

On April the 19th, 2017, the Professor Cyril Nourissat and the lawyers Alexandre Boiché, Delphine Eskenazi, Alice Meier-Bourdeau and Gregory Thuan filed a complaint with the European Commission against France, for a violation of several obligations arising from the European Regulations, as a result of the divorce legislation reform entered into force on January the 1<sup>st</sup>.

Indeed, since January the 1<sup>st</sup>, in the event of a global settlement between the spouses, the divorce agreement is no longer reviewed and approved in Court by a French judge. The agreement is merely recorded in a private contract, signed by the spouses and their respective lawyers. Such agreement is subsequently registered by a French *notaire*, which allows the divorce agreement to be an enforceable document under French law. From a judicial divorce, the French divorce, in the event of an agreement between the spouses, has become a purely administrative divorce. The judge only intervenes if a minor child requests to be heard.

The implications and consequences of this reform in an international environment were deliberately ignored by the French legislator, with a blatant disregard for the high proportion of divorce with an international component in France. The main violations arising from this reform are the following.

First of all, as there will be no control of the jurisdiction, anyone will be able to get a divorce by mutual consent in France, even though they have absolutely no connection with France whatsoever. For instance, a couple of German spouses living in Spain will now be able to use this new method of divorce, in breach of the provisions of Brussels II bis Regulation. The new divorce legislation is also problematic in that it remains silent on the law applicable to the divorce.

Moreover, the Brussels II bis Regulation states that the judge, when he grants the divorce (and therefore rules on the visitation rights upon the children, or issues a support order, for instance) provides the spouses with certificates, that grant direct enforceability to his decision in the other member states. Yet, the new divorce legislation only authorizes the notary to deliver the certificate granting enforceability to the dissolution of the marriage itself, but not the certificate related to the visitation rights, nor the support order. This omission is problematic insofar as it will force the spouses who seek to enforce their agreement in another member state to seize the local Courts.

Last but not least, article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union makes it imperative for the child's best interests to be taken into consideration above all else, and article 41 of the Brussels II bis Regulation provides that the child must be heard every time a decision is taken regarding his residency and/or visitation rights, unless a neutral third party deems it unnecessary. Yet, under the new legislation, it is only the parents of the child who are supposed to inform him that he can be heard, which hardly meets the European requirements. Moreover, article 12 of the Brussels II bis Regulation provides that, when a Court is seized whereas it isn't the Court of the child's habitual residence, it can only accept its jurisdiction if it matches the child's best interests. Once again, the absence of any judicial control will allow divorces to be granted in France about children who never lived there, without any consideration for their interests. This might be the main violation of the European legislation issued by this reform.

For all those reasons, the plaintiffs recommend that the Union invites France to undertake the necessary changes, in order for this new legislation to fit harmoniously in the European legal space. In particular, they suggest a mandatory reviewal by the judge in the presence of an international component, such as the foreign citizenship of one of the spouses, or a foreign

habitual residence. They would also like this new divorce to be prohibited in the presence of a minor child, an opinion shared by the French “Défenseur des Droits”.

**PLAINTÉ AUPRES DE LA COMMISSION EUROPEENNE  
POUR NON-RESPECT DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE**

**VIOLATION PAR LA FRANCE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE  
SUITE A LA REFORME DU DIVORCE ENTREE EN VIGUEUR LE 1<sup>er</sup>  
JANVIER 2017**

- 1. Nom et prénom des plaignants**
- 2. Nationalité**
- 3. Adresses/téléphones/emails**
- 4. Domaines lieux d'activité**

Monsieur le Professeur Cyril NOURISSAT, Professeur à l'Université de Lyon  
15 quai Claude BERNARD, 69007 LYON (France)  
00 33 4 78 78 72 51 – cyril.nourissat@univ-lyon3.fr

Maître Alexandre BOICHE, Avocat au Barreau de Paris  
76 boulevard Saint-Michel, 75006 PARIS (France)  
00 33 1 85 53 99 85 – ab@boiche.com

Maître Delphine ESKENAZI, Avocate au Barreaux de Paris et de New York  
5, rue Récamier, 75007 PARIS (France)  
00 33 1 42 84 07 07 – deskenazi@libra-avocats.com

