

# Position du CCBE sur la proposition de refonte du règlement de Bruxelles II bis relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale

2/12/2016

## I. Introduction

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 45 pays, soit plus d'un million d'avocats européens. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

À la suite de sa [réponse](#) à la consultation publique sur le fonctionnement du règlement de Bruxelles II bis, le CCBE salue le travail et les efforts réalisés par la Commission s'agissant des mesures relatives à la responsabilité parentale et à la circulation des décisions. Le CCBE tient à apporter ses commentaires concernant un certain nombre de questions relatives à la proposition de refonte du règlement de Bruxelles II bis.

## II. En matière de divorce

### 1. Définition de résidence habituelle

Les experts regrettent que la refonte n'ait pas été l'occasion de codifier la notion fondamentale au bon fonctionnement du règlement qu'est celle de « résidence habituelle ».

L'absence de définition pose un problème majeur puisque les États membres, en dépit de la jurisprudence de la CJUE, interprètent chacun différemment la notion de résidence habituelle, qu'il s'agisse de celle de l'enfant ou de celle des époux. Cela soulève la question de l'uniformisation et de l'harmonisation des critères de rattachement qui semblent pourtant nécessaires à la bonne application du règlement, afin d'éviter que plusieurs États membres se reconnaissent concurremment comme constituant la résidence habituelle de l'enfant ou d'un des époux.

La refonte du règlement Bruxelles II bis est donc selon nous l'occasion de clarifier la définition de la résidence habituelle de l'enfant et des époux afin de répondre à cet objectif d'harmonisation.

À cette fin, certains critères déterminants à prendre en considération ont été identifiés dans un autre instrument qui ressort également du droit de la famille : le règlement succession (considérants 24 et 25).

Par ailleurs, les contours de cette notion sont régulièrement précisés par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 2 avril 2009, A. C-523/07 point n°44, CJUE, 22 décembre 2010, Mercredi / Chaffe, C-497/10 point n°56, CJUE, 9 octobre 2014, n°C-376/14) en ce qui concerne la résidence habituelle des enfants.

Compte tenu des différentes approches entre les systèmes juridiques concernant les notions de « résidences habituelles », le CCBE souhaiterait voir cette notion faire l'objet de deux considérants spécifiques qui permettront une harmonisation de la définition donnée par les juridictions des États membres.

De la même manière que la Cour de justice a considéré que les facteurs à prendre en considération ne sont pas les mêmes selon l'âge de l'enfant, le CCBE pense qu'il est nécessaire de rédiger deux considérants, l'un visant l'article 8 du règlement et l'autre l'article 3, les résidences habituelles d'enfants et d'adultes ne revêtant pas les mêmes caractéristiques.

**Proposition de considérant offrant une définition de la résidence habituelle de l'enfant**

*La résidence habituelle de l'enfant correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin, sont notamment pris en considération, en fonction de l'âge de l'enfant, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et de l'installation de l'enfant et le cas échéant de sa famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit État.*

**Proposition de considérant offrant une définition de la résidence habituelle d'un époux**

*La résidence habituelle d'un époux correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'époux dans un environnement social, économique et familial. À cette fin, sont notamment pris en considération la durée, la régularité, la stabilité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et de l'installation dans cet État, la nationalité de l'époux, le lieu et l'intégration dans un milieu socio-professionnel, les intérêts économiques, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux et les rattachements administratifs de l'époux dans ledit État.*

## 2. Choix de juridiction

Comme il l'a déjà signalé dans sa [réponse](#) à la consultation publique sur le fonctionnement du règlement de Bruxelles II bis, le CCBE déplore le fait que le règlement, laissant ouverte la possibilité de *forum shopping*, n'incite ni à la médiation ni aux autres modes alternatifs de résolution des conflits. Dans la lignée des règlements les plus récents et de l'accent mis sur l'autonomie de la volonté, le CCBE estime que laisser aux époux une plus grande autonomie prend tout son sens au moment de la conclusion du mariage. Une meilleure sécurité juridique, recherchée par les parties, serait assurée en faisant, par avance et en dehors de toute difficulté conjugale, le choix de la juridiction compétente en cas de désunion.

