


**AJ Famille 2020 p.634**

**Rédaction de la convention de divorce dans un contexte international**


**Spécificités à prendre en compte**

**Alexandre Boiché, Avocat à la Cour ; Docteur en droit ; Spécialiste en droit de la famille, des personnes et de leur patrimoine, droit international et droit de l'Union européenne**

Lors de l'adoption, dans la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, des dispositions de l'art. 229-1 c. civ., le législateur n'a absolument pas tenu compte des règles de droit international privé et de droit européen, spécialement du Règlement n° 2201-2003 du 27 nov. 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit Règlement « Bruxelles II bis »), du Règlement n° 4/2009 du 18 déc. 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (dit Règlement « Obligations alimentaires »), du Règlement n° 1259/2010 du 20 déc. 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit Règlement « Rome III ») et du Règlement (UE) n° 2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en oeuvre 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 (dit Règlement « Régimes matrimoniaux »). Nous avons déjà eu l'occasion de dénoncer cette incohérence et les conséquences en résultant et renvoyons donc le lecteur à nos précédentes observations  (1).

Mais avant de nous intéresser aux spécificités à prendre en compte dans le cadre de la rédaction de la convention de divorce dans un contexte international, nous rappellerons tout de même quelques points saillants.

D'abord, **dans le cadre de l'Union européenne** :

- les divorces privés, comme le divorce par consentement mutuel sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire, sont exclus du champ d'application des Règlements « Rome III » et « Bruxelles II bis »  (2). Cela étant, au nom du principe de confiance mutuelle, qui anime les textes européens, un divorce par acte d'avocat devrait être reconnu en tant qu'il dissout le lien matrimonial dans les autres États membres lorsqu'il est accompagné du certificat de l'art. 39 comme le prévoit l'art. 509-3, al. 3, c. civ., le droit français serait-il manifestement en contradiction avec la position de la Cour de justice de l'Union européenne ;

**Nouveauté au 1<sup>er</sup> août 2022**

*Le Règlement n° 2019/1111 du 25 juin 2019 modifiant le Règlement « Bruxelles II bis » (dit « Bruxelles II ter »), qui vient de faire l'objet d'un rectificatif au JOUE du 20 oct. 2020 (L. 347), envisage expressément la circulation des divorces privés tels que celui de l'art. 229-1 c. civ. au sein de l'Union européenne (sans toutefois que cela change quoique ce soit pour les obligations alimentaires qui restent soumises au Règlement « Obligations alimentaires »). Ce qui signifie également que le Règlement « Rome III » deviendra applicable, permettant ainsi aux époux d'élire la loi française.*

- quand bien même le divorce pourrait être reconnu par les autres États de l'Union européenne, cette reconnaissance

reste sans effet sur ses conséquences, si bien qu'il convient de faire homologuer les parties de la convention relatives aux enfants et aux obligations alimentaires par le juge aux affaires familiales ; à noter, cependant, s'agissant des obligations alimentaires, qu'il pourrait être fait application de la Convention de la Haye du 23 nov. 2007 qui permet la saisine directe des juridictions d'un État membre afin de rendre exécutoire une décision ou une convention en matière d'aliments (art. 23, 3 s. et art. 30) ;

- pour la prestation compensatoire, si le débiteur ne vit pas en France, il est indispensable de prévoir qu'elle sera versée sous la forme d'un capital lors de la signature de la convention ou, si elle doit être payée par échéances, que des garanties soient prises en France sur des biens du débiteur ;

- la liquidation du régime matrimonial doit être faite par acte authentique, quand bien même il n'y aurait aucun bien immobilier dès lors qu'il y a des biens à partager dans un autre État membre.

Ensuite, **en dehors de l'Union européenne** :

- s'il peut exister des conventions bilatérales entre la France et certains pays hors Union, elles ne trouveront à s'appliquer qu'en présence d'un jugement ou acte authentique de divorce, ce qui exclut notre divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé déposé au rang des minutes d'un notaire 📄(3) ;

- en l'absence de telles conventions, les parties doivent s'en remettre aux règles de droit international privé de chacun des pays dans lesquels elles auront besoin que leur acte circule, sachant que ces règles seront rarement favorables 📄(4) ;

- s'agissant de la responsabilité parentale, il est indispensable de faire homologuer les dispositions de la convention relative aux enfants par le juge aux affaires familiales. Car seule une décision sera susceptible d'être reconnue et exécutée à l'étranger.