Maître Alice MEIER-BOURDEAU, Avocate au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation  
99, rue de la Verrerie, 75004 Paris (France)  
00 33 1 45 48 71 43 – cabinet@scp-mbl.fr

Maître Grégory THUAN dit DIEUDONNE, Avocat au Barreau de Strasbourg  
5, rue Auguste Lamey, 67000 STRASBOURG (France)  
00 33 9 83 29 93 15 – gregory.thuan.avocat@gmail.com

Tous les plaignants sont de nationalité française, à l'exception de Maître MEIER-BOURDEAU qui est de nationalité allemande.

- 5. État membre ou organisme public n'ayant pas, de l'avis du plaignant, respecté le droit communautaire :**

La République de France.

- 6. Recours déjà entrepris en droit interne**

Aucun recours n'a été entrepris, dans la mesure où un recours direct contre des dispositions pour violation du droit européen n'est pas possible pour les plaignants en droit interne français : seule leur est ouverte la possibilité de contester ultérieurement, lors par exemple d'une contestation judiciaire de la convention de divorce ou d'un recours administratif contre la circulaire, la conformité des dispositions du droit français avec le droit européen.

## 7. Exposé le plus précis possible des faits reprochés

### **PRESENTATION SUCCINCTE DE LA REFORME DU DIVORCE EN FRANCE**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, le divorce par consentement mutuel n'est plus nécessairement homologué par le juge. Il peut être constaté par acte sous signature privée, contresigné par les avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire.

En effet, applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, un nouvel article 229 du code civil permet aux époux qui s'entendent tant sur le principe de la rupture du mariage que sur ses effets de se dispenser de l'aval d'un juge pour obtenir leur divorce.

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, en trois exemplaires, le tout 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'intervient que dans l'hypothèse où un enfant mineur demande expressément à être auditionné.

Or, bien loin de s'assurer du consentement des parties ou de l'équilibre de la convention, ce qui faisait partie intégrante de la mission du juge, le notaire se contente, de par la loi, de contrôler que la convention contient les mentions obligatoires prévues à peine de nullité par l'article 229-3, et s'assure que le délai de réflexion de quinze jours a bien été observé. Il dépose ensuite la convention au rang de ses minutes, ce qui lui confère force exécutoire en France et date certaine : le divorce est alors consommé.

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

Cette réforme entraîne une violation par la France de nombreuses obligations du droit de l'Union européenne.

## 8. Dans la mesure du possible, citer la ou les dispositions du droit de l'Union européenne (traités, règlements, directives, décisions, etc.) que le plaignant considère comme enfreintes par l'État membre concerné

Depuis le début des années 2000, l'Union européenne est compétente pour édicter des instruments de coopération judiciaire civile dans la mesure où, comme le prévoit l'article 81 TFUE, ils visent à assurer « reconnaissance mutuelle entre les Etats membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires [...] la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflit de lois et de compétence [...] un accès effectif à la justice ».

Dans cette ligne, ont été successivement adoptés les règlements « Bruxelles II bis » (règlement (CE) n° 2201/2003), « obligations alimentaires » (règlement (CE) n° 4/2009), « Rome III » (règlement (UE) n° 1259/2010) et, en juin dernier, le règlement « régimes matrimoniaux » (règlement (UE) n° 2016/1103) non encore applicable. Ces différents règlements, qui concernent tous le divorce, répondent à un même esprit qu'illustrent parfaitement certains considérants identiques présents dans chacun des instruments, notamment « *assur[er] la libre circulation des personnes* ». Par ailleurs, même s'il s'agit de règlements, ces derniers supposent des mesures d'application dans les Etats membres. Là aussi, et comme la Cour de justice a pu le souligner à plusieurs reprises, les Etats membres doivent s'abstenir de maintenir ou d'instaurer des procédures nationales qui viennent « parasiter » la bonne application des règlements évoqués. Pour ne prendre qu'un exemple, la Cour a pu affirmer – à propos du règlement « obligations alimentaires » – qu'un Etat membre ne peut pas prévoir une concentration des compétences

juridictionnelles en matière d'obligations alimentaires transfrontalières sauf s'il est démontré que ce dispositif assure une bonne administration de la justice et protège l'intérêt des créanciers d'aliments (CJUE, 3e ch., 18 déc. 2014, aff. C-400/13 et C-408/13, Sanders).

