



HAL
open science

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel

Tamara Baillot

► **To cite this version:**

Tamara Baillot. La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel. Droit. 2017. dumas-02181894

HAL Id: dumas-02181894

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02181894>

Submitted on 20 Aug 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Université de la Réunion
Faculté de droit et d'économie

Authenticité
Enregistrement
Notaires
Séparation
Force exécutoire
Rapidité
Dépôt
Responsabilité

LA DEJUDICIARISATION DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Mariage
Avocats
Désunion
Fin
Négociation
Juge
Enfants
Dissolution
Simplicité
Convention de divorce

Mémoire pour le Master II mention Droit du
patrimoine parcours Droit notarial, présenté et
soutenu par Tamara BAILLOT,

Le 22 juin 2017

Sous la direction de Madame Céline Kuhn, maître
de conférences

*Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et
n'engagent pas l'Université de la Réunion.*

Table des abréviations et des sigles

- **al.** Alinéa dans un texte juridique
- **Art.** Article d'une loi ou d'un décret suivi du numéro d'article
- **Art. L** Article d'une loi codifiée suivi du numéro d'article
- **Ass. Plen.** Assemblée plénière de la Cour de cassation
- **C.A** Cour d'appel
- **C.cass** Cour de cassation
- **C.com** Cour de cassation chambre commerciale
- **C.cass civ** Cour de cassation chambre civile
- **C.cass Ch.mixte** Cour de cassation chambre mixte
- **C.civ** Code civil
- **CPC** Code de procédure civile
- **CGI** Code général des impôts
- **Circ.** Circulaire
- **Défrénois** Répertoire du notariat Défrénois
- **JCI** Jurisclasseur
- **JO** Journal officiel de la République française
- **Loi n°** Loi suivie du numéro de loi et de la date de sa promulgation au Journal Officiel
- **RTD** Revue trimestrielle de droit civil
- **préc.** précité
- **supra.** signifie "au-dessus", sert à renvoyer "plus haut", c'est-à-dire "avant"

REMERCIEMENT

J'adresse mes plus vifs remerciements à toutes les personnes qui ont contribué à la réalisation de ce mémoire.

Je tiens à remercier Madame Céline Kuhn, maître de conférences à l'université de la Réunion et directrice de mémoire, pour ses encouragements. Elle a su me guider dans mon travail et trouver des solutions.

Je remercie également Maître Bertrand Macé, notaire-associé à Saint-Denis (de la Réunion) et ancien président de la chambre des notaires de la Réunion, pour le temps qu'il a su m'accorder et toutes les précieuses données qu'il a pu me fournir.

Mes remerciements vont également à l'ensemble de l'équipe pédagogique du Master II droit du patrimoine, parcours droit notarial, pour avoir répondu à toutes mes questions.

Je souhaite enfin remercier particulièrement ma famille pour le soutien fourni dans la rédaction de ce mémoire.

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE I - Le notaire au cœur de ses missions traditionnelles

Chapitre 1- Un tiers, spécialiste du divorce

Section 1) Un tiers de confiance

Section 2) Un acteur du divorce

Chapitre 2- Un instrument d'efficacité de la convention de divorce

Section 1) L'attribution d'une sécurité juridique

Section 2) Un caractère purement conventionnel

PARTIE II - La dénaturation des fonctions notariales traditionnelles

Chapitre 1- Les prémices d'une nouvelle forme d'authenticité notariale

Section 1) Un dépôt sui generis

Section 2) Une restriction du contrôle incombant au notaire

Chapitre 2- La nécessité d'une solution intermédiaire face aux inquiétudes de la responsabilité professionnelle

Section 1) La contingence d'une responsabilité notariale réduite

Section 2) Le choix d'une authentification notariale traditionnelle

Conclusion

INTRODUCTION

« *N'y-a-t-il pas d'autre issue au démariage que la perspective d'une judiciarisation gestionnaire des relations individuelles ?* ». Telle a été la question posée par Irène Théry en 2001¹. La perspective d'un divorce sans juge a été ainsi souvent évoquée, mais est restée au rang de l'utopie. C'était sans compter alors sur les espérances du législateur face au visage de la justice du XXIème siècle, parvenu, non sans difficulté, à introduire en droit français un divorce déjudiciarisé. **La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle**², accompagné de son **décret d'application du 28 décembre 2016 relatif au divorce**³, a admis aux **articles 229-1 et suivants du Code civil**, que les époux puissent constater leur divorce par consentement mutuel par un acte sous signature privée, contresigné par leurs avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire.

Le chemin de cette réforme a été parsemé de nombreux travaux de réflexions qu'on ne pourrait négliger⁴. Pour la première fois, l'hypothèse d'un divorce sans juge a été discutée à la suite de longs travaux s'étant achevé par les rapports d'Irène Théry en 1998 et de Françoise Dekeuwer-Défossez, d'où il en ressortait la nécessité d'une justice informelle pour traiter des désunions. La désacralisation du mariage et le sentiment d'intrusion du juge dans une sphère privée, doublé des stéréotypes d'une justice pénale avec un sentiment de victimisation, ont conduit à cette idée de privatisation du divorce. C'est d'ailleurs, une demande des justiciables, vivant l'audience du juge comme un « *formalisme humiliant* »⁵, alors même qu'ils consentent mutuellement au divorce. La question a été souvent évoquée par la suite, notamment lors de la remise du rapport Guinchard en 2007, peu de mois après la proposition du gouvernement de confier le divorce par consentement mutuel aux notaires. D'où il ressortait la possibilité d'une déjudiciarisation uniquement en l'absence d'enfants mineurs du couple. La déjudiciarisation du divorce a été surtout pensée comme question de société. La manière de concevoir la rupture du lien conjugal évolue et la compétence du juge aux affaires familiales est fortement remise en cause. « Le juge n'a plus le temps

¹ Irène THERY, « Le démariage, justice et vie privée », édition Odile Jacob, broché août 2001

² Loi du 18 novembre 2016 (n°2016-1547), publiée au journal officiel le 19 novembre 2016

³ Décret du 26 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale (n° 2016-1907), publié au journal officiel le 29 décembre 2016

⁴ En ce sens, Régine BARTHELEMY, avocate au barreau de Montpellier, spécialiste en droit de la famille, « Divorce sans juge : point de vue de l'avocat »

⁵ Préc. Note 1

d'entendre »⁶ compte-tenu du nombre de dossiers qu'il doit traiter et du temps qui lui est impartit pour examiner la convention de divorce. D'autant plus, que son rôle s'avère assez ambigu et pousse la doctrine à s'interroger sur l'homologation elle-même, jusqu'à la considérer comme « douteuse ».

Cette déjudiciarisation s'est immiscé dans de nombreux mécanismes judiciaires, mais jamais encore en droit de la famille. Elle prend forme aux Etats-Unis à la fin des années soixante et en France au courant des années quatre-vingt-dix, principalement en matière de justice pénal, puis civil, dans un souci d'économie et de volonté d'apaisement des modes de règlements des conflits. En témoigne l'instauration d'une « résolution amiable des différends » au sein du Code de procédure civile en 2011⁷ et de la justice pénale restaurative en 2014, certainement plus révolutionnaire⁸. En matière de droit de la famille, la question d'une déjudiciarisation est cependant plus délicate, puisque ce sont les intérêts familiaux qui sont en jeu.

Pourtant, l'expérience étrangère a sans doute incité à admettre une telle idée en matière de divorce. Des considérations économiques et sociales ont poussé de nombreux pays à franchir le pas d'un divorce sans juge. En Roumanie, le divorce est prononcé par l'officier d'état-civil ou par le notaire en présence d'enfants mineurs depuis 2010, sauf à ceux que les époux saisissent le tribunal. Le Portugal en 2008 a confié en l'absence d'enfants mineurs le divorce à un officier public. En présence d'enfants mineurs, le ministère public doit donner son accord. L'Espagne a confié depuis 2015 à un greffier (*decretro*) ou au notaire (*escritura publica*) le prononcé du divorce, toutefois en présence d'enfants mineurs ou de majeurs protégés, la compétence reste au juge. L'Italie a adopté une procédure pratiquement identique en 2014, à la différence qu'en présence d'enfants mineurs ou majeurs incapables, la convention de divorce doit être transmise au Procureur de la République, puis sur son accord à un magistrat. La dédramatisation du divorce a été à l'œuvre également dans nombreux pays d'Amérique Latine et scandinaves. Il est toutefois convenu de remarquer que partout où cela a pu être instaurée, ce n'est qu'en matière de divorce par consentement mutuel. La justification est d'ailleurs toute trouvée, puisque si les époux s'entendent pour divorcer et qu'il n'y a pas de litige, à quoi bon se retrouver devant la juge ? De plus, tous les systèmes ont instauré une protection de l'enfant mineur, jusqu'à rejudiciariser la procédure.

⁶ Catherine PHILIPPE, maître de conférences à l'université de Franche-Comté, « Pour une réforme du divorce ? », AJ Famille 2013, p. 408, Dalloz

⁷ Ordonnance n°20122-1540 du 16 novembre 2011, suivi de son décret d'application du 20 janvier 2012 (n°2012-66)

⁸ Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales

Pourtant, le rapport du groupe de travail pour la « justice du XXIème siècle », présidé par Pierre Delmas-Goyon, a préconisé de remettre l'homologation du divorce par consentement mutuel à un greffier-juridictionnel, même en présence d'enfants mineurs, face à l'engorgement des juges aux affaires familiales. Toutefois, le projet de loi en la matière a fortement évolué face aux objectifs annoncés par le gouvernement, les désaccords nombreux de l'Assemblée nationale et du Sénat sur l'adoption d'un texte, ainsi que les farouches oppositions des professionnels du droit et de la doctrine. Face aux difficultés d'adoption d'un texte identique et l'échec de la commission mixte paritaire, c'est l'Assemblée nationale qui a eu le dernier mot et a entériné l'actuel **article 50 de la loi du 18 novembre 2016**. Cependant, les critiques n'ont pas faibli et notamment face à l'ouverture de ce nouveau divorce à tous les couples souhaitant divorcer par consentement mutuel, même en présence d'enfants mineurs.

C'est ainsi qu'un recours a été dirigé contre la loi par soixante députés et sénateurs devant le Conseil constitutionnel. Une décision a été rendue le 17 novembre 2016⁹, déclarant toutefois ladite loi conforme à la Constitution, du moins en ce qui concerne **l'article 50**.

Cette nouvelle procédure de divorce est donc entrée en vigueur le 1er janvier 2017. Toutes les procédures dont la requête en divorce a été déposée au greffe avant cette date restent judiciaires.

Dès lors, **l'article 229 du Code civil** visant les différents cas de divorce a été complété par un alinéa qui prévoit que les époux peuvent divorcer par consentement mutuel par un acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. La loi a introduit au début de la section 1 « Du divorce par consentement mutuel » de nouveaux articles, à savoir les **articles 229-1 à 229-4 du même Code**. Le principe étant que lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et sur ses effets, ils peuvent constater cela, assistés chacun d'un avocat, par une convention de divorce. En conséquence, chaque époux doit être assisté de son avocat, il ne peut plus y avoir un avocat commun au couple, comme dans la procédure judiciaire. Le dépôt au rang des minutes d'un notaire confère ensuite à celle-ci date certaine et force exécutoire¹⁰.

Toutefois, ce divorce sans juge n'est pas accessible aux époux dans deux cas ;

⁹ Décision du Conseil constitutionnel du 17 novembre 2016 (n°2016-739), publié au journal officiel le 19 novembre 2016

¹⁰ Article 229-1 du C.civ

- Lorsque l'enfant mineur doté de discernement, informé par ses parents de son droit à être entendu par un juge dans les conditions prévues à **l'article 388-1 du Code civil**, demande à être auditionné par un juge. Ici le divorce par consentement mutuel reste possible, mais par voie de procédure judiciaire¹¹. L'information est à la charge des parents et ils devront attester avoir effectué cette obligation. Elle se fait par un formulaire destiné à chaque enfant, mentionnant son droit d'être entendu par un juge et les conséquences de son choix sur la procédure, à savoir qu'elle deviendra judiciaire¹². Un modèle de formulaire a d'ailleurs été posé par arrêté¹³. Celui-ci doit être daté et signé par chaque enfant mineur, puis annexé à la convention¹⁴.
- Lorsque l'un des époux est placé sous un régime de protection juridique, à savoir la tutelle, la curatelle, le mandat de protection future ayant pris effet et la sauvegarde de justice. Il faut noter que dans ce cas aucun divorce par consentement mutuel n'est possible, ni même judiciaire¹⁵.

D'autre part, **l'article 229-3 du Code civil** dispose que la convention de divorce doit contenir certaines mentions à peine de nullité. Il s'agit notamment de l'état civil des époux et celui des enfants, l'identité des avocats et de leur structure, la mention de l'accord des époux sur le principe et les effets du divorce, les modalités du règlement complet des effets du divorce. De surcroît, un état liquidatif du régime matrimonial par acte notarié est nécessaire, en présence de biens soumis à la publicité foncière.

Le **décret du 28 décembre 2016** exige d'autres mentions visées **aux articles 1144-1 et suivants du Code de procédure civile**. Il s'agit du nom du notaire ou de la personne morale titulaire de l'office notarial chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang des minutes. De plus, la convention doit indiquer le défaut d'information au mineur en l'absence de discernement de ce dernier. Elle doit préciser également la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire, à l'image de la procédure judiciaire. Enfin, la répartition des frais du divorce entre les époux doit être fixée et l'aide juridictionnelle mentionnée. Dans le cas contraire, les frais sont partagés par moitié.

Une fois la convention rédigée par les avocats conformément à **l'article 1374 du Code civil**, ces derniers adressent le projet de la convention de divorce aux époux par lettre

¹¹ Article 250 du C.civ

¹² Article 1144 du CPC

¹³ Arrêté du 28 décembre 2016, publié au journal officiel le 29 décembre 2016

¹⁴ Article 1145, al.2 du CPC

¹⁵ Article 229-4 du C.civ

recommandée avec accusé de réception. Celle-ci ne pourra être signée par les époux qu'après l'écoulement d'un délai de quinze jours à la suite de sa réception¹⁶. L'acte est contresigné par les avocats et fait foi de l'écriture et de la signature des époux. Le formulaire d'information des enfants, l'état liquidatif du régime matrimonial et l'acte authentique d'attribution à titre de prestation compensatoire des biens soumis à la publicité foncière doivent être annexés.

Le décret prévoit que la convention est signée par les époux et leur avocat ensemble et cela en trois exemplaires¹⁷. Chaque époux en conservant un original et le troisième est destiné à son dépôt au rang des minutes d'un notaire. Un quatrième exemplaire peut être établi pour les formalités d'enregistrement. Par ailleurs, s'il s'avère que la convention de divorce est rédigée en langue étrangère, elle doit être accompagnée d'une traduction effectuée par un traducteur habilité, ce qui vaut également pour les annexes susvisées.

Une fois que le notaire a réceptionné la convention et ses annexes, par l'avocat le plus diligent à la requête des parties, dans un délai de sept jours suivant la date de la signature, il doit vérifier la présence des mentions prescrites à **l'article 229-3 du Code civil**. Il s'assure également que le délai de réflexion de quinze jours a bien été respecté. Dès lors, le dépôt de la convention intervient dans un délai maximum de quinze jours suivant sa réception¹⁸.

La dissolution du mariage intervient alors au jour à laquelle la convention acquiert force exécutoire entre les époux, soit à la date du dépôt au rang des minutes du notaire. Concernant, l'aspect patrimonial, le divorce prend effet à cette même date, sauf à ce que la convention prévoit une autre date¹⁹. Il est justifié du divorce à l'égard des tiers par la production d'une attestation de dépôt délivrée par le notaire.

La mention du divorce est portée en marge des actes d'état-civil au vu de ladite attestation. Concernant la formalité d'enregistrement aucune disposition expresse ne traite de ses modalités. Il y a donc lieu de supposer que l'acte soit taxé à un droit fixe des actes innomés et enregistré à la recette des impôts et non sur état, puisque rien n'est visé expressément²⁰.

Une passerelle a été prévue pour permettre aux époux de passer du divorce déjudiciarisé à un divorce judiciarisé, à tout moment de la procédure et cela jusqu'au dépôt au rang des minutes

¹⁶ Préc.

¹⁷ Article 1145 du CPC

¹⁸ Article 1146 du CPC

¹⁹ Article 262-1 du Code civil

²⁰ En ce sens, Circ. 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession, CIV/02/17

du notaire²¹. En ce sens, l'option pour un divorce contentieux reste possible pour les époux, en présentant une requête au juge des affaires familiales.

L'objectif de cette réforme avoué par le gouvernement est de désengorger les tribunaux des divorces par consentement mutuel et donc, de procéder à une économie budgétaire. Effectivement, 67 875 sur 124 000 requêtes en divorce sont des divorces par consentement mutuel en 2015²², soit 54, 7% des divorces prononcés. D'autant plus que, dans 99% des cas, le juge aux affaires familiales homologués la convention de divorce établie par le ou les avocats des époux. Il y avait donc très peu de refus d'homologation. Mais cette réforme poursuit également un double but : la simplicité et la rapidité de la procédure de divorce. Simplicité, puisque les époux n'auront plus à saisir un juge et rapidité, puisque le seul délai qui doit être respecté est le délai de quinze jours de rétractation des époux. Un délai de trois à quatre semaines a même été avancé pour le prononcé du divorce, contrairement un délai moyen de 3,5 mois devant le juge, étant précisé que ce délai pouvait être porté à 8 mois dans certaines régions.

Malgré l'accueil favorables des citoyens, les modalités pratiques de cette réforme vont certainement entraîner des conséquences pour le moins insoupçonnés. Le texte est fortement succinct et suscite « *interrogations, incertitudes, oppositions, controverses et divergences* »²³. Des éclaircissements ont été certes apportés par la **circulaire du 26 janvier 2017** de présentation des dispositions, mais elle opère une répartition des rôles entre les avocats et les notaires quelque peu inédite, jusqu'à constituer une menace pour l'avenir même du notariat. Le notaire intervient dans le cadre de ses missions traditionnelles afin d'apporter sécurité à un acte sous seing privé, il confère force exécutoire par le dépôt au rang de ses minutes. Pour autant, l'étendue légale de ses missions sont réduites à peau de chagrin. Dans l'esprit du législateur, il a un rôle subsidiaire et son intervention n'est qu'utilitaire. En effet, il est cantonné à vérifier les régularités formelles de la convention de divorce énoncées à **l'article 229-3 du Code civil**, sans même devoir s'assurer du consentement des époux, vérifier l'équilibre de la convention de divorce, ou encore, recevoir les époux et les avocats. C'est pourtant un type de contrôle incompatible avec sa fonction statutaire et qui porte atteinte à l'authenticité notariale elle-même. Alors que le travail des avocats a été valorisé, l'office du

²¹ Article 1148-2, al.2 du CPC

²² Selon les chiffres présentés par le ministère de la justice : <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiqués-10095/communiqués-de-2016-12818/reforme-divorce-par-consentement-mutuel-29565.html>

²³ Christophe BLANCHARD, « Eclaircissements sur l'application du nouveau divorce par consentement mutuel », La semaine juridique notariale et immobilière, n°06-07, 10 février 2017, act. 237

notaire a été restreint volontairement ou involontairement par le législateur. Le dépôt au rang des minutes d'un notaire implique de nombreuses diligences qui sont tarées par ce divorce extrajudiciaire. C'est « *une authenticité sans authentification* »²⁴ que le notaire est tenu de conférer à la convention de divorce et cela conduit à un bouleversement de ses missions.

En ce sens, ce nouveau divorce par consentement mutuel extrajudiciaire constitue-t-il une amorce à de nouvelles fonctions notariales ?

Le notaire intervient dans le cadre de ce divorce certes au titre de ses missions traditionnelles (**Partie 1**), mais ne réalité c'est une dénaturation de ses fonctions traditionnelles qui est opérée (**Partie 2**).

²⁴ Christophe BLANCHARD, « Eclaircissements sur l'application du nouveau divorce par consentement mutuel », La semaine juridique notariale et immobilière, n°06-07, 10 février 2017, act. 237

PARTIE I- Le notaire au cœur de ses missions traditionnelles

Le notaire ne pouvait pas être exclu de ce nouveau divorce par consentement mutuel, puisqu'il intervient au cœur même de ces missions. Il est non seulement une autorité morale, mais il est également un spécialiste du divorce, au titre de son rôle de professionnel en matière patrimoniale (**Chapitre 1**). De plus, en conférant force exécutoire à la convention de divorce, il assure une sécurité et une efficacité à la convention de divorce (**Chapitre 2**).

Chapitre 1- Un tiers, spécialiste du divorce

Le notaire est garant pour la société, il s'apparente à un véritable tiers de confiance lors des moments clés de la vie, qu'il ne serait être exclu en matière de divorce (**Section 1**). De plus, il est un expert des relations patrimoniales des époux (**section 2**).

Section 1) Un tiers de confiance

C'est au titre de ses qualités et vertus que le notaire s'apparente à un tiers de confiance. Il fait preuve d'un gage d'impartialité (**paragraphe 1**) et est astreint un devoir de conseil étendu (**paragraphe 2**), faisant de lui un intervenant essentiel au sein de ce divorce en l'absence de juge.

Paragraphe 1) Un gage d'impartialité

Liberté et égalité des Hommes sont des principes conquis lors de la Révolution française, auquel le droit des contrats s'est plié. En effet, les codificateurs du Code civil, promulgué le 21 mars 1804 sous l'égide de Napoléon Bonaparte, ont mis en place un système de liberté et d'autonomie de la volonté, en vue d'un développement efficace de l'économie. Tous doivent pouvoir traiter librement des besoins qui les unissent. C'est ainsi qu'a été consacré le principe de la liberté contractuelle. La réforme du droit des contrats intervenu à la

suite de l'ordonnance du 10 février 2016 (n°2016-131) a d'ailleurs rappelé ce principe et en a introduit une définition à l'article 1102 du Code civil, « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Dès lors, l'exercice de cette liberté doit se faire dans le respect des lois et ne peut pas déroger à l'ordre public.

Cependant face à cette liberté, un tiers de confiance a été nécessaire pour guider la société et assurer une sécurité juridique et économique aux contrats, ainsi que garantir le respect des lois et la préservation des intérêts des parties. C'est alors le notaire, qui a été institué par le législateur pour embrasser ce rôle. Il assure la sécurité juridique, essentielle à notre Etat de droit. D'ailleurs, le recours à des guides juridiques était courant depuis l'antiquité afin d'assurer une stabilité sociale aux cités. Ainsi, des officiers publics, à l'image des scribes au sein des peuples (égyptien, grec, etc.) étaient chargés de recevoir les contrats des particuliers. Cette aspiration a été largement soulignée par le conseiller d'Etat Réal lors de la présentation de la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) fixant le statut du notariat, dont il est intéressant d'exposer. Ce dernier a considéré que pour « *établir sur des bases inébranlables le droit de propriété, la liberté civile, le repos des familles, ce n'est pas assez d'avoir institué les tribunaux... à côté des fonctionnaires qui concilient et qui jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires, qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi, et enlèvent aux hommes cupides, avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation. Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce de juges volontaires qui obligent irrévocablement les parties contractantes, sont les notaires : cette institution est le notariat.* ».

En d'autres termes, le notaire assure une stabilité des rapports juridiques et améliore grandement la qualité des contrats qu'il reçoit, de part son impartialité et son devoir de conseil. C'est pourquoi, ce magistrat de l'amiable ne pouvait être écarté de ce nouveau divorce par consentement mutuel en l'absence de juge. La place du notaire dans la société est cruciale. Elle s'apparente à celle d'une personne neutre et impartiale, d'un garant des droits pour les parties.

Le divorce par consentement mutuel ne nécessite pas une intervention judiciaire, puisque ce divorce est avant tout amiable, il n'y a donc pas de litige au fond. Tout au contraire, les époux sont d'accords sur le principe et les effets du divorce, une approbation judiciaire n'est donc aucunement nécessaire. Le juge n'intervenant qu'en cas de litige. La suppression du juge apparaît donc légitime en cela.

Cependant, l'accord des époux peut s'avérer être faussé et surtout contraint. C'est pourquoi, un avocat commun aux époux n'est plus adapté. Chaque époux doit avoir son propre avocat qui veillera à assurer sa défense et lui apporter les meilleurs conseils. Tout le problème semble pourtant se situer sur ce point. En effet, chaque avocat défend les intérêts de son client et en vertu des textes applicables à la profession, notamment le **décret du 12 juillet 2005** (n° 2005-790), il doit à son client compétence, dévouement, diligence et prudence. Par conséquent, il n'y a aucun arbitre impartial à l'image du juge, chaque avocat ne défendant que, et uniquement, les intérêts de son client. Dès lors, aucune impartialité n'est exigée de l'avocat à l'égard des parties, contrairement au juge.

Le magistrat doit être impartial au sens de **l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et du citoyen**. L'impartialité se définit alors par une absence de préjugé et d'équité à l'égard des parties. C'est une exigence essentielle d'un procès équitable. Par conséquent, seul ce dernier était neutre à l'égard des époux et veiller au respect des intérêts de la famille. Ce gage d'impartialité étant un gage de confiance aussi bien pour les époux que pour les enfants.

Dès lors, il apparaissait évident que le notaire soit acteur de ce nouveau divorce amiable. En effet, le notaire a pour rôle de conseiller, de manière neutre et fiable, les familles. Certes l'absence du juge permet de valoriser l'implication des époux et leur responsabilisation, mais la présence d'un arbitre de confiance s'avère indispensable. En effet, bon nombre d'époux considéraient que le juge était celui qui allait faire peser les intérêts de tous au sein d'une balance et qui donc garantissait les droits et intérêts de chacun au sein de la convention de divorce. Pourtant, les justiciables sont favorables à un divorce sans intervention judiciaire, considérant que la question d'une désunion ne relève que de leur vie privée et afin d'éviter ce sentiment de méfiance et plus particulièrement, d'accusation et de victimisation. Cependant, un tiers de confiance reste primordiale pour eux, en vue de veiller à l'intérêt et aux droits de tous. Dès lors, qui d'autre que le notaire, magistrat de l'amiable, pourrait garantir une impartialité en l'absence de juge ?

Les règles régissant la profession notariale se trouvent dans différents corps de texte et notamment au sein de **l'ordonnance du 2 novembre 1945** relative au statut du notariat (n°45-2590) et son **décret d'application du 19 décembre 1945** (n°45-0117). Le notaire est également soumis au **décret du 28 décembre 1973** relatif à la discipline et au statut des officiers publics ou ministériels (n°73-1202).

Le notaire est alors soumis à une réglementation abondante, regroupant de nombreuses exigences et ce, en raison de la nature hybride de la profession. Si bien que le notaire est un professionnel libéral, il assure une mission de service public. En d'autres termes, il exerce cette profession sous sa responsabilité personnelle, mais il est délégataire d'une parcelle de la puissance publique, afin de satisfaire un besoin d'intérêt général, soit de l'ensemble des intérêts des membres de la société. Il n'est donc pas un professionnel libéral comme les autres et notamment comme les avocats, c'est un officier public.

En outre, une réglementation déontologique s'applique à lui de la même façon que les avocats du fait de son statut de professionnel libéral. En revanche, des spécificités sont nombreuses du fait de cette mission d'intérêt public dont il investit. Le conseil supérieur du notariat a édicté en ce sens, un règlement national comprenant les principes de déontologie et les règles professionnelles, suivant un **arrêté du 22 juillet 2014**, portant approbation par le garde des sceaux, ainsi qu'un guide de la morale notariale. Ces textes mettent en avant le fait que le notaire doit assurer une moralité et une sécurité à la vie contractuelle et également, qu'il doit faire preuve d'honnêteté, de probité et de rigueur. Il se doit de jouer à l'égard de ses clients un rôle de « caution morale »²⁵ et donc de garantie. Le notaire doit inspirer une confiance aux citoyens. En ce sens, tout fait allant à l'encontre de l'honnêteté et plus généralement de la réglementation professionnelle notariale, donnent lieu à des sanctions disciplinaires. C'est ce que souligne **l'article 2 de l'ordonnance du 28 juin 1945**. D'ailleurs, cette exigence de probité est particulièrement importante et sérieuse, puisqu'elle va jusqu'à s'incruster dans la vie privée du notaire. La Cour de cassation a effectivement déjà jugé *« que la discipline professionnelle des notaires n'exclut pas la prise en considération d'éléments de vie privée, eu égard à la portée sociale et d'intérêt public des fonctions qu'ils exercent. Ainsi, une cour d'appel peut estimer que la situation financière personnelle du notaire, révélant une insolvabilité durable, constitue un manquement à ses obligations professionnelles. »*²⁶. L'avocat, même soumis à une importante éthique, n'est pas soumis à une telle discipline.

C'est pourquoi, l'éthique notariale entraîne une confiance des clients, elle doit donc être entretenue et surveillée. Ainsi, chaque étude fait l'objet d'une inspection annuelle par ses

²⁵ Jean TARRADE, ancien président du Conseil supérieur du notariat, préface du guide de la morale notariale

²⁶ Cass. 1re civ., 10 juill. 2002

pairs, dont ressort un rapport remis au Président de la chambre des notaires du lieu du ressort de l'office et au Procureur de la République.

Au titre de la réglementation, le notaire doit faire preuve également d'un désintéressement total. En effet, **l'article 5 de l'ordonnance** susvisé dispose que ce dernier « *doit à sa clientèle sa conscience professionnelle, ses égards, l'équité, la probité et l'information la plus complète et que l'intérêt du client prime toujours le sien* ».

Ainsi, toute recherche de profit et de marchandages sont donc à proscrire. C'est ainsi qu'une tarification des actes est assurée par la puissance publique. Le tarif est fixé de manière uniforme et s'applique sur l'ensemble du territoire. C'est une garantie s'avérant essentielle pour les citoyens. Le tarif est le même pour l'ensemble des individus et ne diffère qu'en fonction de la nature de l'acte. En revanche, bien que les avocats soient soumis à une transparence tarifaire, le montant des honoraires restent totalement libre.

En définitive, l'indépendance financière des notaires à l'égard des clients appui ce rôle de tiers de confiance.

