

Avis du Comité économique et social européen sur le « Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce »

[COM(2005) 82 final]

(2006/C 24/08)

Le 14 mars 2005, la Commission européenne a décidé, conformément à l'article 262 du traité instituant la Communauté européenne, de consulter le Comité économique et social européen sur « *Le Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce* »

La section spécialisée « Emploi, affaires sociales et citoyenneté », chargée de préparer les travaux du Comité en la matière, a adopté son avis le 5 septembre 2005 (rapporteur: M. RETUREAU).

Lors de sa 420^{ème} session plénière des 28 et 29 septembre 2005 (séance du 28 septembre), le Comité économique et social européen a adopté le présent avis par 161 voix pour, 4 voix contre et 8 abstentions.

1. Présentation commentée de la proposition de la Commission

en principe indissoluble — pour des motifs admis par le droit canonique), ⁽¹⁾

1.1 La Commission a publié un Livre vert ouvrant une consultation sur la compétence, les conflits de loi et la reconnaissance mutuelle en matière de divorce international; le champ d'application proposé se limiterait cependant aux pays membres de l'Union (il faut noter que le Livre vert sur les testaments et successions propose une approche incluant les personnes et les biens également dans les pays tiers).

— les conventions bilatérales, en particulier celle entre la Finlande et la Suède qui restera d'application entre ces deux pays. Certains pays membres ont aussi passé des accords avec des pays tiers sur le droit applicable en matière familiale, notamment pour la reconnaissance du mariage et du divorce étrangers,

1.2 Plusieurs références internationales concernent directement ou indirectement la matière:

— les protocoles «opt in» et «opt out» annexés aux traités qui excluent le Danemark et offrent l'option au Royaume Uni et à l'Irlande de décider s'ils désirent ou non être liés par une législation relative au droit civil.

— les Pacte des Nations Unies de 1966 et les conventions européennes relatives aux droits de l'homme qui proclament la liberté du mariage et la nécessité d'un consentement libre et non vicié au mariage, à peine d'invalidité,

— la Convention de La Haye de 1970 sur la compétence juridictionnelle, les critères de compétence et la reconnaissance mutuelle des décisions en matière de divorce et de séparation de corps, à laquelle sont parties les pays membres suivants: Chypre, Danemark, Estonie, Finlande, Lettonie, Lituanie, Luxembourg,

— le règlement «Bruxelles II» n° 2201(2003) sur la compétence et la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans l'Union européenne en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, qui ne s'applique pas au Danemark, et se substitue à la Convention de La Haye précitée entre tous les pays membres de l'Union européenne, Danemark excepté,

— les conventions entre le Vatican et respectivement le Portugal, l'Espagne, Malte et l'Italie sur le mariage canonique et sa dissolution et la reconnaissance des décisions des tribunaux du Vatican (compétence de la Sainte-Rote en matière d'annulation du mariage canonique —

1.3 Il serait vain de nier la complexité d'une question qui se rattache à des particularismes spécifiques à différentes religions et cultures, qui sont à la fois fortement ancrés dans les consciences collectives mais qui dans le même temps connaissent, comme tout le droit de la famille, des évolutions profondes depuis plusieurs décennies. Cependant, le législateur européen ne peut ignorer, au sein de l'espace européen de droit et de liberté et compte tenu de la libre circulation des personnes, le fait qu'un nombre important de mariages s'achèvent par un divorce, et qu'un nombre croissant d'entre eux ont un caractère international.

⁽¹⁾ Il faut noter que les Cortes espagnoles ont été saisies en décembre 2004 d'un projet de loi modifiant le droit national applicable au mariage et au divorce. Fortement contesté par l'Église; le mariage entre conjoints de même sexe a été récemment adopté dans ce pays (il existe déjà dans plusieurs pays membres de l'Union). En France, un contrat civil peut être passé entre deux personnes ne pouvant se marier légalement, le PACS, pacte civil de solidarité, enregistré par un juge, et qui constitue une sorte de substitut au mariage. Institution et/ou contrat, le mariage ou le quasi-mariage restent limités à deux personnes ayant l'âge légal, et la prohibition de l'inceste subsiste; il faut se demander si la rupture d'un pacte civil comme le PACS français devrait être inclus dans le projet législatif relatif au divorce suggéré par le livre vert, ou s'il devrait simplement relever du droit des obligations contractuelles.