Plus récemment, elle a invité le juge national à écarter une procédure nationale inadaptée et portant atteinte à l'effet utile de ce même règlement « obligations alimentaires ». Se référant à son célèbre arrêt *Simmenthal*, la Cour a pu décider qu'il incombe au juge national d'appliquer directement les dispositions de ce règlement, en laissant au besoin inappliquées les dispositions contraires du droit national et, par conséquent, de permettre à un créancier d'aliments de porter sa demande directement devant l'autorité compétente de l'État membre d'exécution, même si le droit national ne le prévoit pas (CJUE (6<sup>ème</sup> ch.), 9 fév. 2017, M.S., C-283/16).

Enfin, et en tout état de cause, ces règlements doivent s'appliquer dans les Etats membres dans le respect strict des droits et libertés garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'a pu le décider précisément la Cour justice de l'Union européenne dans plusieurs de ces arrêts (CJUE, 3e ch., 16 juill. 2015, aff. C-184/14, A. c/ B., à propos du règlement « obligations alimentaires » ; CJUE (5e ch.), 11 sept. 2014, aff. C-112/13, A. c/ B. e.a., à propos du règlement « Bruxelles II bis »).

En se dotant du dispositif législatif ici contesté, la République française a donc enfreint non seulement l'article 81 TFUE, mais aussi les règlements de coopération judiciaire civile (tant dans leurs dispositions intéressant la compétence que la reconnaissance ou l'exécution transfrontières) tels qu'interprétés aujourd'hui par la CJUE, mais encore la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est ce qui sera montré dans les développements qui suivent.

## **I - DES PROCEDURES DE DIVORCE INITIEES EN VIOLATION DES REGLES DE COMPETENCE DIRECTE EUROPEENNE.**

Dans le cadre des règlements « Bruxelles II » et « Règlement Bruxelles II bis », l'Union Européenne animée par la volonté de créer un espace judiciaire européen (comme explicité ci-dessus) a introduit des règles de compétence uniformes en matière de divorce. Toutes les juridictions des Etats membres sont censées respecter et appliquer d'office ces règles dès lors qu'elles permettent de fonder la compétence des juridictions d'un Etat membre. Ce principe a été notamment rappelé par la CJUE dans l'arrêt *Sundelin Lopez* (CJUE (3<sup>e</sup> ch.), 29 nov. 2007, aff. C-68/07, Sundelin Lopez). Il s'agit du principe fondamental sur lequel repose celui de confiance mutuelle qui est la clef de voute de l'espace judiciaire européen.

Or, dans le cadre de la mise en œuvre de ce nouveau divorce, plus aucun contrôle de la compétence n'est exercé. Ce divorce est en effet contractuel, il peut être fait en France bien que selon les dispositions de l'article 3 du règlement « Bruxelles II bis », les autorités françaises n'aient aucune compétence pour en connaître. Ainsi, un couple germano-portugais vivant à Berlin ne pourrait en aucun cas selon les règles de l'article 3 du Règlement Bruxelles II bis divorcer en France. Or, dorénavant ils pourront divorcer en France en utilisant ce divorce conventionnel et ils pourront faire valoir ce divorce au sein de l'Union européenne puisque le notaire qui enregistrera leur convention leur délivrera le certificat de l'article 39. Or, la délivrance de ce certificat et la garantie de reconnaissance et de circulation de la décision qui lui est attachée repose sur le principe que la compétence de l'autorité dont émane ce divorce aura été vérifiée. C'est la raison pour laquelle l'article 24 du Règlement Bruxelles II bis interdit le contrôle de la compétence de la juridiction d'origine.

La République de France devient ainsi une sorte de for général du divorce au sein de l'Union européenne.