De plus, en cas de conflits d'intérêts, le notaire est tenu de se déclinier. Certes, il est soumis à une obligation d'instrumenter, mais dès lors que le notaire a un intérêt direct ou indirect à l'acte qu'il reçoit, par exemple du fait de relations familiales ou d'intérêts économiques, il est tenu de s'abstenir d'instrumenter. C'est ainsi, qu'il ne peut ni instrumenter pour ses parents et alliés jusqu'au quatrième degré, ni pour lui-même. En aucun cas, le rôle de la profession ne doit se mêler à des intérêts divergents de ceux d'une mission d'intérêt public. Dès lors qu'un conflit d'intérêt est révélé il doit s'abstenir d'intervenir et d'instrumenter.

En conséquence, le notaire au sein de cette nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel s'avère être un gage d'impartialité pour les époux, à l'image du juge et cela, en raison de son statut. Qui plus est, ce statut de tiers de confiance est consolidé par son devoir étendu de conseil.

Paragraphe 2) Un devoir de conseil étendu

Le notaire est tenu à devoir d'éclairer les parties sur les engagements auxquelles ils souscrivent. Il doit informer les parties sur la meilleure façon d'exercer leurs droits.

D'abord, cette obligation d'information vaut à l'égard de toutes les parties à l'acte pour lequel il prête son concours. Le devoir de conseil s'applique en cas de rédaction d'un acte authentique, qu'elle soit imposée par la loi comme un contrat de mariage ou qu'elle soit voulue par les parties, par exemple un contrat de bail. C'est un avantage complémentaire aux attributs de l'acte notarié, à savoir la force probante, la force exécutoire et la date certaine.

Il faut d'ailleurs noter que la jurisprudence a largement reconnu que le notaire ne pouvait pas échapper au devoir de conseil sous prétexte d'authentifier une convention déjà convenue entre les parties²⁷. En tous les cas, le notaire se doit d'apporter une assistance juridique aux contractants, même s'ils se sont accordés avant même l'intervention du notaire. Il est également tenu en matière de rédaction d'un acte sous seing privé²⁸. Effectivement, ce devoir de conseil s'applique du seul fait de la présence du notaire et non de la nature de l'acte en question.

Dès lors, cet impératif s'impose et cela en dépit d'une faute professionnelle. C'est ainsi qu'un notaire qui avait méconnu **l'article 14 du décret du 19 décembre 1945**, prévoyant l'obligation de négocier des prêts en la forme authentique et assortis d'une caution bancaire, a vu sa responsabilité être engagée du fait du devoir de conseil inexécutée²⁹. En conséquence, le notaire est tenu au devoir de conseil du seul fait de son titre, et ce, nonobstant des agissements irréguliers qu'il aurait entrepris.

En définitive, l'obligation d'information est absolue et inhérente à la profession notariale. En effet, peu d'éléments permettent d'atténuer la responsabilité du notaire. Même dans l'hypothèse de l'intervention d'un autre conseiller³⁰ (avocats, gestionnaire de patrimoine, etc.), l'information est due à toutes les parties. Effectivement, dans un tel cas le notaire ne serait être le protecteur d'une seule partie et assurer sa seule défense, du fait de la présence d'un avocat. D'ailleurs, cette conception diffère de la tradition anglo-saxonne où la signature d'un contrat est considérée comme un affrontement, nécessitant la représentation de chaque partie pour la défense de leurs intérêts personnels. Au contraire, la tradition française héritée du droit latin vise la possibilité d'un intérêt supérieur à celle des parties, juste et équilibré. C'est alors au notaire de rechercher, en tant qu'arbitre, un point équilibré entre les intérêts divergents des parties, défendus par les avocats. Il s'agit de dépasser les intérêts particuliers de chacun.

²⁷ Cass. civ., 21 juill. 1921 : D. 1925, I, p. 29- . 1re civ., 9 mars 1959 : JCP N 1959, II, 11088- Cass. 3e civ., 4 févr. 1976 : Defrénois 1976, art. 31181- Cass. 1re civ., 18 oct. 2005 : Juris-Data n° 2005-030336

²⁸ CA Paris, 23 avr. 1982 : D. 1982, p. 536 concernant une promesse de vente sous seing-privé

²⁹ . 1re civ., 19 mai 1992 : Defrénois 1992, art. 35395, p. 1454

³⁰ Cass. 1re civ., 10 juill. 1995 : Bull. civ. 1995

Le notaire se doit informer les parties, les éclairer. Il doit envisager toutes les solutions possibles et tous les risques encourus. Ce devoir de conseil pèse d'ailleurs quelque soit la qualité des parties. En effet, peu importe qu'il s'agisse d'un client professionnel ou non.

En revanche, pendant longtemps la jurisprudence avait atténué la responsabilité du notaire face à un client expérimenté et l'avait renforcée face à une partie inexpérimentée³¹. Toutefois, face à de nombreuses critiques, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en considérant que « *le notaire n'est pas déchargé de son devoir de conseil par les compétences personnelles de son client* »³². Par conséquent, il doit appliquer la loi et surtout la faire comprendre, l'expliquer à l'ensemble de ses clients et cela, sans distinction. C'est un devoir général.

Le devoir de conseil absolu et général renforce une fois de plus la fiabilité et la neutralité du notaire et donc, la nécessité de son rôle au sein du divorce par consentement mutuel. D'ailleurs, « *le rôle du juge était d'attirer l'attention sur un certain nombre de choses ... cela agissait comme une pseudo thérapie* » à l'égard des époux, énonce Brigitte LAGIERE³³. Dès lors, le notaire, investit d'un devoir de conseil à l'égard de toutes les parties, s'avère être le seul professionnel du droit pouvant endosser cette fonction du juge, à savoir de conseiller les époux sur ce qui a été soulevé par leurs avocats, mais aussi sur ce qui n'a été traité. Le notaire veille à alerter les époux quant à l'intérêt de tout et chacun à la fois.

C'est ainsi que, ce devoir de conseil inclut pour le notaire une vérification des éléments pouvant compromettre la sécurité juridique du contrat actuellement et pour l'avenir. Pour ce faire, des investigations souvent importantes sont réalisées..

En définitive, la déontologie notariale est particulièrement exigeante et essentiellement du fait de sa mission de service public. Cela constitue une assurance pour les citoyens.

D'ailleurs, nous pouvons d'autant plus souligner ce point par le fait que le notaire ne choisit pas son client. En effet, il ne peut refuser de donner des conseils ou d'instrumenter un acte, à moins qu'il y ait un conflit d'intérêt ou une illégalité. En revanche, la liberté entre les parties a été admise face à la profession des avocats. La **loi du 31 décembre 1971** (n°71-1130) reconnaît que le client est libre de choisir son avocat, comme ce dernier est libre de choisir

³¹ Cass. 1re civ., 2 mars 1964- Cass. 1re civ., 7 févr. 1984

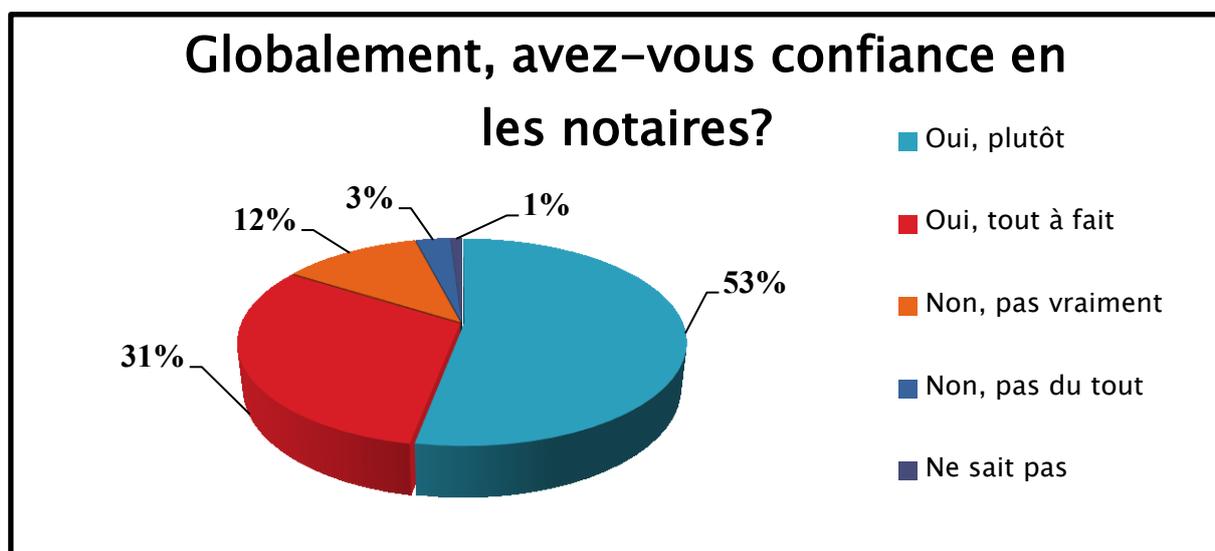
³² Cass. 1re civ., 28 nov. 1995 et Cass. 1re civ., 30 janv. 1996 : Defrénois 1996, art. 36272, n° 21.

³³ Juge aux affaires familiales au Tribunal de Grande instance de Saint-Denis de la Réunion, Divorce à l'amiable sans juge: "On attend de voir", Clicanoo, jeudi 9 février 2017, Rubrique fait divers

son client pour diverses raisons (morales, matérielles, intellectuelle, etc.). La seule obligation étant de fournir à l'individu des informations sommaires en cas d'urgence.

D'autre part, comment imaginer le divorce par consentement mutuel en l'absence d'un représentant de l'Etat ? La nature hybride du mariage, à la fois institution et contrat a toujours nécessité un représentant de l'Etat pour s'unir. Le parallélisme des formes voudrait alors qu'il en soit ainsi pour la désunion. Ainsi, l'exclusion du juge est opportune face à l'absence de litige en matière de divorce par consentement mutuel. Mais, la présence notaire, magistrat de l'amiable, est sans doute justifiée (minimement peut-être) par la nécessité de l'existence d'un représentant de l'Etat, d'un officier public au sein de la procédure.

De surcroît, sa présence semble répondre aux besoins de la société. En effet, il répond aux qualités recherchées d'un arbitre impartial, d'un guide, tout comme le juge en lequel les citoyens ont amplement confiance. Le notaire est cette personne neutre et fiable pour les clients en matière juridique. D'ailleurs, les statistiques démontrent que les citoyens ont toute confiance en ce tiers. L'institut de sondage BVA a réalisé une enquête sur « *L'image des professions du droit auprès des Français* » en 2008, suivant la demande de la Chambre des notaires de Paris³⁴. Tout d'abord l'ensemble des personnes interrogées ont distingué nettement les professions d'avocats et de notaires. Ensuite, sur la question « *Globalement, avez-vous confiance en les notaires ?* », 84% des français ont considérés que oui.



³⁴ Etude réalisée par l'Institut de sondage BVA (Brulé, Ville et associés) du 5 au 6 septembre 2008 auprès d'un échantillon de 970 personnes représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus dont 158 habitants d'Ile-de-France et du 8 au 9 septembre 2008 auprès d'un échantillon de 204 personnes, habitants d'Ile-de-France.

En définitive, le notaire en sa qualité ne pouvait être exclu du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire. La fonction notariale est à distinguer de celle de l'avocat.

Par ailleurs, il est également un expert du divorce. Il a connaissance de l'ensemble de la réglementation en la matière au titre du patrimoine des époux.

Section 2) Un acteur du divorce

Le notaire est déjà un acteur du divorce, puisqu'il assure un rôle professionnel de liquidateur. Ce nouveau divorce a maintenu ce rôle traditionnel de professionnel de la liquidation du patrimoine des époux (**Paragraphe 1**), bien que des changements résiduels ont été apportés (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1) Le maintien du rôle classique de liquidateur

Le notaire intervient au sein de ce divorce extrajudiciaire comme liquidateur. Cette fonction lui était déjà dévolue sous la réglementation du divorce amiable contentieux. En effet, lorsque la liquidation du régime matrimonial des époux porte sur des biens soumis à la publicité foncière, un état liquidatif dressé en la forme authentique est nécessaire. En ce sens, le notaire conserve un rôle traditionnel en collaboration avec les avocats.

Le **5° de l'article 229-3 du Code civil** dispose que « *L'état liquidatif du régime matrimonial, le cas échéant en la forme authentique devant notaire lorsque la liquidation porte sur des biens soumis à publicité foncière, ou la déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation* » doit apparaître au sein de la convention de divorce. Ainsi, l'article modifié par la **loi du 18 novembre 2016** (n°2016-1547), n'a pas bouleversé le rôle de liquidateur du notaire dans le cadre du divorce par consentement mutuel. Dès lors, « *aujourd'hui, comme hier, c'est le cœur de l'intervention du notaire dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel* »³⁵. Ce nouveau divorce ne transfigure pas le rôle classique du notaire-liquidateur.

³⁵ Stéphane DAVID, notaire associé à Meudon, « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », AJ. Famille 2017, P.31

Lorsque que des époux souhaitent embrasser ce divorce, une convention de divorce établie par leurs avocats doit porter règlement complet des effets du divorce. En effet, la convention doit contenir « *Les modalités du règlement complet des effets du divorce* », en application du **4° de l'article 229-3 du Code civil**, ce qui implique un état du patrimoine. Cet état doit revêtir la forme authentique en présence de biens soumis à la publicité foncière, à savoir les biens immobiliers. Le recours au notaire est donc obligatoire uniquement en présence de biens soumis à la publicité foncière et ce, quelque soit le régime matrimonial des époux.

La réforme n'apporte donc pas de changement, pourtant nous pouvons constater que les termes utilisés ne correspondent toujours pas à la réalité de la pratique notariale. En effet, en visant « l'état liquidatif », seule la liquidation semble être envisagée, or il s'agit en fait d'un règlement du régime matrimonial. La liquidation détermine les droits des parties, alors que le règlement détermine le sort des biens, plus précisément l'attribution des biens au futur ex-époux, après la détermination des droits et obligations des époux. Ce point aurait pu sembler-il faire l'objet d'une modification, étant donné que le divorce par consentement mutuel nécessite un règlement complet des effets de celui-ci par les époux et donc, un consensus sur le sort des biens.

Evidemment la liquidation est préalablement nécessaire. C'est l'étape qui consiste en une analyse du patrimoine des époux. En effet, le notaire doit tout d'abord déterminer le régime matrimonial et donc les rapports pécuniaires des époux, en fonction de la date du mariage et de la présence ou non d'un contrat de mariage. C'est ensuite, que sur cette base, l'actif est déterminé, c'est-à-dire que les biens des époux sont recensés et évalués. Cette étape permet d'ailleurs de relever la nature de ceux-ci (propre ou personnel et commun ou indivis). Le passif est également mis en évidence. L'état du patrimoine permet alors d'identifier des mouvements de valeur intervenus entre les époux ou entre les masses. En d'autres termes, des créances entre époux ou des comptes de récompenses sont établis s'il y a lieu, en fonction des renseignements des parties. Ainsi, il y a créance entre époux dans l'hypothèse où un époux investit des fonds propres dans un immeuble appartenant en propre à son conjoint par exemple. Il y a récompense lorsqu'il y a eu des flux entre la masse commune et la masse propre de l'un des époux en matière de régime de communauté légal, c'est le cas par exemple, lorsque l'un des époux à participer au financement d'un immeuble commun avec des fonds lui étant propres. Ici le notaire va constater une récompense due par la communauté. Par contre, lorsque l'un des époux à utiliser des fonds communs, notamment

les gains et salaires pour des réparations sur un immeuble lui appartenant en propre, la récompense est due à la communauté.

Pour terminer, les droits des parties sont fixés. En matière de communauté légale réduite aux acquêts, les droits des époux sont composés de la moitié de l'actif net de communauté (l'actif brut moins le passif brut), du solde du compte de récompenses et éventuellement des créances constatées à l'égard du conjoint.

L'étape de la liquidation étant terminée, le règlement du régime matrimonial est mis en œuvre par le notaire, soit par un partage de l'actif et du passif, soit par un maintien de l'indivision. Le partage va se faire par l'attribution de biens à chacun des époux à charge éventuellement du paiement d'une soulte. Dans le cas par contre de l'indivision, le notaire va préconiser l'établissement d'une convention d'indivision afin de prévoir les règles de gestion des biens et par conséquent, limiter la survenance d'un contentieux. Sur ce point, la pratique veut que la convention de divorce prenne la forme d'un acte notarié dès lors que nous sommes en présence de biens soumis à la publicité foncière, tout comme l'état liquidatif. Cela semble cohérent aux termes des dispositions de l'**article 1873-2 du Code civil** énonçant que la convention d'indivision en présence d'immeubles doit satisfaire aux formalités de publicité foncière. Effectivement, seuls les actes authentiques qui ont été reçus par un notaire peuvent faire l'objet d'une publication au service de la publicité foncière, en application de l'**article 710-1 du Code civil en son alinéa premier** (ainsi que les décisions juridictionnelles et des actes authentiques émanant d'une autre autorité administrative)³⁶.

En dépit de cela, la Cour de cassation a considéré en 2013 qu'une convention d'indivision antérieure à la liquidation et au partage de communauté, convenue entre des époux mariés sous le régime de la communauté légale, par acte sous seing privé, n'était pas nulle en raison du défaut de publicité foncière. Dès lors, les parties peuvent établir ladite convention par acte sous seing privé sans pour autant qu'il y ait nullité³⁷. Il est vrai que cette jurisprudence est surprenante, puisque le texte prévoit explicitement l'obligation de soumettre la convention d'indivision à la formalité de publicité foncière en présence d'immeubles. Cependant, la sanction en cas de non-respect des prescriptions de l'**article 1873-2 du Code civil** est absente et suivant l'adage « *pas de nullité sans texte* », le juge ne saurait prononcer la nullité de la convention d'indivision alors même que cette sanction n'est pas été expressément prévue par la loi. De plus, la solution ne tient-elle pas également de la fonction de la publicité foncière ?

³⁶Article 710-1, alinéa 1 du Code civil : « *Tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative* ».

³⁷ Civ. 1^{ère}, 10 juillet 2013 (n° 12-12.115), Bull.civ. I, n° 154, AJ. Famille 2013, observation N.Levillain et RTD. Civ 2013 observation J.Hauser

En effet, la publication a pour objet une opposabilité de l'acte aux tiers, il ne s'agit pas d'une condition de validité³⁸. Dès lors, un acte non-publié produit tout de même ses effets à l'égard des parties, mais est inopposable aux tiers. D'ailleurs, si un préjudice résulte de l'inobservation de la publicité foncière, seuls des dommages et intérêts pourront être demandés³⁹. La sanction en cas de recours à une convention d'indivision par acte sous-seing privé dans ce cas serait sans doute l'inopposabilité aux tiers. Nonobstant ces difficultés, la réforme du divorce par consentement mutuel n'intervient pas non plus sur ce point.

L'article 229-3 du Code civil nouvellement modifié vise uniquement le fait que la liquidation doit revêtir la forme d'un acte notarié en présence de biens soumis à la publicité foncière. *De facto*, le terme « liquidation » exclut la convention d'indivision. En ce sens, les avocats des futurs ex-époux peuvent rédiger la convention d'indivision au sein de la convention de divorce. La pratique en serait permise. Pour autant, la convention d'indivision est intimement liée à l'état liquidatif. De plus, l'acte rédigé par les avocats ne peut pas être publié au service de la publicité foncière et donc cela, ne serait limiter la survenance d'un contentieux. En effet, bien que l'acte ne soit pas nul, il serait sans doute inopposable.

Ainsi, il serait préférable que la convention d'indivision revête la forme authentique en présence d'immeubles dans le cadre de ce nouveau divorce et que, la pratique visant à l'établir par un notaire se perpétue.

D'autre part, concernant les biens recensés par l'acte notarié, la pratique liquidative vise une attribution immobilière et exceptionnellement une attribution mobilière. Les biens mobiliers étant énoncés dans la convention de divorce directement. Cela peut nous sembler cohérent du fait des dispositions du **5° de l'article 229-3 du Code civil** susvisé. En effet, l'acte authentique relatant la liquidation est obligatoire en présence de biens soumis à la publicité foncière, de telle façon que l'état liquidatif ne devrait viser que les biens immobiliers du couple. D'ailleurs **l'article 835 du Code civil en son alinéa 2**, en matière d'indivision successorale, vise le fait que l'acte de partage lorsque l'indivision porte sur des biens soumis à la publicité foncière doit être établi en la forme d'un acte notarié. La pratique pointe alors uniquement les biens immobiliers dans ce cas.

Toutefois, la doctrine n'est pas toujours en ce sens. Certains auteurs considèrent que l'exclusion des biens mobiliers des époux au sein de l'acte notarié constitue une

³⁸ Civ. 1^{ère}, 13 décembre 2012 (n°11-19.098), AJ. Famille 2013. 132, observation A. Cousin

³⁹ Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2005 (n°01-17.542), Bull.civ. I, n° 315

« *interprétation extensive* » des textes⁴⁰. En effet, la loi semble admettre un partage verbal ou par acte sous seing privé entre les époux en l'absence de biens immobiliers. En revanche, en aucun cas il est explicitement prévu que l'acte notarié en présence de biens soumis à la publicité foncière doit se borner uniquement à ces biens. De plus, le notaire doit procéder à la liquidation du régime matrimonial dans son ensemble et ce, d'autant plus en matière de communauté légale. La communauté est activement composée des biens meubles et immeubles. Ainsi, liquider une partie de celle-ci ne reviendrait-t-elle pas à régler partiellement communauté ? La communauté ne serait être divisée, entre actif mobilier et actif immobilier. En définitive, cela nous semble judicieux qu'une liquidation complète intervienne au sein de l'état liquidatif notarié. L'exhaustivité des biens est primordiale au sein de l'état liquidatif, au moins d'un point de vue fiscal. Par contre, le partage entre les époux peut être incomplet du fait d'un partage verbal ou d'un partage antérieur au divorce, notamment par la vente d'un bien commun suivant une répartition du prix⁴¹. Cependant, il faut souligner que lorsque les époux sont mariés sous le régime de la séparation des biens, la question est différente. En effet, ils peuvent tout à fait régler le sort d'un bien indivis préalablement au divorce ou de façon indépendante.

En conséquence, le nouveau divorce par consentement mutuel ne modifie pas le contenu de l'état liquidatif, mais ne vient pas le préciser non plus, ce que nous pouvons regretter. Sans nul doute, il aurait été judicieux d'apporter des précisions quant au partage de biens mobiliers au sein de l'acte notarié, d'autant plus maintenant que seuls les avocats et les notaires interviennent. Le rôle de chacun nécessite d'être encadré afin d'éviter des pratiques professionnelles disparates. Cependant, quelques changements sont à remarquer, bien que subsidiaires.

Paragraphe 2) La présence de changements résiduels

En vérité, ce rôle classique a été agrémenté d'une nouveauté. En effet, **l'article 1144-3 du Code de procédure civile**, créé par le **décret du 28 décembre 2016** (n°2016-1907), en ses **alinéas 1 et 2**, dispose que « *La convention de divorce précise la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire. Lorsque ceux-ci sont soumis à la publicité foncière, l'attribution est opérée par acte dressé en la forme authentique devant*

⁴⁰ Stéphane DAVID, notaire associé à Meudon et Romain BRUNET, notaire associé à Dijon, Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel, AJ. Famille, 2017, p31.

⁴¹ Stéphane DAVID, notaire associé à Meudon, La fiscalité du partage, AJ. Famille, 2015

notaire, annexé à la convention ». Par conséquent, lorsque le divorce entraîne à titre de prestation compensatoire un abandon de bien soumis à la publicité foncière, un acte notarié est nécessaire. Ainsi, l'acte d'abandon d'un droit ou bien immobilier par un époux à titre d'une prestation compensatoire sollicite l'intervention du notaire. La prestation a vocation à compenser la disparité des conditions de vie de chacun des époux à la suite du divorce. La prestation compensatoire est pourtant une sphère dévolue aux avocats.

En réalité, cette précision relevait déjà de la pratique notariale, du moins lorsque le bien immobilier abandonné à titre de prestation compensatoire était commun ou indivis. Ainsi, l'acte d'abandon était constaté au sein de l'état liquidatif. Il pouvait s'avérer également que l'abandon était constaté dans l'acte notarié lorsqu'il s'agissait d'un bien propre ou personnel à l'un des époux, même si cela est beaucoup moins usuel.

Toutefois, ce procédé reste accessoire et ne doit être prévu que dans le cas où le versement d'une somme d'argent est insuffisant pour assurer la prestation compensatoire. Une décision du Conseil constitutionnel du 13 juillet 2011⁴² marque d'ailleurs ce caractère subsidiaire, lorsque le juge prononce l'attribution forcée d'un bien au titre de prestation compensatoire par application du **2° de l'article 274 du Code civil**. De plus, en admettant cette hypothèse, il faudrait encore que l'époux débiteur de la prestation ait un patrimoine conséquent pour qu'il puisse attribuer un bien propre ou personnel. D'autant plus que l'époux débiteur devra régler l'impôt sur la plus-value (à moins qu'il y ait un cas d'exonération), puisque l'abandon du bien à titre de prestation compensatoire est considéré comme une cession à titre onéreux⁴³. Même si, la pratique notariale a tendance à considérer cet acte d'abandon d'un bien à titre de prestation compensatoire comme une dation en paiement, puisque le débiteur en paiement de sa dette attribue une partie de son patrimoine.

En définitive, il ne s'agit donc pas d'une nouveauté, mais d'une précision aux termes des pratiques notariales employées.

Concernant le contenu de l'acte notarié, quelques agencements mineurs sont à noter par rapport au divorce judiciaire. En effet, l'état liquidatif est désormais rédigé sous la condition suspensive du dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire et non plus, sous la condition suspensive d'homologation du juge aux affaires familiales.

⁴² Conseil constitutionnel, 13 juillet 2011 (Décision n° 2011-151 QPC), RLDC 2011/86, n° 4391, obs. Pouliquen

⁴³ Rép. min. éco., n° 83591, JOAN 29 août 2006

En outre, lorsque le notaire interviendra au titre de la liquidation du régime matrimonial, un acte authentique figurera en annexe de la convention de divorce des avocats, soit un acte sous seing privé⁴⁴. De ce point de vue, il n'y a pas de changement, puisque cela correspondait déjà à la pratique sous le divorce contentieux. Mais en réalité une différence est notable, puisque sous le divorce judiciaire, la convention et ses annexes faisaient corps au jugement prononçant l'homologation, soit un acte authentique. Il semble alors que l'acte notarié de liquidation soit désormais annexé à un simple acte sous signature privée en l'absence d'intervention du juge. Cependant, le notaire intervient ensuite en vue de conférer force exécutoire et date certaine à la convention⁴⁵. Il s'agirait donc d'un dépôt conférant l'authenticité. Pourtant, cela s'avère étonnant eu égard au règlement national du notariat⁴⁶. Effectivement, le notaire ne peut pas annexer à son acte authentique un autre acte authentique.

D'autre part, le notaire intervient au titre d'un rôle certes plus inédit en matière de divorce, puisque c'est lui qui confère force exécutoire et date certaine à la convention de divorce. Pourtant, cela constitue sa principale mission au quotidien

Chapitre 2- Un instrument d'efficacité de la convention de

En conférant force exécutoire et date certaine, il assure une validité juridique de l'acte sous signature privée contresigné par les avocats des époux (**section 1**). Pour autant, la convention de divorce, en l'absence de juge, conserve un caractère purement contractuel (**section 2**).

⁴⁴ Alinéa 2 de l'article 1145 du Code de procédure civile

⁴⁵ Article 229-1, alinéa 3 du Code civil

⁴⁶ Règlement national inter-cours, article 36, Conseil supérieur du notariat, approuvé par arrêté de la Garde des Sceaux en date du 22 juillet 2014

Section 1) L'attribution d'une sécurité juridique

Dès lors qu'à l'issue d'un délai de réflexion de quinze jours, les époux et les avocats ont apposé leur signature à la convention de divorce, contenant accord sur le principe et les effets du divorce, il faut encore que la convention soit déposée au rang des minutes d'un notaire. Elle doit être transmise au notaire, accompagnée de ses annexes, à la requête des parties par l'avocat le plus diligent et cela, dans un délai de sept jours à compter de la date de la signature de la convention. Le dépôt de celle-ci par le notaire doit intervenir ensuite dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la convention⁴⁷. C'est alors que le dépôt confère à la convention date certaine et force exécutoire, en application de **l'article 229-1 du Code civil en son troisième alinéa**⁴⁸. La dissolution du mariage entre les époux intervient ensuite à la date à laquelle ladite convention est dotée de la force exécutoire⁴⁹. Concernant les biens des époux, le divorce prend effet à la même date dans leur rapport, sauf dans l'hypothèse où il est stipulé autrement⁵⁰.

En conséquence, le notaire assume une nouvelle fonction au sein du divorce par consentement mutuel. Le juge étant désormais absent de la procédure, il lui revient de conférer authenticité à la convention de divorce (**Paragraphe 1**). Cette étape est primordiale afin de donner effet au divorce. L'exclusion du notaire était difficilement envisageable, puisque les avocats ne peuvent pas conférer force exécutoire à un acte, seul le notaire en tant qu'officier public peut revêtir ses actes de la formule exécutoire (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1) Le recours à l'authenticité notariale

Le notaire est un officier public délégataire d'une mission de service public d'authentification⁵¹ et pour cela, il est chargé d'attribuer force exécutoire aux actes qu'il

⁴⁷ Article 1146 du Code de procédure civile

⁴⁸ « Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire », article 229-1, alinéa 3 du Code civil

⁴⁹ Article 260, 1° du Code civil

⁵⁰ Article 262-1 du Code civil

⁵¹ Article 1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (n° 45-2590) relative au statut du notariat

reçoit⁵². D'ailleurs, les actes notariés dotés de la force exécutoire font partis de la liste des titres exécutoires dressée par **l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991** portant réforme des procédures civiles d'exécution. Mais deux situations sont à distinguer quant à l'intervention du notaire.