1.4 L'évolution contemporaine des droits nationaux de la famille s'appuie principalement sur les notions de démocratie (pouvoir des assemblées de faire le droit), et sur celles de liberté des individus et d'égalité des personnes, qui sont d'ordre public tant au niveau communautaire qu'au niveau de chacun des pays membres. On relève ainsi une tendance à la contractualisation dans le droit de la famille (mariage ou contrat civil entre personnes de même sexe, divorce par consentement mutuel, contrats sur successions, ...).

1.5 Elle semble irréversible, quoique se matérialisant à des rythmes différents. La prégnance culturelle de conceptions religieuses plus ou moins profondément ancrées paraît jouer un rôle dans la rapidité et le contenu de changements qui peuvent entrer en conflit avec des conceptions et des règles prenant racine dans de longues traditions, ainsi qu'avec les conceptions et notions juridiques et sociales qui les reflétaient.

1.6 Le droit national des pays membres présente en tout état de cause une grande diversité en ce qui concerne le droit du divorce et de la séparation de corps ou les conditions et effets de l'annulation du mariage; un pays membre ne reconnaît pas le divorce (Malte). Le Livre vert propose en conséquence (sagement) de ne pas choisir la voie de l'harmonisation du droit substantiel.

1.7 Il suggère de légiférer éventuellement dans deux directions en ce qui concerne les divorces présentant une composante internationale (européenne):

- la compétence juridictionnelle (détermination du for compétent et reconnaissance de ses décisions dans tous les pays membres),
- la détermination du droit applicable par le tribunal compétent.

1.8 Les dispositions du règlement Bruxelles II concernant la détermination de la juridiction nationale compétente et la reconnaissance mutuelle des décisions de justice sans procédure d'exequatur sont déjà applicables en matière de divorce; la question se pose de savoir si elles suffisent ou non en l'état et dans quelle mesure un pays pourrait ou non opposer des dispositions de son ordre public interne à l'exécution d'un jugement du tribunal compétent d'un autre pays membre appliquant un droit matériel différent au cas d'espèce (et pas nécessairement son droit national ordinaire).

1.9 Un problème majeur est posé par les divergences profondes existant entre les règles internes de recevabilité d'une demande de divorce à composante internationale; il est possible dans certains cas que la demande de divorce ne puisse être accueillie par aucun tribunal d'un pays membre. Une telle situation prive les parties de leur droit d'accès à une juridiction, ce qui est contraire à un droit fondamental et est donc inacceptable.

1.10 Il conviendrait de prévoir une règle d'attribution de compétence pour éviter ce déni du droit d'accès au juge; mais quelle en serait la forme ?

1.11 En ce qui concerne le droit applicable, il facilite parfois la procédure de divorce ou peut la rendre longue, complexe, voire restrictive quant aux motifs ou conditions pouvant être invoqués. Si le droit du for était seul applicable, il pourrait en résulter une «course à la juridiction», si le premier demandeur pouvait choisir le tribunal et le droit national le plus favorable envers sa demande; mais l'autre partie pourrait s'en estimer lésée, car ce droit ne répond pas nécessairement à son attente s'il n'a, par exemple, pas ou peu de liens avec le droit du mariage et la nationalité des époux.

1.12 Faut-il alors permettre le renvoi devant une autre juridiction compétente, s'il est allégué par la partie défenderesse l'existence de liens de rattachement plus forts ou aussi valables avec un autre for, ou si la première juridiction saisie et les normes substantielles qu'elle applique à une telle demande n'avaient que peu ou pas de liens objectifs de rattachement?

1.13 Cette possibilité de renvoi devrait être admise (mais il convient d'éviter un «ping-pong» entre diverses juridictions) et jugée dans des délais suffisamment brefs (procédure d'urgence) pour éviter des manœuvres tendant à faire repousser l'examen au fond. Les parties ont en effet le droit à un jugement définitif dans des délais raisonnables, y compris en cas de divorce conflictuel.

