

Conférence-débat du jeudi 2 octobre 2014

DIVORCE | l'intérêt du consentement amiable

Depuis le 1^{er} janvier 2005 (date d'entrée en vigueur de la loi sur le divorce du 26 mai 2004), les époux ont le choix entre quatre procédures :

- **Le divorce par consentement mutuel,**
- **Le divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage,**
- **Le divorce pour faute** qui sanctionne des manquements graves aux obligations du mariage,
- **Le divorce pour altération définitive du lien conjugal** lorsque les époux sont séparés depuis au moins deux ans.

Le premier cas est un divorce à l'amiable tandis que les trois autres sont des divorces contentieux.

Lorsque le divorce résulte de la volonté commune des époux, leur choix se porte très souvent sur le divorce par consentement mutuel : une procédure « pacifique », puisque les époux se mettent d'accord sur le principe du divorce et sur tous les aspects de leur rupture. Ils soumettent ensuite à l'homologation du juge aux affaires familiales la convention réglant les conséquences de leur divorce. Si les époux ne parviennent pas à s'entendre sur le principe du divorce et ses conséquences, leur divorce devient alors contentieux.

La loi sur le divorce du 26 mai 2004 a dissocié les conséquences du divorce du type de procédure choisi par les époux ou des torts de la rupture.

Aujourd'hui, le divorce par consentement mutuel est le plus rapide et le plus utilisé des modes de divorce existant en droit français.

En 2012, sur les 130.000 couples ayant divorcé, plus de la moitié (52%) ont choisi de le faire par consentement mutuel. Et pour cause, la procédure est également la moins onéreuse car les époux règlent l'intégralité des effets de leur séparation, avec un seul avocat ce qui leur permet de réduire les frais de procédure.

A noter : toute procédure de divorce reste judiciaire et relève de la compétence du juge aux affaires familiales.

En conclusion : lorsqu'un dialogue existe entre les époux, ou que sa reprise est possible, il convient de privilégier un divorce par consentement mutuel (I) ou pour acceptation du principe de la rupture du mariage (II), en affinant le choix en fonction des éléments patrimoniaux et extrapatrimoniaux concernant le couple et la famille.

Si le divorce consensuel ne semble pas possible dans un premier temps, il sera toujours temps de changer d'avis. En effet, la loi favorise **les « passerelles » entre les différentes procédures** pour changer « en cours de route » de fondement juridique, à condition qu'il soit consensuel (III).

I – L'AMIABLE : LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Dans le cas où les deux époux sont d'accord pour divorcer et qu'ils sont également d'accord sur les conséquences du divorce, ils privilégient le divorce par consentement mutuel.

A) Quand choisir cette procédure ?

- Un accord global et total des époux

La procédure ne peut être utilisée que si les deux époux **sont d'accord sur tout** c'est-à-dire sur **le principe du divorce** (engagement de l'instance en divorce) et sur **ses conséquences** (adoption de mesures qui régleront toutes les conséquences de la séparation : résidence des enfants, pension alimentaire, attribution de certains biens à l'un des époux, liquidation du régime matrimonial,...

Cela concerne, de manière générale, des époux qui ont conservé une relation cordiale, qui ont accepté l'« échec » de leur vie de couple, fait le « deuil » de leur mariage et bien réfléchi aux conséquences ainsi qu'aux modalités de leur divorce. Cela suppose également que le partage des biens puisse être effectué facilement et rapidement.

Lorsque les époux sont propriétaires d'un ou plusieurs biens immobiliers, ils doivent également choisir un notaire dont le rôle est d'établir la convention qui sera soumise au juge.

- Une procédure simple et rapide

Cette procédure est aisée à mettre en place et s'envisage lorsque le mariage a été de courte durée et que les époux n'ont pas eu d'enfants ensemble. Il en est de même lorsqu'il n'y a pas de biens à partager, soit parce qu'ils n'en possèdent pas, soit parce qu'ils se sont mariés sous le régime de la séparation de biens.

B) Les avantages de ce divorce

Cette forme de divorce présente plusieurs avantages :

- la procédure est **rapide** depuis la réforme de mai 2004 : le divorce peut être prononcé à l'issue d'une seule et unique audience devant le juge aux affaires familiales. En effet, la procédure se déroule en deux : après le dépôt d'une demande par le(s) avocat(s) puis une audience unique se tient devant le juge avec les époux et leurs conseils.