Premièrement, lorsque le divorce entraîne des mutations de biens soumis à la publicité foncière, le notaire interviendra dans un rôle de liquidateur, puis dans un rôle de dépositaire en vue de conférer date certaine et force exécutoire. Sur ce point, les modalités de désignation du notaire n'ont pas été mises en évidence par loi. La question s'était alors posée de savoir si le notaire dépositaire pouvait être le même que celui qui a établi l'état liquidatif ? Cette question étant légitime par un risque de conflit d'intérêt remettant alors en cause l'impartialité du notaire. Il est difficile d'imaginer le notaire qui a rédigé le règlement du régime matrimonial, annexé à la convention de divorce, procède au dépôt de cette dernière et lui confère force exécutoire et date certaine. Pourtant, autant la loi du 18 novembre 2016 que le décret du 28 décembre 2016 restent muets sur ce point. Cependant, le ministre de la justice a indiqué que le notaire ayant rédigé le règlement du régime matrimonial pourrait être celui du dépôt de la convention, étant donné que dans ce second rôle il ne fait qu'enregistrer⁵³. Il s'agit d'un simple processus de dépôt formel. Nous pouvons souligner également qu'aucune réglementation déontologique n'interdit au notaire d'intervenir de manière succincte sur deux actes. C'est d'ailleurs ce que relèvent de nombreux notaires⁵⁴. Un conflit d'intérêt voudrait dire qu'il y a une opposition entre les missions publiques du notaire et ses intérêts privés, de sorte que cela conduise à influencer la manière dont il s'acquitte de ses obligations⁵⁵. La déontologie notariale vise alors le fait que le notaire doit s'abstenir d'instrumenter en cas d'intérêt direct ou indirect à l'acte. La question qu'il se pose est où se situe l'intérêt du notaire lorsqu'il établit l'état liquidatif, puis procède au dépôt ? En vérité, une réponse serait difficile à trouver et à argumenter.

L'hypothèse contraire aurait sans doute complexifié la procédure du divorce sans juge, puisque les époux auraient dû faire appel à deux avocats et deux notaires, ce qui aurait certainement mis un frein à ce divorce. Les démarches n'en auraient pas été simples et même

⁵² Article 19 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat

⁵³ Assemblée nationale, Commission des lois, séance du 4 mai 2016, compte-rendu n°77 : « Le notaire ne conseille pas : il se contente d'enregistrer. Il peut donc, je crois, être le même que celui qui a procédé à l'état liquidatif ».

⁵⁴ En ce sens, Maître Bertrand MACE, notaire associé à Saint-Denis (Réunion), lors d'un entretien en date du 2 mars 2017 (annexe audio)

⁵⁵ Définition retenue par l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques lors de la session du comité de la gouvernance publique à Paris, les 15 et 16 avril 2004.

beaucoup plus longues. Les objectifs de rapidité et de simplicité annoncés par la chancellerie n'auraient pas été tenus.

Même si une telle hypothèse n'est pas préférable, elle n'en demeure pas moins possible. Les époux peuvent tout à fait choisir un notaire pour établir l'état liquidatif et un notaire pour procéder au dépôt de la convention de divorce. Aucun texte ne prévoit l'intervention d'un notaire unique pour la liquidation et le dépôt. Dès lors, les avocats seront tenus d'avoir préalablement l'accord du notaire dépositaire, puisque **l'article 1144-1 du Code de procédure civil** prévoit que la convention de divorce doit mentionner le nom du notaire, ou encore, de la personne morale titulaire d'un office notarial, chargé du dépôt au rang de ses minutes, car tout changement entraînera la remise d'un nouveau projet de convention aux époux, laissant courir un nouveau délai de réflexion de quinze jours.

Secondement, lorsque le divorce ne nécessite pas un état liquidatif notarié en l'absence de biens et droits immobiliers, le notaire assumera uniquement le rôle de dépositaire de la convention, afin de lui conférer date certaine et force exécutoire.

Cette nouvelle fonction du notaire en matière de divorce par consentement mutuel s'inscrit en fait, dans un rôle traditionnel de la profession, que de conférer sécurité juridique à un acte. En effet, les actes authentiques ou les accords relatés dans un tel acte (par exemple les actes déposés au rang des minutes d'un notaire) sont pourvus de la date certaine. Cela veut dire que la l'acte fait pleine foi de sa date et en conséquence il ne pourra pas être contesté par les parties ou un tiers. La preuve de l'acte est donc facilitée. Il faut noter que tous les actes authentiques sont automatiquement datés (jour, mois et année), qu'il s'agisse d'une décision de justice ou d'un acte notarié. Ainsi, comme le relève **l'article 1377 du Code civil**, l'acte authentique ne nécessite pas un enregistrement contrairement aux actes sous signature privée⁵⁶.

Dès lors, la convention de divorce rédigée sous seing privé par les avocats n'est opposable qu'entre les époux signataires. D'où l'importance de l'intervention du notaire afin d'éviter toutes contestations, entre les parties ou par des tiers. En effet, le divorce n'a pas uniquement un impact sur les époux, nous pensons ici surtout aux créanciers du couple. Il faut donc pouvoir protéger autant les époux que les créanciers par une date incontestable. D'ailleurs, la notion de date certaine a été conçue dans une optique de protection et de sécurité juridique. En cas de litige, la preuve de la date sera plus facile à rapporter.

⁵⁶ Confirmée par un arrêt de 3e Civ. du 14 avril 2010 (pourvoi : 06-17347), sous l'égide de l'ancien article 1328 du Code civil (nouvel article 1377).

Bien sûr l'acte d'avocat renfermant la convention de divorce aurait pu tout à fait être enregistré au centre d'impôt compétent afin d'avoir date certaine, comme les actes sous signature privée classiques. C'est alors la date de l'enregistrement qui attribue date certaine à l'acte. Mais cela n'aurait pas pour autant supprimer l'intervention du notaire, puisqu'il doit intervenir pour conférer force exécutoire.

En effet, les actes notariés sont pourvus de la force exécutoire et celle-ci constitue sans aucun doute la caractéristique principale de l'acte notarié, renforçant l'idée alors d'un jugement amiable. Ainsi, sur une simple production d'une copie d'un acte revêtu de la formule exécutoire, il est possible d'avoir recours directement à la force publique et notamment, lorsque le paiement d'une somme d'argent est dû, le créancier peut exiger une saisie-attribution et une saisie-vente. Dès lors, qu'un acte authentique contient une obligation de paiement et lorsque la dette est certaine, liquide et exigible, le notaire peut faire figurer sur la copie qu'il va délivrer la formule exécutoire. Il faut donc comprendre, qu'un jugement de condamnation du débiteur n'est en aucun cas nécessaire. Dans le cadre du divorce par consentement mutuel cela est notamment nécessaire pour l'époux créancier d'une prestation compensatoire.

La formule exécutoire conférée par le notaire est semblable à celle des décisions judiciaires⁵⁷. L'acte notarié a donc une « *puissance exceptionnelle* »⁵⁸.

Paragraphe 2) La nécessaire dotation d'une force exécutoire

Nonobstant la présence d'un acte sous signature privée contresigné par avocats et donc la présence d'un écrit relatant le divorce, l'acte ne dispose pas de force exécutoire. L'intervention du notaire se révèle par conséquent naturelle.

Le refus de conférer à l'acte sous signature privée la force exécutoire vient du fait de l'absence de garanties suffisantes conférées. Or la présence d'un notaire, officier public, présume la légalité de l'acte du fait du processus engendré par l'apposition de la formule exécutoire. En effet, le notaire doit effectuer toute une série de vérification (quant aux consentements des parties, des différentes pièces et informations données).

⁵⁷ Article 33, alinéa 2 du décret du 26 novembre 1971 (n° 71-941) relatif aux actes établis par les notaires

⁵⁸ Maxime Julienne, professeur agrégé de la faculté de droit de l'Université d'Angers, « Le caractère exécutoire de l'acte authentique - La force publique au service des contractants », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 29, 18 Juillet 2014, 1250

De sorte que cet *imperium* du notaire a été largement critiqué par les avocats avec la réforme du divorce sans juge. En effet, la confédération nationale des avocats considère que le fait de donner force exécutoire par le « *dépôt au rang des minutes d'un notaire est superflu* »⁵⁹. Afin de comprendre ces propos, il faut aborder les contours de l'acte d'avocat contresigné.

L'article 229-1 du Code civil nous dit que l'accord des époux sur le principe et les effets du divorce est constaté dans une « *convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions de l'article 1374* ».

Un acte sous signature privée se définit comme un écrit constatant un acte ou un fait juridique, rédigé par des personnes privées ou par un tiers, comme un avocat (une vente, un contrat de travail, etc.). L'acte peut alors être contesté devant un juge, n'ayant pas de force probante. De plus, l'intervention judiciaire sera également nécessaire en vue de l'exécution, puisque l'acte n'est pas doté de la force exécutoire. Enfin, l'acte n'a pas date certaine, pour ce faire il devra être enregistré au centre des impôts compétent. Cependant, l'article susvisé ne vise pas un simple acte sous seing privé, mais un acte contresigné par les avocats des époux. Il s'agit en fait d'un acte d'avocat.

L'acte d'avocat a été institué par **la loi du 28 mars 2011** (n° 2011-331) après de vives controverses et a trouvé sa place au sein du Code civil par **l'ordonnance du 10 février 2016** (n°2016-131) à **l'article 1374**. Il en résulte qu'il s'agit d'un acte sous signature privée mais doté d'un attribut de l'acte authentique, à savoir la force probante jusqu'à inscription de faux de l'écriture et de la signature des parties. L'acte fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties, à leur égard et à ceux de leurs ayants-cause. De plus, toute mention manuscrite est dispensée. En conséquence, l'acte d'avocat est doté d'une force probante plus forte que celle d'un acte sous signature privée simple, étant donné que l'écriture et la signature ne peuvent être contestées que par la procédure d'inscription de faux. Il y a donc un point commun à l'acte authentique, puisque **l'article 1319 du Code civil** indique que l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux. Néanmoins, l'acte d'avocat se distingue d'un acte authentique, puisque la procédure d'inscription de faux prévue relève du Code de procédure civile, contrairement à l'acte notarié nécessitant une qualification criminelle au sens de **l'article 441-1 du Code pénal**.

Si bien alors que l'acte d'avocat n'est pas un acte authentique en tant que tel, l'efficacité juridique est largement renforcée et il n'est pas dépourvu d'intérêt.

Dès lors, tout acte sous signature privée peut prendre la forme d'un acte d'avocat par un contreseing par le ou les avocats rédacteurs de la convention. Ils attestent alors conseiller et

⁵⁹ Communiqué du 17 janvier 2017 « Pour corriger les lacunes des règles du divorce par acte contresigné d'avocat », Thi My Hanh NGO-FOLLIOU, Présidente de la Confédération Nationale des Avocats (CNA)

éclairer les parties sur la portée et les conséquences juridiques de l'acte et doivent également procéder à des vérifications, notamment l'identité des parties. La remise en cause d'un acte d'avocat s'avère donc difficile.

De la même façon, **l'article 1319 du Code civil** dispose que « *l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme* » à l'égard des parties contractantes et de leurs ayants-cause. Ainsi, une force probante particulière est présente tout comme l'acte d'avocat contresigné.

Néanmoins, l'acte même contresigné se distingue fortement de l'acte authentique et ce au-delà du critère de force probante. En effet, l'acte d'avocat n'est pas doté de la force exécutoire et n'a pas date certaine. En ce sens, ledit acte ne peut pas donner lieu à une publication au service de la publicité foncière. L'acte d'avocat n'est donc pas un « acte authentique bis », mais un acte dont l'efficacité juridique est renforcée. La force exécutoire restant ainsi un attribut de l'acte notarié. C'est donc un acte à mi-chemin entre un contrat sous signature privée et un acte notarié.

C'est sur ce point que le débat c'est soulevé et a ravivé la concurrence entre les avocats et les notaires quant à la question de conférer force exécutoire à l'acte d'avocat, dans le cadre du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. Les avocats ont relevé qu'un tel acte peut faire l'objet d'une homologation judiciaire conférant force exécutoire, en raison de la procédure créée par le **décret du 20 janvier 2012** relatif à la résolution amiable des différends (n° 2012-66). Il a été attribué au juge la compétence de conférer force exécutoire à un accord, sur requête de l'une des parties⁶⁰. Le juge à la suite d'un contrôle de la nature du contrat et de sa conformité à l'ordre public, peut homologuer l'acte d'avocat et conférer à celui-ci force exécutoire ou en refuser l'homologation. En conséquence, l'acte d'avocat homologué est doté de l'élément lui faisant défaut, soit la force exécutoire. De plus, l'identité des parties et la véracité des faits sont attestées, ainsi que la date dudit acte. On se rapproche fortement de l'acte authentique sans nul doute, à tel point que certains auteurs parlent « *d'acte authentique sous seing privé* »⁶¹. En revanche, une telle hypothèse conduirait à la nécessité d'une décision judiciaire et nous nous serions éloignés du vœu de déjudiciarisation voulu par le ministère de la justice.

⁶⁰ Articles 1528 et 1568 du Code de procédure civile

⁶¹ Maître Bruno TOURRET, avocat spécialiste en droit des affaires, « Acte d'avocat + Homologation de la transaction = l'Acte authentique sous seing privé », publication internet du 23 mai 2012

Le divorce est constaté par les avocats et la convention est rédigée par eux de manière exhaustive et sous leur responsabilité. Dès lors, certains avocats considèrent que l'intervention du notaire n'est pas utile eu égard à son rôle. Il intervient uniquement pour conférer une force exécutoire, sans en rédiger la convention. Ainsi, les avocats s'insurgent de cette situation et souhaitent voir conférer à l'acte d'avocat la force exécutoire, seul attribut manquant.

Ce souhait n'est pas nouveau. Lors de la commission Darrois⁶² qui avait été formée en vue d'une réflexion sur la modernisation des professions du droit, une proposition initiale voulait donner force exécutoire à l'acte d'avocat. Elle se basait notamment sur le droit anglo-saxon qui ignore le concept de l'acte authentique. En effet, tous les actes passés se font sous seing privé et selon un formalisme défini, à savoir un écrit, des témoins et un enregistrement. La présence de témoin vise un acte solennel, on évoque le « *deed* ». Certes, certains actes sont délivrés par l'Etat ou par des services délégués (acte de mariage, certificat de décès, etc.), mais il ne s'agit pas d'une authentification. De même, les actes notariés anglais ne sont aucunement semblables à des actes authentiques français. Les « *notaries publics* » ne sont pas délégataires d'une parcelle de la puissance publique.

Toutefois, cette proposition a rapidement été abandonnée en raison du statut du notaire. En effet, les notaires sont des officiers publics soumis à un strict contrôle des procureurs généraux⁶³. Or, à la suite de plusieurs affaires dans les années 80, les avocats se sont libérés du contrôle public, ce notamment par la suppression du délit d'audience⁶⁴ et par la création d'un serment de liberté, dépourvu de tout caractère étatique, contrairement au serment des notaires.

Dès lors, les avocats sont totalement indépendants de l'autorité publique, nous ne pourrions imaginer conférer à l'acte d'avocat contresigné une force exécutoire sans aucun contrôle. D'ailleurs les propos du Professeur Michel GRIMALDI soulignent parfaitement ce point, puisque c'est parce que « *l'avocat est tout à fait indépendant de l'autorité publique que ses constatations n'ont jusqu'à présent que la valeur d'un témoignage ordinaire* »⁶⁵.

En conséquence, la présence du notaire est essentielle. Il est le seul dans cette nouvelle procédure de divorce à être un représentant de l'Etat. Il confère force exécutoire et date

⁶² Commission présidée par Jean-Michel DARROIS en vue de la remise d'un rapport au Président de la République le 1^{er} janvier 2009 sur la réflexion tendant à réformer la profession de l'avocat.

⁶³ Article 45 de la loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice (toujours en vigueur) : « Les procureurs généraux auront la surveillance de tous les officiers de police judiciaire et officiers ministériels du ressort ».

⁶⁴ Loi du 15 juin 1982 (n° 82-506), modifiée par la loi du 9 mars 2004 (n° 2004-204) portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

⁶⁵ L'acte d'avocat, Defrénois, avril 2010 N° 39071

certaine au titre de ses pouvoirs publics et non pas de professionnel du droit en tant que tel. Effectivement, la force exécutoire est « *un monopole de l'état qui se rattache au privilège du préalable* »⁶⁶. Cela explique qu'on reconnaisse force exécutoire à une décision judiciaire, puisque la justice est une émanation de l'Etat. C'est une spécificité du droit français que d'accorder à l'instance ou au professionnel délégataire de l'autorité publique de rendre un acte exécutoire.

Ainsi, conférer force exécutoire à l'acte d'avocat pourrait nuire à la notion de force exécutoire française, attribut régalien, à moins que les avocats acceptent d'être assujettis à l'autorité de l'Etat. Mais en vérité, ils ne le souhaitent pas, puisque la profession serait considérée comme un service public, impliquant un principe de continuité et d'égalité. De la même façon qu'une réglementation des tarifs, une organisation géographique, une obligation d'instrumenter des actes, un devoir de conseil étendu, etc.

En définitive, bien que la présence du notaire dans son rôle traditionnel, consistant à conférer force exécutoire et date certaine, soit discuté, sa présence est sans aucun équivoque nécessaire. Le notaire est donc un instrument d'efficacité de la convention de divorce et reste donc dans un rôle classique que de conférer une sécurité juridique aux actes. Il confère force exécutoire aux actes, ce qui constitue « *le fruit le plus précieux de l'authenticité* »⁶⁷. En matière de divorce sans juge, son intervention est décisive puisqu'il rend le divorce exécutoire. Pour autant, malgré son intervention, la convention de divorce reste un simple contrat.

Section 2) Un caractère purement conventionnel

La loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (n° 75-617) a présenté la convention de divorce dans le cadre du consentement mutuel judiciaire comme étant un contrat. Pour autant, il ne s'agit pas d'un contrat commun, mais d'un contrat établi en la forme judiciaire. En effet, la convention doit faire l'objet d'une homologation. Sous l'ancien divorce par consentement mutuel, le juge vérifiait la réalité et la liberté des consentements, il s'assurait que l'intérêt de chacun des époux était respecté, mais également l'intérêt des

⁶⁶ Yves Gaudemet, professeur à la faculté de droit de Paris Panthéon Assas, rapport « Syndicat des national des notaires-note de cadrage » du 3 janvier 2015, p.4.

⁶⁷ Jacques Flour, « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », Defrénois, 1972, art. 30159, n° 5

enfants⁶⁸. En cas de doute, le juge pouvait refuser d'homologuer la convention et renvoyait les époux en vue de la présentation d'une convention modifiée.

Le juge était donc investi d'une mission prophylactique où il était nécessaire d'étudier la convention. Ainsi, de nombreux juges démontrent qu'ils sont loin d'être investis d'un rôle passif⁶⁹. En effet, avant l'audience, le juge prend connaissance et examine les documents que les avocats lui ont remis. Pendant l'audience, il reçoit chaque époux individuellement, puis le couple avec leur avocat afin d'aborder des questions essentielles. Ainsi, on évite notamment que « le plus fort » s'impose face au « plus faible ». En conséquence, l'intervention du juge purge la convention de tout vice. Ainsi, le juge ne se contentait pas de recevoir un acte, il en découlait un jugement, d'où l'utilisation fréquente des termes de « *contrat judiciaire* »⁷⁰ appliquait à la convention de divorce.

Aujourd'hui, la convention de divorce est transmise au notaire, après signature des époux et avocats, à la requête des parties, par l'avocat le plus diligent, en vue du dépôt au rang de ses minutes. En d'autres termes, « *les époux se divorcent* »⁷¹, ils constatent leur volonté au sein d'une convention rédigée par des avocats et enregistré par un notaire. Certes, il ne s'agit pas d'une convention ordinaire, mais d'un acte d'avocat recouvrant une force probante renforcée, puis dotées d'une force exécutoire et d'une date certaine par le notaire, mais il s'agit tout de même d'un contrat privé, qui peut être remise en cause à plusieurs égards (**Paragraphe 1**). Cela entraîne une importante insécurité juridique, pouvant être quelque peu limitée en remplaçant la notion d'indissociabilité par celle d'interdépendance des contrats (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1) La remise en cause de la convention de divorce

Jusqu'à la réforme du divorce par consentement mutuel, le législateur et le juge avaient permis de prévenir toute remise en cause de la convention de divorce, dès lors qu'elle était homologuée.

En effet, le législateur avait limité les voies de recours à l'encontre de la décision d'homologation. Dès lors, le jugement prononçant le divorce et homologuant la convention

⁶⁸ Article 232 du Code civil

⁶⁹ Notamment, Marc JUSTON, président du tribunal honoraire, « le divorce par consentement mutuel sans juge : une opération sans chirurgien- Le point de vue du magistrat », Droit de la famille n°7-8, juillet 2016, dossier 25, Lexisnexis

⁷⁰ Sylvie Ferré-André, professeur à l'université Jean-Moulin (Lyon 3), Defrénois - 30/01/2017 - n° 02 - page 125

⁷¹ Hugues FULCHIRON, « L'après-divorce sans juge : remise en cause et modification de la convention passée par les époux », Droit de la famille 2016, dossier 32.

n'était pas susceptible d'appel⁷². Cette décision ne pouvait alors que faire l'objet d'un pourvoi en cassation et ce dans les quinze jours du prononcé du divorce⁷³. Tout en sachant qu'aucune notification du jugement n'était obligatoire pour faire courir le délai du pourvoi en cassation, dès lors que la décision a été rendue en présence des parties. Rappelons sur ce point que la Cour de cassation ne connaît pas le fond des affaires, elle ne juge que de la bonne application du droit par les juges du fond⁷⁴. Concrètement, il ne s'agit pas de rejuger l'affaire, contrairement à une Cour d'appel. En conséquence, la remise en question de la convention de divorce était donc très restreinte. En outre, en l'absence de pourvoi en cassation, le divorce devenait définitive à l'issue du délai de quinze jours. Cependant, le divorce pouvait devenir définitif avant même l'écoulement de ce délai, en cas d'acquiescement des deux époux.

La jurisprudence a elle instauré le principe d'indivisibilité entre le prononcé du divorce et l'homologation de la convention, ce qui a été confirmée dans un important arrêt de la Cour de cassation en date du 5 novembre 2008⁷⁵. Dès lors, cette décision a mis fin à la controverse doctrinale quant aux effets du jugement, soit à la question de savoir si un époux pouvait attaquer ladite convention après son homologation ou en demander sa révision. En vérité, la Cour de cassation refusait depuis longtemps toute demande visant à anéantir la convention. Ainsi, elle a jugé irrecevable la demande en rescision pour lésion⁷⁶ et celle visant à la nullité pour vice de consentement⁷⁷.

Toutefois, la **loi du 26 mai 2004** a posé des doutes quant à la possibilité d'un recours pour révision. Effectivement, aucun texte n'est venu interdire une telle demande et une partie de la doctrine avait alors admis la recevabilité du recours en application **des articles 593 et suivants du Code de procédure civile**. D'ailleurs, les juges du fond avaient déjà admis la recevabilité du recours en révision partielle, nonobstant le principe d'indivisibilité, dont une conception restrictive avait été retenue⁷⁸ à propos d'un divorce sur requête conjointe (remplacé par le divorce par consentement mutuel depuis 2004). La Cour de cassation l'avait admis également quant au divorce pour faute. Cependant, la Cour dans l'arrêt susvisé de 2008 exclut tout recours en révision partielle en matière de divorce par consentement mutuel

⁷² Article 1102, alinéa 1 du CPC : « Les décisions du juge aux affaires familiales sont susceptibles d'appel, à l'exception de celles qui prononcent le divorce. »

⁷³ Article 1103 du CPC

⁷⁴ Article L 411-2 du Code de l'organisation judiciaire

⁷⁵ Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439

⁷⁶ Cass. 2e civ., 6 mai 1987 : JurisData n° 1987-000934

⁷⁷ Cass. 2e civ., 13 nov. 1991 : JurisData n° 1991-003318

⁷⁸ CA Versailles, 11 janvier 1988, RTD civ. 1989, p 50, obs. J. Rubellin-Devichi

et réaffirme le principe d'indivisibilité entre le prononcé du divorce et l'homologation de la convention.

En conséquence, les ex-époux ne peuvent remettre en cause la convention que dans le cas prévu à **l'alinéa 3 de l'article 279 du Code civil** quant à la prestation compensatoire ou en cas de commun accord. De plus, un recours pour partage complémentaire en cas d'omission d'une dette est possible⁷⁹, ainsi qu'une demande de révision des modalités de l'autorité parentale.

En définitive, la remise en cause de la convention de divorce une fois homologuée est particulièrement restreinte. Le but étant d'assurer une sécurité juridique entre les époux et à l'égard des tiers, particulièrement des créanciers, puisque si la convention est remise en cause c'est le divorce lui-même qu'on remet en question.

En revanche, pourrait-on appliquer ces mêmes règles au nouveau divorce par consentement mutuel ?

Tout d'abord, ce qui est possible en matière de divorce judiciaire est sans nul doute possible en matière de divorce sans juge. En effet, la révision de la prestation compensatoire se veut applicable à la convention de divorce établit pas acte sous seing privé contresigné par avocat et déposée au rang des minutes d'un notaire. Un **alinéa 5** a été ajouté à **l'article 279 du Code civil** pour ce faire, rendant alors applicable **l'alinéa 3**, soit la faculté pour les époux d'indiquer au sein de la convention qu'ils pourront solliciter du juge, la révision de la prestation compensatoire, en cas de changement important dans leurs ressources ou besoins. En précisant que, même si les époux ne l'ont pas prévu ils pourront toujours demander une révision dans le cas d'une prestation compensatoire sous forme de capital ou de rente temporaire ou viagère⁸⁰.

De plus, **l'article 373-2-13 du Code civil** a été modifié par la **loi du 18 novembre 2016** et permet demander au juge de modifier ou de compléter les dispositions de la convention de divorce quant à l'autorité parentale dès lors qu'elle a été déposée au rang des minutes d'un notaire, tout comme en matière de divorce judiciaire et ce, à tout moment.

Ajoutons, que les ex-époux pourraient tout à fait d'un commun accord modifier la convention de divorce non-judiciaire. Toutefois, une dissemblance est à relever. En matière de divorce sans juge, les parties pourront établir une nouvelle convention librement. Pour autant, aucune disposition ne vise ce cas. Cependant l'hypothèse où les époux souhaitent élaborer une nouvelle convention est tout à fait imaginable. Dès lors, ce qui n'est pas interdit est permis,

⁷⁹ Cass. 1re civ., 22 févr. 2005, n° 02-13.745

⁸⁰ Renvoi aux articles 275 alinéas 2 et 3, 276-3 et 276-4 du Code civil

qui plus est qu'aucune autorité de la chose jugée ne s'oppose à un contrat modificatif. Mais, pour que cette convention modificative est force exécutoire, soit elle devra être un acte authentique, soit elle devra être homologué par le juge. Ce dernier cas s'applique en matière d'autorité parentale depuis que le **décret du 28 décembre 2016** a introduit une nouvelle procédure à **l'article 1143 du Code de procédure civile**. Les parties par requête conjointe pourront solliciter du juge une homologation, celui-ci ne pouvant pas modifier les termes de la convention. En revanche, dans le cas du nouveau divorce par consentement mutuel judiciaire, les époux n'auront pas cette même liberté, puisque la convention devra nécessairement être soumise à homologation⁸¹.

La situation est paradoxale et risque de générer des incertitudes, notamment pour les études notariales, en ce qui concerne la situation patrimoniale des époux, puisque comment s'assurer de la présence ou non d'une convention modificative ? Certains auteurs préconisent alors la création d'un fichier regroupant tout accord modificatif entre les époux⁸², avec mention de l'office dans lequel il a été enregistré, à l'image du fichier central des dernières volontés.

S'agissant de la contestation du divorce non-judiciaire autant la loi que le décret sont muets sur le sujet, contrairement aux hypothèses spécifiques de révisions. Dès lors, une grande majorité de la doctrine est unanime quant aux possibilités de contestation en dépit de la restriction en matière judiciaire⁸³. Aucune règle en vigueur ne permettrait en effet d'envisager le contraire face à l'absence d'homologation, la convention n'étant qu'un simple accord entre les époux. La convention déposée au rang des minutes d'un notaire ne profite pas en conséquence du protectorat attaché au principe d'indivisibilité du jugement de divorce et de l'homologation de la convention. D'ailleurs, certains auteurs soulignent même l'injustice qu'il y aurait à appliquer les règles d'indivisibilité du divorce judiciaire et ce, dans le cas où un des époux serait mal conseillé par son avocat⁸⁴.

Ainsi, tout converge à l'application du droit commun des contrats et à un retour du juge après le divorce, ce qui est d'ailleurs susceptible d'engendrer un important contentieux à l'inverse du divorce judiciaire, bénéficiant d'une protection.