De plus, la République de France introduit également ainsi la possibilité pour les époux de choisir de divorcer en France, alors que la prorogation de juridictions n'existe pas à l'heure actuelle dans le Règlement Bruxelles II bis. Par ailleurs, les prorogations de compétence lorsqu'elles sont admises notamment, comme dans le Règlement « obligations alimentaires » sont encadrées, ce qui n'est pas le cas ici.

En matière de responsabilité parentale, la violation des dispositions réglementaires est encore plus importante. En effet, sur ce point, il résulte des dispositions de l'article 12 du Règlement Bruxelles II bis qu'en cas de prorogation de compétence, le contrôle de la conformité de cette prorogation à l'intérêt supérieur de l'enfant doit être réalisé par le juge. Or, dans la mesure où plus aucun contrôle et plus de juge, aucun contrôle ne sera effectué à ce titre. Ce qui constitue une violation des droits de l'enfant.

Au-delà de la violation des règles de compétence du Règlement Bruxelles II bis et du Règlement obligations alimentaires, ces nouvelles règles sont également en totale contradiction avec celle du Règlement régimes matrimoniaux auquel pourtant la République de France a décidé de participer dans le cadre de la coopération renforcée.

En effet, l'article 5 du règlement calque la compétence de la juridiction devant statuer sur le régime matrimonial des époux sur celle prévue par Bruxelles II bis, lorsqu'une juridiction d'un État membre est saisie pour statuer sur une demande en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage. Et il précise expressément que la compétence en matière de régimes matrimoniaux prévue ci-dessus est subordonnée à l'accord des époux dans un certain nombre d'hypothèse. Or, comme cela a été rappelé, dans le cadre du divorce sans juge, aucun contrôle de la compétence n'est effectué.

Ce texte a donc été adopté en totale violation des règles du droit européen en matière de compétence internationale.

## **II - LES ACTES DE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL NE POURRONT PAS CIRCULER DANS L'UNION EUROPEENNE.**

Les dispositions prévues pour le nouveau divorce par consentement mutuel français ne permettent pas la circulation des « décisions » de divorce au sein de l'Union européenne, que ce soit au titre du « Bruxelles II bis » ou du Règlement « obligations alimentaires ».

Le Règlement « Bruxelles II bis » prévoit en effet la circulation de décisions qu'il définit dans son art. 2 : « *« décision » toute décision de divorce, de séparation de corps ou d'annulation d'un mariage, ainsi que toute décision concernant la responsabilité parentale rendue par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination de la décision, y compris les termes « arrêt », « jugement » ou « ordonnance ».* ». A son art. 46, il prévoit la circulation des actes authentiques dans les mêmes conditions que les décisions : « *Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi que les accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions.* »

Le législateur français a prévu en effet une seule et unique disposition sur cette question de la circulation des divorces par consentement mutuel, en modifiant l'article 509-3 alinéa 4 du Code de procédure civile. Cet article prévoit uniquement:

*« Par dérogation à l'art. 509-1, sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial ayant reçu en dépôt la convention de divorce par consentement mutuel prévue à l'art. 229-1 c. civ. les requêtes aux fins de certification du titre exécutoire en vue de sa reconnaissance et de son exécution à l'étranger en application de l'art. 39 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000. »*

Ainsi, la circulaire du 26 janvier 2017<sup>1</sup> apporte certaines précisions pratiques, en indiquant que le notaire français qui aura procédé au dépôt de la convention sera donc compétent, à la demande des intéressés ou de leurs avocats, pour remplir les formulaires figurant aux annexes I (pour la matière matrimoniale) et II (pour la responsabilité parentale) du règlement susvisé.

Force est de constater immédiatement que l'art. 509-3 ne vise que les certificats de l'art. 39 du Règlement « Bruxelles II bis ».

Cet article ne vise nullement l'article 41 du Règlement « Bruxelles II bis », qui assure le caractère exécutoire de plein droit des droits de visite décidés dans un État membre. Or, la délivrance des certificats de l'art. 41 n'est pas envisagée. La circulaire explicite clairement l'intention du législateur français sur ce point : le notaire ne pourra pas délivrer le certificat visé à l'article 41 du règlement du 27 novembre 2003 et devra refuser toute requête en ce sens.

