

Seizième réunion

Coimbra, 22 - 24 septembre 2006

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Au cours de sa seizième réunion, le Groupe européen de droit international privé a étudié le thème des compétences externes de la Communauté, à partir de l'avis 1/03 de la Cour de justice du 7 février 2006 et en marge de la négociation de la révision de la convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Le Groupe a également débattu de plusieurs questions d'actualité communautaire, à savoir la proposition de règlement sur le divorce⁽¹⁾, le livre vert sur les régimes matrimoniaux ⁽²⁾, le projet Rome I de reformatage de la convention de Rome du 19 juin 1980 en acte communautaire ⁽³⁾, notamment la question du lien entre le nouvel article 3 (5) et les directives existantes, ainsi que la réaction du Financial Market Law Committee d'avril 2006 ⁽⁴⁾, ou encore les suites de l'arrêt Grunkin-Paul, de la Cour de justice ⁽⁵⁾, sous l'angle de la reconnaissance mutuelle.

Le Groupe a également poursuivi l'étude de l'incidence de la protection des droits de l'homme sur le droit international privé, à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 décembre 2005 dans l'affaire Eskinazi et Chelouche c. Turquie ⁽⁶⁾.

Une première réflexion a encore été menée sur l'opportunité d'une codification du droit international privé européen, voire d'une codification européenne du droit international privé.

I. – Droit international privé communautaire et États tiers

1. La question de la compétence externe

C. KESSEDJIAN expose les conclusions du sous-groupe ⁽⁷⁾ relatives à l'examen des compétences externes de la Communauté en matière de droit international privé.

Selon le sous-groupe, il convient de prendre pour base l'avis 1/03 de la Cour de justice, sans pour autant en faire une analyse systématique, et d'en examiner la portée pour les besoins du règlement 44/2001 (Bruxelles I), sans exclure l'intérêt d'une réflexion similaire à propos du règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis). En outre, il est jugé prudent de limiter le débat au conflit de juridictions, sans toutefois perdre de vue la cohérence globale du droit international privé, qui peut exiger une réflexion parallèle pour le conflit de lois.

Le sous-groupe s'est attaché à identifier les techniques servant à déterminer les cas dans lesquels une norme communautaire trouve à s'appliquer et ceux dans lesquels une autre norme trouve à s'appliquer. A côté de la notion d'effet réflexe (qui, en partant des critères de compétence, dégage des règles de répartition entre les ordres juridiques), il évoque celle du critère d'applicabilité (qui, à côté des critères de compétence, utilise des critères servant uniquement à délimiter le domaine des règles communes), sans exclure toute combinaison de ces techniques.

La portée de l'effet réflexe peut donner lieu à des interprétations divergentes. Soit la technique fonctionne comme un miroir, les juridictions des États membres se déclarant alors incompétentes et laissant la résolution du différend aux tribunaux d'États tiers, soit elle conduit à la compétence d'un tribunal communautaire fondée sur un autre point de rattachement du litige au territoire de l'Union, soit elle renvoie la solution de la question aux règles nationales de compétence. L'avis 1/03 semble pencher (§ 153) en faveur de la deuxième solution, mais en des termes qui ne traduisent pas nécessairement une prise de position ferme et consciente. En particulier, la position de la Cour a pour effet singulier de neutraliser de nombreuses clauses d'élection de for, et ce en rupture avec la jurisprudence Coreck Maritime ⁽⁸⁾.

Les règles sur la reconnaissance des jugements obéissent à une règle d'applicabilité selon laquelle la décision d'un État tiers est hors du domaine du règlement. Cette règle simple ne pose pas de problèmes insurmontables.

Le critère de l'affectation du marché intérieur peut influencer la détermination des critères d'applicabilité des règles communautaires en matière de compétence internationale directe. En effet, d'aucuns s'interrogent sur la nécessité d'un lien entre la situation visée par la règle communautaire et le territoire d'un État membre. L'orientation suivie par la Cour de justice dans les arrêts Owusu ⁽⁹⁾ et Österreichischer Rundfunk ⁽¹⁰⁾, atteste des difficultés soulevées par cette notion d'affectation du

marché intérieur, en considérant la variabilité de son contenu et l'utilisation qui en est faite par les institutions communautaires.

D'un autre côté, certains relèvent que « la confiance mutuelle » que les États membres sont contraints de s'accorder dans le système communautaire pourrait impliquer des solutions différentes pour les relations entre eux et pour celles avec des États tiers, même si l'adoption de règles différentes pour les relations internes et pour les relations externes constitue un facteur de complication. L'universalisation des règles a le mérite indéniable de simplifier les systèmes de droit international privé.

En particulier, le maintien du critère du domicile du défendeur comme critère général d'application du règlement peut prêter à discussion, à la lumière de la jurisprudence de la Cour [\(11\)](#). Une alternative consisterait à faire jouer à l'élément de localisation à la fois le rôle de règle de compétence et celui de règle d'applicabilité.

Au vu de la difficulté à clore le débat, le sujet est maintenu au calendrier des travaux du Groupe.

2. La révision de la convention de Lugano

A. BORRÁS fait rapport sur les travaux de négociation de la nouvelle convention de Lugano, sur la base de l'affirmation de l'avis 1/03 de la Cour de justice, selon laquelle : « La conclusion de la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle qu'elle est envisagée aux points 8 à 12 de la demande d'avis, reproduits au point 26 du présent avis, relève entièrement de la compétence exclusive de la Communauté européenne ».