Enfin, s'agissant de la loi applicable, **dans l'Union européenne comme en dehors**, il sera fait application de l'art. 309 c. civ. - sauf existence d'une convention bilatérale - pour déterminer si la loi française peut s'appliquer à ce type de divorce : les deux époux sont de nationalité française ou ont leur domicile en France ou encore aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente, étant précisé qu'il vaut mieux se limiter aux deux premières hypothèses. En effet, la troisième pourrait conduire à appliquer la loi française dans des hypothèses où les liens avec la France peuvent être assez ténus et ne justifiant pas, du point de vue de l'autorité étrangère, le recours au divorce par consentement mutuel déjudiciarisé français.

### **1. Nécessité de définir le contexte de la signature de la convention de divorce**

Comme nous l'avons exposé précédemment, à notre sens, le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé français n'est possible, en matière internationale, que si les dispositions de l'art. 309 c. civ. permettent d'appliquer la loi française, c'est-à-dire si les deux époux sont français ou domiciliés en France 📄(5).

Il n'y a pas de règle de compétence juridictionnelle à viser puisque le notaire n'est pas une juridiction, mais les avocats rédacteurs ne sont pas pour autant dispensés du rappel des liens du litige avec la France, au-delà de la nationalité des époux ou de leur domicile en France. Un tel rappel, en effet, permettra, le cas échéant, de justifier du choix de ce type de divorce auprès d'une autorité étrangère si elle se montre réticente. Ce qui pourra être le cas, notamment, si l'application de la loi française résulte de la seule nationalité des époux, dotés, par ailleurs, d'une autre nationalité commune. Il apparaîtra alors important de montrer les liens que la situation entretient avec la France.

## **2. Clause de démarches entreprises pour la reconnaissance et la circulation du divorce à l'étranger**

Certains praticiens conseillent d'insérer une clause des démarches entreprises pour assurer la reconnaissance et la circulation du divorce à l'étranger <sup>(6)</sup>. Elle peut effectivement s'avérer utile, tout comme une clause des conseils donnés si, en dépit de l'avis défavorable de leurs avocats, les parties maintiennent vouloir s'engager dans cette forme de divorce.

Il est très difficile dans l'absolu de présumer de la reconnaissance à l'étranger de ce type de divorce qui demeure encore assez peu répandu. L'avis donné, par exemple, par un confrère étranger sur sa reconnaissance dans son pays pourrait être sujet à caution. Il en est de même, à notre sens, d'informations délivrées par les consulats étrangers en France. Comme un officier d'état civil français, un consul étranger ne dit pas le droit de son pays. Il peut, le cas échéant, porter à la connaissance des juristes français la position de son pays si elle est officielle et qu'elle résulte notamment d'une circulaire interne, mais cela ne sera le cas que pour des pays qui ont des relations étroites avec la France, comme le Maroc <sup>(7)</sup>. Pour d'autres pays, ce sera plus difficile.

Certes, en annexant une consultation d'un confrère étranger, on dilue un peu les responsabilités. Mais comme, la plupart du temps, ce sera l'avocat rédacteur qui l'aura trouvé et mandaté, sa responsabilité restera engagée à ce titre.

## **3. Langue de rédaction de la convention**

Des dispositions de l'art. 1146, al. 2, c. pr. civ. il résulte que la convention peut être rédigée dans une langue étrangère. Dans cette hypothèse, elle devra, cependant, être accompagnée d'une traduction en français établie par un traducteur assermenté afin d'être enregistrée au rang des minutes d'un notaire. En cas de divergence entre la convention dans sa langue de rédaction et sa traduction, c'est la version originale qui devrait prévaloir.

Il peut paraître peu vraisemblable qu'un avocat français rédige une convention de divorce dans une langue étrangère. Toutefois, s'il s'agit d'une langue qu'il maîtrise parfaitement et qui est, par ailleurs, celle des parties, rien ne s'y oppose. Qui plus est, rien dans les dispositions du code civil ou du code de procédure civile n'impose que l'avocat qui établit la convention soit un avocat français.

