

AJ Famille 2025 p.274

Pratiques - Les difficultés d'exécution à l'international du « divorce déjudiciarisé » dans ses dispositions relatives aux enfants

Inès Amar, Avocate aux barreaux de Paris et de New York, Libra Avocats

L'essentiel

Le législateur, rédacteur de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui a consacré le divorce par consentement mutuel (« DCM ») enregistré au rang des minutes d'un notaire, n'a pas pris en compte les implications de cette loi sur les situations présentant un élément d'extranéité. Si bien que l'exécution internationale d'un tel divorce pose d'importantes difficultés techniques.

Après examen de ces difficultés et rappel des préalables au DCM dans un contexte international (1^{re} partie), nous nous intéresserons aux risques liés à l'exécution de certaines de ses dispositions (2^e partie), avant de conclure sur la solution pragmatique de l'homologation judiciaire à envisager lorsque ces risques sont trop difficiles à surmonter (3^e partie).

Cette étude se limitera au contexte international intra-européen, et aux dispositions qui concernent spécifiquement les enfants. Hors contexte européen, les risques liés à l'exécution du DCM sont décuplés de sorte que le recours à un tel instrument en présence d'enfants, notamment qui résideraient à l'étranger, est généralement déconseillé.

1. Préalables au DCM dans un contexte international

D'une part, si l'enfant doté du discernement sollicite d'être entendu par un juge par le biais du formulaire de l'art. 388-1 c. civ., les parents devront basculer vers un divorce judiciaire par consentement mutuel, le DCM déjudiciarisé étant écarté dans cette hypothèse (C. civ., art. 229-2 ) .

D'autre part, en présence d'un élément d'extranéité, il est essentiel de vérifier, dans le pays où le divorce ou ses conséquences doit(vent) être reconnu(es), le risque d'un refus de reconnaissance si le divorce et l'accord sur ses conséquences n'ont pas été prononcés ou homologués par un juge, en se renseignant, pays par pays, voire État par État (si État fédéral), auprès d'un professionnel qualifié.

De façon générale, recourir au DCM en présence d'enfants mineurs et hors coopération judiciaire européenne ne sera pas l'outil le plus adapté ; obtenir une décision de justice facilitera grandement l'exécution.

Enfin, il faudra vérifier la compétence des juridictions françaises en matière de divorce et de responsabilité parentale. Rappelons, en effet, que le Règlement dit « Bruxelles II *ter* » (1) dispose, au considérant 14 que, « selon la jurisprudence de la Cour de justice, le terme "juridiction" doit être interprété au sens large pour couvrir également les autorités administratives ou d'autres autorités, telles que les notaires, qui sont compétentes dans certaines matières matrimoniales ou de responsabilité parentale ». Il convient, donc, désormais, de justifier dans le DCM la compétence des autorités françaises. À défaut, le DCM ne pourra pas circuler (art. 66, 2, a) du Règlement), qu'il s'agisse du principe du divorce ou des modalités d'exercice de l'autorité parentale :

- **en matière de divorce**, l'art. 3 du Règlement prévoit de nombreux fondements de compétence. Il conviendra de citer le fondement applicable et de faire état des liens de rattachement du couple avec la France. Il faut encore préciser que la loi française s'applique bien au divorce, sur le fondement de l'art. 309 c. civ. ou, si l'on considère que le Règlement dit « Rome III »⁽²⁾ s'applique, sur le fondement de son art. 8 ;

- **en matière d'autorité parentale**, les art. 7 à 10 du Règlement « Bruxelles II *ter* » prévoient les fondements possibles, centrés autour de la résidence de l'enfant, ou d'un choix de juridiction des parents, conforme à l'intérêt de l'enfant ;

- **en matière d'aliments**, il n'est pas nécessaire en principe de justifier la compétence, mais il est possible de le faire dans un souci d'harmonisation.

