

Projet de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière de divorce.

Proposé par le GEDIP à sa session d'Anvers (Septembre 2018)

Présentation générale

Le projet GEDIP relatif au divorce vise à proposer à la discussion générale un texte relatif au droit du divorce, dans toutes ses dimensions internationales, sur le modèle de ce qui a pu être fait en matière de successions, de régimes matrimoniaux ou d'obligations alimentaires.

Le point de départ est celui des règlements Rome 3 et Bruxelles 2, dont on a tenté d'extraire les questions spécifiques de divorce et de modifier les éléments qui paraissent les plus contestables.

Le présent rapport attire simplement l'attention sur quelques-unes des modifications principales.

Sur le champ d'application

Trois points semblent importants à noter.

Le premier est l'inclusion très claire des mariages entre personnes de même sexe. Ceux-ci relèvent incontestablement de la catégorie « mariage » et, de ce fait, leur rupture de celle de « divorce ». Il a semblé tout à fait impossible de ne pas les inclure, même si le groupe est évidemment conscient des difficultés politiques susceptibles d'être soulevées par cette inclusion. En revanche, il est précisé, pour autant que de besoin, que le texte ne vise pas la dissolution du partenariat.

Le deuxième est l'exclusion des actions en nullité du mariage. Il y a sur ce point une différence entre les règlements 2201/2003 (qui l'inclut) et 1259/2010 (qui l'exclut). L'autonomie de la qualification et, de ce fait, des règles de conflit de lois, de même que celle des actions en nullité (notamment l'implication fréquente du ministère public) ont conduit à préférer la solution de l'exclusion généralisée.

Cette exclusion pose une difficulté particulière en matière de questions préliminaires et cette difficulté a justifié une solution un peu différente de celle envisagée à Anvers (inspiré de l'article 2(2) 3 de la convention de La Haye sur l'élection de for). Le nouveau projet d'article 1§3 permet ainsi de ne pas exclure radicalement une demande préalable en nullité du mariage, bien que celle-ci soit formellement exclue du champ d'application du règlement.

Enfin, on notera l'inclusion des divorces « non juridictionnels », définis à l'article 3§2 par opposition aux divorces juridictionnels visés à l'article 3§1, dont le régime est fixé par le chapitre 5.

Sur la compétence

Le chapitre sur la compétence a été sensiblement modifié par rapport au règlement 2201/2003.

D'une part, les règles de compétence ordinaires prévoient désormais une échelle de chefs de compétence en cascade, dont l'objectif est de lutter contre l'éclatement du contentieux autorisé par l'actuel article 3. Dans ce cadre, est tout particulièrement à noter la disparition de la compétence fondée sur la nationalité et la hiérarchisation des critères de compétence.

D'autre part, est insérée la possibilité de conclure une clause attributive de juridiction. L'équilibre choisi est celui d'un mécanisme d'autonomie de la volonté encadré, pouvant avoir lieu à tout moment, mais dont les effets peuvent à titre exceptionnel être écartés par le juge si la clause s'avère manifestement déraisonnable à l'égard d'une partie.

L'article 6 vise à traiter de la question d'une clause désignant le tribunal d'un État non membre. Son objectif est de parvenir à un équilibre entre l'efficacité de la clause et la compétence des tribunaux de l'Union. Le second paragraphe (dont la formulation a évolué depuis Anvers pour plus de précision) vise à empêcher qu'un litige « interne » soit « internationalisé » par une clause attributive de juridiction au bénéfice d'un État tiers.

Enfin, est introduite une règle dite de « compétence résiduelle », qui ouvre une compétence exceptionnelle en faveur des tribunaux de la nationalité d'un ou deux époux, sauf clause attributive de juridiction en faveur d'un État tiers. Il s'agit d'un véritable « privilège de citoyenneté européenne » qui, s'il a fait l'objet de vives discussions, paraît en toute hypothèse préférable au système complexe et incertain de renvoi au droit national de l'actuel règlement.

Andrea Bonomi, qui n'était pas avec nous à Anvers, a souhaité rappeler sa forte opposition à cette solution. Je redonne ici ses arguments, qu'il a fournis par mail aux membres du sous-groupe :

