

FAMILLE - DIVORCE: PAR CONSENTEMENT MUTUEL JUDICIAIRE

La procédure de divorce par consentement mutuel est possible dès lors que les époux sont entièrement d'accord sur l'idée de divorcer et sur toutes les modalités du divorce.

Depuis le 1er janvier 2017, le divorce par consentement mutuel peut être réalisé par deux modes procéduraux différents et alternatifs : contractuel ou judiciaire.

Par principe, le divorce par consentement mutuel est contractuel, c'est-à-dire qu'il est organisé par les époux avec l'assistance de leurs avocats et qu'aucun juge n'intervient dans la procédure.

En revanche, les époux, même d'accords sur le principe du divorce et sur toutes les modalités, devront néanmoins soumettre leur projet de divorce au juge lorsque :

- un enfant mineur demande à être entendu par le juge.

En pratique, il faudra remettre aux enfants capables de discernement le formulaire prévu par arrêté ministériel pour qu'ils le remplissent, le datent et le signent. Si toutefois l'enfant est capable de discernement mais incapable physiquement de signer, les deux parents signeront le formulaire en indiquant en indiquant les raisons pour lesquelles l'enfant n'a pas pu personnellement accomplir cette formalité.

Si l'enfant n'est pas capable de discernement, il devra en être fait mention dans la convention de divorce. La capacité de discernement s'appréciera au cas par cas en fonction principalement de l'âge de l'enfant.

Cette demande d'audition par le mineur peut être formée à tout moment de la procédure tant que la convention de divorce n'est pas enregistrée au rang des minutes d'un notaire.

Si entre temps un enfant mineur demande à être entendu, la procédure de divorce par le mode contractuel va alors basculer vers une procédure de divorce judiciaire. Mais d'un autre côté, si l'enfant mineur a souhaité être entendu, seule la procédure judiciaire aura pu être engagée et elle devra être menée jusqu'à son terme même si l'enfant change d'avis et renonce à l'audition qu'il avait sollicitée.

La formalité de l'audition du mineur est donc très importante dans la mesure où elle conditionne la voie procédurale du divorce par consentement mutuel.

- l'un des époux fait l'objet d'une mesure de protection (sauvegarde de justice, curatelle, tutelle, habilitation familiale)

SAISIE DU TRIBUNAL

Le tribunal est saisi par une requête en divorce établie au nom des deux époux qui contient à peine d'irrecevabilité l'identité des parties et des enfants, la juridiction saisie et les noms des avocats mandatés par les époux ou le nom de l'avocat commun, la date de sa rédaction avec la signature de chaque époux et des avocats. (Les époux peuvent se faire représenter par le même avocat ou par des avocats distincts alors que la procédure de divorce par consentement mutuel contractuel impose à chaque époux de prendre de son propre conseil).

Cette requête doit impérativement être accompagnée, sous peine d'irrecevabilité, d'une convention réglant les conséquences du divorce et incluant notamment un état liquidatif du régime matrimonial formulaire

(la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation) ainsi que le formulaire rempli par l'enfant mineur qui souhaite être entendu par le juge.

La convention de divorce doit contenir toutes les modalités pour organiser les conditions de la fin du lien matrimonial :

- Le sort de l'usage du nom de l'autre époux porté par le conjoint pendant la vie.
- Le lieu de résidence des époux et le sort du logement familial, comme de tous les biens immobiliers et mobiliers.
- Les conditions d'exercice de l'autorité parentale sur les enfants : la résidence habituelle des enfants, les modalités de garde des enfants, les modalités de l'exercice de droit de visite et d'hébergement d'un parent, le montant des pensions alimentaires ou la justification du non versement, éventuellement le parent bénéficiaire des prestations familiales...

Si une prestation compensatoire est prévue, la convention doit contenir diverses informations : les revenus, l'étendue et la valeur des patrimoines, les conditions de vie et perspectives dans un avenir prévisible de chacun des époux, le montant, les modalités de versement (capital ou rente, durée de règlement, attribution d'un bien ou d'un droit), l'existence de garanties de paiement, les conditions de sa révision,

- Pour le paiement d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire sous forme de rente viagère, il convient de rappeler les modalités de recouvrement, les règles de révision de la créance et les sanctions pénales encourues en cas de défaillance.
- Le sort des donations entre époux et avantages matrimoniaux que les époux ont pu se consentir pendant leur mariage.
- La date d'effet du divorce.
- La date de dissolution du mariage (dépôt de la convention au rang des minutes du notaire).
- Les modalités de règlement des impôts.
- Les modalités de prise en charge des frais du divorce.