La première inquiétude réside dans le fait d'un consentement vicié. Nonobstant la présence du notaire, cela ne permet pas de purger le vice. En effet, même si de manière traditionnelle

⁸¹ Article 279 alinéa 2 du Code civil

⁸² Hugues FULCHIRON, « Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? (observations sur l'après divorce sans juge) », Droit de la famille n°1, janvier 2017, dossier 4, Lexisnexis

⁸³ Sylvain THOURET, « L'après-divorce conventionnel : vers le retour du juge ! »AJ fam. 2017. p42

⁸⁴ Hugues FULCHIRON, « Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? (observations sur l'après divorce sans juge) »

l'acte notarié nécessite de nombreuses vérifications, mais également l'acte d'avocat, les vices de consentement peuvent être sanctionnés par une nullité relative. En ce qui concerne la convention de divorce, c'est un acte d'avocat qui se voit appliquer la procédure de faux⁸⁵. Toutefois, cette procédure ne concernera que l'écriture et la signature des parties entre eux et à l'égard de leurs ayants-cause. Ainsi, en matière de consentement vicié, la procédure de faux ne serait être applicable. Il en est de même quant à l'état liquidatif établi en la forme authentique. En effet, certes c'est la procédure d'inscription de faux qui s'applique⁸⁶, mais cela ne va concerner que ce qui a été personnellement constaté par le notaire⁸⁷. Ainsi, en cas de vice de consentement c'est le régime de droit commun qui doit s'appliquer et cela, même si le notaire est tenu de s'assurer du consentement des époux pour dresser l'état liquidatif. D'ailleurs, la jurisprudence a déjà reconnu que seul le juge était compétent pour apprécier le consentement des parties⁸⁸, malgré le fait que l'acte mentionne le consentement des parties⁸⁹. De surcroît, **l'article 229-3 du Code civil en son alinéa 1^{er}** accentue cette conception en disposant que « *Le consentement au divorce et à ses effets ne se présume pas.* ». Il est donc tout à fait envisageable qu'un époux puisse chercher à invoquer l'erreur, la violence ou le dol⁹⁰ afin d'entraîner la nullité de la convention et par la même du divorce. Remarquons que la réforme du droit des contrats a introduit au titre des violences l'abus « *de l'état de dépendance* » dès lors que le contractant n'aurait pas souscrit de cette manière en l'absence d'un tel état et dont l'auteur obtient « *un avantage manifestement excessif* »⁹¹. La doctrine vise en fait la « *violence économique* »⁹². Dès lors, une augmentation du contentieux sur ce point risque d'être attendue lors de l'après-divorce, étant donné que la violence économique fait parti du fléau des violences conjugales qui ne cessent de s'accroître. D'ailleurs, les propos d'une magistrate soulignent parfaitement cette situation, puisque « *Parfois, l'un des deux dépend financièrement de l'autre et continuera de dépendre d'une pension alimentaire après la séparation. Alors, il préfère accepter les conditions de l'autre, même si ses droits sont bafoués* »⁹³. Bien sûr, les avocats, tout comme les notaires, dès perception d'un vice de consentement, redirigeront les époux vers un autre type de divorce. Pour autant, certains

⁸⁵ Article 1374 du C.civ al. 2

⁸⁶ Articles 303 et suivants du CPC

⁸⁷ Cass. 1^{ère} Civ, 11 septembre 2003 (n°12-22.335)

⁸⁸ Cass. 3^{ème} Civ, 19 novembre 1970 : Bull.civ. III, n°623 : « *c'est le juge, et non l'officier public, qui est compétent pour apprécier l'existence et la qualité du consentement des parties comparantes* ».

⁸⁹ CA. Paris, 27 novembre 1957, Répertoire civil, Dalloz, section 1, op.cit, n°132 et suivants.

⁹⁰ Articles 1130 et suivants du C.civ

⁹¹ Article 1143 du C.civ

⁹² Jen-Pascal CHAZAL, « Violence économique ou abus de faiblesse ? », Droit et patrimoine, octobre 2014, p.47

⁹³ Brigitte Lagièrre, juge aux affaires familiales au Tribunal de grande instance de Saint-Denis (Réunion), « Divorce à l'amiable sans juge: On attend de voir », Clicanoo, jeudi 9 février 2017 - Rubrique fait divers

vices peuvent être parfois inodores et non-perçus par eux. En effet, « *l'être humain est difficile à gérer* » souligne Maître Agnès Gaillard⁹⁴.

D'autre part, une action pour absence de consentement ou incapacité est tout aussi applicable, ainsi que l'action en rescision pour lésion. La convention de divorce pourrait être remise en cause du fait d'une contrariété à l'ordre public⁹⁵, mais aussi en cas de disparition d'un élément essentiel du contrat⁹⁶.

Par ailleurs, l'ensemble des nouveautés de **l'ordonnance du 10 février 2016** s'applique au divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. Ainsi, **l'article 1195 du Code civil** n'en serait pas moins applicable, à savoir l'imprévision. Dès lors, en cas de changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion dudit contrat, rendant l'exécution excessivement onéreuse pour l'une des parties n'ayant pas accepté de l'assumer, cette dernière peut demander la renégociation, même convenir de la résolution ou encore demander au juge une révision du contrat. En conséquence, c'est le droit commun qui offre la possibilité aux parties de réviser la convention de divorce, soit d'un commun accord, soit judiciairement. Ce qui est d'autant plus dangereux, c'est que les ex-époux pourraient mettre fin à la convention et donc au divorce en prévoyant sa résolution. L'engagement de la responsabilité contractuelle de l'un des ex-époux est également concevable sur la base du devoir général d'information⁹⁷, voire l'annulation du contrat. Une obligation d'information est due entre les parties sur tous les éléments connus par l'une en relation au contenu du contrat et la qualité des parties. L'information doit toutefois être d'une importance déterminante pour le consentement du cocontractant, à l'exclusion de la valeur de la prestation. Ce point risque d'engendrer un fort contentieux étant donné que ladite convention traite de nombreux sujets, notamment l'autorité parentale, le lieu de résidence, le règlement du régime matrimonial, la prestation compensatoire, etc.

Une question se pose cependant dans le cas où la convention de divorce serait considérée comme nulle, cela pourrait-il entraîner la caducité de l'état liquidatif reçu en la forme authentique, alors même qu'aucun cas de nullité n'est prouvé ? C'est une source d'insécurité juridique considérable, étant donné que ladite convention aurait déjà été inscrite au rang des minutes du notaire. Il ne pourrait donc pas s'agir d'un simple projet liquidatif. Aucune réponse n'est apportée par le législateur pour ce qui était autrefois palliée par l'indissociabilité jurisprudentielle reconnue aux différents contrats homologués.

⁹⁴ Avocate au barreau de Saint-Denis (Réunion), « Divorce à l'amiable sans juge: On attend de voir », Clicanoo, jeudi 9 février 2017 - Rubrique fait divers

⁹⁵ Article 1162 du C.civ

⁹⁶ Article 1186 du C.civ

⁹⁷ Article 1112-1 du C.civ

D'autre part, au-delà des cas de nullité, **l'article 1217 du Code civil** dispose que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement* » peut demander la résolution du contrat, dont le régime est posé **aux articles 1224 et suivants**. Toutefois, la résolution convention de divorce semble difficilement admissible. Effectivement, la résolution nécessite une inexécution des obligations issues du contrat, or la convention de divorce constate principalement l'accord des époux sur la rupture du mariage. En conséquence, cette convention n'engendrera que peu d'obligations susceptibles d'inexécution.

Pourtant, cela ne paraît pas être le cas pour l'état liquidatif distinct de la convention de divorce. En effet, si un ex-époux n'exécute pas les obligations contenues dans la convention liquidative, telles que le refus payer le montant d'une soulte payable à terme ou encore du montant de la prestation compensatoire, l'ex-époux créancier pourra demander au juge la résolution de l'état liquidatif ou même, le notifier simplement à l'ex-époux débiteur⁹⁸.

Dès lors, la convention liquidative pourrait disparaître et la convention de divorce perdurerait, ce qui serait source d'insécurité juridique, puisqu'il s'agit des effets même du divorce qui en seraient remis en cause.

En définitive, rien ne peut être affirmé pour le moment, nous ne savons pas encore comment la procédure sera abordée en jurisprudence. Pour le moins, la période post-divorce sera certainement moins stable qu'en présence d'un divorce judiciaire face à l'accès à toutes ces possibilités de contestation. C'est donc le silence de la loi qui risque de causer un vif contentieux. Pour reprendre les propos du professeur Hugues FULCHIRON, c'est finalement le « *talon d'Achille de la loi* »⁹⁹ de ce nouveau divorce.

Par ailleurs, ce qui est encore plus innovant, c'est qu'étant donné qu'on applique le régime du droit commun des contrats, c'est donc le juge du contrat qui est compétent et non plus, le juge aux affaires familiales, alors même qu'il s'agit au fond d'un contentieux de divorce. La nature du litige change. C'est donc les juges du Tribunal de grande instance qui seraient compétents, face au silence de la loi sur ce point.

Ajoutons que le risque de remise en cause de la convention est d'autant plus inhérent que le délai pour agir est de cinq ans, en application de la présomption quinquennale de droit

⁹⁸ Article 1224 du C.civ

⁹⁹ « Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? (observations sur l'après divorce sans juge) », droit de la famille n° 1, janvier 2017, dossier 4

commun. Dès lors, une contestation peut s'élever bien après le dépôt de la convention et elle peut se faire à compter du jour « où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer »¹⁰⁰. Ainsi, conventions et divorce pourraient se voir annulés des années après sa transcription à l'état civil, alors même que les ex-époux ont pu très bien se remarier.

Le paradoxe est d'autant plus profond face à la passerelle ouverte par le législateur¹⁰¹. En effet, à tout moment de la procédure et ce, jusqu'au dépôt de la convention au rang des minutes d'un notaire, les époux peuvent choisir un divorce par consentement mutuel judiciaire ou demander une séparation de corps, sans même demande d'un enfant à être auditionné. Pour ce faire, une requête au juge des affaires familiales doit être présentée. Il s'agit alors d'une source d'insécurité juridique, puisque cela est possible alors même que la convention a déjà été conclue. Qu'advient-il alors de ce contrat signé mais n'ayant pas force exécutoire ? Le choix du divorce contentieux annule-t-il le contrat ? Il y a tout lieu de penser que le juge prononcera l'annulation de ce dernier lorsqu'il aura à se prononcer.

De plus, cette passerelle va créer deux types de divorce par consentement mutuel : l'un non-judiciaire, soumis à cette instabilité étant donné que la convention est soumise au régime de droit commun des contrats et l'autre, judiciaire, purgé des vices et très difficilement contestable une fois la convention homologuée.

En vérité, face aux dangers et incertitudes post-divorce par consentement mutuel non-judiciaire et à cette ouverture vers un divorce contentieux, peut-être les avocats conseilleront-ils d'emprunter cette dernière voie afin de garantir l'avenir. Ainsi, le retour au juge des affaires familiales risque d'être important, voire prédominant, en dépit du fait que cette passerelle avait été conçue comme une exception à la déjudiciarisation. Le vœu de déjudiciarisation du législateur semblerait sans doute s'éloigner. L'expérience nous permettra d'en dire d'avantage.

Toutefois, il ne faut pas surestimer le contentieux, comme cela avait été le cas pour le pacte de solidarité civile (PACS). Effectivement, lors de son institution en 1999¹⁰² certains auteurs avaient mis en évidence le risque d'un important contentieux post-dissolution face à l'absence de juge et d'encadrement. Pour autant, la dissolution n'a pratiquement pas entraîné de contentieux.

¹⁰⁰ Article 2224 du C.civ

¹⁰¹ Article 1148-2 alinéa 2 du CPC : « Les époux peuvent également, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes d'un notaire, saisir la juridiction d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire dans les conditions prévues aux articles 1106 et 1107 ».

¹⁰² Loi du 15 novembre 1999 (n°99-944) relative au pacte civil de solidarité

Une partie de la doctrine considère qu'une intervention du législateur ou du juge est nécessaire pour cantonner ce risque d'insécurité juridique en posant une présomption simple d'intégrité du consentement et d'équilibre de la convention, afin de limiter la remise en cause de la convention et du divorce¹⁰³. D'autres, soulèvent une interdépendance des contrats dans le cadre de ce divorce sans juge, à l'image de l'indivisibilité de l'homologation de la convention et du prononcé du divorce judiciaire, même si cela ne pourrait résoudre qu'une infime partie des problèmes.

Paragraphe 2) L'interdépendance des contrats dans le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé

L'acte sous signature privée déposé au rang des minutes du notaire mettra fin au mariage dès lors qu'il aura acquis force exécutoire. Dès lors, l'intervention du juge est exclue (à l'exception des hypothèses de passerelle). Pourtant, son exclusion ne serait être garantie en cas de difficultés après le divorce, étant donné que la nature de ce divorce est un contrat. En effet, le divorce était prononcé par le juge qui homologuait la convention de divorce et la jurisprudence avait posé une indissociabilité du prononcé du divorce et de la convention (et l'ensemble des annexes, notamment l'état liquidatif du régime matrimonial), limitant alors toutes possibilités de remise en cause. Cependant, malgré la disparition du juge, peut-être pourrait-on admettre que l'indivisibilité demeure, afin de limiter la fragilité de cette procédure conventionnelle de divorce.

La nature contractuelle de ce divorce semble s'imposer face à l'absence d'homologation de la convention de divorce par le juge. En effet, dans le cadre du divorce judiciaire, la convention homologuée était assimilée à une décision de justice¹⁰⁴. Dès lors, c'est l'homologation qui renforce la nature juridictionnelle de la convention de divorce, ainsi que l'état liquidatif. C'est de ce fait que la remise en cause de la convention homologuée est restreinte. Cela ne serait être le cas en l'absence de juge et donc d'homologation dans le divorce extrajudiciaire. L'intervention du notaire, conférant à l'acte d'avocat force exécutoire et date certaine, ne permet pas de donner à la convention la nature d'un jugement.

De surcroît, l'état liquidatif en toutes hypothèses a aussi un caractère purement contractuel. La convention liquidative peut être constatée par les avocats eux-mêmes en l'absence de

¹⁰³ Catherine PHILIPPE, Maître de conférences à l'université de Franche-Comté, AJ Famille, 2013, p. 408

¹⁰⁴ Article 279 alinéa 1^{er} du Code civil

biens soumis à la publicité foncière. D'ailleurs notons que dans un tel cas, les avocats n'auront nul besoin de distinguer l'état liquidatif de la convention de divorce, mais pourrons directement l'intégrer à l'acte sous signature privée contresignée par les avocats. L'état liquidatif établi en la forme authentique par le notaire n'échappe pas non plus à sa nature conventionnelle. Il s'agira certes d'un acte distinct de la convention de divorce, ayant les caractères d'un acte authentique, mais ne faisant que constater l'accord des époux sur la liquidation de leurs droits et obligations nés de leur régime matrimonial, sans aucune homologation du juge. En ce sens, la désunion des époux est constatée par un ensemble de contrats

Les cas de remise en cause de la convention de divorce et donc du divorce lui-même, dus à la nature contractuelle inhérente à ce nouveau divorce, pourraient toutefois être atténués. **L'ordonnance du 10 février 2016** (n°2016-131), réformant le droit des contrats, a introduit un nouvel **article 1186 au Code civil** visant des hypothèses de caducité. Le **deuxième alinéa**¹⁰⁵ pointe plus particulièrement l'hypothèse de la disparition d'un contrat participant à la réalisation d'une opération globale, soit le cas de contrats indivisibles. C'est la consécration du régime prétorien des contrats interdépendants¹⁰⁶, apportant alors un fondement textuel à la jurisprudence. Dès lors, lorsqu'un contrat participe à une même opération contractuelle et qu'il disparaît, cela est susceptible d'entraîner la caducité des autres contrats au titre d'une appréciation globale de l'opération. De plus, toutes les clauses contradictoires à cette interdépendance étaient réputées non-écrites. Cependant, une incertitude régnait, puisque l'indivisibilité des contrats pouvait alors résulter de l'opération économique, mais également de la seule volonté des parties¹⁰⁷. En conséquence, l'interdépendance des contrats pouvait être tantôt objective et tantôt subjective. D'autre part, avant la réforme le domaine des contrats indivisibles était assez restreint. En effet, la jurisprudence avait reconnu une telle hypothèse essentiellement quant aux contrats de commerce ou financiers¹⁰⁸. **L'article 1186 du Code civil** semble toutefois s'intéresser un

¹⁰⁵ Article 1186 du C.civ, al.2 : « *Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.* »

¹⁰⁶ Cass. ch. mixte, 17 mai 2013 dans deux arrêts (11-22.927 et 11-22.768) concernant l'interdépendance des contrats s'inscrivant dans une opération incluant une location financière

¹⁰⁷ Cass.com, 4 avril 1995 (n° 93-14.585) ; Cass.com, 18 décembre 2007 (n°06-15.116)

¹⁰⁸ Fasc. Unique : contrat-caducité (Dalloz), Jean-Baptiste SEUBE, agrégé des universités et professeur de droit à l'Université de la Réunion : notamment Cass.com., 18 juin 1991 : BRDA 1991, n° 878, p. 759 (vente de matériels de boulangerie) ; Cass.com, 14 février 1995 : Bull. civ. IV, n° 49 (vente de carburants) ; Cass. ch. mixte, 17 mai 2013 (location financière)

domaine plus large que la jurisprudence, puisque est visé une exécution de plusieurs contrats nécessaires « à la réalisation d'une même opération », soit une « opération d'ensemble »¹⁰⁹. De manière générale, ce sont donc les groupes de contrats concourant à une même opération qui sont envisagés, de telle façon que la convention de divorce prenant la forme d'un acte d'avocat, accompagnée de la convention liquidative établit en la forme authentique, à peine de nullité, participent à la réalisation d'une opération d'ensemble, à savoir le divorce des époux par consentement mutuel¹¹⁰. Effectivement, la convention de divorce constate l'accord des époux sur le principe et les effets du divorce et la convention liquidative vise plus particulièrement les effets patrimoniaux de la rupture du mariage.

Par conséquent, si la convention liquidative est remise en cause et notamment, qu'elle disparaît du fait de la constatation ou du prononcer de la résolution, il pourrait en résulter la caducité de la convention de divorce, en application de **l'article 1186 du Code civil**. Mais toute la difficulté est de savoir si l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante de l'une des parties. Sans nul doute il s'agit d'un « *duo conventionnel* »¹¹¹ visant l'accord des époux sur le principe de la rupture du mariage et sur ses effets. C'est d'ailleurs ce que corrobore **l'article 229-1 du Code civil**, puisque la validité du divorce par consentement mutuel est soumise à un accord des époux sur le principe de désunion et sur les conséquences qui y sont associés. Toutefois, il est important de relever qu'en pratique la résolution de l'état liquidatif interviendra certainement rarement, puisque c'est cette convention qui doit régler les conséquences patrimoniales du divorce. Les juges et l'ex-époux créancier préféreront sûrement une exception d'inexécution¹¹² ou une exécution forcée en nature¹¹³. Pour le moins, une résolution reste possible. De plus, la question de la caducité de la convention de divorce se pose également en cas de nullité de l'état liquidatif (authentique ou pas acte sous signature privée) pour dol, erreur ou violence. Dans un tel cas, il semble que la notion d'interdépendance des contrats puisse entraîner la disparition de l'ensemble des contrats. Effectivement, en cas d'absence de consentement ou de consentement vicié prouvé, le juge ne peut que reconnaître la nullité dudit contrat. Ainsi, la convention liquidative constatant les conséquences patrimoniales du divorce est une condition déterminante de l'une des parties. La convention de divorce dépend de la convention liquidative. **L'article 229-3 du Code civil** précise d'ailleurs que la convention de divorce comporte à peine de nullité

¹⁰⁹ Article 1186 du C.civ al. 3

¹¹⁰ En ce sens, Josselin PICARD, diplômé notaire, docteur en droit et ATER à l'université de Nantes, « L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge », Petites affiches, Lextenso, le 6 mars 2017, page 6

¹¹¹ Préc.

¹¹² Articles 1219 et suivants du C.civ

¹¹³ Articles 1221 et suivants du C.civ

l'état liquidatif. Nécessairement et pour une question de sécurité juridique, la caducité de la convention de divorce doit en découler.

Néanmoins, pourrait-t-on considérer ce même schéma applicable dans le cas où c'est la convention de divorce elle-même qui est remise en cause ? Certes, l'hypothèse d'une résolution de la convention de divorce est peu envisageable, mais la nullité pour vice du consentement est plus enclin à être considérée. L'indissociabilité jurisprudentielle aurait alors entraîné l'anéantissement de tous les contrats et donc de la convention liquidative. Pourtant l'indivisibilité pourrait-il être applicable alors même que c'est un acte authentique qui contient l'état liquidatif ? **L'article 1186 du Code civil** s'intéresse à la caducité des contrats dépendants du contrat disparu et l'état liquidatif, même s'il est établi en la forme authentique, n'a aucune raison d'être sans la convention de divorce, c'est sa justification. La convention liquidative prise isolément n'a aucun fondement en cas de nullité de la convention de divorce, et donc, du principe du divorce lui-même. En conséquence, l'authenticité ne serait pas être un obstacle à la caducité¹¹⁴.

Dès lors, l'interdépendance des contrats visée par **l'article 1186 du Code civil** ne pourrait régler que la question de la caducité de l'ensemble des conventions en cas de disparition de l'une, mais en aucun ne permettra de réduire un contentieux post-divorce quant à une demande de nullité en l'absence d'homologation du juge.

Ajoutons que le délai de réflexion de quinze jours¹¹⁵ ne serait être considéré en l'absence d'opposition de l'un des époux comme une renonciation aux voies de recours, tout comme l'acquiescement au jugement¹¹⁶. Il ne s'agit pas d'un délai visant à purger les recours, mais d'une période de quinze jours permettant à chacun des époux de prendre le recul nécessaire, afin soit de conforter la convention de divorce, soit de la refuser avant la signature.

En définitive, l'intervention du notaire au sein de cette nouvelle procédure de divorce va de soi. Il est souvent considéré comme un magistrat de l'amiable. D'autant qu'à l'image du juge, il intervient pour clore la procédure et donner effet à la convention de divorce, en lui conférant force exécutoire. Pour autant, on ne pourrait l'apparenter au rôle dévolu au magistrat, puisque son rôle est vérité bien subsidiaire. Derrière cette impression qu'il intervient dans le cadre de ses missions traditionnelles, c'est une autre vérité qui se cache.

¹¹⁴ En ce sens, Josselin PICARD, diplômé notaire, docteur en droit et ATER à l'université de Nantes, « L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge », Petites affiches, Lextenso, le 6 mars 2017, page 6

¹¹⁵ Article 229-4 du Code civil

¹¹⁶ Articles 409 et suivants du CPC

PARTIE II- La dénaturation des fonctions notariales

Le notaire intervient pour conférer force exécutoire dans le cadre d'un dépôt au rang de ses minutes, sans cependant conférer une authenticité notariale traditionnelle, ce qui est pour le moins innovant (**Chapitre 1**). Il est de plus astreint à un rôle incompatible avec ses fonctions statutaires, puisque restreint à effectuer un simple contrôle de forme, ce qui suscite de nombreuses questions quant à sa responsabilité et nécessite sans doute une solution (**Chapitre 2**).

Chapitre 1- Les prémices d'une nouvelle forme d'authenticité notariale

La tentation est incommensurable de voir dans le rôle du notaire celui d'un gardien, à l'image du juge, permettant l'efficacité juridique du divorce et d'assurer le respect des intérêts en présence. Mais à bien y regarder, sa fonction pourrait finalement se diminuer à celle de « *chambre d'enregistrement* », jusqu'à méconnaître l'authenticité notariale. Effectivement, le dépôt dont il s'agit n'est ni un dépôt simple, ni un dépôt authentifiant, mais celui d'un dépôt *sui generis* (**section 1**). De plus, il est astreint à un contrôle très restreint (**section 2**).

Section 1) Un dépôt *sui generis*

Le notaire intervient à deux titres, dans un rôle de liquidateur en présence de biens soumis à la publicité foncière et dans un rôle consistant à conférer date certaine et force exécutoire à la convention de divorce par le dépôt au rang de ses minutes. Dans cette seconde fonction, il intervient à titre de dépositaire, afin de doter l'acte sous signature privée contresigné par avocats des attributs de l'authenticité, soit de donner une réelle portée à la volonté des époux.

Concrètement, dès que la convention sera signée par les époux et les avocats, elle est transmise dans les sept jours au notaire-dépositaire par l'avocat le plus diligent¹¹⁷. Ensuite, le notaire dispose de quinze jours pour procéder au dépôt de la convention et de ses annexes¹¹⁸. C'est alors ce dépôt qui donne effet à la convention de divorce. Le dépôt est mentionné au répertoire de l'étude et conservé aux minutes des archives. Une fois effectué, le notaire délivre une attestation de dépôt contenant l'identité des ex-époux et la date du dépôt, en vue de permettre aux avocats de procéder aux formalités de transcription sur les registres d'état civil¹¹⁹ et bien évidemment aux parties de justifier de leur divorce à l'égard des tiers.

Malgré l'existence de deux types de dépôts (**Paragraphe 1**), il semble que ce nouveau divorce par consentement mutuel emprunte une troisième voie, celle d'un dépôt *sui generis*, étant donné la dissociation entre la force exécutoire et l'authenticité (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1) Les différents types de dépôt

Juridiquement, aucune règle ne définit le dépôt au rang des minutes d'un notaire. Nous savons du moins que le dépôt est l'acte de déposer quelque chose. C'est alors la doctrine qui a posé une explication du « *dépôt pour minute* ». Il s'agit en fait du dépôt « *fait à un notaire de toute espèce d'actes ou pièces pour que ces documents soient placés et conservés au rang de ses minutes* »¹²⁰. L'intérêt étant de conserver l'acte et parfois, également de conférer l'authenticité. En outre, lorsque le notaire reçoit un dépôt, il est tenu obligatoirement de dresser un acte de dépôt¹²¹.

La pratique du dépôt s'est avérée longtemps imprécise et c'est la doctrine qui a mis à jour un éclaircissement¹²², encore appliqué aujourd'hui. Dès lors, le dépôt d'un acte sous seing privé ne peut s'entendre que de deux manières ; soit un dépôt sans reconnaissance d'écriture et de signatures, qualifié de « dépôt simple », soit un dépôt avec reconnaissance d'écriture et de signatures par toutes les parties, désigné « dépôt authentifiant ». Ces deux dépôts ont des intérêts et des effets distincts. La distinction est donc importante.

¹¹⁷ Article 1146, alinéa 1er du CPC

¹¹⁸ Article 1146, alinéa 3 du CPC

¹¹⁹ Article 1148 du CPC

¹²⁰ Danielle MONToux, diplômé supérieur de notariat, V° Dépôt (Acte de) - Fasc. 10 : DÉPÔT (ACTE DE), JurisClasseur Notarial Formulaire, 12 Avril 2012, mis à jour le 17 Janvier 2013

¹²¹ Article 854 du CGI (en matière de formalités d'enregistrement, sachant que l'alinéa 2 exclut cette obligation en présence d'un testament olographe)

¹²² Michel DAGOT, « Dépôt au rang des minutes d'un notaire », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 15, 15 Avril 1994, 2948

Concernant le dépôt simple tout d'abord, l'acte sous seing privé déposé chez le notaire acquiert une date certaine en application de **l'article 1377 du Code civil**¹²³, c'est-à-dire que la date n'est pas contestable. Effectivement, l'acte de dépôt est un acte authentique, mais il faut encore que cet acte relate au moins succinctement la convention sous seing privée, étant donné que l'article susvisé précise que « *la substance* » de l'acte sous signature privée doit être « *constatée dans un acte authentique* ». Le contenu du contrat doit apparaître brièvement au sein de l'acte de dépôt.

Ensuite, ce type de dépôt permet une conservation de l'acte sous seing privé par le notaire. Enfin, des copies de l'acte sous seing privé pourront être remises aux parties. Ainsi, il n'est pas nécessaire pour les contractants de délivrer au notaire plusieurs exemplaires, un seul exemplaire signé par les parties est suffisant. C'est donc une exception à **l'article 1375 du Code civil** imposant qu'il y ait autant d'originaux que de parties. Dès lors, le notaire pourra délivrer autant de copie de l'acte de dépôt que nécessaire.

Le dépôt authentifiant a lui des effets beaucoup plus étendus que le dépôt simple, puisqu'il opère une mutation de l'acte sous seing privé en un acte authentique, en application d'une ancienne jurisprudence¹²⁴. Ainsi, un acte peut être dressé et reçu en la forme authentique ou bien être déposé au rang des minutes d'un notaire et acquérir l'authenticité. En conséquence, le dépôt avec reconnaissance d'écriture et signature des parties confère à l'acte sous seing privé tous les attributs de l'authenticité, à savoir une date certaine, une force probante et une force exécutoire. La conservation par le notaire en découle également.

De ces attributs du dépôt authentifiant, des conséquences sont à relever. Tout d'abord, l'acte pourra être publié au service de la publicité foncière, s'il concerne un immeuble, puisqu'il répond aux exigences fixées¹²⁵ et qu'il est expressément visé par **le décret du 14 octobre 1955** (n°55-1350) comme pouvant être « *conservés dans les registres du service de la publicité foncière* »¹²⁶. En dépit de cela, **la loi du 23 mars 2011** (n° 2011-331) nous semble priver d'effet les articles susvisés. En effet, **l'article 9 de la loi** a modifié **l'article 710-1 du Code civil** et dispose que « *le dépôt au rang des minutes d'un notaire d'un acte sous seing privé, contresigné ou non, même avec reconnaissance d'écriture et de signature, ne peut donner lieu aux formalités de publicité foncière* ». En définitive, bien que ladite loi n'ait pas

¹²³ « *L'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que du jour où il a été enregistré, du jour de la mort d'un signataire, ou du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique* ».

¹²⁴ Cass. req. 25 janvier 1927

¹²⁵ Article 4 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière

¹²⁶ Article 68 du décret du 14 octobre 1955 pour l'application du décret du 4 janvier 1955

modifié le décret du 14 octobre 1955, la publicité foncière ne semble être ouverte qu'aux actes authentiques reçus et dressés par le notaire lui-même. Ensuite, des copies exécutoires pourront être délivrées¹²⁷ avec les mêmes avantages qu'un acte authentique dressé par le notaire lui-même. La copie est un titre exécutoire permettant d'éviter l'intervention du juge pour toutes procédures d'exécution.

Dès lors, c'est la reconnaissance d'écriture et de signature qui confèrent la qualité authentique à un acte sous seing privé, contrairement au dépôt simple qui assure des attributs réduits de l'authenticité.

Effectivement, pour que le dépôt puisse être qualifié d'authentifiant, il faut réunir des conditions essentielles. Tout d'abord, en ce qui concerne l'auteur du dépôt, il doit s'agir de toutes les parties à l'acte déposé¹²⁸. Le dépôt effectué par une seule des parties ne peut pas être admis¹²⁹. Néanmoins, est acceptée une représentation des parties, dès lors qu'on est en présence d'un mandat spécial établi en la forme authentique¹³⁰. Il faut savoir qu'auparavant encore, il avait été pourtant admis qu'une seule partie puisse faire le dépôt et que l'acte soit tout de même authentique¹³¹. Mais, il est essentiel que l'acte soit déposé par toutes les parties afin qu'il puisse être attesté comme véritable par tous, et donc, éviter toutes contestations à venir. De plus, les auteurs du dépôt doivent avoir capacité juridique pour procéder au dépôt de l'acte.