Dans ce nouveau contexte, certains États membres ont une position particulière. Un « State bound by the Convention » vise normalement les États membres, qui ne peuvent pas, en vertu des règles déjà établies sur les compétences externes, être parties aux traités internationaux dans la matière envisagée et ne participent aux négociations que comme observateurs. En revanche, le Danemark est un « signatory State », en vertu de la clause d'opting out. La France et les Pays-Bas y apparaissent comme « adhering States » lorsqu'ils agissent au nom des territoires d'outre-mer auxquels le droit communautaire ne s'applique pas : lors de l'accession pour ces territoires, ils apparaissent comme des « contracting States ». En outre, la nouvelle convention aura un caractère ouvert, ce qui permettra la participation d'États non européens, et il est probable qu'il faudra ajouter au texte une clause fédérale qui pourrait suivre le modèle de la convention de La Haye sur les accords d'élection de for, du 30 juin 2005, ce qui pourrait encourager l'adhésion de certains États.

Quant au contenu du nouveau texte, certaines solutions sont encore incertaines, par exemple, en matière d'assurances, alors que d'autres, comme en matière d'aliments, ne soulèveront pas de difficultés significatives au cours de la session diplomatique. D'autres problèmes se poseront au cours des négociations finales, telles la relation de la convention avec les autres instruments de droit international privé (titre VII), la composition et les fonctions du Comité permanent (protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention), l'intervention des États non membres devant la Cour de justice (protocole n° 3, article 3) et la compétence exclusive de la Cour de justice en matière de droits communautaires de propriété intellectuelle (protocole n° 4).

Le Groupe attire l'attention sur la question des conflits possibles entre la convention de La Haye et la nouvelle convention de Lugano, et souligne l'insuffisance de l'article 26, 6°, de la convention de La Haye qui ne réserve la primauté de la convention de Lugano que si toutes les parties résident dans un État lié par celle-ci. Est également signalé le problème lié à certaines notions qui, d'après le texte révisé, doivent être interprétées en accord avec la législation communautaire, alors qu'elles affectent des relations avec des États tiers. Quant aux difficultés éprouvées par les États tiers en raison de l'impossibilité de participer aux procédures préjudicielles devant la Cour de justice, le projet de protocole (protocole n° 3) y apporte des solutions appropriées (admission de la participation dans le renvoi préjudiciel) en conformité avec la modification du Statut de la Cour de justice intervenu entre-temps.

Le Groupe insiste encore sur l'opportunité de la diffusion d'un rapport explicatif complet de la nouvelle convention, que la Commission a dans un premier moment rejetée dans la crainte qu'un tel document puisse être utilisé dans l'interprétation du règlement 44/2001.

II. – La proposition de règlement sur le divorce et le livre vert sur les régimes matrimoniaux

Le Groupe a examiné deux documents de la Commission, du 17 juillet 2006, concernant le droit international privé de la famille, à savoir la « proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale [\(12\)](#) » et le « livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle » [\(13\)](#).

1. La proposition de règlement sur le divorce

A. BORRÀS présente les points essentiels de la proposition de règlement.

La proposition a comme objectifs principaux le renforcement de la sécurité et de la prévisibilité du droit ainsi que l'augmentation de la flexibilité, l'instauration d'une certaine autonomie des parties, la garantie de l'accès à la justice et la prévention de la « ruée vers le tribunal » de la part d'un des conjoints.

En outre, l'une des principales modifications proposées en matière de compétence juridictionnelle concerne l'admission de l'autonomie des parties, à savoir la possibilité pour les conjoints de choisir de commun accord la juridiction compétente dans les procédures de divorce et de séparation de corps (article 3bis de la proposition). Au-delà de la consécration du principe de l'autonomie de la volonté en matière de compétence internationale directe, et d'un volet assez large de facteurs qui peuvent fonder la compétence des tribunaux des États membres (on pense au nouvel article 7, qui remplace l'ancien renvoi aux chefs de compétence établis par le droit national et où sont définies les compétences résiduelles, de façon à accroître la prévisibilité et à améliorer l'accès à la justice pour les conjoints de nationalités différentes résidant dans un pays tiers), la proposition harmonise aussi les règles de conflit de lois en matière de divorce et de séparation de corps. Le choix, par les conjoints, de la loi applicable est admis (article 20). Cependant, ce choix est limité aux lois avec lesquelles les conjoints ont des liens étroits en raison de leur dernière résidence habituelle commune, si l'un d'eux y réside encore, de la nationalité (ou du domicile, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande) de l'un des conjoints, de la résidence habituelle précédente pendant cinq années au moins, ou encore à la loi de l'État membre dans lequel la demande est introduite (la loi du for).

Le Groupe s'est déjà prononcé plusieurs fois sur la question des divorces internationaux, soit en ce qui concerne les chefs de compétence (14), soit dans le domaine des conflits de lois (15). En outre, au cours de la réunion qui s'est tenue à Chania, en 2005, M. STRUYCKEN a présenté un rapport concernant le livre vert sur la loi applicable au divorce. Le débat met en question l'opportunité d'une modification du règlement 2201/2003 peu de temps après son entrée en vigueur, ainsi que le maintien dans le même texte de règles relatives à la dissolution du mariage et à la responsabilité parentale, amalgame conduisant à une réglementation assez complexe.

Au-delà des questions de politique législative, et en considérant, de plus, que dans la perspective anglo-saxonne il serait inutile d'envisager l'unification des règles de conflit de lois – en raison de la *jurisdictional approach*, selon laquelle, devant une « Court » anglaise, le problème fondamental est de déterminer la compétence internationale, car la détermination de la compétence entraîne l'application de la loi du for –, les problèmes suivants ont été envisagés : (i) la question des relations avec les États tiers et le nombre quelque peu excessif de chefs de compétence alternatifs présents dans la proposition (article 3), étant donné, de plus, qu'on peut s'interroger si, en matière familiale (où le « marché intérieur » stricto sensu n'est pas en cause), une position plus nuancée ne serait pas préférable, consistant à renoncer à la construction d'un système exclusif et complet, et présentant un esprit d'ouverture vers les États tiers ; (ii) la rigidité de la règle uniforme contenue dans l'article 7 et l'opportunité d'introduire une clause qui permettrait le renvoi aux droits nationaux de façon à garantir l'accès à la justice, qui est l'un des objectifs de la proposition communautaire ; (iii) la question de la fixation du moment pertinent pour choisir le droit applicable (le moment du mariage ? le moment de l'introduction de la demande ? le moment du prononcé du divorce ?) et des éventuelles limites à l'autonomie des conjoints.

