Projet de code de droit international privé: Effets des jugements et des actes publics étrangers

Sandrine Clavel

▶ **To cite this version:**

Sandrine Clavel. Projet de code de droit international privé: Effets des jugements et des actes publics étrangers. Travaux du Comité français de droit international privé, 2023, 2020-2022, pp.419-424. hal-04142388

HAL Id: hal-04142388
https://hal.science/hal-04142388

Submitted on 26 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PARTIE 1.

APPROCHE GÉNÉRALE :

STRUCTURATION DU CODE,

ARTICULATION DES SOURCES,

RÈGLES GÉNÉRALES DE CONFLIT DE LOIS

- Pierre MAYER, *Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*
- Andrea BONOMI, *Professeur à l'Université de Lausanne*
- Marc FALLON, *Professeur émérite de l'Université de Louvain*

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

PREMIERS REGARDS SUR LE PROJET DE CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Pierre MAYER

Mes brèves remarques porteront sur les caractères principaux du projet dans son ensemble. Je ferai ensuite une remarque sur la partie générale du conflit de lois (Titre I du Livre I). Pratiquement, cela reviendra à un commentaire des quatre alinéas de l'article 1er.

I. CARACTÈRE ESSENTIELLEMENT INCOMPLET DU PROJET DE CODE

A. Constatation

Le projet vient compléter un ensemble de règles extrêmement développé : règlements de l'Union européenne, conventions internationales (notamment celles de La Haye). Il est évident qu'un code doit faire expressément référence à ces instruments, soit de façon globale, soit de façon individualisée, soit de ces deux façons. Ceci, particulièrement pour les règlements européens en matière de conflit de lois, qui ont un caractère universel, et couvrent chacun un pan entier du droit privé.

La référence globale est à l'alinéa 3 de l'article 1er :

> *« Les dispositions du présent code s'appliquent hors du champ d'application du droit de l'Union européenne et des conventions internationales […] ».*

Mais sont aussi spécifiquement signalés, à leur place, les divers règlements de l'Union européenne ainsi que certains instruments internationaux, par exemple le Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

Or, les matières ainsi traitées au niveau de l'Union européenne ou de la Conférence de La Haye sont très nombreuses. En me bornant à la question du droit applicable, et aux règlements de l'Union européenne, les matières suivantes sont totalement ou partiellement couvertes :

- Obligations contractuelles
- Obligations non-contractuelles
- Insolvabilité
- Partenariats enregistrés (effets patrimoniaux)
- Régimes matrimoniaux
- Successions
- Divorce

Ne reste donc ouverte à la codification que la portion congrue.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

B. Faut-il codifier ce qui reste disponible ?

Ne faut-il pas attendre, avec notre jurisprudence et nos rares textes, que l'Union européenne traite les matières qui ne le sont pas encore : filiation, mariage ? Faut-il attendre que l'Union européenne ait élaboré un entier Code européen du droit international privé ? Certains le pensent. Mais on peut se demander : pourquoi attendre ? Et combien de temps faudrait-il attendre ? On ne le sait pas.

Puisque le caractère doctrinal et jurisprudentiel de la matière – qui, il est vrai, en faisait tout le charme – est définitivement abandonné au profit de l'adoption de textes, soyons à la page, élaborons nos textes, même s'ils sont purement français et destinés aux seuls juges français. Cela a d'ailleurs, dans le projet, permis d'introduire d'intéressantes innovations, en particulier sur la loi applicable à la filiation, sur les relations collectives de travail, sur les clauses attributives de juridiction, sur les mesures provisoires et conservatoires…

C. Caractère inhabituel de la codification proposée

C'est un fait que le projet heurte l'idée que l'on se fait ordinairement d'un travail de codification, dont l'objet, dans une matière donnée, est de rassembler, de manière ordonnée, toutes les règles qui régissent la matière – ou au moins les plus importantes – dans un effort d'exhaustivité. Un code français de droit international privé auquel manque la majorité des règles du droit international privé français, cela surprend. De fait, les règles qui résultent des règlements européens et des conventions de La Haye font partie du droit français, au sens où elles font partie du corpus de règles de droit international privé en vigueur en France, et destinées à ce titre à être appliquées par le juge français, même si leur source formelle est en dehors de France. Le code ne couvre donc pas tout le droit international privé français ; il ne couvre que ce qu'il traite lui-même. Il n'énonce pas « *les* règles » de droit international privé, contrairement à ce que dispose l'alinéa 1er de l'article 1er, mais « *des* règles » du droit international privé français.

Dès lors, en admettant que le projet, comme je le pense, ne soit pas *en trop*, ne peut-on pas dire qu'il n'en dit *pas assez* ? Autrement dit, n'aurait-on pas dû intégrer dans la codification les règles issues des règlements de l'Union européenne, et au moins certaines conventions de La Haye ? Je ne le pense pas, pour deux raisons. La première est que le résultat aurait été d'un volume excessif. La seconde est que la source formelle compte, malgré tout : le texte d'un règlement européen reste soumis aux sources du droit de l'Union européenne pour son interprétation et pour son éventuelle modification ou abrogation.

D. Utilité d'un code, même au contenu limité

Le Code a, entre autres mérites, un effet bénéfique pour celui qui procède à une recherche en droit international public français. Actuellement, il faut se demander : existe-t-il un règlement européen dans la matière objet de ma recherche ? Si l'on en trouve un : ne suis-je pas dans le cas d'une exclusion du domaine de ce règlement ? Et c'est seulement s'il n'existe pas de règlement, ou si

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

l'on est dans le cadre d'une exclusion par le règlement, que l'on va pouvoir effectuer sa recherche de jurisprudence française.

Le projet a pour mérite d'énumérer dans un ordre rationnel les diverses matières, et d'indiquer, pour chacune, quel est le règlement qui la régit, lorsqu'il y en a un. Et à défaut, le code fournit lui-même la solution recherchée.

II. STRUCTURE DU CODE

Il est divisé en six Livres, les plus importants étant :

- Règles générales
- Règles spéciales
- Procédure
- Reconnaissance et exécution des actes et jugements étrangers

Je veux juste souligner que dans la Partie II sont exposées systématiquement, dans chaque matière, d'abord les règles sur la juridiction compétente, ensuite celles relatives au droit applicable. Cette démarche correspond à celle du praticien : il s'interroge d'abord sur le point de savoir si un tribunal français est compétent, et dans l'affirmative il se demande quelle loi il appliquera.

III. MATIÈRES QUI FORMENT L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

En font incontestablement partie la compétence internationale des tribunaux, la recherche du droit applicable, la procédure, l'effet des actes et jugements étrangers. Mais qu'en est-il de la nationalité et de la condition des étrangers, personnes physiques ?

En ce qui concerne la condition des étrangers, rien n'est dit. Pour ce qui est de la nationalité, elle est bien mentionnée à l'article 2, mais il s'agit seulement de la façon dont on la détermine, et des conflits de nationalités. Rien n'est dit sur la nationalité française, pas même sous forme d'un renvoi aux règles du Code civil.

Dans un cours à l'Université, ou dans un manuel de droit international privé, faut-il traiter la nationalité, ou celle-ci est-elle hors sujet ? Si l'on se réfère à la définition que donne du droit international privé l'article 1er, alinéa 2, « une situation relève du droit international privé lorsqu'elle présente un élément d'extranéité », la matière de la nationalité française est exclue, car elle ne prend en compte que ce qui rattache les personnes à la France. En revanche la condition des étrangers entre en plein dans la définition. Mais on comprend qu'elle n'ait pas trouvé sa place dans le projet, étant donné son volume et son caractère hétérogène par rapport à ce que le projet codifie.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

IV. UN SEUL ASPECT DU LIVRE 1ER, PARTIE GÉNÉRALE

Aux termes de l'alinéa 4 de l'article 1er, « le Livre 1er du présent code ne concerne que les situations hors du champ d'application du droit de l'Union européenne et des conventions internationales ». Autrement dit, en ce qui concerne le droit applicable, la façon dont le projet envisage les divers aspects de la mise en œuvre des règles spéciales de conflit de lois concerne les règles spéciales de conflit de lois du futur code, mais non les règles spéciales de source européenne ou internationale.

Pourtant certaines de ces règles pourraient avoir un champ d'application plus large, englobant les règles françaises de conflit de lois quelle qu'en soit la source. Ce sont en effet des règles qui n'ont pas d'équivalent dans le droit de l'Union européenne, ni dans les conventions internationales, parce qu'elles n'y ont pas leur place. Je pense en particulier aux règles sur l'applicabilité des règles de conflit de lois par le juge, et à celles relatives à l'application du droit étranger. Il s'agit là du fonctionnement de notre système judiciaire. Que le droit étranger soit désigné par une règle du code, ou par un règlement européen, il n'est pas sûr que cela doive changer quoi que ce soit dans la façon dont, en France, sa preuve peut être rapportée.

Je n'en dis pas davantage sur cette Partie générale, puisque Andrea Bonomi, puis Marc Fallon, vont en parler, d'un point de vue comparatiste.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

L'ARTICULATION DU DROIT COMMUN AVEC LES SOURCES EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES

Andrea BONOMI

Dans ma brève contribution, je me concentrerai sur les questions relatives à l'articulation entre la codification du droit international privé national, qui fait l'objet de ce projet, et les textes internationaux et européens qui sont et restent, de toute manière, applicables en France. La question qui se pose est celle de présenter cette articulation de manière précise et non équivoque aux utilisateurs du futur Code.

Il s'agit d'un problème délicat qui a reçu, à juste titre, une attention particulière de la part du Groupe de travail[1]. Après avoir envisagé différentes voies permettant de mettre en évidence cette articulation, le groupe a finalement opté pour un mécanisme double, axé d'une part sur deux clauses générales de réserve des textes internationaux et européens, incluses à l'article 1er du projet de Code, et complété d'autre part par des renvois à des textes spécifiques, figurant dans les différents titres de la partie spéciale.

Cette approche est bien adaptée aux objectifs poursuivis par le projet de Code, notamment au souhait d'élaborer un texte clair et facilement compréhensible pour les professionnels du droit.

Dans la première partie de mon analyse, je consacrerai quelques remarques aux deux volets de la solution choisie (I). Ensuite, je ferai quelques observations sur des aspects de fond de l'articulation entre le droit commun et le droit européen et conventionnel.

I. L'ARTICULATION FORMELLE

A. Les clauses générales de l'article 1er

A l'article 1e du projet de Code, deux alinéas sont consacrés à l'articulation entre le droit commun et les règles de droit européen et international.

Aux termes de l'alinéa 3, « [l]es disposition du présent code s'appliquent hors du champ d'application du droit de l'Union européenne et des conventions internationales, sauf renvoi à leur disposition ». Cet alinéa est complété par

[1] Cf. le Rapport du Groupe de travail présidé par Jean-Pierre ANCEL (ci-après, « Rapport »), p. 11 ss ; D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET et C. NOURISSAT, « Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 477 ss, spéc. p. 480 ss ; H. GAUDEMET-TALLON, « Quelques réflexions sur le projet de Code français de droit international privé du 31 mars 2022 », *JDI* 2022, p. 774 ss.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

l'alinéa 4, aux termes duquel « [l]e Livre 1er du présent code ne concerne que les situations hors du champ d'application du droit de l'Union européenne et des conventions internationales ».

Une clause analogue figure dans la plupart des codifications nationales du droit international privé. Les codifications adoptées dans des Etats tiers ainsi que celles antérieures à la « communautarisation » du droit international privé par le Traité d'Amsterdam, ne font référence qu'aux traités internationaux (cf. l'article 1er alinéa 2 de la loi suisse de droit international privé de 1987 et l'article 2 alinéa 1er de la loi italienne n° 218 du 31 mai 1995). En revanche, une référence au droit européen figure généralement dans les codifications adoptées (ou révisées) dans des Etats membres après la « communautarisation » du droit international privé (cf. l'article 2 du Code belge de droit international privé de 2004).

On pourrait se demander si cette réserve générale demeure pertinente, en dépit des nombreux renvois à des textes spécifiques inclus dans la partie spéciale du projet. La réponse est sans doute affirmative, et ce pour plusieurs raisons.

En premier lieu, bien que les renvois spécifiques soient incontestablement très utiles, il paraît impossible d'en assurer l'exhaustivité. Ceci est immédiatement évident pour les conventions internationales : il serait manifestement excessif de consacrer des renvois spécifiques à toutes les conventions bilatérales ainsi qu'aux dispositions éparses de droit international privé qui peuvent figurer dans des conventions ayant un objet plus large.

Des considérations semblables peuvent également s'appliquer au droit européen, car des dispositions isolées de droit international privé figurent parfois dans des textes ayant un objet plus large. Qui plus est, la prolixité du législateur européen conduira, sans faille, à l'adoption de nouveaux règlements de droit international privé, auxquels la clause de réserve pourra s'appliquer tant que le législateur français n'y aura pas consacré de nouveaux renvois spécifiques

En deuxième lieu, la clause de réserve de l'article 1er permet d'attirer l'attention sur la nécessité de respecter des principes généraux de droit européen et de droit international, lorsqu'ils ont un impact sur le droit international privé. Il convient de mentionner, en particulier, la jurisprudence de la Cour EDH et celle de la CJUE, fondées sur les droits humains et sur les libertés fondamentales de l'Union européenne. Certes, le projet de Code consacre, à l'article 5 alinéa 3, une disposition spécifique à la « méthode de la reconnaissance », mais celle-ci est destinée à s'appliquer (comme l'article 1er justement le souligne), dans des « situations hors du champ d'application du droit de l'Union européenne et des conventions internationales ». La clause générale permet de rappeler que la jurisprudence des cours de Luxembourg et de Strasbourg continuera à s'imposer dans des domaines qui vont bien au-delà des textes auxquels il est spécifiquement renvoyé dans la partie spéciale.

Enfin, la clause générale est particulièrement bienvenue, car elle permet de souligner – notamment par sa référence au droit européen – l'actuelle nature « bicéphale » de notre matière en Europe. Il est évident que les règlements européens dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile ne

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

peuvent plus être regardés comme des simples « pierres » isolées, jetées dans la « mer » du droit international privé national – pour reprendre une métaphore qui était utilisée par le passé pour les *statutes* anglais par rapport à la *common law* et qui pourrait peut-être encore s'appliquer pour les règles de source conventionnelle. Loin de là, le droit international privé de source européenne a vocation à l'exhaustivité, comme cela résulte non seulement du grand nombre de règlements déjà adoptés et à venir (et de la densité normative dont ils sont porteurs), mais aussi du fait que ces textes règlent également – dans leurs domaines respectifs – plusieurs questions générales (tels que le renvoi, l'ordre public, les lois de police etc.) – et ce même si un règlement « Rome 0 » consacré à la « partie générale » du droit international privé européen fait toujours défaut et ne sera peut-être jamais adopté.

Ainsi, la réserve générale prévue à l'article 1er met dûment en exergue - y compris à l'adresse des justiciables et des professionnels du droit – que le droit international privé national coexiste, dans une position qui n'est finalement que subsidiaire, avec un système parallèle, issu des sources européennes.

L'utilité de la clause générale ne faisant aucun doute, on peut se demander si sa formulation ne devrait pas être plus large. Si dans son premier volet, elle réserve à juste titre « le droit de l'Union européenne » dans son entièreté, il serait à mon avis approprié que le deuxième volet se réfère, de manière parallèle, au « droit international », plutôt que seulement à des « conventions internationales ». Des principes de droit international coutumier peuvent également avoir un impact sur le droit international privé : tel est le cas, depuis toujours, en ce qui concerne le droit des immunités (qui, justement pour cette raison, a été laissé en dehors du projet de Code[2]). On ne peut exclure que des principes contraignants de droit international se développent à l'avenir, par exemple dans le domaine de la responsabilité sociétale des entreprises, de la protection de l'environnement et de la durabilité, en imposant des solutions précises en droit international privé.

Par ailleurs, on peut également s'interroger sur l'utilité de décliner la clause de réserve en deux dispositions distinctes. Puisque la clause de de l'article 1er alinéa 3 réserve le droit européen et les conventions internationales de manière générale, est-il vraiment utile de réaffirmer ce même principe à l'alinéa 4, dans une disposition qui – à part la référence spécifique au Livre 1er du Code qu'elle contient – est pour le reste identique à celle de l'alinéa 3 ?

On comprend le souhait des rédacteurs de clarifier, notamment à l'adresse des usagers du futur Code, que les règles de portée générale contenues dans le Livre 1er ne trouvent pas application dans les domaines réglés par des textes européens ou conventionnels. Tel est certainement le cas de la notion de « résidence habituelle » (article 3 alinéa 2), du principe de la qualification *lege fori* (article 6 alinéa 1er), de la prise en compte des lois de police étrangères (article 7 alinéa 3) ainsi que de l'admission large du renvoi (article 8).

Il paraît néanmoins que pareille limitation vaut, sans distinction, pour toutes les dispositions du Code, qu'elles soient contenues dans le Livre 1er ou dans la partie spéciale. Garantie par la clause générale de l'article 1er alinéa 3, elle se déduit

[2] Rapport, p. 11.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

également des renvois à des textes spécifiques, car ces derniers doivent évidemment s'appliquer dans leur intégralité, y compris les normes générales qu'ils contiennent, et dans le respect des méthodes d'interprétation spécifiques qui leur sont propres[3]. L'article 1er alinéa 4 n'y ajoute rien et risque, au contraire, d'entraîner de la confusion.

En particulier, cette clause risque de susciter l'impression que le recours à toutes les dispositions du Livre 1er est banni en présence d'un texte européen ou conventionnel. Or tel n'est pas forcément le cas. Rien n'exclut, en effet, que certaines dispositions du Livre 1er puisse coexister avec de tels textes, dans la mesure où ceux-ci y renvoient ou ne s'y opposent pas. Ainsi, la notion de « domicile » (article 3 alinéa 1er) continuera à s'appliquer dans les cas régis par le Règlement Bruxelles I bis, en vertu du renvoi prévu à l'article 62 de ce texte. De même, les règles sur l'application du droit étranger (articles 13 et 14) pourront s'appliquer y compris dans les matières régies par un règlement européen ou une convention internationale, puisque ces instruments ne prévoient pas de modalités spécifiques à cet égard.

En lieu et place de l'article 1er alinéa 4, il serait probablement préférable, compte tenu du but pédagogique du Code, de rappeler que les textes européens et conventionnels doivent être interprétés en tenant compte de leur origine internationale (ou supranationale) et de l'opportunité d'en assurer une application uniforme, comme le fait l'article 2 alinéa 2 de la loi italienne de 1995 en reprenant la formule bien connue qui figure dans plusieurs traités de droit uniforme.

B. Les renvois spécifiques à des règlements et à des conventions internationales

La clause générale de l'article 1er alinéa 3 et 4 est complétée, dans le Livre II, par un grand nombre de renvois spécifiques à des textes européens et conventionnels (articles 36, 43, 51, 52, 71, 72, 78, 82 et 83, 88, 89, 91, 94, 96, 107, 117, 118, 122, 123, 124, 125…).

C'est une méthode qui a fait ses preuves dans plusieurs codifications étrangères. Si la LDIP suisse ne contient que des renvois à des conventions internationales (notamment à plusieurs conventions de La Haye), la loi italienne de 1995 renvoie également aux textes fondateurs du droit international privé européen, la Convention de Bruxelles de 1968 et la Convention de Rome de 1980. Quant au Code belge de 2004, il est la première codification nationale qui renvoie à des règlements européens, un modèle qui sera suivi dans d'autres Etats membres.

Les avantages de cette méthode sont bien connus et largement soulignés par les commentateurs. Tout d'abord, on en loue la fonction pédagogique (ou « narrative » pour reprendre la formule d'Erik Jayme), les renvois permettant d'attirer l'attention des professionnels du droit sur les textes européens ou conventionnels applicables. A l'instar d'une carte géographique (ou de Google maps), le Code balise le chemin sur le territoire accidenté du droit international privé en Europe.

[3] Cf. également P. LAGARDE, « Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 2022, p. 519.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

En même temps, les renvois permettent au Code de rester fidèle à l'approche complète et globale qui lui est propre, s'agissant par définition d'un texte qui a pour vocation de régir une matière déterminée de manière inclusive, systématique et exhaustive. Sans référence aux textes qui régissent des pans de plus en plus larges de la matière en y écartant les règles de droit commun, le Code en serait réduit à un simple « remplissage de trous », peu digne de son nom.

Enfin, la référence dans la loi à des textes de source supérieure est une méthode qui contribue à en garantir le respect. Certes, ces instruments s'appliquent de leur force propre. Encore faut-il qu'ils soient connus et que les praticiens ne soient pas induits à leur préférer, par mégarde, les règles de source nationale. La référence expresse vaut à la fois rappel et sommation.