« Enfin, malheureusement, il y a un point auquel je suis entièrement opposé: il s'agit du privilège de nationalité prévu par la règle de compétence subsidiaire de l'article 9. Cette compétence est destinée à s'appliquer lorsque les époux ne sont pas résidents au sein de l'UE, y compris lorsqu'ils sont tous deux résidents dans un même Etat tiers. Dans un tel cas, les autorités de cet Etat auront normalement (presque toujours) la compétence pour statuer et seront normalement les mieux placées pour le faire. Dans un grand nombre de cas, la procédure sera équitable et la décision pourra être reconnue sans problèmes dans l'UE. Pensez aux divorces rendus dans un Etat de l'AELE, aux US, au Canada, dans des Etats de l'Amérique latine, à l'avenir au RU... En dépit de cela, l'art. 9 permet à l'époux européen de venir introduire le divorce ou la séparation dans son Etat national, alors que le mariage et notamment l'autre époux peuvent n'avoir aucun lien avec cet Etat: dans cette hypothèse le for est exorbitant (pas de lien substantiel avec le litige ou avec le défendeur, pas de purposeful availment...). Il est également défavorable à l'époux défendeur, donc peu conforme au principe d'égalité entre époux. En plus, si le tribunal européen est saisi en premier, cela pourrait faire obstacle à la reconnaissance d'une décision rendue dans l'Etat tiers de la

résidence habituelle des époux (art. 38§2). Enfin, le juge européen devra dans ce cas appliquer la loi de l'Etat tiers de la résidence commune...

Je sais bien que certains Etats membres ont d'ores et déjà un tel for, et que l'actuel art. 7 du règlement Bruxelles IIbis leur permet de l'appliquer dans ces situations. Mais je ne suis pas d'accord avec Etienne que la généralisation de ce for soit une meilleure solution, car elle conduit à légitimer au plan européen un for qui est exorbitant. Désolé mais je ne peux pas m'aligner sur cette solution qui fait fi de l'idée de proximité, attise des conflits positifs et consacre une forme de "parochialism" à l'européenne (comme celles d'autres règlements, par ex. l'art. 10(1) du règlement successions).

L'utilisation de cette compétence prend bien évidemment un tout autre sens si l'époux européen ne peut pas demander le divorce dans l'Etat étranger de résidence, ou l'on ne peut raisonnablement pas exiger qu'il le fasse (par ex. Etat musulman qui limite le droit au divorce de l'épouse aux cas de faute du mari). C'est de cette manière que fonctionne le "for d'origine" en Suisse (art. 60 LDIP). Mais on est là dans un cas particulier de for de nécessité (qui pourrait être expressément prévu comme dans l'article 60 LDIP pour éviter que les tribunaux ferment les yeux et interprètent l'art. 10 de manière trop restrictive). »

Ces arguments avaient été soulevés à Anvers et le groupe avait finalement statué en sens contraire, mais il a semblé important de rappeler ici les objections qui peuvent être opposées à cette solution.

D'autres innovations, enfin, sont plus ponctuelles. Ainsi de l'introduction d'une règle de for de nécessité (article 10), d'une règle de transfert de compétence inspirée par l'article 15 du règlement 2201/2003 (article 11) ou d'une règle de litispendance renforcée en cas de saisine des juridictions d'un Etat tiers, avec, en plus, une exigence de « délai raisonnable » ajoutée par le sous groupe depuis Anvers (article 14). Cette dernière règle, en partie inspirée de l'actuel article 33 du règlement 1215/2012, vise à tenir compte de l'existence de procédures dans les Etats tiers, du fait notamment qu'ont été introduites des dispositions relatives à la reconnaissance des décisions rendues dans ceux-ci (articles 37 et s).

Sur la loi applicable

Les modifications sont moins fondamentales relativement à la loi applicable. Tout particulièrement, les articles 17 et 18 du projet sont largement repris des articles 5 et 8 du règlement 1259/2010, rapprochés pour des raisons de simplicité.

Quelques modifications ont toutefois été introduites. La première est celle d'une limite à la liberté de choix, dont la mise en œuvre est confiée au juge (article 19, § 3). La formulation est directement inspirée de l'article 8§5 du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

La deuxième est celle de l'éventuelle possibilité d'un renvoi de la loi d'un Etat tiers vers celle d'un Etat membre. Cette proposition reste toutefois entre crochets, faute de consensus entre les membres du groupe.

La troisième, plus substantielle, concerne l'ordre public. Il a été décidé de s'éloigner de la formulation des articles 12 et surtout 13 du règlement 1259/2010, ce dernier ayant été purement et simplement abandonné. L'article relatif à l'ordre public, pour sa part, a été modifié pour tenir compte le plus explicitement possible des dispositions relatives aux droits fondamentaux et tout particulièrement aux exigences de la non-discrimination.

Sur la reconnaissance des décisions

Le chapitre sur la reconnaissance des décisions est, pour ce qui concerne les décisions rendues dans un autre État membre, assez peu différent du modèle du règlement 2201/2003.

D'autres modifications sont plus importantes.

La première est l'inclusion des décisions rendues dans des États tiers. Cette inclusion se justifie par deux raisons principales. D'une part, le GEDIP est dans l'ensemble favorable à ce qu'un régime commun de reconnaissance des décisions rendues dans des États tiers soit mis en place. La solution avait été proposée en matière civile et commerciale aux sessions de Padoue (2009) et Copenhague (2010). Le texte proposé est inspiré des textes adoptés lors de ces sessions. D'autre part, il a paru impossible aux membres du groupe de tenter d'organiser un régime de circulation des décisions non juridictionnelles en matière de divorce sans tenir compte des États tiers. Ces deux raisons ont donc conduit à insérer un régime de reconnaissance des décisions étrangères.

