



Représentant les avocats d'Europe
Representing Europe's lawyers

REPONSE DU CCBE AU LIVRE VERT DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR LE DIVORCE

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe
association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.org – www.ccbe.org

REPONSE DU CCBE AU LIVRE VERT DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR LE DIVORCE

1. INTRODUCTION

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente plus de 700.000 avocats européens à travers ses barreaux membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen. Outre des barreaux de l'Union européenne, le CCBE compte également des observateurs issus de sept barreaux nationaux européens. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres à des consultations sur des politiques qui concernent les avocats européens.

Suite au Livre vert de la Commission européenne sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce établissant les prochaines étapes proposées à ce sujet, ce document contient les réponses du CCBE à la plupart des questions visées dans le document susmentionné.

Nos commentaires suivent l'ordre des questions du document de la Commission relatif à l'instrument optionnel.

Le CCBE accueille très favorablement l'initiative de la Commission de proposer un instrument sous la section IV du traité en matière de divorce.

Le CCBE souhaite soutenir l'avis de la Commission dans le Livre vert (p. 3) selon lequel un tel instrument serait très utile pour les ressortissants européens et fournirait une sécurité juridique et une coopération juridique efficace.

En unifiant les règles permettant de déterminer la loi applicable au divorce, il limitera le forum shopping et ses effets néfastes.

Question 1. *À votre connaissance, d'autres problèmes que ceux décrits ci-dessus peuvent-ils se poser en cas de divorces «internationaux»?*

Il serait intéressant de lier la question des régimes matrimoniaux à la question des divorces au vu de la disparité existant également en cette matière.

La question de la fiscalité des prestations compensatoires qui peut être très différente d'un Etat à l'autre est également d'actualité.

En effet, ce ne sont pas uniquement les procédures en divorce qui posent problème mais également leurs conséquences et notamment les obligations alimentaires.

Par ailleurs, les règles harmonisées de conflit de loi devraient contenir une définition européenne commune du domicile et de la résidence habituelle, notions de référence en droit de la famille.

Question 2. *Êtes-vous favorable à l'harmonisation des règles de conflit de loi? Quels sont les arguments pour et contre cette solution?*

L'harmonisation des règles de conflit de loi s'avère nécessaire au regard de l'importance des mariages entre des personnes de nationalités différentes et des problèmes qui se posent pour ces couples en cas de divorce.

En effet le désordre qui règne en la matière provoque une insécurité juridique considérable même si une certaine convergence (préférence pour les divorces par consentement mutuel et diminution de la notion de faute) se manifeste dans la plupart des Etats membres.

Des différences significatives subsistent néanmoins dans les législations des différents Etats membres tant au niveau des causes de divorce (consentement mutuel, rupture irrémédiable du mariage, pour faute, pour séparation de fait, sans cause) qu'au niveau des procédures (uniquement administrative,

plusieurs comparutions devant le tribunal, assistance d'un avocat obligatoire, lié à la question de la responsabilité parentale ou traité séparément, procédure accélérée pour certaines causes...).

En l'état de la réglementation actuelle, selon le tribunal saisi, la loi appliquée sera différente.

Puisque le règlement Bruxelles II bis donne la préférence au premier tribunal saisi, la détermination de la loi applicable peut ne résulter que de la rapidité avec laquelle une partie a saisi le tribunal ; le souhait d'un époux de voir appliquée telle loi plutôt que telle autre, l'incite donc à engager le conflit.

Question 3. Quels seraient les critères de rattachement les plus pertinents?

Même s'il paraît souhaitable de laisser de plus en plus de place à la volonté des époux dans le choix de la loi applicable il convient néanmoins de limiter et encadrer ce choix face à la difficulté que peut représenter la rédaction d'accords sur des situations futures et au regard de la question de la responsabilité parentale.

Il convient à tout le moins de prévoir des critères de rattachement pour le cas où les époux n'ont formulé aucun choix.

Les critères qui apparaissent comme les plus pertinents sont :

- En cas de nationalité commune : la nationalité des parties,
- En cas de nationalité différente : le pays avec lequel les époux ont le plus de liens objectifs, à défaut de pouvoir le déterminer, le lieu de la résidence permanente commune des époux, à défaut celui de l'époux avec lequel demeure les enfants mineurs (ou le critère européen de rattachement, CER, tel que précisé plus loin).
- A défaut, la loi du for.

La loi du for suscite cependant la controverse.