Si la possibilité d'une *professio iudicis* et d'une *professio iuris* en matière de divorce paraît satisfaisante – un des effets du choix de loi sera, certainement, de faciliter le divorce, en permettant sa reconnaissance et la production de ses effets concrets –, ont également été soulignées la nécessité d'une limitation du choix de loi au nom de la protection de la partie faible et la nécessité de déterminer si l'autonomie devrait être un principe du droit de la famille international ou, en revanche, une voie acceptée à titre exceptionnel pour répondre aux attentes des parties et, partant, un mécanisme destiné à corriger l'échelle de rattachements objectifs (ce qui impliquerait de faire précéder ceux-ci dans l'échelle des rattachements). En outre, certaines omissions de la proposition ont été relevées, comme la détermination de la loi applicable à la *professio iuris*, la possibilité de choix d'un droit non étatique (par exemple, un droit religieux), la valeur des divorces privés, voire le régime de la séparation des « same-sex spouses ».

En conclusion, le Groupe, tout en souhaitant l'unification des règles de conflit de lois en matière de divorce, émet une préférence pour la proposition adoptée lors de la réunion de Vienne, en 2003.

2. Le livre vert sur les régimes matrimoniaux

Le livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle, fait l'objet d'un rapport de K. KREUZER qui, tout en montrant les objectifs et le contenu de cette récente initiative communautaire dans le domaine du droit de la famille international – quoique l'adoption d'un instrument européen en matière de « régimes matrimoniaux » figurait déjà dans des priorités du plan d'action de Vienne de 1998 –, présente également diverses réponses de membres du Groupe en préparation de la présente réunion.

Le livre vert envisage l'élaboration d'un règlement qui englobe l'ensemble des aspects patrimoniaux du droit de la famille et appréhende les questions touchant à la fois aux domaines des régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux d'autres formes d'union existantes (par exemple l'union

homosexuelle). En effet, l'objectif est de répondre aux nouvelles réalités sociales, en s'appuyant sur le principe selon lequel la question des conséquences patrimoniales de la séparation des couples non mariés devra également être traitée.

En visant à répondre aux demandes de sécurité juridique et de simplification de la vie des citoyens de l'Union, le projet devra revêtir un caractère universel, c'est-à-dire conduire indifféremment à l'application de la loi d'un État membre ou à celle d'un État tiers. La question du renvoi dans les relations avec les États tiers n'est pas mentionnée et certains membres du Groupe s'interrogent même sur l'utilité d'un règlement communautaire unifiant les règles de conflit de lois, certains préférant l'adoption d'un régime matériel uniforme (un véritable régime matrimonial européen, éventuellement avec plusieurs sous-types), en réservant l'action des règles de conflit de lois aux relations avec les États non membres. En outre, et au-delà de l'absence de clarification sur certains concepts qui auront un rôle primordial dans la définition du champ d'application matériel des règles nouvelles (par exemple, les termes « contrat de mariage », « union libre » ou même « régime matrimonial » ou « résidence habituelle »), on ne trouve dans le livre vert aucune référence au concept de l'ordre public international. Il est encore remarquable que celui-ci n'évoque pas non plus le problème de la coordination avec d'autres instruments internationaux, quoique la question présente un intérêt pratique mineur du fait du peu de succès de la convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (en vigueur en France, aux Pays-Bas et au Luxembourg).

Le Groupe insiste encore sur l'importance de l'autonomie des parties, non seulement pour le choix du droit applicable, en rappelant la similitude avec le projet de règlement Rome I, mais aussi pour le choix d'un régime uniforme, ce qui supposerait l'application de principes généraux tels que ceux qui ont été rédigés en matière de contrats par UNIDROIT. Au-delà de l'éventualité d'un choix de loi pouvant porter sur des règles non étatiques, et des désavantages de la scission des règles de conflit de lois dans le domaine des effets du mariage – vu que les nouvelles règles se limiteront à la détermination des effets patrimoniaux du mariage, en excluant les effets personnels, domaine où l'on connaît déjà un degré de scission considérable –, la discussion s'est centrée sur le moment pertinent du choix du droit applicable : peut-il être effectué ou modifié à tout moment, avant et pendant le mariage, ou au moment de sa dissolution ? De même, en cas d'admission d'un changement de loi applicable, celui-ci doit-il avoir une portée rétroactive ? Comme principe directeur, le Groupe met en évidence le respect des attentes des époux, intérêt qui aura une importance accrue en présence d'un contrat de mariage.

Le débat a également porté sur les rattachements subsidiaires. Si l'importance de la nationalité et du domicile commun des époux est indiscutable, ceux-ci ne devraient pas être les seuls critères pris en considération, en particulier en raison de leur caractère mobile. De plus, les faiblesses de certaines solutions ont encore été soulignées, comme l'application de la loi de la première résidence matrimoniale qui pourra revêtir un caractère éphémère.

Au vu du court délai laissé aux réponses au livre vert et des réponses déjà données par le Groupe précédemment, il est décidé de confier à A. BUCHER, H. GAUDEMONT-TALLON, et P. LAGARDE la mise au point d'une réponse formelle basée sur les premiers projets préparés en vue de la présente réunion, et prenant pour orientations une exclusion du régime primaire, une admission de l'autonomie de la volonté, une prédominance de la résidence habituelle commune et une mutabilité de la loi applicable sur une base volontaire. De plus, le Groupe insiste sur la nécessité d'une approche horizontale cherchant la cohérence avec les solutions valables pour les effets du mariage et pour le divorce.