Certes, cette méthode requiert une certaine discipline de la part du législateur national qui doit veiller à tenir compte, au fur et à mesure, des modifications des textes existant et des nouveautés qui entrent en vigueur, afin que les renvois ne soient plus ou moins rapidement dépassés. Les expériences faites à cet égard varient d'un pays à l'autre. Si les législateurs suisse et belge comptent parmi les bons élèves, le législateur italien n'a plus touché aux renvois contenus dans la loi de 1995, si bien que celle-ci continue à s'en remettre aux Conventions de Bruxelles et de Rome, sans aucune mention des textes plus récents. Tout en faisant confiance à la diligence du législateur français, pour éviter que le système des renvois ne devienne rapidement obsolète, il serait utile de préciser, dans le texte du Code, que les renvois se veulent « dynamiques», à savoir aptes à comprendre aussi les futures refontes des règlements actuels. La doctrine et la jurisprudence italienne y sont parvenues par voie d'interprétation, après néanmoins des discussions et des incertitudes qu'il serait préférable d'éviter.

Il convient de souligner que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, la méthode des renvois aux règlement européens et aux conventions internationales n'est pas une simple consécration de la priorité de ces textes. Elle témoigne également d'une certaine perméabilité du droit national aux solutions qui y sont consacrées. Deux considérations peuvent le confirmer.

D'une part, le projet fait un large usage de la technique que certains auteurs du projet ont qualifiée – par une de ces belles formules françaises qui séduisent les juristes étrangers - de « renvoi enrichi par extension »[4]. Celle-ci consiste à rendre applicables les dispositions d'un règlement ou d'une convention internationale à des questions exclues de son champ d'application matériel. On retrouve cette technique aux articles 89 alinéa 2 (en relation avec le Règlement Rome I) et 94 alinéa 2 (en relation avec le Règlement Rome II).

Là aussi il ne s'agit pas d'une innovation du projet de Code, car cette méthode avait déjà largement été employée par d'autres législateurs nationaux. Ainsi, en Suisse, certaines conventions de La Haye sont applicables, par analogie, à des questions qu'elles ne couvrent pas (tel est le cas de la Convention de La Haye de 1961 étendue par l'article 93 alinéa 2 LDIP à la validité formelle des pactes

[4] D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET et C. NOURISSAT, *op. cit*., pp. 483 et 485.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

successoraux, ou de la Convention de La Haye de 1985 aux trusts, rendue applicable par l'article 149a aux trusts dont la preuve n'est pas apportée par écrit).

Le législateur italien de 1995 a fait un usage encore plus généreux de cette méthode. Non seulement l'article 57 prévoit que les obligations contractuelle sont « en tous cas » régies par la Convention de Rome de 1980, y compris lorsqu'elle sont exclues du champ matériel de celle-ci (à l'instar de ce qui figure à l'article 89 alinéa 2 du projet de Code en relation avec le Règlement Rome I), mais l'article 3 alinéa 2 renvoie aux sections 2 à 4 de la Convention de Bruxelles afin de déterminer l'étendue de la compétence internationale des juridictions italiennes, y compris lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat tiers.

Même si le projet de Code l'utilise avec parcimonie, il est évident que cette technique implique une ouverture aux solutions de droit européen ou conventionnel, celles-ci étant reprises pour régir des questions relevant du droit national.

D'autre part, même un renvoi « simple » aux textes européens ou conventionnels (à savoir une référence qui n'excède pas le domaine d'application qui leur est propre), comporte la reprise – au sein même du Code – des catégories juridiques telles qu'elles sont conçues et interprétées en droit européen ou conventionnel. Ainsi, lorsque le projet de Code renvoie aux règlements relatifs aux aliments, aux régimes matrimoniaux, aux successions, aux obligations contractuelles et extracontractuelles, on ne peut douter que ces notions (et leur délimitation respectives) sont celles qui résultent de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE. Ces notions sont donc reprises dans le projet de Code, donc dans une loi national, c'est qui n'est pas anodin.

Qui plus est, ces mêmes notions sont, parfois, également utilisées pour définir le champ d'application de règles de droit commun. Tel est notamment le cas lorsque l'instrument auquel il est renvoyé n'est pas exhaustif. Ainsi, puisque les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés sont régis par le Règlement n° 2016/1104, auquel renvoient les articles 79 à 81 du projet de Code (inclus dans une section du projet de Code libellée « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »), la notion de « partenariat enregistré », telle que définie à l'article 3 du Règlement 2016/1104 sera également déterminante pour les dispositions de droit commun relatives à l'enregistrement et à la reconnaissance des partenariats enregistrés (les articles 55 et suivants du projet de Code, contenues à leur tour dans une section libellée « Partenariat enregistré »).

Tant le « renvoi enrichi par extension » que la simple reprise en droit national de catégories propres du droit européen ou conventionnel, témoignent de la perméabilité du droit national à des règles et solutions de source européenne ou internationale. Ces ensembles législatifs ne sont pas imperméables, isolés l'un de l'autre, mais communiquent entre eux.

Ce qui m'amène à vérifier, dans la deuxième partie de ma contribution, si et dans quelle mesure cette perméabilité, cette articulation se prolonge également sur les solutions retenues quant au fond.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

II. L'ARTICULATION MATÉRIELLE

A une époque où le droit international privé est forcément bicéphale, toute nouvelle codification élaborée dans un Etat membre devrait idéalement rechercher une certaine cohérence ou une coordination par rapport aux solutions retenues en droit européen. Dans l'actuel contexte de dualité de sources, il paraît en effet souhaitable que les deux « blocs » normatifs, le droit national et le droit européen – sans devoir forcément s'aligner sur des solutions identiques – ne retiennent pas de solutions opposées mais s'inspirent de principes similaires.

Certes, pareille coordination n'est pas « imposée » par le droit européen, car en dehors des matières unifiées, le législateur national reste évidemment libre. Toutefois, une certaine consonance est suggérée par la notion même de « Code » : au sens propre et plus profond du terme, celui-ci est censé refléter une certaine cohérence interne. L'homogénéité des solutions contribue à également augmenter la légitimité du droit international privé comme ensemble normatif ainsi que l'efficacité de ses règles. Notre matière, qualifiée parfois de « savante », n'est pas d'accès facile pour les professionnels, les politiciens, les étudiants, qui ont souvent de la peine à en saisir la raison d'être et les raisonnements subtils. La légitimité de ses règles est encore plus difficile à saisir lorsque celles-ci reposent sur des solutions divergentes, notamment en ce qui concerne le choix des critères de rattachement. A cet égard, des disparités affectent également l'efficacité des règles de conflit, car l'application simultanée de lois différentes, surtout si elle se produit dans un seul et même cas, en compliquent inéluctablement la résolution.

Sur cet aspect, le projet de Code – conçu, au moins en principe, comme une codification à droit constant – propose certes quelques avancées importantes, mais reste dans l'ensemble peu novateur.

Il faut bien reconnaître que certaines solutions retenues en droit commun reflètent leurs homologues européennes. Sans prétention d'exhaustivité, j'en mentionnerai quatre.

J'ai déjà rappelé la prévision, à l'article 5 alinéa 3, d'une clause générale fondée sur la méthode de la reconnaissance, qui constitue probablement l'innovation la plus significative et qui s'inspire, à ne pas en douter, de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE ainsi que de celle de la Cour EDH.

Digne d'attention est également l'inclusion d'une dimension européenne dans la définition de l'ordre public à l'article 11, alors que cette clause est destinée à s'appliquer, comme les autres dispositions du Livre 1er, « hors du champ d'application du droit de l'Union européenne »[5].

La généralisation à toutes les décisions étrangères du principe de la reconnaissance « de plein droit » (article 171 alinéa 1er) – bien que quelque peu « troublée » par la référence, à première vue peu pertinente dans ce contexte, à des jugements « exécutoires » – reprend l'un des traits saillants de l'espace judiciaire européen, même si entre-temps il est accepté dans le droit commun de plusieurs Etats membres.

[5] Comme le souligne à juste titre H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit*., p. 778.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Enfin, l'extension à tous les actes authentiques étrangers du mécanisme d'« acceptation » des effets probatoires (article 196), tel qu'introduit, entre les Etats membres, par le Règlement successions, mérite également d'être soulignée.

Sur d'autres points, en revanche, le projet de Code demeure rétif à la reprise de conceptions cohérentes avec le droit européen. Je ne relèverai que trois exemples de cette absence de perméabilité.

Les définitions de domicile et de résidence habituelle de l'article 3 du projet de Code reflètent sans doute des conceptions propres au droit français. Elles semblent, toutefois, faire abstraction de notion européenne de résidence habituelle qui est, à plusieurs égards, proche de celle de domicile (la Cour de justice a souvent fait référence au « centre des intérêts d'une personne », à son centre de vie). Il y a là un déficit de coordination qui peut être source de confusion pour les praticiens : cette difficulté, qui est loin d'être uniquement française, aurait pu être estompée par une révision de la dichotomie traditionnelle.

Plus surprenante (et franchement décevante aux yeux d'un juriste étranger), est le maintien, en droit commun, de la compétence fondée sur la nationalité française de l'une ou de l'autre des parties. Le « privilège de nationalité » des articles 14 et 15 du Code civil – pourtant souvent critiqué en doctrine – n'est pas uniquement consacré de manière générale à l'article 17, mais repris, avec insistance, dans plusieurs dispositions (articles 43, 51, 88, 91, 96, 107 du projet de Code). Si son utilité peut se défendre dans certains domaines du droit de la famille (comme le prétend le Rapport du Groupe de travail[6]), ce chef de compétence nationaliste n'a pas sa place dans des domaines patrimoniaux, tels les obligations contractuelles et non contractuelles, le droit des biens, les trusts. Pour de tels litiges, les soucis avancés dans le Rapport (risque de discrimination dans un procès à l'étranger) devraient conduire à un usage plus décomplexé du for de nécessité[7]. Quoi qu'il en soit, et pour revenir au fil conducteur de ces lignes, cette solution est en forte tension avec un système européen de règles de compétence en matière civile et commerciale qui rejette les fors exorbitants et fait entièrement abstraction de la nationalité des parties.

Enfin, en élargissant l'angle de vue aux domaines de la partie spéciale, il conviendrait peut-être de se demander si, dans les matières non couvertes par les règlements européens ou par des conventions internationales (tels que la capacité, le mariage, la filiation, l'adoption…), le rattachement à la nationalité des personnes doit vraiment et toujours conserver la centralité que le projet de Code continue à lui reconnaître. On sait bien, pourtant, que le droit européen donne systématiquement priorité à la résidence habituelle et que cette préférence se retrouvera, à ne pas en douter, dans d'éventuels futurs règlements consacrés aux matières qui sont aujourd'hui encore du domaine du droit national des Etats membres, pour autant bien sûr que les clivages entre les Etats membres de l'UE n'en empêchent pas l'adoption.

[6] Rapport, p. 17.

[7] En ce sens également, S. LEIBLE et F.M. WILKE, Le projet de code de droit international privé – Une vue d'Allemagne, *Rev. crit. DIP* 2022, p. 511 s.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

La tension entre les deux « blocs » normatifs qui résulte de ce choix conservateur, est particulièrement forte lorsque les règles européennes et celles de droit commun sont appelés à régir, dans un même cas, des questions connexes : est-il vraiment justifié que les effets personnels du mariage restent soumis à la loi nationale des époux, alors que tous les effets patrimoniaux relèvent en principe de leur résidence habituelle ? La légitimité et l'efficacité des solutions retenues en droit commun me paraît, dans de tels cas, difficiles à défendre…

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

LES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LE DROIT APPLICABLE DU PROJET DE CODE À LA LUMIÈRE DE L'EXPÉRIENCE DU CODE BELGE

Marc FALLON

Une analyse du projet de code au regard du code adopté en Belgique en 2004 peut s'avérer pertinente, non seulement en tirant profit de l'expérience d'application de cette codification, mais aussi en raison de la similarité des parcours tracés sur l'héritage commun du code de 1804. D'emblée toutefois, force est de constater que les conditions ayant prévalu au moment de la conception du code belge différaient de celles du projet. C'est la réticence du législateur à ratifier des conventions sur le conflit de lois qui avait incité les scientifiques à envisager une intervention législative à la lumière d'autres codifications nationales, à un moment où la perspective d'une codification européenne des conflits de lois restait lointaine malgré les règlements Insolvabilité et Bruxelles I et II – et le précédent de la Convention de Rome de 1980[1].

A l'expérience pourtant, l'initiative s'est révélée globalement positive même si, après quinze années d'application, des retouches s'imposent, fût-ce au gré de l'adoption de nouveaux règlements européens[2]. La loi de 2004 a été perçue comme un facteur de transparence facilitant l'accès à la justice, autant que comme un outil de modernisation : en particulier, en introduisant comme fil conducteur en matière familiale la technique de l'option de législation en combinaison avec une inversion de l'échelle de Kegel au profil du facteur de la résidence habituelle, le code anticipait l'orientation prise par le droit européen, atténuant d'autant l'impact de potentiels conflits transitoires.

Le projet en examen répond à une attente de clarté et d'exhaustivité. L'intégration des conflits de lois et de juridictions, à l'exemple des modèles suisse et belge, est heureuse. Elle appelle l'acteur de la justice à y porter une attention égale et ce, dès la première séquence du raisonnement d'un cas transfrontière. La présence d'un jeu complet de règles sur la procédure dans le contentieux transfrontière – absent dans le code belge – constitue une innovation, à la suite du code hongrois de 2017 – lequel regroupe cependant procédure et conflits de juridictions dans des chapitres distincts à la suite des conflits de lois. Le cas échéant, l'emplacement des règles sur l'efficacité des décisions et des actes pourrait être repensé, en le

[1] Dans son avis sur la proposition de loi (*Doc. Parl*., Sénat, 2001-2002, n° 2-1225/1, p. 203-294), le Conseil d'Etat était réticent en raison de l'utilisation probable, par l'Union, de la nouvelle habilitation établie par le traité d'Amsterdam en 1997 dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile.

[2] Non sans retard toutefois. Voy. par exemple, pour les aliments, les successions et les contrats, la loi du 6 juillet 2017. Certaines adaptations font toujours défaut, en matière de divorce et de régimes matrimoniaux.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

remontant sous un titre III du livre I[er][3]. Par ailleurs, dans ce livre, la présentation des règles sur la compétence pourrait précéder celles sur le conflit de lois, pour respecter la logique du séquençage opéré dans le livre III pour chaque matière spéciale.

Le titre consacré aux règles générales sur le droit applicable distingue judicieusement, sous des intitulés propres, la détermination du droit applicable et le processus d'application du droit désigné. De configuration classique, il comprend une liste de dispositions analogue à celles d'autres codifications nationales. Une comparaison avec le code belge montre une similitude globale (I). Une divergence apparaît cependant par la présence, dans le projet, d'une exception de reconnaissance des situations et, dans le code belge, d'une exception de proximité (II).

I. DISPOSITIONS GÉNÉRALES PRÉSENTES DANS LE PROJET ET DANS LE CODE BELGE

L'un et l'autre textes comprennent des dispositions sur le renvoi, les lois de police, l'application du droit étranger, l'exception d'ordre public et la fraude à la loi, dont les contenus convergent, non sans nuances[4]. Des différences apparaissent sur le renvoi (A), sur la qualification (B), l'office du juge (C) et l'application du droit étranger (D) : la première est de fond, les autres sont plutôt formelles.

A. Sur le renvoi

La divergence est radicale sur le renvoi. Exclu par le code belge malgré son admission par la jurisprudence dès l'arrêt *Bigwood* de la Cour de cassation du 9 mars 1882, dans la foulée de l'arrêt *Forgo*, il est confirmé par le projet – non sans ambiguïté puisque seulement avec l'aval de « l'une des parties » – et sans préjudice de dérogation dans une matière particulière.

Quoi qu'il en soit, la solution retenue ne peut pas faire abstraction de la préférence du législateur européen – comme aussi conventionnel – pour un rejet de principe du renvoi, sauf dans des contextes particuliers de renvoi au second degré[5]. Un argument de facilité pour les acteurs de la justice, au regard de la difficulté potentielle à déterminer le droit étranger, semble peu décisif[6]. Par ailleurs, la

[3] C'est le cas dans le code belge. Les dispositions générales sur les conflits de juridictions déclinent les différents effets et conditions de reconnaissance et exécution d'une décision ou d'un acte, notamment la force probante et l'effet de fait (art. 26, 28 et 29). Cet agencement a aidé la jurisprudence à éviter toute confusion de ces effets-ci avec l'effet de reconnaissance.

[4] L'expression « loi de police » est omise du code belge, au bénéfice d'un terme reflétant la technique de conflit de lois propre à ces lois particulières (« règle spéciale d'applicabilité/ *voorrangsregel* », art. 20). S'agissant de l'ordre public, l'article 21 du code belge ajoute comme critère d'appréciation la gravité de l'effet produit par la loi étrangère : ensemble avec le critère de proximité, ces conditions ont amené la jurisprudence à des motivations particulièrement ciblées. Sur la fraude à la loi, la notion semble bien visée par l'article 12 mais dans une formulation moins explicite que celle de l'article 18 du code belge. Pour une critique analogue, voy. P. LAGARDE, « Quelques remarques sur le projet de codification du droit international privé français », *Revue*, 2022, p. 520.

[5] Art. 34 du règlement Successions 650/2012.

[6] Le rapport du groupe de travail évoque principalement un objectif de facilité pour le juge.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

présence dans le projet d'une règle sur la reconnaissance des situations étrangères (*infra*, point II) tempère probablement la nécessité du renvoi comme outil de coordination des solutions.

B. Sur la qualification

En 2004, le législateur belge n'avait pas estimé nécessaire d'expliciter la méthode de qualification des faits par le juge ni la portée du principe dispositif en matière de conflits de lois. Ceci peut s'expliquer par la mutation d'une discipline d'origine prétorienne devenue législative : dans ce contexte nouveau, le processus d'application de la règle de conflit ne diffère pas de celui portant sur une règle matérielle. Dès lors que la qualification consiste à faire entrer les faits invoqués dans une catégorie juridique préconstituée par le législateur qui s'impose au juge, toute difficulté éventuelle procède d'une interprétation des catégories du for.

A cet égard, si le projet confirme une référence *lege fori*, celle-ci doit être bien comprise. Il s'agit moins de considérer les démarcations opérées par le droit matériel interne, qu'une méthode d'interprétation du domaine visé par la règle même de conflit, laissée au juge en fonction de ses termes, de son contexte, de sa structure et de ses objectifs propres. Le processus de qualification consiste donc bien à se baser sur le droit du for, mais celui-ci est moins le droit matériel que la règle de conflit même, et sans exclure toute nécessité d'interprétation, dans le droit étranger désigné, d'une institution du droit matériel susceptible de correspondre, en termes d'équivalence, au domaine de la règle de conflit du for[7].

Il n'en va pas autrement de règles de conflit présentes dans un règlement européen : leur interprétation « autonome » par la Cour de justice suit une méthode centrée sur les termes, contexte, structure et objectifs de l'acte en cause, et sans exclure tout processus d'interprétation d'une institution de la l*ex causae*[8].

A cet égard, la présence dans le texte législatif – national, européen ou conventionnel – d'une disposition sur le « domaine » de la loi applicable – sur sa « portée » dans les règlements – aux côtés de la règle de conflit dans chaque

[7] Voy en ce sens plus généralement, notamment, P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ, 2019, n° 161, et la dissociation de l'hypothèse où, dans le droit étranger désigné, il y a lieu d'identifier la catégorie de règles matérielles pertinentes, processus relevant de l'interprétation du droit étranger (n° 173).

[8] Sur la qualification d'un délai de prescription pour les besoins du règlement Insolvabilité 1346/2000 en cas de silence de l'acte, voy. CJUE, 16 avril 2015, *Lutz*, C-557/13, ECLI:EU:C:2015:227 (soumettant à la loi de situation du bien la qualité de droit réel, ainsi que le délai de prescription de l'action révocatoire en annulation d'un acte ayant pour objet la réalisation d'un tel droit) ; comp. arrêt du 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, *Revue*, 2017, 595, p. 595, note F. JAULT-SESEKE, soumettant à la loi procédurale du for saisi d'une action révocatoire d'un paiement effectué par un tiers en vertu d'un contrat, la forme et le délai d'introduction de l'action. Sur la qualification de droits du conjoint survivant au sens du règlement Successions 650/2012, voy. : arrêt du 1er mars 2018, *Mahnkopf*, C-558/16, *Clunet*, 2018, p. 1213, note C. BARRIÈRE-BROUSSE, retenant la qualification successorale de la part revenant au conjoint survivant, sur base de l'interprétation autonome du règlement en termes de contexte et d'objectifs, en faveur d'une extension du domaine à toute forme de transfert à cause de mort, après vérification de l'attribution du quart de la masse au conjoint survivant en droit allemand régissant la succession, non sans avoir vérifié que la quarte n'est attribuée qu'en cas de dissolution du mariage par décès, sur les biens préalablement comptabilisés au sein de la masse.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

matière spéciale, s'avère un outil précieux pour le praticien[9]. De telles dispositions pourraient être explicitées davantage dans le projet en examen.

