

## **Quelques mots d'explication sur le projet de règlement divorce en vue de la réunion de Luxembourg (E. Pataut)**

Le projet ci-joint est un tout premier document établi par le sous-groupe, coordonné par moi-même et composé de : Andrea Bonomi ; Alegria Borrás ; Hélène Gaudement-Tallon ; Christian Kohler ; Paul Lagarde ; Hans van Loon et Rui Mura Ramos.

Il s'agit d'une toute première ébauche, qui tente d'intégrer les éléments les plus saillants de la discussion, essentiellement électronique, qui a eu lieu entre les différents membres du sous-groupe.

Voici les quelques principes qui ont guidé son élaboration :

Il s'agit, tout d'abord, d'un copié/collé des dispositions sur le divorce des règlements Bruxelles 2 bis et Rome 3. Nous avons essayé de suivre le plan classique et de séparer Champ d'application / Compétence / Loi applicable/ Reconnaissance et exécution. Le texte a été largement modifié, les modifications sont, sauf exception, en mode « révision » pour être plus facilement identifiables et modifiables.

Nous avons ensuite fait quelques propositions de modification, en essayant d'identifier ce qui nous semblait être le plus problématique dans les règlements actuels. La discussion n'a pas toujours, loin s'en faut, permis d'aboutir à un consensus, il y a donc à plusieurs reprises des options.

Elles méritent quelques mots d'explication.

### **Sur le champ d'application**

- Le texte actuel n'est que peu modifié, sinon pour ajouter un mot à l'article 1 visant à préciser de la façon la plus explicite que le texte s'applique aux divorces entre époux de même sexe.

Il a parfois été proposé d'inclure dans le texte des dispositions sur les conséquences du divorce. Mais il semble très difficile de le faire sans porter atteinte au champ d'application des règlements Bruxelles 2 (sur les enfants), obligations alimentaires et bientôt régime matrimonial .

La question récurrente en la matière est celle de la cohérence de tous ces règlements entre eux, qui pose effectivement de graves difficultés. Mais on peut se demander si la cohérence ne serait pas mieux traitée par adjonction de dispositions particulières dans les règlements Bruxelles 2, obligations alimentaires et régimes matrimoniaux.

Une solution pour le GEDIP serait peut être de proposer à côté d'un nouveau règlement divorce quelques « clauses passerelles » ou autres instruments de cohérence à insérer dans les différents règlements. Peut-être d'autres solutions sont-elles encore envisageables.

- Une difficulté particulière se pose pour la nullité du mariage, qui est exclue du règlement Rome 3, mais pas de Bruxelles 2. L'exclure totalement du nouveau règlement créerait une lacune nouvelle en matière de compétence, l'inclure obligerait à créer de nouvelles règles de conflit de lois.

Il est proposé de supprimer l'actuel article 3 composé des « définitions ». Une autre option serait de le conserver, ce qui permettrait de préciser que les divorces privés ou notariés sont bien inclus dans le champ d'application du règlement. La formulation précise pourrait être trouvée dans la définition du terme « juridiction » dans le projet régime matrimoniaux qui est ici reprise (article 2-g).

Si tel était l'option choisie, peut-être faudrait-il alors prévoir une disposition particulière sur la reconnaissance. Peut-être même un chapitre spécial sur la circulation des décisions de divorce non juridictionnelles.

Plus précisément :

### **Sur la compétence :**

C'est le point qui suscite le plus de difficulté.

#### 1. Sur la règle de compétence

Un relatif consensus règne sur le fait que l'actuel article 3 du règlement Bruxelles 2 bis est trop large et ouvre trop largement le *forum shopping*. De ce fait, la proposition restreint considérablement les fors disponibles, de deux façons.

Tout d'abord, en hiérarchisant les compétences fondées sur la résidence, en ajoutant les termes « à défaut » entre les premier, deuxième et troisième alinéas et en supprimant la compétence fondée sur la résidence complétée par la nationalité (ou le domicile de common law). De cette façon, aucune compétence alternative n'est plus possible, sauf dans l'hypothèse particulière de la demande conjointe, qui ouvre une option, par nature consensuelle, entre les deux époux.

Si la hiérarchisation fait relativement consensus dans le sous-groupe, (relativement seulement : certaines restent favorables à l'existence de fors alternatifs), les critères restent discutés.