Cet article ne vise pas non plus la délivrance des certificats prévus par le Règlement « obligations alimentaires » et ce alors qu'en pratique, la convention de divorce prévoira très souvent le paiement d'une pension alimentaire pour les enfants ou d'une prestation compensatoire pour l'un des ex-époux.

La circulaire précise ici que la convention de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats n'entre pas dans le champ d'application du Règlement « obligations alimentaires » puisqu'au titre de ce Règlement, ne peuvent bénéficier des facilités de circulation prévues par le règlement que les décisions, transactions judiciaires (article 48) ou « *actes authentiques* » (article 2§3 et 48).

En conséquence, le notaire français n'a pas la possibilité de délivrer les certificats prévus par ce Règlement, ce qui signifie que les nouveaux divorces français par consentement mutuel ne pourront pas être exécutés et circulés conformément aux dispositions du Règlement susvisé. Cela rendra en pratique les procédures de recouvrement d'aliments beaucoup plus complexes pour les créanciers d'aliments.

La circulaire reconnaît d'ailleurs expressément que « *le créancier qui sollicite le recouvrement de l'obligation alimentaire prévue par la convention de divorce devra, à défaut d'accord bilatéral prévoyant une procédure simplifiée d'exequatur portant sur un acte, solliciter l'homologation de la convention par le juge étranger ou de toute autre manière l'incorporation de l'accord à une décision de ce juge, si une telle homologation s'avère impossible en raison des règles de compétence internationale ou parce que le droit national ne prévoit pas de mécanisme d'homologation.* »

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel en France (l'objectif déclaré pour cette réforme étant la réduction des coûts de la justice en France) conduit donc à reporter sur les juridictions des autres États membres la charge du divorce amiable puisqu'il appartiendra aux juridictions des autres États membres d'homologuer judiciairement ces conventions de divorce françaises, afin de permettre leur exécution dans leur propre État.

Surtout, il empêche la circulation des décisions de divorces pour les ressortissants français mais également pour les ressortissants d'autres États membres: prenons le cas par exemple d'une ressortissante belge qui divorce en France et pour lequel l'époux débiteur réside en Belgique. En réalité, elle ne pourra vraisemblablement pas faire homologuer en Belgique la convention établie en France

---

<sup>1</sup> Circ., 26 janv. 2017, NOR: JUSC1638274C. Dans l'ordre juridique français, les circulaires sont, des actes, en principe, dépourvus de valeur réglementaire. Ils se bornent à donner des instructions aux services pour l'application des lois et des décrets, ou à préciser l'interprétation de certaines dispositions (source Legifrance: <http://circulaires.legifrance.gouv.fr/index.php?action=aProposOrdreJuridiqueFrancais>).

(cette possibilité d'homologation n'étant pas prévue nécessairement par la loi belge) et elle ne pourra donc pas recouvrer en Belgique sa créance alimentaire.

### **III - LE DISPOSITIF LÉGISLATIF EST TAISANT SUR LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE**

Le dispositif français omet encore de se référer expressément à la question de la loi applicable au divorce (voire à ses effets) et au Règlement Rome III.

Certes, on sait que le règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dit Rome III, permet aux époux de choisir la loi applicable à leur divorce.

Mais encore faut-il, d'une part, que les époux aient pensé à désigner expressément, dans la convention de divorce, la loi française comme loi applicable à leur divorce : il est ainsi constant que le règlement Rome III ne permet pas une élection de loi applicable implicite.

D'autre part, que la loi française puisse être la loi applicable à leur divorce, puisque le règlement Rome III prévoit expressément que le choix est encadré, seule pouvant être choisie, la loi de l'Etat de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ou la loi de l'Etat de leur dernière résidence habituelle des époux pour autant que l'un d'eux y réside encore ou la loi de l'Etat de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention.

Or, dès lors qu'aucune référence n'est faite expressément par le dispositif à l'obligation de choisir, à le supposer possible, la loi française au divorce, il existe un risque d'atteinte aux dispositions du règlement Rome III.