C. Sur l'application de la règle de conflit

Le projet confirme le relevé d'office de la règle de conflit, ainsi que la faculté d'un choix procédural à propos de droits disponibles (art. 9), là où le législateur belge a estimé ne pas devoir suivre l'avis du Conseil d'Etat en faveur d'une disposition explicite. Ce silence est lié à l'appartenance de la règle de conflit à l'arsenal des règles de droit ayant force obligatoire pour l'autorité nationale. Comme toute source normative, cette règle obéit au principe dispositif tempéré par le principe du contradictoire. De ce fait, le devoir du juge en matière de conflits de lois ne diffère pas de celui qui est le sien à propos de situations internes.

Ainsi, en droit belge, même si la Cour de cassation n'a pas encore eu à consacrer comme tel le principe du relevé d'office de la règle de conflit, sa jurisprudence contient les ferments d'une transposition du rôle du juge dans le contentieux interne, où il « doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables[10] : « sauf accord procédural explicite »[11], il a « l'obligation de relever d'office les règles de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties à l'appui de leurs prétentions ou qui soutiennent implicitement le débat des parties ou les décisions qu'il prend ». A propos du conflit de lois, la Cour a assimilé le droit étranger désigné par la règle de conflit à une « loi » pouvant fonder un contrôle de légalité[12] ; elle a aligné le statut de cette règle sur celui de la règle matérielle en cause, en liant l'irrecevabilité d'un moyen nouveau à la violation d'une règle impérative ou d'ordre public en la matière[13] ; elle soumet à la contrainte du débat contradictoire un relevé d'office de la règle de conflit par le juge du fond[14].

[9] Voy. par exemple, pour l'identification des points de droit couverts par la règle de conflit sur les droits réels dans le règlement Insolvabilité 1346/2000, CJUE, 26 octobre 2016, *Senior Home*, C-195/15, *Revue*, 2017, p. 449, note L. PERREAU-SAUSSINE, évoquant les précisions données par l'art. 5 à défaut de définition d'un droit réel.

[10] Cass., 1er février 2019, *Pasicrisie*, 2019, p. 240, précisant encore qu'il « doit examiner la nature juridique des faits et actes allégués par les parties et, quelle que soit la qualification juridique que celles-ci leur ont donnée, peut suppléer d'office aux motifs invoqués par elles pourvu qu'il n'élève pas de contestation dont elles ont exclu l'existence en conclusions, qu'il se fonde uniquement sur des éléments qui ont été régulièrement soumis à son appréciation, qu'il ne modifie pas l'objet de la demande et que, ce faisant, il ne viole pas les droits de défense des parties. »

[11] Cass., 9 mai 2008, *Journal des tribunaux*, 2008, p. 721 ; 28 septembre 2012, *Pasicrisie*, 2012, p. 1784 ; 23 janvier 2014, *Pasicrisie*, 2014, p. 211. L'accord doit être exprès, sauf en présence d'une « disposition légale de droit supplétif », dès lorsqu'il existe « quelque indication » en ce sens sur base des informations soumises à l'appréciation du juge, auquel cas celui-ci devrait « interroger » les parties sur ce point (Cass., 7 mai 2020, *Rev. dr. comm. belge*, 2022, p. 116, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK, à propos de la CVIM dont l'article 6 permet une exclusion de son application par les parties.

[12] Cass., 29 novembre 1990, *Pasicrisie*, 1991, p. 320, en lien avec l'article 608 du Code judiciaire.

[13] Cass., 17 novembre 1983 *Pasicrisie*, 1984, p. 292, à propos de l'invocation pour la première fois de l'article 3, alinéa 1er, du Code civil pour les besoins de l'action subrogatoire de l'assureur contre le responsable d'un accident du travail survenu à l'étranger.

[14] Cass., 4 septembre 1992, *Pasicrisie*, 1992, p. 993.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

D. Sur l'application du droit étranger

Le projet comme le code belge mettent sur le juge la charge de la détermination du contenu du droit étranger, non sans tenir compte de spécificités du processus d'application du droit étranger en comparaison avec le droit interne (art. 14). Pour le législateur belge, la solution repose sur un principe d'assimilation du droit étranger, dont la nature normative ne cesse pas du fait d'être étrangère. Par ailleurs, le principe du contradictoire vaut ici aussi : les parties doivent être en mesure de connaître la démarche du juge et de la contester.

Le projet semble élargir le rôle des parties, mais en des termes non dépourvus d'ambiguïté : les parties apportent leur « concours », mais le juge procède « personnellement s'il y a lieu ». Dans le code belge, ce « concours » vise plutôt une démarche de substitution des parties, de nature subsidiaire, lorsque le juge « ne peut pas établir ce contenu » : la charge lui incombe donc en première ligne, en corollaire de son rôle dans l'application de la règle de conflit. On sera plus réservé sur un traitement spécial du droit étranger « devant l'officier de l'état civil », laissant « la preuve » du contenu aux parties (art. 10 du projet) : la charge est absolue puisqu'à défaut de cette preuve, l'autorité applique le droit du for. On comprend certes un souci de ne pas alourdir la tâche de l'administration, mais c'est au prix d'une altération de la sécurité juridique des actes publics – exposés au risque d'un contrôle juridictionnel – , voire d'une atteinte au principe de l'Etat de droit, selon lequel l'autorité respecte la règle de droit[15].

A la différence du code belge, le projet consacre utilement une faculté de recours à l'expertise, jusqu'à une éventuelle confrontation avec audition des auteurs des avis. Le code belge n'a pas franchi ce pas, ce que fera ultérieurement la Cour de cassation, pourvu que les conclusions de l'expert aient donné lieu à un débat contradictoire et ne lient pas le juge du fond[16].

Une fois identifié, le droit étranger est appliqué tel quel, selon l'application qui prévaut dans l'ordre juridique d'origine en vertu du projet, selon « l'interprétation reçue à l'étranger » en vertu du code belge. Ces termes explicitent la notion d'interprétation conforme, retenue par les cours de cassation française et belge.

II. DISPOSITIONS ABSENTES DE L'UN OU DE L'AUTRE TEXTE

Alors que la plupart des dispositions générales du livre Ier du projet et du chapitre 1er du code intéressent les conditions de mise en œuvre de règles de conflit de lois et constituent en quelque sorte des règles sur le conflit de lois, l'un et l'autre comprennent une règle ayant pour objet de désigner le droit applicable, exprimant par là une norme de portée générale en matière civile qui prime les règles particulières. Le projet, mais non le code, introduit ainsi une règle sur la reconnaissance des situations étrangères (A), et le code établit, mais non le projet, une règle de proximité (B).

[15] La disposition suscite d'autres interrogations, sur son emplacement (plutôt aux côtés de l'art. 14), sur la formulation (s'agit-il en l'occurrence d'une question de « preuve », celle-ci ayant un fait pour objet ?) et sur son destinataire (qu'en est-il d'autres autorités, tel le notaire, l'Office des pensions, l'Office des étrangers ?).

[16] Cass., 7 décembre 2012, *Partners Metal*, n° C.12.0017.N, à propos d'un avis d'expert demandé par une partie sur le contenu du droit anglais.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

A. Sur l'article 5 et l'exception de reconnaissance des situations étrangères

L'article 5 du projet présente successivement la règle de conflit de lois comme méthode de détermination du droit applicable (al. 1er), la possibilité d'une dérogation par « une règle matérielle propre aux situations internationales » ou par une loi de police (al. 2), et une « exception » permettant la reconnaissance d'une situation étrangère (al. 3). On peut voir une typologie, à des fins didactiques, dans les alinéas 1 et 2, mais une règle véritable sur la reconnaissance avec ses conditions d'application dans l'alinéa 3. En contraste, le code belge ne contient aucune présentation équivalente[17].

L'évocation, dans la typologie, d'une « règle matérielle propre à une situation internationale », comme dérogatoire à la règle de conflit aux côtés de la loi de police, laisse perplexe à un double titre, même si la notion est connue de la théorie des conflits de lois. D'abord, il est peu clair si le code en projet, qui contient de telles règles, les contient toutes ou si le praticien peut en trouver dans d'autres lois particulières ou dans le code civil. Ensuite, il est douteux qu'une telle règle fasse l'impasse sur le conflit de lois[18], sauf à considérer qu'elle s'impose d'emblée au for, par sa seule appartenance au système du for.

Innovante, en revanche, est la consécration d'une exception de reconnaissance de situations étrangères. Absente du code belge – hormis une allusion à la notion de droits acquis lors de la mise en œuvre d'une clause générale d'exception ci-dessous –, le législateur n'avait pu anticiper l'émergence d'une « méthode » générale de reconnaissance des situations étrangères, issue de la jurisprudence européenne et du précédent de l'article 9 du Livre 10 du code civil néerlandais en 2011, par ailleurs systématisée en doctrine à partir de 2005[19]. Il pourrait adapter la loi de 2004 en ce sens, à l'occasion d'une refonte éventuelle – sans préjudice d'une initiative du législateur européen – à la lumière du dispositif français en projet.

La formulation porte une règle générale en matière civile, dont les conditions d'application sont énoncées. Cette règle a pour objet une « situation », établie à l'étranger. Celle-ci doit répondre à un ensemble de conditions pour pouvoir être reconnue, à savoir, (1) sa constitution ou constatation « dans un acte public » étranger, (2) « conformément au droit de l'Etat étranger », (3) avec lequel elle «présentait des liens étroits » (4). Cependant, la reconnaissance connaît des

[17] Sur les lois de police, voy. *supra*, point I, note 4. Pour le reste, le code présente d'emblée son objet en évoquant « la détermination du droit applicable » (art. 2), terme repris sous l'intitulé des règles spéciales de rattachement, et les dispositions générales sur cette détermination sont dans une section sous l'intitulé « Conflits de lois ». Celle-ci comprend notamment une disposition visant les lois de police, étant des règles matérielles impératives ou d'ordre public pourvues d'une règle spéciale d'applicabilité, méthode également considérée comme une « règle de conflit de lois » (sur ce point, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, n° 3.6 et n° 4.3 et s.). Egalement en ce sens implicitement, S. LEIBLE et F. WILKE, « Le projet de code de droit international privé – Une vue d'Allemagne », *Revue*, 2022, p. 510, à propos de l'art. 7, al. 2.

[18] En ce sens aussi, S. LEIBLE et F. WILKE précités, p. 510 ; F. RIGAUX et M. FALLON, précités, n° 3.8.

[19] Voy. en particulier P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Mélanges Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547-573. Voy. ensuite, notamment, P. LAGARDE, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Dalloz, 2013. Des travaux antérieurs ont porté plutôt sur les implications du droit de l'Union en lien avec le principe de reconnaissance mutuelle en matière de droit privé.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

limites, en ce que (a) elle est une « faculté » et non une obligation, (b) elle vise au respect des « prévisions légitimes » des parties, (c) le but est le « respect des prévisions légitimes des parties » et (d) elle est sous réserve de l'ordre public international.

Ces éléments reflètent partiellement l'acquis jurisprudentiel européen – de l'Union et de la Convention des droits de l'homme –. En vertu du droit des libertés de circulation, le for est « obligé » de reconnaître un statut (nom, mariage, filiation), que le citoyen a acquis dans un autre Etat membre (Etat d'origine du statut, étant en pratique Etat d'accueil de la personne en circulation), conformément au « droit » de cet Etat, dans lequel la(les) partie(s) réside(nt) effectivement lors de l'établissement de ce statut. En vertu de la Convention, le for est tenu d'assurer le respect d'une vie privée ou familiale « exercée effectivement » dans l'Etat d'origine conformément à ce droit, mais il peut, à défaut de reconnaître le statut – le cas échéant par la mise en œuvre de sa règle de conflit ou de l'exception d'ordre public –, y substituer un autre d'effet équivalent, prévu par un autre droit national, en pratique le droit du for. L'un et l'autre de ces acquis n'affectent pas formellement la légitimité de la règle de conflit de lois du for, ni l'exception d'ordre public ou de fraude à la loi – cependant à apprécier *in concreto* et, en cas d'abus de droit de l'Union, sans préjudice de la recherche par les parties de la loi la plus favorable.

Comme le projet, cet acquis comprend une condition de validité en regard du droit de l'Etat d'établissement du rapport juridique, une condition de proximité par la résidence habituelle des parties dans cet Etat, et la réserve de l'ordre public, comme celle de fraude à la loi. Il suppose aussi une effectivité de l'exercice des droits constitués, condition factuelle correspondant à l'existence d'une « situation », mais formalisée dans le projet par une exigence de cristallisation par un acte public – élément au vrai présent dans la plupart des affaires traitées par la jurisprudence européenne.

Quant au domaine matériel du régime de reconnaissance, il varie à plusieurs égards. Dans le projet, il couvre l'ensemble de la matière civile, encore qu'il intervienne seulement « afin » de respecter les prévisions légitimes. Cet objectif pourrait à la fois restreindre le domaine et constituer une condition de reconnaissance, voire une clé d'interprétation d'autres conditions, telle l'existence d'une cristallisation ou de liens étroits. En comparaison, l'acquis européen a un domaine limité, au sein de la matière civile, à celui des libertés et droits fondamentaux, et spécifiquement, dans la Convention, au droit au respect de la vie privée et familiale, voire au droit de propriété. Encore que la portée réelle de la règle de reconnaissance du projet se limite *de facto* au respect de tels droits dans le domaine des règles spéciales du projet, tant que les règlements européens en sont dépourvus[20].

L'intensité d'intervention d'un principe de reconnaissance sur la solution du conflit de lois sembler varier également selon le projet et l'acquis européen. Le premier opère une disjonction selon que la situation est constituée dans l'Etat

[20] Autre chose serait d'interpréter ces règlements comme ne pouvant pas contredire un principe directeur de reconnaissance mutuelle issu du droit primaire et explicité – du moins pour les décisions judiciaires – par l'article 81 TFUE.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

du for ou à l'étranger : il montre une nouvelle « méthode » du conflit de lois, limitant la règle du for (donc celles du code) aux seules situations établies dans l'Etat du for. Le second agit plutôt en aval de la désignation de la loi applicable par la règle du for, en posant une exception à l'application de cette loi matérielle, que celle-ci soit une disposition du for ou étrangère. Une telle « exception de reconnaissance » agit donc sur le raisonnement du conflit de lois de manière analogue à l'exception d'ordre public – à la différence de pouvoir affecter l'application d'une règle matérielle du for et non nécessairement étrangère.

Il est vrai que le projet tempère la règle de reconnaissance, en ce qu'elle intervient « exceptionnellement » et qu'elle constitue une simple « faculté » pour l'autorité du for. La portée de ce double tempérament risque de soulever des questions d'interprétation. En apparence, ils peuvent signifier, respectivement, une interprétation stricte des conditions d'application de la règle, et une marge d'appréciation de l'autorité – dont cependant les critères restent à identifier. A tout le moins, ces tempéraments supposent que lorsque la situation a été établie à l'étranger, il reste encore une place pour la règle de conflit du for.

Il semble donc que l'alinéa 3 de l'article 5 puisse encore donner lieu à discussion afin d'améliorer la sécurité juridique. D'abord, en tant que règle comportant un dispositif et non simple élément d'une typologie, elle pourrait être déplacée, de préférence après les exceptions d'ordre public et de fraude. Ensuite, une distinction plus nette pourrait être faite entre les éléments de l'hypothèse de la règle et les conditions de déclenchement de son dispositif. Ainsi, la règle pourrait avoir pour objet d'écarter l'application du droit qui régit le rapport juridique en vertu de la règle de conflit, dans une situation particulière constituée à l'étranger. Ensuite, la reconnaissance – ou son refus – serait liée au respect de droits fondamentaux et des prévisions légitimes, apprécié au moyen d'indices établis par le législateur, notamment, la validité du rapport juridique en regard du droit étranger, un lien étroit ou suffisant avec l'Etat étranger et une consolidation suffisante par l'exercice effectif du droit fondamental en cause, notamment – mais non nécessairement – par un acte de cristallisation.

B. Sur l'absence d'une exception générale de proximité

Le projet ne contient pas de clause générale d'exception à la différence du code belge (art. 19), inspiré du modèle suisse de 1987, selon laquelle la loi désignée par la règle de conflit dans un cas particulier n'est pas applicable en présente de liens significatifs avec un autre pays, alors que la situation présente des liens de rattachement ténus avec la loi désignée. Présente dans plusieurs codifications récentes, notamment la loi hongroise de 2017, cette omission est certainement voulue[21]. Elle peut s'expliquer à plusieurs titres, du fait que la perspective du projet est celle d'une consolidation du droit existant, qu'à la différence du code belge, il préserve le rôle privilégié de la nationalité au détriment de la résidence, ou qu'en pratique, le domaine des règles nationales de conflit ne concerne plus

[21] Le rapport du groupe de travail est silencieux sur ce point, ainsi que D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET et C. NOURISSAT, « Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé » *Revue*, 2022, p. 477-501.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

concrètement qu'un domaine réduit au statut personnel, au droit des biens et aux personnes morales, sans préjudice d'autres clauses spéciales d'exception introduites dans certains règlements en matière économique ; et qu'au surplus, le droit de la personne et de la famille appelle des règles fixes autant que prévisibles, dont la mise en œuvre soit aisée pour toute autorité agissant hors contentieux, tel l'officier de l'état civil ou le notaire.

L'abstention pourrait ainsi reposer sur la crainte d'une imprévisibilité de la loi applicable inhérente à une forme d'échappatoire qu'avocats ou magistrats pourraient exploiter pour fonder, le plus souvent, l'application du droit du for[22]. A cet égard, l'expérience de la jurisprudence belge peut aider à mesurer l'impact d'un tel mécanisme correcteur. Elle suggère que, passée une première phase de confusion avec l'exception d'ordre public prenant en compte le contenu du droit étranger – laquelle fait aussi appel à une appréciation de proximité pour écarter le droit applicable –, une phase de maturité a suivi, où intervient seule une évaluation de proximité exceptionnelle. A cet égard, le législateur avait ajouté, à la suggestion du Conseil d'Etat, certains indices d'appréciation, tels le « besoin de prévisibilité du droit applicable » et la conformité du rapport juridique au droit international privé des Etats avec lesquels celui-ci présentait des liens lors de son établissement. De ce fait, les juridictions sont amenées à une motivation substantielle des décisions. L'examen de la jurisprudence intéressant souvent le lien de filiation paternelle, spécialement hors mariage, révèle une mobilisation fréquente de ce dispositif, sans conduire pour autant à une application systématique. Ainsi, dans un contentieux typiquement multipartite, les personnes – père(s), mère, enfant – résident en Belgique et ont la nationalité belge, hormis l'homme dont le lien est en cause, alors que la règle de rattachement désigne la loi de la nationalité de cette personne (art. 62 du code). Pour déclarer fondée l'exception de proximité, la jurisprudence veille à vérifier, à la fois, l'absence d'autre élément de localisation dans le pays d'origine du père que sa nationalité, et la concentration de l'ensemble des autres éléments dans le même pays[23].

III. POUR UNE ÉVALUATION COÛT-BÉNÉFICE D'UNE CODIFICATION

La création d'un code, constitutif d'un système global et cohérent, au départ d'un nombre indéterminé de lois spéciales et de précédents jurisprudentiels, se doit de reposer sur une analyse d'impact, comparant le droit constant et le droit en projet sous l'angle de la cohérence et de la réalisation d'objectifs sociétaux, parmi lesquels la clarté du droit. Nul doute que les auteurs du projet ont recherché une facilité d'accès aux sources et une meilleure lisibilité pour les praticiens. De plus, certaines innovations dans le domaine du statut personnel – qui constitue la cible première de ce projet – reposent sur la prise en compte d'une mobilité accrue des

[22] P. MAYER et V. HEUZÉ, précités, n° 512, estiment qu'une telle clause générale revient à contredire l'objectif essentiel de sécurité juridique en donnant au juge « la liberté de s'en affranchir ».

[23] A la limite, ce constat peut, soit conduire à réviser la règle spéciale existante en matière de filiation, soit à l'assortir d'une clause spéciale d'exception comme l'a fait le législateur belge à propos de l'adoption (art. 67, al. 2, alliant toutefois élément de proximité et prise en compte de l'intérêt supérieur de l'adopté).