Ensuite en supprimant purement et simplement la compétence fondée sur la nationalité (ou le domicile de common law) des compétences principales. Cette dernière solution ne fait pas non plus l'unanimité, loin s'en faut.

La solution est assez radicale, peut-être trop. Une solution pour l'assouplir serait peut être d'ajouter une règle permettant le transfert de compétence, sur le modèle de l'article 8 de la convention de La Haye de 1996 ou 15 du règlement Bruxelles 2 bis, en matière d'enfants. Cette possibilité est incluse après l'article 7.

En toute hypothèse, elle ne fait pas l'unanimité dans le groupe. Voici, rapidement brossé, l'essentiel des propositions alternatives :

- Conserver le for de la nationalité commune
- Ajouter un for de la comparution
- Modifier l'ordre hiérarchique des critères, notamment en plaçant le critère de la résidence du défendeur avant celui de la dernière résidence habituelle des époux

Ensuite, est introduite une possibilité de prorogation de compétence. Plusieurs possibilités sont ici ouvertes : quant au moment du choix, tout d'abord (à n'importe quel moment ou une fois la procédure entamée), quant à l'ampleur du choix, ensuite (en faveur de l'un des critères de compétence ou plus large, notamment en incluant cette fois la nationalité). Les options 1 et 2 de l'article 3bis reflètent ces possibilités.

Noter enfin qu'il serait envisageable de prévoir un éventuel lien avec le contentieux des enfants. L'actuel article 12 du règlement Bruxelles 2 bis prévoit une prorogation du for du divorce aux enfants ; peut-être serait-il bon de prévoir quelque chose dans un futur règlement divorce sur le sujet.

## 2. Sur les compétences alternatives

Les articles 6 et 7 ont été repris et modifiés. L'idée, qui n'est pas très facile à exprimer simplement, est de permettre l'utilisation des fors exorbitants nationaux (notamment le for de la nationalité), uniquement lorsqu'aucun tribunal européen n'est compétent. Pour ce faire, la solution la plus simple a semblé être la suppression pure et simple de l'actuel article 6.

Une autre solution, qui correspond à l'option 2 serait peut être de proposer un for exorbitant européen. S'agissant d'un véritable privilège ouvert au seul citoyen européen, peut-être est-il envisageable de créer le for de la nationalité d'un seul époux. La solution a le défaut de permettre à nouveau une course au for (en cas de deux époux européens de nationalité différente domiciliés dans un Etat tiers), mais ce serait le seul cas restant, et semble pouvoir être réglé par la litispendance.

En toute hypothèse, cette solution a été critiquée par certains membres du sous groupe, car elle risque de créer des conflits de procédure avec les Etats tiers, dans des hypothèses où la compétence de l'Etat tiers en question est raisonnable (ex : couple européen résidant depuis de longues années en Suisse). L'objection est forte. L'avantage de la solution proposée est d'offrir en toute hypothèse un for du divorce aux européens et d'unifier entre les Etats membres la compétence exorbitante. Une possibilité serait de limiter l'accès à ce for en le subordonnant à d'autres conditions, matérielles (l'impossibilité du divorce) ou de rattachement (en exigeant par exemple un lien étroit). Cette seconde possibilité est mise entre crochet dans l'article 7 option 2.

Pour ne pas alourdir le texte, rien n'est mis sur l'hypothèse d'un éventuel cumul de nationalités (qui augmenterait encore les risques éventuels de forum shopping). Peut-être qu'un renvoi à nos travaux préalables serait envisageable.

Enfin, une règle de transfert de compétence a été ajoutée, reprise de l'actuel Bruxelles 2. La deuxième branche de l'alternative (demander à la juridiction de se déclarer compétente) est peut être ici moins importante : peut être faut il laisser aux parties le soin de saisir le juge et, s'ils ne le font pas, de conserver la compétence.

3 Les règles de procédure ont été peu touchées. Une modification importante a conduit à ajouter une règle de litispendance avec les Etats tiers, sur le modèle de Bruxelles 1. De façon plus secondaire, on peut simplement s'interroger sur l'opportunité de conserver l'article 18 (devenu 10), qui semble

redondant avec les textes existant en matière de signification. On peut aussi se demander s'il ne faudrait pas préciser plus exactement la date de saisine d'une juridiction, notamment lorsqu'une demande de conciliation ou de médiation a été faite préalablement à la demande en divorce.