### **IV - LE DISPOSITIF LEGISLATIF FRANÇAIS EN CAUSE VIOLE LES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ENFANT GARANTIS PAR L'UNION EUROPEENNE**

Dès lors que la Charte des droits fondamentaux de l'UE s'applique à la procédure française de divorce en question (A), celle-ci doit prévoir des modalités suffisantes pour garantir une prise en compte effective de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce principe est également établi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), à laquelle renvoie la Charte (B).

#### **A - Applicabilité de la Charte**

L'article 52 de la Charte dispose que : « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.* » Selon l'interprétation qu'en fait la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>2</sup>, l'applicabilité du droit de l'Union européenne entraîne l'applicabilité de la Charte.

En matière de divorce, trois règlements européens s'appliquent fondamentalement : le règlement dit « Bruxelles II bis », le règlement dit « Rome III » (n° 1259/2010) et le règlement relatif aux obligations alimentaires (CE) no 4/2009. La réforme du divorce par consentement mutuel ayant un lien direct avec le droit de l'UE, elle est soumise au respect des droits fondamentaux de la Charte. En outre, l'applicabilité de la Charte est rappelée au considérant 33 de Bruxelles II bis : « *Le présent règlement reconnaît les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.* »

---

<sup>2</sup> CJUE, Akerberg Fransson, 26 février 2013, C-617/10; ECLI:EU:C:2013:105 ; CJUE, Cruciano Siragusa c. Regione Sicilia, 6 mars 2014, C-206/13; ECLI:EU:C:2014:126



## B - Application de la Charte au divorce par consentement mutuel

### 1. L'article 24 de la Charte des droits fondamentaux

#### a) Le droit à être entendu

L'article 24 § 2 énonce que : « *Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privés, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* » En matière de divorce, l'intérêt de l'enfant peut donc primer sur celui des parents. Pour l'Etat, cela signifie la mise en œuvre de procédures de divorce qui garantissent que ce soit bien le cas, ceci d'autant plus que l'enfant lui-même n'est pas toujours capable de savoir ou d'exprimer ce qui est dans son intérêt. Il faut donc un tiers impartial qui contrôle l'intérêt de l'enfant : le juge.

L'article 41 du règlement Bruxelles II *bis* énonce des obligations en ce sens : pour qu'une décision de droit de visite d'un parent soit reconnue en Europe, il faut vérifier qu'elle ait été prise après l'audition de l'enfant, sauf s'il est jugé (par un tiers impartial) qu'elle n'est pas opportune.

Quelles sont les modalités prévues par la réforme pour prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant ? L'article 229-2 modifié du Code civil prévoit que : « *Les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions fixées par l'article 388-1, demande son audition par le juge.* »

Des doutes subsistent néanmoins sur l'effectivité du droit du mineur à être entendu. En principe, l'information au mineur de son droit à être entendu est soumise à l'article 388-1, qui dispose : « *Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. [...] Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.* »

Pourtant, la procédure de divorce litigieuse écarte totalement l'intervention du juge. Selon la circulaire du 26 janvier 2017 précitée, c'est aux parents d'informer l'enfant de son droit à être entendu, s'ils l'estiment capable de discernement. L'enfant devra alors signer un formulaire, dont l'avocat s'assure de la présence dans les annexes à la convention de divorce. Le contrôle porte donc seulement sur la présence formelle du formulaire, et non sur la volonté réelle et le discernement de l'enfant.

Quand bien même l'enfant serait effectivement informé mais refuserait d'être entendu par un juge, cela ne suffirait pas à établir que son intérêt a bien été pris en compte, comme semble l'impliquer la réforme. Pour les cas où l'enfant ne souhaite pas s'exprimer ou n'est pas en âge de le faire, il faut garantir que son intérêt sera tout de même la considération primordiale de la convention de divorce. Le juge est normalement « *le garant du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant non encore en âge de s'exprimer* » comme le rappelle Le Défenseur des Droits<sup>3</sup> sur l'impact du dispositif législatif en cause.

#### b) Le droit au maintien des relations personnelles directes avec ses deux parents

L'article 24 § 3 précise que : « *Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.* »

Or, aucune obligation ne pèse sur le notaire et les avocats des parties de la nouvelle procédure des divorces par consentement mutuel, visant à s'assurer du respect et de la protection du droit découlant de l'article 24 § 3 précité.