Les époux disposent d'une grande liberté pour décider des conséquences de leur divorce et donc du contenu de leur convention, dans la limite des dispositions contenues dans le Code civil au chapitre « Des conséquences du divorce », le droit positif en la matière, l'ordre public et le respect les intérêts des enfants et de chacun des parents.

AUDITION DU OU DES MINEURS

Lorsqu'un enfant mineur a souhaité être entendu, le juge procède à son audition. Le refus du juge d'auditionner l'enfant ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou par le fait que la procédure ne le concerne pas. Le mineur et les parents sont avisés du refus avec indication des motifs du refus.

Avant le jour de l'audition, le greffe ou, le cas échéant, la personne désignée par le juge pour entendre le mineur adresse à celui-ci, par lettre simple, une convocation en vue de son audition. La convocation l'informe de son droit à être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Le même jour, les défenseurs des parties et, à défaut, les parties elles-mêmes sont avisés des modalités de l'audition.

Si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne choisit pas lui-même celui-ci, le juge requiert, par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier.

Le mineur peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

Lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant le commande, il désigne pour procéder à son audition une personne qui ne doit entretenir de liens ni avec le mineur ni avec une partie. Cette personne doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médicopsychologique. Si la personne chargée d'entendre le mineur rencontre des difficultés, elle en réfère sans délai au juge.

Les modalités d'audition peuvent être modifiées en cas de motif grave s'opposant à ce que le mineur soit entendu dans les conditions initialement prévues. Dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de cette audition. Ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire.

AUDIENCE D'HOMOLOGATION

En possession de la demande de divorce, de la convention qui fixe ses modalités et de l'audition du mineur, le juge aux affaires familiales est en mesure de convoquer les époux à une audience tout en respectant un délai d'au moins quinze jours. Leurs avocats sont avisés de la date retenue.

Les époux doivent impérativement être présents puisque le juge va les recevoir pour s'assurer que leur volonté réelle de divorcer et que leur consentement sur les modalités du divorce est véritablement libre et éclairé. Ce sera la seule occasion pour le juge d'attirer leur attention sur la portée de leurs engagements.

Le juge doit examiner les modalités du divorce qui lui sont présentées et veiller à ce que les intérêts de chaque époux soient suffisamment préservés.

LE PRONONCE DU DIVORCE PAR HOMOLOGATION DE LA CONVENTION DE DIVORCE

Si le juge considère que la volonté des époux est réelle et sincère que tous les intérêts en présence sont garantis, il rendra un jugement qui prononcera le divorce et l'homologation de la convention qui lui a été présentée.

En présence de clauses contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux, le juge peut, avant d'homologuer la convention et de prononcer le divorce, avec l'accord des parties, en présence du ou des avocats, les faire supprimer ou modifier. Mais si les modifications demandées nécessitent la mise en conformité de l'acte liquidatif et si celui-ci est notarié, le juge sera contraint de laisser un délai aux parties pour faire modifier l'acte par le notaire avant d'homologuer la convention,

In fine, si les conditions sont réunies, le juge rend sur-le-champ un jugement par lequel il homologue la convention et prononce le divorce.

LE REFUS D'HOMOLOGATION DE LA CONVENTION DE DIVORCE

Si le juge aux affaires familiales considère que la convention ne protège pas suffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux, il peut refuser de l'homologuer.

Il rend alors une ordonnance d'ajournement qui précise les conditions ou garanties auxquelles seront subordonnés l'homologation de la nouvelle convention et le prononcé du divorce.

L'ordonnance comprend également, le cas échéant, les mesures provisoires que les parties s'accordent à prendre à condition que ces dispositions soient conformes à l'intérêt des enfants.

