

## **La compétence internationale en matière de divorce : quelques suggestions pour une (improbable) révision du Règlement Bruxelles II *bis* \***

Andrea Bonomi  
Professeur à l'Université de Lausanne  
Directeur du Centre de droit comparé,  
européen et international, Unil

### I. Remarques introductives

Alors que la refonte du Règlement Bruxelles II *bis*<sup>1</sup> suit son chemin législatif, cette contribution est consacrée à une thématique – la compétence en matière de divorce, de séparation de corps et d'annulation du mariage – qui est en marge des discussions<sup>2</sup>.

La compétence pour prononcer le divorce et pour les autres affaires matrimoniales<sup>3</sup> est actuellement régie au chapitre II, section 1, articles 3 à 7 du Règlement Bruxelles II *bis*. Ces dispositions sont inchangées depuis le projet de Convention de Bruxelles II<sup>4</sup> et le Règlement n° 1347/2000<sup>5</sup>.

La proposition de révision du 17 juillet 2006<sup>6</sup> prévoyait deux modifications importantes, notamment l'introduction de règles uniformes de compétence résiduelle ainsi que la prorogation de compétence. Cette proposition n'ayant pas abouti, elle a ensuite été remplacée par le Règlement Rome III<sup>7</sup> ; ce texte ne règle cependant que la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, sans toucher à la compétence juridictionnelle.

Le sujet est (presque entièrement) délaissé par la récente proposition de la Commission du 20 juin 2016<sup>8</sup>. Celle-ci s'en tient au statu quo. La seule modification envisagée de la section 1 du chapitre II du Règlement, à savoir l'abrogation de l'article 6 concernant le « caractère exclusif » des règles de compétence des articles 3 à 5, n'en est pas une. En effet, les éléments qui figuraient à l'article 6 sont repris tels quels à l'article 6, paragraphe 2, du texte révisé où ils sont présentés comme des limitations à la possibilité d'invoquer les compétences résiduelles de l'article 6, paragraphe 1 (l'actuel article 7, paragraphe 1 du Règlement). Ce

---

\* Cet article reprend l'exposé présenté au colloque « La révision du Règlement Bruxelles II bis », organisé par l'Université de Paris II – Panthéon-Assas, le 12 mai 2017.

<sup>1</sup> 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, JO O L 338 du 23.12.2003, p. 1.

<sup>2</sup> Le thème est discuté depuis quelques années au sein du Groupe européen de droit international privé, qui devrait élaborer une proposition couvrant tous les aspects de droit international privé relatifs au divorce et à la séparation de corps (compétence juridictionnelle, droit applicable et reconnaissance des décisions).

<sup>3</sup> Dans la suite de cette contribution nous ferons presque toujours référence au divorce et, parfois, à la séparation de corps. La compétence en matière d'annulation du mariage soulève des questions partiellement différentes, si bien que l'on peut se demander si elle ne devrait pas faire l'objet de règles spécifiques.

<sup>4</sup> Convention dite « Bruxelles II », adoptée par un acte du Conseil du 28 mai 1998, JO C 221 du 16 juillet 1998.

<sup>5</sup> Règlement (UE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000, JO L160 du 30 juin 2000. V. B. Ancel et H. Muir Watt, La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II », dans cette *Revue* 2001.403 ; H. Gaudemet-Tallon, Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : « compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs », J.D.I., 2001.381.

<sup>6</sup> COM(2006) 399 final.

<sup>7</sup> Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JOUE L 343 du 29.12.2010, p. 10.

<sup>8</sup> COM(2016) 411 final.

changement ne comporte donc aucune modification substantielle, mais uniquement une clarification dans le sens de la jurisprudence de la Cour de justice<sup>9</sup>.

Ce silence est motivé par le constat, de la part de la Commission, que « [p]eu d'éléments attestant l'existence de problèmes (notamment des statistiques) étaient disponibles à ce stade »<sup>10</sup>. Des difficultés subsistent pourtant<sup>11</sup>.

## II. Les inconvénients du système actuel

A titre préliminaire, même si nous n'en traiterons pas dans cette contribution qui se veut consacrée aux critères de compétence juridictionnelle, il convient de rappeler que la définition du champ d'application matériel des dispositions concernant les procédures matrimoniales est problématique. En effet, selon l'interprétation qui en est généralement retenue, le Règlement n'est pas applicable à la dissolution des mariages homosexuels, ni à celle des partenariats (hétéro- ou homosexuels)<sup>12</sup>, ce qui n'est pas en ligne avec les solutions retenues dans d'autres règlements plus récents<sup>13</sup>. Par ailleurs, des doutes subsistent quant à l'applicabilité de cet instrument aux divorces non judiciaires<sup>14</sup>, une modalité de démariage qui commence à faire son apparition dans certains États membres de l'UE<sup>15</sup>.

Si l'on se tourne vers l'objet de cette contribution, c'est un lieu commun que de constater que le Règlement, notamment à son article 3, prévoit une pléthore de compétences, alternatives l'une à l'autre et pas hiérarchisées entre elles<sup>16</sup>. À ces chefs de « compétence générale » s'ajoutent encore les articles 4 et 5 (demande reconventionnelle et conversion de la séparation en divorce) et, qui plus est, les « compétences résiduelles » prévues par le droit des États membres, qui demeurent applicables aux conditions des articles 6 et 7. Cette large palette d'options permet aux époux de pratiquer largement le *forum shopping*, que ce soit en fonction de leurs intérêts procéduraux ou du droit applicable au fond<sup>17</sup>. Certes, le *forum shopping* est en partie tempéré par l'unification des règles de conflit de lois résultant du Règlement Rome

---

<sup>9</sup> CJUE 27 nov. 2007, aff. C-68/07, *Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Henrique Lopez Lizazo*, Rec. I-10403.

<sup>10</sup> COM(2016) 411 final, p. 3.

<sup>11</sup> Pour un aperçu des problèmes rencontrés lors de l'application du Règlement Bruxelles II *bis*, v. J. Borg-Barthet, *Jurisdiction in matrimonial matters – Reflections for the review of the Brussels IIa Regulation*, étude rédigée en 2016 pour la Commission des affaires juridiques (JURI Committee) du Parlement européen (PE 571.361) (accessible online à l'adresse <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOI\\_STU\(2016\)571361\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571361/IPOI_STU(2016)571361_EN.pdf)>).

<sup>12</sup> Th. Rauscher, *EuZPR-EuIPR, Kommentar*, tome IV, 4<sup>e</sup> éd., Cologne 2015, Art. 1 Brüssel IIa-VO, n° 6 à 8; Ch. Kohler, *Libre circulation du divorce ? Observations sur le règlement communautaire concernant les procédures en matière matrimoniale*, in *Estudos em homenagem de Isabel Magalhães Collaço*, Coimbra, 2002, p. 247 ; v. aussi T. Kruger et L. Samyn, *Brussels IIbis : successes and suggested improvements*, *Journal of Private International Law*, 2016, p. 135 ss.

<sup>13</sup> Le Règlement Régimes Matrimoniaux (n° 2017/1103) renvoie, pour la notion de mariage, au droit des États membres. Dès lors, en fonction de la définition retenue dans chaque système juridique national, il n'est pas exclu que le Règlement puisse s'appliquer au mariage entre conjoints du même sexe. Quant au Règlement Partenariats Enregistrés (n° 2017/1104), il vise spécifiquement les couples de partenaires.

<sup>14</sup> Dans sa proposition de 2016, la Commission préconise de remplacer le terme « juridiction » par celui d'« autorité », ce qui devrait permettre de couvrir les procédures devant une autorité administrative. Cette modification ne suffit cependant pas à régler les cas de divorce résultant d'un accord revêtu de la forme notariale.

<sup>15</sup> Tel est le cas de la France, où la loi n° 2016-1547 du 15 novembre 2016 a introduit une procédure non-judiciaire de divorce par consentement mutuel, dans laquelle la convention signée par les époux est déposée au rang des minutes d'un notaire.

<sup>16</sup> Voir, entre autres, B. Ancel et H. Muir Watt, *La désunion européenne...*, article préc., p. 413 ss.

<sup>17</sup> C. González Beilfuss, *Jurisdiction rules in matrimonial matters...*, *Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation « Brussels II bis »*, in Fulchiron et Nourissat (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et la responsabilité parentale*, 2005, p. 55 ss.

III. Cependant, ce texte n'est applicable que dans seize États membres de l'Union<sup>18</sup>. En outre, même au sein de ce cercle restreint, le *forum shopping* demeure d'actualité lorsque – en raison des circonstances du cas – le divorce est régi par la loi du for<sup>19</sup>. Enfin, le *forum shopping* demeure souvent d'actualité dans les relations avec les États tiers.

Le *forum shopping* n'est certes pas toujours condamnable. Dans le domaine qui nous intéresse, il a notamment le mérite de prévenir des entraves à la libre circulation des personnes<sup>20</sup>. En outre, il permet à l'époux ou aux époux désireux de divorcer de choisir indirectement le droit le plus propice à cet objectif, ce qui est conforme à la *favor divortii* qui inspire le droit de la plupart des États européens. C'est du reste cette considération qui est à l'origine de la multiplicité de compétences prévues par le Règlement<sup>21</sup>.

Quoi que l'on pense de ce choix politique<sup>22</sup>, il convient cependant de noter que le *forum shopping*, pouvant être pratiqué par l'un ou par l'autre des époux<sup>23</sup>, ne conduit pas nécessairement à favoriser le divorce lorsque ceux-ci ne déposent pas de demande conjointe. En effet, le choix entre les juridictions compétentes n'est pas toujours motivé par le souhait d'obtenir aisément la dissolution du mariage, mais il est souvent guidé par des intérêts financiers. Certes, le Règlement Bruxelles II *bis* n'est pas directement applicable aux effets accessoires du divorce ; néanmoins, le juge du divorce est également compétent pour statuer sur certaines conséquences patrimoniales, notamment sur la pension alimentaire ou la prestation compensatoire<sup>24</sup>. En outre, le choix de l'époux demandeur peut également être motivé par le souhait de retarder le prononcé du divorce, que ce soit pour donner une nouvelle chance au mariage ou pour exercer une pression sur l'autre conjoint qui souhaite y mettre fin rapidement.

De telles démarches tactiques sont encouragées par la règle de litispendance de l'article 19 du Règlement. Cette disposition, basée sur une stricte priorité temporelle, pousse souvent les époux à s'engager dans une véritable « race to the court » lorsqu'ils sont intéressés à saisir une juridiction plutôt qu'une autre<sup>25</sup>. Dans la mesure où l'article 19, paragraphe 1, met toutes les procédures matrimoniales à la même enseigne, une action en séparation intentée dans un État dont la loi ne permet pas de demander immédiatement le divorce paralyse toute procédure commencée postérieurement devant les juridictions d'un autre État membre.

---

<sup>18</sup> Aux quatorze États l'ayant adopté en 2010 (Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Italie, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Malte, Portugal, Roumanie et Slovaquie) se sont entre-temps ajoutées la Lituanie (en 2014) et la Grèce (en 2015).

