



HAL
open science

Quelle cohérence pour la différenciation en droit de la coopération judiciaire en matière civil ?

Ludovic Pailler

► **To cite this version:**

Ludovic Pailler. Quelle cohérence pour la différenciation en droit de la coopération judiciaire en matière civil ?. *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2015, 2013, pp.171. hal-04510359

HAL Id: hal-04510359

<https://hal.science/hal-04510359v1>

Submitted on 18 Mar 2024

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.

Quelle cohérence pour la différenciation en droit de la coopération judiciaire en matière civile ?¹

Ludovic Pailler
Doctorant en Droit privé et sciences criminelles
OMIJ – Membre du RERDH

L'espace de liberté de sécurité et de justice (« ELSJ », ci-après) est considéré comme « *un domaine de prédilection de la différenciation* »². Au regard du droit de la coopération judiciaire en matière civile (« CJMC », ci-après) – l'une des trois composantes de cet espace avec la coopération judiciaire et policière en matière pénale et la politique de contrôle aux frontières, d'asile et d'immigration – le constat relève au premier abord de l'évidence. Ce domaine est notamment marqué par la force des particularismes en matière de procédure civile et de droit de la famille, ce qui justifie pour ce dernier le recours au vote à l'unanimité³, et, en conséquence, offre un droit de *veto* à chaque État membre sous réserve des statuts dérogatoires. Il est également le premier à avoir donné lieu à la mise en œuvre une coopération renforcée à l'occasion du blocage⁴ auquel a donné lieu la proposition de modification du règlement « Bruxelles II bis »⁵. Le volontarisme de la Commission en la matière n'en a pas été réfréné pour autant⁶. Quatorze États membres⁷ se résolurent, après que le Conseil ait écarté la piste hasardeuse d'insérer un *opt out* en matière de loi applicable dans le règlement⁸, à recourir à la procédure de coopération renforcée afin de se lier par ce qui allait devenir le règlement « Rome III »⁹.

Pour autant, si le droit de la CJMC comporte des éléments susceptibles de constituer un véritable terreau pour l'intégration différenciée, cette dernière n'y est apparue qu'avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Les protocoles annexés à ce dernier accordent au Danemark, à l'Irlande et au Royaume-Uni ce qu'il est convenu de nommer des *opt out* pour l'ensemble du titre IV du traité CE, intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes »¹⁰. Ce statut s'inscrit alors dans la logique de la politique en matière de contrôle aux frontières, de visa et d'immigration puisque dès avant 1997, cinq des dix États membres de l'Union européenne avaient conclu entre eux les accords de Schengen¹¹ par lesquels ils entendaient approfondir la coopération entre les États parties sur des questions telles que le contrôle aux frontières intérieures ou l'établissement d'une coopération policière et d'une entraide judiciaire en matière pénale¹². Le traité de Lisbonne a reconduit ces statuts dérogatoires et les a étendus au domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale¹³. De plus, le traité de Lisbonne a normalisé le recours à la coopération renforcée dans le domaine de l'ELSJ¹⁴. Il incite même à y recourir en matière pénale par les clauses « freins », ou « freins d'urgence » et « accélérateurs »¹⁵.

En revanche, le droit de la CJMC ne laissait présagé, avant le traité d'Amsterdam aucune fragmentation de son applicabilité spatiale. Le premier instrument de cette composante ainsi que du futur ELSJ, la convention de

¹ L'auteur tient à remercier les professeurs Fabien Marchadier et Éric Garaud pour leur relecture et conseils avisés.

² C. CHEVALLIER-GOVERS, « Le traité de Lisbonne et la différenciation dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in E. BROSSET, C. CHEVALLIER-GOVERS, V. EDJAHARIAN et C. SCHNEIDER, *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déinstitutionnalisation de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2009.

³ Ancien art. 67, § 5, traité CE tel que modifié par le traité de Nice ; art. 81 § 3, TFUE.

⁴ Voir sur les différentes raisons du blocage, K. BOELE-WOELKI, « For Better Or For Worse : The Europeanization of International Law », *Yearbook of Private International Law*, vol. XII, 2010, Sellier, 2011 p. 9 et s.

⁵ Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, COM(2006) 399 final.

⁶ Assises de la Justice. Document de réflexion 1 : Droit civil de l'UE, [http://ec.europa.eu/justice/events/assises-justice-2013/files/civil_law_fr.pdf].

⁷ Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Luxembourg, Malte, Portugal, Roumanie et Slovénie.

⁸ Voir l'avis du Service juridique sur cette proposition, doc. du Conseil n° 8038/08.

⁹ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.³²

¹⁰ Protocole n° 3 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande ; Protocole n° 4 sur la position du Danemark.

¹¹ Accords de Schengen du 14 juin 1985 signés par la République fédérale d'Allemagne, la France, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg.

¹² Voir les « *mesures applicables à long terme* » décrites dans le titre II des accords précités. Ces différents aspects ont ensuite été matérialisés dans la convention d'application des accords de Schengen signée le 19 juin 1990.

¹³ Protocole n° 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; Protocole n° 22 sur la position du Danemark.

¹⁴ Les anciens articles 40, 40 A et 40 B du TUE propres à la coopération renforcée en matière coopération policière et judiciaire en matière pénale étaient distincts du titre VII du TUE portant sur les dispositions relatives à la coopération renforcée. Le traité de Lisbonne, en même temps qu'il a « communautariser » la matière pénale au sens large, a unifié les règles de la coopération renforcée aux actuels articles 20 TUE et 326 et suivants TFUE.

¹⁵ Art. 82, § 3, 83, § 3, et 86 § 1, TFUE.

Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, fut signée par l'ensemble des États membres, sur le fondement de l'article 220 du traité CE, ainsi que par les nouveaux entrants en tant qu'acquis communautaire. Le deuxième instrument, la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entra progressivement en vigueur du 1^{er} avril 1991 au 1^{er} janvier 1992, n'ouvrant qu'une différenciation temporelle réduite, et fut également intégrée à l'acquis communautaire. En revanche, parmi les conventions conclues par les États membres sans être jamais entrées en vigueur, il faut signaler la convention relative aux procédures d'insolvabilité du 23 novembre 1995, ratifiée par l'ensemble des États membres à l'exception du Royaume-Uni. Cependant, le refus de ce dernier tenait à des raisons politiques étrangères à celle de l'intégration judiciaire. Malgré les germes de différenciation que présente la matière familiale, les rédacteurs du traité n'ont inséré de clauses « frein » et « accélérateur ». Au contraire, confiants ou exagérément optimiste, ils ont préféré ajouter au droit primaire y relatif une clause « passerelle »¹⁶ censée assouplir les conditions d'intervention de l'Union. Celle-ci permet au Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, de statuer à l'unanimité sur certains aspects de cette matière qui pourront faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. La Commission réfléchit d'ailleurs à son utilisation¹⁷. Les tensions entre approfondissement de l'intégration judiciaire et respect des traditions juridiques nationales, sont pourtant comparables à celles observées en matière pénale. Il suffit de se reporter à cet égard à la déclaration de la Pologne relative à la Charte des droits fondamentaux¹⁸. Or, les Parlements nationaux disposent d'un délai de six mois après qu'on leur ait transmis la dite proposition pour notifier leur opposition au texte.