L'intervention d'un notaire est recommandée car il va aider les époux à organiser au mieux la séparation de leurs patrimoines respectifs. Elle est obligatoire si le couple possède des biens immobiliers. En pratique, la liquidation consiste à déterminer l'état du patrimoine de chaque époux puis à chiffrer le montant de la part qui leur revient, déduction faite de leurs dettes. A l'aide des renseignements fournis par les conjoints, le notaire établit alors la liste des biens de chaque époux (l'actif) et leurs dettes respectives (le passif). Il détermine ensuite les droits et obligations de chacun puis élabore un acte de partage (répartition de l'actif et du passif) qu'il leur soumet pour signature. Parallèlement, le notaire effectue les démarches nécessaires notamment la publication de l'acte qui ne sera effectuée qu'au prononcé du divorce.

Une fois saisi, le juge aux affaires familiales convoque le couple à une audience. Le jour fixé, il reçoit les époux : d'abord séparément pour s'assurer de la réalité de leur consentement à divorcer, puis ensemble, afin d'examiner leur projet de convention. S'il estime que les intérêts de chacun, ainsi que ceux des enfants, sont suffisamment préservés, il homologue la convention et prononce le divorce. En moyenne, il s'écoule entre la requête initiale et le jugement entre 1 à 6 mois selon l'encombrement et la pratique du tribunal (contre 18 à 24 mois pour un divorce contentieux).

- Elle est en principe **moins coûteuse** dans la mesure où notamment les époux peuvent choisir un avocat commun. Les époux qui sont en parfait accord peuvent ne s'adresser qu'à un seul avocat pour les représenter. Toutefois, si finalement un désaccord survient et que le divorce par consentement mutuel ne peut plus avoir lieu, l'avocat devra, pour une question de déontologie, se retirer. Il ne pourra plus être par la suite l'avocat de l'un des époux contre l'autre. Pour éviter les surprises, il est recommandé de s'entendre à l'avance avec son avocat sur le montant de ses honoraires et de consigner cet accord dans une convention dite « d'honoraires ». La rémunération des avocats est libre, à la différence de celle des notaires.

En outre, il n'y a pas de frais d'huissier de justice puisque aucune assignation en divorce n'est délivrée et que le jugement n'est pas signifié.

- Les époux peuvent garder **secrètes** les causes réelles de leur séparation. A la différence du divorce pour faute où le recours à des témoignages de parents ou de proches est nécessaire.
- La procédure n'est **pas contentieuse** ; il n'y a pas de débats judiciaires pouvant compliquer les rapports des futurs ex-époux notamment vis-à-vis des enfants communs.
- Aucun des aspects de la séparation (financier, patrimonial) ne sera tranché par le tribunal. Tout est organisé par les époux au sein d'une convention : **ils sont les seuls vrais acteurs de leur divorce**. Il en est de même pour organiser la vie des enfants communs (exercice de l'autorité parentale, résidence des enfants, droit de visite, pension alimentaire...).

Sous peine d'irrecevabilité, la requête doit surtout comporter, en annexe, une convention réglant toutes les conséquences du divorce. Sur le plan patrimonial, ce document inclut un état liquidatif (obligatoirement notarié lorsqu'il y a des biens immobiliers), ou précise qu'il n'y a pas lieu à liquidation. Le juge aux affaires familiales vérifie qu'il n'y a rien dans la convention qui soit contraire à l'ordre public et que les intérêts de tous, y compris ceux des enfants, sont préservés.

II – L'ALTERNATIVE : LE DIVORCE ACCEPTE

Dans le cas où les deux époux sont d'accord pour divorcer mais qu'ils ne sont pas d'accord sur tout ou partie des conséquences du divorce (modalités financières et/ou personnelles de leur séparation) : la voie d'un divorce sur demande acceptée leur est ouverte. L'accord des époux peut être antérieur à l'engagement de la procédure ou être obtenu au cours de celle-ci. Ce divorce est aussi appelé « divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage ».

A) Quand choisir cette procédure ?

Cette procédure peut être choisie lorsque le dialogue n'est pas totalement rompu entre les époux.

Il en est ainsi lorsque le demandeur pressent que son conjoint sera d'accord sur le principe du divorce, mais pas sur ses conséquences telles que les modalités d'exercice de l'autorité parentale pour les enfants communs ou les questions d'ordre financier ou patrimonial.

La procédure peut également être envisagée lorsque les époux sont séparés depuis un certain temps mais que le dialogue est suffisant pour que le demandeur sache que son conjoint n'est pas opposé au principe du divorce. En revanche, il n'a aucune idée de la position de celui-ci concernant les différentes conséquences familiales et patrimoniales.