<sup>19</sup> Tel est le cas, en vertu de l'article 8 lit. d du Règlement Rome III, lorsque les époux n'ont pas leur résidence habituelle dans le même État ni de nationalité commune et que la demande en divorce est déposée une année après le départ de l'un d'entre eux de l'État de leur dernière résidence habituelle.

<sup>20</sup> V. les remarques de F. Pocar, Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce, in Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard, Defrénois, 2007, p. 246.

<sup>21</sup> La faveur du Règlement pour le divorce est également évidente dans la dissymétrie, consacrée au plan de la reconnaissance, entre les décisions qui admettent la demande de divorce (qui bénéficient de la libre circulation) et celles qui la nient (sujettes aux règles nationales) : rappelons la critique de Ch. Kohler, Libre circulation du divorce ?, article préc., p. 240, pour qui « [l]e mariage apparaît ainsi au regard des règles de conflit comme une situation peu souhaitable, dont l'instauration est rendue difficile et la suppression facilitée ».

<sup>22</sup> V. la critique de B. Ancel et H. Muir Watt, La désunion européenne..., article préc., p. 413 ss (qui y voient un « démantèlement du concept de juge 'naturel' ») ; E. Gallant, E. Gallant, Règlement Bruxelles II *bis* (Matière matrimoniale et responsabilité parentale), Enc. Dalloz, Rép. Dr. Intern., janvier 2013 (actualisation : octobre 2015), n° 105 ss.

<sup>23</sup> Comme justement le relève J. Borg-Berthet, Jurisdiction in matrimonial matters..., étude préc., p. 14.

<sup>24</sup> En vertu de l'article 3, lit. c), du Règlement Aliments (n° 4/2009 du 18 décembre 2008), la juridiction compétente pour connaître d'une action relative à l'état des personnes a également la compétence pour statuer sur une demande accessoire relative à une obligation alimentaire.

<sup>25</sup> C. González Beilfuss, Jurisdiction rules in matrimonial matters..., article préc., pp. 55 et 66.

Vecteur de *forum shopping*, la pluralité de fors est également un obstacle à la coïncidence souhaitable entre la compétence judiciaire et la compétence législative. En effet, si le juge de l'État de l'actuelle résidence habituelle des époux pourra très souvent appliquer son droit national, tel n'est pas nécessairement le cas des autres juridictions compétentes en vertu de l'article 3 du Règlement. Celles-ci sont assez souvent appelées à statuer en application d'une loi étrangère, avec toutes les difficultés et les coûts qui en découlent. Une réduction des options juridictionnelles permettrait de tempérer cet inconvénient.

*Last but not least*, la pluralité des fors favorise le morcellement du contentieux du divorce. En effet, le Règlement Bruxelles II *bis* ne régit pas la compétence pour prendre des mesures accessoires au divorce. Si le juge de divorce est généralement compétent pour statuer sur les obligations de nature alimentaire entre les époux<sup>26</sup>, il ne l'est pas nécessairement pour d'autres effets patrimoniaux, tels que la liquidation du régime matrimonial ou le partage des avoirs de prévoyance. Le Règlement Régimes ne fait qu'aggraver ce risque de dissociation en prévoyant que certaines compétences de l'article 3 du Règlement Bruxelles II *bis* ne sont applicables, pour la dissolution du régime matrimonial, que si les époux les acceptent<sup>27</sup>. Quant aux enfants, les critères prévus par le Règlement Bruxelles II *bis* pour les mesures les concernant sont différents de ceux relatifs au divorce, avec la conséquence que les compétences ne peuvent coïncider qu'en vertu de circonstances favorables ou du consentement des époux<sup>28</sup>.

Les difficultés que nous venons de décrire ne sont pas purement théoriques mais se vérifient dans la pratique jurisprudentielle. Bien que peu nombreuses, les décisions publiées révèlent une réalité d'âpres batailles procédurales menées entre les époux afin d'établir la compétence des tribunaux d'un État plutôt que d'un autre. Tel est le cas de plusieurs affaires tranchées par la Cour de justice. Dans le cas *Hadadi*, l'époux a saisi les tribunaux hongrois en anticipant la procédure ouverte par son épouse en France<sup>29</sup>. Dans le cas *A c. B*, aff. C-184/14, une demande de séparation de corps déposée en Italie sur le fondement de la nationalité commune des époux avait été suivie d'un recours devant les juridictions anglaises visant à définir les modalités d'exercice de la responsabilité parentale<sup>30</sup>. Enfin, dans le cas *A c. B*, C-489/14, les époux ont tout fait pour s'assurer la priorité chronologique dans leur course aux tribunaux anglais et français<sup>31</sup>. Ces affaires ne sont que la pointe de l'iceberg, comme il résulte des jurisprudences nationales<sup>32</sup>, parmi lesquelles les affaires portées devant les juridictions anglaises sont particulièrement instructives: outre un impressionnant cas de fraude procédurale ayant abouti à l'annulation de 180 décisions de divorce entre des ressortissants italiens dont la résidence en Angleterre était simulée<sup>33</sup>, on répertorie plusieurs exemples de *forum shopping* et *forum running*<sup>34</sup>. Le juge saisi de l'une de ces actions faisait, dans son ordonnance de renvoi préjudicielle à la Cour de justice, ce constat amer :

---

<sup>26</sup> En vertu de l'article 3 du Règlement Aliments, comme nous l'avons rappelé à la note 24. Cependant, pour les demandes d'aliments concernant les enfants la compétence accessoire prévue par cette même disposition ne joue pas nécessairement au profit du juge du divorce, mais de celles saisies d'une demande concernant l'autorité parentale : CJUE 16 juillet 2015, *A c. B*, aff. C-184/14 (pas encore publiée au Recueil).

<sup>27</sup> Art. 5 du Règlement Régimes (cf. aussi *infra*, III, A, 1).

<sup>28</sup> L'article 12 du Règlement permet aux époux d'accepter la compétence du juge du divorce, pourvu que ce soit conforme à l'intérêt de l'enfant.

<sup>29</sup> CJUE 16 juillet 2009, *Hadadi*, aff. C-168/08, Rec. I-6871.

<sup>30</sup> CJUE 16 juillet 2015, *A c. B*, aff. C-184/14, préc.

<sup>31</sup> CJUE 6 octobre 2015, *A c. B*, aff. C-489/14 (pas encore publiée au Recueil).

<sup>32</sup> Pour un aperçu général, v. J. Borg-Barthet, *Jurisidiction in matrimonial matters...*, étude préc., p. 22 ss.

<sup>33</sup> *Rapisarda v Colladon (Irregular Divorces)* [2014] EWFC 35. Le Règlement Bruxelles II *bis* n'est bien évidemment pas à l'origine de ce genre de dérapage ; cependant, on ne peut pas nier qu'il les facilite en prévoyant des larges compétences fondées sur la résidence habituelle de l'un ou de l'autre des époux.

<sup>34</sup> Voir, entre autres, *Weiner v Weiner* [2010] EWHC 1843; *S v S (Brussels II Revised – Articles 19(1) and (3) – reference to CJEU)* [2014] EWHC (Fam); *CC v NC* [2014] EWHC 703 (Fam).

« I am clear that the state of affairs with which I am presented cannot have been in the contemplation of the architects of Brussel II or Brussels II Revised. The object of the exercise is to ensure that jurisdiction is swiftly established, that cases are swiftly heard and that irreconcilable judgments are avoided. The history of this case demonstrates that none of those goals will be achieved, and that lengthy litigation in two jurisdictions potentially awaits these unfortunate parties”<sup>35</sup>.

Il convient enfin de relever que, contrairement à ce qui est prévu à l'article 12 du Règlement pour les mesures de protection des enfants ainsi que dans d'autres textes du droit international privé européen, l'élection de for n'est pas admise en matière de divorce. Les époux ne peuvent donc pas s'accorder à l'avance pour donner compétence aux juridictions d'un État donné et ne peuvent donc pas écarter, par ce moyen, la pluralité de fors potentiellement disponibles. Comme la Commission l'avait préconisé dans sa proposition de 2006, une prorogation de compétence dûment encadrée constitue sans doute l'un des possibles correctifs lors d'une éventuelle révision de cette section du Règlement. Cependant, celle-ci présuppose un accord des époux, ce qui fait défaut dans bien des cas. Nous porterons ici notre attention sur les remèdes envisageables en l'absence d'un tel accord.

### III. Les possibles remèdes

Face aux difficultés que nous venons de décrire, la décision de la Commission de ne pas toucher à la compétence juridictionnelle en matière de démariage ne peut que surprendre. Pourtant, une amélioration de ces dispositions du Règlement paraît envisageable. Parmi les pistes de réflexion qui pourraient inspirer une future révision, certaines supposent un aménagement des règles de compétences (A), d'autres une meilleure coordination entre les procédures (B).

#### A. L'aménagement des règles de compétence

##### 1. La hiérarchisation des fors « généraux » de l'article 3

Si l'on convient que la palette d'options juridictionnelles ouvertes par l'article 3 du Règlement est excessive, une hiérarchisation des critères qui y sont prévus est la première voie à envisager.

L'idée de la hiérarchisation n'est pas nouvelle, mais elle se heurte à des obstacles au plan national et européen. D'une part, les États membres sont réticents à renoncer à des fors prévus par leur législation interne, car cela aurait pour effet de limiter les possibilités d'accès aux juridictions nationales. Ce souci est sans doute l'une des causes de la multiplicité de compétences prévues à l'article 3 du Règlement. D'autre part, des considérations européennes plaident aussi pour un large éventail d'options. En effet, la pluralité de fors permet de favoriser la libre circulation des personnes sans entraver pour autant l'accès à la justice. En outre, certaines compétences controversées (notamment le *forum actoris*) sont parfois perçues comme un moyen de sauvegarder l'égalité des armes entre les époux.

En dépit de ces réticences, d'autres instruments européens ont établi une hiérarchie entre les règles de compétence. Ainsi, dans le Règlement Successions où la compétence de l'État de la résidence habituelle du défunt est clairement prioritaire, les fors subsidiaires de l'article 10 ne deviennent pertinents que si le défunt avait sa résidence habituelle dans un État tiers. En

---

<sup>35</sup> *S v S (Brussels II Revised – Articles 19(1) and (3) – reference to CJEU)* [2014] EWHC (Fam), para. 10. Il s'agit de l'affaire qui a donné lieu à la décision de la CJUE du 6 octobre 2015, préc.

outre, les compétences subsidiaires de l'article 10 sont, elles aussi, structurées selon un ordre hiérarchique.

Dans un domaine plus directement lié à celui du divorce, une hiérarchisation a été introduite entre les chefs de compétences prévus par le Règlement Régimes et par le Règlement Partenariats<sup>36</sup>. En particulier, le premier de ces textes reprend, pour les cas de dissolution du régime matrimonial consécutive à un divorce, les compétences prévues par le Règlement Bruxelles II *bis*, mais avec deux différences de taille.