La CJMC est ainsi la seule composante de l'ELSJ dans laquelle les deux principaux modes de différenciation ont été mis en œuvre. Aussi peut-on s'interroger sur le point de savoir si l'intégration différenciée s'accorde convenablement avec ce droit, notamment avec ses objectifs et son esprit ? Il ne s'agit pas directement de mesurer l'incidence de la différenciation sur le droit de la CJMC que nous laissons à d'autres études¹⁹. Nous entendons examiner ici la cohérence du recours à la différenciation. À cet égard, le constat que l'on peut dresser est résolument négatif. Le manque de cohérence caractérise le recours à l'intégration différenciée en matière civile et commerciale (I). Pour autant, l'utilité qu'il y a pour certains États membres à pouvoir approfondir leur coopération ne saurait être niée compte tenu de la vivacité de certains particularismes nationaux. En conséquence, un axe autour duquel peut se mettre en place une différenciation harmonieuse avec le droit de la CJMC doit être recherché (II).

I – L'incohérence du recours à la différenciation

La pratique largement discrétionnaire de l'*opt in* est certainement le point le plus évident qui pourrait être ici souligné. Toutefois, les justifications pour le moins nébuleuses des statuts dérogatoires (A) et le recours contreproductif à la coopération renforcée (B) démontrent plus fondamentalement l'incohérence de ceux-ci avec le droit de la CJMC.

A – La justification nébuleuse des statuts dérogatoires

En premier lieu, les deux statuts qui excluent leurs bénéficiaires des instruments relatifs tant à la dimension interne qu'externe de la CJMC n'ont pas été acquis par ceux-ci en raison des difficultés propres que suscitaient pour eux le droit de la CJMC. Ce dernier a, en réalité, subi les effets collatéraux de l'opposition suscitée par la communautarisation de la compétence en matière d'asile, de visas et d'immigration dans le traité d'Amsterdam. Il est, en effet, à redouter que les rédacteurs des protocoles additionnels d'*opt out* ont manifesté à l'égard de la CJMC autant d'intérêt que les rédacteurs des traités²⁰, désignant cette composante par l'expression « *autres*

¹⁶ Art. 81, § 3, al. 2 et 3, TFUE.

¹⁷ Assises de la justice, document précité. Une procédure équivalente, celle de l'article 67, paragraphe 2, a déjà été sollicité en vain par la Commission européenne en matière d'obligations alimentaires (communication de la Commission au Conseil invitant le Conseil à rendre l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne applicable aux mesures prises en vertu de l'article 65 du traité en matière d'obligations alimentaires, COM(2005) 648 final).

¹⁸ Déclaration n° 61 annexée au traité de Lisbonne. Voir également, pour une reconnaissance judiciaire de la diversité concernant l'étendue et le partage de la responsabilité parentale dans les États membres, CJUE, 5 octobre 2010, C-400/10 PPU, McB., *Rec.* I-8965, pt. 62.

¹⁹ Voir, notamment sur l'incidence sur le droit de l'Union, C. CHEVALLIER-GOVERS, *loc. cit.*, p. 268 et s. ; sur l'incidence sur le droit de l'ELSJ, S. ADALID, A. BERKES, M. COMBET, A. COMPAIN, C. CORSO, S. DE SANCTIS, L. DELGADO, R. DI NOTO, L. DUMONT, Y. EL BOUSTANI, M. GARCIA, S. LABAYLE, L. LE BARREAU, C. MAZILLE, J.-S. QUEGUINER, M. ROCCATI, I. VERDIER-BÜSCHEL et K. WARYLEWSKA, « L'espace de liberté sécurité justice : un droit à géographie variable ? », *RTDE* 2012, p. 828.

²⁰ De nombreux auteurs ont ainsi justement désigné la coopération judiciaire en matière civile de « *parent pauvre* » de l'ELSJ (H. LABAYLE, « L'Espace de liberté, sécurité et justice : la nouvelle frontière ? », in D. SIMON (dir.), *Le traité de Lisbonne, oui, non, mais à quoi ?*, *Europe* 2008, dossier spécial, étude 10, A. BORRÁS, « Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir », *RCADI* 2005, t. 317, p. 313, spéc. p. 429, I. BARRIÈRE-BROUSSE, « Le traité de Lisbonne et le droit international privé », *JDI* 2010, p. 3 ; Rappr. sur la qualification de « *continent noir des négociateurs de texte européen* », C. KESSEDJIAN, « La relation

politiques liées à la libre circulation des personnes »²¹. Le statut d'*opt out* sans faculté d'*opt in* consenti au Danemark résulte ainsi du référendum négatif concernant le traité de Maastricht et cristallise la position actée par le Conseil européen d'Édimbourg²². Il est principalement motivé par la réticence de cet État à céder de sa souveraineté en acceptant la communautarisation de la compétence en matière de visas, d'asile et d'immigration²³. Quant au statut d'*opt out* avec faculté d'*opt-in* encadrée, concédé au Royaume-Uni et à l'Irlande, il s'explique essentiellement par, la Zone de voyage commune entre ces deux États et la particularité des systèmes de *common law*²⁴. Par ailleurs, le statut dérogatoire de l'Irlande est contraint par l'existence de la première²⁵. L'article 8 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande qui permettait à cette dernière de « *notifier par écrit au président du Conseil son souhait de ne plus relever du présent protocole* » ainsi que de sa déclaration relative au statut dérogatoire par laquelle cet État affirme sa volonté « *d'exercer le droit [d'*opt-in*] dans la mesure maximale compatible avec le maintien de sa zone de voyage commune avec le Royaume-Uni* »²⁶ confortent cette idée.

