

AJ Famille

ACTUALITÉ JURIDIQUE FAMILLE

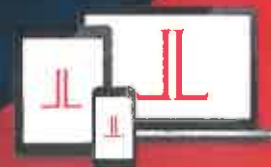
Dossier



331 PROTECTION DE L'ENFANT

- 322** Attention aux décrets de mai 2017
- 347** Nouveau divorce par consentement mutuel :
risques dans les pays de Common law
D. Eskenazi, C. Brown, J. D. Morley
- 354** Sexe neutre : la Cour s'en remet à la loi
J. Houssier
- 356** Le certificat médical circonstancié
V. Montourcy, G. Raoul-Cormeil
- 363** Pacs : relations de père à fils
P. Hilt

DAJLOZ



Version numérique incluse*



ref: 661706

9 782996 161706

NOUVEAU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL : RECONNAISSANCE ET RISQUES DE CONTENTIEUX POST-DIVORCE DANS LES PAYS DE COMMON LAW

Exemples de l'Angleterre et des États-Unis

par **Delphine Eskenazi**, Admise aux barreaux de Paris et New York, LIBRA Avocats
Carmel Brown, Avocate en Angleterre, Irwin Mitchell
Jeremy D. Morley, Admis au barreau de New York, Cabinet de Jeremy D. Morley

Après une présentation succincte, par Delphine Eskenazi, des lignes directrices du nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel français – divorce administratif –, Carmel Brown, avocate pratiquant en Angleterre, et Jeremy Morley, avocat pratiquant aux États-Unis, envisagent les problématiques de reconnaissance et de contentieux consécutifs à un divorce administratif, dans leurs États respectifs.

Depuis le 1^{er} janv. 2017, le droit français du divorce fait l'objet d'une réforme historique : dans l'hypothèse d'un accord global entre les époux, la convention de divorce n'est plus examinée ni approuvée par un magistrat français.

L'accord est simplement retranscrit dans un contrat privé, signé par les époux et leurs conseils respectifs. L'accord est ensuite enregistré par un notaire, ce qui l'érige au rang de document exécutoire au regard du droit français. En cas d'accord des époux, l'on est donc passé d'un divorce judiciaire à un divorce purement administratif.

Cette réforme a des implications dans un contexte international que le législateur français a délibérément choisi d'ignorer ; et ce alors que le nombre de divorces présentant un élément d'extranéité est très important statistiquement.

En particulier, le divorce par consentement mutuel pourrait ne pas être reconnu dans de nombreux pays étrangers, notamment les pays de « common law », multipliant ainsi très significativement les risques de contentieux post-divorce. D'un divorce amiable à des suites litigieuses, le risque de raviver le contentieux est donc significativement accru par cette réforme.

■ Qu'est-ce que le nouveau divorce français par consentement mutuel ?

Défaut de contrôle et d'implication des juridictions françaises - Conformément aux dispositions du nouvel art. 229 c. civ., les époux qui s'entendent tant sur le principe de la dissolution de leur mariage que sur

les conséquences de celle-ci peuvent enregistrer cet accord dans un contrat, sans qu'il soit nécessaire de le faire examiner ou approuver par les juridictions françaises.

La procédure est simple : un projet de convention est rédigé par les avocats des parties et signé par les deux époux et leurs avocats ensemble⁽¹⁾. À l'expiration d'un délai de réflexion de quinze jours prévu à peine de nullité, la convention signée est alors transmise par l'avocat le plus diligent au notaire, aux fins de dépôt au rang de ses minutes. Le juge n'est saisi par les parties qu'exceptionnellement, dans des circonstances précisément définies, lorsqu'un enfant mineur demande à être auditionné.

En l'absence d'examen par les juridictions, il n'est pas nécessaire que les époux aient un quelconque lien avec la France pour bénéficier de cette nouvelle procédure de divorce, ce qui a conduit certains auteurs à considérer, légitimement, que « la France allait devenir le nouveau Las Vegas du divorce »⁽²⁾.