III. – La proposition Rome I

Sans procéder à un examen global de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), présentée par la Commission (16), le Groupe, tout en renvoyant pour le reste à ses propositions faites lors de la réunion de Chania, en 2005, aborde la question spécifique des relations entre l'article 3 (5) de la proposition de règlement et les directives existantes, et analyse le document établi au Royaume-Uni par le Financial Market Law Committee en avril 2006.

1. Sur l'article 3 (5)

E. JAYME rend compte des problèmes soulevés par l'application de l'article 3 (5) proposé (« Le choix par les parties de la loi d'un État non membre ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce ») et de ses liens avec les directives existantes. Le sens à attribuer aux « règles impératives du droit communautaire » suscite une incertitude, notamment quant à sa relation exacte avec la notion d'ordre public. Le rapporteur évoque également un parallèle possible avec l'avant-projet de Code du consommateur au Portugal, selon lequel les rapports juridiques ayant des liens étroits avec le territoire portugais ne pourront être régis par une législation moins favorable au consommateur que la loi portugaise. On peut y voir la consécration de la jurisprudence Ingmar (17). La discussion met en lumière la difficulté de concilier cette limitation de l'autonomie avec ce que prévoit l'article 8 de la proposition.

De plus, l'article 22 peut susciter des difficultés d'interprétation, non seulement quant à sa portée normative (l'alinéa a) pourrait ne comporter qu'une simple « norme narrative »), mais aussi parce que la liste des actes communautaires recevant la priorité (v. annexe 1 à la proposition) semble incomplète, notamment en matière de protection des consommateurs. L'alinéa c) mériterait également une clarification, en raison des doutes sur son interaction avec les articles 5 et 8. En vérité, la surabondance de références aux dispositions impératives suggère un manque de clarté des concepts utilisés et laisse même soupçonner des politiques divergentes et contradictoires. Par exemple, alors que l'article 6 maintient la référence à l'article 3, il en va autrement pour les contrats conclus par les consommateurs.

2. Sur la position du Financial Market Law Committee

T. C. HARTLEY présente le résultat des travaux du Financial Market Law Committee (Royaume-Uni), sous le titre *Legal assessment of the conversion of the Rome Convention to Community instrument and the provisions of the proposed Rome I Regulation* (18). Ce document exprime des doutes sur l'opportunité de l'article 8, paragraphe 3 (« Effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection. In considering whether to give effect to these mandatory rules, courts shall have regard to their nature and purpose in accordance with the definition in paragraph 1 and to the consequences of their application or non-application for the objective pursued by the relevant mandatory rules and for the parties »). Il est probable que le Royaume-Uni n'exercera pas son droit d'opting-in au sens de l'article 61, c), du traité CE, en raison de la concurrence existant entre les centres financiers de Londres et de New York, qui nécessiterait une plus grande autonomie de la volonté.

Le document regrette en particulier la disparition de toute flexibilité dans le rattachement objectif du nouvel article 4. Une flexibilité reste nécessaire, par exemple, en présence d'une pluralité de contrats liés, surtout dans le secteur financier, ou, plus généralement, lorsque le rattachement abstraitement défini ne correspond pas concrètement aux liens les plus étroits de la situation.

Lors de la discussion, il est rappelé que certaines études qui ont suivi la proposition de règlement, notamment le rapport de l'Institut Max Planck de Hambourg, ont souligné l'absence de jurisprudence d'application de l'article 7, paragraphe 1er.

IV. – La méthode de la reconnaissance mutuelle

P. LAGARDE évoque la problématique de la reconnaissance mutuelle à propos de l'affaire *Standesamt Stadt Niebüll*, soumise à la Cour de justice (19).

L'affaire C-96/04 concerne une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par l'*Amtsgericht Niebüll* (Allemagne), dans la procédure engagée par le *Standesamt Stadt Niebüll* à propos de la détermination du nom patronymique d'un enfant mineur né dans un État membre et possédant la nationalité d'un autre État membre (20). La Cour, appelée à se prononcer sur la violation des articles 12 et 18 du traité CE, a constaté n'être pas « compétente pour répondre à la question posée par l'*Amtsgericht Niebüll* dans sa décision du 2 juin 2003 », parce que, « dans ces circonstances, il y [avait] lieu de considérer que l'*Amtsgericht Niebüll* fait acte d'autorité administrative, sans qu'il soit en même temps appelé à trancher un litige (21)», et n'agissait donc pas comme une « juridiction » au sens de l'article 234 CE. Toutefois, si la Cour n'a pu saisir cette occasion pour préciser la portée des principes communautaires en matière de citoyenneté européenne et de liberté de circulation des personnes, elle sera appelée à statuer dans un futur proche, sur une nouvelle question posée (affaire C-353/06) à propos de la même affaire.

P. LAGARDE rappelle les positions de la Cour dans les affaires *Konstantinidis* (22), *Pfeiffer* (23) et *Garcia Avello* (24), tout en soulignant les différences par rapport au cas présent : le premier arrêt concerne la reconnaissance d'un nom grec de façon à ce que la liberté de circulation ne soit pas affectée ; le second permet de justifier une entrave à l'utilisation d'un nom commercial par une société étrangère concurrente ; le troisième arrêt intéresse la portée du concept de citoyenneté européenne, à propos d'une discrimination liée à la solution du conflit positif de nationalités, problème de double nationalité que ne soulève pas la présente affaire.