Le traité de Lisbonne a reconduit ces statuts dérogatoires. L'Irlande réitéra, à cette occasion, sa « *ferme intention d'exercer* » sa faculté d'*opt-in* « *autant que possible* », sans plus se référer à la Zone de voyage commune. Rappelant la possibilité qu'elle a de choisir de ne plus relever du protocole n° 21, cet État s'est également engagé à « *revoir le fonctionnement de ces dispositions dans un délai de trois ans à compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne* »²⁷, initiative à laquelle le non irlandais au référendum sur le traité de Lisbonne porta un coup fatal. Quant au Danemark, alors qu'il n'était envisagé dans l'article 7 du protocole sur sa position que la possibilité pour lui d'y renoncer partiellement ou totalement conformément à ses exigences constitutionnelles, le nouvel article 8 du protocole ajoute une nouvelle option à cet État, celle d'aligner son statut sur celui des deux États insulaires, c'est-à-dire accéder au stade intermédiaire du statut d'*opt out* avec faculté d'*opt in*²⁸. L'exclusion que ces statuts reflètent n'est donc pas irrévocable.

En second lieu, la pratique de ces statuts n'a fait qu'ajouter du brouillard à la fumée en entretenant le doute sur l'intention réelle de ces États quant à leur participation à la construction du droit de la CJMC. En effet, le Danemark a en principe obtenu des autres États membres qu'aucune mesure adoptée sur le fondement du titre IV du traité CE, puis du titre V de la troisième partie du TFUE, ne le lie ou ne lui soit applicable. Pourtant, le droit de la CJMC est le seul dans lequel cet État a conclu avec l'Union européenne des accords internationaux ayant pour objet l'application de certains instruments de droit dérivé dans les relations entre les deux parties. Autrement dit, le Danemark a exercé, ce faisant, une forme singulière d'*opt in* dont la conformité au protocole alors applicable est pour le moins contestable²⁹. Cela ne concerne cependant que les règlements étroitement liés à la Convention de Bruxelles de 1968, c'est-à-dire le règlement « Bruxelles I »³⁰, le règlement « Bruxelles I bis »³¹, le règlement « signification ou notification », ancien et nouveau,³² et le règlement « obligations

des textes de référence avec le droit primaire », in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO, *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, p. 119).

²¹ Titre IV du traité CE.

²² Concl. de la Présidence, 12 décembre 1992, décision des chefs d'États et de gouvernement réunis au sein du Conseil européen concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du traité sur l'Union européenne, section D.

²³ R. ADLER-NISSEN, « Denmark as an active differential European », in L. MILES et A. WIVEL, *Denmark and the European Union*, Routledge, 2013, p. 67.

²⁴ H. LABAYLE, « Une espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE* 1997, p. 813, E. FAHEY, « Swimming in a Sea of Law : Reflections on Water Borders, Irish (British) Euro relations and Opting-Out and Opting-in after the Treaty of Lisbon », *CMLR* 2010, p. 673.

²⁵ H. LABAYLE, *loc. cit.*

²⁶ Déclaration n° 4 de l'Irlande relative à l'article 3 du Protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande.

²⁷ Déclaration n° 56 de l'Irlande ad article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

²⁸ Le premier ministre danois Anders Fogh Rasmussen, dans l'optique de sa candidature à la présidence de l'Union européenne et dans le temps de la ratification du traité de Lisbonne, avait envisagé l'organisation d'un référendum sur la question. Bien que celui-ci n'ait pas été organisé à ce jour, ce projet demeure une intention du gouvernement danois qui est favorable à la sortie des statuts dérogatoires (voir récemment « La première ministre danoise penche pour que son pays adopte l'euro », [<http://www.euractiv.fr/priorites/la-premiere-ministre-danoise-est-news-533675>]).

²⁹ Les protocoles additionnels font, en effet, « *partie intégrante* » des traités (art. 51TUE), et ont, en conséquence, valeur de droit primaire. Or, les accords internationaux conclus par l'Union, tels que ceux conclus avec le Danemark, sont primés par les traités (voir, notamment, CJCE, 11 novembre 1975, Arrangement OCDE, avis 1/75, *Rec.* p. 1355).

³⁰ Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, 16 novembre 2005, L 299, p. 62.

³¹ Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, 21 mars 2013, L 79, p. 4.

³² Accord entre la communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, *JOUE*, 17 novembre 2005, L 300, p. 55 ; accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la signification et la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, *JOUE*, 10 décembre 2008, L 331, p. 21.

alimentaires »³³, pour l'interprétation desquels la Cour de justice est reconnue compétente³⁴. On notera à cet égard que malgré la signature de la Convention de Rome de 1980, aucun accord international ne prévoit que le règlement « Rome I » s'applique aux relations entre l'UE et le Danemark.

Le statut dérogatoire du Royaume-Uni et de l'Irlande n'a pas généré moins d'incompréhensions. En effet, ces deux États, conformément à leur intention explicitée lors du Conseil « justice et affaires intérieures » du 12 mars 1999 de prendre pleinement part à la CJMC³⁵, ont notifié leur souhait de participer à l'application de tous les instruments de droit dérivé adoptés entre l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam et l'adoption du règlement « obligations alimentaires »³⁶. Certes, pour les règlements « Rome I » et « obligations alimentaires », le Royaume-Uni n'a pas notifié son intention de participer à l'élaboration du texte, mais il a finalement et rapidement notifié son intention d'accepter la dite mesure sur le fondement de l'article 4 du protocole n° 21³⁷. Il n'en demeure pas moins que l'intention réelle d'échapper à l'application du droit de la CJMC a pu apparaître douteuse aux yeux des observateurs. En revanche, depuis 2008, le Royaume-Uni ne s'est pas lié par le protocole de La Haye signé par l'Union européenne³⁸ ainsi que par les règlements « Rome III »³⁹, « succession et certificat successoral européen » et « ordonnance européenne de saisie conservatoire », à l'instar de l'Irlande s'agissant du deuxième. Ce n'est que par ces derniers refus tacites de prendre part à la CJMC que le statut dérogatoire de ces États a acquis une certaine réalité afin de protéger les règles particulières au droit de la *common law*, tant conflictuelles que substantielles. Il n'empêche que, bien que l'un ou l'autre État s'abstienne de notifier leur souhait de participer à l'adoption d'un acte, ils participent tout de même à sa négociation. Les autres États membres nourrissent certainement l'espoir que les insulaires accepteront l'application de l'instrument une fois adopté, par effet d'entraînement. Ce faisant, les conceptions issues de la *common law* induisent un effort de conciliation avec les conceptions civilistes qui dominent parmi les États membres, au risque parfois de nuire à la cohérence de l'instrument discuté ou de le complexifier, sans garantie d'*opt in*. Le Royaume-Uni et l'Irlande, après avoir obtenu d'importantes concessions dans le cadre de l'élaboration du règlement « succession et certificat successoral européen », se sont ainsi livrés à une dérobade⁴⁰, contestable au regard du devoir de coopération loyale⁴¹. Cette pratique ne pourrait être endiguée à condition de n'admettre ces États à la négociation que s'ils ont notifié leur intention en ce sens, autrement par une interprétation stricte du protocole n° 21⁴².