1.14 En ce qui concerne le droit applicable par la juridiction nationale, celle-ci applique selon le cas son droit commun interne ou des règles nationales de droit international privé. La question (non abordée par le Livre vert) de l'application de règles d'un pays tiers (droit personnel des conjoints, par exemple) est cependant importante si l'un des conjoints ou les deux possèdent la nationalité d'un pays tiers, ce qui est assez courant en Europe.

1.15 Le Comité approuve les orientations de travail proposées par le Livre vert, et suggère d'éviter toute procédure de renvoi vers un pays tiers lorsqu'un des conjoints est de nationalité européenne, quelle que soit la loi du mariage.

1.16 Outre la reconnaissance du divorce, la question de la reconnaissance de l'annulation du mariage et de la séparation de corps devrait aussi être considérée. Les droits nationaux diffèrent en ce qui concerne les conditions et effets de l'annulation (notamment le problème du mariage putatif). Par ailleurs, même si son droit national ne prévoyait pas le divorce, tout pays membre doit reconnaître sur son territoire non seulement la validité d'un divorce obtenu dans un autre pays membre mais aussi l'ensemble de ses effets juridiques, patrimoniaux et sur l'état des personnes.

1.17 Les critères de compétence de la convention de La Haye sont, par ordre d'importance: la résidence habituelle (domicile en common law) du demandeur, ou au moins un an de résidence continue dans le pays où la demande est soumise au tribunal ⁽²⁾, le dernier domicile commun des époux avant la demande, la nationalité des deux époux ou d'au moins l'un(e) d'entre eux.

1.18 Le règlement 2201(2003) prévoit (huitième considérant) que «en ce qui concerne les décisions de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, le présent règlement ne devrait s'appliquer qu'à la dissolution du lien matrimonial et ne devrait pas concerner des questions telles que les causes du divorce, les effets patrimoniaux du mariage ou autres mesures accessoires éventuelles» (néanmoins, il faut convenir que les conséquences économiques et autres du divorce pourront différer selon le for compétent ou la loi applicable, et que les époux pourront en tenir compte quand ils choisiront un tribunal).

1.19 En outre, les décisions définitives des juridictions nationales devraient être automatiquement reconnues dans l'ensemble de l'Union, sans autre procédure de validation ni invocation de motifs d'inexécution ⁽³⁾. Le certificat délivré en vue de l'exécution ne devrait alors être susceptible d'aucun recours.

1.20 La compétence générale est celle du territoire (pays membre ou subdivision juridique du pays membre dans le cas du Royaume-Uni où des droits différents s'appliquent pour l'Angleterre et le pays de Galles, l'Écosse, l'Irlande du Nord et Gibraltar). Aux critères de La Haye et pratiquement dans le même ordre, le règlement ajoute: la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux en cas de demande conjointe. En matière de nationalité, elle doit être la même pour les deux époux si la demande est introduite dans le pays d'origine quelle que soit la résidence ou le domicile effectifs de chacun. Le délai de résidence du demandeur est réduit à six mois s'il a la nationalité du pays de résidence.

1.21 L'article 7(2) sur les compétences résiduelles permet à l'époux ayant la nationalité d'un pays membre de présenter sa demande dans le pays membre de sa résidence et selon les règles de compétence applicables dans cet état si le conjoint a la nationalité d'un pays tiers ou n'a pas sa résidence (ou son «domicile» au sens de la «common law») dans un pays membre. Mais un problème de conflit positif de compétences avec une juridiction saisie par l'autre époux dans un pays tiers pourrait se poser. En outre, si aucune juridiction d'un état membre n'était compétente, mais que celle d'un état tiers l'était, et que l'un des ex-conjoints ou les deux étaient ressortissants d'un pays membre ou venaient à y établir leur résidence habituelle et voulaient faire reconnaître le jugement étranger par tous les pays membres ou à tout le moins dans leurs pays respectifs de

⁽²⁾ Dans certains pays membres, un délai de résidence continue de six mois est suffisant.

⁽³⁾ Sauf invocation de la réserve éventuelle d'ordre public, qui devrait être d'interprétation stricte.

nationalité ou de résidence, ils seraient soumis dans ces derniers au droit applicable aux jugements étrangers ou aux dispositions de reconnaissance mutuelle d'éventuels accords internationaux; faut-il revoir Bruxelles II sur ce point pour les ressortissants d'un pays membre?