D'une part, l'article 6 établit une hiérarchie entre des compétences qui sont également prévues à l'article 3 du Règlement Bruxelles II *bis* : ainsi, les juridictions de l'État de la résidence habituelle de l'époux défendeur (article 6, lit. c)) et celle de l'État de la nationalité commune des époux (article 6, lit. d)) ne sont disponibles qu'« à défaut » d'autres compétences, jugées prioritaires (celle des juridictions de la résidence habituelle et celle de la dernière résidence habituelle des époux, article 6, lit. a) et b)).

D'autre part, parmi les compétences que le Règlement Bruxelles II *bis* met à disposition des époux de manière alternative, certaines ne sont disponibles, pour la dissolution du régime, qu'avec le consentement des deux époux (article 5 du Règlement Régimes). Tel est le cas de la compétence fondée sur la résidence habituelle de l'époux demandeur (article 3 du Règlement Bruxelles II *bis*), de celle prévue pour la conversion de la séparation en divorce (article 5 du Règlement Bruxelles II *bis*) ainsi que des compétences résiduelles fondées sur le droit national (article 7 du Règlement Bruxelles II *bis*). Soumettre ces compétences à l'accord des époux c'est reconnaître qu'elles ne jouissent pas, en soi, d'une légitimité suffisante. La conséquence de cette disposition est que l'époux intéressé à une décision portant sur tous les aspects du contentieux de la désunion est encouragé – à défaut d'accord de l'autre époux – à saisir certains fors plutôt que d'autres.

À première vue, ce dispositif est une tentative ingénieuse d'endiguer indirectement la liberté probablement excessive résultant du Règlement Bruxelles II *bis*. Cependant, appliqué à la seule question de la dissolution du régime matrimonial, ce remède risque de s'avérer pire que le mal : en effet, la conséquence immédiate en est qu'en l'absence de l'accord des époux, le juge saisi de la demande en divorce n'est pas nécessairement compétent pour la liquidation du régime, ce qui constitue une cause additionnelle d'éclatement du contentieux du divorce.

Ces difficultés pourraient être surmontées si la hiérarchisation des compétences était également mise en œuvre en matière de divorce. Si l'on soumet les compétences prévues à l'article 3 du Règlement Bruxelles II *bis* à un regard objectif, il est aisé de constater qu'elles peuvent être divisées en trois groupes. Dans un premier groupe figurent des compétences à très forte légitimité, que personne ne conteste ; dans un deuxième groupe des compétences largement acceptées, mais dont l'utilité ne se manifeste qu'à défaut des premières ; enfin, le troisième groupe se compose de compétences dont l'utilité et la légitimité sont controversées.

#### a) Compétences à forte légitimité

Dans le premier groupe doit être classée, sans conteste, la compétence des juridictions de l'État de la résidence habituelle des époux. Avec une terminologie un peu désuète, mais néanmoins efficace, on pourrait décrire ces autorités comme le « juge naturel » de la désunion conjugale. Outre les évidents avantages qu'elle offre en termes de proximité et de prévisibilité, la forte légitimité de ce chef de compétence repose également sur son aptitude à garantir – dans la plupart des cas – la coïncidence entre le for et le droit applicable<sup>37</sup> ainsi que

---

<sup>36</sup> V. l'article 6 du Règlement n° 2016/1103.

<sup>37</sup> Ainsi, selon l'article 8 lit. a) du Règlement Rome III, la loi de l'État de la résidence habituelle des époux est applicable au divorce à défaut de choix par les parties.

sur la possibilité qu'elle offre généralement de statuer sur l'ensemble du contentieux du divorce, y compris le sort des enfants<sup>38</sup>.

En l'absence de résidence dans le même État, la juridiction saisie par les époux d'une demande conjointe de divorce jouit elle aussi d'une très forte légitimité, fondée sur le consentement des intéressés. Dans le texte actuel de l'art. 3, la demande conjointe ne peut être déposée que devant les juridictions de l'État de la résidence de l'un ou de l'autre des époux. On peut se demander, si elle ne devrait pas être étendue aux juridictions de l'État de la nationalité de l'un ou de l'autre des époux ou à celle de l'État du lieu de célébration du mariage. Un tel élargissement pourraient se faire indépendamment d'une éventuelle admission de la prorogation de compétence. Cette compétence ne garantit pas automatiquement l'application de la loi du for ; cependant, sous l'empire du Règlement Rome III, les époux peuvent également s'accorder dans ce sens. Il convient également de noter que les juridictions saisies sur le fondement d'un accord peuvent connaître des effets accessoires du divorce, y compris la dissolution du régime. En outre, elles pourront également statuer sur le sort de enfants si ceux-ci ont leur résidence habituelle dans l'État en question ou, à défaut, si les époux s'accordent pour leur attribuer cette compétence<sup>39</sup>.

#### b) Compétences légitimes mais subsidiaires

Dans un deuxième groupe figure, tout d'abord, la compétence des juridictions de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, qui est soumise à la condition que l'un des conjoints y réside encore au moment de l'ouverture de l'action. Ce chef de compétence jouit d'une légitimité certaine, car il est situé dans l'État où les époux vivaient au moment de leur séparation.

Certes, ce critère présente également quelques inconvénients. D'abord, il est plus favorable à l'époux qui reste dans le même État par rapport à celui qui, après la séparation, déménage à l'étranger, ce qui – dans la réalité sociologique actuelle – conduit le plus souvent à privilégier le mari par rapport à l'épouse. En outre, lorsque l'un des époux a déménagé à l'étranger avec les enfants du couple (pourvu qu'il ait le droit de le faire), les autorités de la dernière résidence habituelle commune ne seront généralement plus compétentes pour les mesures concernant ceux-ci. Elles sont, en revanche, compétentes pour les effets accessoires du divorce, y compris la dissolution du régime<sup>40</sup>. Enfin, il faut encore reconnaître que les autorités saisies sur ce fondement doivent parfois appliquer un droit étranger : en effet, selon le Règlement Rome III le droit de la dernière résidence habituelle des époux n'est applicable que si la demande de divorce est introduite dans le délai d'un an après le départ de l'un des époux<sup>41</sup>. En dépit de ces faiblesses, ce critère est – en l'absence de résidence habituelle commune et de demande conjointe – celui qui garantit la proximité et la prévisibilité au plus haut degré.

De par sa nature, ce for est forcément subsidiaire par rapport à ceux du premier groupe, car il suppose que les époux n'aient plus de résidence habituelle dans le même État et qu'ils ne déposent pas de demande conjointe.

Dans ce deuxième groupe, on peut également classer la compétence de l'État de la résidence habituelle de l'époux défendeur. Certes, ce critère paraît moins pertinent pour les actions en divorce que dans les matières civiles et commerciales régies par le Règlement Bruxelles I

---

<sup>38</sup> Les enfants du couple résident généralement avec l'un ou l'autre des parents ; si tel est le cas, les autorités de l'État de la résidence habituelle des époux sont également compétents pour prendre les mesures concernant les enfants.

<sup>39</sup> Conformément à l'article 12 du Règlement Bruxelles II *bis*.

<sup>40</sup> Art. 6 lit. b) du Règlement Régimes.

<sup>41</sup> Art. 8 lit. b) du Règlement Rome III.

*bis*<sup>42</sup>. En outre, rien ne garantit que le tribunal saisi sur cette base puisse statuer sur les mesures concernant les enfants, car ceux-ci ne résident pas nécessairement avec l'époux défendeur. Enfin, la loi de l'État du défendeur n'a, en tant que telle, aucun titre particulier pour être appliquée au divorce.

En dépit de ce qui précède, il faut relever qu'à défaut de demande conjointe, la procédure de divorce demeure une procédure contentieuse, caractérisée souvent par un haut degré de litigiosité : il paraît dès lors important de garantir à l'époux défendeur la possibilité de se défendre devant des juridictions qui lui sont proches au moment de l'action<sup>43</sup>.

Certes, on peut encore se demander si cette compétence doit être sur un pied d'égalité avec celle de la dernière résidence habituelle commune ou plutôt subsidiaire à celle-ci, comme cela a été prévu à l'article 6, lit. c), du Règlement Régimes. Si cette deuxième option était choisie, le domicile du défendeur serait uniquement pertinent lorsque les époux n'ont jamais eu de résidence dans le même État ou qu'aucun d'entre eux ne réside plus dans l'État de la dernière résidence commune. Cette solution présente l'avantage d'exclure des compétences concurrentes et, du même coup, tout risque de procédures parallèles. En outre, elle évite une différence de traitement entre les époux : en effet, si la compétence du domicile du défendeur est prévue comme alternative à celle de la dernière résidence habituelle commune, seul l'époux qui n'a pas déménagé pourrait en tirer profit, alors que pour l'autre époux les deux règles se recourent. Dès lors, l'époux qui n'a pas déménagé aurait non seulement l'avantage de pouvoir agir devant les juridictions de son État de résidence, mais bénéficierait également d'une option entre celles-ci et celles de l'État de résidence de l'autre conjoint. Autrement dit, un *forum shopping* limité serait maintenu, mais au seul profit de l'un des conjoints. Un tel résultat étant fort critiquable, le for du domicile du défendeur devrait, de préférence, être subsidiaire à celui de la dernière résidence habituelle commune des époux.

### c) Compétences à faible légitimité

Dans un troisième groupe, au fond du peloton, doivent être rangées les compétences fondées sur la résidence habituelle du demandeur et sur la nationalité commune des époux. Ces compétences jouissent sans doute d'une plus faible légitimité par rapport aux précédentes et sont souvent contestées.

La possibilité offerte à l'époux demandeur de saisir les tribunaux de l'État de sa résidence habituelle se justifie, pour certains, par le souci de garantir l'égalité des armes entre les conjoints. Étant donné que l'époux qui reste dans l'État de la dernière résidence habituelle commune peut saisir les juridictions de son État de résidence, l'autre conjoint devrait pouvoir disposer, par souci d'égalité, de la même possibilité<sup>44</sup>. Comme nous l'avons mentionné, cette considération se double de la volonté de ne pas entraver la libre circulation des personnes aux sein de l'Union<sup>45</sup> et de celle de protéger les épouses, qui ont plus souvent tendance à rentrer dans leur pays d'origine après l'échec du mariage<sup>46</sup>.

En dépit de ces considérations, force est de constater que, dans le système actuel du Règlement, le for du demandeur n'offre aucune garantie de proximité avec le mariage ni de prévisibilité pour les époux. En effet, l'époux demandeur peut saisir les tribunaux de l'État de son actuelle résidence habituelle même en l'absence de tout autre lien avec cet État.

---

<sup>42</sup> Th. Rauscher, *EuZPR-EuIPR...*, *op. cit.*, Art. 3 Brüssel IIa-VO, n° 31 s., 40, pour qui la compétence en matière de divorce ne devrait pas dépendre de la position procédurale des époux.

<sup>43</sup> L'importance du principe *actor sequitur forum rei* est également soulignée par W. Hau, *Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit im Europäischen Eheverfahrensrecht*, *FamRZ*, 2000, p. 1334.

<sup>44</sup> Th. Rauscher, *EuZPR-EuIPR...*, *op. cit.*, Art. 3 Brüssel IIa-VO, n° 29.