L'application des statuts dérogatoires, à l'origine fortement contestable, suscite aujourd'hui un sentiment de confusion. Il demeure cependant que l'intégration différenciée qui en résulte ne trouve que peu de justifications en lien avec le droit de la CJMC si ce n'est la spécificité des systèmes de *common law*. Cependant, cet argument ne saurait pleinement convaincre dès lors que les institutions législatives sont liées par l'obligation de respecter les traditions juridiques nationales⁴³, qui peuvent être tout aussi singulières dans les systèmes de *civil law*⁴⁴. C'est d'ailleurs à cet effet que les rédacteurs du traité ont mis en place la possibilité de recourir à la coopération renforcée.

B – Le recours contreproductif à la coopération renforcée

³³ Accord entre la communauté européenne et le royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, 12 juin 2009, L 149, p. 80.

³⁴ Art. 6 et 7 des accords concernant le règlement « Bruxelles I » et le règlement « signification ou notification ».

³⁵ Voir en ce sens proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (« Rome II »), COM(2003) 427 final, p. 7.

³⁶ En comparaison, dans la même période, ces États ont relativement peu accepté l'application des instruments adoptés sur le fondement des politiques en matière de contrôle aux frontières, d'asile et d'immigration.

³⁷ Ce délai est de plus ou moins six mois après l'adoption du règlement (décision de la commission n° 2009/26/CE du 22 décembre 2008 sur la demande du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ; décision de la Commission n° 2009/451/CE du 8 juin 2009 sur l'intention du Royaume-Uni d'accepter le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires).

³⁸ Décision du Conseil n° 2009/941 du 30 novembre 2009 relative à la conclusion, par la communauté européenne, du protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

³⁹ Voir, pour une analyse approfondie sur ce point, A.FIORINI, « Bruxelles sans Rome : La réticence du Royaume-Uni face à l'harmonisation du droit européen du divorce », in S. CORNELOUP, *Droit européen du divorce*, LexisNexis, 2013, p. 701.

⁴⁰ Voir sur ce point, H. LABAYLE, « L'espace de liberté, sécurité et justice dans la constitution pour l'Europe », *RTDE* 2005, p. 437 ; voir, plus particulièrement sur le règlement « succession et certificat successoral européen », S. GODECHOT-PATRIS, « Le nouveau droit international privé des successions : entre satisfaction et craintes... », *D.* 2012, p. 2462. Voir également les débats parlementaires du 12 mars 2012.

⁴¹ Art. 4, § 3, TUE.

⁴² Cependant cette pratique « insulaire » évite, dans le cas où la mesure proposée ne peut pas être adoptée avec la participation du Royaume-Uni et de l'Irlande qui avaient préalablement notifié leur souhait de participer à son adoption, que ne soit attendue l'expiration d'un délai raisonnable au terme duquel le Conseil est autorisé à adopter la mesure sans la participation des États insulaires.

⁴³ Art. 67, § 1, TFUE.

⁴⁴ On prendra pour exemple le droit maltais qui ne contenait aucune disposition relative au divorce lorsque cet État devint partie au règlement « Rome III » portant sur la loi applicable à cette question.

L'incohérence avec le droit de la CJMC ressort particulièrement de la multiplication des risques d'incompatibilité des instruments de droit dérivé mettant en œuvre une coopération renforcée avec le droit primaire. En effet, cette procédure ne peut être mise en œuvre que dans le respect des traités et du droit de l'Union⁴⁵, et plus précisément pour ce qui nous intéresse, des articles 67, § 4, 81 TFUE ainsi que de la Charte des droits fondamentaux. Or, il semble que chacune de ces dispositions a été pour le moins contournée, qu'il se soit agi de mettre en œuvre la coopération renforcée ou de l'éviter.

S'agissant de l'article 81, § 2, du TFUE qui détermine les chefs de compétence normative de l'Union dans la matière civile et commerciale ayant une incidence transfrontière, le Conseil prétend avoir épuisé « toutes les éventuelles voies pouvant conduire à une solution de compromis acceptable par tous les États membres » sans parvenir à un compromis sur la question de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps⁴⁶, en écho à la condition posée par l'article 20, § 2, TUE pour mettre en œuvre la coopération renforcée. Pourtant, l'article 81, § 2, *littera c*, qui permet l'adoption de mesures visant à « assurer la compatibilité » des règles applicables dans les États membres en matières de conflit de loi. Si cette nouvelle rédaction tend à acter la lecture extensive et controversée de l'article 65 du traité CE⁴⁷, elle ne prive pas pour autant l'Union de toute marge de manoeuvre. L'uniformisation des règles de conflit de lois, qui plus est contestée en matière familiale⁴⁸, n'est pas l'unique méthode auquel dont le droit primaire permet de faire usage. Il eut ainsi été possible de porter une atteinte moindre aux traditions juridiques nationales tout en respectant l'impératif de délai raisonnable posé par l'article 20, § 2, TUE, en établissant des règles de conflit de systèmes. Il se serait alors agi de distinguer, sur le modèle proposé par Georges Droz, entre for du jugement du for du raisonnement⁴⁹. Serait ainsi désigné compétent non le droit substantiel de l'État présentant les liens les plus significatifs avec la situation, mais le système national de règles de conflit de lois de l'État présentant les liens les plus étroits avec celle-ci⁵⁰. Ce choix serait d'autant plus judicieux dès lors que l'objet du droit international privé n'est pas l'uniformisation des considérations matérielles propres à chaque système juridique par le truchement de la matérialisation des règles conflictuelles, mais la gestion de leur diversité dans le respect de chacun, par la coordination législative et juridictionnelle des ordres juridiques.