Selon P. LAGARDE, la question de la portée de la notion de reconnaissance mutuelle pour le droit des conflits de lois mérite d'être posée. La liberté de circulation implique la reconnaissance de droits acquis à l'étranger, en matière familiale (que ce soit un lien matrimonial ou de filiation) comme en matière commerciale (comme la constitution d'une sûreté). Des problèmes spécifiques apparaissent à propos de l'acquisition de tels droits à l'étranger, ou pour l'identification du lien de proximité requis avec le pays d'origine. Comme d'autres (25) ont pu le montrer, la problématique de la reconnaissance d'une situation ne peut sans doute pas être assimilée à celle de la reconnaissance d'une décision, et une référence aux règles de conflit de lois du pays d'origine mérite l'attention. L'identification du lien de proximité avec l'État d'origine peut se faire de deux manières, positive en exigeant un lien déterminé, comme la nationalité ou la résidence (méthode préconisée par la CIEC en matière de nom), ou négative en refusant la reconnaissance en l'absence de lien suffisant. Une autre question concerne la détermination des effets de la reconnaissance : faut-il retenir ceux de la loi de l'État d'origine, ou ceux de la loi de l'État d'accueil ? Par exemple, en matière de partenariat enregistré, le droit allemand retient les effets de la première mais sans pouvoir excéder ceux que prévoit la seconde, alors qu'au Royaume-Uni, le partenariat étranger est assimilé à un partenariat national

(méthode analogue à celle retenue en France en matière d'adoption). Enfin, l'existence de situations concurrentes dans des États différents, aux effets cumulables, peut créer difficulté, comme deux partenariats successivement enregistrés dans des pays différents, ou l'enregistrement de l'enfant d'une mère porteuse comme étant l'enfant de la mère commanditaire au Royaume-Uni mais celui de la mère porteuse en France.

Au cours de la discussion, a été évoquée la relation entre liberté de circulation et préservation de l'identité nationale, ou entre la première et la protection des droits fondamentaux assurée par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde, allant jusqu'à protéger les rapports familiaux de fait. L'incidence même de la reconnaissance mutuelle peut s'avérer malaisée, lorsque le citoyen européen invoque, non la loi de l'État d'origine, mais celle de l'État d'accueil, au cas où cette loi s'avère plus favorable. Est encore mentionné le cas d'un refus de reconnaissance par l'État d'accueil d'une décision ecclésiastique d'annulation de mariage rendue dans cet État mais enregistrée en Italie.

V. – La codification du droit international privé européen

Suite aux suggestions de A. GIARDINA lors de la réunion d'Oslo (1999) et de K. KREUZER lors de la réunion de Lund (2001), M. FALLON présente les lignes méthodologiques et les objectifs pour entreprendre une unification européenne du droit international privé. En effet, si au sein du Groupe on s'interroge encore sur la nécessité et la possibilité de concrétisation d'un tel projet, il est vrai que la situation actuelle y est favorable, soit en raison de l'abondance des projets communautaires, soit en raison du climat doctrinal propice à l'émergence d'un ius commune européen, dans les diverses branches du droit civil matériel (en particulier les contrats et la responsabilité civile).

Cette idée n'est pas nouvelle, puisqu'un véritable projet de code européen de droit international privé [1950] (26), dû à E. Frankenstein, avait déjà exprimé, d'une part, des préoccupations de fond tenant à la lutte contre des entraves à la liberté de circulation des personnes et des biens provoquées par la disparité des règles nationales de droit international privé, d'autre part, sous un angle formel, l'intérêt d'une approche globale, tendant à éviter l'atomisation inhérente aux conventions internationales. Il prévoyait encore, à cet effet, la création d'une Cour suprême européenne comparable à la Cour de justice des Communautés européennes. Un autre précédent se trouve dans le rapport Giuliano-Lagarde concernant la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Y apparaît le lien entre le besoin d'harmonisation des règles de conflit et le fonctionnement du marché commun, et le rapport énonce trois considérations déterminantes pour l'harmonisation des règles de conflit de lois, à savoir la difficulté d'envisager une codification dans un avenir prévisible, la nécessité d'assurer la sécurité juridique et le souci de prévenir et de réduire les disparités entre les règles de droit international privé des États membres.

Selon le rapporteur, l'identification des objectifs d'un projet de codification du droit international privé soulève deux types de questions.

Sous un angle scientifique, un tel projet doit se plier à deux tests, un test de qualité exigeant que la proposition exprime un avancement des connaissances scientifiques existantes en la matière, et un test de faisabilité impliquant son acceptabilité pour un ensemble d'États. A cet égard, les exigences d'élaboration de ce projet ne seront pas très différentes de celles qui découlent de la réalisation d'un code national, car aujourd'hui les législateurs nationaux tendent à s'appuyer sur le droit comparé, sinon dans un but d'harmonisation ou d'unification, du moins pour trouver des solutions satisfaisantes. Pourtant, un tel projet devrait encore prendre en compte, non seulement les instruments communautaires adoptés ou en projet, mais encore les solutions existantes dans divers instruments internationaux, adoptés notamment au sein de la Conférence de La Haye ou de la CIEC. Pour la matière des conflits de lois, alors que les incapacités, le nom, le divorce, les aliments, les régimes matrimoniaux, les contrats, la responsabilité extracontractuelle sont couverts par des instruments internationaux, restent plutôt inexploités le mariage, la filiation et l'adoption, les droits réels, les sociétés.

Sous l'angle de la politique législative, l'unification devrait prendre la forme d'un acte unique englobant les règles de conflit de lois et de juridictions. Cet acte pourrait ainsi corriger la fragmentation actuelle des règles communautaires de droit international privé, en réalisant, en premier lieu, une consolidation des textes existants. Seule cette méthode paraît apte à assurer une cohérence transversale des solutions. Encore conviendrait-il, au préalable, de trancher diverses questions de droit institutionnel, relatives à l'étendue de l'habilitation normative du législateur communautaire, sous l'angle de l'affectation du marché intérieur, de la subsidiarité et de la détermination de l'applicabilité de l'acte au regard des situations externes. Quant au contenu des règles, outre les tests de qualité et de faisabilité précités, il faudrait encore vérifier si le droit des libertés fondamentales de circulation implique un contenu déterminé des solutions de conflit de lois et de juridictions (tests de confiance mutuelle pour les décisions et de reconnaissance mutuelle pour les normes).