<sup>45</sup> V. J. Borg-Berthet, *Jurisdiction in matrimonial matters...*, étude préc., p. 16.

<sup>46</sup> V. le rapport explicatif de la Convention de Bruxelles II, rédigé par A. Borrás (« Rapport Borrás »), par. 32 ; C. González Beilfuss, *Jurisdiction rules in matrimonial matters...*, article préc., p. 64.

Le délai d'attente de six, voire douze mois auquel cette compétence est à présent subordonnée<sup>47</sup> ne corrige pas ce défaut. Au contraire, cette condition temporelle prête le flanc à une double critique. D'une part, elle porte atteinte à l'objectif « égalitaire » de ce for, car l'époux ayant déménagé ne pourra pas saisir tout de suite les juridictions de sa nouvelle résidence habituelle, contrairement à l'époux qui n'a pas déménagé. Compte tenu de la règle chronologique de litispendance de l'article 19, cette différence est souvent déterminante<sup>48</sup>. D'autre part, la prévision de deux délais distincts selon que la juridiction saisie soit ou non celle de l'État national du demandeur, crée une nouvelle discrimination, cette fois entre les époux qui ont fait retour dans leur État national et ceux ayant choisi de s'établir dans un autre État de l'Union ; s'agissant de citoyens européens, une telle disparité paraît difficilement compatible avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité<sup>49</sup>.

Il convient également de noter que la compétence critiquée ne garantit aucunement une concentration du contentieux du divorce. Ainsi, pour la dissolution du régime, les autorités de cet État ne seront compétentes en vertu de l'article 5, paragraphe 2, lettres a) et b) du Règlement Régimes que si les époux l'acceptent. En outre, rien ne garantit que les autorités de l'État en question soient compétentes pour prendre des mesures en faveur des enfants.

Enfin, la coïncidence entre compétence et loi applicable n'est pas assurée, la loi de l'État de la résidence habituelle de l'époux demandeur n'ayant aucun titre particulier pour régir le divorce.

La légitimité de la compétence fondée sur la nationalité commune des époux est, elle aussi, très contestable<sup>50</sup>. Lorsqu'aucun des époux n'y réside, les juges de cet État ne sont souvent pas proches des faits du litige. Certes, une certaine proximité peut être admise lorsque les époux avaient résidé dans leur État national dans un passé pas trop éloigné : dans un tel cas, cependant, l'élément significatif semble être l'ancienne résidence plutôt que la nationalité. À l'inverse, ce for manque de toute proximité lorsque les époux n'y ont jamais résidé ensemble pendant leur vie conjugale, comme cela est souvent le cas notamment lorsqu'ils sont des descendants d'émigrés de la deuxième ou troisième génération, ou lorsque l'un d'eux a acquis la nationalité de l'autre en vertu de règles de naturalisation facilitée. À défaut de proximité, ce for est souvent difficilement prévisible pour les époux. Bien évidemment, cette compétence est encore plus critiquable lorsque les époux possèdent plusieurs nationalités en commun<sup>51</sup>.

La légitimité du for de la nationalité commune est particulièrement faible lorsque les époux résident tous deux dans un autre pays ou y résidaient avant leur séparation. Dans de telles circonstances, le « juge naturel » du divorce est celui de la résidence habituelle commune ou celui de la dernière résidence habituelle commune. Le for de la nationalité commune se prête alors à une utilisation vexatoire ou abusive, comme cela est également révélé par la pratique jurisprudentielle<sup>52</sup>.

Il convient encore de relever que les juridictions de l'État de la nationalité commune ne sont généralement pas compétentes pour statuer sur le sort des enfants. En outre, elles doivent

---

<sup>47</sup> Selon que le demandeur possède ou non la nationalité de l'État membre dans lequel il a fixé sa résidence habituelle.

<sup>48</sup> A. Borrás, Art. 3, n° 11, in U. Magnus et P. Mankowski, Brussels IIbis Regulation, Munich, 2012 ; Th. Rauscher, EuZPR-EuIPR..., *op. cit.*, Art. 3 Brüssel IIa-VO, n° 28.

<sup>49</sup> C. González Beilfuss, Jurisdiction rules in matrimonial matters..., article préc., p. 64. *Contra* : Th. Rauscher, EuZPR-EuIPR..., *op. cit.*, Art. 3 Brüssel IIa-VO, n° 47.

<sup>50</sup> V. aussi la critique de W. Hau, Das System der internationalen Entscheidungszuständigkeit..., article préc., p. 1335 ss. Pourtant, cette règle de compétence est souvent utilisée en pratique, pour le moins en France : E. Gallant, Règlement Bruxelles II bis..., article préc., n° 98.

<sup>51</sup> Comme cela était le cas dans l'affaire *Hadadi* (cf. *supra*, note 29).

<sup>52</sup> Ainsi, dans le cas *Hadadi*, on a souvent lamenté l'absence de hiérarchisation entre les deux nationalités communes des époux, mais le résultat aurait probablement été tout aussi critiquable si les époux n'avaient eu que la nationalité hongroise.

souvent statuer sur le fond en application d'un droit étranger, notamment lorsque les époux ont (ou ont eu) leur résidence habituelle dans un autre pays.

Compte tenu de leurs défauts, on pourrait même s'interroger sur l'opportunité de maintenir le for de la résidence habituelle du demandeur et celui de la nationalité commune. Leur suppression serait cependant trop radicale et n'aurait que peu de chances de faire l'unanimité. Il paraît donc préférable de garder ces chefs de compétences à titre subsidiaire, en les rendant applicables uniquement lorsqu'aucune juridiction dans un État membre n'est compétente en vertu des critères principaux que nous avons classés dans les deux premières catégories. En particulier, le for de la nationalité commune ne devrait plus pouvoir concurrencer la compétence des juridictions de l'État de la résidence habituelle commune des époux ou de la dernière résidence habituelle commune des époux.

Les conditions de ces compétences subsidiaires seront discutées dans la section suivante.

## 2. L'uniformisation des compétences résiduelles

Au-delà des règles de compétence des articles 3 à 5 du Règlement, l'actuel article 7, paragraphe 1, permet également d'intenter une action en divorce devant une juridiction compétente en vertu des règles nationales de l'État membre du for.

Comme la Cour de justice l'a clarifié dans l'arrêt *Sundelind Lopez*<sup>53</sup>, l'application des règles nationales n'est possible qu'à titre subsidiaire, à savoir lorsqu'aucune juridiction dans un État membre n'est compétente en vertu des articles 3 à 5. Tel est notamment le cas lorsque les époux, sans partager la nationalité d'un même État membre, ont leur résidence habituelle dans un ou deux États tiers. En outre, le recours aux règles nationales est ultérieurement limité par l'article 6, aux termes duquel seuls les chefs de compétence prévus par le Règlement peuvent être invoqués à l'encontre d'un défendeur ayant la citoyenneté européenne ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre.

En dépit de ces restrictions, le renvoi aux règles nationales de compétence élargit ultérieurement la palette des options disponibles pour une action en divorce. Il convient de rappeler, en outre, qu'en vertu de l'article 7, paragraphe 2, les compétences nationales qui reposent sur la nationalité du demandeur<sup>54</sup> peuvent également être invoquées par tout autre citoyen européen ayant sa résidence habituelle dans l'État du for. Justifiée par le souci de prévenir toute discrimination en raison de la nationalité entre les citoyens européens, cette disposition a, en même temps, pour effet d'élargir ultérieurement l'emprise de certaines règles nationales exorbitantes au-delà de la portée qui leur est attribuée dans leur système d'origine.

Dans sa proposition de révision de 2006, la Commission avait déjà préconisé le remplacement du renvoi de l'article 7 au droit national par des compétences résiduelles unifiées. Les compétences proposées étaient fondées sur une précédente résidence habituelle commune des époux, à condition qu'elle ait duré pendant trois années au moins, ainsi que sur la nationalité de l'un d'eux (ou le « domicile » dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande). Cependant, cette proposition n'a pas abouti et elle n'a pas été reprise dans la proposition de révision de 2016.

Celle-ci préconise la suppression de l'article 6, ce qui comporte un changement de numérotation, l'actuel article 7 devenant l'article 6. Cependant, cette modification n'est que cosmétique car l'actuel article 6, paragraphe 1, est repris, presque à la lettre, dans un nouvel article 6, paragraphe 2. Le seul mérite de ce changement est de clarifier – dans le sillon de l'arrêt *Sundelind Lopez* – que la condition posée à l'actuel article 7, paragraphe 1 (article 6, paragraphe 1 selon la nouvelle numérotation) pour l'application des compétences résiduelles

---

<sup>53</sup> Cf. *supra*, note 9.

<sup>54</sup> Telles que l'article 14 du Code civil français ou l'art. 31 de la loi italienne de droit international privé.

nationales (à savoir l'absence d'une juridiction compétente dans un État membre en vertu des articles 3 à 5 du Règlement) précède logiquement les restrictions prévues à l'actuel article 6, paragraphe 1 (l'article 6, paragraphe 2, du nouveau texte proposé). Rien ne changerait cependant sur le fond. L'actuel article 7, paragraphe 2 est également maintenu, sans modification, à l'article 6, paragraphe 3 de la proposition de la Commission.

Malgré ce silence, on ne peut pas s'abstenir, dans la perspective d'une éventuelle future révision des compétences en matière de divorce, de s'interroger sur l'opportunité de maintenir ou de modifier les compétences résiduelles. Quatre questions principales se posent à cet égard.

a) Opportunité de maintenir ou non des compétences résiduelles

En premier lieu, compte tenu de la pluralité de fors déjà prévus à l'article 3, il convient de se demander si des compétences résiduelles ont réellement une raison d'être.

À ce propos, il convient tout d'abord de rappeler qu'en cas de réforme de l'article 3 selon les modalités proposées plus haut, certaines compétences actuellement prévues par cette disposition (notamment celles fondées sur la résidence habituelle de l'époux demandeur et sur la nationalité commune des époux) pourraient devenir des compétences subsidiaires. La vraie question qui se pose est donc celle de savoir si, outre celles-ci, d'autres compétences subsidiaires ou résiduelles devraient être admises. Étant donné qu'en vertu des critères de l'article 3 (soient-ils applicable à titre alternatif comme à présent ou hiérarchisés comme nous le proposons) les juridictions d'au moins un État membre sont pratiquement toujours compétentes lorsque l'un des époux a sa résidence habituelle au sein de l'Union, le but essentiel des compétences résiduelles serait d'assurer un accès aux juridictions européennes à des époux ayant leur résidence habituelle dans des États tiers, à condition que des liens significatifs subsistent avec un État membre<sup>55</sup>.

