

FICHE 2

Les conditions du nouveau divorce par consentement mutuel

Les conditions du divorce par consentement mutuel sont prévues à l'article 229-1 du code civil qui dispose que « *lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374. Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire* ».

1. L'accord des parties sur le principe du divorce et sur ses conséquences

Ce texte permet aux époux, qui s'entendent à la fois sur la rupture du mariage et sur l'ensemble des effets du divorce, de constater leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte d'avocat tel que prévu à l'article 1374 du code civil, c'est-à-dire d'un acte sous signature privée, contresigné par l'avocat de chacune des parties.

Ce caractère purement conventionnel du divorce par consentement mutuel rend applicable à celui-ci le sous-titre I^{er} du titre III du Livre III du code civil relatif au contrat. Toutefois, s'il emprunte au droit des contrats, il s'en détache en raison de son caractère familial.

En effet, les dispositions qui sont inconciliables par nature avec le divorce sont inapplicables. Ainsi, sous réserve de l'appréciation des juridictions¹, une clause résolutoire portant sur le principe du divorce serait déclarée nulle car contraire à l'ordre public. La deuxième hypothèse d'une action en résolution² fondée sur l'inexécution suffisamment grave après une notification du créancier au débiteur ne paraît pas pouvoir être valable dès lors qu'elle remettrait également en cause le principe du divorce.

Au contraire, l'article 1128 du code civil qui prévoit que « *sont nécessaires à la validité du contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un consentement licite et certain.* » est applicable au divorce par consentement mutuel extrajudiciaire.

La convention de divorce peut donc être attaquée en cas de vice du consentement, de défaut de capacité ou encore de contrariété à l'ordre public. A ce titre, l'article 1162 du code civil dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toute les parties* ». En matière familiale, la jurisprudence a une appréciation extensive de l'ordre public. Relèvent notamment de l'ordre public familial, l'autorité parentale (il n'est pas possible de renoncer ou de céder ses droits en-

¹ Le contentieux de la validité de la convention de divorce relève du tribunal de grande instance.

² Art. 1224. - La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.

dehors des cas prévus par la loi) et l'obligation alimentaire (qui est indisponible et non susceptible de renonciation).

La convention de divorce ne doit donc pas contenir de clauses fantaisistes qui risqueraient d'entraîner la nullité du contrat. Plus encore, l'avocat doit s'assurer que la convention ne comporte pas de clauses qui contreviendraient à l'ordre public.

Une clause qui « *prive[rait] de sa substance l'obligation essentielle* » de l'un des époux pourrait être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du code civil. Ainsi une clause par laquelle l'un des époux s'exonérerait de toute responsabilité en cas de non paiement de la pension alimentaire serait réputée non écrite.

En revanche, le divorce par acte d'avocat paraît exclu du champ du contrôle des clauses abusives prévu à l'article 1171 du code civil. En effet la prohibition des clauses qui créent « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » ne sont réputées non écrites que dans les contrats d'adhésion. Le contrat d'adhésion est défini à l'article 1110 du code civil comme étant « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ». La qualification de contrat d'adhésion suppose donc la prédétermination unilatérale de conditions générales par l'une des parties et l'absence de négociation de ces conditions générales par l'autre partie. Or l'intervention d'un avocat auprès de chacune des parties a pour objet de garantir l'effectivité d'une négociation des clauses de la convention de divorce et de la prise en compte des intérêts de chacun des époux.

2. La nécessité de deux avocats

Cette nouvelle procédure suppose l'intervention de deux avocats distincts, chacun choisi personnellement par chaque époux, afin de garantir l'équilibre de la convention et le respect des intérêts de chacune des parties ainsi que de leurs enfants.

Il n'y a donc plus de possibilité pour les époux de divorcer avec un avocat commun.

Les avocats choisis ne peuvent pas exercer au sein de la même structure professionnelle afin de prévenir tout risque de conflit d'intérêts, ce qui résulte de l'article 7 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, repris à l'article 4.1 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat³.

³ « *L'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit.*

Sauf accord écrit des parties, il s'abstient de s'occuper des affaires de tous les clients concernés lorsque surgit un conflit d'intérêt, lorsque le secret professionnel risque d'être violé ou lorsque son indépendance risque de ne plus être entière.

Il ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client. Lorsque des avocats sont membres d'un groupement d'exercice, les dispositions des alinéas qui précèdent sont applicables à ce groupement dans son ensemble et à tous ses membres. Elles s'appliquent également aux avocats qui exercent leur profession en mettant en commun des moyens, dès lors qu'il existe un risque de violation du secret professionnel.

Les mêmes règles s'appliquent entre l'avocat collaborateur, pour ses dossiers personnels, et l'avocat ou la structure d'exercice avec lequel ou laquelle il collabore. »