

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

Présentation générale

(Etienne Pataut)

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 III et Bruxelles IIbis, dont on a tenté d'extraire les questions spécifiques de divorce et de modifier autant que de besoin les éléments qui paraissaient devoir être réformés.

L'adoption de la récente refonte du règlement Bruxelles IIbis par le règlement 2019/1111 n'a pas ôté la pertinence d'une telle proposition. D'une part, le texte proposé intègre dans un texte unique les règles de compétence, de loi applicable et de reconnaissance en matière de divorce, ce que ne fait pas actuellement la législation de l'Union européenne. D'autre part et surtout, le texte propose quelques modifications d'envergure par rapport au règlement 2201/2003 (révision de la compétence directe, intégration des décisions rendues dans des États tiers), y compris après sa refonte par le règlement 2019/111 (circulation des accords sur le divorce).

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 dissolution, 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 et désormais 2019/1111 (qui l'incluent) 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, malgré l'importance de cette question, aujourd'hui en plein renouveau. Il va de soi que même si l'annulation du mariage a été exclue du texte, pour raison de cohérence, le Groupe n'entend pas remettre en question le principe, faisant partie de l'acquis communautaire, de l'existence souhaitable de règles uniformes de compétence applicables à ces procédures.

Cette exclusion pose une difficulté particulière en matière de questions préalables. L'article 1§3 (inspiré de l'article 2(2) 3 de la Convention de La Haye sur l'élection de for) 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 et peut-être surtout 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 aux règlements 2201/2003 et 2019/1111.

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 permis par l'actuel règlement Bruxelles IIbis, y compris après sa refonte. Dans ce cadre, est tout particulièrement à noter la marginalisation de la nationalité comme critère de compétence et, surtout, 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 vise à empêcher qu'un litige « interne » soit « internationalisé » par une clause attributive de juridiction au bénéfice d'un État tiers.

Par ailleurs, a été longuement discutée l'éventuelle introduction d'une règle de « compétence résiduelle », qui ouvrirait une compétence exceptionnelle en faveur des tribunaux de la nationalité d'un ou des époux — sur le modèle du règlement 4/2009 en matière alimentaire (art. 6) —, sauf clause attributive de juridiction en faveur d'un État tiers. Cette règle de compétence particulière aurait constitué une forme de « privilège de citoyenneté européenne ».

Cette solution a finalement été exclue, au profit d'une compétence spécifique figurant à l'article 4§2, litt. d). L'effet de cette règle est que, si aucun tribunal n'est compétent sur la base de la résidence habituelle des époux (a et b) ou du défendeur (c), le citoyen européen qui fixe sa résidence habituelle dans un État membre peut saisir les tribunaux de cet État, sans attendre le délai d'un an prévu pour les autres demandeurs.

Il s'agit d'un privilège de citoyenneté, mais qui diffère grandement d'une simple compétence fondée sur la nationalité. D'abord, la compétence ne résulte pas de la seule nationalité, mais de la double condition de la résidence habituelle dans un État membre et de la nationalité. Elle se distingue aussi de l'actuel article 3 du règlement 2019/1111, car elle n'exige pas que le demandeur ait la nationalité de l'État de résidence et, surtout, elle n'est disponible qu'en l'absence de résidence habituelle du défendeur dans l'Union. L'utilisation du for de la nationalité du demandeur est donc beaucoup plus strictement encadrée.

D'autres innovations, enfin, sont plus ponctuelles. On notera tout particulièrement à cet égard l'introduction d'une règle de for de nécessité (art. 9), étant entendu qu'il est clair que la

nationalité de l'un ou l'autre époux est susceptible de constituer le lien avec le for saisi en cas de nécessité.

Il faut encore mentionner l'existence à l'article 10 d'une règle de transfert de compétence inspirée par l'article 15 du règlement 2201/2003, devenu 12 du règlement 2019/1111, et d'une règle de litispendance renforcée en cas de saisine des juridictions d'un État tiers, avec, en plus, une exigence de « délai raisonnable » (art. 13). 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 États tiers, du fait notamment qu'ont été introduites des dispositions relatives à la reconnaissance des décisions rendues dans ceux-ci (art. 36 et s).

Sur la loi applicable

Les modifications sont moins fondamentales relativement à la loi applicable. Tout particulièrement, les articles 16 et 17 de la proposition 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 (art. 18, § 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, après discussion, celle de l'éventuelle possibilité d'un renvoi de la loi d'un État tiers vers celle d'un État membre (art. 22§2).

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 23 revient à une solution traditionnelle en matière d'ordre public.