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

personnes et la préservation de droits fondamentaux de la personne, objectifs qui sous-tendent le recours à une exception générale de reconnaissance des situations étrangères[24]. En même temps, le projet est focalisé sur une consolidation du droit existant, ayant pour socle le droit positif, rassemblant lois particulières, précédents jurisprudentiels et consensus doctrinaux. De cet ensemble par hypothèse hétéroclite risque de résulter un système qui, tout en établissant des solutions affinées et éprouvées, pourrait manquer de lisibilité en termes d'objectifs généraux utiles à une interprétation systémique. Pour le comparatiste aussi, la lecture du projet pourrait s'avérer malaisée s'il n'a pas une connaissance suffisante du droit positif sous-jacent.

En soi, la plus-value d'une codification – fût-elle seulement à droit constant – est certaine pour la pratique. Elle contribue à identifier auprès des acteurs de la justice, de l'autorité publique, du politique et du citoyen, une discipline à part entière, y compris ses enjeux politiques, et à améliorer l'accès à la justice, en particulier en offrant un guide sur lequel fonder le raisonnement du conflit de lois et de juridictions, autant qu'elle génère une obligation accrue de motivation des décisions. Elle fournit aussi un socle d'appui pour une adaptation à des changements futurs, au niveau national, européen ou conventionnel. A cet égard, la mise en place – après adoption du code – d'un groupe de veille législative, attentif aux besoins d'adaptation – voire aux velléités de nouvelles lois particulières pouvant affecter la cohérence globale – peut s'avérer utile. Il en va de même d'un observatoire jurisprudentiel, à même de déceler les failles, rigidités ou lacunes révélées à l'expérience. Quant à la doctrine, son rôle, loin de diminuer, s'en trouve accru, en particulier, comme source d'interprétation et d'évaluation, en support de juridictions amenées plus souvent à faire application de règles désormais incontournables par leur visibilité.

[24] Voy. la présentation méthodologique du projet par D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET et C. NOURISSAT, précités, p. 497 et s.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

PARTIE 2.

PROCÉDURE –

EFFETS DES JUGEMENTS

ET DES ACTES PUBLICS ÉTRANGERS

- Pierre CALLÉ, *Professeur à l'Université Paris Saclay*
- Sandrine CLAVEL, *Professeure à l'Université Paris Saclay, UVSQ*

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

PROCÉDURE

Pierre CALLÉ

La procédure est l'objet du livre III du projet de code, livre qui est divisé en six titres[1]. Il convient immédiatement de relever que toutes les règles procédurales ne figurent pas dans ce livre III. Notamment, les règles de compétence juridictionnelle ont été insérées à la fois au sein des règles spéciales propres à chaque matière et au sein des règles générales du livre 1er où sont traitées notamment l'office du juge quant aux règles de compétence[2], la litispendance, la connexité ou le régime des clauses attributives de juridiction. On laissera de côté ces règles de compétence juridictionnelle pour se concentrer sur les règles procédurales proprement dites, celles qui figurent au livre III du projet de code.

Cette précision liminaire sur le champ d'application de mon propos étant faite, une remarque un peu générale, ou plutôt un constat : alors que le droit de l'Union européenne couvre une grande partie du droit international privé, les règles européennes régissant la procédure sont assez rares. L'emprise du droit de l'Union européenne ne constitue pas, en matière procédurale, un obstacle qui pourrait faire douter de l'opportunité d'une codification.

Dans le temps qui m'est imparti, il est impossible de faire une présentation exhaustive des règles, d'autant que la consigne donnée est davantage d'ouvrir le débat, que de prétendre dresser un inventaire de toutes les propositions du projet de code. J'ai donc fait le choix, nécessairement un peu arbitraire, de mettre le focus sur trois points.

[1] Titre I – Règles générales ; Titre II – Action en justice engagée en France ; Titre III - Notifications à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires ; Titre IV – Règles applicables aux voies d'exécution ; Titre V - La preuve des faits et des actes et titre VI – La contestation ou revendication de la compétence internationale.

[2] Les auteurs du projet ont fait le choix de faire varier l'office du juge selon que la règle à appliquer est procédurale ou substantielle. Lorsque la question touche aux droits substantiels, sauf accord exprès des parties, le juge est tenu de mettre en œuvre la règle de conflit et d'appliquer le droit étranger. A l'inverse, en matière procédurale, dans les cas où une loi étrangère peut être applicable, il appartient aux parties de se prévaloir du droit étranger et d'en établir le contenu. A défaut, le droit français est applicable (art. 130). Le droit procédural français est donc censé offrir au juge des réponses suffisantes pour l'organisation de la procédure, quand bien même en principe une question procédurale aurait du échapper à la loi française. Pourtant, en droit interne, il est un certain nombre de règles procédurales que le juge doit relever d'office. On peut donc s'interroger sur les raisons qui justifient cette moindre intensité de l'office du juge. Quoi qu'il en soit, l'office du juge dans l'application de règles procédurales étrangères est ainsi largement clarifié.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

I. LA RECEVABILITÉ DES ACTIONS DÉCLARATOIRES

L'article 135 prévoit qu' « une partie est recevable à agir immédiatement dès lors qu'elle justifie avoir intérêt à obtenir une décision sur la compétence des juridictions françaises, sur la loi applicable ou sur la régularité d'une situation juridique ». Texte général dupliqué, de manière en partie redondante pour la compétence, à l'article 164 : « une partie qui justifie d'un intérêt à agir peut saisir la juridiction française afin qu'elle statue sur sa compétence internationale »[3]. La recevabilité des actions déclaratoires est donc admise de manière très large. Il suffit de justifier d'un intérêt, sans autre précision, à obtenir une décision[4].

La recevabilité d'une action déclaratoire n'est pas nouvelle. A déjà été admise la recevabilité d'une action en vue de voir déclarer l'incompétence des juridictions françaises intentée par les ayants-droits de victimes d'un accident d'avion dans le cadre d'un conflit de procédure[5]. La Cour de cassation avait jugé recevable la contestation par les demandeurs de la compétence de la juridiction qu'ils avaient eux-mêmes saisie, au motif qu'ils avaient été obligés de saisir la juridiction française par suite d'une décision américaine. A également été déclarée recevable une action ayant pour objet de faire déclarer inopposable un jugement étranger en France[6].

Le projet de code va plus loin que ces précédents jurisprudentiels, en admettant tout type d'actions déclaratoires - sur la compétence des juridictions françaises, sur la loi applicable ou sur la régularité d'une situation juridique – et ce, sur le seul fondement d'un intérêt à obtenir une décision. La difficulté est qu'une personne a presque toujours intérêt à faire établir sa situation juridique, car cette situation détermine les règles de droit qui lui sont applicables. Or, les actions déclaratoires transforment le rôle du juge. La mission première du juge est de trancher des litiges, non de donner une consultation juridique aux parties en dehors de tout litige[7]. C'est la raison pour laquelle les actions déclaratoires ne sont en principe pas admises en procédure civile française.

---

[3] Sauf à ce dernier article à préciser qu'il est également possible de demander au juge français d'inviter une partie à saisir une juridiction étrangère mieux placée, ce qui permettra de mettre en œuvre le transfert de compétence prévu par certains règlements européens ou conventions internationales : règlement Bruxelles II bis sur la responsabilité parentale, convention de La Haye sur la protection des enfants ou la protection des adultes.

[4] La recevabilité de telles actions déclaratoires semble contraire à l'article 31 du code de procédure civile qui définit l'action comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». Pour admettre la recevabilité des actions déclaratoires, il convient d'entendre largement la condition « être entendu sur le fond ». S'agissant d'une action déclaratoire sur la compétence, la question de la compétence des juridictions françaises devient la question de fond, le fond devant être compris comme l'objet de la question posée aux juridictions françaises.

[5] Civ. 1re, 7 décembre 2011, *West Caribbean Airways*, n° 10-30919, *D.* 2012. 254, note Ph. DELEBECQUE, *D.* 2012. 254, obs. X. Delpech, *RTD civ.* 2012. 367, obs. Ph. Théry, *Rev. crit. DIP* 2012. 138, rapp. A. MAITREPIERRE : A la suite d'un accident d'avion, une juridiction américaine, saisie par les victimes, avait accueilli une requête en *forum non conveniens* en imposant aux demandeurs de saisir la juridiction française dans un certain délai. Ces derniers avaient alors saisi la juridiction française, mais en vue de voir déclarer son incompétence.

[6] Civ. 1re, 10 février 1971, *Bull. civ.* I, n° 48.

[7] « L'action déclaratoire permet ainsi la création d'un contentieux artificiel, d'un contentieux « à vide » » (J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 7e éd., 2019, n° 72).

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Mais en même temps, on perçoit bien l'utilité de telles actions, car, spécifiquement en matière internationale, une situation juridique peut être tellement complexe que les parties ne savent plus exactement quels sont leurs droits. Simplement, comme une action déclaratoire transforme le rôle du juge, elle ne doit être admise que si l'intérêt à ce que telle ou telle situation juridique soit clarifiée soit suffisamment puissant. Or, le projet de code parle uniquement d'intérêt. Il ne qualifie pas l'intérêt, par exemple en exigeant un intérêt actuel et légitime. La notion d'intérêt légitime, qui a souvent été confondue avec la qualité à agir, peut retrouver une certaine autonomie si l'on s'interroge sur l'opportunité de la demande en justice[8]. Dans l'arrêt de 2011, les demandeurs étaient légitimes à contester la compétence parce qu'ils avaient été contraints de saisir les juridictions françaises qu'ils n'avaient pas choisies. La Cour de cassation avait d'ailleurs évoqué l'intérêt « actuel et légitime » des demandeurs à agir à titre déclaratoire. En revanche, on ne peut admettre que des parties s'adressent au juge pour qu'il statue sur sa compétence, ou sur la régularité de telle ou telle situation juridique, sous la seule condition vague d'un intérêt. Il faut donc que le demandeur ait un besoin particulier de clarifier une situation juridique douteuse, ce qu'on pourrait exprimer par « un intérêt actuel et légitime à obtenir une décision », laissant ainsi la jurisprudence juger de l'opportunité de telle ou telle action déclaratoire[9].

II. LA RECEVABILITÉ DES ACTIONS DES GROUPEMENTS

Le deuxième point sur lequel je voudrais m'arrêter quelques instants, ce sont les solutions retenues pour la recevabilité des actions des groupements. Les solutions sont aujourd'hui très incertaines en droit international privé. Le projet de code a ici le mérite de poser des solutions claires. Il distingue très nettement, dans deux dispositions distinctes, deux questions parfois confondues : d'un côté l'action pour la défense d'un intérêt collectif, et, de l'autre, les actions pour défendre collectivement une somme d'intérêts individuels, au premier rang desquelles les actions de groupe.

L'article 138 du projet régit les actions pour la défense d'un intérêt collectif. En principe, la qualité à agir relève de la loi applicable aux droits litigieux. C'est ce que prévoit d'une manière générale l'article 136 du projet de code[10]. Ceci est logique : déterminer les personnes qui ont qualité à agir, c'est circonscrire le cercle de personnes destinataires de la règle de droit, celles qui sont admises à se prévaloir de l'effet substantiel de la règle. Il appartient donc à la loi applicable aux droits litigieux de borner la qualité à agir. Mais la défense d'un intérêt collectif pose une difficulté particulière. Cette défense relève en principe du ministère

[8] Ph. THÉRY, *op. cit*., - L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11ème éd., 2020, n° 345.

[9] « La recevabilité de l'action déclaratoire doit être liée à l'utilité de la demande pour l'activité des parties. Ainsi, elle doit être admise chaque fois qu'elle permet d'éviter un autre procès qui se dessine. (…) Plus généralement, une action déclaratoire doit être admise chaque fois qu'elle apparaît utile à celui qui l'exerce » (J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, n° 74).

[10] Art. 136 : « lorsque le demandeur agit pour son propre compte, la loi applicable au droit litigieux détermine s'il lui suffit de se prétendre titulaire d'un droit pour avoir qualité à agir, ou s'il doit justifier d'une habilitation ou d'un intérêt particulier ».

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

public, tant il est parfois difficile de distinguer l'intérêt collectif de l'intérêt général[11]. Dans cette perspective, puisqu'il s'agit de fixer les conditions auxquelles on admet que des groupements privés se substituent au ministère public, on peut estimer qu'une telle délimitation relève de la loi du for.

L'article 138 prévoit ainsi que « la qualité à agir d'un groupement pour la défense d'un intérêt collectif est régie par la loi française ». Se pose alors la recevabilité des actions intentées par des groupements étrangers. L'article poursuit : « un groupement étranger peut agir aux conditions fixées par la loi française pour un groupement de nature équivalente, sous réserve de la vérification par le juge de son habilitation à l'étranger. La loi applicable au groupement est prise en compte pour s'assurer que l'intérêt collectif invoqué correspond à l'objet du groupement ». Un groupement étranger ne peut donc agir qu'après la vérification de son équivalence aux groupements qui ont qualité pour agir en droit français. Si une loi étrangère confère qualité à une entité inconnue du for, par exemple les générations futures prises dans leur globalité, aucune action ne sera possible en France, dès lors que la loi française reste applicable à la définition des entités admises à agir. Si la loi française exige une condition de représentativité, il faudra vérifier que le groupement étranger puisse être jugé équivalent aux groupements français représentatifs.

Mais l'article 138 semble par ailleurs imposer une habilitation à l'étranger pour qu'un groupement étranger puisse agir en France. Une telle précision surprend car une telle habilitation n'est pas nécessairement requise en droit interne. En droit interne, la jurisprudence admet l'action des associations en défense d'un intérêt collectif, dès lors que la défense de cet intérêt entre dans leur objet social[12]. Cette simple vérification devrait suffire pour autoriser l'action des groupements étrangers. Et l'appréciation d'équivalence aux groupements qui ont qualité pour agir en droit français évoquée ci-dessus n'impose pas, en soi, une habilitation à l'étranger. C'est d'ailleurs ce qu'a jugé la Cour de cassation dans son récent arrêt du 9 mars 2022, lequel ne faisait pas référence à une quelconque habilitation à l'étranger[13]. Une légère correction de la rédaction de l'article 138 est souhaitable.

[11] J. HÉRON, T. LE BARS et K. SALHI, *op. cit.*, n° 78 et s.

[12] Civ. 1re, 30 mars 2022, n° 21-13.970, *Bull.* à venir – Civ. 1re, 2 octobre 2013, n° 21-21.152 – Civ. 1re, 18 septembre 2008, n° 06-22.038, *DA* 26 septembre 2008, obs. X. Delpech, *D.* 2009. 2448, obs. F.-G. TREBULLE.

[13] Civ. 1re, 9 mars 2022, n° 20-22.444, *Bull.* à venir, *DA* 13 avril 2022, note N. Hoffschir, *JCP* E 2022.1226, note L. MARION, *JCP* G, n° 17, p. 552 , obs. O. BOSKOVIC, *Bull. joly sociétés*, juin 2022, p. 36, note E. FARNOUX, *Rev. crit. DIP* 2022, à paraître, note M.-L. NIBOYET. *Adde*, H. MUIR WATT, « Les actions de groupe et le droit international privé : une lame de fond ? », *Rev. crit. DIP* 2022. 305. Il s'agissait d'une action d'associations françaises sur le fondement de l'article 145 de code de procédure civile pour obtenir la désignation d'un huissier de justice afin de procéder à des constatations au sein des locaux de cette société situés en France, en vue d'établir la preuve de faits de nature à engager sa responsabilité en raison de dommages environnementaux survenus en République démocratique du Congo. Cette action a été déclarée irrecevable en appel au motif que les associations ne justifiaient pas, s'agissant d'une action attitrée, que la loi congolaise leur donnerait qualité pour agir au titre de dommages survenus en République démocratique du Congo. Pour la Cour de cassation, la qualité à agir d'une association pour la défense d'un intérêt collectif en vue d'obtenir une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile s'apprécie, non au regard de la loi étrangère applicable à l'action au fond, mais selon la loi du for en ce qui concerne les

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

L'article 139 vise, quant à lui, les actions de groupe, mais aussi plus généralement toutes les actions qui ont pour objet de défendre collectivement une somme d'intérêts individuels, comme les actions en représentation conjointe. Le projet d'article précise, dans son premier alinéa, que la qualité est déterminée par la loi française, et ajoute, dans son alinéa 2, qu'« un groupe de personnes peut agir aux conditions fixées par la loi française pour un groupe de nature équivalente, sous réserve de la vérification par le juge de ses conditions de constitution et de fonctionnement à l'étranger ».

Des demandeurs à l'étranger peuvent donc en principe agir en France, mais une certaine marge de latitude est laissée au juge pour apprécier les conditions de constitution et de fonctionnement du groupe à l'étranger, ainsi que la correspondance du groupe aux conditions de la loi française. Même si une telle solution créera un peu d'imprévisibilité dans les solutions, il était probablement difficile de faire autrement.

III. LES RÈGLES APPLICABLES AUX PROCÉDURES CIVILES D'EXÉCUTION

Le troisième point que j'évoquerai concerne les règles applicables aux procédures civiles d'exécution, objet du titre IV du livre III : 8 articles assez généraux. Les membres du groupe de travail dans un article paru à la *Revue critique*[14] s'en expliquaient très simplement : les solutions en doctrine ou en jurisprudence n'auraient pas été suffisamment à maturité, de sorte qu'il aurait été difficile de poser des solutions trop précises au risque d'engager malencontreusement l'avenir. Cette position peut s'entendre, mais il est d'autres questions qui ont été traitées avec précision dans le projet, alors que l'état du droit positif était loin d'être clair[15].

Les procédures civiles d'exécution sont régies par un principe de territorialité[16], lié au fait que l'exécution implique la contrainte[17], et que chaque Etat a le monopole de la contrainte sur son propre territoire[18].

Des conséquences en découlent naturellement[19], lesquelles sont rappelées dans le projet de code :

---

conditions d'exercice de l'action et selon la loi du groupement en ce qui concerne les limites de l'objet social dans lesquels celle-ci est exercée.

[14] D. FOUSSARD, M.-L. NIBOYET et C. NOURISSAT, « Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2022. 477.

[15] On peut donc regretter en matière de procédure civile d'exécution cette prudente auto-limitation.

[16] G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI* 2008, p. 963.

[17] La contrainte étant une manifestation de la souveraineté étatique (P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1 ; *Rev. crit. DIP* 1979, p. 349 ; *Rev. crit. DIP* 1979, p. 537). Rappelée par la Cour internationale de justice dans l'arrêt du Lotus, la souveraineté d'un Etat sur son propre territoire, notamment pour y effectuer des actes matériels de contrainte, constitue un principe incontestable (CPJI, série 1, n° 10, 1927, p. 18).

[18] Ph. THÉRY, « Procédures civiles d'exécution et droit international privé », *in Rencontres petites affiches. Actualité des voies d'exécution, LPA* 22 décembre 1999, nº 254, p. 50, spéc. nº 3.

[19] M. AUDIT, S. BOLLÉE ET P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, Montchrestien, 3e éd., 2019, n° 760.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

- Compétence exclusive des juridictions françaises pour les actions et les actes relatifs à l'exécution forcée en France (art. 147).

- Compétence exclusive des agents d'exécution français pour intervenir matériellement sur le sol français (art. 148).

- Application de la loi française aux mesures d'exécution en France (art. 148).

Toutefois, la simplicité de ces principes n'est qu'apparente car la contrainte est multiple. Il est ainsi possible de distinguer une contrainte matérielle, au sens physique du terme[20], d'une contrainte intellectuelle[21]. Par exemple, au terme d'une saisie-attribution, le débiteur perd sa qualité de créancier du tiers saisi à hauteur de la somme due. La contrainte n'est ici qu'intellectuelle. Elle n'implique aucune intervention matérielle pour contraindre physiquement le débiteur. L'effet de la mesure est simplement juridique. La contrainte intellectuelle est donc, au final, une simple évolution des droits et obligations du débiteur, qui s'impose à lui[22]. Il devient le débiteur d'une nouvelle obligation, ou il perd le droit qu'il avait sur une chose au profit du créancier.

S'agissant des saisies de créances, le projet de code prévoit que le lieu d'exécution entendu comme le lieu du domicile du débiteur tiers saisi doit se trouver en France, tout en précisant, s'agissant des banques, que le lieu d'exécution s'entend non seulement du siège statutaire, mais également du lieu de situation d'un établissement, dès lors que cet établissement a le pouvoir de procéder au paiement de la créance. Est ainsi consacrée la jurisprudence française qui avait admis qu'une saisie-attribution pratiquée entre les mains d'une banque française pouvait s'étendre aux fonds déposés auprès de sa succursale monégasque[23]. Mais en 2020[24], une solution identique avait été rendue pour un tiers saisi qui n'était pas un établissement bancaire[25].

Or, dans le projet de code, la précision selon laquelle le lieu d'un établissement ayant le pouvoir de s'acquitter d'une créance vaut lieu d'exécution n'est, expressément, donnée que pour les banques.