Il faut noter que le principe est que tout acte sous signature privée peut être doté de l'authenticité par le dépôt au rang des minutes d'un notaire. Mais, il y a toutefois des exceptions, c'est le cas des actes pour lesquels la loi impose le recours à la forme authentique (à savoir les donations entre vifs¹³², le contrat de mariage¹³³, la reconnaissance d'enfant¹³⁴, le consentement au mariage par les père et mère¹³⁵, etc.).

D'autre part, comme indique le nom de ce dépôt, une reconnaissance d'écriture et de signatures des parties est nécessaire. En ce sens, l'acte de dépôt contient une déclaration de toutes les parties que l'acte sous signature privée a bien été écrit par eux ou par un tiers et

¹²⁷ Article 32, alinéa 1, du décret du 26 novembre 1971 (n°71-941) relatif aux actes établis par le notaire

¹²⁸ Cass. req., 27 mars 1821

¹²⁹ Cass. 2e civ., 11 janv. 1968 : Gaz. Pal. 1969, 1, p. 250 : un acte sous seing privé déposé par le créancier seul ne confère pas à l'acte authenticité

¹³⁰ Cass. req., 25 janv. 1927

¹³¹ Cass. req., 25 févr. 1824, Aubry et Rau, op. cit., n° 9. : Dalloz, jurispr. gén., « Privilèges et hypothèques », n° 1247

¹³² Article 931 du C.civ

¹³³ Article 1394 du C.civ

¹³⁴ Article 316 du C.civ

¹³⁵ Article 73 du C.civ

que, les signatures apposées sont bien les leurs. Toutefois, une partie de la doctrine tend à soulever l'inutilité de cette déclaration. En effet, l'acte deviendrait authentique sans besoin d'une déclaration expresse de la part des parties. Le fait que les parties se présentent au notaire pour le dépôt au rang de ses minutes d'un acte sous seing privé et, qu'elles signent l'acte de dépôt, impliquent une reconnaissance de l'acte déposé¹³⁶. En pratique du moins, une déclaration des parties est privilégiée pour éviter toutes contestations ultérieures, ce qui se révèle d'ailleurs plus sage. Cette déclaration implique alors nécessairement une comparution de toutes les parties devant le notaire et lui permet de vérifier le consentement des parties à l'acte, puisque l'authenticité fait foi de la volonté des parties à l'acte.

Il va de soi également que le notaire vérifie la légalité de l'acte objet du dépôt. Il ne pourrait conférer l'authenticité à un acte illégal¹³⁷. En effet, l'acte authentique est un acte de l'autorité publique et donc il doit respecter la loi. Le notaire « *doit refuser de donner l'authenticité à une convention dont il connaît l'illicéité* »¹³⁸.

En conséquence, l'acte de dépôt est authentique, mais également l'acte sous seing privé objet du dépôt. Effectivement, une jurisprudence ancienne a considéré que les deux actes ne formaient plus qu'un seul, étant donné que le premier s'identifie au second¹³⁹.

La **loi du 18 novembre 2016** n'a cependant pas indiqué de quel type de dépôt il s'agissait en matière de divorce par consentement mutuel. Ainsi, le doute est permis entre les deux catégories de dépôts existants. Il n'est pas précisé si une reconnaissance d'écriture et de signatures est nécessaire.

Paragraphe 2) La dissociation de la force exécutoire et de l'authenticité

L'incertitude quant à la nature du dépôt disparaît, puisque la loi vise le fait que le dépôt au rang des minutes du notaire confère date certaine et force exécutoire¹⁴⁰. En conséquence, le législateur s'est placé dans le champ d'application du dépôt authentifiant. En effet, le dépôt simple ne confère pas force exécutoire, il ne peut concéder que la date certaine.

¹³⁶ En ce sens, Aubry et Rau, op. cit., t. XII, 6e éd. par Esmein, § 755, texte p. 129 et note 8 ter. – Cass. req., 17 mars 1875 : S. 1875, 1, p. 1324. – Cass. req., 27 juill. 1875 : S. 1875, 1, p. 479. – Cass. req., 25 janv. 1927 : S. 1927, 1, p. 237

¹³⁷ Article 2 du Règlement national, approuvé par arrêté par le Ministre de la justice le 22 juillet 2014 (J.O du 1^{er} août 2014), alinéa 3 : « *Tous actes contraires à la loi lui sont interdits* ».

¹³⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 10 Janvier 1995 (n° 92-21.730)

¹³⁹ Cass. req., 7 nov. 1843

¹⁴⁰ Article 229-1 du C.civ

Dès lors, le législateur a visé une authentification de la convention de divorce, ce qui implique alors un processus d'authentification, tel que nous l'avons vu, afin que la formule exécutoire puisse être apposée. Une comparution de l'ensemble des parties, ainsi que la vérification de la légalité de l'acte se révèlent être indispensables.

Pourtant, l'étendue de la mission du notaire pose certaines difficultés. En effet, **l'article 229-1 alinéa 2 du Code civil** dispose qu'il est tenu à la vérification uniquement des mentions prévues aux **1° à 6° de l'article 229-3 du Code civil** et au respect du délai de réflexion accordée aux époux de quinze jours¹⁴¹. Il s'agit donc de s'assurer de la présence des mentions obligatoires, à savoir : l'identification des époux et des avocats, l'accord des époux sur le principe du divorce et ses effets, les modalités complètes du règlement des effets du divorce, l'état liquidatif du régime matrimonial et la mention de l'information du mineur du droit à être entendu par un juge et le non-exercice de cette faculté. Il faut ainsi comprendre qu'il ne s'agit que d'un contrôle formel des mentions exigées au sein de la convention de divorce et en aucun cas d'un contrôle de légalité, puisque le notaire n'effectue pas un contrôle au fond. La vérification est donc pour le moins sommaire et certains auteurs en viennent à qualifier le notaire dans cette fonction de « *simple vérificateur de forme* »¹⁴². Il n'a pas à vérifier la légalité de l'acte rédigé par les avocats.

De plus, authentifier un acte engendre une réception de l'acte, c'est-à-dire que lorsque « *le notaire reçoit un acte, c'est dire qu'il doit être présent quand les parties déclarent leurs volontés* »¹⁴³. Il faut donc une comparution des parties. Or, toutes hypothèses de comparution des parties ou même des avocats sont proscrites. En effet, le Garde des Sceaux a indiqué dans un communiqué, visant à préciser la réforme, que « *Ni les parties, ni les avocats ne se présentent devant lui* »¹⁴⁴. Dès lors, aucune vérification de la volonté des époux ne peut être effectuée par le notaire, ni même une reconnaissance d'écriture et de signatures.

Un paradoxe s'installe donc, puisque le notaire ne procède qu'à un contrôle formel de la convention de divorce et ses annexes, sans comparution des parties, mais il confère tout de même force exécutoire et date certaine à celle-ci. Ce type de contrôle est incompatible avec la nature même du dépôt authentifiant, puisque la reconnaissance d'écriture et de signatures des

¹⁴¹ Article 229-4 du C.civ

¹⁴² Gilles BONNET, notaire-associé à Paris, « Divorcer sans juge, le point de vue du notaire », Droit de la famille 2016, étude 26, n°6

¹⁴³ Laurent FRANCOIS, « Principes de droit civil français », tome 14, édition hachette 2014 (reproduction de l'œuvre originale de 1869)

¹⁴⁴ Garde des Sceaux, Jean-Jacques URVOAS, communiqué relatif à l'entrée en vigueur de la réforme du divorce par consentement mutuel au 1er janvier #J21, 27 décembre 2016, rappelé par la fiche 6 de la circulaire du 26 janvier 2017 relative à l'intervention du notaire.

parties est indissociable de l'authenticité. C'est en effet le contrôle du notaire qui permet de conférer la force exécutoire. Ainsi, si cette reconnaissance n'intervient pas, il ne s'agira que d'un dépôt simple. Mais cette hypothèse ne peut pas être retenue, puisque ce type de dépôt, comme nous avons pu le dire, ne confère en aucun cas force exécutoire à l'acte sous seing privé.

La situation laisse donc perplexe et semble sous-entendre que la délivrance de la force exécutoire n'implique pas nécessairement un processus d'authentification. Cela s'avère être fortement perturbateur, puisque traditionnellement l'attribution de la force exécutoire implique nécessairement des vérifications approfondies de la part du notaire¹⁴⁵.

Mais alors quelle serait la nature juridique du dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire?

Il est d'abord permis de penser qu'il s'agit tout de même d'un dépôt authentifiant, mais atténué, puisque tout comme le dépôt authentifiant classique, la formule exécutoire est apposée. C'est le seul dépôt qui permet de conférer cet attribut à un acte. Mais, il n'y a pas de reconnaissance d'écriture et de signatures, soit un processus d'authentification par le notaire. Finalement, le législateur en visant les effets de l'authenticité aurait invité à un dépôt authentifiant¹⁴⁶, mais dans une vision différente.

Cette hypothèse se fonde sur le travail collaboratif des avocats et du notaire. En effet, le législateur n'a pas supprimé la reconnaissance d'écriture et de signatures. Le contrôle est présent mais a été déplacé, puisque ce n'est pas le notaire qui se charge d'effectuer cela, mais les avocats. C'est l'acte d'avocat, contresigné, qui permet de faire foi de l'écriture et de la signature des parties. En ce sens, une nouvelle reconnaissance du notaire en serait inutile et méconnaîtrait sans doute le caractère renforcée de l'acte d'avocat. Un contrôle du notaire ne ferait alors que « *doublon* »¹⁴⁷. Dès lors, la convention de divorce ferait tout de même l'objet d'un dépôt authentifiant, puisqu'un processus d'authentification demeure, bien que non-effectué par le notaire lui-même.

D'ailleurs, lors du débat quant à la réforme du divorce, les parlementaires ne comprenaient pas pourquoi faire intervenir le notaire alors même qu'il ne rédige pas la convention de

¹⁴⁵ J. COMBRET et N. BAILLON-WIRTZ, « La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle : incidences pour la pratique notariale », JCP N 2016, n°47, act. 1254

¹⁴⁶ Sarah TORRICELLI-CHRIFI, maître de conférence à l'université de Toulouse Capitole, « Divorce contractuel : quel(s) acte(s) pour quelle(s) responsabilité(s) ? », La semaine juridique- notariale et immobilière, n°45- 11 novembre 2016, 1193

¹⁴⁷ Stéphane DAVID, notaire-associé à Meudon, « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », AJ Famille 2017, p.31

divorce. La réponse a été simple, puisqu'il fallait conférer date certaine et surtout force exécutoire à l'acte d'avocat, afin d'éviter le retour du juge. C'est donc dans une œuvre de compromis que la fonction du notaire a été envisagée. Ainsi, les parlementaires ont considéré qu'il ne procéderait qu'à un simple enregistrement¹⁴⁸. Ce qui est confirmé par le ministre de la justice qui indique que « *Dans le cadre de cet enregistrement, le notaire ne remplace pas le juge : il ne contrôle pas le consentement des parties ni l'équilibre de la convention, ces missions étant assurées par les avocats* »¹⁴⁹. Dès lors, c'est une confirmation qu'il y a bien une reconnaissance d'écriture et de signatures, donc un processus d'authentification. Cependant, ce contrôle n'est pas effectué par le notaire, mais les avocats. L'idée d'un dépôt authentifiant, du moins raccourci et original, est confortée.

Ces formalités de l'authentification sont effectuées par les avocats, ainsi le notaire n'a qu'à attribuer force exécutoire et date certaine, après alors vérification de la légalité de l'acte et avoir effectué son rôle de conseil des parties. Finalement, nous aurions pu croire que le notaire aurait revêtu son rôle traditionnel de conseiller et de gardien de la légalité au sein de ce nouveau divorce, mais il en est tout autrement, « *le notaire ne conseille pas : il enregistre* »¹⁵⁰. Pour ainsi dire, c'est un rôle de greffier qui lui est dévolu¹⁵¹. En effet, le greffier s'assure du respect par le magistrat du formalisme des actes judiciaires et la conservation des minutes et archives.

Néanmoins, un acte est authentique que lorsqu'il dressé ou reçu par un officier public, tel que le notaire, dans le respect des formalités légales exigées¹⁵². C'est alors à l'officier public, donc le notaire, d'éclairer les parties sur leurs engagements, de veiller à l'équilibre de l'accord et de vérifier le consentement éclairé et réel des époux. Pour ce faire, il est indispensable que le notaire reçoive les époux, procède avec eux à la lecture de la convention de divorce pour s'assurer de leur consentement et les éclairer sur les conséquences de celle-ci. C'est pourquoi, il ne peut pas s'agir d'un dépôt authentifiant, même atténué, puisqu'en aucun cas la loi ne prévoit une comparution des époux devant le notaire, mais uniquement devant les avocats. Dès lors, les avocats n'étant pas des officiers publics, cette hypothèse est à exclure.

¹⁴⁸ Rapport Assemblée Nationale, n° 3726, p. 249

¹⁴⁹ Garde des Sceaux, Jean-Jacques URVOAS, communiqué relatif à l'entrée en vigueur de la réforme du divorce par consentement mutuel au 1er janvier #J21, 27 décembre 2016

¹⁵⁰ Rapport de l'Assemblée nationale, n° 3726, p. 249

¹⁵¹ Mustapha MEKKI, professeur à l'Université Paris 13- Sorbonne Paris Cité, « Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir greffier ? », La semaine juridique notariale et immobilière n° 19, 13 mai 2015, act. 610

¹⁵² Danielle Montoux, diplômé supérieur de notariat et Jean-François Pillebout, notaire honoraire, « Fasc. 14 : ACTE NOTARIÉ . – Notion d'acte authentique. – Application », JurisClasseur Notarial Formulaire, Lexisnexis, 13 janvier 2016, mis à jour le 16 janvier 2017

Dans le cas contraire ce serait fortement méconnaître la fonction notariale. Le notaire est délégataire de la puissance publique, il a pour mission de sécuriser les actes et donc d'attribuer l'authenticité. Cette mission d'authentification exige un certain nombre de contrôles et ne serait être délégué à un professionnel du droit ne disposant pas d'une parcelle de la puissance publique.

Ainsi, c'est une autre hypothèse qu'il faut privilégier. Nombreux sont les auteurs qui considèrent qu'il s'agit ni d'un dépôt simple, ni d'un dépôt authentifiant, mais d'un dépôt sui generis¹⁵³. Ainsi, le dépôt confère date certaine et force exécutoire mais sans perspective d'authentification, puisque le notaire ne reçoit pas les parties et donc ne vérifie ni le consentement, ni l'équilibre des intérêts en présence. Il ne s'assure que de la régularité formelle de la convention reçue. Alors, le choix du législateur est limpide, le notaire est exclu de la procédure, il n'intervient que dans un rôle traditionnel de liquidateur, puis dans un rôle nouveau de depositaire, en toute fin du processus. Il n'est même pas présent lors de la signature de la convention de divorce. Il semble alors que si un acte authentique avait été voulu, il serait intervenu dès le début de la procédure. Le législateur a donc créé volontairement (ou involontairement) une troisième voie de dépôt, soit un dépôt sui generis. Effectivement, aux yeux de la loi c'est aux avocats de contrôler la convention et non pas au notaire. Il ne peut pas s'agir donc d'un dépôt authentifiant, bien que l'acte est date certaine et force exécutoire. Pour la première fois une dissociation entre l'authenticité et la force exécutoire a été introduite en droit positif.

Concrètement, l'acte constatant le dépôt est authentique, mais la convention de divorce n'a aucune valeur authentique, mais elle est dotée de la force exécutoire et de la date certaine. En ce sens, ces deux actes sont ici à prendre isolément l'un de l'autre, contrairement à ce qui avait été admis en jurisprudence (où l'acte de dépôt et l'acte sous seing privé déposé ne formaient plus qu'un). Une dissociabilité de ces actes s'installe. La situation est surprenante, puisque ces deux actes disposent des attributs de l'authenticité, mais uniquement l'acte de dépôt à valeur authentique. L'acte objet du dépôt, soit la convention de divorce, n'atteindrait pas le même résultat.

C'est donc une exception que la loi pose, puisque c'est le législateur qui vient conférer à un acte force exécutoire. Effectivement, ce ne sont pas les règles traditionnelles, à savoir le

¹⁵³ Par exemple, Christophe BLANCHARD, « La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé », La semaine juridique notariale et immobilière n°1, 6 janvier 2017, 1002 *ou encore* Stéphane DAVID, notaire associé à Meudon et Romain BRUNET, notaire associé à Dijon, « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », AJ Famille 2017, p. 31

processus d'authentification, qui attribuent la formule exécutoire. En conséquence, la convention de divorce n'est pas un véritable acte authentique, d'où l'idée de dépôt sui generis.

Cette troisième voie se confirme d'ailleurs lorsque l'on porte attention à **l'article L 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution** qui dresse la liste des titres exécutoires. En effet, la **loi du 18 novembre 2016** a modifié cet article en y ajoutant un **4° bis**, prévoyant que les « *accords par lesquels les époux consentent mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresignée par avocats, déposés au rang des minutes d'un notaire* » sont des titres exécutoires. Pourtant, ce même article vise en son **4°** « *les actes notariés revêtus de la formule exécutoire* » comme des titres exécutoires également. En conséquence, s'il s'agissait d'un dépôt authentifiant, un tel ajout n'aurait pas été nécessaire. Dès lors, la convention de divorce déposée au rang des minutes du notaire n'est clairement pas un acte notarié et donc un acte authentique. Ainsi, si le législateur avait voulu viser le dépôt authentifiant, une telle mention à l'article susvisé n'aurait pas été nécessaire.

En outre, un autre élément est susceptible de confirmer ces dires. La **circulaire du 26 janvier 2017**¹⁵⁴, au sein de la **sixième fiche** intitulée « *L'intervention du notaire en matière de divorce par consentement mutuel* » atteste que « *le dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire ne confère pas à la convention de divorce la qualité d'acte authentique mais lui donne date certaine et force exécutoire* »¹⁵⁵. Il ne s'agit donc pas d'un dépôt authentifiant, puisqu'il ne confère pas à l'acte sous signature privée contresigné par les avocats l'authenticité. De plus, la **huitième fiche** intitulée « *Les formalités d'enregistrement de la convention de divorce et de ses annexes* », précise que « *le dépôt visé à l'article 229-1 du Code civil ne donne pas lieu à un acte de notaire au sens du 1° du 1 de l'article 635 du Code général des impôts*¹⁵⁶. »¹⁵⁷. En définitive, c'est la confirmation que le dépôt au rang des minutes du notaire visé par la procédure n'est pas un dépôt authentifiant, puisque le dépôt de l'acte sous seing privé n'est pas un acte notarié, au moins d'un point de vue fiscal. Notons que cela permet d'exclure la convention de divorce du champ de l'enregistrement et du paiement des droits fixes de 125 euros¹⁵⁸.

Le législateur a donc mis en place un dépôt nouveau, où pour la première fois la force exécutoire résulte de la loi et non pas d'un processus d'authentification.

¹⁵⁴ Circulaire du 26 janvier 2017 du Ministère de la justice, « de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession », issue de la loi du 18 novembre 2016 et du décret du 28 décembre 2016.

¹⁵⁵ Circ. du 26 janvier 2017, fiche n°6, page 3

¹⁵⁶ « 1° Les actes des notaires à l'exception de ceux visés à l'article 636 ; » (article 635 du CGI- 1- 1°)

¹⁵⁷ Circ. du 26 janvier 2016, fiche n°8, page 4

¹⁵⁸ Article 680 du CGI

Partant de ce postulat, le professeur Mustapha Mekki a fait un parallèle avec « *le contrat judiciaire* »¹⁵⁹. L'article 1441-4 du Code procédure civil prévoyait que le président du tribunal de grande instance « *confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté* » à la suite de la requête des parties en matière de transaction¹⁶⁰. Mais pour autant l'acte n'était pas en lui-même authentique, bien qu'ayant force exécutoire. Ainsi il ne s'agissait ni d'un contrat, ni d'un jugement, mais bien d'un contrat judiciaire. En s'appuyant sur la même analyse, l'acte d'avocat déposé au rang des minutes du notaire, en application du nouveau divorce par consentement mutuel, serait « *un contrat notarial* ». En effet, l'acte est doté de la force exécutoire par intervention du notaire, mais n'a pas pour autant valeur authentique. Il se s'agit donc ni d'un contrat simple, ni d'un acte authentique.

Cette idée de contrat notarial en l'absence de reconnaissance d'écriture et de signatures ne fait encore une fois que conforter l'hypothèse du dépôt sui generis. Le notaire intervient en tant que dépositaire, mais ne confère pas l'authenticité, bien qu'octroyant force exécutoire à l'acte objet du dépôt.

C'est un véritable démembrement de l'authenticité¹⁶¹, tout comme la propriété, étant donné que chaque attribut de l'authenticité est autonome d'elle-même. Effectivement, cette hypothèse de dépôt sui generis revient à admettre que la formule exécutoire ne résulte pas de l'authenticité. En effet, l'apposition de la formule exécutoire ne fait pas pour autant de la convention de divorce un acte authentique. D'ailleurs, si l'acte devait être considéré comme authentique, la force probante lui aurait été également conférée par le notaire. Dans ce cas, ce sont cependant les avocats qui attribuent force probante à l'acte, puis le notaire intervient pour conférer force exécutoire et date certaine. C'est donc dire que la force exécutoire n'est pas le résultat de l'authenticité.

Cette « *désolidarisation* »¹⁶² n'est toutefois pas nouvelle. Un acte authentique peut être dépourvu de force exécutoire. Ainsi par exemple, les actes administratifs sont pourvus de la force exécutoire uniquement dans les cas prévus par la loi¹⁶³. Néanmoins, il ne faut pas se méprendre, s'il était admis jusqu'à là l'authenticité en l'absence de force exécutoire, ce n'est

¹⁵⁹ Mustapha MEKKI, professeur à l'université de Paris 13- Sorbonne Paris Cité, « Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ? », La semaine juridique- notariale et immobilière n°19, 13 mai 2016, act. 610

¹⁶⁰ Article 1441-4 du CPC abrogé par l'article 45 du décret du 20 janvier 2012 (n°2012-66)

¹⁶¹ Sarah TORRICELLI-CHRIFI, maître de conférences à l'Université de Toulouse Capitole, « Divorce contractuel : Le notaire doit-il fermer les yeux ? », La semaine juridique notariale et immobilière n°16, 21 avril 2017, 1159.

¹⁶² Préc.

¹⁶³ Article L 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, notamment « *Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement* ».

pas le cas d'une force exécutoire à l'exclusion de l'authenticité. Force est de constater que la circulaire consacre pourtant l'autonomie de la force exécutoire.

En définitive, c'est l'hypothèse du dépôt sui generis qui nous semble la plus probable. L'entrée dans cette nouvelle ère semble toutefois difficilement admise dans la sphère notariale. Les avocats ne remplacent pas les notaires et ces derniers ont dû mal à concevoir qu'on puisse attribuer la force exécutoire à un acte indépendamment de l'authenticité. Le notaire devrait-il pour autant octroyer force exécutoire sans même s'assurer personnellement de la légalité des actes déposés ? La loi ne prévoyant qu'un contrôle de régularité formelle.

Section 2) Une restriction du contrôle incombant au notaire

Le législateur a cantonné le notaire à un rôle purement formel. Il est tenu de vérifier la régularité formelle de la convention de divorce (**Paragraphe 1**). Mais le statut de la profession notariale refuse que le notaire reçoive une convention contraire à la loi ou frauduleuse¹⁶⁴. En effet, ce dernier est tenu de refuser d'instrumenter un acte illégal, ce qui implique un contrôle de légalité. Ce devoir semble découler du processus d'authentification même, mais à bien regarder c'est une obligation plus générale. C'est une mission statutaire et instrumentaire¹⁶⁵. D'ailleurs, la jurisprudence n'a cessé de rappeler que le notaire était le garant de l'efficacité et de la validité des actes qu'il reçoit¹⁶⁶. Cela explique sans qu'un contrôle de légalité a été réintroduit, bien que restreint (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1) Un contrôle essentiellement formel

La situation laisse ici encore perplexe, puisque la **loi du 18 novembre 2016** cantonne le notaire à un contrôle purement formel. Il doit vérifier la présence des mentions obligatoires à peine de nullité à la convention de divorce¹⁶⁷, le respect du délai de réflexion laissé aux époux et la présence des annexes. C'est du moins ce qui ressort de la lecture stricte de la loi.

¹⁶⁴ Article 3.2.3 du règlement national intercourts du 22 juillet 2014 (JO 1^{er} août 2014), CSN

¹⁶⁵ Sarah TORRICELLI-CHRIFI, maître de conférences à l'Université de Toulouse Capitole, « Divorce contractuel : Le notaire doit-il fermer les yeux ? », La semaine juridique notariale et immobilière n°16, 21 avril 2017, 1159.

¹⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ, 11 octobre 1996, JCP N 1966, II, 14703 ; Cass. 1^{ère} civ, 4 avril 2001, B. I, 2001, n°104

¹⁶⁷ Article 229-1 et 1° à 6° de l'article 229-3 du C.civ

Ainsi, le notaire est tenu de vérifier la présence des mentions, mais non pas leur contenu. Il ne contrôle par le consentement des parties, ni même l'équilibre de la convention de divorce. Il ne remplace donc pas le juge.

Ce type de contrôle semble être voulu dans un souci de rapidité et de simplicité, pourtant il est incompatible avec les valeurs de la profession notariale. C'est une profonde méconnaissance de la fonction notariale qui en ressort. La simple intervention du notaire en tant que dépositaire visant à conférer à l'acte d'avocat force exécutoire et date certaine aurait dû impliquer un contrôle de légalité. D'ailleurs, ce contrôle bien que nommé « contrôle de légalité » vise en fait, non seulement une vérification de la conformité de l'acte à la loi et plus généralement au droit positif, mais aussi aux données de fait concernant les parties¹⁶⁸.

D'une part, il n'est pas prévu par la loi que le notaire vérifie la réalité du consentement des époux et d'ailleurs, aucun moyen ne lui ait donné pour cela, alors même qu'une passerelle a été ouverte aux époux pour passer d'un divorce extrajudiciaire à un divorce par consentement mutuel judiciaire¹⁶⁹. Cela peut se faire à tout moment jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire. Concrètement, cela est possible même après la signature de la convention par les époux et les avocats et après qu'elle ait été transmise au notaire en vue de son dépôt dans le délai imparti. Le notaire ne peut pas par lui-même vérifier que les époux souhaitent toujours divorcer selon la procédure engagée. Il est soumis à l'information des avocats sur ce point, si tant est qu'eux-mêmes soient au courant d'un tel changement des époux. De telle façon que le notaire peut se retrouver à procéder au dépôt de la convention au rang de ses minutes, alors qu'une demande en divorce judiciaire a été déposée par les époux. Effectivement, il ne procède qu'à un simple contrôle des mentions obligatoires à la convention et ne reçoit pas les parties. S'agit-il peut-être d'une hypothèse d'école, mais le cas n'en reste pas moins possible. C'est donc une véritable source d'insécurité.

En ce sens, le Conseil supérieur du notariat a préconisé que les notaires-dépositaires demandent aux avocats de joindre à la convention de divorce, une attestation des époux précisant qu'une requête en divorce judiciaire n'a pas été déposée au juge aux affaires familiales. Cette attestation permettrait de s'assurer du consentement des époux quant à la procédure initialement engagée. Pour autant, cela ne règle pas la difficulté, puisque d'abord,

¹⁶⁸ Jeanne DE POULPIQUET et Philippe PIERRE, « Devoir de conseil », JCI. Notarial formulaire, V Responsabilité notariale, Fasc. 3, n°17 et suivants

¹⁶⁹ Article 1148-2 alinéa 2 du CPC

les avocats ou les époux peuvent tout à fait refuser de produire une attestation non-prévue légalement et ensuite, l'attestation ne met pas à l'abri d'une requête en divorce judiciaire.

De surcroît, le notaire avant de procéder au dépôt de la convention doit s'assurer que le délai de réflexion des époux¹⁷⁰ a bien été respecté avant la signature. En effet, la convention ne peut pas être signée par les époux, à peine de nullité, avant l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la réception du recommandé contenant le projet de convention. En effet, les avocats doivent transmettre le projet de convention aux époux par lettre recommandée avec accusé de réception¹⁷¹. Il faut préciser que le point de départ du délai de réflexion est susceptible d'être différent pour chacun des époux, puisqu'il appartient à chacun de leur avocat respectif de leur adresser le projet et que le délai se compte à partir de la réception par les époux. Sur ce point, la **circulaire du 26 janvier 2017** a précisé qu'une date de signature ne pouvait être fixée qu'après l'écoulement du délai de quinze jours, suivant la réception du dernier recommandé « *signé personnellement par chacune des parties* »¹⁷². En ce sens, la signature par l'un des époux ne vaut pas signature pour l'autre époux. De plus, toute modification de la convention entraîne un nouveau délai de réflexion de quinze jours à l'égard des époux. Ce n'est qu'ensuite que la convention pourra être signée par les avocats et les époux ensemble. L'avocat le plus diligent doit alors transmettre au notaire dans un délai maximum de sept jours ladite convention et ses annexes. La transmission ne peut pas se faire de manière dématérialisée, elle doit être faite par lettre recommandée avec accusé de réception, puisque ce sont les originaux qui doivent être communiqués.

Pourtant, ni la loi, ni le décret, ne prévoient que des éléments de preuve soient annexés à la convention afin d'assurer le contrôle du notaire. En effet, **l'article 1145 du Code de procédure civile** mentionne la liste des annexes de manière exhaustive. Il s'agit du formulaire d'information des enfants, de l'état liquidatif du régime matrimonial établi en la forme authentique et de l'acte authentique d'attribution d'un immeuble à titre de prestation compensatoire. Mais rien ne permet au notaire de vérifier le respect du délai de réflexion avant la signature des époux. Pourtant, ce contrôle est primordial puisqu'en cas de non-respect c'est la nullité qui est encourue.