2. Risques liés à l'exécution du DCM à l'égard des enfants dans les États membres

Le régime de l'exécution des modalités d'exercice de l'autorité parentale diffère de celui de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, puisque l'autorité parentale est régie par le Règlement « Bruxelles II *ter* », qui envisage expressément les accords tels que les DCM à travers le mécanisme des certificats qui en permettent la circulation intra-européenne, alors que les obligations alimentaires sont régies par le Règlement dit « Aliments »⁽³⁾.

Dans un contexte international, la signature du DCM n'est bien souvent que la première étape d'un parcours semé d'embûches pouvant faire obstacle, à différents stades du processus, à la reconnaissance des dispositions relatives aux enfants.

2.1 Risques liés à l'exécution des dispositions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale

2.1.1 Préalable à la reconnaissance : délivrance du certificat de l'art. 66 du Règlement « Bruxelles II *ter* »

L'art. 66 concerne l'exécution des accords et actes authentiques, et prévoit que l'autorité délivre un certificat au moyen du formulaire « Annexe IX » en matière de responsabilité parentale.

Il ne peut être délivré que si l'autorité qui a enregistré l'accord est celle dont les juridictions sont compétentes au titre du chapitre II (v. *supra*). En l'absence de certificat, l'accord n'est « ni reconnu, ni exécuté dans un autre État membre ». L'obtention du certificat est donc le « nerf de la guerre » de l'exécution du DCM.

Il est important de noter que, en matière de responsabilité parentale, le certificat ne peut être délivré si son contenu est contraire à l'intérêt de l'enfant.

Le président du tribunal judiciaire (C. pr. civ., art. 509-1⁽⁴⁾) le délivre, en pratique, dans un délai d'environ deux mois.

S'il est logique que ce soit un juge plutôt qu'un notaire ou un avocat qui délivre ce certificat, et par là même effectue une vérification au fond sur l'intérêt de l'enfant, cela signifie cependant que le « divorce sans juge » porte mal son nom dès lors qu'il peut être invalidé *a posteriori* par une juridiction en ce qui concerne les enfants.

En pratique, le contrôle du juge sera cependant assez léger en cas d'accord (similaire à celui effectué lors de l'homologation d'une convention de divorce, par ex.). Cela étant, il conserve un pouvoir de refus sur le fondement de la contrariété à l'intérêt de l'enfant ou de l'absence de compétence des autorités françaises.

Il faut ainsi éviter les dispositions trop « fantaisistes » à l'égard des enfants, qui pourraient être jugées contraires à leur intérêt.

Exemples - Il convient d'éviter une séparation de frères et soeurs sauf si elle est bien justifiée, une résidence alternée avec alternance trop ou pas assez fréquente ou qui empêche la scolarisation dans un seul pays (parce que les parents souhaitent par exemple que l'enfant soit scolarisé six mois chez l'un et six mois chez l'autre), etc.

En cas de refus, le juge fera notifier l'ordonnance au parent qui ne l'a pas saisi de la requête ; auquel cas le DCM demeurera dans l'ordre juridique, mais de façon affaiblie. Le JAF devra alors être saisi afin de fixer les nouvelles modalités d'exercice de l'autorité parentale.

2.2 Post-délivrance du certificat : de possibles nouvelles difficultés

L'obtention du certificat dans l'état d'origine ne marque pas la fin du processus de reconnaissance.

Il faut noter que le certificat de l'art. 66 (accompagnant un accord) a une valeur juridique plus fragile que le certificat de l'art. 36 (accompagnant une décision de justice), puisque celui de l'art. 66, qui nous intéresse ici, est susceptible de recours, d'annulation, et peut faire l'objet de « précisions ».