Aucun tiers indépendant et impartial ne s'assurera non plus du consentement libre et éclairé des époux, ni de l'équilibre de la convention (en particulier s'agissant des stipulations relatives aux enfants).

Seul gage du consentement éclairé des époux, la loi impose que chacun d'eux soit représenté par son propre avocat, supposé avoir à cœur de défendre au mieux ses seuls intérêts.

L'absence de contrôle par un tiers indépendant et impartial pourrait néanmoins conduire à la conclusion de conventions particulièrement défavorables à l'une des parties, même après mise en garde de l'avocat, dans l'optique, par exemple, d'accélérer le processus (compte tenu de la longueur d'une procédure judiciaire en France). **Défaut d'obligation de révélation des informations financières pertinentes** - La problématique de la prestation compensatoire constitue une illustration symptomatique des difficultés engendrées par la réforme.

Avant la réforme, lorsque la convention de divorce était examinée et approuvée par les juridictions, et que les parties avaient convenu que l'une d'entre elles devait recevoir une certaine somme à titre de prestation compensatoire, elles étaient tenues de renseigner la Cour sur leur situation financière, par le biais d'une déclaration sur l'honneur, établie et signée par chacune d'entre elles. La nouvelle loi ne prévoit aucune obligation de transmettre ou d'attacher

(1) V. Dossier AJ fam. du mois de janvier 2017.

(2) A. Boiché, AJ fam. 2017. 57.

une telle déclaration à la convention de divorce. La circulaire se contente de recommander aux parties d'y procéder. Cette recommandation n'équivaut toutefois pas à une obligation et n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée devant les juridictions. Par conséquent, les époux pourraient simplement conclure une convention de divorce sans se révéler aucune information financière.

Défaut de certificats européens - Enfin, le législateur a explicitement reconnu que le seul certificat qui sera délivré par le notaire sera celui prévu par l'art. 39 du règlement « Bruxelles II bis ». Le certificat de l'art. 41 du même règlement (certificat qui concerne l'exercice du droit de visite et d'hébergement) ne sera pas délivré, non plus que les certificats prévus par le nouveau règlement européen sur les obligations alimentaires, ce qui signifie que le créancier d'aliments ne sera plus en mesure de bénéficier de la procédure de reconnaissance simplifiée prévue par ce règlement.

L'on comprend à l'issue de cette présentation succincte que la tentation pour l'un des époux de saisir les juridictions d'un autre État, tel que l'Angleterre ou les États-Unis, dans l'espoir d'obtenir une compensation financière plus importante ou un accord plus avantageux s'agissant de la résidence des enfants, n'est pas négligeable.

■ Le divorce par consentement mutuel français sera-t-il reconnu en Angleterre et au pays de Galles ?

Un divorce prononcé au sein de l'Union européenne est reconnu de manière quasi automatique en Angleterre et au pays de Galles à la condition qu'il soit prononcé conformément aux lois en vigueur dans l'État membre en question. C'est pourquoi, dans la mesure où le divorce par consentement mutuel sera mené à son terme conformément à la loi – par un acte signé par les deux parties, contresigné par leurs conseils et le notaire, il devrait être reconnu en Angleterre et au pays de Galles. Il faudra toutefois classiquement qu'il soit accompagné d'une traduction certifiée. Il est également fondamental que le divorce ne soit pas un « divorce transnational », mais qu'au contraire la procédure débute et se termine en France.

Puisque le juge ne jouera plus un rôle actif dans le nouveau divorce par consentement mutuel, il n'existera plus de contrôle de la validité des conventions ; ce qui aura probablement pour conséquence non seulement d'accroître le risque de contentieux post-divorce en France, mais également d'ouvrir la possibilité d'un second contentieux en Angleterre ou au pays de Galles. En effet, si la compétence des juridictions françaises n'est pas mise en œuvre, puisque le divorce par consentement mutuel est un simple contrat, ne faut-il pas considérer que la possibilité demeure pour les juridictions d'un autre État de se reconnaître compétentes ?