L'article 67, §4, TFUE détermine lui l'objectif de CJMC, faciliter l'accès à la justice afin d'ériger, selon la formule consacrée par la Commission, un « véritable espace de justice ». Il doit être entendu très largement au regard des divers documents émis par les institutions légiférantes dès avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, si bien que l'on peut y inclure la notion d'accès au sens de droit fondamental procédural, mais également les préoccupations tenant à la sécurité juridique et à la prévisibilité. Or, la proposition de règlement « Rome III », tout comme la proposition de modification du règlement « Bruxelles II bis » à laquelle elle a été substituée⁵¹, avait pour objectif de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité ainsi que de prévenir la « ruée vers les tribunaux »⁵² de l'un des époux en vue d'obtenir des avantages procéduraux mais surtout substantiels, ruée encouragée par la multiplicité des fors disponibles au terme du règlement « Bruxelles II bis »⁵³. Cependant, la différenciation géographique qu'implique la coopération renforcée constitue, en soi, un obstacle à la

⁴⁵ Art. 326 TFUE.

⁴⁶ Document du Conseil n° 9985/08, pt. 9. Voir également, cons. 2 et 7 de la décision n° 2010/405/CE du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.

⁴⁷ Voir, notamment, pour une critique sans concessions des largesses prises par l'Union avec le texte de l'article 65 CE devenu 81 TFUE, V. HEUZÉ, « L'Europe désenchantée », *JCP G* 2005, I, 157, *id.*, « L'honneur des professeurs de droit. Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit », *JCP G* 2007, I, 116, *id.*, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP G* 2008, I, 166, *id.*, « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice. La soumission à son utilitarisme obscur (2^{ème} partie) », *JCP G* 2011, doct. 397 ; voir également, C. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen », *RCDIP* 1999, p. 1, Y. LEQUETTE, « De Bruxelles à La Haye (Acte II). Réflexions critiques sur la compétence communautaire en droit international privé », *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon « Vers de nouveaux équilibres en ordres juridiques »*, Dalloz, 2008, p. 503.

⁴⁸ Hélène Gaudemet-Tallon estime douteuse l'utilité d'une intervention de l'Union au regard du respect des identités nationales et du principe de subsidiarité (« De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne », *Estudos en homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, 2002, vol. I, p. 175 et s.).

⁴⁹ « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI* 1991, t. 229, p. 9, spéc. p. 351 et s., n° 380 et s., *id.*, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP. 1993-1994. 1994-1995*, Pedone, 1996, p. 97 ; comp. P. PICONE « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI* 1986, t. 197, p. 229 et s., *id.* « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 1999, t. 276, p. 9, spéc. p. 119, n° 34 et s.

⁵⁰ Comp. V. HEUZÉ, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflit de lois », *loc. cit.*, Y. LEQUETTE, *loc. cit.*, C. KOHLER, *loc. cit.*

⁵¹ Parce que l'article 326 impose le respect du droit de l'Union, les États parties à la coopération renforcée n'ont pu reprendre les dispositions proposées relatives notamment l'élection de for, ni proposer la mise en place d'un *forum necessitatis*

⁵² Proposition de règlement du Conseil (UE) mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, COM(2010) 105 final, p. 3-4 ; cons. 9 et 21 du règlement « Rome III ». On notera que la décision du Conseil autorisant la coopération renforcée réitère ces objectifs dans son sixième considérant (décision n° 2010/405/ UE du 12 juillet 2010).

⁵³ L'article 3 du règlement « Bruxelles II bis » met à dispositions des justiciables sept chefs de compétence fondés sur la résidence habituelle et la nationalité, ce dernier pouvant se démultiplier lorsque les époux ont plusieurs nationalités en commun (CJCE, 16 juillet 2009, Hadad, C-168/09, *Rec.* I-6871).

réalisation de ces objectifs. En effet, si l'instrument principal de sécurité juridique et de prévisibilité est l'autonomie laissée aux parties, le choix, par le demandeur, de saisir la juridiction d'un État non partie à la coopération renforcée suffira à mettre en échec le choix du droit applicable dès lors que la majorité de ces derniers n'admettent pas cette possibilité dans leur droit national. Ce procédé renforce également l'intérêt du *forum shopping* pour les plaideurs⁵⁴. En outre, combiné au contenu de l'instrument, la différenciation géographique a également une incidence négative sur l'accès à la justice au sens de l'article 47 CDFUE, ainsi que sur la sécurité juridique et la prévisibilité. Son article 13 crée, en effet, un risque, certes réduit, de déni de justice puisqu'il dispose que l'instrument ne contraint pas les juridictions nationales à prononcer un divorce lorsque la loi nationale de l'État auquel elles appartiennent ne connaît pas cette institution ou lorsque le mariage en question n'est pas considéré comme valable au regard de la loi du for⁵⁵. Il permet également de remettre indirectement en cause les prévisions des parties quant à la juridiction compétente. Néanmoins, ces quelques difficultés, qui interrogent la réalisation de l'accès à la justice⁵⁶, pourraient être, si ce n'est effacées, du moins significativement réduites d'une part, par la participation d'un nombre croissant mais limité d'États membres⁵⁷ et, d'autre part, par la mise en cohérence des règles de compétence juridictionnelle du règlement « Bruxelles II bis » qui se fait cruellement attendre⁵⁸.

Toutefois, dans l'un ou l'autre cas, les conséquences de l'élaboration du texte par un nombre restreint d'États membres n'est pas sans incidence sur le contenu du règlement et sa cohérence⁵⁹. Les velléités nationales trouvent un écho plus fort dans un comité restreint d'États participants résolu au succès de leur entreprise, à quoi s'ajoute la volonté d'encourager l'adhésion ultérieure d'autres États membres. C'est ainsi que l'article 10 du règlement « Rome III » permet au juge saisi de substituer la loi du for à la loi désignée applicable, y compris lorsqu'elle l'a été par les parties, toutes les fois que cette dernière ne prévoit pas le divorce ou implique une inégalité d'accès au divorce fondée sur le sexe. L'application directe et abstraite d'une forme d'ordre public européen met particulièrement à mal le respect des traditions juridiques nationales d'États membres comme d'États tiers. Est également niée toute possibilité pour les époux de consentir, de façon libre et éclairée⁶⁰ et sous réserve du respect du principe de proportionnalité, à une restriction du droit à l'égalité femme-homme qui ressort de l'article 23 CDFUE⁶¹ ainsi qu'au droit au divorce qui constitue pour certains États comme la Suède un droit fondamental⁶².

⁵⁴ A. DEVERS et M. FARGE, « Le nouveau droit international privé du divorce – À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *Dr. fam.* 2012, étude 13 ; voir également sur ce point, s'agissant de la possibilité d'un *forum shopping* concerté entre les époux, A. FIORINI, « Rome III – Un exemple à suivre ? », in M. DOUCHY-OUDOT et E. GUINCHARD, *La justice civile européenne en marche*, Dalloz, 2012, p. 82-83.