L'objectif de l'accès à la justice impose, comme standard minimum, la prévision d'un for de nécessité permettant d'agir devant les juridictions d'un État membre lorsqu'une action devant les autorités des États tiers (notamment celles de l'État de la résidence habituelle) s'avère impossible ou ne peut raisonnablement pas être exigée. Une telle règle de compétence figure d'ores et déjà dans plusieurs règlements européens<sup>56</sup> et ne pourrait faire défaut dans une version révisée du Règlement Bruxelles II *bis*. Si l'on conçoit cette disposition de manière suffisamment large, elle suffirait pour garantir l'accès à la justice dans les hypothèses les plus importantes. À cet effet, le for de nécessité ne devrait pas pouvoir être invoqué uniquement dans des cas de réelle impossibilité d'intenter l'action en divorce dans un État tiers<sup>57</sup>, mais également lorsqu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit, notamment lorsque la loi de l'État tiers soumet l'obtention du divorce à des conditions très restrictives<sup>58</sup> ou ne permet pas à l'époux économiquement plus faible d'obtenir une compensation financière adéquate<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> F. Pocar, Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003..., article préc., p. 249.

<sup>56</sup> Règlement Aliments (article 7), Règlement Successions (article 11), Règlement Régimes (article 11) et Règlement Partenariats (articles 11).

<sup>57</sup> Une véritable impossibilité existe lorsque les tribunaux de l'État tiers ne sont pas compétents ou ne sont pas en condition de fonctionner en raison, par exemple, d'une guerre ou d'une catastrophe naturelle. Il en est de même lorsque la loi applicable dans l'État en question ne connaît pas le divorce (ce qui est cependant de plus en plus rare).

<sup>58</sup> Tel est sans doute le cas lorsque le divorce est soumis, selon la loi applicable dans l'État tiers, à la preuve d'un comportement fautif de l'autre époux.

<sup>59</sup> En soumettant, par exemple, l'octroi d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire à des conditions très restrictives.

En dépit de son indéniable utilité, se contenter d'un simple for de nécessité paraît cependant dangereux. Par sa nature, cette règle de compétence repose sur une appréciation judiciaire des circonstances du cas d'espèce, ce qui peut aboutir à des applications peu cohérentes dans les différents États membres. En outre, son caractère indéterminé affecte la prévisibilité et peut dès lors décourager les actions en justice. Afin d'éviter ces difficultés, il est probablement préférable que – au-delà du for de nécessité – le Règlement mette à disposition des justiciables quelques chefs de compétence résiduelle pouvant être invoqués de plein droit.

#### b) Compétences résiduelles nationales ou uniformes ?

La deuxième question qui se pose au sujet des compétences résiduelles est celle de savoir si le renvoi aux règles nationales doit être maintenu ou remplacé par des critères européens uniformes.

À première vue, la solution actuelle peut paraître préférable, car plus respectueuse des approches nationales et du principe de subsidiarité. Cependant, plusieurs arguments plaident pour une uniformisation.

En premier lieu, celle-ci permettrait d'écarter d'emblée des compétences nationales trop étendues, voire exorbitantes. Certes, l'accès à la justice est très important, notamment en cette matière, car le droit de demander le divorce peut être entravé par les difficultés qui se posent lorsqu'une action doit être ouverte à l'étranger. Cependant, cet objectif sans doute important ne peut pas faire passer sous silence la protection du défendeur, qui demeure un principe important du droit procédural européen y compris dans le domaine du droit de la famille. S'il est parfois malaisé pour l'époux demandeur d'intenter une action en divorce devant les juridictions d'un autre État, il peut s'avérer tout aussi difficile pour l'époux défendeur de participer à une procédure à l'étranger, en particulier dans un pays avec lequel il n'entretient aucun lien significatif. C'est pourquoi une compétence fondée sur la seule nationalité de l'époux demandeur – le « privilège de juridiction » de l'article 14 du Code civil français, également connu d'autres droits européens<sup>60</sup> – peut s'avérer, en l'absence d'autres liens significatifs avec l'État concerné, profondément injuste vis-à-vis de l'autre conjoint<sup>61</sup>. Bien que la Cour européenne de droit de l'homme n'ait jamais eu l'occasion de développer une jurisprudence analogue à celle que la Cour suprême américaine a construit à partir du principe du « due process », peut-on sérieusement considérer que le principe du procès équitable de l'article 6 CEDH n'impose aucune limite à la liberté des États européens de donner compétence à leurs juridictions en l'absence de tout lien significatif entre le défendeur et le for ?

Du reste, le maintien de compétences nationales très étendues, voire exorbitantes, ne sert pas toujours l'intérêt des justiciables, en dépit des liens que ceux-ci peuvent avoir avec l'Union européenne. En effet, dans bien des cas, un jugement rendu sur la base d'une telle compétence n'est pas susceptible d'être reconnu dans l'États tiers concernés : ainsi, un jugement de divorce fondé sur la seule nationalité du demandeur ne saurait être reconnu en Suisse<sup>62</sup> ni dans la plupart des États anglosaxons. Si la décision de divorce (et celle sur les effets accessoires) n'a pas d'effet dans l'État de résidence du défendeur, elle sera souvent peu utile

---

<sup>60</sup> V. par exemple l'art. 32 de la loi italienne de droit international privé.

<sup>61</sup> V. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, RCADI, t. 283, p. 106.

<sup>62</sup> En dehors des cas d'acceptation de la compétence par le défendeur, une décision de divorce rendue dans un État étranger dont seul l'époux demandeur a la nationalité n'est reconnue en Suisse, aux termes de l'article 65 al. 2 de la loi suisse de droit international privé, que « lorsque, au moment de l'introduction de la demande, au moins l'un des époux était domicilié ou avait sa résidence habituelle dans cet État et que l'époux défendeur n'était pas domicilié en Suisse ».

pour l'époux qui l'a obtenue et l'ouverture d'une autre procédure dans cet État sera alors inévitable.

Pour des raisons similaires, des compétences excessives favorisent les procédures parallèles et peuvent facilement aboutir à des décisions contradictoires. Or, un tel risque ne devrait être encouru que lorsque des intérêts sérieux l'imposent, en particulier lorsque l'accès à une juridiction européenne s'impose pour garantir une procédure équitable.

Outre la possibilité de restreindre l'emprise parfois excessive des juridictions des États membres, l'uniformisation des compétences résiduelles offre également l'avantage d'uniformiser les conditions d'accès à la justice dans les différents États membres de l'Union. Actuellement, en l'absence d'une autre juridiction compétente dans un État membre, un époux de nationalité française ou italienne résident avec son conjoint dans un État tiers a le droit d'attirer celui-ci devant les juridictions de son État national alors qu'un époux belge, dans les mêmes circonstances, ne pourra pas le faire<sup>63</sup>. De même, un époux ayant sa résidence dans un État tiers pourra saisir les juridictions italiennes s'il s'est marié en Italie<sup>64</sup> alors qu'un époux marié en Allemagne ou en France n'aura pas cette possibilité. Même si de telles différences ne constituent pas des véritables discriminations, elles sont néanmoins difficilement compréhensibles et pas entièrement justifiées au sein de l'espace européen de justice<sup>65</sup>.

À ces considérations, s'ajoutent les avantages de l'uniformisation en termes de simplicité. Si le renvoi aux compétences nationales était supprimé, la compétence internationale en matière de divorce serait uniquement et directement régie, dans tous les États membres, par le Règlement, sans besoin de consulter les règles en vigueur dans les États membres, souvent inconnues et difficilement accessibles pour les justiciables étrangers et leurs conseils.

*Last but not least*, un dernier argument pour l'uniformisation – qui paraît à l'heure actuelle déterminant – réside dans l'opportunité de rétablir une cohérence au sein du système européen. En effet, tous les autres règlements adoptés, après le Règlement Bruxelles II *bis*, dans les domaines du droit de la famille et des successions se caractérisent par leur exhaustivité, toute référence aux règles nationales y ayant été supprimée et remplacée par des compétences subsidiaires uniformes<sup>66</sup>. Il n'y a pas de raisons pour que cette évolution ne se poursuive dans le domaine du divorce.

### c) Quels critères de compétence subsidiaire ?

Si le chemin de l'uniformisation est choisi, il faut encore se demander quelles compétences devraient être retenues à titre subsidiaire. Si l'on souhaite limiter le risque de conflits positifs avec les États tiers, une distinction devrait être tracée, à notre avis, selon que les époux aient ou non leur résidence habituelle dans le même État tiers.

i) Dans le premier cas, les juridictions de l'État tiers où les époux ont leur résidence habituelle sont sans conteste les mieux placées, en termes de prévisibilité et de proximité, pour statuer sur le divorce : il y a un « juge naturel » du divorce. En outre, dans la plupart des cas, une action devant ces juridictions garantit la concentration de l'ensemble du contentieux du divorce, car celles-ci sont généralement compétentes pour statuer tant sur les effets accessoires que sur les mesures concernant les enfants du couple. Enfin, ces autorités peuvent

---

<sup>63</sup> Art. 42 du Code belge de droit international privé.

<sup>64</sup> Art. 32 de la loi italienne de droit international privé

<sup>65</sup> Ce souci était également à la base de la modification préconisée par la Commission dans sa proposition de 2006 : COM(2006) 399 final, p. 9.

<sup>66</sup> Tel est le cas du Règlement Aliments (articles 3 à 7), du Règlement Successions (articles 4 à 11), du Règlement Régimes (articles 4 à 11) et du Règlement Partenariats (articles 4 à 11).

souvent appliquer leur loi, que ce soit en vertu d'une règle de conflit fondée sur le critère de la résidence habituelle commune (ou du domicile commun) des époux ou en tant que *lex fori*<sup>67</sup>. Dans cette hypothèse, il n'est généralement pas nécessaire, et souvent inutilement perturbateur, de permettre à l'un des époux d'ouvrir une action en divorce devant les juridictions d'un État membre avec lequel il présente quelques liens.

Plus spécifiquement, contrairement à ce que la Commission avait préconisé dans sa proposition de 2006, nous ne croyons pas qu'il soit opportun, dans de telles circonstances, de permettre à un citoyen européen de demander le divorce devant les juridictions de son État national. Cela vaut même si l'autre époux possède la nationalité du même État membre : dans cette hypothèse, la compétence actuellement prévue à l'article 3, paragraphe 2, du Règlement ne devrait pas être maintenue, même pas comme compétence résiduelle<sup>68</sup>.

Deux cas de figures doivent être réservés. Le premier est celui d'une *demande conjointe* devant les juridictions nationales. Comme nous l'avons indiqué, il devrait être possible pour les époux de déposer une demande conjointe de divorce devant les juridictions de l'État membre dont l'un d'eux a la nationalité y compris s'ils résident en dehors de l'Union européenne. Cette possibilité devrait être admise même si une véritable prorogation de compétence ne devait pas être retenue.

La seconde exception est celle – également déjà évoquée – du for de nécessité. Sans conteste, une action en divorce doit pouvoir être introduite dans l'État membre dont au moins l'un des époux a la nationalité lorsqu'elle ne peut pas raisonnablement être intentée dans l'État tiers où les époux ont leur résidence habituelle. Comme indiqué plus haut, les conditions de ce for devraient faire l'objet d'une interprétation assez large, couvrant tant les cas de véritable impossibilité que ceux d'inexigibilité.