Refus de reconnaissance par l'État requis - L'État requis peut refuser de reconnaître l'accord relatif aux enfants aux motifs suivants (art. 68) :

- contrariété à l'ordre public de l'État requis, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant (l'intérêt supérieur fait ici l'objet d'une nouvelle évaluation, cette fois-ci de l'État requis, dont les critères peuvent être plus difficiles à anticiper que ceux de l'État d'origine) ;
- à la demande d'un tiers qui fait valoir que l'acte authentique fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité parentale si l'accord a été conclu et enregistré sans son accord ;
- inconciliabilité de l'accord avec une décision, acte authentique ou accord ultérieur en matière de responsabilité parentale établi dans l'État requis (qui est un État membre) ;
- dans cette même hypothèse d'inconciliabilité, si l'État requis est un État tiers où l'enfant réside habituellement, dès lors que l'acte ultérieur réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État requis ;

*Dans ces deux cas d'inconciliabilité, ces motifs sont assez graves puisque des décisions **postérieures** peuvent faire échec à la reconnaissance du DCM. Afin de se prévaloir autant que possible contre ce risque, il est préférable de procéder aux formalités de reconnaissance dès que possible lorsque l'on anticipe qu'elles seront nécessaires.*

- enregistrement de l'accord « sans que l'enfant qui est capable de discernement n'ait eu la possibilité d'exprimer son opinion. »

Ce dernier point est crucial.

En effet, l'État requis qui examine la condition de « discernement » et de « possibilité d'exprimer son opinion » par l'enfant le fera selon ses propres critères légaux, lesquels pourront être très différents de ceux de l'État d'origine.

Exemples - En France, le fait pour le parent de déclarer dans la convention qu'un enfant de moins de 8 à 10 ans

environ « ne dispose pas du discernement » sera suffisant à écarter l'enfant de la possibilité d'être entendu. De même, le fait que l'enfant plus âgé coche « non » sur un formulaire relatif à son souhait d'être entendu suffira à considérer qu'il a eu la possibilité d'exprimer son opinion.

Cependant, dans certains États membres, un enfant sera considéré comme pourvu du discernement beaucoup plus tôt : dès 6 ans environ en Pologne, encore plus tôt en Allemagne... La notion de « possibilité effective d'être entendu » peut également varier selon les États. Par exemple, la pratique du formulaire à remplir directement par l'enfant en France n'est pas très répandue à l'étranger.

De sorte qu'il faut être particulièrement vigilant en anticipant cette question en amont de la signature d'un DCM. Car le risque est de parvenir à obtenir le certificat en France (4), mais de faire face ultérieurement à un problème de reconnaissance ou d'exécution dans l'État requis. Il conviendra donc de se renseigner en amont auprès d'un confrère étranger afin de s'assurer qu'un simple formulaire art. 388-1, dans lequel l'enfant aura coché qu'il ne souhaite pas être entendu, suffit bien à remplir la condition de l'art. 68 dans le pays concerné.

Rectification ou annulation du certificat - Le certificat une fois obtenu peut encore faire l'objet d'une rectification ou d'une annulation (Règl. « Bruxelles II *ter* », art. 67).

Il sera rectifié s'il existe une différence matérielle ou une omission dans le certificat par rapport à l'acte authentique, et annulé s'il a été délivré indûment au regard des exigences de l'art. 66.

Cette procédure est régie par le droit de l'État membre d'origine, et il s'agira en France d'un appel (s'il émane du requérant) ou d'un référé-rétractation.

« **Précisions** » de l'État requis sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale - L'art. 54 du Règlement « Bruxelles II *ter* » dispose : « Les autorités compétentes en matière d'exécution ou les juridictions de l'État membre d'exécution peuvent arrêter les modalités pour organiser l'exercice du droit de visite, si les modalités nécessaires n'ont pas été prévues ou ne l'ont pas été suffisamment dans la décision rendue par les juridictions de l'État membre compétentes pour connaître du fond, et pour autant que les éléments essentiels de ladite décision soient respectés. »

Cette possibilité peut interpellier. Si l'art. 71 du Règlement prohibe la révision au fond, ces précisions qui sont supposées porter sur des détails peuvent avoir d'importants enjeux pour les familles.