Pour permettre la mise au point de ces mesures, le juge accorde, si besoin, une suspension d'audience, le temps que les époux et leur(s) avocat(s) rédigent une convention. Le juge est en droit de faire supprimer ou modifier certaines mesures provisoires qui lui paraissent contraire à l'intérêt de l'enfant. A défaut d'accord des époux sur les mesures provisoires, le juge ne peut pas se substituer à eux et les ordonner à leur place.

Après cette audience de rejet de l'homologation, les époux ont un délai maximum de six mois pour présenter une nouvelle convention et qui est suspendu en cas d'appel.

Passé le délai de six mois, si aucune convention n'est présentée avec les rectifications demandées ou si le juge refuse d'homologuer la nouvelle convention, la demande en divorce est caduque. Un autre ajournement n'est pas possible et les époux devront réintroduire la procédure de divorce. Pour la présentation de la nouvelle version de la convention de divorce, les époux sont convoqués dans les mêmes formes et délais que la première fois.

LIQUIDATION DU REGIME MATRIMONIAL

La convention de divorce qui a été homologuée par le juge aux affaires familiales doit préciser les modalités de la liquidation du régime matrimonial des époux. Elles sont donc prévues par eux avant le prononcé de leur divorce.

Si les époux n'ont ni biens communs, ni biens indivis et ils indiqueront dans la convention qu'il n'y a pas lieu à liquidation. Mais s'ils possèdent des biens communs ou que l'un au moins est propriétaire de biens indivis, la convention doit être accompagnée d'un état liquidatif en la forme d'un acte notarié si la liquidation porte sur un immeuble au moins.

S'il n'y a que des biens meubles à partager, la convention de divorcer indique que les époux ont déjà procédé à leur partage en indiquant éventuellement leur valeur qui servira de base au calcul du droit de partage.

Dans la mesure où le Code civil prévoit que la liquidation doit porter sur l'ensemble des biens communs ou indivis, même si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, ils doivent faire homologuer leur convention par le Juge aux affaires familiales et proposer un état liquidatif.

Dans l'hypothèse où les ex-époux auraient oublié un bien en organisant leur liquidation, ils peuvent procéder au partage amiable de ce bien. Ce partage, même non formalisé par une nouvelle convention homologuée, ne peut plus être contesté par les époux. En l'absence d'accord, un ex-époux peut saisir le tribunal d'une demande en partage.

A titre préventif, la convention de divorce homologuée peut prévoir, dans l'état liquidatif, une clause précisant que s'il apparaît qu'un bien a été involontairement omis, il sera partagé par moitié.

En revanche, s'il est prouvé que l'omission provient de l'attitude volontaire d'un des époux, la sanction du recel pourra être appliquée.

Enfin, il est important de noter qu'au titre de la liquidation, les époux peuvent décider de rester en indivision et conclure une convention d'indivision.

LES VOIES DE RECOURS CONTRE LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL JUDICIAIRE

• CONTESTATION PAR UN ÉPOUX :

Les époux ne peuvent pas faire appel de leur divorce par consentement mutuel puisqu'ils l'ont eux-mêmes voulu et organisé. Ils peuvent uniquement faire appel de l'ordonnance d'ajournement ou de caducité ou le jugement qui refuse le divorce dans un délai de 15 jours à compter de la date de la décision.

La décision qui homologue la convention des époux et prononce le divorce peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai de 15 jours à compter du prononcé de la décision. Durant le délai de pourvoi et la procédure devant la Cour de cassation, l'effet du jugement de divorce est suspendu mais les dispositions de la convention homologuée portant sur la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants et l'exercice de l'autorité parentale restent tout de même applicables immédiatement.

D'une manière générale, la convention de divorce ne peut donc plus être remise en cause une fois que le divorce est définitif, c'est-à-dire une fois le délai de pourvoi en cassation est expiré ou que l'arrêt rendu par la Cour de cassation rejette le pourvoi.

L'immutabilité de la convention homologuée est un principe constamment reconnu par des magistrats qui ont par exemple eu l'occasion de refuser un recours en révision partielle du jugement de divorce sur les seules dispositions relatives au partage des biens, une demande en nullité de la convention, quel que soit le motif invoqué, par exemple vice de consentement, ou même une demande en rectification d'erreur matérielle qui portait sur une erreur de calcul contenue dans la convention.