Le rapporteur attire encore l'attention sur la fonction spécifique du Groupe, qui n'est pas un législateur. Par conséquent, plusieurs voies s'offrent à lui en termes de méthodes.

La méthode du texte normatif formel, que le Groupe a privilégiée jusqu'ici, comporte comme avantage d'être efficace pour guider les discussions et pour clarifier les problèmes à travers la rédaction d'une règle, car elle permet de simuler les difficultés de sa mise en œuvre. Elle a pour inconvénient d'exiger une concentration des efforts sur un travail de rédaction qui peut être

disproportionné. L'élaboration d'un code communautaire supposerait la rédaction de dispositions formelles à un stade assez précoce, précédée d'une analyse synthétique du droit comparé et des principaux problèmes pratiques existants.

La méthode du « Restatement » a été suivie aux États-Unis. Il s'agirait d'un produit du type doctrinal, mais s'efforçant de consolider à droit constant des solutions convergentes des États membres, non sans ajouter des commentaires indiquant les divergences éventuelles, les applications jurisprudentielles et les pistes de solution. Cette méthode exige sans doute des ressources humaines et financières consistantes.

Une troisième méthode viserait à l'adoption d'orientations générales pour une codification, en termes d'objectifs, de méthodes et de contenu, à l'exemple d'un livre vert. L'inconvénient de cet exercice est qu'il ne se démarquerait pas suffisamment d'une étude qu'il appartiendrait à la Commission de commanditer.

Le débat porte sur la faisabilité et l'opportunité d'un travail de codification. Si une telle démarche se situe certes dans la tendance actuelle à l'eupéanisation de la recherche et de l'enseignement juridiques, il semble plus utile et plus urgent, à la plupart des membres, d'attirer l'attention des institutions sur la nécessité d'une approche cohérente des questions générales, et d'identifier les manques actuels, en termes de domaines traités, d'incohérences de certaines solutions, de principes directeurs des solutions. Notamment, des orientations générales devraient être prises sur les rôles respectifs de la nationalité et de la résidence, sur le renvoi, sur la condition du droit étranger, sur la portée du principe de reconnaissance mutuelle. Le Groupe peut, à cet égard, donner des impulsions concrètes, sans se lancer dans un travail de codification. Dans un premier temps, il pourrait s'attacher à certains problèmes généraux du droit international privé, comme l'application du droit étranger, la position sur le renvoi, les questions de qualification, et faire un inventaire des principes généraux du droit communautaire ayant une incidence sur le droit international privé. Dans ce projet à long terme, l'important est, enfin, d'assurer une vision et une étude globales.

VI. – Suivi de l'actualité

1. Droit international privé et droits de l'homme

Le problème des relations entre le droit international privé et les droits de l'homme a fait l'objet d'un commentaire de P. KINSCH. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 décembre 2005 dans l'affaire Eskinazi et Chelouche c. Turquie (27) a déclaré irrecevable la requête introduite par E. Eskinazi, de nationalité franco-turque, en son nom et en celui de sa fille C. Chelouche, de nationalité franco-turco-israélienne. Mme Eskinazi soutenait que l'ordre de retour de sa fille en Israël emporterait la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la convention européenne de sauvegarde, pour le motif qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant d'être séparée de sa mère et d'être envoyée dans un pays où elle n'avait pas de repères et dont elle ignorait même la langue. En outre, elle soutenait que si sa fille était renvoyée en Israël, elle se verrait définitivement privée du droit à un procès équitable, au sens de l'article 6, devant les juridictions turques, car un tribunal rabbinique se prononcerait alors sur son divorce et les questions qui y sont liées. Le tribunal de la famille turc ordonna, le 25 octobre 2004 (et la Cour de cassation confirma ce jugement le 29 mars 2005), le retour de l'enfant en Israël pour le motif que Caroline aurait passé la plus grande partie de sa vie en Israël et que son lieu de résidence habituel, au sens de la convention de La Haye de 1980, était dans ce pays.

Aux termes de l'arrêt,

« La Cour constate, au vu de l'ensemble du dossier, qu'à la date de la demande de restitution présentée par l'autorité centrale israélienne, Caroline se trouvait dans une situation de déplacement illicite, au sens de la convention de la Haye et que les autorités turques ne disposaient pas d'éléments solides pour refuser le retour requis, que ce soit, en application des articles 13 et 20 de la convention de La Haye, ou au motif que les carences éventuelles de la procédure dont les requérantes pourraient faire l'objet en Israël risquaient de constituer un « déni de justice flagrant ».

Ayant rappelé que l'article 8 de la convention doit être interprété à la lumière de la convention de La Haye, la Cour conclut, eu égard aux éléments de la cause, qu'en décidant le retour de Caroline en Israël les autorités turques ne peuvent passer pour avoir méconnu leurs obligations au regard de l'article 6 de la convention ni le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8.

Par conséquent, la Cour décide, à la majorité, que la requête doit être rejetée comme manifestement mal fondée.

Laissant de côté l'interprétation de l'article 8 de la CEDH et son application dans les situations couvertes par la convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (28), le débat a porté sur l'interprétation donnée à l'article 6 de la convention européenne et sur les exigences liées à la garantie d'un procès équitable, celles-ci pouvant jouer effectivement un rôle primordial dans le contexte du règlement Bruxelles IIbis, surtout à propos de la force exécutoire de certaines décisions relatives au droit de visite ou ordonnant le retour de l'enfant (29). En soulignant l'évolution que le concept de « déni de justice » a connue dans ce contexte, le Groupe a surtout

remarqué les divergences d'interprétation du concept de « déni de justice flagrant », surtout si l'on considère la jurisprudence établie dans l'arrêt Pellegrini c. Italie, du 10 juillet 2001 (30), alors que la Cour s'est attachée, dans l'affaire Eskinazi, à une conception plutôt restrictive qui n'est pas sans rappeler, malgré les différences entre ces deux arrêts, l'arrêt Drozd et Janousek c/ France et Espagne, du 26 juin 1992 (31).

