf volonté contraire des parties. Le DCM est bien un titre exécutoire, sans dépôt authentifiant.

### **3. La réforme a respecté ses objectifs.**

La réalité des chiffres montre combien la profession s'est emparée de la réforme, et le rapport s'achève en affirmant que globalement, le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé fonctionne bien.

## **SUR LES PROPOSITIONS FORMULEES PAR LE RAPPORT DU CSN:**

### **Réponses aux quatre propositions :**

#### **1. Généraliser le circuit court**

Le principal but est de permettre au notaire de réaliser un dépôt authentifiant.

Il a été indiqué que ce dépôt authentifiant est inutile, la convention de divorce par consentement mutuel doit recevoir exécution forcée et les commissaires de justice doivent prêter leur concours dès lors que leur sont remis un exemplaire original de la convention et l'original de l'attestation de dépôt du notaire.

L'éventuel risque de décès de l'époux entre la date de signature de la convention de divorce et son enregistrement a son équivalent en judiciaire, est traité par les textes, et ces mêmes risques existent quand les notaires se font remettre des mandats donnés à un clerc de l'Etude pour signer un acte de vente ou un état liquidatif, mandat reçu par voie postale.

Craindre que le dépôt en circuit long ou semi-long n'intervienne alors qu'un époux aurait changé d'avis, c'est mettre en question la réalité du consentement libre et éclairé recueilli par chaque avocat, dans le cadre d'une convention contresignée.

Et si par extraordinaire un tel revirement de consentement devait exister, il est étonnant de lire que la solution préconisée est de rendre au plus vite définitif un divorce et une convention que l'un des époux ne souhaite plus !

L'état liquidatif ou à tout le moins le projet doit donc être envoyé aux clients pour faire courir le délai de réflexion.

Aucun texte en revanche ne contraint à signer dans un même temps les deux actes.

Bien plus, le nouvel e-convention de divorce rendra la signature de la convention de divorce chez le notaire impossible, puisqu'il n'est pas possible de se connecter sur le réseau informatique des études des notaires, pour des raisons de sécurité informatique.

Contraindre à une signature chez les notaires empêcherait les avocats d'utiliser leur propre système de signature sécurisée.

**Les avocats ne sauraient donc être contraints de signer leur convention de divorce au sein de l'étude notariale.**

**Il serait regrettable de devoir transférer le dépôt des conventions de divorce aux greffiers, qui reçoivent désormais les autres conventions contresignées des avocats, au seul motif que les notaires continuent de ne pas admettre ce rôle qui leur a été dévolu par la loi de 2016.**

#### **2. Faire homologuer les conventions parentales**

Le rapport estime que l'intérêt des enfants ne serait pas suffisamment préservé dans le cadre des DCM et suggère une intervention judiciaire d'homologation d'une convention parentale relative aux enfants mineurs. Contrairement à ce qu'indique le rapport du CSN, en aucun cas le juge ne vérifie « *le bien fondé du refus exprimé par l'enfant d'être entendu par le Juge* » !

Le rapport reconnaît qu'aucun notaire n'a signalé de difficultés liées à l'exercice de l'autorité parentale ou des droits de visite et d'hébergement.

**Rien ne justifie d'imposer un retour en arrière, et de judiciaireiser la convention parentale en la distinguant du divorce, alors qu'il importe, comme dans tout divorce, de respecter un équilibre familial, ce qui implique de traiter ensemble toutes les conséquences de la séparation de la famille.**

Les notaires s'inquiètent du certificat qu'ils devraient délivrer pour la circulation internationale de la convention, alors qu'ils ne seraient pas en mesure de contrôler l'intérêt de l'enfant et de la famille.

Or, **ce contrôle a été dévolu au Président du Tribunal Judiciaire par le projet de décret pour la transposition de Bruxelles II ter**, qui délivrera désormais le certificat, de sorte que le notaire n'aura pas plus de contrôle à effectuer ou de crainte pour sa responsabilité.

### 3. Eviter le dépôt sec

Les notaires s'inquiètent d'un éventuel refus de dépôt et souhaitent généraliser la pratique dite de « pré-validation » par le notaire dépositaire qui consiste, pour les avocats, à soumettre au contrôle formel de ce dernier le projet de convention de divorce, avant la purge du délai de réflexion, plutôt que la convention déjà signée à l'issue du parcours.

Etant rappelé que le contrôle du notaire est purement formel, on conçoit mal l'utilité d'une « pré-validation » de la convention de divorce par le notaire enregistreur, si ce n'est pour les notaires de vouloir contrôler le fond de la convention. **Cette exigence est contraire aux textes, et source de lourdeur inutile.**

### 4. Clarifier les règles fiscales

Les notaires s'inquiètent encore de leur responsabilité si la convention ne mentionne aucune liquidation alors qu'ils ont passé des actes antérieurs laissant poindre, par exemple, l'existence de récompenses à l'actif ou au passif de la communauté.

Aussi demandent-ils à l'administration fiscale les précisions suivantes :

- Dans un régime de communauté, en l'absence de biens immobiliers, les époux titulaires de liquidités ou de meubles meublants doivent-ils procéder à un partage taxable (à l'instar de l'exception concernant le produit de la vente) ou peuvent-ils se contenter d'un simple partage verbal (conformément au principe), échappant ainsi à toute taxation ?
- L'obligation de réintégration du produit de la vente dans l'état liquidatif s'applique-t-elle aux biens indivis appartenant conjointement aux époux mariés sous le régime de la séparation de biens ou de la participation aux acquêts ?

Les avocats appliquent strictement les textes tels qu'interprétés par les réponses ministérielles. Ils appliqueront de même toute réforme que le législateur estimerait devoir adopter.

\*\*\*\*\*