Dès lors, dans la mesure où il sera très difficile de revenir sur son propre divorce, il est important que les époux soient bien informés des conséquences de leurs choix et prennent le temps de bien rédiger la convention avec leurs avocats.

• CONTESTATION PAR LES TIERS :

les créanciers de chaque époux peuvent former une tierce opposition contre la décision d'homologation pour voir déclarer que la convention homologuée leur est inopposable.

Le recours doit être exercé dans un délai de 1 an à compter du jour où les formalités de mention en marge des actes d'état civil des époux ont été accomplies.

Mais si le créancier n'a pas agi dans ce délai, il peut néanmoins invoquer l'inopposabilité de la convention homologuée à son égard qui n'a de force obligatoire qu'entre les époux.

En revanche, l'action paulienne est irrecevable et une action en inopposabilité pour fraude intentée par les héritières d'un époux sera rejetée.

Si un époux a été placé en redressement judiciaire, le représentant des créanciers peut demander la nullité de la convention homologuée par le jugement de divorce transcrit après la date de cessation des paiements pour obtenir par voie de conséquence la nullité de l'acte liquidatif de la communauté établi après la date de cessation des paiements.

REVISION DU JUGEMENT

Lorsque les époux ont prévus dans la convention que l'un devait s'acquitter envers l'autre d'une prestation compensatoire et qu'ils souhaitent une modification, ils peuvent prévoir dans la convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources et les besoins de l'un ou l'autre, demander au juge de la réviser, ou si la convention ne prévoit rien ils peuvent faire homologuer les modalités de la révision par le juge une nouvelle convention.

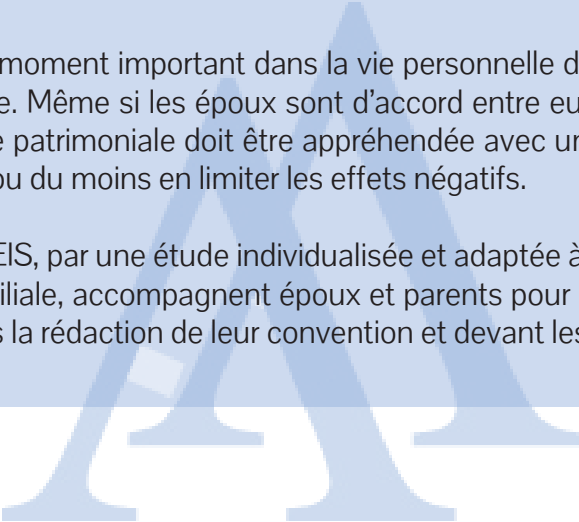
Mais si rien n'est prévu dans la convention, les ex-conjoints peuvent demander la révision dans les conditions de droit commun prévues par les articles 275 (modalités de paiement du capital), 276-3 (révision, suppression ou suspension d'une rente), 276-4 (transformation d'une rente en capital) et art. 279, al 3 et 5 du Code civil.

S'agissant des mesures relatives aux enfants, elles peuvent toujours être modifiées. Soit les parents sont d'accord et ils feront homologuer leur convention modificative et, s'ils ne sont pas d'accord, l'époux demandeur pourra saisir le Juge aux affaires familiales démontrer qu'un élément nouveau doit justifier une organisation familiale nouvelle.

NOTRE INTERVENTION :

la rupture d'un mariage est un moment important dans la vie personnelle d'un individu et cause un bouleversement de la vie de famille. Même si les époux sont d'accord entre eux, l'organisation des relations entre les personnes et de la vie patrimoniale doit être appréhendée avec une attention toute particulière pour ne pas subir son divorce, ou du moins en limiter les effets négatifs.

Les avocats du Cabinet MAATEIS, par une étude individualisée et adaptée à chaque individu en raison de sa situation personnelle et familiale, accompagnent époux et parents pour leur apporter les informations nécessaires et les assister dans la rédaction de leur convention et devant les juridictions compétentes.



MA ATEIS
Société d'Avocats
8 Rue Paul Louis Lande, 33000 BORDEAUX
1, Place André Maurois 24000 PÉRIGUEUX
14-16, Rue Lartigotte 33360 CARIGNAN DE BORDEAUX
Tél. : 05.56.44.23.50 - Fax : 05.56.79.30.24
maateis@avocats-maateis.fr