En dehors de ces hypothèses, la compétence des juridictions de l'État dans lequel les deux époux ont leur résidence ne devrait pas pouvoir être concurrencée par une procédure ouverte par l'un des époux dans l'État membre de leur nationalité commune.

ii) Des compétences subsidiaires devraient être plus largement disponibles dans le deuxième scénario, à savoir lorsque les époux n'ont pas (ou plus) leur résidence habituelle dans le même État tiers (et ne souhaitent pas déposer une demande conjointe). Dans cette hypothèse, il n'y a pas un « juge naturel » de la désunion et un risque de conflit entre les juridictions de plusieurs États existe de toute manière. Dès lors, au-delà du for de nécessité, on peut admettre que l'action soit portée devant les juridictions de l'État membre avec lequel les époux ont des liens d'une quelque importance.

Tout d'abord, conformément à ce qui précède, certaines des compétences actuellement prévues à l'article 3 comme des compétences alternatives pourraient – dans une optique de hiérarchisation des fors – être utilisées comme compétences subsidiaires.

Tel est le cas de la compétence fondée sur la résidence habituelle de l'époux demandeur dans un État membre. Au lieu de pouvoir être invoquée à titre alternatif par rapport aux autres compétences de l'article 3, comme c'est le cas aujourd'hui, ce chef de compétence pourrait

---

<sup>67</sup> Certes, cela ne sera pas toujours ainsi, car certains pays appliquent encore, en matière de divorce, le critère de la nationalité commune des époux. Cependant, cette situation devient rare, sans compter que parfois le mécanisme du renvoi permet d'aboutir de toute manière à la loi du for.

<sup>68</sup> Si deux époux français ont leur résidence habituelle en Suisse, les juridictions suisses sont compétentes et très bien placées pour statuer sur une demande en divorce. Elles sont également compétentes pour trancher sur des demandes accessoires et très probablement sur les mesures concernant les enfants. Le droit suisse y sera applicable. Dans de telles circonstances, quel est l'intérêt de permettre à l'un des époux d'ouvrir une procédure devant les juridictions françaises ?

l'être uniquement lorsque les juridictions d'aucun autre État membre ne sont compétentes en vertu des critères principaux mentionnés plus haut<sup>69</sup>.

On peut se demander, en outre, si la légitimité de cette compétence ne devrait pas être renforcée en la soumettant à des conditions supplémentaires. Ainsi, afin d'augmenter sa proximité et sa prévisibilité, notamment dans l'intérêt de l'époux défendeur, il serait préférable qu'elle ne puisse être invoquée que si l'époux demandeur a établi sa résidence habituelle dans un État où les époux avaient résidé ensemble en cours de mariage. En alternative, et afin de promouvoir la concentration du contentieux du divorce, on pourrait soumettre ce for à la condition que les autorités de l'État concerné soient également compétentes pour statuer sur le sort des enfants du couple<sup>70</sup>. En revanche, la solution retenue à l'article 5, lettres a) et b) du Règlement Régimes et consistant à soumettre la compétence de l'État de la résidence habituelle du demandeur à l'accord des deux époux, nous paraît trop restrictive en ce qui est de l'action en divorce.

A l'inverse, il n'est pas justifié de maintenir des conditions de durée minimale de résidence, comme celles qui sont actuellement prévues à l'article 3<sup>71</sup>. En effet, puisque cette compétence suppose, en tout état de cause, que la résidence du demandeur soit « habituelle », sa légitimité ne devrait pas dépendre de la durée de celle-ci. En outre, comme déjà relevé, une distinction selon que l'époux demandeur réside dans son l'État national ou dans un autre État membre paraît difficilement compatible avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité<sup>72</sup>.

Comme suggéré antérieurement, la compétence fondée sur la nationalité commune des époux, actuellement prévue à l'article 3, deviendrait, elle aussi, une compétence subsidiaire. Comme telle, elle peut se justifier car l'époux défendeur présente sans doute un lien avec son État national, même s'il n'y réside pas. Il faut bien reconnaître, cependant, que ce lien n'est pas toujours suffisamment étroit, notamment lorsque l'époux concerné n'a jamais vécu dans cet État. Si l'on veut renforcer la légitimité de ce for, il serait donc préférable d'exiger que des liens supplémentaires existent avec ce pays, à l'instar de ce que nous venons de suggérer pour le *forum actoris*.

À de telles conditions, on pourrait également attribuer la compétence aux juridictions de l'État national de l'époux demandeur ou de l'époux défendeur y compris si cette nationalité n'est pas commune à l'autre époux. En revanche, comme indiqué, la nationalité de l'un ou de l'autre des époux ne devrait pas être suffisante en l'absence d'autres liens avec l'État du for.

Il pourrait être tentant de fonder la compétence des juridictions d'un ou de plusieurs États membres sur la citoyenneté européenne des époux. Autrement dit, même si les époux avaient la nationalité de deux États membres différents, la compétence serait reconnue aux juridictions de chacun de ces États membres. À première vue, un tel « privilège de nationalité européenne » paraît plus acceptable (car moins « nationaliste ») que celui fondé sur la nationalité d'un État membre. Cependant, à y regarder de plus près, cette proposition n'est guère convaincante. En effet, en dehors des cas de requête conjointe (dont il n'est pas question ici), on voit mal pourquoi la compétence des autorités de l'État national de l'un des

---

<sup>69</sup> Comme indiqué plus haut, le *forum actoris* ne devraient pas être disponible lorsque la compétence appartient aux juridictions de l'Etat membre de la dernière résidence habituelle commune des époux (pourvu que l'un d'eux y réside toujours) ou, à défaut, aux juridictions de l'Etat de la résidence habituelle de l'époux défendeur.

<sup>70</sup> Si cette option était choisie, les juridictions de l'État de la résidence habituelle de l'époux demandeur ne seraient compétentes pour statuer sur la demande en divorce que si les enfants du couple avaient, eux aussi, leur résidence habituelle dans cet État.

<sup>71</sup> Six ou douze mois, selon que le demandeur possède ou non la nationalité de l'État dans lequel il a sa résidence habituelle.

<sup>72</sup> Cf. *supra*, note 47.

époux, en soi contestable, deviendrait plus légitime du seul fait que l'autre époux a la nationalité d'un *autre* État membre<sup>73</sup>.

Outre qu'en combinaison avec la nationalité ou la résidence actuelle d'un époux, une ancienne résidence habituelle des époux pourrait également constituer, à elle-même, un critère d'attribution de compétence subsidiaire. Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 3 du Règlement, les autorités de l'État de la dernière résidence habituelle commune des époux sont d'ores et déjà compétentes à titre principal, pourvu l'un d'entre eux y réside encore au moment de l'action. Comme indiqué plus haut, ce chef de compétence devrait sans doute être maintenu en cas de refonte du Règlement. En plus, la dernière résidence habituelle commune des époux dans un État membre pourrait fonder une compétence subsidiaire même si aucun des époux ni réside plus au moment de l'introduction de l'action, comme cela a du reste été proposé par la Commission en 2006<sup>74</sup>. En effet, ce critère est sans doute l'expression d'un lien à la fois significatif et commun aux époux. Il n'est pas exclu que même une résidence habituelle commune antérieure à la dernière puisse suffire pour établir une compétence subsidiaire, à condition que les époux aient vécu dans ce pays pendant une période suffisamment significative<sup>75</sup> et à une époque pas trop éloignée de l'ouverture de l'action en divorce<sup>76</sup>.

En revanche, contrairement à ce qui est prévu dans le droit de certains États membres<sup>77</sup>, le lieu de célébration du mariage ne devrait pas constituer, en tant que tel, un critère suffisant pour fonder la compétence en matière de divorce. S'il ne coïncide pas avec le lieu de résidence habituelle des époux ou avec leur nationalité ce lien paraît peu significatif. Il en va autrement pour une action en annulation du mariage.

#### d) Les restrictions à l'utilisation des compétences résiduelles

La dernière question qui se pose en relation avec les compétences subsidiaires porte sur l'opportunité de maintenir ou non les restrictions actuellement prévues à l'article 6 du Règlement (l'article 6, paragraphe 2, de la proposition de 2016). À présent, ces restrictions sont applicables aux compétences résiduelles résultant des règles nationales des États membres, mais la question de leur pertinence se posera également si le renvoi aux règles nationales est remplacé par des compétences uniformes. A notre avis, la réponse devrait être négative.

La première restriction, en vertu de laquelle les compétences résiduelles ne peuvent être invoquées contre un défendeur ayant sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre (article 6, lit. a)), est – à bien y regarder – déjà actuellement sans objet. En effet, lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans un État membre, les juridictions de cet État sont compétentes de toute manière en vertu de l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>. Dès lors, déjà pour cette raison, il n'est pas possible de faire valoir des compétences résiduelles. Cela ne devrait pas changer lors d'une future révision, car le chef de compétence fondé sur la résidence du défendeur devrait être maintenu parmi les compétences générales.

---

<sup>73</sup> Et si l'on considère que la nationalité de l'un des époux doit être admise comme un critère de compétence subsidiaire à condition qu'elle s'accompagne des autres liens que nous avons évoqués plus haut, le fait que l'autre époux possède la nationalité d'un autre État européen ne paraît pas pertinent.

<sup>74</sup> V. l'article 7 de la proposition de 2006, COM(2006) 399 final.

<sup>75</sup> Ainsi, l'article 7 de la proposition de 2006 (cf. art. 7) soumettait la compétence des juridictions de l'État membre d'une précédente résidence habituelle des époux à la condition que celle-ci ait duré pendant trois années au moins.

<sup>76</sup> On pourrait, par exemple, exiger que les époux aient eu leur résidence habituelle commune dans cet État dans les cinq années précédentes l'ouverture de l'action en divorce, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 10, paragraphe 1, lit. b), du Règlement Successions.

<sup>77</sup> V. *supra*, note 64.

Quant à la deuxième restriction, en vertu de laquelle le recours aux compétences résiduelles est exclu lorsque le défendeur a la nationalité d'un État membre (article 6, lit. b)), elle soulève, déjà à présent, des problèmes d'interprétation qui n'ont pas encore été résolus par la jurisprudence<sup>78</sup>. Qui plus est, ce « privilège de nationalité européenne » ne paraît pas vraiment justifié par des raisons objectives. Il convient de considérer que les actuelles compétences résiduelles ne sont applicables que si le défendeur a sa résidence habituelle dans un État tiers ; il en ira de même, probablement, des futures compétences subsidiaires uniformes. Or, on voit mal pour quelle raison un époux ayant sa résidence habituelle à l'extérieur de l'Union devrait être « protégé » contre l'ouverture d'une action en divorce devant les juridictions d'un État membre lorsqu'il a la nationalité européenne, alors qu'il ne l'est pas s'il a la nationalité d'un État tiers.

Un exemple aidera à clarifier nos propos. Supposons qu'une précédente résidence habituelle des époux dans un État membre soit retenue, à l'avenir, comme un critère de compétence subsidiaire pouvant être invoqué, comme nous l'avons suggéré, lorsque les époux vivent dans deux États tiers différents. Supposons maintenant qu'un époux, résident aux États-Unis, et son épouse, résidente au Canada, aient eu, par le passé, leur résidence habituelle commune en France. Si l'épouse a la nationalité canadienne (ou celle d'un autre État tiers) l'époux pourra ouvrir action en divorce devant les juridictions françaises ; en revanche, il ne pourrait pas le faire si l'épouse avait la nationalité italienne (ou celle d'un autre État membre). Pourquoi cette différence ? En l'absence d'une justification objective, cette restriction ne devrait pas être maintenue.