Partie III du *Matrimonial and Family Proceedings Act* de 1984 (MFPA 1984)

Ouverture d'un contentieux devant les juridictions anglaises - L'Angleterre est souvent citée dans les médias comme la capitale mondiale du divorce. Elle a pour réputation d'être l'un des États les plus généreux avec les épouses (souvent moins fortunées que leur mari). Par ailleurs, les juridictions anglaises peuvent, dans certaines circonstances, homologuer une convention de divorce alors même que le couple aurait déjà divorcé (et que des compensations financières auraient déjà été prononcées) dans un autre État.

La troisième partie du « *Matrimonial and Family Proceedings Act* » (MFPA 1984) accorde aux juridictions anglaises le droit d'intervenir et de prendre des décisions relatives aux conséquences financières d'un divorce, dès lors que certains critères de compétence

sont réunis. En substance, une fois sa compétence acceptée, le juge anglais a la possibilité de prendre les décisions qu'il aurait prises si le divorce avait été prononcé en Angleterre ; ce qui peut inclure la condamnation au paiement d'une pension alimentaire, d'une somme forfaitaire, le prononcé de mesures relatives au logement familial, ou le partage d'une pension.

Exemple - Un époux ayant divorcé par consentement mutuel en France et s'estimant véritablement désavantagé par l'accord conclu, pour peu qu'il n'ait reçu ni l'assistance juridique nécessaire, ni les informations pertinentes sur la situation financière de son époux, pourrait rechercher la compétence des juridictions anglaises. Cette hypothèse est d'ailleurs fort probable dans la mesure où aucun accompagnement ni contrôle judiciaire n'aura été mis en œuvre. L'affaire *Agbaje c/ Akinnoye-Agbaje*, aux termes de laquelle la partie III a pour objet « l'atténuation des conséquences préjudiciables d'une absence de compensation financière, ou d'une compensation financière inadaptée, prononcée par une juridiction étrangère, lorsqu'il existe un lien substantiel avec l'Angleterre », fait autorité en la matière.

L'éventail des conséquences possibles est large et dépend des circonstances de l'espèce. Toutefois, l'on imagine sans mal que l'un des ex-époux, après avoir divorcé par consentement mutuel en France, cherche à rouvrir le contentieux relatif aux mesures financières en Angleterre (à supposer qu'existe ce lien substantiel requis avec l'Angleterre), notwithstanding les mesures financières déjà convenues.

Jusqu'à maintenant, il était relativement difficile de faire jouer avec succès une action sur le fondement de la partie III en Angleterre et au pays de Galles lorsque le divorce avait été prononcé dans un État occidental, et particulièrement dans un État membre de l'Union européenne. La question se posait davantage pour les conventions conclues dans des États de culture plus traditionnelle – dans lesquels les femmes sont traitées différemment et où, par conséquent, les compensations financières ne sont pas forcément adéquates.

Cette situation pourrait évoluer, maintenant que les conventions françaises ne feront plus l'objet d'un contrôle judiciaire et que de nombreuses conventions déséquilibrées, voire tout à fait déraisonnables, pourraient se faire jour, qui ne permettraient aux époux de subvenir ni à leurs besoins personnels ni à ceux de leurs enfants. En pratique, ce contentieux engorgera les juridictions anglaises, les procédures étant complexes, fastidieuses et onéreuses.

Les juridictions anglaises seront toutefois peu enclines à accepter une telle requête si elles considèrent que le requérant français cherche simple-

(3) On rappellera ici que la convention de divorce est considérée comme un contrat et les parties pourront donc tenter d'obtenir la nullité de cette convention sur le fondement du droit commun des contrats, par exemple pour vice du consentement (erreur, dol...). Pour cette raison, les conseils des parties recommanderont certainement en pratique à leurs clients d'annexer à la convention de divorce une déclaration sur l'honneur, afin de se prémunir contre ce risque de nullité pour vice du consentement.

ment à obtenir une seconde compensation induite, après avoir déjà reçu une compensation satisfaisante en France.