Le choix de juridiction doit en effet être abordé dans un cadre d'anticipation et de sécurisation des accords juridiques entre les parties.

Aujourd'hui, les époux peuvent choisir un régime matrimonial par contrat de mariage, mais la parfaite application de ce contrat ne peut être garantie étant donné que certaines juridictions ne connaissent pas cette institution ou considèrent qu'elles ont le pouvoir de l'écarter en fonction des circonstances.

À titre d'exemple, deux époux français souscrivent un contrat de séparation de biens de droit français et vivent en Angleterre. S'ils n'ont pas formulé de choix de juridiction et que le premier époux saisit les juridictions anglaises pour connaître du divorce, ce contrat pourrait ne pas être appliqué conformément aux intentions initiales de parties.

Le moyen d'assurer de manière certaine le respect du choix fait par les époux au moment de leur mariage serait de leur permettre de désigner, dans le même temps que le choix du contrat, la juridiction compétente dans l'éventualité d'un divorce.

De la même manière, dans un « pre nuptial agreement » de droit anglais, une disposition qui serait analysée comme un avantage matrimonial en droit français pourrait se trouver automatiquement révoquée devant un tribunal français saisi du divorce, nonobstant la volonté exprimée par les parties dans le « pre nuptial agreement » que cet avantage survive au divorce.

Là encore, la faculté de désigner la juridiction, cette fois anglaise, comme seule compétente pour juger d'un éventuel divorce, permettrait d'éviter une telle situation.

Les parties peuvent souhaiter que la juridiction dont la loi va être appliquée tranche les questions relatives à leur contrat de mariage. Alors qu'une autre juridiction, désignée par Rome III, pourrait appliquer la loi du contrat de mariage, cela pourrait être moins avantageux pour les parties qu'une décision rendue par une juridiction appliquant sa propre loi. Les contrats de mariage ont des caractéristiques éminemment culturelles et leur application serait mieux assurée par le juge de la loi du contrat.

Le fait d'autoriser les parties à choisir la loi du contrat augmente la sécurité juridique de leur relation, d'autant plus si elles ont la certitude que ce contrat fera l'objet d'une interprétation et d'une application adéquates.

Autoriser le choix de la juridiction compétente pour le divorce en amont, et pas seulement au moment du divorce, apparaît donc comme le moyen d'assurer une plus grande sécurité juridique pour la mise en œuvre des accords intervenus entre les époux.

Cela contribuerait également à atteindre un autre objectif régulièrement invoqué dans les instruments européens : celui de l'unification du contentieux pour parvenir à un règlement global des conséquences financières du divorce (aliments et liquidation du régime matrimonial).

Alors qu'il est possible aujourd'hui, en application du règlement obligations alimentaires, de désigner la juridiction d'un État membre comme seule compétente pour les aliments, tant qu'il n'est pas possible de désigner le juge du divorce les époux risqueront d'être confrontés à une procédure alimentaire dans un État membre et une procédure en liquidation et divorce dans un autre État membre.

La difficulté est plus aigüe encore lorsque la juridiction ne connaît pas la notion de régime matrimonial.

*In fine*, le risque est grand de parvenir à un règlement parfaitement inadéquat des conséquences du divorce alors même que les époux auraient souhaité encadrer cette issue à leur union.

Au regard de ces difficultés pratiques très régulièrement rencontrées dans le cadre des divorces soumis au règlement Bruxelles II *bis*<sup>1</sup>, le CCBE propose qu'un choix de juridiction compétente pour juger du divorce soit possible en dehors de toute procédure et dès le mariage.

Il nous semble que pour assurer l'objectif de regroupement du litige, les choix offerts doivent être cohérents avec ceux offerts pour le choix de la juridiction compétente en matière d'obligations alimentaires.