Pour certains, appliquer la loi du for reviendrait à « faire juger accidentellement » un divorce, événement extrêmement important dans la vie d'un couple, dans un lieu de résidence accidentelle (stage, emploi temporaire...), ce qui n'a pas d'inconvénient majeur en ce qui concerne le tribunal compétent, mais peut en avoir en ce qui concerne la loi applicable, en raison des divergences encore importantes entre les législations des Etats membres.

L'application de la loi du for dans de telles circonstances pourrait même s'avérer douloureuse et donc aggraver le conflit pour des époux déjà en souffrance et souvent très attachés à leur culture juridique.

Les partisans de la loi du for soulignent qu'elle pourrait trouver à s'appliquer en cas de mesures urgentes qui seraient à prendre et notamment à propos des enfants, voire lorsqu'il n'existe aucun autre critère de rattachement.

Il est à souligner que la loi du for a le mérite d'être la mieux connue du juge.

Le CCBE recommande la définition d'un nouveau critère de rattachement uniforme (voir paragraphe suivant). En recommandant le même critère de rattachement pour la juridiction, cet instrument permettra à la cour compétente d'appliquer son propre droit.

Un nouveau critère de rattachement européen devrait être créé pour le futur instrument car les expressions « domicile » ou « résidence habituelle » ont des significations différentes dans les Etats membres. Le « critère européen de rattachement » (CER), est le même que celui proposé par le CCBE pour le domaine des successions ; mais il devra être adapté pour le divorce, car au lieu de ne concerner que le défunt, il concerne les deux époux et les enfants. Pour le divorce, il devra faire référence aux notions suivantes.

- résidence permanente commune à toute la famille, à défaut résidence de l'époux qui vit avec les enfants mineurs, pour au moins 1 ou 2 ans (le CCBE recommande 2 ans) ;
- une personne ne peut avoir qu'un CER :

- si l'un des époux retourne dans son pays (le pays de citoyenneté), il n'est pas obligé de résider au minimum 1 ou 2 ans dans son Etat d'origine pour obtenir à nouveau le CER qui lui est octroyé immédiatement.

Dans le domaine du divorce, ce CER ne sera appliqué qu'à défaut de nationalité commune des époux qui pour le CCBE reste le premier critère de rattachement.

Question 4. Les règles harmonisées devraient-elles concerner uniquement le divorce ou s'appliquer également à la séparation de corps et à l'annulation du mariage?

Les règles d'harmonisation doivent également inclure la séparation de corps. Quant à l'annulation du mariage, il y a lieu de distinguer entre l'annulation quant à la forme et celle quant au fond. Dans le cas de l'annulation basée sur la forme, il est préférable d'appliquer la loi du lieu du mariage. S'agissant d'une annulation basée sur le fond, les règles d'harmonisation devraient également être d'application.

La question de l'annulation peut être appelée à se développer dans les prochaines années en raison d'un contexte de mariage forcé dans certaines familles d'immigrés.

D'autre part, le nouveau Règlement Bruxelles II (2201/2003) prévoit déjà en son article 1 relatif au champ d'application qu'il est applicable tant en matière de divorce qu'en matière de séparation de corps et d'annulation du mariage.

Question 5. Les règles harmonisées devraient-elles comprendre une disposition d'ordre public permettant aux tribunaux de refuser d'appliquer un droit étranger dans certaines circonstances?

L'inclusion d'une disposition d'ordre public s'avère nécessaire pour permettre aux tribunaux de refuser d'appliquer un droit étranger dans certaines circonstances et notamment lorsque ce droit serait par trop différent de la culture juridique telle l'interdiction de divorcer (par exemple dans la législation de Malte) ou encore l'application du mécanisme de la répudiation (existant dans certaines législations nord-africaines).

Question 6 Les parties devraient-elles être autorisées à choisir le droit applicable? Quels sont les arguments pour et contre cette solution?

1) Cette question traduit une problématique liée à l'évolution contemporaine de nos sociétés européennes

Traditionnellement, dans tous les pays européens, le mariage, et donc le divorce, sont du domaine de l'ordre public.

Dans la plupart des Etats membres, le mariage est encore considéré comme une institution et non comme un contrat.

Pourtant, beaucoup de citoyens des Etats membres revendiquent une plus grande liberté dans l'organisation de leurs rapports familiaux ; la satisfaction de cette revendication passe par une contractualisation de ces rapports, dont on trouve la trace dans un certain nombre de législations nationales.

On assiste ainsi au développement de contrats de partenariat civil, et pour ce qui concerne le divorce, au développement des procédures par consentement mutuel.

Dans certains Etats, l'autonomie de la volonté a déjà toute sa place dans le domaine des régimes matrimoniaux, où l'ordre public a un rôle de plus en plus réduit.

La question est plus difficile pour le divorce lui-même.