Cumul des obligations alimentaires - Une autre question reste à résoudre, celle de savoir si la mise en place d'une pension alimentaire (ou prestation compensatoire) dans un État membre de l'Union européenne est de nature à exclure automatiquement la compétence des juridictions anglaises et galloises à prononcer une compensation financière sur le fondement de la partie III. Dans la mesure où le règlement sur les obligations alimentaires a pour objet de faciliter l'obtention par le créancier alimentaire d'une décision automatiquement exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire, il semble raisonnable de considérer que ce règlement n'aura pas d'incidence sur la possibilité de solliciter l'application de la partie III. Toutefois, la question est de savoir si la reconnaissance des décisions prises dans un autre État membre signifie seulement que la décision est reconnue et la responsabilité du débiteur établie, ou bien si cela permet d'engager la responsabilité du débiteur aux yeux de la législation anglaise. Le préambule du MFPA dispose en sa section 25 que la « reconnaissance d'une décision rendue par un État membre en matière d'obligations alimentaires a pour seul objet de permettre de recouvrer les sommes déterminées dans la décision » (section 25 de la partie III du MFPA 1984). En d'autres termes, il ne s'agit nullement de protéger le débiteur d'une requête fondée sur la partie III.

Certes, une compensation financière prononcée dans un État membre de l'Union européenne pèsera d'un poids non négligeable sur la recevabilité d'une requête fondée sur la partie III et sur l'examen de son bien-fondé. Mais, en pratique, il est très probable que l'octroi d'une nouvelle compensation financière en dehors du périmètre du règlement n'en soit pas pour autant empêché. Par suite, quand bien même une partie aurait déjà obtenu une prestation compensatoire (ou pension alimentaire) en France, la possibilité d'une seconde demande relative aux conséquences financières du divorce pourrait demeurer ouverte.

Questions relatives aux enfants (responsabilité parentale et aspects financiers)

La nouvelle législation française a malheureusement omis d'envisager les litiges comportant un élément d'extranéité et n'a rien prévu pour l'obtention des certificats imposés par les règlements européens (à part celui de l'art. 39 du règlement « Bruxelles II bis »). Or il n'est pas de la compétence d'un notaire de délivrer de tels certificats.

Les conséquences de cette omission sont nombreuses et empêchent les conventions françaises, pourtant conformes aux dispositions des art. 20 et 40-42, d'être directement reconnues et exécutoires en Angleterre et au pays de Galles.

Enfin, les risques qui viennent d'être identifiés de

non-reconnaissance des conventions de divorce françaises en Angleterre se trouveront accrus après le *Brexit*. En effet, il ne sera bientôt plus possible de se fonder sur le règlement « Bruxelles II bis » pour faire reconnaître le prononcé du divorce lui-même et on peut se demander dans quelle mesure les juridictions anglaises accepteront de reconnaître ce divorce administratif français, surtout dans une hypothèse où la famille résiderait en Angleterre, sans attache réelle avec la France.

Le divorce français par consentement mutuel sera-t-il reconnu aux États-Unis ?

L'issue du contentieux relatif à la reconnaissance du divorce administratif français devant les juridictions américaines est également incertaine et soulève de nombreuses et intéressantes problématiques. La question est particulièrement complexe du fait de certains principes très spécifiques aux États-Unis pour la reconnaissance des divorces : on pense ici au concept de « divorce divisible », à la nature imprécise des règles de courtoisie internationale Reconnaissance des conséquences financières du divorce français onale, à l'impact de la clause d'application régulière de la loi prévue par la Constitu-

tion, aux différentes dispositions applicables dans les 50 États américains, aux divergences d'interprétation d'un État à un autre et aux règles particulières applicables à la question de la résidence des enfants.