En outre, pour assurer la meilleure application possible des accords passés entre les époux, doit être ouverte la possibilité de choisir le juge de la loi applicable au contrat de mariage.

Pour finir, certains pays, de plus en plus nombreux, autorisent le prononcé ou l'enregistrement d'un divorce non contentieux sans intervention d'une autorité compétente pour contrôler le respect par les parties des dispositions réglementaires relatives à la compétence. De facto, celles-ci seront donc en mesure de s'accorder sur le choix de la juridiction. Il nous semble judicieux d'offrir à tous la possibilité de faire ce choix.

---

<sup>1</sup> La délégation britannique du CCBE estime que le problème de la « course aux tribunaux » dans les procédures de divorce pourrait être résolu en incluant dans le texte de la proposition l'une des propositions suivantes, voire les deux :

- Donner aux autorités/tribunaux le pouvoir de transférer la procédure de divorce à une autorité ou à un tribunal plus approprié, ce qui est déjà possible en vertu de l'article 15 pour les procédures relatives à la responsabilité parentale; et/ou
- Instaurer une hiérarchie expresse dans les bases juridictionnelles énoncées aux alinéas a) et b) de l'article 3, avec l'ordre de préséance viable suivant : «...sur le territoire duquel :
  - s'exerce la compétence, dont les conjoints ont convenu de manière démontrable,
  - se trouve la résidence habituelle des époux,
  - la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, le « domicile » des époux,
  - la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore,
  - la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande,
  - la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son « domicile ». »

Le CCBE propose donc la rédaction suivante :

**« Les parties peuvent d'un commun accord choisir que les autorités ou juridictions d'un des États membres suivants auront compétence exclusive pour les questions relatives au divorce ou à la séparation :**

- **L'État membre dans lequel l'une des parties est habituellement résidente,**
- **L'État membre dont l'une des parties a la nationalité ou, dans le cas du Royaume-Uni ou de l'Irlande, dans lequel l'une des parties a son « domicile »,**
- **L'État membre de la résidence commune des époux depuis au moins un an à la date du choix,**
- **L'État membre choisi pour trancher un conflit concernant les créances alimentaires entre époux,**
- **L'État membre dont la loi est désignée comme applicable au contrat de mariage,**
- **L'État membre dont la loi est désignée comme applicable au divorce.**

**Les conditions ci-dessus doivent être remplies au moment du choix de juridiction.**

**Ce choix doit être fait expressément, par écrit ».**

Le CCBE rappelle qu'à l'exception des deux dernières options, ces choix de juridictions ont également été proposés par le Parlement européen.

Il nous semble qu'à minima doivent pouvoir être désignées les juridictions de :

- L'État membre dans lequel les parties ont leur résidence habituelle commune depuis au moins un an,
- L'État membre dont les parties ont la nationalité commune ou dans lequel elles ont toutes deux leur domicile dans le cas du Royaume Uni ou de l'Irlande,
- L'État membre choisi pour trancher un conflit concernant les créances alimentaires entre époux,
- L'État membre dont la loi est désignée comme applicable au contrat de mariage.

Compte tenu des enjeux importants de ce choix pour les parties, le CCBE préconise qu'il leur soit fait obligation dans le règlement d'obtenir chacune un conseil indépendant préalable.

### **3. Règle subsidiaire de compétence européenne**

Nous saluons le maintien des compétences résiduelles qui sont particulièrement utiles lorsque des ressortissants européens de nationalités différentes résident habituellement dans des États tiers dont ils se sentent moins proches culturellement ou dans lesquels le divorce est une procédure difficile.

Ces articles permettent de saisir l'État membre de nationalité (ou du domicile, dans le cas de l'Irlande et du Royaume-Uni) d'une des parties plutôt qu'un État tiers lorsque la règle de DIP de droit commun de l'État membre le permet.