Mais la tendance, majoritaire dans les Etats membres, de séparer la question des enfants de celles du divorce et des relations entre les époux peut permettre une évolution vers l'autonomie de la volonté, même sur la question du divorce.

En effet, s'il peut paraître dangereux de laisser des parents choisir la loi applicable à l'organisation de la vie de leurs enfants, il apparaît possible de satisfaire l'aspiration des couples internationaux de garder la maîtrise de la gestion de de leur relations conjugales au moment de la rupture.

Certains pays (l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas et l'Allemagne ...), ont admis la possibilité pour les époux de choisir la loi applicable au divorce.

On imagine mal comment les citoyens de ces pays qui ont connu cette liberté accepteraient aujourd'hui de s'en voir priver, aujourd'hui, par une règle communautaire.

2) Le libre choix peut également être fondé sur des raisons plus strictement juridiques.

Il semble souhaitable d'offrir aux époux la possibilité de prévoir la loi applicable, pour conférer à leurs relations, surtout au moment de la rupture, la sécurité d'un système juridique connu par avance ;

Si les époux font usage de cette possibilité, la situation sera simplifiée pour eux :

- Si nous restons dans un système où chaque tribunal applique sa règle de conflit, cela permettra d'éviter la détermination complexe de la loi applicable ; cela évitera aussi qu'il y ait un lien automatique, souvent artificiel, entre compétence juridictionnelle et loi applicable.
- Si l'on parvient à une règle de conflit européenne unique, cela permettra d'éviter l'inadéquation de cette règle de conflit à la situation des époux; il en serait ainsi si la règle de conflit désignait une loi à raison d'une résidence pour des raisons strictement professionnelles dans un pays qui serait, par ailleurs, totalement étranger aux deux époux.

Au vu de ces éléments, le CCBE se déclare favorable, dans le principe, à autoriser les parties à choisir le droit applicable à leur divorce même s'il est cependant conscient des difficultés liées à une telle autonomie.

Le principal inconvénient est de demander à des juridictions d'appliquer une loi étrangère qui est quelquefois, hélas encore, assez éloignée de la leur.

Cet inconvénient devrait, peu à peu, disparaître avec la convergence des systèmes de loi en matière de famille, mais il est certain que c'est une véritable difficulté.

Une solution pourrait peut-être consister à imposer aux parties qui ont fait le choix d'une loi applicable, de fournir au Juge saisi le contenu de cette loi.

Le CCBE s'est également interrogé sur les risques d'un choix imposé par l'un des époux, en situation de force par rapport à l'autre.

La question du moment du choix de la loi applicable est également importante ; elle sera traitée dans le cadre de la réponse à la question 9.

Mais ces réserves n'entament pas la réponse de principe qui est tout à fait favorable ; elles guident simplement la réponse aux questions subsidiaires des conditions d'exercice de ce droit au choix.

Question 7. Ce choix devrait-il se limiter à certains droits ? Dans l'affirmative, quels seraient les critères de rattachement appropriés? Le choix devrait-il se limiter aux droits des États membres? Le choix devrait-il se limiter à la loi du for?

1) Le CCBE convient qu'il faut encadrer le choix des époux.

Le CCBE estime d'abord que le choix devait se limiter aux droits des Etats membres.

Même s'il existe encore des différences assez sérieuses, il y a incontestablement une convergence entre les lois des Etats membres qui, donc, à terme, facilitera l'exercice de l'autonomie de la volonté, ce qui ne peut absolument pas être assuré si on étendait le choix à d'autres pays.

Cette limitation favoriserait également l'unité et l'élaboration d'un consensus sur l'ensemble des règles applicables à la famille dans l'Union européenne.

On peut également considérer que les juridictions des Etats membres ont plus vocation à connaître les lois des autres Etats membres que les lois de pays étrangers à l'Union Européenne, ce qui limitera les situations de loi applicable inconnue des juges.

Plus généralement, le CCBE considère qu'il faut absolument éviter le choix de lois « exotiques » lorsqu'il n'y a pas de critère de rattachement avec les intérêts de la famille ; il faut que les époux soient familiers avec la loi qu'ils vont désigner ; à défaut, l'objectif de sécurité juridique ne sera pas atteint.

2) En ce qui concerne les critères de rattachement appropriés,

- Le CCBE estime également que la loi choisie doit avoir un lien avec au moins l'un des époux, que ce soit sa nationalité ou son CER.

A cet égard, le CCBE appelle de ses vœux l'adoption d'un critère de rattachement européen (CER) tel qu'évoqué ci dessus (question 3) ou au moins une définition européenne commune de la résidence habituelle en matière familiale (cf. notamment les dispositions particulières du règlement Bruxelles 2 bis sur la Grande-Bretagne et l'Irlande qui visent le domicile commun).