<sup>3</sup> Communiqué de presse, 13 mai 2016, « Le Défenseur des droits alerte sur la proposition de réforme du divorce par consentement mutuel sans saisine du juge au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant »

En effet, présumer que l'intervention des avocats permet d'obtenir un équilibre des droits en présence est plus qu'incertain, le rôle de l'avocat étant de protéger les intérêts de son client uniquement et de s'assurer du consentement libre et intègre de celui-ci. En présence d'un déséquilibre des droits des parties et en particulier de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses deux parents – même manifeste – le notaire n'a aucune compétence sur le fond de la cause et ne peut donc intervenir.

La fonction du juge est ici primordiale en ce sens qu'elle est celle d'un tiers « neutre et impartial [...] et qui est chargé de veiller [...] à la préservation de l'intérêt commun, non seulement celui des parties mais aussi celui de la société, sans parler de son rôle de protecteur du plus faible. Aucun contrat ne permet d'atteindre un tel résultat »<sup>4</sup>. Sans l'office du juge, rien ne garantit le respect de l'article 24 § 3 de la Charte.

### **c) L'application du critère de proximité découlant de l'intérêt supérieur de l'enfant**

Conformément au règlement Bruxelles II *bis*, la compétence juridictionnelle pour les divorces est liée au lieu de résidence habituelle de l'enfant. Il est en effet dans l'intérêt de l'enfant que le juge qui statue sur sa « garde » ait un lien de proximité avec lui.

D'après la jurisprudence constante de la CJUE<sup>5</sup>, la notion de « résidence habituelle » doit être déterminée en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et, en particulier, du **critère de proximité**. Cette notion correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial, et doit être déterminé en tenant compte des circonstances de fait particulières de chaque cas d'espèce<sup>6</sup>.

Or, la réforme litigieuse donne compétence au notaire pour rendre exécutoire toute convention de divorce, peu important les éléments d'extranéité qu'elle contient. Ainsi, un notaire français pourrait donc enregistrer une convention de divorce portant sur des enfants n'ayant pas leur résidence habituelle en France sans qu'aucun contrôle de l'intérêt supérieur des enfants ne soit exercé.

## **2. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme**

Par le truchement de son article 52 § 3, la Charte renvoie au respect à la Convention EDH et à la jurisprudence de la Cour EDH comme standards minimaux d'application. Or, certaines des obligations tirées de l'article 8 de la Convention correspondent en tous points aux droits de l'enfant tirés de l'article 24 de la Charte.

La Cour EDH impose aux autorités judiciaires des Etats membres de protéger et de garantir le maintien des relations de l'enfant avec les deux parents en cas de séparation sauf en cas de nécessité, et de motiver leurs décisions.<sup>7</sup>

Or, comme vu précédemment, ce droit fondamental de l'enfant n'est pas garanti par la réforme en l'absence de contrôle juridictionnel dès la phase d'homologation de la convention de divorce.

---

<sup>4</sup> Jérôme Casey, *Le nouveau divorce par consentement mutuel*, AJ Famille 2017 p. 14

<sup>5</sup> Voir notamment CJUE, Mercredi, 22 décembre 2010, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, point 46 ; 9 octobre 2014, C, C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, point 50

<sup>6</sup> Voir, en ce sens, arrêt Mercredi, points 47 à 49.

<sup>7</sup> Voir, parmi tant d'autres, Cour EDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 49.

**9. Éventuellement, mentionner ici, et joindre en annexe, les pièces justificatives et les éléments de preuve pouvant être à l'appui de la plainte, y compris les dispositions nationales concernées**

**Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup>, NOR: JUSX1515639L, JORF n°0269 du 19 novembre 2016, Article 50.**

**Décret n° 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale, NOR: JUSC1633390D JORF n°0302 du 29 décembre 2016, Titre Ier et Titre III.**

**Circulaire de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et du décret n° 2016-1907 du 28 décembre relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale.**

## **CONCLUSION**

L'adoption par la France de sa nouvelle législation relative au divorce conventionnel est intervenue en méconnaissance des règles européennes en vigueur et surtout en violation des droits des citoyens européens, en particulier des enfants qui sont au cœur des préoccupations exprimées par les règlements de l'Union européenne applicables.