Celui-ci est calqué sur celui des décisions rendues dans les États membres, avec quelques différences importantes : le maintien d'un contrôle de la compétence du juge d'origine (article 38a) ; le renforcement de l'ordre public, notamment en intégrant la formulation retenue pour le conflit de lois (article 38 b, inspiré de l'article 24) ; l'intégration d'une faculté de non-reconnaissance dans l'hypothèse où la demande aurait été portée devant un juge étranger alors qu'une instance (non encore achevée) était déjà pendante dans un État membre (article 38§2).

La seconde est beaucoup plus importante et consiste à tenter d'ébaucher un régime juridique particulier pour les divorces non juridictionnels. C'est le nouveau chapitre 5.

Sur les divorces non juridictionnels

Il s'agit sans doute de l'innovation la plus importante du texte.

La formulation a elle-même beaucoup évolué au fur et à mesure des discussions. A Anvers, nous avons retenu, faute de mieux, celle qui a été proposée par l'arrêt *Sahyouni* : divorces obtenus (préféré à « prononcés ») sans le concours de nature constitutive d'une juridiction ou d'une autorité publique (CJUE, 20 décembre 2017, aff. 372/16, *Sahyouni*).

Il a semblé finalement au sous-groupe qu'il était plus simple et plus élégant de procéder un peu autrement. La ligne de partage est donc désormais entre les autorités qui exercent des « fonctions juridictionnelles » au sens de l'article 3§ 1 (dont la formulation est directement inspirée de l'article 3§2 du règlement régimes matrimoniaux, 2016/1103) et les autres. Les premières relèvent de la méthode de la reconnaissance des situations, les secondes de la méthode du conflit de lois. C'est ce que reflètent les articles 41, 42 et 43 du nouveau chapitre 5, qui est l'une des innovations importantes du projet.

De ce fait, les divorces (rendus dans un EM ou dans un État tiers) qui supposent l'intervention d'une juridiction au sens large de l'article 3§1 sont soumis au régime de la circulation des décisions ; les divorces purement privés au sens de l'article 3§2 sont soumis au régime du conflit de lois.

Il faut ici souligner que le règlement Bruxelles 2 ter prévoit des règles qui ne sont pas les mêmes que les nôtres en matière de reconnaissance des divorces consensuels. La solution retenue par le législateur européen est très libérale (article 2-1, 2-2 et 2-3 sur la définition de la juridiction, de l'acte authentique et, surtout de « l'accord » en matière de divorce ; combiné

aux articles 64 à 68 du règlement). La méthode est donc celle de la reconnaissance là où, pour notre part, nous avons maintenu un recours au conflit de lois (article 42 de notre projet). C'est évidemment une question essentielle.

L'article 41 vise des divorces « juridictionnels » basés sur un acte authentique ou un accord. Pourvu qu'ils aient fait l'objet de l'intervention d'une juridiction au sens de l'article 3§1, ce qui suppose en particulier qu'ils soient dotés d'une force équivalente à celle d'une décision selon le droit de l'État d'origine, ces divorces suivent le régime des décisions.

En revanche, d'autres formes de divorce issus d'un acte ou d'un accord ne répondant pas aux conditions de l'article 3§1 (et visés à l'article 3§2) relèvent de la méthode du conflit de lois. Le texte distingue deux catégories.

D'une part, il peut s'agir d'un contrat ou d'un acte consensuel enregistré d'une façon ou d'une autre, par une autorité administrative (tel l'officier de l'état civil ou un notaire dans plusieurs États membres, comme la Lettonie ou le Danemark, mais aussi le nouveau divorce consensuel français). Ces divorces devront donc être prononcés en conformité avec la loi désignée par le règlement pour pouvoir être acceptés.

D'autre part, les divorces purement unilatéraux (tel le *talak* en droit islamique), en revanche, doivent avoir été acceptés sans équivoque par l'autre partie pour pouvoir être reconnus.

En toute hypothèse, ce régime n'empêche bien évidemment nullement, dans les deux cas, le jeu de l'ordre public au sens du conflit de lois. Toutefois, sur ce dernier point, une inquiétude a été soulevée, justifiant un passage entre crochets à la fin de l'article 43 : l'hypothèse d'une répudiation unilatérale non acceptée (ou dont on ne sait si elle l'a été) mais obtenue il y a longtemps. La réalité de la vie familiale pourrait dans ce cas conduire à estimer que ce divorce prononcé en application de la loi compétente est valable en Europe. La formulation entre crochets essaie de rendre compte de cette situation, pour le cas où la portée du critère de l'intensité de rattachement (*Inlandsbeziehung*) inhérent à l'appréciation de l'exception générale d'ordre public ne s'avérerait pas suffisamment précise.