⁵⁵ L'on pourrait également estimer que, ce faisant, le règlement mettant en œuvre la coopération renforcée porte atteinte au droit de l'Union, et plus précisément au règlement « Bruxelles II bis », puisque par combinaison avec le premier, le second risque de produire des effets incompatibles avec l'obligation de respecter de la Charte. C'est ainsi que certains députés ont recommandé l'adoption d'un *forum necessitatis* dans le règlement « Bruxelles II bis » en urgence (projet de résolution législative du 7 décembre 2010 sur la proposition de règlement du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps) tout comme le Conseil (déclaration du Conseil, doc. 17710/10).

⁵⁶ Sur l'exigence de réalisation des objectifs de l'Union comme condition à la mise en œuvre d'une coopération renforcée, voir art. 20, § 1, TUE.

⁵⁷ Deux États membres ont à ce jour intégré la coopération renforcée : la Lituanie (décision de la Commission n° 2012/714/UE du 21 novembre 2012 confirmant la participation de la Lituanie à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps) et la Grèce (décision de la Commission n° 2014/39/UE du 27 janvier 2014 confirmant la participation de la Grèce à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps). Cependant, il est peu probable que les 25, voire les 27, participent à la coopération renforcée notamment en raison de l'opposition des États *lexforistes* comme le Royaume-Uni, la Suède ou la Finlande. En revanche, contrairement à certains (K. BOELE-WOELKI, « To Be, Or Not To Be : Enhanced Cooperation in International Divorce Law Within the European Union », *Victoria University of Wellington Law Review* 2008, p. 790), il nous apparaît inopportun et incompatible avec le traité, plus particulièrement avec le principe de coopération loyale (art. 4, § 3, TUE) et l'objectif de faciliter l'accès à la justice (art. 67, § 4, TFUE), en ce compris la sécurité juridique et la prévisibilité, que les États non parties puissent entreprendre l'élaboration d'un second instrument de coopération renforcée sur la même question. Cependant, ces États pourraient conclure une convention internationale sur cette question qui relève encore de leur compétence tant qu'ils n'entendent pas participer au règlement « Rome III ». Ainsi seulement, différenciation sur différenciation pourrait valoir.

⁵⁸ La Commission s'était engagée à proposer une modification du règlement « Bruxelles II bis » à l'horizon 2013 après que fut élaboré un rapport sur son application en 2011 (communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, « Mettre en place un espace liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens. Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm », COM(2010) 171 final, p. 23). Aucun de ces deux documents n'a, à ce jour, été publié, malgré l'appel lancé en décembre 2010 par le Conseil (doc. n° 17710/10).

⁵⁹ Voir, sur la paradoxe qui résulte de la multiplication des moyens de sauvegarde des conceptions nationales, P. HAMMJE, Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP* 2011, p. 291, n° 41.

⁶⁰ Comp. cons. 18 du règlement « Rome III ».

⁶¹ Commission EDH, déc., 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. Allemagne*, req. n° 12242/86 ; Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, req. n° 425/03, § 49 et 50.

⁶² Compte tenu de la particulière *favor divortii*, on peut également s'interroger sur la mise en œuvre par le règlement « Rome III » d'un droit fondamental au divorce (voir notamment, T. KRUGER, « Rome III and parties choice », [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2173334], p. 13-14, P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *RCDIP* 2011, p. 333 ; comp., sur « la dissolubilité du mariage érigée en règle matérielle impérative », G. LARDEUX, « Rome

Le recours à l'article 12 du règlement « Rome III », qui permet d'évincer la loi désignée applicable dès lors qu'elle est manifestement incompatible avec l'ordre public international du for n'était-il pas suffisant⁶³ ? Notons également que l'article 13, déjà évoqué, entre en contradiction avec l'esprit de *favor divortii* qui inspire le règlement, à tel point qu'on pourrait le considérer comme une différenciation dans la différenciation⁶⁴.

Les difficultés soulevées à propos du règlement « Rome III » peuvent paraître limitées aux circonstances particulières dans lesquelles il s'inscrit. Il n'en constitue pas moins une illustration dissuasive, au moins en matière conflictuelle. De plus, la coopération renforcée pèse désormais comme une épée de Damoclès et conduit le législateur à certains errements, voire à certaines prises de risques quant à la légalité de l'instrument de droit dérivé. Le règlement « succession et certificat successoral européen » en constitue un exemple, certes discutable. Afin d'éviter que son adoption ne soit soumise au vote à l'unanimité, et en considération de la grande diversité de la matière, la Commission a opportunément interprété restrictivement la notion de matière familiale. L'absence affirmée de lien suffisant des questions patrimoniales en cause avec les aspects familiaux⁶⁵ a ainsi assuré l'adoption du règlement à la majorité qualifiée⁶⁶. Dans un autre cas, consciente que seuls quatorze États membres ont inclus dans leur droit une forme de partenariat enregistré, chacune singulière, et de l'opposition de certains États membres à cette institution⁶⁷, la Commission s'est résolue à consacrer aux effets patrimoniaux de ce dernier une proposition distincte de celle concernant les régimes matrimoniaux⁶⁸. Il est à craindre, en effet, que la première ne puisse être adoptée qu'en application d'une coopération renforcée, alors que les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux, sont généralement perçues comme étant l'objet d'un consensus parmi les États membres. Ces circonstances ne sont certainement pas sans lien avec l'absence d'ouverture d'un choix de la loi applicable aux effets patrimoniaux⁶⁹, à la différence de celui proposé en matière de régimes matrimoniaux, créant ainsi un risque d'annulation du règlement s'il venait à être adopté, sur le fondement des articles 20 et 21 CDFUE⁷⁰.

La pratique de l'intégration différenciée en droit de la CJMC présente donc des incohérences multiples quant à son utilité réelle d'abord, quant à son harmonie avec les objectifs généraux et particuliers de ce droit et enfin quant à sa conformité avec les traités. Elle soulève plus de questions qu'elle ne résout de difficultés. Toutefois, le nombre d'États s'accroissant, l'approfondissement du droit applicable aux relations privées transfrontières pourrait devenir de plus en plus difficile. Aussi, convient-il de s'interroger désormais sur la meilleure manière de procéder à une intégration différenciée qui devrait demeurer nécessaire sans générer de difficultés comparables à celle rencontrées.