Ainsi, le Conseil supérieur du notariat recommande aux notaires de demander aux avocats de joindre à la convention des éléments de preuve permettant de vérifier que la convention n'a

¹⁷⁰ Article 229-1 du C.civ

¹⁷¹ Article 299-4 du C.civ

¹⁷² Fiche 5 « La signature de la convention de divorce et la transmission au notaire », Circulaire du 26 janvier 2017 (Cir. CIV/02/17) du Ministère de la justice.

pas été signée avant l'expiration du délai légal. Il pourrait alors s'agir ici aussi d'une attestation des époux, ou encore, de la production des originaux des avis de réception de l'envoi par lettre recommandée du projet de convention aux époux. La **circulaire du 26 janvier 2017** a également précisé que la convention « *pourra comporter* » en annexe « *la copie* » des avis de réception¹⁷³. La formule laisse pour le point dubitatif et ne règle pas le problème. En effet, c'est le verbe pouvoir qui est utilisé, ce qui sous-entend que c'est une possibilité et non pas une obligation. Rien n'est imposé, dans le cas contraire, il aurait été sans doute judicieux d'utiliser le verbe devoir. De plus, c'est uniquement la copie du recommandé qui est visé, or **la circulaire** indique que c'est l'original de la convention qui doit être transmise aux notaires, ainsi que ces annexes. Ce sont donc les originaux des avis de réception qui auraient dû également être transmis au notaire. D'autant plus, que **la circulaire** rappelle que c'est le notaire qui assure la conservation de la convention de divorce et ses annexes et non pas les avocats, qui ne détiennent aucun exemplaire original.

Il aurait été préférable que des règles soient prescrites sur les pièces attestant du respect du délai de réflexion.

Ajoutons que le notaire doit vérifier la présence de la mention à la convention que le mineur (ayant un discernement) a été informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge et qu'il ne désire pas être auditionné. Il doit également s'assurer de la présence du formulaire d'information remplie, signée et datée par le mineur. Par contre, en aucun cas il ne doit apprécier le discernement de l'enfant, mais il est tenu de s'assurer de « *l'effectivité de l'information* »¹⁷⁴ matérialisée le formulaire. Dès lors, la signature d'un acte est le signe d'une acceptation au contenu de l'écrit. C'est cette signature qui emporte alors la validité de l'acte. Mais en soi, la signature de l'enfant ne semble pas suffisante pour certifier sa prise de connaissance de son droit à être entendu par un juge et encore moins, de son identité. D'autant plus que, juridiquement le mineur est incapable, sa signature n'a donc aucune valeur juridique. En conséquence, ce contrôle bien que formel s'avère délicat. La situation aurait pu être plus simple si le notaire recevait les enfants du couple pour s'assurer que l'information leur a bien été donnée et que ces derniers signent le formulaire en sa présence. Mais aucune disposition ne prévoit cette hypothèse et il faut *de facto* l'exclure, puisque si ni les époux, ni les avocats n'ont à se présenter au notaire, les enfants sont eux aussi exclus. Comment alors s'assurer que c'est bien le mineur qui a signé le formulaire et qu'il a reçu l'information ?

¹⁷³ Circ. du 26 janvier 2017 du Ministère de la justice, fiche 6 « L'intervention du notaire en matière de divorce par consentement mutuel », 2. Le contrôle exercé par le notaire

¹⁷⁴ Circ. du 26 janvier 2017, fiche 6, 2. Le contrôle exercé par le notaire- Le contrôle des annexes,

Certains notaires n'admettraient alors la signature du mineur que si la signature du mineur résulte d'une démarche à l'image de celle de la légalisation¹⁷⁵. C'est une démarche permettant d'authentifier une signature à un acte sous seing privé et de vérifier que la personne signataire est bien celle visée par le document. Cette certification nécessite de s'adresser à la mairie du lieu d'habitation, muni de l'acte et accompagné de deux témoins en l'absence de pièce d'identité. Le document est alors signé devant l'officier public. Mais cette démarche ne peut être réservée qu'aux personnes capables juridiquement, ce qui exclut les mineurs. Pour le moins, il est tout à fait possible que l'enfant procède à la signature en présence des deux avocats, ces derniers alors certifiant être présents au jour de la signature de l'enfant. Il faudrait ensuite que les avocats joignent une déclaration certifiant leur présence au moment de la signature au notaire.

De plus, le notaire ne peut pas s'assurer que l'ensemble des enfants a bien reçu cette information, puisqu'il ne dispose d'aucun moyen d'avoir connaissance du nombre d'enfant du couple. Certes, la convention doit mentionner l'identité de chacun des enfants, mais rien ne permet de procéder à une vérification du nombre d'enfants. Pourtant, **la circulaire** précise qu'en présence de plusieurs enfants, le défaut d'un seul des formulaires suffit pour empêcher le notaire de procéder au dépôt¹⁷⁶. Il serait alors pour le moins préférable que le livret de famille soit également transmis par les avocats au notaire, à moins qu'un état liquidatif authentique ait été nécessaire lors de la procédure et dans ce cas, si le notaire-liquidateur est le même que le notaire-dépositaire, il serait déjà en possession du livret de famille.

En conséquence, ces vérifications formelles en apparence simple s'avèrent fort compliqués et ce notamment par l'absence de comparution des époux. De nombreuses incohérences sont à souligner.

Au-delà de ces points, la limitation du contrôle du notaire à la forme est tout à fait contraire au statut de la profession. Ainsi, ce rôle a été largement décrié par les notaires, puisque qu'ils attribuent force exécutoire sans même vérifier la légalité de l'acte.

¹⁷⁵ En ce sens, Maître Bertrand MACE, notaire associé à Saint-Denis (Réunion), lors d'un entretien en date du 2 mars 2017 (annexe audio)

¹⁷⁶ Circ. du 26 janvier 2017, fiche 6 « L'intervention du notaire en matière de divorce par consentement mutuel », page 2, paragraphe intitulé « la présence d'un formulaire d'information du mineur »

Paragraphe 2) La survivance d'un contrôle de légalité restreint

Le Garde des sceaux a réintroduit un contrôle de légalité au sein de la procédure de divorce extrajudiciaire par la voie de **circulaire**¹⁷⁷. En effet, bien que le contrôle du contenu de la convention de divorce ou de l'équilibre est exclu, il a été prévu que le notaire préalablement au dépôt vérifie « *la régularité* » de la convention « *au regard des dispositions légales ou réglementaires* »¹⁷⁸ et en cas d'atteinte manifeste à l'ordre public, il « *pourra* » en avertir les avocats. En conséquence, le lien entre l'attribution de la force exécutoire et l'examen de la légalité a été rétabli, bien que le processus d'authentification ne soit pas en lui-même restitué. Nous pouvons nous réjouir du rétablissement du contrôle du fond de l'acte, puisque la force exécutoire est attribuée à la suite d'un contrôle de légalité du notaire et non pas de l'avocat, qui n'est pas délégataire de la puissance publique. Cette modification permet également de respecter la réglementation de la profession et la jurisprudence. En effet, la jurisprudence considère que le notaire se doit de refuser de prêter son ministère lorsqu'un acte se montre contraire à l'ordre public.¹⁷⁹ Cela vient donc réduire l'image d'une authenticité partagée entre les deux professions. En effet, c'est « *la vérification de la légalité de l'acte qui distingue le notaire des autres rédacteurs d'acte* »¹⁸⁰.

Certes ce contrôle de légalité permet de respecter les règles de la profession notariale, mais il s'avère bien minimal, puisqu'il s'arrête au contrôle de l'atteinte manifeste à l'ordre public au moment du dépôt. La **circulaire du 26 janvier** donne à cet effet deux exemples de clauses portant manifestement atteinte à l'ordre public : la clause écartant les règles d'attribution de l'autorité parentale et la clause de non-remariage¹⁸¹. Mais cela ne permet pas de cerner concrètement ce qu'on entend par « atteinte manifeste à l'ordre public ».

En matière contractuelle alors, la notion d'ordre public apparaît aux **articles 6 et 1102 du Code civil**, mais également à **l'article 1162 du même Code**. Il en ressort l'impossibilité de déroger par des stipulations contractuelles à l'ordre public, ni même par le but du contrat. C'est donc une limite à l'autonomie de la volonté. Lorsqu'une règle est d'ordre public, on ne peut pas y déroger, elle est impérative. C'est alors la loi qui prévoit explicitement qu'une

¹⁷⁷ Circ. du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession (CIV/02/17) du Ministère de la justice.

¹⁷⁸ Circ. du 26 janvier 2017, fiche n°6, page 2

¹⁷⁹ Cass. 1re civ., 10 janv. 1995 : Bull. civ. 1995, I, n° 24

¹⁸⁰ Christophe BLANCHARD, professeur agrégé à l'université d'Angers, « La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé », La semaine juridique- Notariale et immobilière n°1, 6 janvier 2017, 1002

¹⁸¹ Fiche 6 « L'intervention du notaire en matière de divorce par consentement mutuel », 2. Le contrôle exercé par le notaire, Circulaire du 26 janvier 2017 du Ministère de la justice

disposition s'appliquera et ce nonobstant, toute stipulation contraire. On parle souvent « *d'ordre public législatif ou textuel* ». Mais, la jurisprudence peut également déterminer qu'une règle est impérative, c'est un « *ordre public judiciaire ou virtuel* »¹⁸². Le juge considère alors qu'une norme est d'ordre public en application des principes fondamentaux du droit et de l'esprit de la loi. Il y a donc une diversité des moyens de détermination de l'ordre public. De plus, l'ordre public rassemble l'ordre public national, communautaire et international. Cependant, la **circulaire du 26 janvier 2017** ne distingue pas entre les différents types d'ordre public, il semble alors qu'il faut comprendre que tous les types sont visés. Ce qui est d'autant plus cohérent, puisque le notaire n'est pas soumis à des règles de compétence territoriale¹⁸³. Dès lors, le notaire est amené à procéder aux dépôts d'actes d'époux français, mais également étrangers en application des règles du droit international privé. En outre, la notion d'ordre public ne recouvre pas une seule et même définition, c'est un concept qui s'avère flou et ce notamment, car il dépend de l'évolution de la société, en constante mutation. D'ailleurs, une nomenclature des ordres publics seraient impossibles, puisqu'il faut se référer à tout corps de règle et à la jurisprudence en vigueur.

Mais bien que le ministère de la justice n'ait pas précisé l'ordre public visé, il a limité le contrôle à l'atteinte manifeste. Cela pointe en fait une atteinte indiscutable et évidente à l'ordre public. Concrètement, il s'agit de chose absolument inacceptable en droit français, comme par exemple de refuser le boni de liquidation en contrepartie de la garde de l'enfant.

Finalement, il ne s'agit que de vérifier « *qu'on ne va pas vers des solutions extrêmes* »¹⁸⁴.

Ce contrôle minimal est-il alors vraiment nécessaire ? La question est permise, puisque comme le souligne le président du Conseil national des barreaux « *Les avocats sont capables de rédiger des conventions non contraires à l'ordre public* »¹⁸⁵. D'autant, qu'un avocat, devant un acte dont il soupçonne l'illégalité, doit recevoir le client et le dissuader de réaliser un tel acte¹⁸⁶. Dès lors, il semble que ce contrôle a été mis en place uniquement dans but de respecter les règles de la profession notariale. En tout état de cause, ce contrôle supplémentaire permet tout de même de pallier aux risques d'atteinte à l'ordre public, mais également de restaurer l'attribution de la force exécutoire à son corollaire, le contrôle de

¹⁸² Pierre LECLERCQ, « Ordre public et bonnes mœurs », Synthèse 15, Jurisclasseur, Lexisnexis, actualisé par Stéphane VALORY, avocat à la Cour et docteur en droit

¹⁸³ Fiche 6, 1. La compétence territoriale du notaire, Circulaire du 26 janvier 2017 du Ministère de la justice

¹⁸⁴ Caroline FLEURIOT, « Imbroglio autour du rôle du notaire dans le divorce sans juge- Questions-Réponses du ministère de la justice », Dalloz actualité, 12 janvier 2017, reprenant les propos de Jean-François HUMBERT, premier vice-président du Conseil supérieur du notariat.

¹⁸⁵ Propos de Pascal Eydoux (président du CNB) rapportés par Caroline FLEURIOT, « Imbroglio autour du rôle du notaire dans le divorce sans juge- Questions-Réponses du ministère de la justice ».

¹⁸⁶ Décision du Conseil national des barreaux du 30 juin 2011 publié au J.O au 21 juillet 2011 concernant les obligations des avocats à la prévention du blanchiment financier

légalité bien que sommaire. C'est certainement un travail collaboratif entre avocats et notaires qui a été privilégié.

Néanmoins, si le notaire constate une atteinte manifeste à l'ordre public, il pourra en informer les avocats, mais en aucun il ne peut refuser le dépôt. En application de **la circulaire de janvier**, le refus de dépôt ne peut être opposé que lorsqu'une des mentions obligatoires¹⁸⁷ n'apparaît pas au sein de la convention. D'ailleurs, cette précision se révèle redondante, puisque **l'article 229-3 du Code civil** dispose que c'est à peine de nullité que la convention de divorce doit comporter l'ensemble des mentions visé. De plus, c'est une décision lourde de conséquence que de refuser le dépôt, puisqu'une nouvelle convention doit être rédigée, faisant courir alors un nouveau délai de réflexion de quinze jours pour la signature. C'est donc une décision qui ne doit pas être prise de manière hâtive, mais en collaboration avec les avocats. En effet, le notaire pourrait voir engager sa responsabilité dans le cas contraire.

Une fois de plus, la situation est contradictoire, puisqu'une atteinte manifeste à l'ordre public ne peut pas entraîner un refus de dépôt, mais l'absence d'une mention peut emporter un refus. La réintroduction de ce contrôle de légalité n'a donc aucune effectivité, puisque le notaire qui constate une irrégularité significative ne pourra pas refuser d'instrumenter. Il doit, à en croire **la circulaire**, alerter les avocats et s'ils estiment que l'ordre public est atteint, ils doivent dissuader les clients de l'illicéité. Cependant, si les avocats eux-mêmes considèrent que l'ordre public n'est pas atteint manifestement, le notaire se devra de procéder au dépôt de la convention de divorce. Pourtant, les règles de la profession notariale refusent que le notaire instrumente ou reçoive un acte qui serait illégal. C'est une obligation pour lui de refuser d'instrumenter lorsqu'il s'agit « *de conventions contraires à la loi, frauduleuses* » ou « *inefficaces ou inutiles* »¹⁸⁸. Il y a donc à l'évidence une contrariété entre les textes. Mais en vérité, le contrôle de fond du notaire doit s'effectuer de façon collaborative avec les avocats, puisqu'il ne fait que les avertir d'une atteinte manifeste. Sans doute alors, la clause litigieuse sera modifiée par les avocats. Toute modification entraînant de ce fait un nouveau délai de réflexion des époux. Pour autant, le délai de quinze jours du notaire pour procéder au dépôt court toujours. Ainsi, le notaire devrait être contraint de procéder au dépôt malgré la modification de la convention en cours. Cela n'a pourtant aucun sens et avocats et notaires s'entendront certainement pour ne pas procéder au dépôt de cette première convention. Mais l'hypothèse où les époux conservent la clause attentatoire à l'ordre public, nonobstant le

¹⁸⁷ Article 229-3 du C.civ

¹⁸⁸ Article 3.2.3 du Règlement national, approuvé par arrêté par le Ministre de la justice le 22 juillet 2014 (J.O 1^{er} août 2014) du Conseil supérieur du notariat

conseil des avocats, reste plausible bien que restreint¹⁸⁹. Dans ce cas, le notaire aura répondu à son obligation d'alerter les avocats et devrait s'arrêter ici, en procédant au dépôt, tout de même, de la convention de divorce, puisqu'il n'a pas le pouvoir de refuser le dépôt. Il est toutefois difficile d'admettre que le notaire, officier public, confère force exécutoire à un acte sous seing privé illégal.

En outre, bien que seul le contrôle de l'atteinte manifeste à l'ordre public soit admis, la question du contrôle de légalité fiscale se pose. En effet, le notaire est tenu au titre de son statut de vérifier qu'un acte n'est pas susceptible de droits ou d'amendes, de timbres ou d'enregistrement¹⁹⁰. Dès lors, peu importe la nature du dépôt, simple ou authentifiant, il doit se soumettre à un contrôle de légalité fiscale.

Deux hypothèses vont se présenter alors. Tout d'abord, en l'absence de biens immobiliers, l'état liquidatif est inclus au sein de l'acte sous seing privé, dès lors aussi bien les avocats que les notaires pourront procéder à la formalité de l'enregistrement dans le délai d'un mois à compter de la date du dépôt, accompagné du paiement des droits de partage de 2,5%, en application de **la circulaire**¹⁹¹. Or en application de **l'article 635 du Code général des impôts** le délai pour procéder à l'enregistrement est d'un mois à compter de la date de la signature de l'acte et non pas du dépôt. Mais une telle application de l'article reviendrait à enregistrer la convention de divorce avant même qu'elle puisse produire ses effets, soit avant le dépôt, ce qui s'avère invraisemblable. C'est donc à bon sens que **la circulaire de janvier** précise que c'est la date du dépôt qui doit être retenue et non pas la date de signature de l'acte par les parties, puisque la convention acquière force exécutoire à la date du dépôt au rang des minutes du notaire¹⁹². D'autre part, en présence de biens soumis à la publicité foncière, un acte authentique a été établi (état liquidatif ou attribution d'un immeuble à titre de prestation compensatoire), dans ce cas c'est le notaire qui procède à la formalité fusionnée de l'acte dans le délai d'un mois à compter de la date de celui-ci¹⁹³. Cependant, **la circulaire** précise alors que cette date correspond au « *jour du dépôt de la convention chez le notaire* »¹⁹⁴. Il n'y a aucune alternative entre l'avocat et le notaire.

¹⁸⁹ Christophe BLANCHARD, « Eclaircissements sur l'application du nouveau divorce par consentement mutuel », La semaine juridique-Notariale et Immobilière n°06/07, 10 février 2017, act. 237

¹⁹⁰ A. AMIAUD, « Traité général du notariat », Dépôt pour minute, tome 3, n°23, jurisclasseur et D. MONToux, Dépôt, fasc. 10, n°21, JCI. Notarial Formulaire

¹⁹¹ Circ. du 26 janvier 2017, fiche n°8 « Les formalités d'enregistrement de la convention de divorce et de ses annexes »

¹⁹² Préc.

¹⁹³ Article 647 du CGI

¹⁹⁴ Circ. du 26 janvier 2017, fiche n°8 « Les formalités d'enregistrement de la convention de divorce et de ses annexes »

En conséquence, lorsque c'est le notaire qui procède à la formalité fiscale, c'est à lui d'accomplir le calcul du droit au partage de 2,5% et il ne peut pas recevoir un acte en dépôt sans s'être préalablement assuré de l'acquittement par les époux des droits dus et que les fonds ont été provisionnés, puisqu'il est personnellement responsable de ces droits¹⁹⁵. Dans le cas contraire, il ne peut qu'opposer un refus de dépôt de la convention au rang de ses minutes, eu égard aux obligations fiscales de la profession notariale. Par conséquent, lorsque c'est l'avocat qui va procéder à l'enregistrement (en l'absence de biens soumis à la publicité foncière), le notaire semble devoir tout de même vérifier que l'avocat a bien été provisionné des sommes nécessaires au paiement de l'impôt. Il est judicieux d'exiger des avocats une preuve du versement des provisions. En poussant la réflexion, le notaire devrait même vérifier le calcul de l'impôt et le montant exigé, dans le cas où ce serait l'avocat qui l'aurait déterminé. Effectivement, en application de **l'article 862 du Code général des impôts** c'est le notaire-dépositaire qui est responsable quant à une inexactitude sur la somme sollicitée et non l'avocat.

En conséquence, le notaire « *se fait nécessairement juge de la légalité de l'impôt et de son bien-fondé* »¹⁹⁶. Pourtant, le contrôle de légalité fiscale n'est prévu par aucune disposition. Mais il serait invraisemblable d'exclure ce contrôle, le notaire est un collecteur d'impôt et en tant que dépositaire il est débiteur de l'imposition. Il serait même plus judicieux que les avocats sollicitent le notaire pour procéder à l'accomplissement de l'enregistrement et du paiement des droits, de la même façon qu'en présence de biens soumis à la publicité foncière.

En définitive, l'intervention du notaire s'avère bien minime et confuse, alors même que c'est ce dernier qui permet de donner effet à la convention de divorce, en conférant force exécutoire et date certaine. La place laissée au notaire est infime dans ce nouveau divorce. Il intervient à titre subsidiaire, alors même que sans lui le divorce ne serait pas effectif. L'essentiel a été omis et l'authenticité notariale détériorée.

¹⁹⁵ Article 862 du CGI

¹⁹⁶ Christophe BLANCHARD, « Divorce- La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé », La semaine juridique- Notariale et immobilière n°1, 6 janvier 2017, 1002

Chapitre 2- La nécessité d'une solution intermédiaire face aux inquiétudes de la responsabilité professionnelle

La place restreinte du notaire et l'absence de dépôt authentifiant pose la question de la responsabilité de ce dernier. Elle semble être moindre (**Section 1**). Mais au vue de la jurisprudence actuelle et de la réglementation, une solution doit être dégagée et l'authenticité notariale retrouvée (**Section 2**).

Section 1) La contingence d'une responsabilité notariale réduite

La responsabilité des professionnels de cette procédure est une grande question. La responsabilité des avocats quant au *negotium* de la convention ne fait pas de doute. Effectivement, ce sont les avocats qui doivent d'assurer de la réalité du consentement des époux et de la persistance de leur volonté, sur le principe et les effets du divorce. Ils doivent également vérifier que la convention de divorce ne transgresse pas à l'ordre public. Ce sont donc eux qui engagent leur responsabilité sans aucun doute, puisque ce sont les avocats qui sont en charge d'un tel contrôle en vertu de la loi. Les juges ne manqueront certainement pas de vigilance quant au rôle des avocats.

La notaire lui serait responsable au titre de l'*instrumentum*, à savoir du défaut de vérification des mentions obligatoires de la convention¹⁹⁷ et du respect du délai de réflexion¹⁹⁸. En ce sens, il semble à l'abri de toute mise en cause de sa responsabilité sur les aspects substantiels de la convention de divorce. Effectivement, il ne procède pas à l'authentification de la convention, ne procède qu'à un simple contrôle formel et ne reçoit ni les époux, ni les avocats. Pour autant, la responsabilité du notaire pourrait tout de même être recherchée et étendue, à deux titres : sur le fondement de l'authentification (**paragraphe 1**) et sur le fondement du devoir de conseil (**paragraphe 2**) et ce, en raison de ses obligations professionnelles.

¹⁹⁷ Article 229-3 du C.civ

¹⁹⁸ Article 229-4 du C.civ

Paragraphe 1) La responsabilité sur le fondement de l'authentification

Le notaire est tenu par une réglementation stricte et ce en raison de son statut d'officier public. Il se doit de conférer aux actes une sécurité juridique optimale afin de prévenir les différends. La mission d'authentification du notaire découle alors de **l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945**¹⁹⁹. Il doit conférer aux actes les attributs de l'authenticité en respectant une procédure et suite à cela, procéder à certaines formalités, tel que l'enregistrement et, conserver les actes reçus.

Il ressort d'une réponse ministérielle²⁰⁰ que le notaire « *encourt la même responsabilité, qu'il rédige l'acte ou qu'il le reçoive au rang de ses minutes* ». La raison tient au fait que le dépôt de l'acte sous seing privé au rang des minutes du notaire emporte une authenticité de l'acte analogue à l'acte que le notaire aurait dressé lui-même en la forme authentique, du fait du processus d'authentification (reconnaissance d'écriture et de signatures et contrôle de légalité). Mais également du fait d'une identité de rémunération lors de ces deux interventions. Pour autant, dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel, il semble que le dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire ne soit pas authentifiant, du fait de l'absence de tout processus d'authentification comme nous avons pu le voir. En conséquence, la responsabilité du notaire ne peut être que limitée. En effet, en l'absence de reconnaissance d'écriture et de signatures, sa responsabilité sur le fondement du devoir d'authentification ne pourrait être engagée. D'autant plus, qu'il n'intervient pas au titre du *negotium*. Il n'a pas élaboré l'acte de divorce et en l'absence de biens soumis à la publicité foncière, il ne participe même à son établissement. De plus, l'identité de rémunération visée par la réponse ministérielle ne se trouve pas dans le cadre de ce nouveau divorce. En effet, c'est une rémunération de 42 euros (hors taxe et 50,40 euros TTC) qui a été déterminé par **arrêté**²⁰¹, soit une rémunération bien plus faible que celle d'un dépôt

¹⁹⁹ Article 1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat (n° 45-2590) : « *Les notaires sont les officiers publics, établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions.* »

²⁰⁰ Réponse ministérielle du 3 novembre 2003 (Rép.min n°136 : JOAN Q, p. 8490) à la suite de la question de M. Arnaud Montebourg au Ministre de la justice

²⁰¹ Article A. 444-173-1 du Code de commerce, suivant arrêté du 20 janvier 2017 relatif aux tarifs réglementés des notaires, publié au J.O le 26 janvier 2017

authentifiant. Néanmoins, une analyse de la rémunération pour déterminer la responsabilité du notaire serait un argument fallacieux²⁰².

Il est vrai tout de même, qu'en application de **la circulaire du 26 janvier 2017**, le notaire est astreint à un contrôle de légalité. Pour le moins, celui-ci est réduit à l'atteinte manifeste à l'ordre public, c'est donc un contrôle restreint. Il ne procède même pas à un contrôle de l'équilibre des intérêts en présence ou au consentement des parties, ce sont là des missions dévolues aux avocats. En conséquence, sa responsabilité ne pourrait être recherchée qu'à ce titre et semblerait dans ce cas être exceptionnelle. C'est alors son degré d'intervention qui justifierait une responsabilité exigüe.

Dans ces conditions, il est plus cohérent que sa responsabilité soit cantonnée uniquement à l'*instrumentum*. De sorte que sa responsabilité pourrait surtout être engagée à l'égard de sa mission de certificateur de forme²⁰³. Sa mission consiste uniquement à vérifier la présence des mentions visées à **l'article 229-3 du Code civil**, ainsi que le respect du délai de réflexion et la présence des annexes. C'est ainsi qu'il pourrait voir sa responsabilité engagée dans le cas où, par exemple, il aurait procédé au dépôt en l'absence de la mention que le mineur a bien été informé par ses parents et qu'il ne souhaite pas exercer son droit d'être auditionné par un juge ou encore, lorsque la convention ne fait pas état de l'existence d'enfants mineurs. Mais également, lorsque les avocats choisis par les époux appartiennent à la même structure d'exercice, alors même qu'il doit vérifier l'identification des avocats et de leur structure. Effectivement, pour évincer tout conflit d'intérêt les avocats ne seraient appartenir à la même structure²⁰⁴. De plus, la responsabilité du notaire pourrait être reconnue également en cas de dépassement du délai de quinze jours pour effectuer le dépôt, à la suite de la réception de la convention de divorce²⁰⁵. Il faudra donc faire preuve de vigilance.

Mais la jurisprudence pourrait-elle être du même avis ?

Tout d'abord, les juges pourraient, eux, admettre qu'il s'agisse d'un dépôt authentifiant, puisque la convention est dotée de la force exécutoire et de la date certaine, qui plus est, sa conservation est assurée par le notaire. Certes, le processus d'authentification n'est pas

²⁰² En ce sens, Sarah TORRICELLI-CHRIFI, maître de conférence à l'université de Toulouse Capitole, « Divorce contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux », La semaine juridique Notariale et immobilière n°16, 21 avril 2017, 1159

²⁰³ Article 229-1, al. 2 du C.civ

²⁰⁴ Article 7 du décret du 12 juillet 2005 (n° 2005-790) repris à l'article 4.1 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat

²⁰⁵ Article 1146 du CPC

entièrement réalisée par le notaire, mais les trois étapes de l'opération sont finalement respectées de manière collaborative, à savoir établir un acte, le vérifier et le conserver.

D'autant plus, que les juges pourraient faire une interprétation beaucoup plus large du texte de loi, en considérant que le notaire n'est pas tenu de se limiter au contrôle des exigences formelles prévu par la loi. Effectivement, la force exécutoire pourrait être envisagée de manière accessoire à l'authenticité et par conséquent, le notaire ne serait se soustraire à sa responsabilité sur le fondement du devoir d'authentification. D'ailleurs, il semble que les juges considèrent l'authenticité et la force exécutoire comme indivisible. Effectivement, dans les affaires concernant un acte notarié auquel n'était pas annexé les procurations imposées par la loi, les juges ont longtemps considéré que l'acte perdait son caractère authentique et par la même sa force exécutoire, avant un revirement où il a été considéré que l'acte conservé sa valeur authentique²⁰⁶. C'est ici une preuve d'une authenticité qui ne serait être décomposée. Pour autant, l'interprétation faite ne serait être considérée comme certain. En outre, une fois le dépôt de la convention de divorce effectué, le notaire pourra délivrer des copies exécutoires, caractéristique des actes authentiques.

Cette hypothèse où le juge viendrait à admettre un dépôt authentifiant n'est pas si saugrenue. En effet, d'une part, **les articles 229-1 et suivants du Code civil** ne précisent pas la nature du dépôt au rang des minutes du notaire. D'autre part, il est certes préciser le contrôle formel attendu du notaire, mais en aucun cas la mission traditionnelle du notaire est exclue. Il n'apparaît pas que la loi limite l'office du notaire à ce seul contrôle ou encore que les époux n'ont pas à comparaître devant lui, lors du dépôt de la convention de divorce au rang de ses minutes²⁰⁷. Il est toutefois vrai qu'autant les discussions parlementaires, que la **circulaire du 26 janvier 2017** dépossèdent le notaire de son rôle traditionnel d'authentificateur. En effet, on refuse de reconnaître le dépôt comme authentifiant, on cantonne l'intervention du notaire et on s'oppose au fait que les époux ou même les avocats se présentent au notaire. Néanmoins, ces déclarations parlementaires pourraient-elles avoir une réelle valeur, lorsque l'on sait qu'il y a eu méconnaissance même de l'acte de dépôt et plus généralement de la fonction du notaire, officier public. A la lecture des débats, c'est le rôle du greffier qui a été souvent attribué au notaire. De plus, la portée normative de cette circulaire ne doit pas être surestimée. Effectivement, elle n'a aucune valeur contraignante pour le juge, ni même pour le

²⁰⁶ Par cinq arrêts du 7 juin 2012, C. Cass, 2^{ème} civ, mais revirement de jurisprudence dans un arrêt du 6 juin 2013, C.Cass, 2^{ème} Civ : l'acte notarié conserve son caractère authentique et sa force exécutoire malgré le défaut d'annexion de la procuration.