2. Nouveaux développements du droit communautaire dérivé

E. JAYME et C. KOHLER attirent l'attention du Groupe sur les nouveaux développements du droit communautaire dérivé qui intéressent le droit international privé.

Le document n° 8140/06 du Conseil du 11 avril 2006 sur les « Aspects de la coopération judiciaire en matière civile dans le cadre de la stratégie relative à la dimension extérieure de la JAI : liberté, sécurité et justice au niveau mondial » présente une vision globale de la dimension externe de la coopération judiciaire en évoquant la « mise au point d'une stratégie tenant compte des relations particulières que l'Union entretient avec les pays tiers, groupes de pays et régions » (§ 1er). Les domaines cités sont l'ensemble des matières couvertes par l'article 65 CE (§§ 6, 7). Les méthodes de travail envisagées sont la coopération multilatérale (§§ 14-17) et bilatérale (§§ 18, 19), au-delà des contacts à un niveau moins formel, nommés « échange de meilleures pratiques » (§§ 20-21) ; et l'ambition est mondiale (visant les pays en voie d'adhésion et les pays candidats, les États parties à la convention de Lugano, mais aussi les pays concernés par la politique européenne de voisinage – sur ce point, v. p. 7 –, États-Unis et Canada, Russie, et, plus généralement, les « autres pays », §§ 31-32). Ce document traduit l'ambition des institutions communautaires de tenir un rôle essentiel dans la définition d'une stratégie pour l'avenir, en plaçant les États membres, en tant qu'acteurs individuels, dans une position secondaire, comme une résultante de la position de la Cour de justice dans l'avis Lugano (32). Il est surprenant d'y constater l'absence de consécration des intérêts – légitimes – des États membres dans leurs relations bilatérales : aucune place n'est laissée aux compétences nationales, bien que les États aient en certains cas un intérêt légitime à nouer des rapports spéciaux avec certains pays tiers. Est en particulier omise l'hypothèse des accords mixtes. La déception est aussi dans l'absence de définition des principes fondamentaux régissant les rapports bilatéraux et multilatéraux à venir (une stratégie sans principes ?), ce qui permet d'entrevoir une tendance « eurocentriste » comme point de départ non déclaré, en dévalorisant le bilatéralisme. Pourtant, dans le cadre de la concrétisation de ses moyens de coopération, la Commission devrait pouvoir exploiter l'expérience des autorités nationales. De plus, dans son ensemble, le document atteste d'une ouverture aux relations avec les pays tiers.

Le Groupe attire l'attention des institutions communautaires sur les lacunes du document, ainsi que sur la nécessité de s'appuyer sur l'expérience des administrations nationales.

La nouvelle version de la proposition de directive sur les services (projet « Bolkestein » (33)) reflète les préoccupations exprimées par le Groupe, en marge de la réunion de Chania, au sujet de l'inclusion du droit international privé. Désormais, l'article 16 ne s'applique pas « aux dispositions relatives aux obligations contractuelles et extracontractuelles, y compris la forme des contrats, déterminées conformément aux règles du droit international privé » (article 17, 20°).

Deux autres propositions de la Commission méritent l'attention, sur l'institution d'une « procédure européenne d'injonction de payer » (13 juin 2006)(34) et d'une « procédure européenne pour les demandes de faible importance (35) ». Si l'intention première de la Commission était de remplacer les procédures internes et d'appliquer ces instruments aux situations internes, le document du 13 juin 2006 réduit l'ampleur de la proposition, en prévoyant son caractère optionnel et la limitation du champ d'application au litige transfrontalier, défini comme « un litige dans lequel au moins une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie » (article 3, § 1er), définition qui semble réagir à la jurisprudence Owusu.

Plusieurs transpositions nationales d'actes communautaires ont fait l'objet d'une présentation. En France, en matière de commerce électronique (36), la loi n° 2004-575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, présente à l'article 17 (correspondant à l'article 3 de la directive) une règle de conflit de type bilatéral (« L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'État membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie (...) »). Au Luxembourg, la directive 2002/47 (37) concernant les contrats de garantie financière a été transposée par la loi du 5 août 2005, qui en reproduit fidèlement le texte (articles 20, § 4, 23 et 24). En Italie, le « decreto legislativo 19 agosto 2005, n° 190 », effectue une transposition incomplète de la directive 2002/65 visant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs (38), en ne se préoccupant que du choix d'une autre législation « que la législation italienne », et non « de la législation d'un État membre » au sens du texte communautaire (article 17, § 2). L'absence de jurisprudence nationale relative aux règles d'applicabilité des directives concernant les contrats de consommation, constatée par une étude réalisée par l'Institut Max Planck de Hambourg, porte cependant à douter de leur utilité pratique réelle.

3. Nouveaux développements à la Conférence de La Haye

H. VAN LOON présente certains développements récents au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé.

L'aspect institutionnel le plus important concerne la révision du Statut de la Conférence. Le texte amendé a été soumis aux États membres de la Conférence, conformément à l'article 12 du Statut actuel (entré en vigueur le 15 juillet 1955), le 12 juillet 2005 (39). D'après le nouvel article 3, l'admission de l'Union européenne au sein de la Conférence sera possible, mais il conviendra encore de déterminer les matières dans lesquelles une compétence des États membres de l'Union a été transférée à celle-ci (40).

