Montréal le 1er novembre 2018.

La loi française sur le divorce sans juge à l'épreuve du droit international privé et européen

RÉSUMÉ

Par Mariel Revillard

Introduction-Droit comparé du divorce: disparité des réglementations en droit interne et international

- Les disparités des législations internes apparaissent dans les solutions du divorce : de l'interdiction du divorce (État du Vatican ,Philippines) à son admission facile en Suède sur demande d'un seul époux ou à l'opposé la répudiation de la femme par le mari admise par le droit musulman. Elles se manifestent également sur le plan procédural : opposition des Etats dans lequel le divorce est nécessairement judiciaire à ceux qui admettent le prononcé du divorce par une autorité administrative ou d'autres qui donnent effet à la volonté des époux recueillie par une autorité religieuse ou privée.
Si dans la grande majorité des Etats une compétence exclusive des tribunaux est reconnue pour prononcer le divorce une évolution s'est faite en faveur d'une déjudiciarisation du divorce se traduisant par l'admission d'un divorce sans juge dans de nombreux Etats. Son introduction dans le Code civil français (art.229-1 à 229-4) depuis le 1er janvier 2017 ne représente donc pas une nouveauté au regard du droit comparé.

- Ces différences portent aussi sur les solutions de droit international privé qu'il s'agisse des règles de compétence judiciaire ,de la loi applicable ou de la reconnaissance des jugements étrangers de divorce. Une harmonisation des solutions a été recherchée au sein de l'Union européenne dans plusieurs règlements européens, règlement Bruxelles II bis et règlement Rome III et dans d'autres instruments internationaux visant les effets du divorce et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers de divorce. Ces disparités contribuent à la promotion du « tourisme du divorce ».

Il convient de rappeler le rôle du notaire français dans les divorces internationaux. Si le règlement Rome III sur la loi applicable au divorce a accordé déjà un rôle au notaire dans l'élaboration d'actes nouveaux sur le choix de la loi applicable au divorce, l'introduction en France du divorce sans juge par la loi du 18 novembre 2016 applicable en France depuis le 1er janvier 2017 entraîne directement son intervention et suscite des interrogations sur le plan international.

Dans le contexte du développement mondial du divorce sans juge, les questions de droit international privé et européen n'ont pas été évoquées lors de l'élaboration de la loi qui comporte aucune disposition lorsqu'un divorce présente un élément d'extraneité. Cette totale méconnaissance du droit européen et international a entraîné le dépôt auprès de la Commission européenne le 19 avril 2017 d'une plainte contre la France pour non-respect du droit de l'Union européenne. Au regard des violations majeures du droit international et européen nous présenterons sous deux parties : I La loi française sur le divorce sans juge ne respecte pas le droit international et le droit européen II La loi

française sur le divorce sans juge n'assure pas la circulation transfrontière des conventions de divorce.

I La loi française sur le divorce sans juge ne respecte pas le droit international privé et le droit européen.

1 . La compétence

A. Un divorce sans juridiction qui ne prévoit aucune règle de compétence.
Le divorce sans juge comme son nom l'indique est un divorce sans juridiction. Les règles traditionnelles de compétence prévues par les règlements européens sont inapplicables car seules les juridictions sont liées par ces règles de compétence. Les époux n'étant pas liés par des règles de compétence, tout couple marié quel que soit le lieu de sa résidence habituelle ou sa nationalité pourra divorcer conventionnellement en France même si cette situation ne présente aucun lien avec le territoire français. Les conséquences de cette absence de référence au règlement Bruxelles II bis seront examinées.

B. Compétence des avocats et des notaires : questions pratiques :
- La question de la langue de rédaction de la convention a été soulevée.
- Le rôle des avocats : finalisation de la convention et ses suites.
- Le rôle du notaire : dépôt de la convention au rang de ses minutes , choix du notaire français (ou étranger) , verifications à effectuer, délai de reflexion. Le dépôt ne confère pas à la convention de divorce la qualité d'acte authentique mais donne date certaine et force exécutoire à l'accord des parties et entraîne la dissolution du mariage à cette date.

2. La loi applicable

A. Le règlement Rome III sur la loi applicable au divorce est-il applicable au divorce sans juge ?
La circulaire du 26 janvier 2017 indiquant que s'agissant du principe du divorce la détermination de la loi applicable se fera selon le règlement Rome III est désavouée à la suite de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 20 décembre 2017(aff C-372/16. Aff. Sahyouni) .Une juridiction allemande avait demandé à la Cour si un divorce prononcé par déclaration unilatérale d'un des époux devant un tribunal religieux syrien pouvait être considéré comme relevant du règlement Rome III. La Cour de justice a répondu que le règlement Rome III ne s'appliquait pas à ce type de divorce. À la suite de cette jurisprudence il faut considérer que le divorce français par consentement mutuel qui donne lieu à une convention sous-seing privée peut être assimilé à un divorce privé qui n'entre pas dans le champ d'application du règlement Rome III.