Si la convention est rédigée en français et que l'une des parties est étrangère, il conviendra de s'assurer de sa parfaite compréhension de la langue française et d'y annexer une traduction de cette même convention dans la langue maternelle de l'époux. À défaut de traduction, certains praticiens recommandent de faire signer à l'époux non-francophone une attestation de bonne compréhension du français, le cas échéant dans sa langue maternelle qui serait annexée à la convention <sup>(8)</sup>.

## **4. Prestation compensatoire : nécessité de sa fixation en capital avec paiement dès signature**

Comme nous l'avons rappelé plus haut, le Règlement « Obligations alimentaires » ne s'appliquera pas pour la circulation de cette convention et les hypothèses dans lesquelles elle pourra être exécutée à l'étranger seront très limitées. Aussi, si les époux conviennent qu'une prestation compensatoire devra être payée, il faut privilégier un paiement en capital, le jour de la signature de la convention, avec remise d'un chèque CARPA au conseil du débiteur, et remise du chèque au créancier le jour de l'inscription de la convention au rang des minutes du notaire. En cas d'exécution échelonnée de la prestation compensatoire, il pourra être nécessaire de prendre des garanties sur des biens du débiteur en France. Il faudra encore prévoir, dans la convention, une clause d'élection de juridiction au profit des juridictions françaises.

## **5. En présence d'enfants mineurs**

Comme nous l'avons exposé précédemment, outre que les modalités d'exercice de l'autorité parentale devront être

précisément définies dans la convention, il nous paraît absolument indispensable de déposer auprès du juge aux affaires familiales une requête afin d'homologation des dispositions qui y sont relatives en application des art. 373-2-7 c. civ. et 1143 c. pr. civ. Il conviendra également que la convention mentionne cette démarche et les raisons pour lesquelles elle est entreprise.

### **À compter du 1<sup>er</sup> août 2022**

*L'art. 65, 2, du Règlement « Bruxelles II ter » envisage expressément la circulation des actes authentiques et des accords en matière de responsabilité parentale. À ce titre, l'art. 66 du Règlement prévoit que le certificat de l'annexe IX devra être délivré pour permettre la circulation de l'accord. À noter que, pour délivrer ce certificat, l'autorité en charge de sa délivrance devra contrôler que l'accord est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Les autorités françaises devront indiquer à la Commission européenne, au plus tard le 23 avr. 2021, quelles seront les autorités en charge de délivrer ce certificat.*

### **6. Nécessité d'une reconnaissance du divorce dans l'UE**

Il faudra prévoir, dans la convention, que les avocats devront solliciter du notaire, en application de l'art. 509-3, al. 3, le certificat de l'art. 39 du Règlement « Bruxelles II bis » qui permet d'assurer la reconnaissance du divorce en Europe.

Si la convention contient des dispositions relatives aux enfants et que les parties renoncent à faire homologuer cette partie de la convention par un juge aux affaires familiales, il sera nécessaire de solliciter le certificat de l'art. 39 (annexe II). Mais si la convention fait l'objet d'une homologation, il sera plus simple de demander directement au juge aux affaires familiales le certificat de l'art. 41 pour le droit de visite transfrontalier et au greffier en chef le certificat de l'art. 39 (annexe II).

### **7. Envoi de la convention**

L'art. 229-4 c. civ. prévoit que l'avocat adresse à l'époux qu'il assiste, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un projet de convention, qui ne peut être signé, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de réflexion d'une durée de quinze jours à compter de la réception.

Or, dans un contexte international, le courrier recommandé est rarement le mode de communication le plus efficace. En effet, il n'existe pas nécessairement d'équivalent et le coupon d'accusé de réception peut tarder à revenir à l'avocat. C'est donc une solution très risquée. Mais le législateur a expressément visé le courrier recommandé avec demande d'avis de réception, ce qui exclut le recours à des services de courriers express privés qui sont, pourtant, en général, bien plus efficaces et pour lesquels il est simple d'avoir un justificatif de remise.

Aussi, dans un tel contexte, nous paraît-il indispensable de recourir au recommandé électronique qui permet d'adresser un courrier recommandé par email. Au préalable, toutefois, il conviendra de s'assurer que le notaire accepte cette forme de délivrance.