Reconnaissance du principe du divorce - Les juridictions américaines reconnaissent en principe les divorces prononcés par une juridiction étrangère, selon la doctrine de la courtoisie internationale, lorsque l'un des époux avait sa résidence dans l'État où la procédure

de divorce a débuté ; ce qui signifie que cet État était celui de la résidence véritable, fixe et permanente de l'époux en question et dans lequel, en cas d'absence, il avait l'intention de retourner. Toutefois, la reconnaissance peut en tout état de cause être refusée si l'État étranger n'a pas assuré une procédure juste et équitable, ou encore si le jugement est entaché d'erreur ou de fraude.

Les cas dans lesquels les juridictions américaines ont eu à traiter de divorces non contentieux sont très peu nombreux. Il est probable que les États-Unis s'en tiennent au principe général selon lequel un divorce régulièrement obtenu, conformément aux dispositions en vigueur dans l'État où au moins l'un des époux a sa résidence, dissout effectivement le mariage. Une récente décision rendue à Hawaï a confirmé en appel la reconnaissance d'un divorce administratif prononcé à Taïwan. Par ailleurs, plusieurs divorces administratifs furent de la même façon reconnus en matière d'immigration.

Toutefois, la nouvelle procédure française autorise le prononcé d'un divorce administratif alors qu'aucun des deux époux ne serait domicilié en France ou n'aurait même de lien avec la France. Ce qui rend vraisemblable la non-reconnaissance aux États-Unis du divorce administratif français prononcé entre deux époux non domiciliés en France.

Une exception à ce principe pourrait trouver à s'appliquer à New York, où les juridictions reconnaissent depuis longtemps les divorces par consentement mutuel étrangers « bilatéraux », tels que le divorce judiciaire dominicain pour lequel l'un des époux se contente de se rendre sur place pour une semaine avec une procuration de son époux, alors même qu'aucun des deux n'y est domicilié. Cette jurisprudence n'est cependant pas suivie par les autres États américains.

Une autre exception trouvera sans doute à s'appliquer pour éviter que l'un des époux conteste un divorce sur lequel il s'est pourtant

L'octroi d'une prestation compensatoire conventionnelle pourrait bien ne pas empêcher une nouvelle demande en Angleterre

fondé pour obtenir un avantage ou un bénéfice quelconque. Cependant, cela n'empêcherait pas un tiers, telles que les autorités de l'immigration, de refuser de reconnaître le divorce.

Reconnaissance des conséquences financières du divorce français

- Pour qu'une juridiction américaine reconnaisse le volet financier d'un divorce étranger, chaque partie doit avoir un lien substantiel avec l'État en question, avoir été concernée par la procédure dans cet État, ou avoir accepté la compétence de la juridiction étrangère. Cette condition sera probablement remplie dans le cas du divorce administratif français dans la mesure où le consentement des deux parties est requis pour qu'il soit prononcé.

Cependant, de sérieux problèmes pourraient se poser dans l'hypothèse où l'une des parties ne serait pas satisfaite de l'issue financière du divorce et chercherait à la contourner en saisissant les juridictions américaines. Une telle manœuvre pourrait s'appuyer sur l'absence d'obligation de divulguer à son conjoint les informations pertinentes concernant sa situation financière.

Les juridictions américaines ne rouvrent en principe pas le débat sur les conséquences financières lorsqu'elles ont été tranchées par une juridiction étrangère, pour peu que celle-ci soit compétente, et à moins que ne soit établie la fraude ou l'erreur. Une juridiction américaine ne pourra en principe même pas autoriser une partie à formuler une demande concernant un actif non pris en compte dans la procédure étrangère, à moins qu'il soit clairement établi que la juridiction étrangère n'était pas compétente pour trancher sur l'actif en question. Toutefois, les divorces administratifs pourraient subir un traitement différent, puisqu'ils ne sont fondés que sur le seul accord des parties et ne requièrent aucune intervention judiciaire. Les juridictions américaines appliqueront sans doute à ces cas de divorces les principes plus flexibles et libéraux qu'elles ont développés s'agissant du refus d'application des accords amiables de divorce conclus entre époux ; refus conduisant ensuite les époux à devoir poursuivre le divorce de façon judiciaire. Les juridictions américaines acceptent en effet d'écarter l'application de conventions financières, dans le cadre d'un divorce amiable, à la demande de l'un des époux, lorsqu'il établit que son consentement a été donné sous la contrainte, ou même à la seule condition, pour certaines juridictions, que le résultat de cette convention soit considéré comme particulièrement injuste ou inéquitable pour l'une des parties.