En revanche, cela reste impossible lorsque les règles de DIP de droit commun de nationalité du défendeur n'ont pas de règle de compétence subsidiaire fondée sur la nationalité (ou le domicile) d'un seul.

Cette situation, de plus en plus fréquente, crée une inégalité entre les époux ressortissants de différents États membres.

Le CCBE propose par conséquent de créer, en complément des règles subsidiaires de compétence déjà existantes, une règle subsidiaire de compétence européenne fondée sur la nationalité (ou domicile pour le Royaume-Uni et l'Irlande) d'un État membre d'un seul des époux. Dans un souci de cohérence avec les dispositions de l'article 6, seules pourraient être saisies les juridictions de l'État membre du défendeur.

Le CCBE propose donc la création d'un **article 6 bis** aux termes duquel :

**« Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4, 5 et 6 et des règles de compétence subsidiaire nationales, et que les époux sont tous deux ressortissants d'États membres différents, la juridiction de l'État membre de la nationalité du défendeur ou de son domicile pour le Royaume-Uni et l'Irlande est compétente. ».**

#### 4. Sur la création d'un certificat européen de saisine

Dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 3 et compte tenu des dispositions de l'article 19 en matière de litispendance, les praticiens regrettent que les justiciables soient contraints d'engager des frais importants afin de faire valoir la primo saisine d'une juridiction compétente en vertu dudit article devant une juridiction également prévue à l'article 3 mais saisie postérieurement.

Afin de limiter ces procédures dont l'objet est limité à la détermination de la date et de l'heure de la saisine, le CCBE propose que soit créé un certificat européen de saisine qui serait délivré sur demande d'une partie par la juridiction saisie. Ce certificat devrait prendre en considération que la saisine peut être réalisée soit par le dépôt d'un acte introductif d'instance auprès de la juridiction soit par la réception de l'acte par l'autorité responsable de sa signification.

L'acte devra faire apparaître :

- le nom des parties,
- l'objet de la demande,
- la date et l'heure du dépôt,
- la confirmation que cette saisine répond aux exigences de l'article 15.

Alors que la primo saisine est assurée par la mise en œuvre de la première étape requise par l'article 15, ainsi qu'il ressort de la décision de la CJUE P c. M (C-507/14), les parties devront ensuite faire signifier l'acte introductif d'instance ou déposer auprès de la juridiction l'acte préalablement signifié. Le certificat devrait être en mesure d'apporter la preuve que la seconde étape a bien été réalisée.

### III. S'agissant des enfants

Le CCBE se félicite de plusieurs dispositions et, notamment, de la clarification des délais. Quelques points peuvent néanmoins faire l'objet d'améliorations.

#### 1. Sur la durée du maintien de compétence

Le nouvel article 8 (ancien article 9) permet le maintien de la compétence en cas de déménagement licite de l'enfant pendant une période de trois mois.

**Selon le CCBE, cette période de trois mois n'est pas suffisamment longue. L'extension de la période à six mois serait opportune. Elle permettrait de vérifier que le droit de visite et d'hébergement est correctement mis en œuvre.**

#### 2. Sur le transfert de compétence

Le nouvel article 7 (ancien article 8) dispose :

*« Les autorités d'un État membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet État membre au moment où la juridiction est saisie. **Lorsqu'un enfant déménage légalement d'un État membre dans un autre et y acquiert une nouvelle résidence habituelle, les autorités de l'État membre de la nouvelle résidence habituelle sont compétentes.** »*

Cette dernière phrase doit être lue à la lumière des considérants 15 et 16 de la proposition de refonte, qui affirment :

*« (15) Lorsque la résidence habituelle de l'enfant change à la suite d'un déménagement légal, la compétence devrait suivre l'enfant, afin de maintenir la proximité. Ce principe devrait s'appliquer lorsqu'aucune procédure n'est encore en cours, **ainsi qu'aux procédures pendantes. S'agissant d'une procédure en cours, les parties peuvent cependant convenir, dans l'intérêt de l'efficacité de la justice, que les juridictions de l'État membre dans lequel la procédure est pendante demeurent compétentes jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue, pour autant que cela corresponde à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette possibilité revêt une importance***