Suivant le décret n° 2018-347 du 9 mai 2018 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janv. 2019, seul le prestataire AR24 est qualifié à ce jour. Il faut donc utiliser les lettres électroniques AR24 par voie d'envoi de LRE « qualifiée ». Il est recommandé de faire figurer dans la convention la description du mode de délivrance utilisé que les époux reconnaissent et acceptent, comme ils reconnaissent avoir l'un et l'autre ouvert personnellement et lu le courrier électronique à la date indiquée.

À noter que le délai de quinze jours visé par l'art. 229-4 c. civ. ne bénéficie pas de l'allongement des délais de l'art. 643 c. pr. civ. lorsque l'un des époux réside outre-mer ou à l'étranger.

## En conclusion



Lorsqu'un divorce par consentement mutuel est conclu dans un contexte international, il faut bien avoir à l'esprit la reconnaissance du divorce en lui-même, d'une part, et celle de ses effets, d'autre part.







Sur ce second point, comme nous l'avons indiqué, compte tenu de la nature très spécifique de l'acte, pour ne pas dire franco-française, il nous paraît nécessaire de veiller à ce qu'il produise tous ses effets instantanément et, s'agissant des enfants, de faire homologuer la convention par le juge aux affaires familiales, seul moyen de garantir sa pleine circulation.


Pour ce qui est du divorce lui-même, on voit souvent, sur des forums d'avocats, des confrères s'interroger sur la reconnaissance du divorce par consentement mutuel (DCM) dans tel ou tel pays. À notre sens, pour pouvoir répondre à ces questions s'agissant du principe du divorce, il nous paraît important de distinguer selon que le pays en cause connaît ou pas de mention marginale en marge des actes d'état civil. Si le divorce doit être mentionné, dans le pays étranger, en marge de l'acte de mariage ou de l'acte de naissance de l'époux, alors, en effet, il est important de se préoccuper de savoir si notre DCM sera reconnu dans ce pays. Mais si le divorce ne doit faire l'objet d'aucune mesure de publicité dans ledit pays et qu'il est établi en France où le couple dispose de rattachements étroits, il semble peu probable qu'il puisse être remis en cause à l'étranger.


### Mots clés :

**DIVORCE** \* Droit international privé \* Divorce par consentement mutuel déjudiciarisé \* Convention de divorce \* Précaution

(1) A. Boiché, Aspect de droit international privé, *in* Dossier « Divorce par consentement mutuel : la réforme ! », AJ fam. 2017. 57  ; Divorce par consentement mutuel et droit international privé, AJ fam. 2018. 145 . - V. égal. A. Devers, Le divorce sans juge en droit international privé, Dr. fam. 2017, n° 5 ; G. Khairallah, Le notaire face aux aspects et européens et internationaux du nouveau divorce par consentement mutuel, Bull. Cridon 2017, n° 10-11, p. 15 ; M.-L. Niboyet, I. Rein-Lescastereyres et L. Dimitrov, Gaz. Pal. 4 avr. 2017, p. 74. - *Contra*, pour une vision plus positive, D. Boulanger, Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité : faut-il s'inquiéter ?, JCP N 2017. 263.

(2) CJUE, 20 déc. 2017, n° C-372/16, AJ fam. 2018. 119, obs. A. Boiché  ; *ibid.* 3, édito. V. Avena-Robardet  ; D. 2018. 8  ; *ibid.* 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke  ; Rev. crit. DIP 2018. 899, note P. Hammje  ; RTD eur. 2018. 841, obs. V. Egéa .


(3) Certains juges ont toutefois pu reconnaître notre nouveau divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. - V. à propos de la Tunisie, *infra* p. 637 .

(4) Pour une illustration, dans les pays de *common law*, v. 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*, AJ fam. 2017. 347 .

(5) Sous réserve, dans ce dernier cas, de l'application des conventions bilatérales avec le Maroc, la Pologne, la Serbie, le Monténégro, le Kosovo et la Bosnie-Herzégovine parce que, selon ces conventions, si les deux époux ont la

nationalité de cet État, ce sera la loi de celui-ci qui sera applicable.

(6) S. Hamou, L. Mayer, R. Lolev, J. Minot, C. Brassens, Guide de bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international, Dr. fam. févr. 2020, Études 1.

(7) V. *infra* p. 637 .

(8) *Ibid.*

Copyright 2021 - Dalloz – Tous droits réservés