---

[20] En droit international, il est certain que les agents d'exécution ne peuvent intervenir matériellement sur un territoire étranger sans porter atteinte à la souveraineté de l'Etat concerné.

[21] Le projet de code a une conception large de l'exécution forcée, incluant contrainte matérielle et contrainte intellectuelle, dès lors que cette dernière a pour objet d'appréhender un bien contre le gré ou à l'insu de son titulaire ou d'un tiers (art. 153). Mais il n'opère aucune distinction, au moins expressément, entre les deux contraintes. Le code a simplement quatre articles qui ont pour objet de fixer le lieu d'exécution (art. 149 à 152).

[22] G. CUNIBERTI, C. NORMAND et F. CORNETTE, *Droit international de l'exécution*, LGDJ, 2011, n° 20.

[23] Cass. 2e civ., 14 février 2008, *Bull. civ.* II, no 36 ; *JDI* 2008, p. 1100, note S. BOLLÉE ; *RTD civ*. 2008, p. 357, obs. R. PERROT ; *D.* 2008, pan. p. 2560, obs. S. BOLLÉE ; *RLDA* 2008, p. 29, obs. G. CUNIBERTI et sur le rejet du pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, Cass. 1re civ., 9 mars 2011, no 09-71997. V. déjà quant à l'étendue de l'obligation de déclaration, Cass. 2e civ., 30 janvier 2002, *JCP* E 2003, p. 587, note G. CUNIBERTI ; *RD bancaire et fin.* 2003, p. 179, note J.-M. DELLECI.

[24] Civ. 2e, 10 décembre 2020, n° 18-17937, *D.* 2021. 1353, chron. obs. A. LEBORGNE ; *RTD civ*. 2021. 195, obs. Ph. THÉRY, *D*. 2021. 217, note L. D'AVOUT.

[25] « Est établi en France le tiers saisi, personne morale, qui soit y a son siège social, soit y dispose d'une entité ayant le pouvoir de s'acquitter du paiement d'une créance du débiteur saisi à son encontre ».

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

A bien y réfléchir, si l'on considère que le tiers saisi débiteur doit être domicilié en France, ce n'est pas parce qu'une contrainte est exercée sur le tiers saisi, c'est parce que la créance est, en droit français, localisée au lieu où le débiteur est établi[26]. Mais, la localisation d'une créance n'est qu'une fiction juridique. Une créance, par essence, n'est localisée nulle part. Les seuls éléments qui devraient importer sont les liens de rattachement que la situation entretient avec la France. Il convient de se demander s'ils justifient l'intervention des autorités françaises. Implicitement le projet de code retient, au moins pour les établissements bancaires, l'existence en France d'une entité ayant le pouvoir de payer le débiteur saisi. Mais d'autres critères pourraient probablement s'ajouter, par exemple le domicile commun en France du créancier et du débiteur. On peut peut-être regretter que le projet de code n'ait pas été plus innovant sur ce point.

Ces quelques remarques ne doivent pas masquer l'étendue du projet de code sur les questions procédurales. On ne peut que se féliciter de la place que le projet de code entend donner d'une manière générale aux questions procédurales.

[26] Ph. THÉRY, obs. préc.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

EFFETS DES JUGEMENTS ET DES ACTES PUBLICS ÉTRANGERS

Sandrine CLAVEL

Le projet de code aborde de façon très complète la question de la circulation des actes, puisqu'il envisage, dans son Livre IV, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, des actes d'état civil, et des actes authentiques notariés. L'ambition est donc réelle.

Non sans relever que, sauf dispense d'origine supranationale, le projet pose l'exigence de légalisation des jugements et actes (art. 166), on envisagera les 33 articles qui composent le Livre IV au prisme de l'utilité (I), de la lisibilité (II) et de la pertinence (III) du projet en matière d'effets des jugements et des actes.

I. UTILITÉ DU (PROJET DE) CODE

Les objections parfois opposées à la codification du DIP français ne sont pas réellement convaincantes si l'on envisage spécifiquement les dispositions en matière d'effets des jugements et des actes publics étrangers. D'une part, l'existence de règles supranationales ne prive pas cette codification de son utilité, ni aujourd'hui ni même à moyen terme (A) ; d'autre part, même si beaucoup de solutions de droit commun sont solidement établies en droit positif, d'importants besoins de consolidation et de clarification subsistent (B).

A. Utilité en dépit de l'existence des règles supranationales

Le projet réserve les règles de l'Union européenne et celles issues des conventions internationales s'agissant tant de l'effet des jugements étrangers (art. 167), que de l'effet des actes authentiques notariés (art. 196). Le droit commun conserve donc toute sa pertinence en un domaine qui reste assez large, puisqu'il couvre : 1) les actes d'état civil étrangers, lesquels sont peu ou pas régis par les règlements européens, même si leur circulation est influencée par les libertés de circulation et les droits fondamentaux (principe de reconnaissance) ; 2) les jugements et les actes authentiques notariés émanant d'Etats tiers à l'UE, sous réserve de conventions internationales. Cette appréciation est renforcée par deux observations.

Tout d'abord, contrairement à l'évolution prévisible en matière civile et commerciale s'agissant des règles de compétence (Régl. Bruxelles I bis, art. 79), il n'apparaît pas que le champ d'application des règles européennes puisse être élargi aux relations avec les Etats tiers[1]. Certes, les Etats membres pourraient

[1] On ne voit pas que l'exequatur puisse être supprimé pour les jugements d'Etats tiers, ni que le principe de confiance mutuelle puisse jouer.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

vouloir harmoniser les règles d'accueil des jugements émanant d'Etats tiers, ce qui priverait le droit commun français de tout intérêt. Mais ce chantier apparaît d'autant moins prioritaire que l'Union européenne a activement participé aux travaux d'élaboration de la Convention Jugements adoptée à La Haye en juillet 2019, et a d'ores et déjà adhéré à cette convention[2] qui va donc tenir lieu de *droit commun européen* de la reconnaissance et d'exécution des décisions émanant des Etats tiers, en matière civile et commerciale[3].

Pour autant, la convention Jugements ne prive pas d'intérêt le droit commun français. S'agissant des actes, la convention a choisi de les écarter de son périmètre (sauf s'ils prennent la forme d'une transaction homologuée par le tribunal) ; elle ne fait donc pas concurrence au droit commun. Quant aux jugements, la convention – qui n'aura dans un premier temps que peu l'occasion de s'appliquer, puisque les premiers Etats à être liés seront principalement des Etats membres de l'UE - réserve la faculté d'appliquer le droit national plus favorable[4]. Le projet de Code va plus loin, en instituant l'obligation pour le juge français d'appliquer le droit commun français (art. 170, al. 2 du projet). Le droit commun français, très libéral, devrait donc toujours prévaloir sur la convention Jugements, qui l'est beaucoup moins[5], le projet de Code assure, en créant cette obligation, les conditions de sa propre pérennité. On observera au passage que cela ne permettra pas à la convention Jugements de jouer son rôle d'harmonisation du droit des Etats membres dans les relations avec les Etats tiers ; or on ne peut exclure que la CJUE impose une mise en œuvre coordonnée de la convention Jugements.

B. Utilité fondée sur un besoin de consolidation et de clarification

Le projet de Code codifie les règles jurisprudentielles existantes (*Munzer*, *Simitch*, *Cornelissen*). Même si ces règles sont relativement bien connues et finalement assez claires, l'apport du projet de code en la matière est certain, en ce qu'il vient clore par ses choix un certain nombre de débats soulevés par une jurisprudence insuffisamment abondante ou insuffisamment précise. On signalera en particulier :

- La consécration du principe de la reconnaissance *de plano* de tous les jugements étrangers, quelle que soit leur nature (art. 171) ; le régime des jugements déclaratifs patrimoniaux étrangers est ainsi clarifié.

- La définition d'un régime précis de l'office et des pouvoirs du juge de l'exequatur (art. 179 et art. 183).

- S'agissant des effets des actes publics étrangers, la consécration textuelle de la méthode de la reconnaissance des situations.

[2] Adhésion le 29 août 2022 : la convention entrera ainsi en vigueur, dans tous les Etats membres de l'UE et en Ukraine, le 1er septembre 2023.

[3] Cette harmonisation du droit de l'UE dans les relations avec les Etats tiers constitue l'un des intérêts de la convention mis en avant par l'UE pour justifier son adhésion (v. Proposition de DÉCISION DU CONSEIL relative à l'adhésion de l'Union européenne à la convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, 16 juil. 2021, COM(2021) 388 final)

[4] Art. 15 : « Sous réserve de l'article 6, la présente Convention ne fait pas obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement en application du droit national ».

[5] S. CLAVEL, F. JAULT-SESEKE, « La convention de la Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale : que peut-on en attendre ? », *Trav. Com. Fr. DIP* 2018-2020, Pedone, 2021, p. 183, spéc. p. 188-189

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

II. LISIBILITÉ DU (PROJET DE) CODE

Sans méconnaître les difficultés réelles de trouver une structuration qui préserve l'élégance en évitant les redondances et les renvois multiples, on peut être un peu plus réservé sur la lisibilité des dispositions relatives aux effets des jugements et des actes publics étrangers. On envisagera brièvement ici la question du plan (A), et celle des renvois aux règles supranationales (B).

A. Plan

La reconnaissance et l'exécution des actes et jugements étrangers fait l'objet d'un livre IV, qui se situe après l'exposé des règles de compétence et de conflit de lois, générales (livre I) et spéciales (Livre II), ainsi que des règles de procédure (Livre III). Cette présentation soulève une question : les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des actes et jugements étrangers relèvent-elles d'une partie générale, ou d'une partie spéciale ?

Le plan adopté, et le contenu du code, semblent privilégier la première solution : les règles considérées relèvent d'une partie générale, puisqu'elles ne donnent pas lieu à une déclinaison « spéciale », par matière. Il est vrai que la jurisprudence française est plutôt orientée en ce sens : les règles « générales » des effets des jugements découlant de la jurisprudence *Munzer – Simitch – Cornelissen* s'appliquent en toutes matières.

Ce « droit commun » des effets des jugements n'exclut cependant pas des exceptions, des ajustements, des atténuations, qui se déclinent quant à elles par matière. Cela est si vrai que lorsque l'on parcourt attentivement le livre II qui, abordant les règles spéciales, envisage systématiquement le diptyque compétence des autorités / loi applicable, on trouve ça ou là, éparses, des règles… de reconnaissance et d'exécution des actes ou des jugements[6]. Les règles de reconnaissance et d'exécution des mesures provisoires et conservatoires sont quant à elles localisées à l'article 205, dans un livre V, spécial, consacré aux mesures provisoires et conservatoires.

Il faut donc, pour avoir une vision complète des règles applicables au Livre IV, se reporter au Livre II pour s'assurer que, sous des intitulés de paragraphes et de sous paragraphes dont aucun ne mentionne les termes « reconnaissance des jugements », « exécution des jugements » ou « effets des jugements » (ou des actes, ou des situations), il n'existe pas une ou des règles dérogatoires susceptibles de jouer…

L'entreprise est d'autant moins évidente qu'il n'y a aucun renvoi exprès du Livre IV au Livre II et/ou à ses articles pertinents (ni au livre V) : l'article 167 réserve les règles européennes et conventionnelles, on y reviendra, mais prévoit dans son alinéa 2 que « *à défaut d'application du premier alinéa, sa reconnaissance et son exécution sont régies par les dispositions du présent titre* », donnant à penser que tout est là, dans le titre 1er du livre IV.

[6] V. par ex. art. 17, art. 24, art. 33, art. 69 al. 2, art. 122.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Il est vrai que l'article 171 (sur la reconnaissance de plein droit) commence par la formule « *s'il n'en est disposé autrement par le présent code, les jugements étrangers exécutoires dans l'Etat d'origine non susceptibles de recours ordinaire sont reconnus en France sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure* ». La règle ici visée est, manifestement, celle de l'article 122 qui subordonne l'autorité de chose jugée des décisions ouvrant une procédure collective à l'exequatur. Mais il n'est pas certain qu'un non spécialiste de la discipline fasse instinctivement le lien, et qu'il trouve aisément dans quelle partie du code se situent la ou les règles dérogatoires.

B. Renvoi aux règles supranationales

Une autre interrogation quant à la lisibilité et à l'accessibilité du texte, qui n'est pas sans lien avec la première, concerne l'articulation du droit commun français avec les dispositions de droit européen et de droit conventionnel.

Naturellement, ces dispositions sont réservées. C'est l'objet de l'article 167, qui procède à un renvoi général aux textes supranationaux. Mais il n'y a aucun renvoi spécial aux textes supranationaux. Cette méthode tranche avec celle retenue en matière de compétence des juridictions et dans une certaine mesure en matière de conflit de lois, où les textes pertinents sont généralement visés[7].

Pour savoir s'il existe dans une matière donnée des dispositions supranationales relatives à la reconnaissance et à l'exécution des actes et jugements étrangers, l'utilisateur du code devra soit... le savoir (donc être un spécialiste), soit se reporter à la partie spéciale afin de vérifier si un tel texte existe. Encore cette lecture ne l'instruira-t-elle que partiellement puisque, s'agissant des actes, les titres des règlements ne mentionnent jamais la reconnaissance des actes, qu'ils en traitent ou non. Il faudra donc nécessairement aller lire toutes les dispositions du règlement concerné.

Bien sûr, aucun code n'est réellement fait pour les profanes. L'argument de l'accessibilité est un leurre. Mais enfin, en matière d'effets des jugements et des actes, la coordination entre les sources est vraiment peu lisible -alors qu'elle l'est assez en matière de compétence. C'est pourquoi je me demande s'il n'aurait pas été préférable d'opter pour une partie générale plus charpentée, intégrant l'essentiel du livre IV (et aussi alors du livre III sur la procédure), suivie d'une partie spéciale qui, en chaque matière, du moins lorsque cela est justifié, déclinerait trois sous-parties : compétence, loi applicable, effets des actes et des jugements. La lisibilité en serait fortement renforcée.

[7] Par ex. : art. 36 et s. (capacité et protection) ; art. 43 (compétence en matière de mariage); art. 51 s (divorce) ; art. 57 s. (effets des partenariats) ; art. 71 s. (régimes mat.) ; art. 78 s. (régimes patr.) ; art. 82 s. (successions).

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

III. PERTINENCE DU (PROJET DE) CODE

On ne voudrait pas achever cette analyse sans apporter quelques éléments d'appréciation sur la pertinence des règles proposées. A cet égard, il faut le dire, la plupart des options retenues par le groupe de travail quant à la teneur des règles sont extrêmement convaincantes. C'est le cas, en particulier, des règles relatives à la fraude et à la déloyauté ; à l'office du juge de l'exequatur (identique à titre principal et incident) ; au principe de la reconnaissance de plein droit pour tous les jugements ; à la consécration d'un exequatur incident ; aux conditions du jeu de la méthode de la reconnaissance des situations ; ou encore de l'ajout formel de la condition d'absence d'inconciliabilité… On pourra regretter cependant qu'aucune disposition n'envisage le sujet complexe des effets dissociés de la régularité des jugements (force probante, effet de fait).

L'objectif étant ici d'apporter une critique constructive, on s'arrêtera cependant principalement sur les choix qui apparaissent moins convaincants, ou à tout le moins qui suscitent l'interrogation, et cela sans empiéter sur les thèmes qui seront abordés par la suite, notamment en matière de PMA, de GPA ou de droit des sociétés. A cet égard, on peut regretter un défaut rédactionnel (A), certains choix en retrait par rapport au droit positif actuel (B), et d'autres manquant d'audace (C).

A. Un défaut rédactionnel

L'article 170 al. 1 du projet suscite la perplexité. Il énonce : « *Lorsqu'une convention internationale liant la France énonce des motifs de refus de reconnaissance, les motifs prévus par cette convention s'imposent* »

La plus-value de cette disposition n'est déjà pas évidente, alors que l'article 167 réserve l'application des conventions internationales. Il est toutefois possible de la comprendre comme le rappel d'un principe – la convention prévaut quand elle impose le refus de reconnaissance –, essentiellement destiné à préparer la dérogation apportée à ce principe par l'alinéa 2, qui veut que la convention puisse être écartée si elle réserve expressément l'application du droit national plus favorable. Le rapport semble toutefois invalider cette interprétation raisonnable : « *Le projet décide encore, faisant preuve de libéralisme, que s'agissant de l'accueil des jugements étrangers, les conventions internationales prévalent sur le code, si les règles qu'elles édictent sont plus souples et que, de la même manière, le code prend le pas si les règles édictées par les conventions internationales s'avèrent plus strictes* ». D'un côté, la lettre de l'alinéa 1 ne me semble pas affirmer, comme le fait le rapport, que les conventions internationales prévalent sur le code, si les règles qu'elles édictent sont plus souples ; de l'autre, je n'arrive pas à comprendre en quoi cette règle serait « libérale ». Lorsqu'une convention internationale ratifiée par la France prévoit un régime de circulation plus favorable, peut-il y avoir la moindre contestation juridique au fait que la règle conventionnelle (dans son domaine d'application) doit prévaloir sur la règle de droit commun plus stricte ? Il y a sans doute quelque chose à parfaire ici.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

B. Quelques choix en retrait par rapport au droit positif

La principale objection au projet tient ici au choix fait, par les articles 171 et 176, de subordonner au caractère final *et exécutoire* du jugement étranger, non seulement sa force exécutoire (*exequatur*) mais aussi sa reconnaissance – y compris de plano – en France.

Cette exigence n'est pas traditionnelle : dans les règlements européens, comme dans la doctrine, on lit généralement que la condition tenant au caractère exécutoire de la décision étrangère est exigée uniquement pour les procédures d'exequatur ou à fin d'exécution, et non pour la simple reconnaissance. Elle apparaît particulièrement contestable s'agissant de la reconnaissance de plein droit. Ainsi, une partie qui aurait obtenu un jugement déclaratif patrimonial étranger constatant l'existence d'une créance, mais non encore exécutoire, ne pourrait pas invoquer son autorité de chose jugée (qui suppose la reconnaissance) dans une action en tous points identique, intentée devant les tribunaux français... Cela paraît d'autant plus surprenant que le projet de code prend soin, et c'est une excellente chose, d'organiser les conséquences de l'anéantissement de la décision étrangère dans son Etat d'origine (art. 190). Il serait donc très simple de revenir sur la reconnaissance ou l'exequatur si le statut de la décision étrangère devant évoluer. Il est difficile de comprendre ce qui motive cette exigence dérogeant aux règles traditionnelles, d'autant que le rapport n'en dit rien.

C. Un manque ponctuel d'audace

Très audacieux sur certains sujets, comme la GPA, le projet est étonnamment en retrait sur d'autres. On pense notamment aux jugements rendus en violation d'une clause attributive de juridiction. Cette circonstance s'oppose à la reconnaissance en France d'un tel jugement, lorsque la clause violée désigne valablement les juridictions françaises (art. 33). La solution est indiscutable et doit être approuvée. On peut cependant regretter que la règle ne soit assortie d'aucun « effet réflexe », qui conduirait à refuser de donner effet en France à un jugement rendu par un tribunal étranger en violation d'une clause désignant valablement un autre juge étranger. Ainsi, le juge étranger élu ne se voit pas reconnaître de compétence exclusive[8]. Cela n'empêchera évidemment pas un juge français de trouver un fondement pour refuser de reconnaître cette décision s'il le souhaite ; mais le fait est que le code ne lui en fait pas l'*obligation*. Les clauses attributives de juridiction sécurisent fortement les transactions internationales. Une règle destinée à promouvoir leur efficacité, même lorsqu'elles désignent un autre juge que le juge français, aurait été à mon sens bienvenue et moderne.

[8] V. prônant cette solution : P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, 12e éd., 2019, n°392.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

PARTIE 3.

TABLE RONDE

- Alexandre BOICHÉ, *Avocat à la Cour*
- Jean GASTÉ, *Notaire*
- Hugues FULCHIRON, *Professeur à l'Université de Lyon 3, Conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation en service extraordinaire*

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

DROIT DE LA FAMILLE

INTRODUCTION

Hugues FULCHIRON

Avant tout, il me semble important de dire en mon nom personnel et au nom des participants à cette table ronde que nous sommes persuadés de l'utilité, que dis-je, de la nécessité d'une codification de notre droit international privé. Je souhaiterais aussi exprimer mon admiration pour un travail remarquable par son ampleur et par sa qualité. Travailler sur le projet dans la perspective de cette journée a été particulièrement stimulant et les observations que nous allons faire sont moins des critiques (en tant que magistrat je sais aujourd'hui encore plus qu'hier combien la critique est aisée quand l'art est difficile) que des observations que nous mettons au service de ce texte et de son succès.