B. Pratique à adopter pour le choix de la loi applicable.
Les avocats perdent la possibilité d'insérer une convention sur le choix de la loi applicable et devront faire application de l'article 309 du Code civil qui rendra plus difficile les cas de soumission du divorce à la loi française. Or pour assurer la pérennité et la validité du divorce sans juge dans d'autres Etats les époux auront intérêt à élire la loi française comme étant applicable au divorce. D'autre part, les avocats devront faire réference à d'autres instruments internationaux sur les effets du divorce visant la

responsabilité parentale, les obligations alimentaires, la liquidation du régime matrimonial ou autres conséquences du divorce. Ces règles complexes auraient du être signalées dans les textes français sur le divorce sans juge.

3. La protection des enfants

Le droit français autorise le divorce sans juge en présence d'enfants mineurs alors que la majorité des lois étrangères qui connaissent cette forme de divorce le réserve aux couples dans lesquels il n'y a pas d'enfants mineurs. Or il résulte de la législation française une protection tout à fait insuffisante des enfants mineurs.
L'article 229-2 du Code civil prévoit que le recours au divorce sans juge sera impossible « lorsque le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge, dans les conditions prévues à l'article 338-1, demande son audition par le juge » Si le mineur demande à être entendu le divorce sera obligatoirement judiciaire. Ce texte peu réaliste n'assure certainement pas l'intérêt supérieur de l'enfant qui n'est pas « capable de discernement ». L'enfant devrait-il devenir responsable de la forme privée ou judiciaire du divorce de ses parents ?
La législation française ne respecte guère l'exigence de veiller à l'intérêt supérieur de l'enfant qui figure dans plusieurs instruments internationaux , Règlement Bruxelles II bis, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention internationale des droits de l'enfant, la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants . Les praticiens devront déconseiller le recours au divorce sans juge en présence d'enfants mineurs.

II la loi française sur le divorce en juge n'assure pas la circulation transfrontière des conventions de divorce.

1. Au sein de l'Union européenne

La loi française est muette sur la reconnaissance et l'exécution à l'étranger de la convention de divorce déposée chez un notaire. Cet acte n'est ni une décision judiciaire ni un acte authentique. On a pu évoquer l'article 46 du règlement Bruxelles II bis qui vise les actes authentiques mais aussi «les accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine » et qui fait bénéficier ces actes du même régime de reconnaissance et d'exécution que les décisions judiciaires. Mais en définitive pour différentes raisons le texte est inadapté. De la même façon pour l'exercice du droit de visite le renvoi au règlement Bruxelles II bis n'est pas possible;. Le règlement « obligations alimentaires » est inapplicable au divorce sans juge et il faudra sans remettre ou juge étranger pour remédier à l'absence de saisine du juge français.

2. Vis-à-vis des Etats tiers

Lorsque les éléments d'extraneité se trouvent dans un Etat tiers où le divorce sans juge doit être reconnu, il faudra solliciter les conseils d'un avocat local pour savoir s'il est susceptible de l'être dans cet Etat. Comment admettre un divorce qui ne résulte ni d'une décision judiciaire ni d'un acte authentique? Sous cet aspect-là la circulaire renvoie

également au juge étranger ! À ce jour, trois décisions ont été rendues en Algérie, en Tunisie et au Maroc.

3. Recommandations et recherche de solutions pour faciliter la reconnaissance internationale du divorce sans juge constaté en France

En l'état actuel , les praticiens avocats et notaires déconseillent aux couples dont la situation familiale comporte un élément d'extraneité de recourir à un divorce sans juge. Le choix de cette forme de divorce devra être exclu en présence d'enfants mineurs. La voie traditionnelle du divorce judiciaire soit divorce par consentement mutuel de l'article 230 du Code civil soit divorce sur demande acceptée de l'article 233 du Code civil devra être adoptée.

La plainte de la France devant la Commission européenne devrait déboucher sur une condamnation de la France suivie d'une modification de la législation française prévoyant qu'en présence d'un ou plusieurs éléments d'extraneité affectant la famille la convention de divorce par consentement mutuel devrait nécessairement être homologuée par le juge. Le divorce sans juge ne serait autorisé qu'en l'absence d'enfant mineur .La modification du règlement Bruxelles II bis et de ses annexes a été suggérée.

Dans l'attente des modifications du droit français et des instruments internationaux il a été proposé d'établir un acte notarié de constat de divorce par consentement mutuel intitulé « le divorce par consentement mutuel constaté dans un acte authentique. » Le notaire s'approprie la convention établie par les époux et contresignée par les avocats et la transforme en un véritable acte authentique en faisant comparaître les époux et en contrôlant le contenu de la convention. L'établissement d'un divorce par acte notarié s'effectue par le dépôt au rang des minutes du notaire accompagné d'une reconnaissance d'écriture et de signature des époux et de leurs avocats. Ceci suppose que le divorce soit soumis à la loi française pour assurer son efficacité au niveau international. Cette suggestion d'adaptation émise par le Professeur Georges Khairallah a suscité une proposition adoptée par le 113e Congrès des Notaires de France à Lille en septembre 2017. Cette pratique est suivie par un certain nombre de notaires français.

En conclusion, nous sommes particulièrement attentifs et impatients de connaître la solution apportée par la doctrine et la pratique québécoises pour la réception de ce nouveau divorce français.