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 des règlements actuellement en vigueur.

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 (art. 37, litt. a) ; 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 (art. 37§2).

Dans tous les cas, est maintenu un contrôle de l'ordre public (art. 28 et 37). Les formulations classiques ont été ici reprises, en précisant que, comme dans le contexte d'autres règlements, tel le règlement Bruxelles *Ibis*, les précisions relatives au déroulement de la procédure (art. 28, litt. b, et 37§1, litt. c) n'empêchent nullement un contrôle plus général de l'ordre public procédural intégrant notamment les exigences fondamentales de l'article 6 CEDH.

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 elle-même a beaucoup évolué au fur et à mesure des discussions. Le point de départ était bien sûr la formulation proposée par l'arrêt *Sahyouni* : divorces obtenus (préférés à « prononcés ») sans le concours de nature constitutive d'une juridiction ou d'une autorité publique (CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-372/16, *Sahyouni*). C'est cette distinction entre les divorces juridictionnels et les autres, dont la définition même a évolué pour lui donner plus de précision, qui a donné lieu aux définitions de l'article 3 et au régime de circulation des articles 40 et suivants.

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 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux) et les autres. Les premières relèvent de la méthode de la reconnaissance des situations et les secondes, au moins en partie, de la méthode du conflit de lois. C'est ce que reflètent les articles 40, 41 et 42. Il faut souligner que les divorces visés sont à la fois les divorces obtenus dans les États membres et ceux obtenus dans les États tiers.

Il faut encore souligner que le nouveau règlement 2019/1111 de refonte de Bruxelles *Ibis* prévoit des règles dont le présent projet s'écarte en partie. La solution retenue par le législateur européen est très libérale (art. 2, 1), 2) et 3), sur la définition de la juridiction, de l'acte authentique et, surtout de « l'accord » en matière de divorce, combiné avec les art. 64 à 68 du règlement), mais elle ne « s'applique » qu'aux divorces consensuels « dont les juridictions sont compétentes au titre du chapitre II » (art. 64). La solution retenue par le GEDIP est plus inclusive, en ce sens qu'elle s'applique à tous les divorces, et un peu plus stricte, en ce sens que son régime de circulation est moins libéral.

L'article 40 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 issues d'un acte ou d'un accord ne répondant pas aux conditions de l'article 3§1 (et visées à l'art. 3§2) ne sont pas purement et simplement assimilées aux actes authentiques. Elles sont donc soumises aux exigences d'une vérification de loi appliquée, combinée avec un contrôle d'ordre public et d'inconciliabilité.

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). Les divorces purement consensuels doivent avoir été conclus en conformité de la loi de nationalité ou de la loi de la résidence d'un époux pour pouvoir être efficace sur le territoire des États membres. La solution retenue retient donc les rattachements de l'option de droit, tout en étant plus flexible, notamment en ce qu'elle accepte que soit appliquée la loi de la résidence habituelle d'une seule partie.

Ils doivent en outre ne pas être contraires à l'ordre public ni inconciliables avec une décision ou un autre accord. La formulation des règles sur l'inconciliabilité est adaptée des règles classiques, et notamment du nouvel article 68 du règlement 2019/1111. La formulation vise à rendre compte de la possible divergence entre un accord et une décision ou un autre accord.

D'autre part, la disposition sur le divorce unilatéral (tel le *talak* en droit islamique) est plus rigoureuse. Celui-ci, pour pouvoir circuler, doit répondre à deux conditions. D'une part, avoir été prononcé en conformité avec la loi applicable telle que déterminée par le règlement et d'autre part, avoir été prononcé dans un État dont la loi admet ce mode de divorce. Cette double vérification permet à la fois de contrôler la loi appliquée (y compris, en vertu de l'art. 23, la conformité à l'ordre public de celle-ci) et de s'assurer qu'un tel divorce purement unilatéral n'a pas été prononcé dans un État qui ne l'admettrait pas (exemple d'un *talak* prononcé en Suisse ou en Australie).

En outre, les divorces purement unilatéraux doivent avoir été acceptés sans équivoque par l'autre partie pour pouvoir être reconnus, sauf exception. Une exception possible, que vise la fin de la phrase du paragraphe 1, est celle de l'écoulement d'un temps relativement long depuis le prononcé de la dissolution. 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 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. En revanche, ce critère peut aider à apprécier la reconnaissance d'un tel divorce prononcé à un moment où l'un des époux résidait dans un pays qui ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage.

Les règles relatives à la contrariété de décisions, enfin, sont les mêmes que celles de l'article 41.