Le sujet est immense. Il constitue le cœur battant du droit de la famille, celui autour duquel s'est construit le droit international privé français, de l'arrêt *Busqueta* aux arrêts *Mennesson*, en passant, par exemple, par les arrêts *Patino*. Nous avons opté pour un balayage général de la matière familiale, quitte à insister sur telle ou telle question, au risque d'en laisser d'autres dans l'ombre.

I. LE RATTACHEMENT DE PRINCIPE À LA LOI NATIONALE

Hugues FULCHIRON

Le choix semble opportun, même si la loi nationale est devenue, plus ou moins l'exception aujourd'hui avec la multiplication des conventions internationales, des règlements européens, des règles spéciales et le développement de la méthode de la reconnaissance.

Mais les arguments qui, traditionnellement, militent en faveur de ce rattachement me semblent plus valables que jamais, notamment pour permettre aux expatriés de rester sous l'empire du droit français, d'autant que la plupart des personnes étrangères résidant en France seront par le jeu des conventions, des règlements et des règles spéciales, notamment celles qui sont prévues par le projet de code, soumises au droit français au titre de leur résidence habituelle, de leur domicile ou de leur résidence, ce qui écarte un des principaux inconvénients du rattachement à la loi nationale, même si comme l'a souligné le professeur Bonomi[1],

[1] Voir Partie 1 : Approche générale : structuration du code, articulation des sources, règles générales de conflit de lois, 2e contribution.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

ce rattachement peut poser de délicats problèmes d'articulation. Et puis, le choix est en cohérence avec celui, tout aussi opportun, me semble-t-il, de maintenir des privilèges de juridiction.

On peut être moins convaincu par le choix, en tant que rattachement subsidiaire, du domicile et la résidence, et non pas de la résidence habituelle au sens du droit international privé. Le choix de la résidence habituelle aurait permis une meilleure articulation avec les règles conventionnelles et avec les règlements européens qui, on le sait, en font leur rattachement de principe. De plus, l'article 3 du projet donne une définition assez particulière des deux notions, qui ne correspond pas parfaitement aux notions de domicile et de résidence en droit interne. On a donc des notions plus ou moins autonomes de domicile et de résidence au sens du projet, distinctes à la fois du droit interne et du droit international privé conventionnel et règlementaire, même si la définition du domicile au sens de l'article 3 rejoint plus ou moins la définition de la résidence habituelle au sens des droits conventionnel et européen. Ces décalages notionnels ne risquent-ils pas de créer des problèmes d'articulation entre règles de conflit de lois et entre règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions ?

II. LES RÈGLES SPÉCIALES RELATIVES AUX PERSONNES ET À LA FAMILLE

Alexandre BOICHÉ

Avant toute chose, je tiens à dire que ce code de droit international privé constituera un progrès certain pour les praticiens, et en particulier pour ceux du droit de la famille.

Au demeurant, pour que ce progrès ne soit pas obéré par des difficultés de mise en œuvre, il me paraît essentiel, s'agissant des rattachements, de corriger la question de la distinction domicile résidence habituelle. En effet, le projet de code prévoit un rattachement principal du statut personnel à la loi nationale, un rattachement subsidiaire au domicile et enfin un rattachement plus marginal à la résidence habituelle. Or, le droit international privé européen et conventionnel privilégie le rattachement à la résidence habituelle. Par ailleurs, la définition donnée par le projet du domicile correspond à celle donnée par le droit européen de la résidence habituelle, notamment en matière de divorce. On voit ainsi les confusions que cela ne manquera pas de créer dans la pratique. Il m'apparaît fondamental de revoir cette distinction et d'admettre qu'aujourd'hui, au sens du droit international privé conventionnel et européen, le concept de résidence habituelle recouvre celui de domicile et d'en tirer les conséquences en consacrant le rattachement à la résidence habituelle, comme rattachement subsidiaire, ce qui entraînera l'abandon du rattachement au domicile.

Dans le cadre de cette intervention, j'évoquerai les règles relatives au mariage, au divorce et à la filiation.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

A. Règles relatives au mariage

S'agissant des questions de compétence, la règle de l'article 43 est une parfaite illustration de ce que doit être l'articulation entre ce code et le droit européen préexistant. Un renvoi est opéré au profit des dispositions du règlement Bruxelles II ter, qui ont vocation à régir les questions de validité du mariage, ce dernier s'appliquant à l'action en nullité du mariage. Il est également renvoyé à d'autres règlements régissant soit les aliments (effets alimentaires du mariage), soit le régime matrimonial (effets patrimoniaux, sur ce point les rédacteurs du projet prennent l'option d'une interprétation large du domaine de ce règlement), soit la succession (effets successoraux).

Cependant, alors que le règlement Bruxelles II ter ne porte que sur la nullité du mariage, le renvoi qui figure à l'article 43 alinéa 1er est beaucoup plus général. Le texte gagnerait en clarté, s'il était clairement précisé que le règlement n'est applicable qu'au contentieux de la nullité du mariage. De plus, l'alinéa suivant, applicable lorsque le règlement renvoie aux règles nationales, vise les demandes relatives à la formation du mariage et à ses effets personnels, ce qui est de nature à créer des difficultés, puisque le règlement ne s'applique pas aux effets personnels du mariage.

Cet alinéa suscite également une difficulté que l'on retrouve à l'article 51 alinéa 2, qui concerne les règles applicables en matière de divorce lorsque le règlement Bruxelles II ter renvoie à ces dernières.

En effet ces deux articles disposent :

> ***Article 43 alinéa 2*** *: « Par exception à l'article 34 du présent code, lorsque le règlement visé à l'alinéa précédent renvoie aux règles nationales de compétence, les juridictions françaises sont compétentes pour connaître de toute demande concernant la formation du mariage ou ses effets personnels, si le mariage a été célébré en France ou si les époux sont de nationalité différente et que l'un d'eux a la nationalité française »*
>
> ***Article 51 alinéa 2 :*** *« Lorsque le règlement visé à l'alinéa précédent renvoie aux règles nationales de compétence, les juridictions françaises sont compétentes pour connaître des demandes en divorce et en séparation de corps si les époux sont de nationalité différente et si l'un d'eux a la nationalité française ».*

S'agissant de cette formulation, ma difficulté est la suivante. Je crains qu'elle ne soit source de confusion avec l'article 6-2 du règlement Bruxelles II ter qui prévoit que :

> *« Un époux qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre, ou est ressortissant d'un Etat membre, ne peut être attrait devant les juridictions d'un autre Etat membre qu'en vertu des articles 3, 4 et 5 ».*

Ainsi, on a l'impression, en suivant les articles 43 alinéa 2 ou 51 alinéa 2, que dès lors que l'un époux est de nationalité française il pourrait saisir le juge français. Or, ce n'est pas le cas. Il ne peut saisir le juge français que si son conjoint n'est pas résident ou ressortissant d'un Etat Membre de l'Union européenne. Par ailleurs, dès lors que la règle de l'article 17 du Code existe, on ne voit pas trop

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

l'utilité de ces dispositions, spécialement en matière de divorce et d'annulation du mariage, d'autant plus que le règlement étend le bénéficie des règles de compétences nationales aux ressortissants d'un Etat Membre ayant leur résidence habituelle en France.

En matière de mariage, la compétence supplémentaire attribuée aux juridictions françaises du lieu de la célébration peut apparaître dangereuse, d'autant plus que cette compétence a vocation à intervenir lorsqu'aucun des époux n'est de nationalité française ou n'a sa résidence habituelle en France ou en Europe, ni de nationalité européenne, donc lorsque les liens avec la France paraissent bien ténus pour fonder un chef de compétence, surtout pour une question aussi lourde de conséquences qu'une action en nullité du mariage.

S'agissant de la loi applicable au mariage, les dispositions sont dans leur grande majorité celles existant actuellement. On ne peut que se féliciter de la réécriture de l'article 202-1 alinéa 2 à l'article 44 alinéa 4.

L'article 45 alinéa 2 apparaît trop limité. En effet, ce texte qui vise à lutter contre la polygamie, par le biais d'un second mariage célébré à l'étranger, prévoit que ce mariage ne sera pas reconnu si l'un des époux a la nationalité française, même s'il est double national ou si le premier mariage a été célébré avec un époux dont la loi le prohibe.

Or, prenons l'hypothèse d'un homme de nationalité malienne, qui a déjà une épouse de nationalité malienne et qui s'engage au Mali dans un second mariage avec une épouse de nationalité franco-malienne. Aux termes de l'article 45 ce mariage ne serait pas reconnu en France. En revanche s'il s'engage avec une femme de nationalité italo-malienne, ce mariage serait valide. Or, le droit italien au même titre que le droit français prohibe la polygamie. Aussi, il faudrait à mon sens remplacé l'expression « époux de nationalité française » par « époux dont la loi nationale prohibe la polygamie ».

Sur les règles communes à tous les mariages on pourrait ajouter les dispositions de l'article 146-1 du Code civil :

> *« Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence »*

Enfin sur les effets du mariage on peut regretter l'absence de règle sur le nom des époux. En effet, sur ce point, il existe de grandes incertitudes, en particulier s'agissant du nom des époux en cas de divorce.

B. Règles relatives au divorce

Sur la compétence, outre les dispositions de l'article 51 alinéa 2 qui sont à revoir (pour les mêmes raisons que celles évoquées à propos du mariage), on ne peut que se féliciter de la précision donnée à l'article 51 alinéa 4. Cet alinéa vient apporter une solution, certes induite par la spécialisation des règlements européens en matière de droit de la famille, mais il aidera à convaincre les magistrats français que la simultanéité, attachée par le droit français au prononcé du divorce et de la prestation compensatoire, ne s'impose pas sur le plan international, et qu'il peut parfaitement exister des situations où le divorce a été prononcé à l'étranger sans

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

que le juge étranger n'ait statué sur les obligations alimentaires. Dans ce cas, le droit européen commande au juge français, s'il est compétent sur la demande autonome d'aliments, de se prononcer sur les effets alimentaires du divorce, même après le prononcé (à l'étranger) du divorce.

S'agissant de la loi applicable au divorce, on note la disposition relative au divorce extrajudiciaire et l'on ne peut que se féliciter de cette disposition puisque, compte tenu de la jurisprudence de la CJUE, les praticiens appliquaient l'article 309 à cette question. Mais ce texte ayant vocation à disparaître, il faut bien le remplacer. Maintenant, dans la mesure où le règlement Bruxelles II ter prévoit la reconnaissance des divorces dit privés, on peut espérer que la position de la CJUE excluant ce type de divorce du domaine d'application du règlement Rome III change et que de ce fait la règle contenue dans l'article 53 n'ait peut-être pas véritablement vocation à se maintenir. Mais, il vaut mieux prévoir et éviter un vide législatif préjudiciable.

S'agissant de la disposition en elle-même, elle vient utilement lier la possibilité d'obtenir un divorce par consentement mutuel en France en application des articles 229-1 à 229-4 du Code civil à la compétence des juridictions françaises pour prononcer un divorce judiciaire. Cela peut apparaître un peu paradoxal lorsque l'on évoque un divorce non judiciaire. La solution a le mérite de se rapprocher de celle du droit européen pour admettre la circulation de ce type de divorce dans le cadre du règlement Bruxelles II ter.

Ma seule réserve sur la solution préconisée tient au fait qu'en dehors de l'application du règlement Bruxelles II ter il peut y avoir des hypothèses où la compétence des juridictions françaises sera assez ténue, puisqu'elle supposera une mise en œuvre des règles de compétence subsidiaire, comme dans le cas d'un époux français et l'autre époux, non-ressortissant d'un Etat Membre de l'Union Européenne et résidant dans un Etat tiers. Or, dans ce contexte, les époux pourraient être incités par cet article 53 à recourir à ce type de divorce, alors que ses chances de reconnaissance seraient extrêmement limitées dans le pays de la résidence habituelle des époux et de la nationalité de l'autre époux.

Certes, on pourrait considérer que si le Règlement Rome III est applicable dans une situation de ce type les parties pourraient parfaitement élire la loi française et ainsi faire un divorce en France en application des article 229-1 et suivants du Code civil. Ce qui revient au même que la disposition de l'article 53.

Il appartiendra, quelle que soit la solution choisie, aux conseils d'alerter les époux sur les risques d'un divorce de ce type dans une situation où les liens avec la France sont limités.

L'article 54 alinéa 2 suscite la satisfaction dans la mesure où il clarifie une situation induite par le Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires : la possibilité pour les époux de définir selon la loi applicable choisie dans un accord préalable à leur divorce, qui peut être leur contrat de mariage, les conséquences alimentaires de leur divorce, ce que les juridictions françaises, et en particulier la Cour de cassation, ont toujours eu du mal à admettre. Sur la rédaction de l'article, il y a simplement un point qui interroge, c'est la référence à la loi

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

française applicable aux obligations alimentaires. Les auteurs du code ont voulu permettre aux époux dans le cadre de l'application de la loi française aux obligations alimentaires dans un contexte international de fixer par avance dans un contrat, qui peut être le contrat de mariage, le montant de la prestation compensatoire qui pourra être due par l'un d'eux en cas de divorce. Cette possibilité serait admise dans un contexte international alors qu'elle ne l'est pas dans un contexte interne. La solution doit être saluée, au demeurant il faudrait à mon sens indiquer clairement « lorsque la loi française a été choisie par les parties », puisque la solution n'aura vocation à s'appliquer que dans l'hypothèse d'un choix. En effet, si la loi française s'applique par le jeu de la règle de conflit de lois du protocole au moment de l'établissement de la convention, il n'est pas certain qu'elle sera toujours applicable au jour du divorce. L'article 3 du protocole prévoit que la loi applicable et celle de la résidence habituelle du créancier d'aliments et qu'elle varie en cas de déménagement du créancier.

C. Règles relatives à la filiation biologique

De prime abord, on peut regretter qu'il n'y ait pas de règle de compétence énoncée. En effet, à défaut de règle compétence spéciale en la matière en droit interne, c'est la règle générale de l'article 42 du Code de procédure civile qui s'applique. Le juge français n'est compétent que si le défendeur à sa résidence habituelle en France. Mais, cela signifie qu'un enfant étranger qui a sa résidence habituelle en France ne pourrait pas saisir le juge français pour faire établir sa filiation.

Certes, l'article 34 du Code, concernant les actions d'état, viendra s'appliquer et permettra de saisir le juge français, si l'enfant à sa résidence habituelle en France au jour de l'introduction de sa demande. La question qui se pose est de savoir si les futurs utilisateurs du code iront chercher l'article 34. L'autre difficulté est que, de fait, ce texte exclut l'article 42 du Code de procédure civile. Or il pourrait être utile de saisir le juge français de la résidence habituelle du défendeur. Sur ce point, il peut apparaître absurde de laisser tomber la compétence fondée sur la résidence habituelle du défendeur alors qu'elle reste privilégiée par de nombreux droits étrangers pour ce type de situation. On risque de se retrouver dans des situations où l'enfant ayant sa résidence habituelle à l'étranger ne pourrait pas saisir son propre juge, ni le juge français, si le défendeur n'a pas la nationalité française.

Aussi, il me semble important d'introduire une règle de compétence en matière de filiation énonçant la compétence du juge français, si l'enfant ou le défendeur ont leur résidence habituelle en France.

S'agissant des règles de conflit nous exprimons notre satisfecit à l'égard de la règle de conflit de loi générale de l'article 59 et de la clause d'ordre public contenue à l'article 59 alinéa 2.

En revanche, je suis plus réservés sur la reprise des dispositions de l'article 311-17 à travers l'article 60, comme de la solution de la Cour de cassation relative à l'application cumulative des lois visées, en cas de remise en cause de la reconnaissance. La solution apparaît d'autant plus discutable qu'une règle spéciale est créée pour la remise en cause formelle de la reconnaissance puisque, dans cette

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

hypothèse, on appliquera aussi la loi de l'Etat sur le territoire duquel la reconnaissance a été dressée.

On peut s'interroger sur cette faveur au niveau international envers les reconnaissances alors qu'au niveau interne si une reconnaissance est un acte assez simple à faire, elle peut aussi assez simplement être remise en cause dans le cadre d'une procédure judiciaire.

La solution de l'application alternative pour l'établissement et de l'application cumulative pour la contestation conduit dans le premier cas à appliquer la loi la plus tolérante, qui permettra la remise en cause la plus large de la filiation (comme c'est le cas du droit français) et dans le second cas à appliquer la loi la plus restrictive à la reconnaissance qui sera aussi celle qui viendra limiter les conditions de remise en cause.

Prenons un exemple pratique avec un enfant de nationalité finlandaise reconnu par un homme de nationalité française. La reconnaissance est valable selon la loi française, sans vérification préalable de la véracité du lien de filiation, tandis que selon le droit finlandais la reconnaissance volontaire de paternité impose au père de démontrer qu'il est le père biologique. Cela peut aboutir au recours à une expertise génétique. En conséquence, selon le droit finlandais, il sera quasiment impossible de remettre en cause cette reconnaissance.

Dans ce type de circonstances, si la reconnaissance est mensongère elle pourra valablement être faite selon le droit français mais elle ne pourra pas être remise en cause selon le droit finlandais. Or, on voit bien que ce résultat ne peut être favorable à l'intérêt de l'enfant.

La solution en application de l'article 311-17 aujourd'hui aurait pu être d'établir que la reconnaissance est inexistante au regard du droit finlandais, puisqu'aucune des conditions posées par ce droit n'a été respectée. Mais cette solution ne sera plus possible dans le cadre du projet de code, puisque la validité formelle de la reconnaissance dépend aussi du lieu où elle a été dressée. Ainsi si la reconnaissance est faite dans notre cas en France, elle ne pourra pas être remise en cause.

Lorsque la situation s'est posée en pratique le juge français a écarté l'application du droit finlandais par le jeu de l'ordre public international au motif qu'il ne permettait pas la remise en cause de la reconnaissance. Mais, du point de vue du droit international privé, ce n'est absolument pas un résultat satisfaisant.

Remarques conclusives

Je tiens à exprimer le regret de ne pas avoir de sections relatives aux obligations alimentaires et à l'autorité parentale.

S'agissant des obligations alimentaires, elles sont abordées en tant qu'accessoires au mariage, au divorce ou à la filiation, mais les obligations alimentaires constituent aujourd'hui une catégorie bien spécifique du droit international privé, avec un règlement européen qui leur est consacré. Il me paraît assez réducteur de limiter les règles relatives aux aliments uniquement comme des accessoires aux trois questions évoquées précédemment alors que par ailleurs, ces questions

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

peuvent se poser en dehors de ces cas, notamment entre concubins, des descendants à l'égard des ascendants, ou entre collatéraux. De même, une situation comme l'action à fins de subsides, qui existe pourtant en droit interne, est de ce fait totalement exclue du Code de droit international privé.

Sur l'autorité parentale, nous regrettons également qu'il n'y ait pas une section clairement consacrée à cette question. Elle est évoquée dans la section sur la capacité, la protection des mineurs et des majeurs vulnérables. L'autorité parentale constitue aujourd'hui également une catégorie à part entière du droit international privé et on ne peut pas à mon sens l'aborder uniquement à travers le prisme de la capacité et de la protection des mineurs.

A ce titre, cela crée de la confusion puisque sur la protection des mineurs, le Code renvoie au règlement Bruxelles II ter et à la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale.

Or, de ce fait le code ne contient aucune règle de compétence relative à la capacité. Ainsi, l'action en émancipation par exemple, est exclue du domaine d'application du règlement, mais le code ne permet pas de dire si le juge français est compétent pour statuer sur ce point.

Créer une règle spécifique sur l'autorité parentale permettrait également de faciliter l'intégration dans le Code de droit international privé des dispositions relatives aux déplacements illicites d'enfant qui figurent actuellement dans le code de procédure civile (article 1210-4 et suivants). On voit mal, en effet, que des règles de ce type puissent rester en dehors de notre code de droit international privé.

Ces questions relèvent à mon sens de l'efficacité de ce Code de Droit international privé, si l'on veut que les praticiens du droit puissent s'en emparer. Il est nécessaire qu'il reprenne l'ensemble des règles de droit international privé applicables, en particulier en matière de droit de la famille, mais également et surtout qu'il recouvre des concepts admis par les praticiens. Or l'autorité parentale pour de nombreux praticiens ne signifie aucunement la protection des mineurs. C'était l'une des grandes difficultés de mise en œuvre de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, de nombreux praticiens considérant qu'elle ne s'appliquait pas à l'autorité parentale. Aussi, il nous semble nécessaire de faire montre de clarté sur ce point pour éviter de retomber dans ces difficultés, l'objectif de ce code étant de rendre le droit international privé accessible.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

III. LE DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

Jean GASTÉ

A titre liminaire, je vous remercie de m'avoir convié à cet après-midi de réflexion sur le projet de code de droit international privé (DIP).

