

Quelques réflexions et propositions sur le projet divorce

1) Sur la question de la **compétence subsidiaire de l'art. 9** ("privilège de nationalité), vous connaissez mes objections, que Etienne a du reste eu l'amabilité d'inclure dans le document qu'il nous a envoyé.

Ma solution préférée serait de supprimer tout simplement cet article.

Cependant, afin de tenir compte de certains soucis qui avaient été exprimés (notamment par Paco si je me rappelle bien, je propose que l'**article 11(2) (for de nécessité)** soit précisé par l'ajout d'une dernière phrase aux termes de laquelle "La nationalité de l'Etat de la juridiction saisie constitue un tel lien suffisant". Cet ajout permettrait d'éviter que l'application de l'art. 11 puisse être refusée nonobstant l'existence d'un lien de nationalité avec l'Etat membre du for. Ainsi précisé, l'art. 11 pourrait s'appliquer dans le cas (évoqué par Paco dans un vieux message) de la femme espagnole qui, après avoir vécu dans un pays arabe avec son mari, revient en Espagne et souhaite obtenir rapidement le divorce.

Si cette précision n'est pas considérée suffisante (en raison des incertitudes inhérentes au for de nécessité), je serais prêt à accepter – dans un esprit de compromis – deux autres éventuelles modifications (alternatives ou, dans le pire des cas, cumulatives !):

L'une pourrait figurer à l'**art. 4(2)(d) (compétence générale)** : afin de faciliter l'introduction de l'action en divorce de la part d'un citoyen européen qui, après la séparation de son conjoint avec qui elle/il vivait dans un Etat tiers, revient s'installer au sein de l'Union, on pourrait également ajouter à cette disposition, après « la résidence habituelle du demandeur... », la phrase « s'il a la nationalité d'un Etat membre ou ... ». L'effet serait que le citoyen européen ayant fixé sa résidence habituelle dans un Etat membre, ne serait pas soumis à la condition de durée d'une année qui est actuellement prévu par cette disposition.

L'avantage par rapport à l'art. 9 est que la compétence ne résulterait pas de la seule nationalité, mais de la double condition de la résidence habituelle dans un Etat membre + la nationalité.

Cette précision semble rapprocher l'art. 4(2)(d) du texte de l'actuel art. 3 du Règlement Bruxelles IIbis (ou aller même plus loin car le Règlement exige, dans le cas d'un ressortissant du for, une période de 6 mois de résidence), cependant elle s'en distingue (et est meilleure) sous deux profils :

- d'une part, elle ne requiert pas que le demandeur ait la nationalité de l'Etat de résidence, mais se contente de la citoyenneté européenne (évitant ainsi une discrimination des Européens qui ne résident pas dans leur Etat national) ;
- d'autre part, et surtout !!!, en raison de la structure hiérarchique de l'art. 4 ce n'est pas une compétence alternative mais subsidiaire aux autres, ce qui a pour effet qu'elle ne serait applicable que si l'autre époux réside dans un Etat non membre.

L'autre éventuelle modification (que je propose à titre subsidiaire !) est la suivante : maintenir l'**art. 9** mais le soumettre à une condition additionnelle, à savoir « que les époux aient leur résidence habituelle dans deux Etats tiers distincts » (ou à l'inverse « qu'il n'aient pas leur résidence habituelle dans le même Etat tiers »). En effet, comme je le relevait à l'époque, l'art. 9 a un effet particulièrement dérangeant lorsque les époux sont établis, au moment de la

requête de divorce, dans le même Etat tiers : c'est en effet dans ce cas que la disposition entre en conflit avec la juridiction d'un Etat (celui de la résidence habituelle des époux) qui sont généralement compétentes et particulièrement bien placées pour trancher sur le divorce (ainsi que sur ses effets accessoires et généralement aussi sur les questions de responsabilité parentale). Et l'art. 11 resterait en tout cas applicable lorsque les autorités de l'Etat de la résidence commune ne donnent pas de garanties suffisantes.

En revanche, si les époux vivent dans deux Etats tiers distincts, il existe déjà un conflit potentiel entre les juridictions de ces deux Etats : l'art. 9 y ajoute certes une couche à mon avis malheureuse, mais sa fonction devant plus acceptable.