1.22 Les critères d'attribution de compétence sont donc plus nombreux et plus explicites dans le règlement communautaire considéré par rapport aux dispositions de la convention de La Haye, et les premiers devraient servir de base pour les critères à retenir dans un règlement spécifique au divorce (par exemple renvoi à ces dispositions, ainsi qu'à celles sur la reconnaissance mutuelle des décisions).

1.23 Mais ni la convention de La Haye ni le règlement «Bruxelles II» précité ne contiennent de dispositions sur la loi applicable au divorce, et le règlement limite son champ d'application au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation proprement dits, sans s'appliquer aux causes ni aux conséquences de la dissolution du mariage; ces questions sont renvoyées au droit national applicable.

1.24 Il faut noter, à titre d'exemple, qu'environ 15 % des demandes de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage en Allemagne ont une composante internationale. Le nombre de divorces, dans les divers pays membres, et qui présentent en outre une composante européenne, n'est pas connu.

2. Éléments complémentaires et suggestions du Comité

2.1 Les règles de conflits de lois sont actuellement les règles nationales du pays membre où se trouve le tribunal saisi; il peut en résulter des solutions très différentes d'un pays à l'autre quant au droit applicable pour une même situation selon le pays où la demande est introduite.

2.2 Le Livre vert donne une série d'exemples bien choisis à ce propos, tant sur la compétence — qui peut provoquer un conflit négatif et aboutir à un déni de droit — que sur la diversité des solutions. La solution pourrait alors ne pas correspondre aux attentes de l'un des conjoints, sinon des deux. Il en résulte en tout état de cause une certaine insécurité et un manque de prévisibilité juridiques dans certains cas et un risque de «forum shopping» et de «course à la juridiction» due à la règle de litispendance du règlement Bruxelles II (la première juridiction saisie est compétente si un critère de rattachement existe).

2.3 Le problème se pose en particulier lorsque les conjoints n'ont ni nationalité ni résidence communes, ou si, ayant la même nationalité, ils résident dans d'autres pays que celui de leur nationalité.

2.4 Dans de telles situations, le Comité partage l'opinion qu'une certaine latitude devrait être laissée aux parties pour choisir le droit applicable ou pour la partie défenderesse d'invoquer ses attentes en matière de droit applicable ou de demander le renvoi devant une autre juridiction avec laquelle le mariage aurait le plus de liens objectifs. Dans des circonstances où le demandeur invoque une juridiction et la loi nationale ordinaire qu'elle applique, et où le défendeur invoque pour sa part une autre juridiction compétente ou une autre loi applicable, la décision préalable relative à la juridiction ou à la loi compétente devrait relever de la Cour de première instance saisie en premier lieu par le demandeur, et faire l'objet d'une procédure d'urgence.

2.5 Si le seul critère de rattachement était la nationalité d'une des parties, le règlement oblige de recourir à la compétence du tribunal de leur résidence habituelle, où le droit applicable pourrait ne pas correspondre à leur attente conjointe (par exemple, souhait d'appliquer le droit du pays avec lequel le mariage a des liens plus étroits).

2.6 L'autonomie de la volonté des parties devrait alors pouvoir jouer un rôle, plutôt que de se contenter d'une application mécanique des critères de rattachement. Permettre par exemple le choix entre la loi de la nationalité et la loi du for, mais sans possibilité de renvoi.

2.7 En matière d'annulation canonique par un tribunal ecclésiastique, certains pays membres ont déclaré soumettre de telles décisions pour reconnaissance à leurs tribunaux civils, en vertu d'un concordat ou d'une convention conclue avec le Saint-Siège (Italie, Portugal, Espagne, Malte⁽⁴⁾); l'annulation canonique pourrait poser des problèmes de conflit avec les droits internes d'autres pays membres en raison du fait qu'ils ne reconnaissent pas le motif canonique d'annulation, ou pour un motif de procédure⁽⁵⁾.

2.8 En cas de conflit de fond ou de procédure avec son ordre public interne ou avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, l'État saisi devrait refuser l'exequatur ou la reconnaissance de la décision ecclésiastique. Une procédure civile normale pour annulation, séparation ou divorce devrait alors pouvoir être engagée par la partie demanderesse. Sinon, les requérants n'auraient plus comme solution que de recourir à la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg, ce qui pourrait allonger indûment la durée de la procédure.