²⁰⁷ En ce sens, Claude BRENNER, professeur à l'Université de Panthéon-Assas Paris 2 et directeur scientifique du jurisqueleur Notarial Formulaire, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », La semaine juridique notariale et immobilière 2017, n°8, 24 février 2017, act. 262

notaire. Les juridictions judiciaires ont considéré depuis bien longtemps que le juge n'était pas lié par une circulaire²⁰⁸. Il ne s'agit là que de la vision de l'administration du ministère de la justice. Ainsi, par exemple la **circulaire du 16 juin 2010**²⁰⁹ avait été contestée par la Cour de cassation²¹⁰, en ce qu'elle affirmait que le juge, en matière de divorces autres que par consentement mutuel, ne pouvait pas désigner un notaire aux fins de liquidation. A la suite de cette contradiction, **l'ordonnance du 15 octobre 2015**²¹¹ est venue modifier **l'article 267 du Code civil** et apporter une clarification. Ajoutons, que le **décret du 6 septembre 2012**²¹² a supprimé l'obligation de publier une circulaire sur le site officiel des circulaires (www.circulaires.gouv.fr), issu du **décret de 2008**²¹³, mais a énoncé qu'une circulaire pour être opposable aux citoyens et aux agents publics devait tout de même être publiée sur un des sites officiels du gouvernement. Dès lors, ladite circulaire ne semble pas opposable puisqu'elle n'est pas publiée au bulletin officiel, ni même sur le site du ministère de la justice comme cela avait été prévu²¹⁴. En conséquence, seule la jurisprudence à venir permettra d'avoir une réponse plus claire.

Dès lors, face à ces imprécisions, il serait sans doute plus judicieux que le notaire s'assure de l'efficacité et l'exactitude des conventions de divorce qu'il reçoit à titre de dépôt, afin de conférer force exécutoire. D'autant qu'un devoir d'efficacité a été mis à la charge du notaire par la jurisprudence et les illustrations en sont nombreuses²¹⁵. La jurisprudence considère ainsi qu'il est tenu « *de prendre toutes dispositions utiles pour en assurer l'efficacité* »²¹⁶. Les termes ici visés sont volontairement flous, puisque c'est au notaire en qualité d'officier public, de délégataire de la puissance publique, à qui il revient d'apprécier l'étendu de ses investigations, afin d'assurer une pleine sécurité juridique aux actes. Il ne serait donc se contenter de ce que la loi lui prescrit. En ce sens, dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel, la mission du notaire ne pourrait pas être limitée à un strict contrôle formel, puisqu'il est tenu de part sa mission d'authentificateur à un principe d'efficacité. Il se

²⁰⁸ Cass. ch. des requêtes, 11 janvier 1816 ; 13 mars 1901 ; 15 mai 1923 et 7 avril 1925, ensuite Cass.civ. 1ère, 23 octobre 1950,

²⁰⁹ Circ. du 16 juin 2010 (CIV/10/10), pour l'application de la loi du 12 mai 2009 (n° 2009-526) de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

²¹⁰ Cass. 1^{ère} civ, 12 avril 2012 (n° 11-20.19)

²¹¹ Ordonnance du 15 octobre 2015 (n°2015-1288), modifiant l'article 267 du C.civ

²¹² Décret du 6 septembre 2012 (2012-1025) relatif à la publication des instructions et circulaires

²¹³ Décret du 8 décembre 2008 (n° 2008-1281) relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires

²¹⁴ Le site permettant de consulter la circulaire du 26 janvier 2017 officielle et ses annexes : <http://encyclopedie.avocats.fr>

²¹⁵ Par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 18 janvier 1978, (n° 76-13.046) ; Cass. 1^{ère} civ., 24 février 1998 (n° 95-21.473) ; Cass. 1^{ère} civ., 21 janvier 1997 (n° 94-18.958) ; CA Toulouse, 16 juin 2010 (n° 07/04829).

²¹⁶ Cass. com., 12 octobre 2004 (n° 00-13.348)

doit de procéder à un contrôle entier de la légalité de l'acte et non, en demi-teinte, mais également l'équilibre de la convention, sous peine d'engager sa responsabilité. Pour ce faire, il pourrait même exiger la comparution des époux afin de vérifier leur consentement. Dans ce cas, une lourde responsabilité pèserait sur le notaire, puisqu'il devrait satisfaire aux exigences subordonnées à la force exécutoire. Pour autant, sa responsabilité professionnelle n'est pas soumise à une obligation de résultat, mais de moyen. En effet, sa responsabilité pourrait être recherchée en cas de défaillance dans ses investigations et contrôles²¹⁷ et ce notamment en l'absence de toute vérification.

D'ailleurs, un danger quant au formalisme peut probablement se révéler, jusqu'à engager la responsabilité du notaire en l'absence d'investigation. En effet, **la circulaire** exclut de reconnaître le délai entre la demande de dépôt et le dépôt effectif (au maximum de 15 jours²¹⁸) comme un délai permettant à l'un des époux de se rétracter, affirmant alors que dans un tel cas, le notaire devait tout de même procéder au dépôt de la convention de divorce²¹⁹. La force obligatoire de l'acte intervient entre les époux dès sa signature et non pas au jour du dépôt effectif²²⁰. Pour autant, le notaire devrait-il réellement procéder au dépôt face à l'absence de consentement de l'un des époux ? D'autant plus, que **l'article 1148-2 du Code de procédure civile** prévoyant, en son **alinéa 2**, que les époux, jusqu'au dépôt de la convention de divorce au rang des minutes du notaire, peuvent saisir le juge d'une demande de séparation de corps ou de divorce judiciaire²²¹. Cela laisse sous-entendre que le délai jusqu'au dépôt effectif est finalement un délai de rétractation²²². Effectivement, cette passerelle peut se faire jusqu'à la date effective du dépôt. Ainsi, le notaire pourrait tout à fait procéder au dépôt, rendant alors le divorce effectif, alors même que les époux ont saisi la juridiction d'une des demandes susvisée.

La responsabilité du notaire pourrait alors être recherchée et reconnue face au défaut d'investigation quant à la constance du consentement de chacun des époux. La prudence doit être de mise. D'ailleurs, certains auteurs préconisent que le notaire informe, à la suite de la demande de dépôt, avocats et époux de la date fixée pour le dépôt, leur demande de confirmer qu'à cette date il n'y a eu aucune demande visée par **l'article 1148-2**, ainsi que la

²¹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 7 mai 2002 (n° 99-12.216)

²¹⁸ Article 1146, al.3 du CPC

²¹⁹ Circ. du 26 janvier 2017, Fiche n°6

²²⁰ Préc.

²²¹ Suivant les conditions des articles 1106 et 1107 du CPC

²²² En ce sens, le Conseil supérieur du notariat, circulaire du 29 décembre 2016, Direction des affaires juridiques, page 7 : « Cette disposition peut-être une source d'insécurité juridique et un moyen pour l'un des conjoints de revenir sur la convention conclue »

mention qu'à défaut de réponse, le dépôt sera effectué en considérant qu'il n'y a pas eu une telle demande²²³.

En dépit de cela, il est toutefois peu probable que dans le cas de ce nouveau divorce, le notaire soit soumis à un devoir général d'investigation²²⁴. En effet, nous avons pu constater que le dépôt n'était pas authentifiant et qu'il ne s'agissait donc pas d'un acte notarié. Sa responsabilité ne devrait donc pas être engagée sur le devoir d'authentification. Par contre, le notaire attribut tout de même force exécutoire à la convention de divorce, il devrait en ce sens effectuer un minimum d'investigation, au-delà même de l'atteinte manifeste à l'ordre public et ce en raison de son statut d'officier public. Serait-il envisageable dans l'hypothèse où l'officier public constate que le consentement de l'une des parties serait vicié, qu'il confère tout de même force exécutoire à la convention de divorce ?

Une réponse positive serait surprenante et la jurisprudence va sans doute limiter la responsabilité au défaut d'investigation du notaire en présence d'un doute avéré sur la situation. D'ailleurs, la première chambre civile de la Cour de cassation a déjà admis que ce dernier engageait sa responsabilité « *seulement s'il est établi qu'il disposait d'éléments de nature à faire douter de leur véracité ou de leur exactitude* »²²⁵. Cette hypothèse semble plus vraisemblable, puisqu'il ne rédige pas la convention de divorce et ne reçoit pas les parties, sauf dans le cadre de l'état liquidatif en cas de biens soumis à la publicité foncière (et ce, s'il s'agit du même notaire que celui qui procède au dépôt).

En effet, on ne pourrait pas charger le notaire d'une responsabilité classique, lourde et accablante, alors même qu'il n'a pas les moyens de procéder à de plus amples vérifications. En revanche, s'il vient à constater ou à douter de la régularité d'un élément, notamment de la réalité du consentement, dans le cadre du contrôle formel, ou bien, et plus certainement, lorsqu'il reçoit les parties pour établir un état liquidatif, il devra procéder à de plus amples contrôles. D'ailleurs, la **circulaire du 26 janvier 2017** laisse apparaître une porte ouverte et semble confirmer donc cette hypothèse. En effet, quant au contrôle du notaire elle énonce que « *ni les époux, ni les avocats n'ont en principe à se présenter devant le notaire* »²²⁶.

²²³ En ce sens, Rachel DUPUIS-BERTRAND, notaire à Gray, membre de l'Institut notarial du patrimoine et de la famille, chargée d'enseignement, « Le nouvel acte de dépôt : rôle et mission du notaire », Defrénois du 30 mai 2017, n°10, page 626, Lextenso

²²⁴ Cass. 3^{ème} civ., 15 juin 2010 (n° 09-11.122) : Le notaire authenticateur d'une vente d'immeuble doit procéder à des recherches complètes, sans se cantonner aux déclarations des vendeurs

²²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 8 janvier 2009 (n° 07-18.780), étude réalisée par Mathieu POUMAREDE, « Les contours du devoir d'investigation du notaire », La semaine juridique- Notariale et immobilière, n°9, 4 mars 2011, 1091 Voir aussi Bibliographies

²²⁶ Fiche 6- L'intervention du notaire en matière de divorce par consentement mutuel, 2. Le contrôle exercé par le notaire, circulaire du ministère de la justice du 26 janvier 2017

L'expression « en principe » laisse pour le moins songeur et semble admettre qu'en générale aucune comparution des parties n'est envisageable, mais que, des exceptions à la non-comparution des parties sont concevables²²⁷. Pour autant, **la circulaire** ne précise pas dans quels cas la comparution est permise, ainsi il y a tout lieu de croire que c'est au notaire de jauger de l'utilité d'une présentation des parties et donc en présence d'un doute sérieux, d'exiger par prudence une comparution.

En définitive, la jurisprudence va certainement adapter la responsabilité notariale à son intervention, sans pour autant l'affranchir de toute responsabilité, puisqu'il intervient tout de même en tant qu'officier public conférant la force exécutoire à un acte par le biais d'un dépôt sui generis. L'absence de processus d'authentification ne serait donc exempter le notaire de sa mission traditionnelle d'assurer l'efficacité des actes de la vie juridique.

En ce cas, dans l'hypothèse marginale où le notaire qui enregistre la convention de divorce, n'est pas le même que celui qui a rédigé l'état liquidatif, il semble alors qu'il pourrait engager sa responsabilité en cas de manquement apparent quant à l'état liquidatif. En effet, le notaire devrait tout de même procéder à un contrôle, même léger, de l'état liquidatif et en cas de doutes, procéder à de plus amples vérifications. Il est peu probable que les juges exemptent le notaire-dépositaire de toute responsabilité, alors même qu'il est un expert patrimonial et qu'en « *matière de liquidation matrimoniale ou successorale, c'est sans conteste le notaire qui est l'homme de l'art* »²²⁸.

Quoi qu'il en soit, lorsque le notaire intervient à titre de liquidateur, il est assujéti à un devoir général d'investigation patrimonial et sa responsabilité y répondra en conséquence. En effet, l'état liquidatif, reçu par le notaire lui-même, est établi sous la forme d'un acte authentique, ce qui implique que le notaire doit effectuer toutes les diligences nécessaires, à savoir établir l'histoire de chaque patrimoine et plus particulièrement, l'origine du financement des biens des époux. Ce devoir absolu d'investigation en matière de liquidation est d'ailleurs fréquemment évoqué fermement par la Cour de cassation²²⁹.

²²⁷ En ce sens, Christophe BLANCHARD, « Eclaircissements sur l'application du nouveau divorce par consentement mutuel », La semaine juridique- Notariale et immobilière n°06-07, 10 février 2017, act. 237

²²⁸ Marc NICOD, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, commentaire de l'arrêt de Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 2012 (n° 11-19.098), « L'omission d'une récompense dans la convention homologuée et la responsabilité du notaire », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 16, 19 Avril 2013, 1101

²²⁹ Préc.

En conséquence, la faute du notaire sera certainement appréciée sous l'angle de deux aspects, à savoir celui de liquidateur et celui de dépositaire. En effet, lorsque le notaire intervient à titre de liquidateur, c'est dans un rôle d'authentificateur qu'il concourt et sa responsabilité pourra être engagée pour toutes inexécutions à ces devoirs. Par contre, lorsqu'il intervient à titre de dépositaire, il pourra sans doute se cantonner aux apparences et donc, sa responsabilité en serait réduite.

En réalité, cette double analyse répond déjà de la jurisprudence, puisque dans de nombreuses décisions, les juges ont admis que le notaire puisse s'arrêter aux apparences, en l'absence de doute quant aux déclarations des parties, sans pour autant commettre de faute, et dans d'autres décisions, la faute du notaire a été reconnue à défaut d'avoir procédé à des contrôles approfondis²³⁰. Tout dépend alors du degré d'intervention du notaire dans la mission pour laquelle il a été requis.

D'autre part, une autre inquiétude est susceptible de se révéler, quant à savoir si le dépôt la convention de divorce contresignée par les avocats peut entraîner une responsabilité du notaire sur le fondement du devoir conseil.

Paragraphe 2) La responsabilité sur le fondement du devoir de conseil

Le notaire ne transcrit pas purement et simplement la volonté des parties qui se sont adressés à lui. En conférant l'authenticité à un acte, le notaire se place en technicien du droit et il doit conseiller ses clients sur leurs engagements et ce, de manière impartiale. Le devoir de conseil est donc une mission qui complète cette fonction d'authentificateur, à peine de responsabilité.

Mais contrairement à l'authentification, aucune définition légale ne peut être recensée du devoir de conseil. C'est la jurisprudence qui a précisé les contours des obligations du notaire, jusqu'à en donner une importance considérable au sein de la responsabilité notariale. En effet, d'un impératif moral de conseil, ce devoir s'est converti en une obligation professionnelle sanctionnée civilement²³¹. La jurisprudence a fait alors de cette obligation de conseil, un devoir impératif et absolu.

²³⁰ En ce sens, une étude rédigée par Matthieu POUMAREDE, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole « Les contours du devoir d'investigation du notaire », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 9, 4 Mars 2011, 1091

²³¹ C. Cass., 21 juillet 1921 (D. 1925, I, p. 29)

En revanche, en matière de divorce par consentement mutuel, le notaire n'établit pas lui-même la convention de divorce, c'est un acte d'avocat qui est ensuite déposé au rang de ses minutes. Un dépôt « *venant au soutien d'une force exécutoire orpheline d'authenticité* »²³². En conséquence, le notaire est-il soumis à un devoir de conseil alors même qu'il ne rédige pas l'acte et qu'il ne s'agit pas d'un dépôt authentifiant ?

Le devoir de conseil s'avère ne pas être seulement un corolaire de l'authenticité, puisque le notaire y est tenu même lorsqu'il établit un acte sous signature privée²³³, mais également lorsqu'il reçoit un acte aussi bien au titre d'un dépôt authentifiant, que d'un dépôt simple. C'est donc un devoir qui s'attache avant tout à la fonction notariale, au statut d'officier public et non, uniquement, à l'authentification en elle-même. Cet impératif semble donc s'imposer au notaire quelque soit la nature de son intervention²³⁴. En ce sens, peu importe que la nature du dépôt de la convention de divorce soit simple ou authentifiant, ou encore, sui generis, le notaire-dépositaire serait inévitablement soumis au devoir de conseil.

Néanmoins, cela semble difficile à admettre, lorsque l'on sait que le notaire n'intervient pas aux négociations entre les époux. Mais en réalité, le fait qu'il ne participe pas aux négociations ne pourrait pas être un obstacle à ce devoir de conseil en application de la jurisprudence. En effet, il est tenu d'apporter conseils aux parties en dépit du fait que la convention, qu'il a authentifié, ait été négociée entre les parties, en son absence²³⁵.

En admettant qu'un devoir de conseil s'imposerait, cela impliquerait que le notaire s'assure du consentement des parties et même de l'équilibre du contrat, afin d'avertir les parties au mieux. Mais, la **loi du 18 novembre 2016** ne vise qu'un contrôle formel du notaire, il semble alors que le devoir de conseil soit exclu. Pour autant, la loi n'est pas claire sur l'étendue des fonctions du notaire, puisque bien que seul un contrôle de forme soit prévu, tout comme le contrôle de fond, l'application du devoir de conseil n'est pas expressément exclus. Toutefois, la **circulaire du 26 janvier 2017** chasse nettement cette hypothèse. En effet, il est interdit au notaire de contrôler le contenu ou même l'équilibre de la convention et il ne peut pas recevoir

²³² Sarah TORRICELLI-CHRIFI, maître de conférence à l'Université de Toulouse Capitole, « Devoir contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux ? », La semaine juridique notariale et immobilière n°16, 21 avril 2017, 1159

²³³ Par exemple, pour une promesse unilatérale de vente ; Cass. 1re civ., 25 janv. 1989 : Defrénois 1989, art. 34553

²³⁴ Jeanne DE POULQUINET, professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Nice, « NOTAIRE – Devoir de conseil », Fasc. 420-30, 1er Août 2006, mis à jour le 18 Novembre 2016, en ce sens : Cass. 1re civ., 19 mai 1992 : Bull. civ. 1992, I, n° 147 ; Cass. 1re civ., 19 mai 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 166 ; Cass. 3e civ., 18 oct. 2005 : Juris-Data n° 2005-030336.

²³⁵ Par exemple, un notaire qui a été le rédacteur d'un prêt bancaire, déjà rédigé entre les parties : Cass. 1re civ., 5 juillet 1989 : JCP 1990, édition 2, p. 21

les époux²³⁶, ainsi le devoir de conseil est *de facto* impossible. Par conséquent, le notaire ne serait être assujéti au devoir de conseil. Toutefois, le notaire-dépositaire pourrait-il, en application de la circulaire, faire abstraction de tout devoir de conseil ? Rappelons de plus que **la circulaire** est sans doute dépourvue de valeur contraignante et ne serait s'imposer au juge²³⁷.

Ainsi, c'est la prudence qui est de mise une fois de plus, en l'attente de jurisprudence sur le sujet. Une interprétation de la loi se révèle être nécessaire également sur ce point. Le juge pourrait d'ailleurs tout à fait considérer qu'il y a l'existence d'un dépôt authentifiant et dans ce cas, la responsabilité du notaire serait totale. Mais, le juge pourrait tout aussi bien consacrer l'existence de ce dépôt *sui generis* et bâtir les obligations professionnelles du notaire à l'égard de cette nouvelle mission. La méthode exégétique peut alors être appliquée, afin de rechercher l'intention du législateur face à l'obscurité de la loi, mais cette intention sera sans nul doute difficile à appréhender.

En tout état de cause, la responsabilité sur le fondement du devoir de conseil risque d'être elle aussi à deux vitesses. En effet, ce devoir de conseil serait général et absolu lorsque le notaire intervient en tant que liquidateur. Mais, cette obligation de conseil risque d'être réduit et même inexistant lorsqu'il intervient à titre de dépositaire. Pour autant, cette limitation ne pourrait sans doute pas s'appliquer lorsque le notaire déciderait de recevoir les époux dans le cadre du dépôt afin d'exercer plus d'investigation. La rigueur est donc primordiale.

Face à toutes les incertitudes liées à la responsabilité du notaire et sans doute le peu de clémence que les juges auront à son égard étant donné son statut, le notaire ne devrait pas resté dans un rôle subsidiaire, alors qu'il est la clé même de ce divorce contractuel.

Section 2) Le choix d'une authentification notariale traditionnelle

L'intervention du notaire, dans le cadre de ce nouveau divorce, est liée à son statut même d'officier public. Sa mission étant de conférer force exécutoire à la convention de

²³⁶ Circ. du 26 janvier 2007, Fiche 6- L'intervention du notaire en matière de divorce par consentement mutuel- 2. Le contrôle exercé par le notaire

²³⁷ Voir supra sur la valeur contraignante de la circulaire, paragraphe 2 : La responsabilité sur le fondement de l'authentification

divorce. Pour autant, les autres missions du notaire ne seraient être réduites dans un souci de rapidité ou encore de répartition du travail entre les professionnels du droit. Le service public notarial est un service d'authentification. La définition même du notaire en est une confirmation, puisqu'il s'agit d'un « *officier public établi pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attachés aux actes de l'autorité publique et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des copies exécutoires et copies authentiques* »²³⁸. C'est un véritable acte authentique qui doit venir achever le processus de ce divorce déjudiciarisé²³⁹, afin d'instaurer une plus grande sécurité (**paragraphe 1**), mais également éviter une contractualisation brute du divorce (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1) L'instauration d'une plus grande sécurité

Le divorce par consentement mutuel déjudiciarisé comporte un acte sous signature privée contresigné par les avocats des époux, offrant force probante à la convention de divorce puis, un dépôt au rang des minutes d'un notaire, conférant date certaine et force exécutoire, sans reconnaissance d'écriture et de signatures. Cependant, il a été constaté que la position du notaire s'avère être très inconfortable dans son rôle de dépositaire. Il est en effet, limité à un contrôle formel, il ne peut pas recevoir ni les époux, ni même les avocats, malgré qu'il confère force exécutoire à la convention de divorce. Nous avons pu constater l'ensemble des problèmes que cela tend à soulever et cela d'autant plus, lorsqu'il n'y a aucun bien immobilier. Effectivement, dans un tel cas le notaire ne rencontrera pas les époux en amont, puisqu'il n'interviendra pas au titre la liquidation du régime matrimonial.

En ce sens, la procédure tendant à exclure l'authenticité ne donne aucune certitude au notaire sur les éléments qu'il doit contrôler au sein de la convention de divorce, notamment quant à la réalité du consentement des époux au moment du dépôt effectif de la convention, ou encore, du fait que le mineur a bien été informé. Le notaire se doit de faire confiance entièrement aux avocats. Néanmoins, rien ne permet de s'assurer que les avocats ont

²³⁸ Article 1^{er} de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (n° 45-2590), repris au règlement national du Conseil supérieur du notariat, approuvé par arrêté du Ministre de la justice le 22 juillet 2014 et publié au J.O le 1^{er} août 2014

²³⁹ En ce sens, Mustapha MEKKI, professeur à l'Université de Paris 13- Sorbonne Paris Cité, « Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ? », La semaine juridique notariale et immobilière n°19, 13 mai 2016, act. 610

procéder à toutes les diligences nécessaires et cela jusqu'au dépôt effectif²⁴⁰. Cette nouvelle procédure de divorce est source de complexité pour la profession et d'insécurité juridique pour les citoyens.

Pour autant, il appose tout de même la formule exécutoire à la convention de divorce, ce qui empêche la saisine du juge en cas d'inexécution par l'une des parties de son obligation. Qui plus est, dans le cadre de cette procédure, cela ne permet pas seulement d'obtenir un titre exécutoire, mais également de donner effet à l'acte d'avocat et donc au divorce. Incontestablement, c'est le dépôt qui donne effet à la convention de divorce²⁴¹. La force exécutoire n'est donc pas exploitée uniquement pour ses vertus. En effet, elle semble être exploitée pour sa « symbolique »²⁴² et la solennité qu'elle dégage, puisque c'est cela qui permet de rapprocher ce nouveau divorce extrajudiciaire à ceux judiciaires. La conception de la force exécutoire dans le cadre de ce divorce est sans nul doute particulière. D'ailleurs, la **circulaire du 26 janvier 2017** corrobore cette hypothèse en énonçant que la force exécutoire conférée « *permet d'accorder à cette nouvelle forme de divorce extrajudiciaire une forme identique à celle des divorces judiciaires* »²⁴³. Néanmoins, le notaire ne serait s'apparenter à un magistrat de l'amiable au sein de cette procédure, mais plutôt à une « *chambre d'enregistrement* »²⁴⁴, à l'inverse du rôle dévolu au juge aux affaires familiales. Contrairement à une idée répandue, le juge procède à un véritable examen de la convention de divorce, il vérifie la réalité du consentement des époux sur le principe et les effets et l'équilibre entre les parties²⁴⁵. Ainsi, comment en tant qu'officier public, le notaire, pourrait-il conférer cette force exécutoire particulière à un acte dont il n'a pas la maîtrise et pour lequel il ne reçoit même pas les parties ?

Dès lors, nombreux sont les notaires à proposer le retour à une authenticité traditionnelle et non pas démembrée, où les époux et les avocats se présenteraient à eux²⁴⁶. Il y aurait en effet

²⁴⁰ En ce sens, En ce sens, Maître Bertrand MACE, notaire associé à Saint-Denis (Réunion), lors d'un entretien en date du 2 mars 2017 (annexe audio)

²⁴¹ Article 229-1 alinéa 3 du C.civ

²⁴² Sarah TORRICELLI-CHRIFI, maître de conférences à l'université de Toulouse Capitole, « Divorce contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux ? », La semaine juridique notariale et immobilière n°16, 21 avril 2017

²⁴³ Circ. 26 janvier 2017

²⁴⁴ Mustapha MEKKI, professeur à l'université Paris 13- Sorbonne Paris Cité, « Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ? », La semaine juridique notariale et immobilière n°19, 13 mai 2016, act. 610

²⁴⁵ En ce sens, Marc JUSTON, président de tribunal honoraire, « Le divorce par consentement mutuel sans juge : une opération sans chirurgien- Le point de vue du magistrat », Droit de la famille n°7-8, juillet 2016, dossier 25

²⁴⁶ En ce sens, notamment Stéphane DAVID, notaire-associé à Meudon et Romain BRUNET, notaire-associé à Dijon, « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », AJ. Famille 2017, p.31 et Maître Bertrand MACE, notaire associé à Saint-Denis (Réunion), lors d'un entretien en date du 2 mars 2017 (annexe audio)

intérêt à privilégier un tout autre processus que celui proposer par **la circulaire du 26 janvier 2017**. Les premières étapes de la procédure se déroulerait alors à l'identique. Les avocats procèdent à la rédaction de la convention de divorce en concertation avec les époux, veillant à ce que les diligences mises à leur charge soient effectuées. Ensuite, le projet de convention est transmis aux époux et un délai de quinze jours de réflexion leur ait accordé. En l'absence de contestation et à l'issue du délai, l'acte d'avocat serait signé directement chez le notaire. Le notaire pourrait alors contrôler la convention, non seulement sur la forme et sur le fond, en présence des époux et des avocats. Ainsi, le notaire pourrait contrôler la légalité de la convention, l'équilibre des intérêts des parties et la réalité du consentement des époux. Il y aurait donc une « *signature concomitante des différents actes* »²⁴⁷. L'authenticité en serait préservée dans l'intérêt des époux, puisque qu'il s'agirait là d'un dépôt authentifiant, avec reconnaissance d'écriture et de signature.

Cette hypothèse tient alors un travail d'entente et de collaboration avec les avocats. Par conséquent, le retour à l'authenticité notariale permettrait d'assurer une plus grande sécurité juridique, sans pour autant dénier le caractère original de l'acte d'avocat. La procédure d'inscription de faux serait pleinement applicable pour ce qui est constaté par le notaire. La signature des parties serait attestée. En conséquence, la valeur authentique de la convention de divorce limiterait alors sans doute le retour vers le juge à posteriori du divorce. Le notaire procéderait alors à toutes les exigences requises de la même manière que lorsqu'il rédige un acte et il encourrait la même responsabilité.

De plus, une telle solution permettrait de restreindre toutes les incertitudes en présence d'un divorce international, étant donné que la **loi du 18 novembre 2016** n'a rien prévu quant la circulation du divorce à l'international.