Exemple - Une « précision » sur le lieu de prise en charge de l'enfant lorsque les parents résident dans deux États différents, sur les modalités de répartition de la « moitié » des vacances, etc., peut faire en pratique l'objet d'importants contentieux entre les parents.

2.2 Limites liées à l'exécution des dispositions relatives aux obligations alimentaires pour les enfants

ARIPA : un mécanisme non adapté - Il est impossible de prévoir dans un DCM l'application de l'intermédiation financière, à défaut d'une « stabilité de résidence » en France, pour le parent créancier comme pour le débiteur (5).

Pas de délivrance d'un certificat sauf en cas d'acte authentique - Si le Règlement « Aliments » (art. 48) prévoit la délivrance d'un certificat permettant la circulation des décisions dans les États membres, il ne s'applique pas au DCM, qui n'est pas un « acte authentique exécutoire ».

En pratique, le notaire peut cependant, conformément à l'art. 509-3, II, 2°, c. pr. civ., délivrer un extrait d'acte

authentique, sur la base du DCM, en vue de faire exécuter une obligation alimentaire qui y est prévue, lui permettant ainsi de circuler.

3. Solution à envisager : l'homologation judiciaire

Ce rapide panorama des risques liés à l'exécution du DCM pointe les nombreux obstacles à franchir, à tous les niveaux, avant d'obtenir la reconnaissance/l'exécution d'un DCM concernant un enfant dans un autre État membre (et *a fortiori* dans un État tiers).

Lorsque ces risques sont trop importants au vu des enjeux spécifiques du dossier, que l'élément d'extranéité concerne trop de pays différents, ou que le pays concerné ne reconnaît pas le DCM, il est possible de faire homologuer par un juge une convention de divorce, prévoyant notamment les modalités relatives aux enfants.

Cette convention doit être soumise au juge pendant l'instance conformément à l'art. 268 c. civ., ce qui suppose de saisir dans un premier temps le juge (par requête conjointe ou assignation), avant de faire signer et de déposer cette convention en en sollicitant l'homologation. En présence d'un état liquidatif, celui-ci devra aussi être signé pendant l'instance (C. civ., art. 265-2¹), et il faudra préciser qu'il est signé sous condition suspensive du prononcé du divorce et de l'homologation de la convention de divorce, en faisant référence à la procédure en cours. Il peut également être homologué.

Il faudra prévoir de produire cinq exemplaires originaux de la convention de divorce et au moins trois exemplaires originaux (actes authentiques) de l'état liquidatif, qui seront ensuite incorporés dans le jugement à intervenir, permettant une circulation optimale.

Le jugement deviendra définitif lorsque les parties auront signé des actes d'acquiescement réciproques (à défaut, à l'issue du délai d'appel après signification).

Cette option, plus sûre, sera cependant plus longue, mais fonctionne dans un délai raisonnable (selon l'encombrement de la juridiction) en cas d'accord complet.

Il est également possible de cantonner le DCM conventionnel au divorce et à ses effets entre époux, et de soumettre à l'homologation du JAF (par opposition à la simple apposition de la formule exécutoire par le greffe) la seule convention parentale reprenant les modalités concernant les enfants⁽⁶⁾.

Mots clés :

DIVORCE * Divorce par consentement mutuel * Divorce par consentement mutuel conventionnel * Circulation internationale * Disposition relative aux enfants * Difficulté d'exécution

(1) Règl. (UE) n° 2019/1111 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants.

(2) Règl. (UE) 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.

(3) Règl. (CE) 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.

(4) Car l'audition de l'enfant n'est pas une condition de délivrance du certificat selon l'art. 66 du Règlement, et le notaire aura vérifié en amont la bonne réception du formulaire de l'art. 388-1 c. civ. prévu à l'art. 229-2.

(5) Le parent créancier devant également remplir une condition de régularité du séjour, v. art. L. 582-1 CSS.

(6) V. en annexe, le modèle de requête en homologation d'une convention parentale, *infra* p. 277 , par A. Boiché.

Copyright 2025 - Dalloz – Tous droits réservés