Dernier point, enfin : faut-il prévoir une règle particulière sur les procédures alternatives, et tout particulièrement la médiation ?

### **Sur la loi applicable**

Les dispositions sur le choix de loi sont aussi (un peu plus légèrement) modifiées. Les règles de compétence objectives, tout d'abord, sont placées avant les règles de choix.

Sur la loi objectivement applicable : la solution ici reprise est celle de Rome 3. Il a été remarqué que le délai d'un an était fréquemment trop court, notamment parce l'action en divorce, dans plusieurs EM n'est pas ouverte avant un délai de séparation plus long. Dans ce cas, ce critère est purement et simplement désactivé.

Une autre proposition serait aussi d'élargir la loi objectivement applicable à celle « avec laquelle les époux présentent les liens les plus étroits ».

Sur le choix de loi.

La première difficulté est celle de la loi susceptible d'être choisie. Le projet, copié/collé de l'actuel règlement Rome 3, comprend quelques variantes. La plus importante est celle du b, qui donne un beaucoup plus large choix au juge.

Il faut aussi noter que l'introduction de la possibilité d'un choix du juge modifie un peu les données du choix en faveur de la loi du for. Peut être faut-il le préciser, d'où les crochets dans l'actuel article 15-1 d.

Une autre difficulté récurrente soulevée en doctrine est celle du moment du choix. La solution a consisté à reprendre les solutions actuelles. Certains ont proposé de les étendre en permettant aux parties de choisir la loi, y compris en cours de procédure. C'est ce qui justifie les crochets dans le texte actuel.

Enfin, sur l'article 15 : cette fois la solution à adopter en cas de cumul de nationalités est précisée, pour autant qu'elle soit utile, ce qui n'est pas certain vu la rédaction de l'article 15 1. C. A été repris l'esprit de ce que nous avons décidé en la matière par les articles 8, 9 et 10 du projet de règlement que nous avons adopté à Lausanne.

Pour l'article 16, une des critiques récurrentes sur le règlement était la possibilité trop large de choix, et le risque qu'elle comportait pour un époux qui serait entraîné à faire un choix contraire à ses intérêts. Pour essayer de remédier à cela, il est proposé de copier/coller la règle matérielle qui existe dans l'actuel article 8-5 du protocole de La Haye en matière d'obligations alimentaires. La règle figure au projet d'article 16§3. Elle est source d'incertitude, mais semble permettre une soupape de sécurité. D'autres formulations seraient sans doute envisageables.

Les paragraphes 1 et 2 ont été parfois critiqués, ce qui justifie les crochets. Notamment, le paragraphe 2 paraît peu utile. Le § 2, dans Rome I et déjà dans la convention de Rome, avait en vue le silence gardé par une partie sur une proposition de l'autre partie. Dès lors que le choix de la loi pouvait être plus ou moins implicite, il était logique de protéger la partie silencieuse en lui permettant de se retrancher derrière la loi de sa résidence habituelle. En matière de divorce, au contraire, puisque le choix de loi doit être exprès, écrit, daté et signé par les deux parties (art. 15 § 1), cette disposition perd son sens. Le paragraphe 1, lui, risque de ne correspondre à aucune disposition dans les lois désignées qui, dans l'ensemble, n'admettent que peu le choix de loi. Peut être est-elle utile néanmoins à titre subsidiaire.

Plusieurs membres ont encore proposé de supprimer purement et simplement l'article 18, qui envisage les lois exagérément restrictives. L'exception d'ordre public pourrait en effet suffire. EN toute hypothèse, la suppression pure et simple de l'article 22 (ex clause maltaise) fait consensus.

L'exclusion du renvoi pourrait être rediscutée, notamment si celui-ci conduit à la loi d'un EM depuis la loi d'un Etat tiers

#### **Sur la reconnaissance et l'exécution.**

Cette section est peu retravaillée, elle semble représenter un état actuel du droit relativement convaincant.

Il n'y a pas de règle en matière d'exécution dans le règlement Bruxelles 2 bis en matière de divorce, parce que le règlement n'est applicable qu'aux aspects personnels de celui-ci. Si nous décidons de modifier le champ d'application du règlement, il faudra bien entendu prévoir des dispositions particulières à l'exécution.

#### **Sur la coopération**

Il n'y a rien en matière de coopération, sinon la nouvelle règle de transfert de compétence. Serait-il envisageable de prévoir des dispositions relatives à la coopération en matière de divorce ?