2) Sur la question des **accords de divorce non juridictionnels**

Je comprends les observations de Christian, Hélène, Hans et des autres qui défendent le texte élaboré à Anvers, mais il faut bien reconnaître que le nouveau texte du Règlement change quelque peu la donne... Notre projet était (peut être) supérieur, mais il me semble que la proposition d'une approche entièrement différente par rapport à celle qui vient d'être retenue par le législateur ne peut se justifier que si cette dernière parvient à des résultats inacceptables – ce qui à première vue ne me semble pas être le cas.

Je propose donc de laisser de côté les préférences théoriques et d'avoir une approche pragmatique.

Sur ce plan, les objections contre la méthode de la reconnaissance me semblent de deux ordres :

1) Comme l'écrit justement Christian, il convient de s'assurer que le divorce consensuel non « filtré » par un juge respecte « les principes d'égalité des parties et de fairness procédurale ». En d'autres termes, il faut s'assurer que les époux étaient bien informés et qu'ils ont réellement voulu conclure l'accord de divorce.

Or, il me semble que la méthode conflictuelle, en renvoyant à une loi étrangère (qui peut être même celle d'un Etat tiers et dont on ne connaît pas le contenu) ne garantit pas forcément cet objectif, pas plus que la méthode de la reconnaissance...

Ne serait-il pas plus approprié de formuler une règle de droit international privé matériel, en prévoyant, comme condition pour la reconnaissance, que les époux aient été informés des conséquences juridiques de leur accord et que leur consentement bien réel ? (c'est un peu ce que nous faisons à l'art. 43 en exigeant l'acceptation par l'autre époux des divorces unilatéraux type talak) Avec une telle approche, le choix entre méthode de reconnaissance ou méthode conflictuelle devient moins central.

2) Reste un autre problème (qui est du reste un grand classique de la méthode de la reconnaissance) : comment garantir l'existence d'un lien entre les époux et l'Etat d'origine du divorce en cause. En filigrane la question est : devons-nous limiter l'accès à ce type de divorce aux époux qui ont un lien avec l'Etat dont la loi le prévoit ? et si oui, comment ce lien doit-il être défini ?

Là aussi il me semble – mais je raisonne à haute voix... - qu'une issue pragmatique serait envisageable, sans choisir forcément entre une méthode ou l'autre.

Je pars du constat qu'un accord de divorce repose par définition sur un consentement. Cela étant, il me semble que le choix par les époux devrait de toute manière être déterminant – que ce soit dans le cadre de la méthode conflictuelle ou de la méthode de la reconnaissance. En effet, la loi applicable au divorce peut être choisie par les époux, de même que la juridiction compétente (bien évidemment avec les limites prévues à cet effet, qui dans notre projet se recoupent largement dans les deux cas : nationalité ou résidence habituelle de l'un des époux). Or, il me semble que la conclusion d'un accord de divorce conformément à une loi déterminée indique clairement la volonté des époux de faire un tel choix (choix de loi ou choix de compétence, peu importe finalement). Du coup, les règles objectives sur la loi applicable ou sur la compétence juridictionnelle ne devraient pas être déterminantes.

En d'autres mots : l'autonomie encadrée des parties devrait être le facteur déterminant.

Voici donc ma proposition « pragmatique » : « Un accord de divorce est reconnu s'il a été conclu et enregistré conformément à la loi nationale ou à la loi de la résidence habituelle de l'un ou de l'autre des époux.

Néanmoins, sa reconnaissance sera refusée s'il apparaît qu'avant sa conclusion, l'un des époux n'a pas été correctement informé des effets de cet accord ou si son consentement n'était pas entièrement libre.

En outre, l'accord ne produira aucun effet s'il est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat du for [ou avec un jugement ayant l'autorité de la chose jugée dans cet Etat...] ».

Bien évidemment, cela ne pourrait fonctionner que pour les accords de divorce, et pas pour les divorces unilatéraux non juridictionnels (talaq). Pour ceux-ci l'art. 43 pourrait être maintenu, ce d'autant que la question n'est pas abordée par le nouveau règlement.

AB/11.9.2019