Mon regard ne sera pas celui d'un savant de la matière, je le réserve avec respect à l'aréopage qui m'entoure. Non mon regard sera celui d'un praticien de province, instituteur du droit (et du droit international privé) au bénéfice de mes concitoyens.

« Nous ne pouvons procéder pour nous instruire que du connu à l'inconnu » nous disait Monsieur de LAVOISIER. En proposant un code de DIP il est fait œuvre d'un point de départ.

Critiqué par une partie de la doctrine. Critiquable peut-être mais il sert d'ouverture à l'organisation des règles de DIP hors Union. La grande difficulté sera de rendre cohérent ces deux systèmes comme l'a évoqué le Professeur LAGARDE. Souhaiter un code de DIP européen est un vœu que tout praticien peut espérer, mais je doute aujourd'hui de la volonté et de la capacité de l'Union à atteindre ce but.

Alors commençons par NOTRE code, votre travail ne peut qu'être salué. Il y aura sûrement lieu, après son introduction dans notre droit positif, d'y revenir notamment pour qu'il soit encore plus en cohérence avec les règles européennes de droit international privé.

Ce propos liminaire effectué, il m'a été assigné la tâche de regarder le projet de code sur son aspect patrimonial, ma fonction m'y oblige peut-être. Mon propos rapide se divisera en trois points. Certains pourraient y voir un œil critique. Il n'en est rien, je veux juste apporter des observations qui, je l'espère seront entendues.

Trois points, trois mots : déception d'une part, doute d'une autre part, et enfin interrogations.

A. Une déception

L'officier public et ministériel que je suis, après la lecture des 207 articles, reste sur sa fin. Mais où suis-je ? Quel rôle doit jouer le notaire ? Le juge est visé bien entendu, divers articles lui sont consacrés. L'officier d'état civil également. Mais rien sur le notaire.

Et pourtant tous les jours le notariat œuvre à l'application des règles de conflit. Travailleur silencieux hors de tout contentieux, le notariat dans les rapports familiaux et contractuels notamment fait siennes les règles de DIP.

Il y a deux ans, le professeur PEROZ levait judicieusement cette question. Maître FOUSSARD reconnaissait qu'il s'agissait d'une préoccupation sur laquelle il y avait lieu de se prononcer.

La question est délicate, je n'en disconviens pas. Mais ne pas y répondre fragilise la cohérence de ce code.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Il n'est pas envisageable que le notaire, officier public, juriste et praticien du droit, n'applique pas les règles de droit international privé. Elles font parties de notre ordre juridique.

Mais a-t-il l'obligation de lever d'office la règle de conflit ? Ne pas répondre à cette interrogation, c'est ouvrir la voie à de potentiel contentieux.

Monsieur et Madame Jean BART se sont mariés à Dunkerque. Monsieur est officier de la marine marchande. Ils sont partis vivre au Togo après leur union. Ils ont acquis la semaine dernière avec moi un appartement à Nantes afin que leur fils y poursuive ces études. Lever la question de leur régime matrimonial sur les conséquences patrimoniales depuis leur union est pour le moins important. Ne pas répondre c'est créer un contentieux en cas de désunion. Pour eux la loi française s'applique car ils sont français et qu'ils se sont mariés en France !

De plus, la question de la preuve du contenu du droit étranger est également évoquée pour le juge et l'officier d'état civil. Mais qu'en est-il pour le notaire ? Il existe certes un certain nombre de moyens de connaître le droit d'un Etat. Les réseaux se développent, se créent, mais notre rôle est-il illimité ? Le temps et le coût de la recherche ne sont-ils pas limités ? Il en va de la responsabilité du notaire.

Et que dire de l'ordre public international et des lois de police ? Je lie le code je n'y trouve aucune réponse.

Vous comprendrez ainsi ma déception à l'existence de questions auxquelles le projet de code ne répond pas. Mais nous ne sommes que sur un projet, qui peut légèrement évoluer.

Déception légère d'une part et doute d'autre part.

B. Un doute

Je doute que le code, tel qu'il est présenté réponde à toutes les questions des notaires mais surtout de nos concitoyens.

La principale porte d'entrée dans la matière internationale pour nous notaires relève de la détermination du régime matrimonial de nos clients. L'exemple évoqué vous l'a montré.

Dans mon exemple je n'ai volontairement pas précisé la date de leur union. Elément ô combien important vous le savez.

Imaginons-nous dans quelques années, le notaire que je suis ira lire le code, car il faut toujours douter de l'exactitude de ses connaissances. Le code civil sur la droite de mon bureau, le code de DIP sur la gauche. J'ouvre donc ce code et lit l'article 72 car le plan, bien fait, m'y a facilement conduit. Et là rien ! Et oui mon couple c'est marié avant 1992. Savamment instruit mes amis me font savoir que le groupe de travail s'est « interdit de codifier les règles de conflit d'origine jurisprudentielle préexistante » et ce « pour éviter d'alourdir le texte ».

Certes la détermination de la volonté est malaisée. La Cour de cassation, à l'aide de la doctrine, a créé un raisonnement. Il me semble qu'il appartient au législateur de faire son œuvre et d'écrire la règle. La démocratie l'y oblige.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Les couples mariés avant 1992 vieillissent et arriva bientôt le décès de l'un d'eux. Avant de régler la succession il sera nécessaire de liquider le régime matrimonial. L'un des époux n'est plus là alors comment pourrons nous confirmer la volonté du couple ? Si l'un des héritiers s'oppose au conjoint survivant, voilà une cause supplémentaire de litige. Une règle écrite à plus de force qu'une jurisprudence établie.

Je doute donc que l'article 72 soit complet. Cependant je ne doute nullement de la capacité du groupe de travail à enrichir cet article.

Le projet de code prévoit la suppression d'un certain nombre de dispositions notamment l'article 710-1 du Code civil. Là encore je doute de l'utilité de cette suppression. En effet, l'article en question est applicable également en droit interne hors de toute présence d'un élément d'extranéité. Sa suppression ne peut se justifier par la simple introduction dans le projet de code de l'article 195. Effectivement est visé l'impossibilité pour les actes authentiques notariés étrangers d'une annotation de notre registre de publicité française. Mais l'article 710-1 est plus vaste dans son champ d'application car il vise *tout acte ou droit*.

Une réforme de la publicité foncière est attendue et la ligne directrice fixée par l'article 710-1 du Code civil orientera je ne doute pas les textes techniques qui seront adoptés. Le tout dans une recherche de cohérence.

Après mes doutes viennent mes interrogations.

C. Des interrogations

Ma première interrogation, lorsque le projet de code a été mis en ligne cette année, a été de rechercher si le groupe de travail avait pris en compte l'introduction en l'article 913 du Code civil de son alinéa 3.

Les « DIPistes » ont tous réagi lors de l'adoption de la loi du 24 août 2021. Les réactions de la doctrine ont été plus ou moins modérées mais toutes unanimes : pourquoi ce texte qui n'atteint pas son but ?

L'article 913 en son alinéa 3 est soumis à abrogation avec introduction de l'article 84 du projet de code. L'alinéa premier introduit un principe de non-discrimination de la dévolution successorale. Il va de soi que je ne peux à titre personnel que souscrire à ce principe.

Passé ce principe, les interrogations se font jour. L'article 84 n'est-il pas une boite de Pandore voire LA boite de pandore du projet de code ?

Les questions sont multiples. Quelle est la temporalité de cette disposition ? En effet, en droit interne la première question posée par nos clients est de connaître quand la succession sera terminée. La réponse est loin d'être simple et nous répondons généralement au jour du partage définitif et total. Mais ici quand commence et se termine ce droit de prélèvement compensatoire ? Seul le juge peut-il ordonner le prélèvement ? Puis-je obtenir l'interdiction de déplacement des biens hors de France ? Le praticien que je suis à beaucoup d'interrogations et vous m'en pardonnerez. Alors n'est-il pas simplement utile de supprimer le droit de prélèvement ?

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

J'en termine par une dernière interrogation. Pourquoi ne pas avoir abordé le mandat de protection future pour autrui ?

En achevant mon propos j'espère que vous n'aurez pas à l'esprit cette phrase de Victor Hugo « On est stupéfait de la quantité de critique que peut contenir un imbécile. »

IV. UN RATTACHEMENT UNIQUE EN MATIÈRE D'ASSISTANCE MÉDICALE À LA PROCRÉATION AVEC TIERS DONNEURS ? (ARTICLE 62)

Hugues FULCHIRON

Le projet propose des règles très innovantes, inscrites à l'article 62, qui rompent avec les raisonnements jusque là en vigueur. Pour les procréations assistées avec tiers donneurs (AMP exogènes) des règles spéciales sont nécessaires car, à la différence des PMA endogènes pour lesquelles joueront tout naturellement les règles de droit commun, il est difficile de raisonner avec les instruments de la filiation biologique.

Les propositions qui sont faites reposent sur un principe simple et complexe à la fois : celui du lien entre le lieu de réalisation de l'acte médical et les règles applicables à la filiation. Pour simplifier, la filiation de l'enfant né par AMP serait régie par les règles du droit de la filiation prévues par le droit applicable aux conditions d'accès à l'assistance médicale (pour reprendre la formule utilisée dans le rapport), c'est-à-dire par la loi du pays où est réalisé l'acte médical, loi applicable en tant que loi de police.

Le lien ainsi fait n'a rien d'évident (le rapport insiste notamment sur le souci de ne pas priver l'enfant de filiation et sur la sécurisation des filiations). Comme le faisait remarquer une de mes collègues, femme, l'acte médical n'est qu'un élément d'une processus complexe qui se déroule… sur 9 mois, sans parler du temps préparatoire antérieur. En tant qu'élément de rattachement, que pèse cet acte lorsque tout rattache la situation à un autre pays ? Que l'on songe à un couple hétérosexuel ou à un couple de femmes franco-français(e)s qui se rend en Belgique ou en Espagne, mais qui réside en France, pour qui toute la grossesse se déroule en France, avec son suivi et sa prise en charge, et dont l'enfant naît en France ? On ne peut s'empêcher de penser aux exemples utilisés naguère pour critiquer le choix de la *lex loci delicti*…

Certes, ce n'est pas l'acte médical proprement dit qui est pris en considération, mais le système juridique qui ouvre l'accès à la procréation. Mais y-a-t-il vraiment un lien logique entre accès aux techniques d'AMP et statut personnel de l'enfant ? Et à quel titre les règles matérielles du système en question, vont-elles s'appliquer ? Ce serait, si l'on comprend bien, au titre de lois de police. Mais cette qualification, n'est-elle pas quelque peu artificielle, surtout lorsque sont en cause des lois étrangères qui ne « veulent » pas nécessairement voir leur champ d'application ainsi internationalement élargi ? Et *quid* si la loi étrangère tolère ou

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

encadre les pratiques médicales mais ne prévoit rien pour l'établissement de la filiation, ce qui n'a rien d'un cas d'école?

Surtout, on peut se demander si le rattachement fonctionne parfaitement. Pour le savoir, il convient de reprendre les deux hypothèses posées par le texte.

1 - *Première hypothèse, l'AMP a été réalisée en France* pour un couple hétérosexuel, un couple de femmes ou une femme seule. On appliquera le droit français, si du moins l'enfant naît en France. On risque, en revanche, de créer des situations boiteuses lorsque l'enfant naîtra à l'étranger car il est probable qu'à l'étranger sa filiation sera établie (ou non) selon des règles toutes différentes puisque la règle française est, dans son principe, très originale…

2 - Seconde hypothèse, l'AMP a été réalisée à l'étranger. Les choses deviennent infiniment plus complexes. Il convient de distinguer à nouveau deux hypothèses.

a. si l'enfant naît en France, il n'y aura, le plus souvent aucun problème… parce que le rattachement de principe, prévu à l'article 62 alinéa 2, ne fonctionnera pas. Le recours à une AMP pratiquée à l'étranger sera invisible, et les parents ont intérêts à préserver cette invisibilité. C'est vrai, évidemment pour un couple hétérosexuel, qui, dans la grande tradition française du « ni vu ni connu », ne fera pas état de l'AMP au moment de la déclaration de naissance à l'officier français de l'état civil : la filiation de l'enfant sera établie selon les règles de droit commun de la filiation biologique puisque le recours à l'AMP restera invisible. Il en ira de même chose pour une femme seule.

La solution sera identique pour un couple de femmes. Prenons l'exemple de deux femmes qui, parce qu'elles veulent recourir à une technique interdite en France (on pense notamment à la ROPA : une des femmes porte l'embryon créé avec les gamètes de l'autre), ou tout simplement parce que les centres français pratiquant l'AMP sont, en quelque sorte, en rupture de gamètes, vont en Espagne ou en Belgique. Le couple fera sa déclaration conjointe devant un notaire français, avec reconnaissance conjointe anticipée. Or, à ce stade, le notaire, n'a pas à vérifier si les deux femmes sont bien dans un processus d'AMP engagé en France ou à réaliser en France. Lors de déclaration de naissance, l'officier de l'état civil, à qui est présentée la reconnaissance conjointe anticipée, n'a pas non plus à vérifier si l'acte médical a bien été réalisé en France[2]. Sauf circonstances très exceptionnelles (parce que, par exemple, les deux femmes n'ont pas fait de reconnaissance conjointe), la filiation de l'enfant sera donc établie, « ni vu ni connu », en application du droit français…

b. Si l'enfant naît à l'étranger. L'article 62 alinéa 2 contient une règle assez difficile à comprendre, ne serait-ce que parce que l'on ne saisit pas tout de suite où placer des virgules.

[2] La fiche 1 annexée à la circulaire du 21 septembre 2021 (CIV/03/21, JUSC2127286C, circulaire de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique), affirme d'ailleurs, conformément à ce qui avait été dit lors des débats au Parlement que « *La reconnaissance conjointe anticipée faite devant notaire produit ses effets en France lors de la déclaration de naissance de l'enfant, peu important que l'AMP ait été réalisée sur le territoire national ou à l'étranger* ».

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Dans ce cas, l'enfant aura généralement une filiation déjà établie, en vertu de la loi applicable selon le système juridique en cause, en fonction d'un rattachement de principe qui, vraisemblablement, ne sera pas celui du droit français (ce qui pose d'ailleurs un problème car le texte semble reposer sur le postulat que l'établissement à l'étranger aura été fait en application de la loi locale, *quid* dans le cas contraire, la règle de conflit locale désignant une loi étrangère ?). Selon l'article 62 par. 2, cette filiation sera reconnue en France, par application de l'article 5 al. 3, *i.e.* en application de la méthode de la reconnaissance. Mais dans cette hypothèse, est-ce vraiment la règle de rattachement de principe qui joue ? N'est-ce pas, tout simplement, le principe de reconnaissance qui permettra d'accueillir la filiation telle que constituée à l'étranger, en vertu, éventuellement, d'une loi qui n'est pas la loi nationale du pays dans lequel l'acte médical a été réalisé puisque tout dépend des règles conflit du pays en question ? Et *quid* de l'ordre public, réservé par l'article 5 du code lorsque la loi étrangère admet la ROPA ou le tri des embryons ?

Reste le cas de l'enfant dont la filiation n'aurait pas été établie à l'étranger, ce qui devrait être assez rare. Dans ce cas, et c'est pratiquement le seul, le rattachement va effectivement jouer, la loi étrangère s'appliquant alors à titre de loi de police (article 7 alinéa 3 du projet). Mais s'ouvre alors un autre monde de question : *quid*, par exemple, si la loi étrangère n'a aucune vocation à s'appliquer internationalement (va-t-on appliquer une loi étrangère à titre de loi de police à « l'insu de son plein gré » ?), ou si la loi étrangère ne permet pas l'établissement d'une parenté d'intention à l'égard d'une seconde mère (ce qui, répétons-le, n'a rien d'un cas d'école) ? Restera pour le juge français la possibilité de prononcer l'adoption, si les conditions en sont réunies. Mais, ce ne sera pas par application de la loi du pays dans lequel l'acte médical aura été réalisé, sauf circonstances fortuites…

Le rattachement semble donc très difficile à faire fonctionner... quand il fonctionne.

V. ENCADRER L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION DES ENFANTS NÉS D'UNE GESTATION POUR AUTRUI (ARTICLE 63)

Hugues FULCHIRON

Là aussi, est proposée une règle très originale, qui, si on comprend bien, remet en cause le système actuel, avec sa part d'incertitude liée à la rédaction pour le moins mystérieuse qui a été donnée à l'article 47 du code civil par la loi du 2 août 2021 (la disparition de ce bricolage serait à tous égards bienvenu…).

Finie la transcription de l'acte de naissance étranger, fini l'exequatur du jugement étranger établissant la filiation, fini, dans un premier temps du moins, l'adoption, fini également les raisonnements que l'on aurait pu construire sur la reconnaissance d'une situation valablement créée à l'étranger (d'autant que l'article 5 du projet aurait pu y inviter, avec le contrôle minimal qu'il induit) : il y aura établissement judiciaire de la filiation, le juge français appliquant la loi du pays dans lequel la GPA a été réalisée.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Ce choix peut se prévaloir de solides arguments, notamment le souci d'assurer le contrôle des GPA telles que pratiquées à l'étranger avant d'en accueillir les effets en France alors que le législateur a, récemment encore, rappelé son attachement à l'interdit. En fait, il y aurait un triple contrôle : contrôle de ce que la GPA a été réalisée dans le respect des règles posées par le droit étranger (on songe à la célèbre affaire *Campanelli-Paradiso*) ; contrôle de proportionnalité au sens plus classique du terme (même si la formulation du texte est assez particulière), avec balance des intérêts en présence (est ce que le refus de permettre l'établissement de la filiation porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant et/ou de la vie familiale de l'enfant et de ses parents ?), étant entendu que dans cette balance des intérêts, l'intérêt supérieur de l'enfant pèsera d'un poids particulier ;contrôle, enfin, « des effets » (je cite) « *de l'application de cette loi dans l'ordre juridique français* » : ce qui renvoie aux conditions d'une GPA éthique.

La règle n'en est pas moins problématique. On évoquera quelques questions, parmi bien d'autres.

Quid, tout d'abord, si la loi étrangère en question ne prévoit rien en matière d'établissement de la filiation post GPA, notamment pour la parenté d'intention (ce qui sera assez souvent le cas) ? Et *quid* si le contenu de cette loi est difficile, voire impossible à établir ? Il sera impossible dans ce cas d'appliquer… le droit français au titre de sa vocation subsidiaire !

Est-ce que cet établissement judiciaire vaut pour la parenté d'intention *stricto sensu* ou pour la filiation de l'enfant dans son ensemble, y compris la parenté biologique du père, ce qui, compte tenu de la complexité du système, avec la nécessité de recourir à un juge et un contrôle complexe pouvant aboutir à un refus d'établissement, pourrait être problématique au regard de la jurisprudence de la Cour EDH ? (et/ou de certains principes du droit français de la filiation).

Est-ce que ce système est exclusif de la reconnaissance de toute filiation établie à l'étranger en ce qui concerne la parenté d'intention (*quid* en particulier lorsque la filiation a été établie par un jugement ?) ?

Quid, surtout, lorsque, au terme du contrôle, le juge opposera un refus à l'établissement de la filiation en raison, par exemple, du non-respect des conditions de la loi étrangère sur la GPA ou lorsque la loi étrangère ne respectera pas les conditions minimales d'une « GPA éthique » (consentement de la mère porteuse, rémunération etc.) ? L'impossibilité d'établir la filiation (filiation biologique et/ou d'intention, cf. *supra*), ne risque-t-elle pas de mettre la France en contradiction avec ses engagements internationaux, et tout particulièrement, avec la jurisprudence de la Cour EDH ?

Certes, on pourra toujours, semble dire le rapport, recourir à l'adoption. Mais, d'une part, il est étrange que l'on puisse prononcer l'adoption dans une hypothèse où l'ordre public aurait été si gravement atteint que le juge aura refusé d'établir le lien de filiation. D'autre part, le système est excessivement lourd, avec deux procédures judiciaires qui s'enchaînent (ce qui pose un problème de conformité avec les exigences de la Cour EDH…)

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Et en toute hypothèse, n'est-il pas paradoxal que l'on demande au juge d'établir la filiation *par application d'une loi étrangère* qui, par définition, heurte un principe d'ordre public de notre système juridique ? On peut comprendre que la réaction de notre ordre public soit moins vive lorsqu'il s'agit d'accueillir (par transcription, par reconnaissance, par exequatur) une situation qui a été « valablement » créée à l'étranger (au regard du pays où elle a été créée). Mais que *le juge français*, applique la loi de ce pays…

VI. FAVORISER L'ADOPTION EN DONNANT COMPÉTENCE À UNE LOI FAVORABLE

Hugues FULCHIRON

Faute de temps, on dira seulement quelques mots des propositions également très innovantes qui reviennent sur les choix effectués par le législateur en 2001 et « revisités » à l'occasion de la réforme de l'adoption du 22 février 2022 (au passage, on se félicitera de la disparation de la fausse définition de l'adoption internationale inscrite en 2022 à l'article 370-2-1).