Lorsque le juge américain examinera les conséquences financières d'un divorce administratif français, il s'attachera sans aucun doute au point de savoir si, avant de conclure l'accord, le demandeur avait reçu une information claire et transparente sur les informations financières pertinentes, avait parfaitement compris les implications de l'accord envisagé, et avait été assisté de son propre avocat. Les réactions des juridictions américaines face à de telles demandes seront fonction de l'État devant lequel elles seront portées, avec pour variables la jurisprudence développée dans chaque État s'agissant de l'application des conventions de divorce, les dispositions locales spécifiques et les réactions personnelles des magistrats locaux.

Reconnaissance des points relatifs à l'autorité parentale d'un divorce français - Il est très probable que les juridictions américaines refusent de reconnaître les stipulations d'une convention de divorce relatives à l'autorité parentale, à moins qu'elles ne soient conformes aux dispositions locales applicables dans l'État statuant sur la question.

Tous les États américains ont adopté le « *Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act* » (UCCJEA), à l'exception du Massachusetts dans lequel s'appliquent des dispositions antérieures mais similaires. Très sommairement, cet acte prévoit que l'État dans

lequel l'enfant a son domicile – c'est-à-dire l'État étranger dans lequel l'enfant a vécu pendant les six derniers mois – dispose d'une compétence exclusive pour statuer sur une demande initiale relative aux modalités de la résidence de l'enfant et conserve sa compétence quand bien même ni l'enfant ni aucun de ses parents ne résideraient plus dans l'État en question.

Cela signifie que si, par exemple, une convention de divorce française prétendait pouvoir fixer les modalités de la résidence d'un enfant ne résidant pas, ou n'ayant pas résidé en France, ses dispositions ne seraient probablement pas applicables aux États-Unis.

Exécution des engagements financiers des parties (notamment en matière d'obligations alimentaires)

- De sérieuses difficultés risquent de voir le jour aux États-Unis s'agissant de l'exécution des dispositions de la convention de divorce par consentement mutuel française relatives à la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et à la prestation compensatoire. L'acte unique et interétatique relatif aux obligations alimentaires, adopté à travers tous les États-Unis, met en place des mesures de nature à assurer l'exécution des décisions prononçant une pension alimentaire rendues dans un autre État américain, ou même dans un État étranger. Toutefois, pour qu'une décision entre dans le champ d'application de cet

acte, il doit s'agir d'un « jugement, décret, ordonnance ou directive » rendu « par un tribunal », c'est-à-dire « une cour, une autorité administrative ou une entité quasi-judiciaire ». Dans la mesure où les stipulations d'une convention de divorce française n'auront pas la forme d'un jugement, d'une ordonnance ou d'un document similaire prononcé par un tri-

bunal, il se peut qu'il soit particulièrement complexe d'obtenir leur exécution aux États-Unis.

Les modalités conventionnelles de résidence de l'enfant qui ne résiderait pas ou n'aurait pas résidé en France ne seraient probablement pas applicables aux États-Unis.

■ Conclusion

L'exécution des divorces administratifs français aux États-Unis et en Angleterre soulèvera de nombreuses et intéressantes problématiques juridiques. Il est donc fermement recommandé d'en informer de la manière la plus transparente possible tous les époux qui pourraient avoir un lien avec un État de *common law*.

En somme, cette réforme aura sans aucun doute d'importantes répercussions à l'étranger, en particulier dans des États tels que les États-Unis ou l'Angleterre, dont la culture juridique est très différente de la culture française.

Nous avons bon espoir que les commentaires des praticiens seront pris en compte et que des adaptations adéquates seront mises en place.

1. V. la plainte déposée contre la France, AJ fam. 2017. 266.