Au sein de l'Union européenne, en matière matrimoniale, **l'article 46 du règlement II bis de Bruxelles**²⁴⁸ dispose que « *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 les décisions* ». Pour autant, le dépôt présenté par la **circulaire de 2017** n'apparaît pas comme authentifiant et donc ne pourrait répondre à la définition d'acte authentique de l'Union européenne. Au sens des instruments de l'Union européenne, deux conditions doivent être réunies pour considérer l'acte comme

²⁴⁷ Stéphane DAVID, notaire-associé à Meudon et Romain BRUNET, notaire-associé à Dijon, « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », AJ. Famille 2017, p.31

²⁴⁸ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 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

authentique. D'une part, l'acte doit être dressé ou enregistré comme acte authentique au sein de l'Etat-membre d'origine et d'autre part, l'authenticité doit porter sur la signature, mais aussi sur le contenu de la convention. Toutefois, l'acte d'avocat déposé au rang des minutes d'un notaire constitue plutôt un accord « *entre parties exécutoires* ». En ce sens, la convention de divorce pourra être reconnue dans les Etats-membre de l'Union européenne, à l'exception du Danemark et sans doute du Royaume-Uni. Pour ce faire néanmoins, le **règlement II bis de Bruxelles** prévoit en ce cas la délivrance d'un certificat afin qu'il y ait reconnaissance et exécution du divorce²⁴⁹. Le **décret d'application du 28 décembre 2016**²⁵⁰ a, quant à cela, ajouté un **alinéa 3 à l'article 509-3 du Code de procédure civile**²⁵¹, prévoyant que les demandes de certification soient adressées au notaire-dépositaire de la convention de divorce, contrairement au divorce judiciaire où la requête doit être faite au juge « *qui a rendu la décision ou homologué la convention* »²⁵². Cependant, l'article ne prévoit pas la manière dont le notaire doit délivrer ce certificat. Cela s'explique sans doute par le fait que **l'article 41 du règlement susvisé** affirme que la délivrance du certificat par le juge ne peut avoir lieu que si « toutes les parties concernées ont eu la possibilité d'être entendues » et que « l'enfant a eu la possibilité d'être entendu » également, sauf à ce qu'il n'ait pas de discernement²⁵³. Or présentement, le notaire ne reçoit ni les parties, ni les avocats et encore moins les enfants du couple au sein de la procédure de divorce lorsqu'il confère force exécutoire. L'audition de l'enfant impose dans ce cas une saisine du juge et un retour à la procédure de divorce judiciaire. Il semble donc, qu'une « rejudiciarisation »²⁵⁴ serait imposée pour l'ex-époux, dans l'obligation d'introduire une requête afin que soit déclarée la force exécutoire dans l'Etat membre.

En dehors de l'Union-européenne, les difficultés augmentent. Il sera ici nécessaire d'analyser la convention internationale (multilatérale ou unilatérale) liant les Etats et donc, les conditions de la reconnaissance et de l'exécution du divorce. Cependant, la reconnaissance sera sans doute rare en l'absence d'intervention du juge et même d'un acte authentique. En

²⁴⁹ Article 39, annexe I du règlement II bis de Bruxelles

²⁵⁰ 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

²⁵¹ Article 509-3, al.3 du CPC : « Par dérogation à l'article 509-1, les requêtes aux fins de certification des actes authentiques notariés en vue de leur exécution à l'étranger en application du règlement (CE) n° 805 / 2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial conservant la minute de l'acte reçu »

²⁵² Article 509-1 du CPC, al.2

²⁵³ En ce sens, Alain DEVERS, avocat au barreau de Lyon, maître de conférences à l'université de Lyon-Jean Moulin, « Le divorce sans juge en droit international privé », Droit de la famille n°1, janvier 2017, dossier 5, Lexisnexis

²⁵⁴ Niboyet Marie-Laure ; Rein-Lescastereyres Isabelle ; Dimitrov Laurie, La « désinternationalisation » du nouveau divorce par consentement mutuel ? », Gazette du Palais, 04 avril 2017, n°14

l'absence de convention, l'inquiétude est d'autant plus grande. Ce sont les règles du droit international privé des Etats qui s'appliqueront, ainsi il serait d'autant plus chimérique d'espérer une reconnaissance de ce divorce extrajudiciaire²⁵⁵.

C'est pourquoi, l'accomplissement d'un dépôt authentifiant serait d'autant plus nécessaire face à un élément d'extranéité au sein du divorce, afin d'assurer aux ex-époux la reconnaissance et l'exécution du divorce. Effectivement, l'acte authentique issu d'un Etat membre de l'Union européenne est reconnu dans les autres Etats membres. L'hypothèse inverse poussera sans doute les avocats à conseiller aux époux un divorce sur demande acceptée ou une audition de l'enfant mineur pourvu d'un discernement et donc, un retour au juge.

D'autre part, la préservation de l'authenticité accroîtrait certainement la rapidité de la procédure actuelle. En effet, le délai de sept jours dans lequel les avocats doivent transmettre la convention au notaire à la suite de sa signature et de l'expiration du délai de réflexion, ainsi que le délai de quinze jours fixé afin que le notaire procède au dépôt au rang de ses minutes, pourraient être réduits grâce à une signature en concomitance des actes. L'acte d'avocat signé directement chez le notaire, en présence des époux et des avocats, permettrait de « *gagner* » pas moins de trois semaines à la procédure²⁵⁶. Ainsi, la rapidité de cette nouvelle procédure annoncée par le gouvernement aux citoyens en serait beaucoup plus significative dans cette optique.

En définitive, on apparente quasiment le notaire au juge, puisque c'est lui qui donne effet au divorce. Mais si le notaire incarne une telle valeur, pourquoi l'authenticité est-elle mise à l'écart et doit-il fermer ses yeux sur ses obligations professionnelles et sur ses fonctions traditionnelles ? La doctrine considère en grand nombre que toute intervention du notaire est liée à son statut et qu'il se doit d'instaurer en tout lieu une plus grande sécurité aux actes de la vie. De telle façon, que la procédure de divorce doit être clôturée par un dépôt authentifiant. En ce sens, le notaire devra alerter les parties sur les limites du dépôt sui generis et conseiller vivement les époux, de procéder à un dépôt permettant de revenir à une

²⁵⁵ Préc.

²⁵⁶ En ce sens, Maître Bertrand MACE, notaire associé à Saint-Denis (Réunion), lors d'un entretien en date du 2 mars 2017 (annexe audio)

authenticité traditionnelle²⁵⁷. Ce choix permettrait de limiter cette contractualisation brutale du droit de la famille.

Paragraphe 2) L'esquive d'une contractualisation brute du divorce

Le divorce sans juge entraîne une modification radicale de la conception du divorce traditionnelle et plus généralement du mariage. Effectivement, la déjudiciarisation devient synonyme de contractualisation²⁵⁸, mais c'est un sentiment d'inachevé qui guette ce nouveau divorce, tant la procédure révèle des incertitudes et des disparités. La déjudiciarisation n'est pas aboutie étant donné le nombre de cas de possibilité de retour vers le juge et peut-être même vers un juge non spécialiste du droit de la famille²⁵⁹. La contractualisation n'est pas non plus assumée, étant donné l'intervention du notaire, représentant de l'Etat, afin de conférer force exécutoire. Toutefois, même si le contrat est renforcé, il s'agit d'un simple contrat, puisque toutes les fonctions du notaire lui ont été retirées. L'intervention symbolique du notaire meurtrit d'autant plus l'institution du divorce et l'ordre public familial.

Le divorce relève sans doute du statut personnel et est donc indisponible, ce qui justifie certainement une intervention du juge. L'introduction de ce nouveau divorce heurte l'ordre public familial lui-même. L'aspect contractuel est renforcé au préjudice de la protection des époux et de la famille, comme nous avons pu le constater. Les personnes, l'enfant et l'autorité parentale ne sont pas adaptés à cette contractualisation, étant donné qu'ils ne sont pas dans le commerce²⁶⁰

Mais en l'absence de juge, le notaire ne pourrait-il pas revêtir ce rôle de magistrat de l'amiable, qui lui est si souvent dévolu ? En effet, la personne du notaire est le meilleur moyen de conserver et préserver les intérêts familiaux en l'absence de juge, dans le cadre de sa fonction d'authentification.

²⁵⁷ En ce sens, David BOULANGER, maître de conférences à la faculté de droit de l'université d'Artois, directeur du CFPN Lille et du Cridon Nord-Est, « Divorce extrajudiciaire et extraterritorialité : faut-il s'inquiéter ? », La Semaine Juridique notariale et immobilière n° 8, 24 Février 2017, act. 263

²⁵⁸ En ce sens, Nathalie Baillon-Wirtz, maître de conférences à l'université de Reims Champagne-Ardenne, « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », La Semaine Juridique Edition Générale n° 23, 6 Juin 2016, 643

²⁵⁹ Voir supra : l'intervention du juge du contrat en cas de remise en cause de la convention de divorce et non pas du juge aux affaires familiales.

²⁶⁰ Ancien article 1128 du Code civil, supprimé par la réforme du droit des contrats mais découle des articles 6, 16 et suivants du Code civil

D'autant, qu'il est déjà admis que le notaire puisse contrôler l'équilibre d'un acte et les intérêts familiaux en matière de changement de régime matrimonial. En effet, **l'article 1397 du Code civil** pose une mutabilité du régime matrimonial contrôlé par le notaire. **La loi du 13 juillet 1965**²⁶¹ avait permis aux époux de procéder au changement de leur régime par un acte notarié devant faire l'objet d'une homologation judiciaire. Toutefois, **les lois du 23 juin 2006**²⁶² **et du 5 mars 2007**²⁶³ ont dispensé d'homologation l'acte notarié en l'absence d'enfants mineurs. Dès lors qu'un couple est marié sous un même régime matrimonial depuis au moins deux ans, ils peuvent changer de régime. Cependant, ce changement doit être motivé par l'intérêt de la famille. Le recours à un acte notarié est obligatoire afin d'établir un nouveau contrat de mariage où de nombreuses questions patrimoniales seront abordées. La liquidation de l'ancien régime matrimonial peut se révéler également nécessaire. Le changement de régime est alors déjudiciarisé dans deux cas : en l'absence d'enfants mineurs et en l'absence d'opposition d'un enfant majeur ou d'un créancier, informés du changement dans un délai de trois mois par le notaire. Dans un tel cas, le texte ne prévoit pas qu'il revient au notaire de contrôler l'intérêt familial, comme il incombait au juge. Il n'a pas été prévu de transposer le contrôle judiciaire par un contrôle notarial²⁶⁴. Pourtant, la Cour de cassation a considéré qu'un époux ne pouvait pas à posteriori du changement exercer une action en nullité pour contrariété du changement à l'intérêt de la famille²⁶⁵. Cela reviendrait peut-être à dire que le notaire à exercer un contrôle au même titre que le juge, étant donné que l'acte ne serait être remis en cause sur ce point, même si la doctrine n'est pas toujours en ce sens. Quoiqu'il en soit, nombreux sont les notaires qui procèdent à un examen de la conformité du changement à celui de l'intérêt de la famille et qui, refuse d'instrumenter en cas de constat d'un projet frauduleux des époux²⁶⁶. C'est quelque peu une illustration du transfert de compétence du juge au notaire.

D'autres hypothèses dévoilent d'ailleurs ce transfert de compétences des tribunaux au notaire et affirment la confiance qui lui est accordée. La **loi du 22 décembre 2010**²⁶⁷ a modifié **l'article 348-3 du Code civil** conférant au notaire une compétence quasi-exclusive, en excluant le greffier du tribunal d'instance, quant au recueillement du consentement à

²⁶¹ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux

²⁶² LOI n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

²⁶³ LOI n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance

²⁶⁴ Observation de G. Champenois quant à l'arrêt de la Cour de cassation 1ère civ, 29 mai 2013 (n° 12-10.027), Defrénois 2013, p. 1146, Lexisnexis

²⁶⁵ C.Cass. 1ère civ, 29 mai 2013 (n° 12-10.027)

²⁶⁶ Jean-François PILLEBOUT, docteur en droit, notaire honoraire et directeur du JurisClasseur Notarial, « Synthèse - Changement de régime matrimonial », Lexisnexis, 19 juillet 2016

²⁶⁷ Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires

l'adoption. En outre, **la loi du 28 mars 2011**²⁶⁸ a confié l'exclusivité à la profession notariale d'établir les actes de notoriété.

Le notaire peut tout à fait être le protecteur des époux et plus généralement contrôler l'intérêt de la famille au sein de ce nouveau divorce. Certes le notaire n'est pas le juge, mais en établissant un acte authentique, il exerce un contrôle tout aussi poussé. D'ailleurs, un acte sous seing privé peut être homologué par le juge à des conditions plus conciliantes que celles du notaire lui-même²⁶⁹. C'est notamment le cas en matière de transaction extrajudiciaire. Effectivement, le juge lorsqu'il procède à l'homologation exerce un contrôle léger, il « *ignore tout des conditions dans lesquelles* » la transaction « *a été conclue, de la véracité des éléments qu'elle porte et de la légalité de l'engagement pris* »²⁷⁰. Bien qu'en vérité l'homologation peut être plus rigoureuse en fonction de l'affaire. Le notaire, lui, est toujours tenu d'assurer la régularité de l'acte qu'il reçoit et pour lequel il participe.

Le notaire est finalement porteur d'une autre justice, sans pour autant être une justice médiocre ou de mauvaise qualité. Par le choix d'un dépôt authentifiant, il serait amené à vérifier non seulement la régularité formelle de la convention de divorce, mais également son efficacité. De plus, il serait tenu d'analyser l'équilibre de la convention, jusqu'ici refusé²⁷¹ et donc s'assurer de la sauvegarde des intérêts des époux, mais également des enfants. Qui plus est, en tant qu'acteur impartial de ce divorce, il serait amené à instruire les époux sur les engagements contractés, leurs droits et leurs obligations. Il serait en ce sens un véritable guide pour les époux.

Le rôle confié au notaire doit être nettement renforcé afin de garantir une meilleure protection de la famille. Son rôle quasi-juridictionnel doit être reconnu. Le notaire n'est pas une simple chambre d'enregistrement. D'autant plus, que le divorce ne pourrait être abandonné totalement à la volonté des parties, bien qu'accompagné d'avocats, afin d'éviter toutes dérives.

Certes, il est possible de rétorquer de le notaire n'a qu'une compétence en matière patrimoniale, mais aucune en matière extrapatrimoniale et notamment quant aux enfants mineurs. Pour autant, il est accompagné des avocats. Ces deux professions doivent travailler ensemble, afin que la procédure soit la plus sécurisée pour les époux. Ajoutons, que le

²⁶⁸ Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées

²⁶⁹ En ce sens, Cécile Pérès, professeur à l'université Panthéon-Assas, « Le notaire, auxiliaire de justice », La semaine juridique notariale et immobilière n° 20, 20 Mai 2016, 1166

²⁷⁰ Laurent Aynès, « L'authenticité, Droit, histoire, philosophie », La documentation française », 2^{ème} édition 2013.

²⁷¹ Circ. 26 janvier 2017, fiche 6, 2. Le contrôle exercé par le notaire

ministre de la justice avait annoncé en début d'année le renforcement de la procédure de divorce sans juge par une médiation familiale rendue obligatoire. En ce sens, des territoires d'expérimentation devant être déterminés²⁷².

²⁷² « Le nouveau divorce par consentement mutuel aux Etats généraux du droit de la famille », Etats généraux du droit de la famille et du patrimoine, 13^{ème} édition, 2017

Conclusion

Le législateur a instauré un divorce hors le juge et a consacré une nouvelle conception du droit de la famille. Pour autant, les imperfections de la loi sont patentes quant à la procédure mais aussi face aux risques post-divorce. L'avenir des ex-époux doit cependant être préservé et seul un travail collaboratif des avocats et des notaires pourrait le permettre. La procédure se fait par étape et chacun de ces spécialistes est tenu d'assurer une sécurité juridique à la convention de divorce. Cette répartition du travail est envisageable, mais elle ne doit pas se faire aux prix de la réduction de la fonction notariale. « Qui peut le plus ne peut donc pas forcément le moins »²⁷³.

Le cœur du métier de notaire ne serait être mis aux oubliettes. Le service notarial a vocation à conférer une authenticité aux contrats, en leur donnant une force probante particulière, une force exécutoire et une date certaine, au titre des prérogatives de puissance publique déléguées. C'est une sécurité qui doit subsister face à tout type d'acte. L'authenticité nécessite la présence du notaire, non seulement lors de l'échange de consentement des époux à la désunion, mais également lors de l'apposition de leur signature, puisque c'est l'expression même de leur volonté.

C'est une conception inexacte du législateur et du gouvernement quant à la profession notariale qui ressort de cette déjudiciarisation. Le notaire n'est pas une « machine à enregistrer les actes »²⁷⁴. Il revient aux avocats et aux notaires de collaborer afin de réorganiser cette procédure extrajudiciaire et de mettre en œuvre un travail de cœur, en vue d'une plus grande sécurité dans l'intérêt des parties. C'est donc la coopération qui semble de mise. L'hypothèse contraire entraînerait sans doute la diminution du divorce par consentement mutuel, qui était jusqu'alors la voie la plus utilisée par les époux. Effectivement, face aux dangers de ce nouveau divorce, les praticiens seront peut-être tentés de diriger les époux vers un divorce sur demande acceptée.

Il serait faux de penser que le notaire souhaite capter la procédure et il est ici intéressant de reproduire les mots du guide de la morale notariale : « *Le notaire apparaît également comme un auxiliaire de justice et un auxiliaire d'Etat, qu'il s'agisse des missions judiciaires qui lui sont confiées ou des missions (...) de la protection du faible, des majeurs protégés et des mineurs* »²⁷⁵. Ce magistrat de l'amiable au sein de ce nouveau divorce par consentement mutuel doit être reconnue.

²⁷³ Quentin Guiguet-Schiélé, maître de conférences à l'université Toulouse 1 Capitole, « Du divorce sans juge à la mutabilité incontrôlée du régime matrimonial ? », Gazette du Palais, 18 avril 2017, n° 15, page 54

²⁷⁴ Stéphane DAVID, notaire-associé à Meudon et Romain BRUNET, notaire-associé à Dijon, « Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel », Dalloz, AJ Famille 2017, p. 31

²⁷⁵ Guide de la morale notariale à l'usage des notaires et notaires honoraires du Conseil supérieur du notariat

BIBLIOGRAPHIE ET SITOGRAPHIE

Ouvrages

- Marie-Pierre Murat-Sempietro et Violaine Trambouze, juristes consultantes au Cridon-Lyon et animent des conférences pour le Cridon-Lyon et pour l'Inafon, **Le divorce par consentement mutuel**, Le divorce après la loi du 26 mai 2004, pratique notariale, collection de l'institut national de formation notariale, lexisnexis, Litec, 2006
- Irène Théry, **Le Démariage, justice et vie privée**, Broché – août 2001, édition Odile Jacob
- Jean-jacques TAISNE, **La déontologie de l'avocat**, Dalloz, 8^{ème} édition 2013,
- **Quel droit pour quelles familles ?**, Acte du colloque de Paris 2000, édition La documentation française 2001
- Maurice BERGER, **L'enfant et la souffrance de la séparation**, édition Dunod, 2003,

Articles

- Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Directeur du CERFAP, **Evolution historique du divorce en droit français**, Lexisnexis (jurisclasseur)
- Pierrette Auffer, Médiatrice familiale, **La rencontre du médiateur et du notaire en médiation familiale**, AJ Famille 2005 P. 99,
- Valérie Avena-Robardet, Rédactrice en chef de l'AJ famille, **Divorce extrajudiciaire, bis repetita....**, AJ Famille 2016, P277
- Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux, Directeur du CERFAP, **Divorce administratif ou judiciaire**, Lexisnexis (jurisclasseur)
- Régine Barthélémy, avocate au barreau de Montpellier, spécialiste en droit de la famille, des personnes et de leur patrimoine, **Divorce sans juge : point de vue de l'avocat**
- Younes Bernand, docteur en droit, auditeur de justice, **Brèves observations sur les expériences étrangères du divorce sans juge**, Droit de la famille n° 7-8, Juillet 2016, dossierr 24
- Marie Cresp, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, membre du Cerfap, **Le droit des personnes et de la famille de demain : un droit sans juge ?** AJ Famille 2014, p.107,
- Catherine Philippe, Maitre de conférences HDR, CRJFC EA 3225, Université de Franche-Comté, **Pour une réforme du divorce**, AJ famille 2013, p. 408,
- Anne Portmann, **Divorce sans juge : le choix « cornélien » du CNB**, Dalloz actualité 9 juin 2016
- Clotilde BRUNETTI-PONS, maître de conférences à l'université de Reims, responsable du Centre de recherche sur le couple et l'enfant, **Un divorce « sans juge » pour un droit « déréglé »**, Lexisnexis
- Gérard Champenois, Professeur émérite de l'Université de Paris II, **La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille**, RTD CIV. 2011, p. 826
- Adeline GOUTTENOIRE, Répertoire de procédure civile- **Mineur**, , juin 2015 (actualisation : juin 2016)
- Clémence Bertin-Aynès, Avocat au barreau de Paris, **Déjudiciarisation du divorce amiable**, Lexbase Hebdo édition privée n°556 du30 janvier 2014
- Pierrette Auffer, Avocate, Médiatrice familiale, **La rencontre du médiateur et du notaire en médiation familiale**, AJ Famille 2005, p. 99,

- Marc Juston, président de tribunal honoraire, **Le divorce par consentement mutuel sans juge** : une opération sans chirurgien- Le point de vue du magistrat, Droit de la famille n°07-08, Juillet 2016, dossier 25
- Sarah Torricelli-Chrifi, maître de conférences, Université Toulouse Capitole, **Divorce contractuel : quel(s) acte(s) pour quelle(s) responsabilité(s) ?**, La semaine juridique notariale et immobilière, n°45, 11 novembre 2016, act. 1193
- Christophe Blanchard, **Eclaircissement sur l'application du nouveau divorce par consentement mutuel**, La semaine juridique notariale et immobilière n°06-07, 10 février 2017, act. 237
- Mustapha Mekki, professeur à l'université Paris 13- Sorbonne Paris Cité, **Divorce hors le juge : le notaire doit-il devenir un greffier ?**, Libres propos, La semaine juridique notariale et immobilière n°19, 13 mai 2016, act. 610
- Christophe Blanchard, agrégé des facultés de droit et professeur de l'université d'Angers, **La fonction du notaire dans le divorce déjudiciarisé**, La semaine juridique notariale et immobilière n°1, 6 janvier 2017, act. 1002
- Stéphane David, notaire associé à Meudon et Romain Brunet, notaire associé à Dijon, **Le rôle du notaire dans le nouveau divorce par consentement mutuel**, AJ Famille 2017, p.31
- Josselin Picard, diplômé notaire, docteur en droit, ATER à l'université de Nantes, **L'interdépendance des contrats dans le divorce sans juge**, Petites affiches, 6 mars 2017, n°46, p.6, Lextenso
- Hugues Fulchiron, professeur à l'université Jean Moulin (Lyon 3), directeur du Centre de droit de la famille, **Le divorce par acte sous signature privée contresigné par avocat et enregistré par notaire**, Défrénois, 30 mai 2017, n°10, p.613
- Alain Devers, avocat au barreau de Lyon, maître de conférences à l'université de Lyon Jean Moulin, **Le divorce sans juge en droit international privé**, Droit de la famille n°1, Janvier 2017, dossier 5, Lexisnexis
- Hugues Fulchiron, professeur à l'université Jean Moulin (Lyon 3), directeur du Centre de droit de la famille, **Le divorce sans juge c'est maintenant. Et après ? (observations sur l'après divorce sans juge)**, Droit de la famille n°1, Janvier 2017, dossier 4, Lexisnexis
- Frédéric Douet, **Conséquences fiscales du divorce sans juge**, Droit de la famille n°1, Janvier 2017, comm.23, Lexisnexis
- Anne Renoux-Fontaine, notaire à Maisons-Alfort (Val de Marne), membre du réseau NCE, **Le notaire, tiers de confiance**, La semaine juridique notariale et immobilière n°40, 7 octobre 2016, act. 1291
- Hugues Fulchiron, professeur à l'université Jean Moulin (Lyon 3), directeur du Centre de droit de la famille, **L'enfant dans le divorce sans juge**, Droit de la famille n°7-8, Juillet 2016, dossier 31
- Sarah Torricelli-Chrifi, **Divorce contractuel : le notaire doit-il fermer les yeux ?**, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 16, 21 Avril 2017, 1159
- **Etude d'impact du projet de la loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIème siècle**, NOR : JUSX1515639L du 31 juillet 2015, Ministère de la Justice.
- **Divorce sans juge : l'authenticité préservée**, Conseil supérieur du notariat, 10 janvier 2017
- Marie-Laure Niboyet, professeur à l'université Paris-Nanterre, Isabelle Rein-Lescastereyres, avocat au barreau de Paris, associé, BWG Associés et Laurie Dimitrov, avocat au barreau de Paris, BWG Associés, **La « désinternationalisation » du nouveau divorce par consentement mutuel ?**, Gazette du Palais, n° 14, page 74, Lextenso
- Jean Philippe AGRESTI, professeur à Aix-Marseille Université « **Loi de modernisation de la justice du XXIe siècle- Que reste-t-il du divorce sans juge de 1792** », Droit de la famille n° 1, janvier 2017, dossier 1

- Gilles BONNET, notaire, « **Divorce - Divorce sans juge Le point de vue du notaire** », Droit de la famille n° 7-8, juillet 2016, dossier 26
- Jacques Combret et Nathalie Baillon-Wirtz, « **Notaire - La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21e siècle : incidences pour la pratique notariale** », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 47, 25 Novembre 2016, act. 1254

Textes et dispositions

- Article 50 de la LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle
- 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
- Circulaire du 26 janvier 2017, NOR: JUSC1638274C
- **Loi n° 2016-1546 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle**, rapport du Conseil supérieur du notariat
- **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**, rapport du Conseil supérieur du notariat, direction des affaires juridiques du 29 décembre 2016
- **Entrée en vigueur de la réforme du divorce par consentement mutuel au 1^{er} janvier**, Communiqué de presse du Conseil supérieur du notariat, 28 décembre 2016
- Code civil et Code de procédure civile

Sites

- www.notaires.fr
- <https://www.youtube.com/>
 - **Divorcer sans juge, bientôt possible?** Invité : Me Yves TOLEDANO - 5 mai 2016, C à dire ?
 - **Divorce sans juge : est-ce une bonne chose ?** La quotidienne.
 - **Le divorce sans juge : une nécessité ?** Radio Notre Dame
 - **Quelles conditions pour divorcer sans juge ?** - Les matins du Sénat (25/07/2016), Public Sénat.
- <http://dejudiciarisation.free.fr/deju/poll.php?lng=fr>
- <http://www.fmcp.org/propositions/deju.htm>
- http://www.senat.fr/lc/lc36/lc36_mono.html
- <http://www.village-justice.com/>
 - **« Le nouveau divorce par consentement mutuel conventionnel »** par Maripierre MASSOU dit Labraquère, avocate.
 - **« Un nouveau cas de divorce ? Un consentement mutuel sans juge »** par Par Caroline Elkouby Salomon, Avocate à la Cour d'appel de Pau et docteur en droit
 - **« Le nouveau divorce par consentemet mutuel, attention danger »** par Brigitte Bogucki, avocate spécialiste en droit de la famille
 - **« Les étapes du divorce amiable sans juge »** par Anthony BERGER, avocat au Barreau de Lyon
 - **« Quels pièges à éviter lors d'une procédure de divorce ? »** par Julien GUEGUEN-CAROLL, avocat
 - **« Petit bréviaire simplifié du divorce, le droit et la pratique »**, par BrigitteBogucki, avocate spécialiste en droit de la famille
 - **« Aide juridictionnelle : modification importante pour les délais de recours »**, par Cyril PERRIEZ, avocat
 - **« Le nouveau divorce par consentement mutuel n'est pas pour les expatriés »**, par Brigitte BOGUCKI, avocate spécialisée en droit de la famille
 - **« Le nouveau divorce : questions/réponses »** par Caroline YADAN PESAH
 - **« Le divorce par consentement mutuel par deux avocats »**, par Julien GUEGUEN-CAROLL, Avocat.

- http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/06/14/le-divorce-par-consentement-mutuel-sans-juge-une-fausse-bonne-idee_4950265_3232.html
- <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2016/05/19/01016-20160519ARTFIG00273-l-assemblee-nationale-adopte-le-divorce-sans-juge.php>
- <http://www.legavox.fr/blog/avec-avocat/nouveau-divorce-consentement-mutuel-sans-21142.htm>
- <http://www.leparisien.fr/societe/sondage-les-francais-disent-oui-au-divorce-sans-juge-22-05-2016-5818499.php#>
- <http://lessor.fr/divorcer-a-l-amiable-sans-juges-le-cnb-favorable-15335.html>
- <http://www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/j21-la-loi-de-modernisation-de-la-justice-entre-en-vigueur-29468.html>

TABLE DES MATIERES

Sommaire	p. 1
Introduction	p. 2
Partie I- Le notaire au cœur de ses missions traditionnelles	
Chapitre 1- Un tiers, spécialiste du divorce	p. 9
Section 1) Un tiers de confiance	p. 9
Paragraphe 1) Un gage d'impartialité	p. 9
Paragraphe 2) Un devoir de conseil étendu	p. 13
Section 2) Un acteur du divorce	p. 17
Paragraphe 1) Le maintien d'un rôle classique de liquidateur	p. 17
Paragraphe 2) La présence de changements résiduels	p. 22
Chapitre 2- Un instrument d'efficacité de la convention de divorce	p. 23
Section 1) L'attribution d'une sécurité juridique	p. 24
Paragraphe 1) Le recours à l'authenticité notariale	p. 25
Paragraphe 2) La nécessaire dotation de la force exécutoire	p. 27
Section 2) Un caractère purement conventionnel	p. 31
Paragraphe 1) La remise en cause de la convention de divorce	p. 33
Paragraphe 2) L'interdépendance des contrats dans le divorce extrajudiciaire	p. 40
Partie II- La dénaturation des fonctions notariales traditionnelles	
Chapitre 1- Les prémices d'une nouvelle forme d'authenticité notariale	p. 44
Section 1) Un dépôt sui generis	p. 44
Paragraphe 1) Les différents types de dépôts	p. 45
Paragraphe 2) La dissociation de la force exécutoire et de l'authenticité	p. 48
Section 2) Une restriction du contrôle incombant au notaire	p. 55
Paragraphe 1) Un contrôle essentiellement formel	p. 55
Paragraphe 2) La survivance d'un contrôle de légalité restreint	p. 60
Chapitre 2- La nécessité d'une solution intermédiaire face aux inquiétudes de la responsabilité professionnelle	p. 65
Section 1) La contingence d'une responsabilité notariale réduite	p. 66
Paragraphe 1) La responsabilité sur le fondement de l'authentification	p. 67
Paragraphe 2) La responsabilité sur le fondement du devoir de conseil	p. 73
Section 2) Le choix d'une authentification notariale traditionnelle	p. 75
Paragraphe 1) L'instauration d'une plus grande sécurité juridique	p. 76
Paragraphe 2) L'esquive d'une contractualisation brute du divorce	p. 81
Conclusion	p. 85
Bibliographie et sitographie	p. 86
Annexe audio	