II – La recherche d'une cohérence dans la différenciation

D'emblée, le caractère discrétionnaire du recours au statut dérogatoire exclut toute mise en cohérence. Le législateur ne saurait en effet avoir de prise sur des agissements étatiques, lesquels ne sont, en principe, encadrés

III est mort. Vive Rome III ! », *D.* 2011, p. 1835). Ce point n'a pas été tranché (comp. Cour EDH, 18 décembre 1986, Johnston c. Irlande, req. n° 9697/82).

⁶³ Voir, sur le contenu de l'ordre public international français à cet égard, H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI* 1991, t. 226, p. 9, spéc. p. 108 et s., n° 80 et s. Cependant, le seizième considérant du règlement « Rome III » indique, par une formulation impérative, que « [l]a loi choisie par les parties doit être conforme aux droits fondamentaux reconnus par les traités et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Bien que dépourvue en principe de valeur normative, cette disposition recommande aux juridictions l'application directe et abstraite des droits fondamentaux, dont le respect est une obligation de droit primaire (art. 6, §1, TUE et 67, § 1, TFUE), plutôt que le recours au filtre de l'exception d'ordre public international, ce qui, encore une fois, peut s'avérer incohérent avec les considérations propres au droit international privé, et tenant à la relativité, qui président également à la construction de la CJMC.

⁶⁴ Comp. M. SALORD, « L'Europe divorce ! L'adoption d'une coopération renforcée portant sur la loi applicable au divorce », *AJ fam.* 2011, p. 97, P. HAMMJE, *loc. cit.*

⁶⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, COM(2009) 154 final, p. 3. Voir, approuvant la manœuvre, P. LAGARDE, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *RCDIP* 2012, p. 691 ; comp. l'adoption sur le fondement de l'article. Comp. sur l'existence d'un lien étroit entre les questions patrimoniales et les aspects familiaux des questions abordées, proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, COM(2005) 649 final, p. 8, proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2011) 126 final, p. 4 ; proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM(2011) 127 final, p. 4.

⁶⁶ Voir, notamment, la déclaration critique de Malte concernant l'incidence du règlement sur son système juridique, document du Conseil n° 10569/1/12.

⁶⁷ P. LAGARDE, « Vers plus de sécurité juridique pour les couples internationaux », *JCP N* 2011, 1281.

⁶⁸ Propositions précitées.

⁶⁹ Voir, sur cette question, G. KAIRALLAH, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, 2004, Bibl. de droit privé t. 431, p. 151 et s., n° 262 et s.

⁷⁰ Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Proposal for a regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, FRA Opinion – 1/2012.

que par les seuls protocoles additionnels. Le seul effet que pourrait produire la proposition qui suit sur le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni serait, pour le premier de l'encourager à enclencher le processus de modification ou de suppression de son statut dérogatoire, pour les deux autres de les pousser à exercer leur faculté d'*opt in* au regard de la qualité des instruments adoptés et de leur pleine adhésion au respect de la charte. Pour ce qui est des vingt-cinq autres États membres, il convient de retenir que, sur demande des États membres, neuf au minimum, la Commission *peut* soumettre une proposition mettant en œuvre une coopération renforcée. Dans la négative elle devra communiquer les raisons de son refus aux États membres. À cette occasion, le traité indique que des motifs peuvent notamment être tirés une atteinte à la cohérence du marché intérieur ou à la cohésion économique, sociale et territoriale⁷¹. En revanche, aucune disposition comparable ne porte sur l'ELSJ. Ainsi, le premier refus opposé par la Commission concernant les règles de détermination de la loi applicable en matière de divorce s'est révélé fondé, sans grande surprise, sur des raisons d'opportunité qui contredisaient la lettre du traité, puisqu'était mentionnée l'absence d'une masse critique suffisante⁷². La Commission ne devrait-elle pas plutôt justifier son refus, et donc articuler l'intégration différenciée autour de l'élément central du droit de la CJMC, la confiance mutuelle (A) ? Quelques exemples pris en droit de la CJMC nous permettront de confirmer la justesse de la proposition (B), qui n'est cependant pas à même de résoudre l'ensemble des difficultés rencontrées, mais simplement d'en réduire les effets négatifs.

A – La confiance mutuelle comme instrument de cohérence

Ce choix n'est pas anodin. Cette notion ne peut certes pas être définie avec précision. Toutefois, la part juridiquement tangible de la confiance mutuelle résulte, selon la Cour de justice, de « *la protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la charte des droits fondamentaux* »⁷³. Ces termes entrent en parfaite synergie avec ceux de l'article 67, § 1, TFUE qui énonce que « [l']*Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux* ». L'essentiel, cependant, est que la confiance mutuelle constitue le fondement principal du droit de la CJMC ainsi que l'un de ses objectifs essentiels⁷⁴. En effet, malgré le doute qu'ont pu introduire les rédacteurs du TECE à cet égard⁷⁵, elle est nécessaire au progrès de la reconnaissance mutuelle⁷⁶ qui constitue l'un des principaux biais pour faciliter l'accès à la justice, comme le précise l'article 67, § 4, TFUE. La reconnaissance mutuelle n'en constitue pas moins un outil de renforcement de la confiance mutuelle de l'État d'origine dans l'État requis, si bien que la confiance et la reconnaissance mutuelle s'inscrivent en réalité dans une spirale ascendante vertueuse qui a pour point de départ la première et pour horizon la construction d'un espace intérieur de justice civile sans autres frontières intérieures que celles que dessinent les particularités de chaque système juridique national. La confiance mutuelle constitue ainsi la clé de voûte du droit de la CJMC.

En conséquence, pour assurer la cohérence de la coopération renforcée avec celui-ci, et s'assurer du caractère effectif de l'exigence de respect du droit de l'Union et de coopération loyale, la Commission devrait s'assurer que celle-ci s'articule autour de la notion de confiance mutuelle. En plus de la cohérence recherchée entre la pratique de l'intégration différenciée et le droit de la CJMC, cette solution présente l'avantage de ne pas porter atteinte ni de limiter la cohésion de ce dernier⁷⁷. Elle pourrait, au contraire, préfigurer une cohésion plus forte en valorisant le rôle que doit jouer la confiance mutuelle.

La coopération renforcée pourrait alors prendre deux formes. La première serait celle d'une mesure ayant la confiance mutuelle pour objectif, c'est-à-dire tendant à renforcer la confiance que peuvent inspirer les États. Ainsi, le rapprochement des législations procédurales applicables à la matière civile et commerciale⁷⁸ pourrait être l'objet d'une intégration différenciée compte tenu, une fois encore, de la diversité des droits nationaux, tout particulièrement entre systèmes de *common law* et de *civil law*. L'on pourrait à cet égard considérer que le

⁷¹ Art.326 al. 2, TFUE.