⁽⁴⁾ La Pologne n'a pas fait état de son concordat avec le Vatican.

⁽⁵⁾ Voir Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, affaire 30882/96, arrêt du 26/7/2001 «Pellegrini c. Italie»; annulation du jugement italien ayant accueilli la décision de nullité du mariage prononcée en appel par le tribunal de la Rote, en raison d'une violation des droits de la défense par celui-ci.

2.9 Même si le nombre de cas de conflit négatif de compétences peut s'avérer relativement réduit, le Comité estime qu'une initiative communautaire se justifie dans la mesure où une telle situation aboutit à la violation d'un droit fondamental, celui d'avoir accès à un juge compétent pour le prononcé et le règlement du divorce, de la séparation de corps ou de l'annulation.

2.10 Cela devrait donc conduire à admettre une harmonisation des règles de conflits de loi et de compétence pour éviter un tel déni de droit.

2.11 Mais ces règles harmonisées devraient comprendre une réserve d'ordre public en matière de reconnaissance ou d'exequatur de la décision présentant un aspect européen et prononcée dans un pays tiers si cette décision remettait en cause un droit fondamental reconnu en Europe pour l'une des parties ou d'autres dispositions impératives d'ordre public interne que le juge est tenu d'évoquer d'office.

2.12 Le droit communautaire ne devrait en outre accepter aucune reconnaissance obligatoire par tous les pays membres d'un jugement de divorce, d'annulation ou de séparation de corps prononcé dans un pays tiers et concernant des résidents dans l'Union n'ayant pas de nationalité d'un pays membre sans procédure préalable d'exequatur, quand un autre pays membre aurait préalablement reconnu un tel jugement en vertu d'un accord bilatéral conclu avec ledit pays tiers⁽⁶⁾.

2.13 Le Comité estime que la prorogation de compétence devrait être admise en cas de recours conjoint, pourvu qu'un critère de rattachement existe avec le for élu. Un acte authentique (notarié...) pourrait être requis pour la demande conjointe de prorogation.

2.14 Le Comité considère que les conséquences effectives du divorce, en matière de droits parentaux et de garde des enfants mineurs et en matière patrimoniale devraient faire l'objet d'une étude comparative par pays; ces éléments ne sont pas à négliger lorsqu'on évoque une éventuelle «ruée vers un tribunal». En tout état de cause, il paraît difficile de traiter la question du divorce en faisant totalement abstraction de ses conséquences familiales et patrimoniales, parfois différentes d'un pays à l'autre selon le droit applicable ou la jurisprudence courante des juridictions nationales (par exemple en matière de garde et d'autorité parentale), comme le fait le livre vert.

⁽⁶⁾ Même si cela va sans dire, s'agissant d'un règlement applicable aux décisions judiciaires originaires d'un pays membre, cela va encore mieux en le précisant, pour éviter tout problème éventuel d'interprétation.

2.15 Les États membres devraient être invités, s'ils ne l'ont déjà fait, à considérer toutes leurs possibilités d'introduire les modes alternatifs de résolution des conflits, comme la médiation⁽⁷⁾, en matière de divorce, séparation ou annulation à composante européenne. Cela faciliterait l'accès à la justice et la réduction de la durée des procédures pour les justiciables.

2.16 Le Comité reste ouvert sur une question importante pour les citoyens et leur mobilité; il suivra le résultat des consultations engagées par la Commission ainsi que les

propositions plus précises de réglementation qui pourront être proposées par la suite; un aménagement du Nouveau Règlement Bruxelles II ou un Règlement spécifique au divorce peuvent être envisagés. Le Comité souhaite par ailleurs savoir plus précisément quels sont par pays le nombre de cas de demandes de divorce à composante communautaire, le nombre de cas de conflits négatifs de compétences et autres informations pertinentes. Il pourra ainsi examiner plus concrètement les problèmes dans l'éventualité d'une future proposition à portée législative en matière de compétence et de loi applicable au divorce.

Bruxelles, le 28 septembre 2005.

La Présidente
du Comité économique et social européen
Anne-Marie SIGMUND

⁽⁷⁾ Livre vert COM(2002)196 sur les modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et commerciale.