Aux termes de l'article 3 du Statut révisé,

1. Les États membres de la Conférence peuvent, lors d'une réunion relative aux affaires générales et à la politique rassemblant la majorité d'entre eux, à la majorité des voix émises, décider d'admettre également comme Membre toute Organisation régionale d'intégration économique qui a soumis une demande d'admission au Secrétaire général. Toute référence faite dans le présent Statut aux Membres comprend ces Organisations membres, sauf dispositions contraires. L'admission ne devient définitive qu'après l'acceptation du Statut par l'Organisation régionale d'intégration économique concernée.
2. Pour pouvoir demander son admission à la Conférence en qualité de Membre, une Organisation régionale d'intégration économique doit être composée uniquement d'États souverains, et doit posséder des compétences transférées par ses États membres pour un éventail de questions qui sont du ressort de la Conférence, y compris le pouvoir de prendre des décisions sur ces questions engageant ses États membres.
3. Chaque Organisation régionale d'intégration économique qui dépose une demande d'admission présente, en même temps que sa demande, une déclaration de compétence précisant les questions pour lesquelles ses États membres lui ont transféré compétence.
4. Une Organisation membre et ses États membres doivent s'assurer que toute modification relative à la compétence ou à la composition d'une Organisation membre est notifiée au Secrétaire général, lequel diffuse cette information aux autres Membres de la Conférence.
5. Les États membres d'une Organisation membre sont réputés conserver leurs compétences sur toute question pour laquelle des transferts de compétence n'ont pas été spécifiquement déclarés ou notifiés.
6. Tout Membre de la Conférence peut demander à l'Organisation membre et ses États membres de fournir des informations quant à la compétence de l'Organisation membre à l'égard de toute question spécifique dont la Conférence est saisie. L'Organisation membre et ses États membres doivent s'assurer que ces informations sont fournies en réponse à une telle demande.
7. L'Organisation membre exerce les droits liés à sa qualité de Membre en alternance avec ses États membres qui sont Membres de la Conférence, dans leurs domaines de compétence respectifs.
8. L'Organisation membre peut disposer, pour les questions relevant de sa compétence, dans toute réunion de la Conférence à laquelle elle est habilitée à participer, d'un nombre de voix égal au nombre de ses États membres qui lui ont transféré compétence sur la matière en question, et qui sont habilités à voter lors de cette réunion et se sont enregistrés pour celle-ci. Lorsque l'Organisation membre exerce son droit de vote, ses États membres n'exercent pas le leur, et inversement.
9. « Organisation régionale d'intégration économique » signifie une organisation internationale composée uniquement d'États souverains et qui possède des compétences transférées par ses États membres pour un éventail de questions, y compris le pouvoir de prendre des décisions engageant ses États membres sur ces questions.

Parmi les conventions existantes, le rapporteur signale la mise en place de commissions d'évaluation, notamment en matière de protection internationale des enfants, la signature, le 5 juillet 2006, de la convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire et, le 30 juin 2005, de la convention sur les accords d'élection de for.

Les projets actuels de la Conférence portent sur le recouvrement international d'aliments, la médiation familiale, le programme pilote d'apostille électronique, l'information sur le droit étranger. D'autres projets affectent spécialement des pays non européens. Ainsi, la « Deuxième Conférence judiciaire de Malte sur les questions transfrontières de droit de la famille » qui s'est tenue sous les auspices du Gouvernement de Malte en collaboration avec la Conférence de La Haye du 19 au 22 mars 2006 a réuni des juges et experts de nombreux États (Algérie, Allemagne, Australie, Belgique, Canada, Égypte, États-Unis d'Amérique, France, Indonésie, Liban, Libye, Malaisie, Malte, Maroc, Pays-Bas, Suède, Tunisie, Turquie, Royaume-Uni) et institutions (la Commission européenne, le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne, le International Center for Missing and Exploited Children, le Service Social International, Reunite et la Conférence de La Haye de droit international privé), pour traiter, notamment, des moyens d'assurer une meilleure protection de l'exercice du droit aux relations personnelles des parents et de leurs enfants à travers les frontières et des problèmes posés par l'enlèvement international d'enfants (41). D'autre part, « Le projet de La Haye pour la coopération internationale et la protection des enfants en Afrique australe et orientale » a réuni des juges et des experts venus d'Afrique du Sud, du Cameroun, d'Éthiopie, du Kenya, du

Lesotho, du Malawi, de Maurice, du Nigéria, d'Ouganda, des Pays-Bas, du Rwanda, de Tanzanie, de Zambie, du Zimbabwe, de l'Union africaine et de l'UNICEF, ainsi que des représentants de la Conférence de La Haye, du 3 au 6 septembre 2006 à La Haye, pour apprécier le rôle des conventions de La Haye en matière de protection des enfants par rapport à la mise en œuvre effective de la convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.(42)

4. État actuel des travaux en matière de droit international privé au sein de la Communauté européenne

M. FRANCISCO FONSECA, Directeur « Justice civile, droits fondamentaux et citoyenneté » (DG JLS de la Commission), évoque trois thèmes d'action concernant la justice civile, notamment l'accès à la justice et la garantie de l'efficacité des appareils de justice civile (par exemple, les demandes de faible importance, la médiation civile, la révision des règles communautaires en matière de signification, l'injonction de payer, etc.), la reconnaissance mutuelle (par exemple, Rome I, II, III et IV) et les contacts entre les acteurs de justice (par exemple, collaboration et formation des juges nationaux en matière de droit communautaire). S'agissant de l'efficacité des décisions judiciaires, des travaux sont en cours au sujet de l'exécution proprement dite (notamment la saisie des avoirs bancaires), de la transparence du patrimoine et du coût des procédures. Alors que les projets Rome I et II aboutiront normalement en juin 2007, d'autres travaux prendront plus de temps, en matière de divorce (Rome III) et de successions (Rome IV).

[Page d'accueil](#) | [Documents du groupe](#)

Responsable de la page: [Bernadette Martin-Bosly](#).

Dernière mise à jour le 14-11-2011