S'agissant de l'adoption individuelle, tout semble fait pour permettre l'application de la loi française, présumée plus favorable au prononcé de l'adoption.

C'est ce qui explique, pour l'adoption individuelle, le choix de la loi nationale de l'adoptant et de la loi nationale de l'adopté, avec la possibilité dans l'un et l'autre cas d'opter pour la loi du domicile, de l'adoptant ou de l'adopté. L'objectif est clairement exposé par le Rapport : permettre l'adoption sur le fondement de la loi française, loi du domicile, alors même que la loi nationale de l'adopté ou de l'adoptant s'y opposerait.

Est ainsi réglé, de façon assez radicale, la question des statuts prohibitifs. Le choix peut se comprendre. Il repose sur le postulat selon lequel le prononcé de l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, notamment lorsque l'enfant vit en France. Mais il semble bien peu respectueux de la loi étrangère et pourrait même poser des difficultés au regard des engagements internationaux de la France, respectueux des spécificités de la *kafala*.

C'est aussi un nouveau champ ouvert à la volonté individuelle en matière de choix de loi, dans un domaine qui semblait constituer le sanctuaire de l'indisponibilité : celui du droit de la filiation…

S'agissant de l'adoption par un couple, compétence est également donnée à la loi du domicile (en écartant les rattachements en cascade imaginés en 2022), ce qui, là encore, est une façon de généraliser l'application du droit français et suscite les mêmes interrogations.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

PARTIE 4.

DROIT DE L'ENTREPRISE :

DROIT DES SOCIÉTÉS-

RELATIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

- Nathalie MEYER FABRE, *Avocat à la Cour*
- Antoine LYON-CAEN, *Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

DROIT DES SOCIÉTÉS

Nathalie MEYER FABRE

Je remercie le Comité de m'avoir proposé d'intervenir sur le thème du droit des sociétés dans le projet de code de droit international privé. En m'y préparant, j'ai réalisé que ma pratique contentieuse, pourtant orientée droit des affaires, ne m'a donné que très marginalement l'occasion de m'intéresser à la détermination de la *lex societatis* et autres questions de droit international privé intéressant les sociétés. Il faut croire qu'en pratique, le contentieux sur ces questions est finalement assez restreint devant les juridictions françaises. Peut-être sont-elles plus familières à ceux qui conseillent les entreprises dans la structuration internationale de leurs activités économiques. Il est certain en tout cas qu'elles ont suscité et suscitent encore de passionnants débats en doctrine, que j'ai découverts avec délice, mais qui rendent d'autant plus intimidant l'exercice auquel je me plie aujourd'hui, devant certains ici présents qui sont bien plus compétents que moi.

Les principaux articles du projet intéressant les sociétés se trouvent dans le Livre II relatif aux règles spéciales, sous le Titre II consacré aux personnes morales, qui comporte seulement trois articles, relatifs respectivement :

- à la reconnaissance en France des sociétés étrangères (art. 85),

- à la détermination de la loi applicable (art. 86),

- et au domaine de la loi applicable (art. 87).

J'évoquerai aussi quelques autres dispositions concernant la compétence juridictionnelle, à propos de laquelle la partie spéciale est muette.

I. LA RECONNAISSANCE EN FRANCE DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES (ART. 85)

L'article 85 est l'une des illustrations de la mise en œuvre par le projet de code de la méthode de la reconnaissance de situations nées à l'étranger, qui est l'un de ses marqueurs théoriques.

Il dispose :

> *« L'existence et les effets de la personnalité morale ou de la capacité juridique des sociétés dont le siège statutaire est situé hors du territoire français et qui ont été régulièrement immatriculées sur un registre public d'un Etat étranger sont reconnus de plein droit sous réserve de la fraude aux droits des tiers ».*

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

Le projet de code exprime ainsi une règle de reconnaissance qui est en réalité déjà de droit positif en France. En effet, une société régulièrement immatriculée à l'étranger est reconnue de plein droit en France, en ce sens qu'elle peut y accomplir des actes juridiques, acquérir des biens, ester en justice, etc. L'intervention d'une autorité publique française n'est pas requise et il n'est généralement procédé à aucun contrôle de la coïncidence entre la localisation du siège statutaire et celle du siège réel.

Au sein de l'Union européenne, une telle reconnaissance est même obligatoire pour les Etats membres. En effet, bien que le droit international des sociétés ne soit en principe pas de sa compétence, la Cour de justice a rendu, sur le fondement de la liberté d'établissement, une série d'arrêts d'inspiration très libérale, par lesquels la Cour s'avance sur le terrain du rattachement des sociétés.

Au nom du libre droit d'établissement, la Cour de Justice impose ainsi que toute société immatriculée dans un Etat membre soit reconnue et puisse s'implanter dans un autre Etat membre, sans aucune entrave[1]. Ainsi, un Etat ne peut pas refuser d'enregistrer la succursale d'une société qui a été constituée dans un autre Etat membre à seule fin d'éluder les règles relatives au capital social de l'Etat où elle a son implantation effective.

Le *law shopping* ainsi encouragé peut se poursuivre en cours de vie sociale, par le transfert du siège statutaire sans déplacement du siège réel. Si l'Etat membre de destination l'accepte, l'Etat membre de départ ne peut y mettre d'obstacle, alors même que l'ensemble des activités économiques de la société continuent à y être exercées[2].

Dans ce contexte européen, on peut se demander si « *la fraude aux droits des tiers* » dont il est à juste titre fait réserve à l'article 85 du projet a une quelconque chance d'être reconnue. La fraude ne peut pas consister en la volonté d'évincer les règles sociétaires qui auraient dû normalement s'appliquer, puisque cette volonté doit être respectée, nous dit la Cour de justice. Même l'internationalisation artificielle d'une situation purement interne résultant de la seule immatriculation dans un autre Etat membre n'est pas frauduleuse.

La réserve de la fraude risque donc de ne protéger les tiers que si la société de pure forme à laquelle ils ont à faire est immatriculée dans un paradis non européen...

II. LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE (ART. 86)

L'article 86 consacre le rattachement de la *lex societatis* au siège statutaire (ou au lieu d'immatriculation, ce qui est équivalent), sans plus aucune référence au siège réel.

Le projet de code abandonne donc le mécanisme protecteur des tiers qui, dans le droit positif actuel, interdit à la société de leur opposer le siège statutaire si le siège

[1] CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*; v. également CJCE, 5 nov. 2002, aff. C-208/00, *Überseering* et CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art.*

[2] CJCE, 16 déc. 2008, aff. C-210/06, *Cartesio* ; CJUE, 12 juil. 2012, aff. C-378/10, *Vale* ; CJUE, 25 oct. 2017, aff. C-106/16, *Polbud*.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

réel est situé en un autre lieu (l'alinéa 2 de l'article 1837 Code civil et de l'article L 210-3 Code de commerce : « *Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si le siège réel est situé en un autre lieu* »). L'option des tiers entre la loi du siège réel et la loi du siège statutaire – qui est déjà neutralisée, par application de la jurisprudence européenne évoquée plus haut, lorsque le siège statutaire est dans un Etat de l'Union – est désormais totalement abandonnée par le projet.

Ce ralliement à la théorie de l'incorporation est dans l'air du temps en droit comparé (Suisse, Italie, Belgique ont récemment adopté un rattachement par le siège statutaire ou le lieu de constitution). Il mettrait la solution française en conformité avec la jurisprudence européenne.

Les avantages du rattachement au lieu d'immatriculation choisi par les associés fondateurs de la société sont indéniables : prévisibilité, sécurité juridique, stabilité du droit applicable, simplicité de détermination, en particulier au sein de l'Union européenne depuis l'interconnexion des registres de commerce[3] qui facilite la consultation des registres d'autres Etats membres. Il faut bien reconnaître que les difficultés de la localisation objective s'accroissent de nos jours avec des organes sociaux qui délibèrent par visio-conférence et l'activité par essence délocalisée, voire virtuelle, de certaines entreprises.

En France, le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris avait déjà, en mars 2021, recommandé l'adoption d'un rattachement par le seul siège statutaire. Son rapport[4], issu des réflexions d'un groupe de travail présidé par le professeur Hervé Synvet, concluait qu'un tel rattachement ne produirait pas d'effets de bord indésirables dans les domaines connexes du droit des affaires (droit fiscal, insolvabilité, marchés financiers, droit du travail, etc.) et il contenait lui aussi une proposition de modification législative en ce sens.

Pour sa part, l'article 86 du projet consacre ce rattachement au siège statutaire dans les termes suivants :

> *« Les sociétés immatriculées au registre du commerce et des sociétés au titre de leur siège statutaire sont soumises aux dispositions de la loi française.*
> *Les sociétés dont le siège statutaire est situé hors du territoire français sont soumises aux dispositions du droit des sociétés de l'Etat dans lequel elles sont immatriculées dans un registre public ou, à défaut d'immatriculation, de l'Etat où est situé leur siège statutaire ».*

Sur la forme, je me demande s'il ne serait pas préférable de présenter la nouvelle règle sous forme bilatérale et de manière plus ramassée, telle que : *« La société est régie par la loi de l'Etat dans lequel elle est immatriculée ou, à défaut d'immatriculation, dans lequel elle a son siège statutaire* ». Mais la formulation retenue a sans doute pour but d'être plus facile à comprendre pour les non spécialistes. La jurisprudence la bilatéralisera, comme elle l'a fait de la règle actuelle.

[3] Directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés
[4] https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_41_f.pdf

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

Plus significativement, sur le fond, il me semble que la nouvelle règle de conflit devrait tout de même comporter un mécanisme de protection des tiers contre les dérives que la dissociation siège réel/ siège statutaire risque d'encourager. J'y reviendrai après un examen rapide du domaine de la *lex societatis*.

III. DOMAINE DE LA *LEX SOCIETATIS* (ART. 87)

La portée de la nouvelle règle de conflit se comprend à la lumière de l'article 87, qui définit le domaine de la *lex societatis.*

Il le fait en ces termes : « *La loi désignée à l'article précédent régit par principe la constitution de la société, son organisation et son fonctionnement ainsi que sa dissolution* ». Suit une énumération non limitative (comme le signale l'adverbe « *notamment* ») d'éléments couverts. Cette énumération se veut manifestement didactique, pratique, proche des solutions admises en jurisprudence et en doctrine.

Je n'ai pas le temps de passer en revue tous les éléments listés ; je me concentrerai sur ceux qui concernent les relations externes de la société, car c'est là que le besoin d'un correctif au rattachement de principe se fait sentir.

La *lex societatis* a vocation à régir par exemple la responsabilité des associés et des organes de la société à l'égard des tiers (h et l), ainsi que le pouvoir des organes de représenter la société envers les tiers (k).

Prenons le cas d'une entreprise conduisant en France l'ensemble de son activité, mais dont les fondateurs ont choisi de l'immatriculer *off-shore*, en un lieu dont ils apprécient la législation permissive. Je vois mal un juge français appliquer cette loi étrangère, pourtant seule compétente d'après la nouvelle règle, si elle donne effet à des restrictions du pouvoir de représentation d'un organe ou des exonérations de responsabilité inconnues du droit français et que les tiers auxquels elles sont opposées pouvaient légitimement ignorer.

Or le projet ne prévoit en l'état aucun correctif protecteur des tiers de bonne foi. Il me paraît nécessaire de remédier à cette lacune. Les sources d'inspiration ne manquent pas. Par exemple, la proposition du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris complète la règle de conflit par une règle matérielle qui rend inopposables aux tiers de bonne foi les restrictions légales ou statutaires à la capacité et aux pouvoirs des représentants d'une société de droit étranger agissant en France. D'autres mécanismes protecteurs peuvent être trouvés en droit comparé, en droit suisse notamment.

En lien avec le domaine de la *lex societatis*, il importe de souligner qu'en toute hypothèse, ceux qui font le choix d'un siège statutaire décorrélé du centre de gravité réel de l'entreprise qu'elle exploite devront supporter la concurrence d'autres lois applicables à leurs activités. C'est là la rançon de l'internationalisation. Il faut bien distinguer en effet le droit applicable à la société en tant que structure (fief de la *lex societatis*), et le droit applicable à son activité : le droit du travail, le droit fiscal, le droit de l'insolvabilité, le droit pénal, etc. Ces matières ont leurs propres méthodes de localisation et, si elles font appel au siège social, elles l'entendent généralement de façon concrète et objective.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

IV. DISPOSITIONS RELATIVES À LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Des rattachements objectifs subsistent aussi en la matière, ce qui aboutira à une dissociation plus fréquente entre la compétence juridictionnelle et la compétence normative.

L'article 16 du projet prévoit ainsi qu'« *afin de déterminer la compétence internationale des juridictions françaises, le domicile d'une personne morale est :*

- Soit le lieu de son siège statutaire ;

- Soit le lieu de son organe d'administration et de direction »,

c'est-à-dire le siège réel qui reprend ici sa place, à égalité avec le siège statutaire.

Le deuxième paragraphe de cet article permet aussi d'attraire une société au lieu de son établissement en France « *dès lors que le litige est en rapport avec son activité* », en consacrant ainsi la théorie des gares principales.

On constatera enfin avec intérêt que le siège social réel tient également une petite revanche à l'article 17 qui, pour faire jouer la compétence subsidiaire fondée sur la nationalité, prend soin de préciser qu'« *au sens de cet article, la nationalité d'une personne morale est déterminée par le lieu de son siège social réel, présumé être celui de son siège social statutaire* ».

Conclusion : En matière de droit des sociétés, le projet propose une modernisation bienvenue de la règle de conflit et une définition utile de son domaine d'application. Une réserve cependant concernant l'absence de mécanisme protecteur des tiers : il me paraît préférable de ne pas laisser à la seule jurisprudence le soin d'y remédier.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

DROIT DU TRAVAIL

Antoine LYON-CAEN

Je ne prolongerai pas le débat général sur les justifications et limites d'une codification du droit international privé français et me limiterai à quelques commentaires portant sur le titre VI du projet.

Le parti pris de ne procéder à une codification que hors du champ couvert par le droit de l'Union européenne et des conventions internationales a un résultat inattendu en droit du travail.

La codification ne concerne, en effet, que les « *relations collectives* ». Or dans le domaine que cette expression désigne, le contentieux n'est, semble-t-il, pas abondant, ce qui peut rendre délicate l'identification de la jurisprudence.

L'étude de cette jurisprudence révèle, par ailleurs, qu'elle donne lieu, au sujet de la détermination du droit applicable, parfois à des formulations bilatérales, parfois à des formulations unilatérales.

Ces difficultés, les rédacteurs ont su les prendre en compte.

« *Relations collectives* », « *relations collectives de travail* » : ces expressions sont-elles les meilleures ?

Elles sont courantes sous la plume des spécialistes de droit du travail. Mais cet usage habituel ne garantit pas leur pertinence. Entre les parties aux relations collectives, syndicat, représentants du personnel, organisation professionnelle, il n'existe pas de relation *de* travail. Tout au plus peut-on dire leurs relations se nouent *à propos* du travail. Ce sont donc plutôt des relations *du* travail.

Plus heureuse, me paraîtrait être l'expression de « *relations professionnelles* ».

I. JURIDICTION COMPÉTENTE

L'article 125 du projet distingue ce qui est renvoyé aux règles établies par le règlement de l'UE n°1215/2012 et ce qui donne lieu à des règles codifiées.

Pour identifier ce qui est renvoyé au règlement n°1215/2012 le projet se réfère « *aux relations collectives de travail en lien avec un contrat de travail* ».

Cette formulation, à première vue énigmatique, a une explication. Le règlement n°1215/2012, en tant qu'il intéresse le droit du travail, ne mentionne que les litiges ayant trait au « *contrat international de travail* ». La formule « *en lien avec un contrat de travail* » paraît vouloir donc dire que le renvoi au règlement n°1215/2012 n'a lieu d'être que si la question intéressant des relations collectives

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

ou professionnelles – telle l'application ou l'interprétation d'un accord collectif – est incidente dans un litige individuel (portant sur un contrat de travail).

Si la précédente interprétation est juste, la règle de compétence, énoncée à l'article 125 alinéa 3 du projet n'est applicable qu'aux litiges opposant deux acteurs, collectifs, deux parties aux relations professionnelles, soit, par exemple, un ou des syndicats et un employeur ou une organisation professionnelle d'employeurs, une instance de représentation de personnelle et un employeur…

Mais, dans de tels litiges, faut-il donner compétence aux juridictions françaises seulement lorsque le défendeur à son domicile ou sa résidence habituelle en France ?

Un premier exemple montre que la règle énoncée par le projet n'est pas satisfaisante. Un syndicat entend contester la détermination faite par un employeur, qui est une société de droit étranger, donc ayant son siège social hors de France, des organisations syndicales avec lesquelles il envisage de négocier en France. Il est difficile d'imaginer que les juridictions françaises ne soient pas compétentes. Autre exemple : un syndicat entend saisir un juge pour obliger un employeur, société de droit étranger, à instaurer une instance de représentation du personnel en France.

Est-il concevable de faire reposer la compétence juridictionnelle française sur le seul article 14 du Code civil ?

La compétence des juridictions françaises ne doit-elle pas être prévue lorsqu'est en cause une collectivité de travail constituée sur le territoire français, peu importe la « *nationalité* », le siège donc, du demandeur ?

II. DROIT APPLICABLE

L'inspiration première des rédacteurs du projet de Code a été de suivre au plus près le chemin tracé par la Cour de cassation. Ce choix paraît expliquer la combinaison d'une formulation unilatérale (pour la représentation des travailleurs) et d'une formulation bilatérale (pour les actions collectives), combinaison qui se trouve déjà dans la jurisprudence. Le projet s'écarte de cette fidélité sur un point. On y reviendra.

Le choix de reproduire et donc de consolider les solutions dégagées par la Cour de cassation a certaines conséquences dont on peut se louer ou se plaindre.

La première conséquence est le silence observé sur l'adaptation. A titre d'exemple, les règles françaises sur la représentation, lorsqu'elles sont applicables, requièrent parfois des adaptations pour tenir compte de la dimension transnationale de l'entreprise. Le projet ne les interdit pas. Il n'y invite pas non plus. Le mutisme observé sur l'adaptation peut toutefois s'expliquer. L'adaptation relève plutôt des choix généraux que des choix propres au droit du travail.

Autre conséquence, le maintien de certaines zones d'ombre. Ainsi, en son article 127 alinéa 1er, le projet détermine la loi applicable aux accords collectifs d'un niveau supérieur à l'entreprise.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire

L'ombre pèse sur la loi ou les lois applicables, non aux accords, mais à leur négociation, avec comme enjeux importants l'identification des parties à la négociation (lorsque notamment elle est transnationale) ou encore les exigences de procédure, et, en leur centre, la loyauté dans la négociation.

Le projet demanderait, sans doute, à être complété.

La codification de la jurisprudence relative au droit international privé des relations professionnelles présente bien des mérites. Au premier rang de ceux-ci, se trouve l'énonciation elle-même sous la forme d'un texte identifié comme destiné à consigner les règles, alors qu'aujourd'hui les règles sont peu ou mal connues et que, lorsqu'elles sont citées, elles ne le sont pas toujours avec rigueur ni précision.

On a donc presque scrupule à signaler une audace qui pourrait être une maladresse.

En son alinéa 2, l'article 127 du projet détermine la loi applicable aux effets des accords collectifs sur les relations individuelles de travail, c'est-à-dire, dans la grammaire juridique française, le contrat de travail. Il est proposé de bilatéraliser la jurisprudence dite *Masson* (Civ, 1ère, 5 novembre 1991, n°90-40163) en ces termes : « *l'application de la loi du contrat de travail emporte celle des accords… qui en font partie* ».

L'expression retenue « *en fait partie* » a une racine très française, car, depuis 1936 et 1950 à coup sûr, un accord collectif valable conclu, est « *intégré* » dans l'ordre juridique étatique. Mais c'est loin d'être le cas, ou en tout, une situation générale dans les autres ordres juridiques. Que décider alors lorsque, comme, au Royaume-Uni, l'accord collectif ne fait pas partie, au sens littéral de l'ordre juridique étatique ? Il faudrait sans doute que le juge saisi vérifie si, dans l'ordre juridique désigné, les accords collectifs sont considérés comme en faisant partie intégrante. La quête peut se révéler difficile.

A paraitre in Travaux du Comité Français de Droit International Privé 2020-2022
Editions Pedone, Paris, 2023

pagination provisoire