## B. L'amélioration de la coordination entre les juridictions nationales

Outre les éventuelles restrictions de la pluralité des compétences, d'autres mesures peuvent être envisagées pour corriger certains inconvénients de l'actuel système par une meilleure coordination entre les juridictions des États membres. D'une part, on pourrait repenser certains aspects du régime de la litispendance ; d'autre part, un mécanisme de transfert d'action pourrait éventuellement être adopté.

### 1. Les règles de litispendance

#### a) L'assimilation de la séparation au divorce

En principe, la règle de litispendance de l'article 19 du Règlement, fondée sur un critère strictement chronologique, constitue un contrepois efficace à la pluralité des fors en évitant que des procédures parallèles puissent prospérer simultanément devant les juridictions de plusieurs États membres. Il s'agit d'une règle importante qui devrait être maintenue, dans les grandes lignes, lors d'une révision du chapitre II du Règlement, même si – dans un système de compétences hiérarchisées tel que nous le proposons – son importance s'en trouverait grandement diminuée.

Cependant, en mettant sur un pied d'égalité toutes les actions matrimoniales régies par le Règlement (à savoir en divorce, en séparation et en annulation du mariage), ce mécanisme va à certains égards trop loin et aboutit parfois à des résultats peu convaincants. Ainsi, lorsqu'une action en séparation a été introduite en premier lieu devant les juridictions d'un

---

<sup>78</sup> Ainsi, il n'est pas clair si la protection que l'article 6, lit. b), assure à l'époux ayant la nationalité d'un État membre profite à celui-ci même lorsqu'il est attiré, en vertu d'une règle nationale, devant les juridictions de l'État dont il est ressortissant. Une lecture restrictive est justement proposée par C. González Beilfuss, *Jurisdiction rules in matrimonial matters...*, article préc., p. 59 s., et E. Gallant, *Règlement Bruxelles II bis...*, article préc., n° 122.

État membre, le juge saisi postérieurement d'une action en divorce doit sursoir à statuer et ensuite se dessaisir, comme la Cour de justice l'a confirmé dans un arrêt de 2015<sup>79</sup>. Cette obligation peut entraîner des retards injustifiés, à tout avantage de l'époux qui s'oppose au divorce.

Certes, l'époux qui souhaite obtenir le divorce peut généralement le demander devant le juge premier saisi, dont la compétence repose alors sur l'article 4 du Règlement (action reconventionnelle). En outre, si une telle demande reconventionnelle de divorce n'a pas été déposée à temps, l'article 19, paragraphe 3 permet de la transférer devant la juridiction première saisie une fois que la juridiction saisie en deuxième lieu s'est dessaisie pour cause de la litispendance. Dans ces hypothèses, la procédure en divorce pourra généralement se poursuivre devant la juridiction première saisie.

Tel n'est pas le cas, toutefois, lorsque le droit applicable devant cette juridiction ne permet pas d'obtenir immédiatement le divorce, faisant dépendre la dissolution du mariage soit d'une longue période de séparation de fait, soit d'une séparation judiciaire préalable (ou des deux). Dans ce cas, la juridiction première saisie ne pourra se prononcer que sur la demande en séparation. Ce n'est qu'après la décision autorisant la séparation que l'action en divorce pourra être intentée une nouvelle fois devant la juridiction qui avait été saisie en deuxième lieu, la situation de litispendance ayant entre-temps cessé.

Un exemple aidera à mieux comprendre. Supposons que, sous l'empire du texte actuel du Règlement, des époux irlandais ayant leur résidence en Suède vivent séparés depuis six mois. L'un d'eux ouvre une action en séparation en Irlande en application du droit irlandais, l'autre réagit avec une action en divorce en Suède en application du droit suédois. Le tribunal suédois, saisi en deuxième lieu, devra sursoir à statuer et ensuite se dessaisir, une fois que le tribunal irlandais aura admis sa compétence. L'époux qui avait demandé le divorce en Suède ne peut pas « transférer » cette demande en Irlande en application de l'article 19, paragraphe 3, du Règlement, car le droit irlandais – applicable dans ce pays en tant que *lex fori* – ne permet d'obtenir le divorce qu'après une période de séparation de quatre ans. Il devra donc attendre que la séparation soit prononcée en Irlande. Ce n'est qu'après la séparation que le divorce pourra à nouveau être demandé en Suède, où il sera probablement prononcé sans attendre, la période de séparation exigée par la loi de ce pays n'étant que de six mois.

Dans de tels cas, la règle de litispendance – telle qu'elle est conçue à l'art. 19 – est à l'origine d'un retard qui n'a aucune véritable justification. Ce faisant, elle encourage les tactiques procédurales dilatoires des parties<sup>80</sup>.

Certes, de tels effets pervers de la litispendance seraient voués à disparaître si l'éventail de compétences alternatives de l'article 3 était remplacé par des compétences strictement hiérarchisées, selon le modèle que nous avons esquissé ci-dessus. Ils subsisteront toutefois tant que des compétences concurrentes (principales ou subsidiaires) sont maintenues. Pour les éviter deux correctifs peuvent être envisagés.

Le premier serait de repenser l'alignement des procédures de divorce et de séparation de corps telle qu'il est prévu à l'article 19, paragraphe 1, du Règlement. L'obligation de la juridiction deuxième saisie de sursoir et, ensuite, de se dessaisir paraît entièrement justifiée lorsque l'action en divorce a été intentée en premier lieu, suivie par une demande en séparation : en effet, si le divorce est bel et bien prononcé, la demande en séparation deviendra sans objet. En revanche, comme il ressort de ce que nous venons de dire, la litispendance ne devrait pas pouvoir jouer lorsque l'action en séparation a été intentée en premier lieu, car dans ce cas la décision ne pourra de toute manière pas faire obstacle à l'ouverture d'une nouvelle procédure en divorce.

---

<sup>79</sup> CJUE 16 juillet 2015, *A c. B*, C-184/14, préc., par. 33 ss.

<sup>80</sup> Th. Rauscher, *EuZPR-EuIPR...*, *op. cit.*, Art. 19 Brüssel IIa-VO, n° 32 ss; P. Mankowski, Art. 19, *in U. Magnus et P. Mankowski, op. cit.*, n° 37.

Si une telle distinction permettrait de contrer des démarches dilatoires, son inconvénient est de permettre à deux procédures, l'une en séparation et l'autre en divorce, de prospérer parallèlement devant les juridictions de deux États membres.

La deuxième solution – plus raffinée mais également plus compliquée dans sa mise en œuvre – consiste à perfectionner le mécanisme de l'article 19, paragraphe 3, du Règlement en précisant que – suite au « transfert » de l'action qui avait été introduite en deuxième lieu – la juridiction première saisie devra statuer sur cette action *en application du même droit qui aurait été applicable devant la juridiction deuxième saisie*<sup>81</sup>. Dans notre exemple précédent, l'époux qui avait intenté l'action en divorce devant les juridictions suédoises pourrait alors « transférer » cette action devant le juge irlandais premier saisi, car celui-ci devrait statuer sur cette demande en application du droit qui aurait été applicable en Suède, à savoir le droit suédois de la résidence habituelle des époux. Un tel mécanisme est appliqué, aux États-Unis, dans le cas particulier de « transfer of venue » entre les cours fédérales<sup>82</sup>. Son inconvénient est qu'il conduit la juridiction première saisie à devoir appliquer les règles de conflit en vigueur dans un autre État et ensuite, au moins dans un certain nombre de cas, un droit matériel étranger.

## b) Les relations avec les États tiers

Le problème que nous venons de discuter se pose au sein même de l'Union européenne, lorsque les juridictions de deux États membres sont saisies en parallèle. C'est uniquement ce cas de figure qui est régi par l'article 19 du Règlement Bruxelles II *bis*. En revanche, ce texte ne contient pour l'instant aucune disposition concernant le cas où une action matrimoniale est déjà pendante dans un État non membre. Pourtant, les compétences très étendues du Règlement sont souvent à l'origine de procédure parallèle impliquant des États tiers.

Dans une telle hypothèse, dans le silence du Règlement, il est probablement possible d'appliquer les règles nationales qui, dans bien des États membres, régissent la litispendance internationale. En France et dans d'autres États membres, l'applicabilité de ces règles a été admise<sup>83</sup>.

Cependant, puisque l'effet des règles nationales de litispendance serait de permettre (ou d'imposer) à la juridiction compétente en vertu du Règlement de sursoir à statuer, voire même de se dessaisir au profit des juridictions d'un État tiers, leur compatibilité avec le droit européen est encore sujette à caution. Certaines *dicta* dans l'arrêt *Owusu* alimentent l'incertitude<sup>84</sup>.

Qui plus est, des règles nationales de litispendance internationale n'existent pas dans tous les États membres. Ainsi, les juridictions anglaises ont recours, dans ces cas, à la doctrine du *forum non conveniens*, dont l'utilisation – exclue par la Cour de justice dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles et du Règlement Bruxelles I<sup>85</sup> – a été jugée

<sup>81</sup> C. González Beilfuss, *Jurisdiction rules in matrimonial matters...*, article préc., p. 66. V. aussi B. Ancel et H. Muir Watt, *La désunion européenne...*, article préc., p. 430. Les commentateurs considèrent que le texte actuel de l'article 19 ne permet pas d'admettre cette solution : Th. Rauscher, *EuZPR-EuIPR...*, *op. cit.*, Art. 19 Brüssel IIa-VO, n° 55 ; P. Mankowski, Art. 19, *in* U. Magnus et P. Mankowski, *op. cit.*, n° 83.

<sup>82</sup> Depuis l'arrêt de la Cour Suprême dans le cas *Van Dusen v. Barrack*, 376 U.S. 612 (1964).

<sup>83</sup> Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 septembre 2015, *AJ Famille* 2015, p. 611, obs. A. Boiché. V. aussi Th. Rauscher, *EuZPR-EuIPR...*, *op. cit.*, Art. 19 Brüssel IIa-VO, n° 15 ; P. Mankowski, Art. 19, *in* U. Magnus et P. Mankowski, *op. cit.*, n° 14.

<sup>84</sup> CJUE 1<sup>er</sup> mars 2005, C-281/02, *Owusu*, Rec. I-1383. Comme on le sait, dans ce jugement la Cour a jugé que la compétence des juridictions de l'État du domicile du défendeur, résultant de l'article 2 de la Convention de Bruxelles, « a un caractère impératif » et qu'il ne peut y être dérogé « que dans des cas expressément prévus par ladite convention ». Compte tenu de cela, des doutes subsistent quant à la possibilité pour les juridictions des États membres de sursoir à statuer et de se dessaisir en application des règles nationales de litispendance.