La procédure de divorce accepté débute par le dépôt d'une requête auprès du tribunal de grande instance rédigée par l'avocat de l'époux demandeur. Les époux doivent avoir chacun leurs avocats. Une fois saisi, le juge convoque les époux à une audience de conciliation durant laquelle il les incite à s'entendre sur la procédure à mener et sur les effets de leur rupture. Si à l'issue de cette audience le juge constate que l'époux

demandeur maintient sa demande, il rend une ordonnance de non-conciliation.

Cette ordonnance fixe les mesures provisoires qui s'appliqueront pendant toute l'instance (résidence des conjoints, des enfants, attribution du logement familial...). C'est elle également qui autorise les époux à poursuivre la procédure. C'est elle qui contient la désignation du notaire qui peut être nommé :

- en qualité d'expert en vertu des dispositions de l'article 255-9° du code civil ; dans ce cas le notaire est désigné en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ;
- en qualité de liquidateur en vertu des dispositions de l'article 255-10° Cdu code civil ; dans ce cas le notaire est désigné pour élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. Il peut, dans ce cadre, formuler des appréciations juridiques, ce qui lui est impossible de faire dans le cadre de sa mission d'expert. Il a une mission de « pré-liquidation », qui l'oblige à rendre un rapport et à formuler des propositions permettant d'éclairer le juge.

B) Les avantages de ce divorce

Les motifs du divorce n'ont pas à être indiqués. Il faut simplement préciser les demandes qui sont présentées au titre des mesures provisoires.

Un seul des époux peut prendre l'initiative de divorcer en déposant par le biais de son avocat une requête. Cette forme de divorce est adapté à certains époux qui se refusent à être d'une quelconque manière les « auteurs » du divorce et n'acceptent celui-ci que s'ils n'ont pas la position de demandeur.

Une **tentative de conciliation** est obligatoire ; le juge aux affaires familiales convoque les époux par lettre recommandée avec accusé de réception, expédiée au moins 15 jours à l'avance et confirmée par l'envoi d'une lettre simple. Il cherche à concilier les époux à la fois sur le principe du divorce et sur ses conséquences. Le juge s'entretient personnellement avec chacun des époux séparément, avant de les réunir en sa présence. Les avocats sont ensuite appelés à assister et à participer à l'entretien. Lorsqu'il constate que le demandeur maintient sa demande, le juge incite les époux à régler les conséquences de leur divorce à l'amiable.

III – LES PASSERELLES ENTRE LES DIFFERENTES PROCEDURES

Dans sa volonté de « pacifier » les procédures de divorce et hors le cas du divorce par consentement mutuel, le législateur a prévu que les époux peuvent à tout moment de la procédure, passer d'un divorce conflictuel à un divorce consensuel, qu'il s'agisse du divorce par consentement mutuel ou sur demande acceptée. Ces passages sont également appelées « passerelle » et se font selon des formes très simples pour ne pas décourager les époux.

A- LORS DE L'AUDIENCE DE CONCILIATION

Au cours de l'audience de conciliation, le juge incite les époux à trouver un terrain d'entente. Il peut ordonner diverses mesures pour organiser la vie du couple pendant la procédure, notamment :

- la désignation d'un médiateur ;
- l'attribution de la jouissance du logement à titre gratuit ou non à un époux ;
- la nomination d'un notaire ;
- l'attribution de la jouissance ou la gestion des biens communs ou indivis autres que le logement ou le mobilier du ménage ...

B- A TOUT MOMENT DE LA PROCEDURE

Il est toujours possible de revenir à une forme de divorce consensuelle en cours de procédure en utilisant la passerelle de l'article 247 du code civil qui permet aux époux engagés dans une procédure, à tout moment de celle-ci, de demander au juge de constater leur accord pour voir prononcer leur divorce par consentement mutuel en lui présentant une convention réglant les conséquences de celui-ci.

Cette passerelle permet de passer d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal (article 237 et suivants du code civil) ou d'un divorce pour faute (article 242 et suivants du code civil) vers un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage. (Cet acte doit être établi pour chacun des deux époux obligatoirement et doit être joint aux conclusions).

Cette demande de modification du fondement du divorce se matérialise en pratique sous la forme de conclusions récapitulatives présentées par les avocats des parties.

Cette passerelle peut être utilisée dès que l'assignation en divorce a été délivrée, jusqu'à la clôture de l'instance.

Attention : les époux ne peuvent manifester leur volonté de basculer vers un divorce consensuel qu'en première instance (devant le juge aux affaires familiales), mais non pendant les délais d'appel ou au cours de la procédure d'appel.

Pour aller plus loin

Site Internet : www.notaires.paris-idf.fr (rubrique Personnes et Familles)

Twitter : @NotairesdeParis

Centre d'information Paris Notaires Infos :

1, Bd de Sébastopol – 75001 PARIS / Tel. 01 44 82 24 44