- Le CCBE pense que les époux ne doivent pas voir leur choix limité à la loi du for ; il appelle, en effet, de ses vœux, la possibilité que le choix puisse être exercé bien avant l'introduction de la procédure de divorce ; certes, la limitation de la possibilité de choix des parties à celle de la loi du for faciliterait le travail des juridictions, mais cela ne répondrait en aucune manière à l'objectif de prévisibilité juridique que seul permet d'atteindre un choix antérieur à l'introduction de la procédure de divorce.

Au surplus, le principe de la loi du for serait inadapté aux situations de plus en plus fréquentes de mobilité géographique.

Question 8. La possibilité de choisir le droit applicable devrait-elle concerner uniquement le divorce ou également la séparation de corps et l'annulation du mariage?

Le CCBE considère que l'annulation du mariage devait être traitée indépendamment de la séparation de corps et du divorce.

En effet, il y a dans la procédure d'annulation du mariage des éléments qui sont directement liés aux formalités propres à chacun des pays dans lequel le mariage a été célébré.

Pour le CCBE, il semble que la loi applicable à la nullité du mariage doive être la loi du lieu du mariage pour ce qui concerne ses conditions de forme, et pour ce qui concerne les conditions de capacité et de consentement, la loi nationale de l'époux concerné.

En revanche, le groupe de travail est favorable à ce que la possibilité de choisir le droit applicable soit offerte pour la séparation de corps comme pour le divorce avec la seule difficulté que certains pays ne connaissent pas la procédure de séparation de corps.

Le CCBE souhaite attirer l'attention sur le fait que la loi choisie pour le divorce devrait être la même que pour celle éventuellement choisie pour la séparation de corps, si l'une ou l'autre sont choisies avant l'introduction de toute procédure.

Question 9. Quelles devraient être les conditions de forme applicables à l'accord des parties sur le choix du droit?

Le CCBE considère d'abord que le choix peut être fait à tout moment, soit au moment du mariage, soit au cours de la vie conjugale, au moment de l'introduction de la procédure de divorce, ou en cours de procédure.

Une fois le choix effectué, il ne doit pas être possible de le modifier.

Mais le choix ne doit pas être la traduction de la supériorité de l'un des époux sur l'autre, et les conditions de forme doivent garantir la liberté du consentement

Les conditions de forme du choix sont relativement simples à matérialiser, si le choix est effectué au moment de l'introduction de la procédure.

En effet, dans une telle hypothèse, on peut demander aux parties de manifester leur choix devant le Juge, soit directement, soit par leur avocat.

Les règles de procédure applicables pour chacun des pays, soit à la déclaration de volonté des parties, soit à leur argumentation sont suffisantes pour garantir la liberté du consentement.

Si le choix doit être effectué au moment de la célébration du mariage, il y a deux possibilités :

- Soit que ce choix soit déclaré au moment même de la célébration du mariage, mais cela risque de poser un problème psychologique que de dire oui au mariage, et en même temps, de décider quelle loi sera applicable s'il se dissout par le divorce.
- L'autre solution pourrait être de lier le choix de la loi applicable au divorce au choix d'un régime matrimonial ; mais ceci limiterait certainement le développement de l'autonomie des parties car les statistiques montrent que, dans tous les états membres, peu de couples font choix d'un régime matrimonial ; au surplus, cette notion recouvre des réalités juridiques très différentes suivant les états membres.

D'une manière générale, le CCBE considère que les formalités applicables à une telle déclaration doivent garantir une information parfaite des deux époux, la vérification de leur consentement mutuel. Le choix doit être exprès.

Les mesures permettant de s'assurer de ces éléments, tendent tous à l'intervention d'un tiers professionnel, Juge, Notaire, Avocat, ce qui exclut, en toute hypothèse, la simple signature d'un document sous seing privé.

On pourra, pour assurer plus de souplesse, laisser chaque pays déterminer les formes d'expression du choix.

Question 10. D'après votre expérience, l'existence de plusieurs critères de compétence entraîne-t-elle une «ruée vers le tribunal»?

Le règlement Bruxelles II implique que chacun veut être le premier en justice. Selon le règlement, plusieurs juridictions d'Etats membres européens peuvent être compétentes pour une seule et même affaire. La compétence se concentre sur la cour qui a été saisie d'abord. En pratique, cela veut dire que la cour est de plus en plus sollicitée précipitamment pour assurer sa compétence dans l'affaire. La pratique montre que cela cause des problèmes et il donc faut la changer.