Comme il a été montré *supra*, le nouveau dispositif français a été adopté en méconnaissance des règles de compétence édictées par les règlements « Bruxelles II bis » et « obligations alimentaires », des règles organisant la reconnaissance mutuelle prévues par ces mêmes règlements mais encore en ignorant les dispositions intéressant la loi applicable telles qu'elles procèdent des règlements « obligations alimentaires » et « Rome III ».

Observons qu'il en va de même en considération du règlement « régimes matrimoniaux », non encore applicable. Des exemples très concrets ont ainsi été donnés.

Le citoyen européen est dès lors privé d'un accès à la justice tel que prévu par ces divers règlements et sa situation en sera, le cas échéant, irrémédiablement affectée par la création plus que probable de « situations boiteuses internationales » que l'adoption et l'application des règlements avaient précisément pour objet et conséquence de faire disparaître.

L'effet utile de ces différents règlements, activement protégé par la Cour de justice de l'Union européenne, est donc purement et simplement contrecarré par ce dispositif applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

Au surplus et en définitive, c'est porter frontalement atteinte aux droits et libertés garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union, en particulier les droits et libertés intéressant l'enfant qui sont au cœur des règlements de coopération judiciaire précédemment mentionnés.

## RECOMMANDATION

L'enjeu est d'assurer la compatibilité de cette réforme avec les règlements européens. Les plaignants recommandent que l'Union examine en quoi l'article 229 du Code civil vient mettre à mal la pleine et entière application des règlements « Bruxelles II bis », « Rome III », « obligations alimentaires » et « régimes matrimoniaux ». Ce faisant, l'Union pourrait inviter la République française à apporter dans les plus brefs délais les modifications des dispositions applicables à ce divorce conventionnel afin que ce dernier puisse s'inscrire harmonieusement dans l'espace européen. Ainsi, il ne serait plus un outil possible de contournement des règles de confiance mutuelle instaurées par les différents règlements et deviendrait, en revanche, un outil susceptible de bénéficier pleinement à l'ensemble des citoyens européens. Différentes pistes peuvent, ici, être suggérées qui toutes procèdent de la volonté d'arrimer dans les meilleures conditions possibles ce divorce conventionnel aux règlements précédemment évoqués.

Par exemple, il est possible de suggérer, en présence d'un élément d'extranéité strictement défini, l'obligation de faire homologuer la convention de divorce par consentement mutuel par un juge. Ces éléments d'extranéité pourraient être :

- nationalité étrangère de l'un des époux au moins; ou
- résidence habituelle à l'étranger de l'un des époux au moins).

Autre exemple, et si l'idée est de préserver une véritable démarche conventionnelle, suggérer les mécanismes de nature à en permettre une circulation effective dans l'espace européen par le biais des règlements précédemment évoqués. Par ailleurs, au regard des droits fondamentaux de l'enfant, suggérer que ce divorce conventionnel ne peut être offert aux citoyens que dans les seuls cas de divorce sans présence d'enfant mineur. Cette recommandation est d'ailleurs partagée par le Défenseur des droits français<sup>8</sup> et par l'Union syndicale des magistrats de France<sup>9</sup>.

### 10. Confidentialité

Nous autorisons la Commission à divulguer nos identités lors de ses démarches auprès des autorités de l'État membre contre lequel la plainte est dirigée.

---

<sup>8</sup> Voir communiqué de presse cité précédemment.

<sup>9</sup> Pascale Loué-Williamme, *La Croix*, 27 décembre 2016, "En 2017 : le divorce chez le notaire, plus rapide mais plus risqué".

11. Lieu, date et signature des plaignants

 PARIS, 7/04/2017

Cyril NOURISSAT

  
Alexandre BOICHE

Paris, le 10 Avril 2017

  
Delphine ESKENAZI

Paris, le 19 avril 2017

  
Alice MEIER-BOURDEAU

Paris, le 7 avril 2017

  
Gregory THUAN dit DIEUDONNE

Strasbourg, le 12 avril 2017