**particulière lorsque la procédure touche à sa fin et que l'un des parents souhaite déménager dans un autre État membre avec l'enfant.**

*(16) Dans certaines conditions et si cela répond à l'intérêt supérieur de l'enfant, la compétence juridictionnelle en matière de responsabilité parentale peut également être établie dans un État membre où une procédure de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage est pendante entre les parents, ou dans un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien étroit et dont les parties sont convenues, même si l'enfant n'a pas sa résidence habituelle dans cet État membre. Cette compétence juridictionnelle, qui constitue une exception au principe de proximité consacré par la compétence des juridictions de l'État membre de résidence habituelle de l'enfant pour laquelle la *perpetuatio fori* n'existe pas, devrait prendre fin au plus tard dès qu'une décision rendue dans cette procédure en matière de responsabilité parentale est passée en force de chose jugée, afin que le critère de proximité puisse être respecté pour toute nouvelle procédure intentée à l'avenir. »*

L'application de cette disposition invite à commencer une nouvelle procédure dans l'État membre de nouvelle résidence habituelle de l'enfant. Cette disposition pourrait bien amener les avocats à conseiller à leurs clients de s'opposer à tout changement de résidence de l'enfant lorsqu'une procédure est pendante.

Elle va à l'encontre de l'apaisement des relations entre les parties et de la réduction de la durée des procédures.

Sans préjudice de l'article 14 nouveau, c'est bien le transfert de compétence alors qu'une procédure est en cours qui nous semble poser une difficulté.

**Le CCBE demande que soit supprimée du considérant 15 la partie en gras ci-dessus.**

### **3. Sur la limitation des recours**

Enfin, concernant la proposition de modification de l'article 25, les experts se posent la question de savoir si le nouveau paragraphe 4 supprime bien la possibilité du recours en cassation ou, à tout le moins, un degré de juridiction.

Il convient de préciser la notion de recours. La question se pose en effet pour l'opposition, qui ne doit pas être considérée comme un recours sur le fondement de l'article 25.

**Pour dissiper tout malentendu et préserver la possibilité d'opposition contre une décision sans épuiser la possibilité de recours à une juridiction supérieure, le terme « recours » devrait être remplacé par « recours à une juridiction de degré supérieure ».**

### **4. Procédure de retour d'un enfant**

Le CCBE désapprouve la nouvelle disposition de l'article 25(3), qui indique que « La juridiction peut déclarer la décision ordonnant le retour de l'enfant exécutoire par provision nonobstant un éventuel recours, même si le droit national ne prévoit pas une telle force exécutoire par provision ».

L'expérience démontre le caractère très peu pratique de la possibilité que la juridiction de première instance ordonne le retour immédiat.

**Étant donné qu'un seul recours est possible (article 25.4) et que la procédure devant la juridiction de deuxième instance ne doit durer que six semaines (article 23.1), le CCBE demande la suppression du paragraphe 3 de l'article 25. La décision de retour ne devrait être exécutoire qu'après la décision du tribunal de deuxième instance conformément au droit de procédure national.**

## **5. Droit de l'enfant d'exprimer son avis**

Le CCBE se félicite de l'inclusion de l'article 20 dans le projet de proposition afin de mieux garantir le respect de l'avis de l'enfant. Comme précisé au considérant 23, le règlement n'a pas pour objet d'indiquer la manière dont l'enfant doit être entendu. Le CCBE estime néanmoins judicieux d'établir certaines normes minimales communes sur l'audience de l'enfant. Par exemple, le règlement pourrait préciser un âge minimum à partir duquel les enfants devraient être en général entendus.

Il est également important de préciser dans ce contexte qu'un État membre peut refuser l'exécution d'une décision lorsque les normes communes ou la procédure d'audience visées à l'article 20 n'ont pas été respectées.