<sup>85</sup> ECJ, C-281/02, *Owusu*, préc.

compatible avec le Règlement Bruxelles II *bis* par la *Court of appeal*<sup>86</sup>. D'autres États membres n'ont tout simplement aucune règle permettant de tenir compte de la litispendance internationale en dehors des cas prévus dans les textes européens.

Dans ce contexte, il paraît souhaitable qu'une solution soit prévue dans le Règlement lui-même. L'article 33 du Règlement Bruxelles I *bis* peut constituer un modèle, qui devrait cependant être adapté aux particularités des causes matrimoniales.

## 2. L'introduction du transfert d'action

Une autre modification qui pourrait être envisagée afin d'améliorer le fonctionnement des règles de compétence en matière de divorce est l'introduction d'un mécanisme de transfert d'action, sur le modèle de ce qui est prévu, pour les procédures relatives à la protection de mineurs, à l'article 15 du Règlement.

Bien que peu utilisée en pratique, cette possibilité est intéressante. L'introduction d'une règle similaire pour les causes matrimoniales pourrait s'avérer utile pour éviter les procédures parallèles et promouvoir la concentration du contentieux. Cependant, il convient de l'encadrer strictement afin d'éviter que l'attribution au juge d'une marge de discrétion trop étendue n'introduise une couche supplémentaire d'incertitude attisant le contentieux, comme c'est souvent le cas dans les pays anglo-saxons qui appliquent la doctrine du *forum non conveniens*. À cette fin, contrairement à ce qui a été proposé<sup>87</sup>, il serait préférable de ne pas simplement étendre la disposition de l'article 15 du Règlement aux procédures de divorce, mais il conviendrait d'adapter celle-ci aux besoins spécifiques de cette matière. À cet effet, trois considérations nous semblent importantes.

En premier lieu, il convient de noter que l'article 15 permet – même si à titre exceptionnel – un transfert d'action de la juridiction normalement compétente (celle de l'État de la résidence habituelle du mineur) au profit de juridictions qui sont incompétentes en vertu des règles ordinaires<sup>88</sup>. En matière de divorce, en revanche, compte tenu de la pluralité de juridictions compétentes, le transfert ne devrait pas avoir pour but d'en élargir encore davantage l'éventail, mais plutôt d'allouer de manière optimale les procédures entre les fors potentiellement disponibles. Dès lors, le mécanisme du transfert, s'il est adopté, ne devrait pouvoir fonctionner qu'entre les juridictions compétentes en vertu de l'actuel article 3 (soient elles maintenues en tant que compétences principales ou transformées en compétences subsidiaires). Tout au plus, si certaines compétences actuellement prévues à l'article 3 devaient être supprimées (le for de la résidence habituelle du demandeur ou celui de la nationalité commune par exemple), on pourrait envisager que le transfert d'action puisse avoir lieu à leur profit.

Le transfert d'action, si introduit en matière de divorce, devrait être soumis à une deuxième restriction, inconnue en matière de protection de mineurs. L'article 15 du Règlement s'adresse en premier lieu au « juge naturel » du contentieux des mineurs – celui de la résidence habituelle du mineur – lui permettant de transférer l'action aux juridictions d'un autre État, si l'intérêt prépondérant du mineur l'impose. La priorité de cet objectif ressort clairement du texte de la disposition, comme la Cour de justice vient de confirmer dans sa première décision *y relative*<sup>89</sup>. En revanche, en matière de divorce, en dépit de l'indéniable utilité d'un tel transfert dans certaines circonstances, aucun intérêt n'est clairement prépondérant. Dès lors, ce mécanisme ne devrait pas être utilisé pour remettre en cause la compétence des juridictions qui bénéficient d'une légitimité particulière. Tel est le cas des juridictions de l'État où les

---

<sup>86</sup> *Mittal v Mittal* [2013] EWCA Civ 1255.

<sup>87</sup> V. J. Borg-Berthet, *Jurisdiction in matrimonial matters...*, étude préc., p. 34 ss.

<sup>88</sup> CJUE 27 octobre 2016, *Child and Family Agency c. J. D.*, affaire C-428/15, par. 47 s.

<sup>89</sup> CJUE 27 octobre 2016, *Child and Family Agency c. J. D.*, affaire C-428/15, par. 42 ss.

deux époux ont leur résidence habituelle. Comme indiqué, ce juge est le « juge naturel » du divorce ; comme tel il ne devrait pas pouvoir se dérober de sa compétence, même si d'autres objectifs importants semblent le justifier. Il en va de même de la juridiction saisie d'une demande conjointe en vertu de l'article 3 du Règlement. Dès lors, un transfert ne devrait être possible que lorsque la demande en divorce est intentée devant les juridictions d'un État membre dont la compétence repose sur l'un des autres critères de l'actuel article 3 ou sur l'un des critères de compétence subsidiaires qui pourraient être introduits à l'avenir.

En troisième lieu, la discrétion judiciaire doit être bien encadrée en précisant les circonstances pouvant justifier un transfert d'action. En effet, alors que le pouvoir discrétionnaire attribué au juge par l'article 15 est clairement asservi à l'intérêt supérieur de l'enfant, un objectif clairement prépondérant ne pourrait guère être identifié en matière de divorce.

Parmi les possibles fonctions du mécanisme de transfert, la plus importante est probablement la prévention du morcellement du contentieux. Ainsi, lorsque le juge saisi de la demande de divorce se sait incompétent pour statuer sur certaines conséquences de celui-ci (telles que la liquidation du régime ou la protection des enfants), un transfert d'action au profit d'une juridiction pouvant exercer une compétence générale éviterait l'éclatement du contentieux. Ceci à plus forte raison lorsque cette juridiction a déjà été saisie d'une demande concernant l'un ou l'autre des effets accessoires du divorce.

Par un transfert d'action, on peut également rétablir la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative. Lorsque le juge saisi de l'action en divorce (et éventuellement de certains effets accessoires de celui-ci) doit – par effet des règles de conflit<sup>90</sup> – appliquer un droit étranger, les coûts et les difficultés de cet exercice peuvent être évités par un transfert d'action au profit des juridictions de l'État dont la loi est applicable. Un mécanisme de ce type est également prévu par l'article 6, lit. a), du Règlement Successions pour le cas où le *de cuius* aurait soumis la succession à sa loi nationale. Dans le contexte du divorce, si le transfert devait avoir (également) cet objectif, il faudrait lui reconnaître un champ d'application plus large car – outre le choix de loi par les époux (article 5 du Règlement Rome III) – d'autres rattachements peuvent également conduire à une dissociation entre la compétence et le droit applicable.

Enfin, un transfert d'action peut s'avérer précieux pour contrecarrer une action intentée dans un but abusif ou vexatoire<sup>91</sup>. Tel est le cas lorsqu'il apparaît, à la lumière des circonstances, que l'un des époux a saisi les juridictions d'un État d'une demande en divorce ou en séparation au seul but de mettre l'autre époux en difficulté, l'obligeant à puiser dans ses ressources limitées pour organiser efficacement sa défense.

Ces différents possibles objectifs – ou certains d'entre eux – devraient être clairement précisés – soit dans le texte même du Règlement, soit dans un considérant – afin de guider l'appréciation discrétionnaire des juridictions des États membres.

#### IV. Conclusions

Bien que négligées dans la proposition de révision, les règles de compétence prévues par le Règlement Bruxelles II *bis* devraient être repensées. Leur révision pourraient s'articuler autour des axes suivants :

---

<sup>90</sup> Peu importe que ces règles de conflit soient contenues dans un autre Règlement européen (le Règlement Rome III ou le Règlement Régimes), ou dans le Protocole de La Haye sur les obligations alimentaires, ou dans le droit du for.

<sup>91</sup> Dans la proposition de J. Borg-Berthet, *Jurisdiction in matrimonial matters...*, étude préc., p. 35, le transfert est possible « if the institution of proceedings in the court first seised is manifestly oppressive or vexatious to either party ».

1. En cas de demande conjointe, les époux devraient pouvoir saisir, à leur choix, les juridictions de l'État dans lequel l'un d'eux a sa résidence habituelle ou celles de l'État dont l'un d'eux possède la nationalité (sans préjudice d'une éventuelle élection de for).
2. Les autres règles de compétences de l'article 3 du Règlement Bruxelles II *bis* devraient être re-organisées de manière hiérarchique. Ainsi, la compétence devrait être reconnue en premier lieu aux juridictions de l'État de la résidence habituelle commune des époux ; *à défaut*, à celles de l'État de la dernière résidence habituelle commune (à condition que l'un des époux y réside toujours) ; *à défaut*, à celles de l'État de la résidence de l'époux défendeur.
3. La compétence des juridictions de l'État de la résidence habituelle de l'époux demandeur ne devrait être admise que si les critères mentionnés au point 2 n'établissent la compétence des juridictions d'aucun État membre. En outre, afin d'en renforcer la légitimité, elle pourrait soumise à l'existence de liens additionnels entre les époux et l'État concerné (une précédente résidence habituelle commune dans cet État, par exemple) ou à la condition que ces juridictions soient également compétentes pour prendre les mesures concernant les enfants. En revanche, aucune condition de durée de la résidence habituelle ne devrait être prévue.
4. La compétence des juridictions de l'État de la nationalité commune ne devrait être admise que si les critères mentionnés au point 2 n'établissent la compétence des juridictions d'aucun État membre. En outre, elle devrait être soumise à la condition que les époux n'ont pas leur résidence habituelle dans un même État tiers. Afin d'en renforcer la légitimité, elle pourrait soumise à l'existence de liens additionnels entre les époux et l'État concerné (une précédente résidence habituelle commune, par exemple) ou à la condition que ces juridictions soient également compétentes pour prendre les mesures concernant les enfants.
5. A défaut des critères mentionnés au point 3, et pourvu que les époux n'aient pas leur résidence habituelle dans le même État tiers, la compétence pourraient également être reconnue aux juridictions de l'État membre d'une précédente résidence habituelle des époux, même si aucun d'entre eux n'y réside au moment de l'action, à condition que les époux aient vécu dans ce pays pendant une période suffisamment significative et à une époque pas trop éloignée de l'ouverture de l'action en divorce.
6. Enfin, un for de nécessité devrait être prévu à titre subsidiaire afin de donner compétence aux juridictions d'un État membre avec lequel il existe un lien significatif, lorsque l'action ne peut raisonnablement être intentée dans un État tiers. Ce for devrait faire l'objet d'une interprétation suffisamment souple afin de garantir un accès efficace à la justice.
7. Les fors prévus par le Règlement devraient être exhaustifs. Le renvoi à des compétences résiduelles prévues par le droit des États membres devrait être supprimé.
8. La règle de litispendance de l'actuel article 19 du Règlement devrait être maintenue, mais avec quelques aménagements visant à éviter des retards injustifiés, notamment pour le cas où une action en séparation est intentée avant l'action en divorce.
9. Une règle de litispendance couvrant les procédures parallèles entre États membres et États tiers devrait être adoptée selon le modèle du Règlement Bruxelles I *bis*.
10. Un mécanisme de transfert d'action sur le modèle de l'article 15 du Règlement Bruxelles II *bis* pourrait être envisagé, à la condition d'être strictement encadré.

BROUILLON