La question de savoir quelle cour de quel Etat membre européen est compétente est importante car le droit appliqué à la même affaire varie selon les Etats membres. Jusqu'à présent, les juridictions doivent appliquer le droit international privé. Le critère de rattachement selon le droit international privé varie fortement dans les systèmes juridiques européens. Dans certains Etats membres, il est lié à la nationalité (par exemple en France et en Allemagne) alors que d'autres appliquent leur propre loi (la loi du for en Angleterre et Irlande)

La question de la compétence concurrente sera moins importante dès que le droit international privé en matière de droit de la famille sera standardisé au sein des Etats membres de l'Union. Voilà l'objectif à atteindre.

Question 11. Estimez-vous qu'il convient de réviser les règles de compétence? Dans l'affirmative, quelle serait la meilleure solution?

Les dispositions du règlement Bruxelles II concernant la compétence de la cour en matière de droit du divorce devraient être modifiées de manière à éliminer la compétence concurrente des juridictions des Etats membres. Un tel changement serait approprié au moins tant que le droit international privé en matière de divorce n'a pas été harmonisé au niveau des Etats membres européens. Dès que tous les Etats membres européens décideront sur la base de règles standardisées le droit applicable au

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.org – www.ccbe.org

16.09.2005

divorce, au soutien conjugal et au régime conjugal, la question de la compétence des juridictions sera moins importante. Dans ce cadre-là, les règles actuelles sur la compétence peuvent être maintenues.

Si la compétence concurrente des juridictions européennes est supprimée, il faudra étendre les possibilités des parties de s'accorder sur le lieu de la compétence. Toutefois, en procédant de la sorte, il faudra limiter le nombre de cours. Le nombre de juridictions à convenir tout comme le lieu de compétence doivent être réduits de manière substantielle à ceux qui ont des compétences concurrentes en vertu du règlement actuellement en vigueur.

Question 12. *Pensez-vous que l'harmonisation des règles de compétence devrait être approfondie et que l'article 7 du règlement (CE) n° 2201/2003 devrait être supprimé, ou, du moins, se limiter aux cas ne concernant pas des citoyens de l'UE? Dans l'affirmative, quelle devrait être la teneur de ces règles?*

L'article 6 du règlement Bruxelles II bis a parfois comme conséquence que le citoyen européen ne peut pas intenter d'action en divorce devant une juridiction européenne. Ceci s'applique par exemple, si les conjoints sont originaires de différents Etats membres et que leur résidence se trouve en dehors de l'UE. Le CCBE recommande donc de maintenir la compétence résiduelle de l'article 7 qui permet au plaignant d'intenter une action dans un Etat membre dans les cas prévus par cet article, même si son conjoint n'est pas ressortissant de l'Union.

Question 13. *Quels sont les arguments pour et contre l'introduction d'une possibilité de prorogation en cas de divorce?*

Le CCBE est favorable à l'introduction d'une possibilité de prorogation de compétence en cas de divorce, mais avec certaines limitations. La prorogation sur base du choix des parties devrait être autorisée seulement sur base de la nationalité, du critère de rattachement européen ou de la loi applicable. Les parties devraient pouvoir choisir un Etat membre, mais pas une cour précise dans l'Etat membre.

Question 14. *La prorogation devrait-elle se limiter à certaines juridictions?*

La prorogation devrait être limitée uniquement aux juridictions des Etats membres de l'Union européenne.

Question 15. *Quelles devraient être les conditions de forme applicables à l'accord de prorogation conclu par les parties?*

Les conditions de forme pour l'accord de prorogation devraient être les mêmes que celles pour l'accord des parties sur le choix du droit.

Question 16. *Devrait-il être possible de demander le renvoi d'une affaire à une juridiction d'un autre Etat membre? Quels sont les arguments pour et contre une telle solution?*

En principe, aucun renvoi ne devrait être autorisé entre les Etats membres de l'Union européenne. Le choix du droit ou des critères de rattachement devrait déterminer le droit applicable.

Question 17. *Quels devraient être les critères de rattachement permettant de déterminer si une affaire peut être renvoyée à un autre Etat membre?*

Voir question 16.

Question 18. Quelles garanties seraient nécessaires pour assurer la sécurité juridique et éviter les retards indus?

Voir question 16.

Question 19. Quelle combinaison de solutions constituerait, selon vous, le meilleur moyen de régler les problèmes décrits?

Voir les réponses précédentes. Le CCBE est favorable au libre choix du droit. Le cas échéant, le critère de rattachement devrait être la nationalité commune des parties, à défaut, le CER devrait l'être, à défaut, la loi du for.