⁷² Était également avancé le risque que pouvait faire peser une telle coopération renforcée sur la ratification irlandaise du traité de Lisbonne par référendum.

⁷³ CJUE, 22 décembre 2010, Aguirre Zarraga, C- 491/10 PPU, *Rec. I*-14247 ; voir, en matière pénale, CJUE, 30 mai 2013, F., C-168/13 PPU, *nep.*

⁷⁴ Comp. D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'« alpha » ou l'« oméga » d'une justice pénale européenne », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 17.

⁷⁵ Art. I-42, § 1, *littera b.*

⁷⁶ Voir notamment CJCE, Ass. plén., 9 décembre 2003, Gasser, C-116/02, *Rec. I*-7233, pt. 72 ; CJUE, 6 septembre 2012, Trade Agency, C-619/10, *nep.*, pt. 40 ; . Voir également, en doctrine, J. NORMAND, « Rapport de synthèse », in J. ISNARD et J. NORMAND, *Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice*, EJT, 2002, p. 445, J. MOLINIER, « Les méthodes en droit communautaire », in S. POILLOT-PERUZZETTO, *Vers une culture juridique européenne ?*, Montchrestien, 1998, p. 111.

⁷⁷ Comp. C. CHEVALLIER-GOVERS, *loc. cit.*, p. 268 et s.

⁷⁸ Art. 81, § 2, *littera f*, TFUE. Toutefois, comme en matière de conflit de loi, la formulation du chef de compétence normative – « *élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles* » implique que les mesures possibles sont aussi bien des mesures d'uniformisation que des mesures d'harmonisation, voire des mesures impliquant une moindre intégration.

règlement « Rome III » renforce la confiance mutuelle entre les États parties, puisqu'il tend à garantir, dans la majeure partie des cas, la réalisation d'un objectif matériel également poursuivi par le règlement « Bruxelles II bis »⁷⁹, le prononcé du divorce. Cependant, il ne saurait pleinement satisfaire dès lors qu'il comporte une clause en contradiction avec ses objectif et potentiellement attentatoire aux droits fondamentaux des plaideurs. L'instrument ne garantit donc pas de façon certaine un niveau plus élevé de protection des droits fondamentaux que celui qui préexistait dans les États parties. Pour autant, toute coopération renforcée portant sur la loi applicable n'est pas à écarter, particulièrement lorsqu'elles tendent à la réalisation d'un objectif matériel généralement poursuivi par les États membres – comme la réalisation d'un droit fondamental –, dès lors qu'elle n'accroît pas l'intérêt d'un *forum shopping* qui s'exercerait manifestement au détriment des intérêts procéduraux ou substantiels de l'autre partie.

La deuxième forme de coopération renforcée envisageable, qui peut résulter d'un acte distinct de la première forme ou être insérée dans le même instrument, pourrait consister en un approfondissement de la reconnaissance mutuelle des décisions émanant des États parties à la coopération. Le constat de l'existence entre ceux-ci d'une confiance mutuelle plus élevée servirait ainsi de fondement à la facilitation accrue de la libre circulation des décisions dans des domaines jugés sensibles pour le respect des traditions juridiques nationales. On peut illustrer cette hypothèse par une analogie avec les espaces respectivement dessinés par le règlement « Bruxelles I bis » et la Convention de Lugano. Dans cette dernière, une confiance pour lors moindre, dont le niveau équivaut à celle qui fondait les mécanismes de reconnaissance et d'exécution du règlement « Bruxelles I », implique la persistance d'une procédure intermédiaire préalable à l'exécution alors que celle-ci n'existera plus entre les vingt-sept à partir du 10 janvier 2015⁸⁰.

Le rôle de la Commission ne saurait alors demeurer purement passif. On ne peut concevoir, en effet, qu'elle soumette une proposition de coopération renforcée sans avoir préalablement vérifié, comme elle devrait le faire pour les propositions régies par la procédure législative ordinaire, qu'à la facilité de circulation envisagée corresponde un niveau de confiance mutuelle adéquat. De même, elle ne pourrait cautionner une proposition législative qui, si elle était adoptée, ne serait pas en mesure de garantir un respect équivalent et effectif des droits fondamentaux entre les États parties ou n'apporterait à cet égard aucune autre plus value que de soumettre les règles en cause à la Cour de justice. La motivation du refus non seulement renforcerait la confiance des États membres et des justiciables dans le rôle de gardien des traités qui est celui de la Commission, mais elle aurait également un aspect constructif matérialisant les bribes d'un dialogue entre les États membres et la Commission sur la conception et le rôle qu'ils entendent donner à la confiance mutuelle.

L'articulation de la confiance mutuelle autour de cette notion n'exclut évidemment pas que d'autres causes d'incohérence de la coopération renforcée avec le droit de la CJMC ne se manifestent. L'amélioration n'en serait pas moins significative comme en témoigne les prémices de cette mise en cohérence que l'on peut déjà observer en droit positif.

B – Les prémices de la mise en cohérence

Deux séries d'exemples illustrent l'existence d'une forme de différenciation fondée sur la confiance mutuelle, selon que la première résulte du fait de l'État membre requis, ce qui est le plus fréquent, ou du fait de l'État membre d'origine, hypothèse la plus proche de l'intégration différenciée telle qu'elle résulte de la mise en œuvre d'une coopération renforcée.

En premier lieu, l'hypothèse est celle dans laquelle l'État membre requis de la reconnaissance ou de l'exécution use de la possibilité que lui offre le droit dérivé de refuser la demande qui lui est faite en arguant que la décision en cause est manifestement incompatible avec son ordre public. C'est une situation dans laquelle il est permis à un État membre de refuser d'appliquer des règles matérialisant le principe de reconnaissance mutuelle notamment lorsqu'il estime que l'État d'origine n'a pas fourni un niveau suffisant de protection des droits fondamentaux pour être jugé équivalent et effectif à la protection des droits fondamentaux telle qu'elle résulte de

⁷⁹ V. VAN DEN EECKHOUT, « Communitarization of International Family Law As Seen From a Dutch Perspective : What is new ? A Prospective Analysis », in A. NUYS et N. WATTÉ, *International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States*, Bruylant, 2005, p. 529-530. Comme le remarque Hélène Gaudemet-Tallon, « seules les décisions qui prononcent la « désunion » bénéficient du mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution mis en place par le chapitre III du règlement [Bruxelles II] » (« Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 », *JDI* 2001, p. 405-406), à quoi s'ajoute la disposition selon laquelle la reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que l'État requis ne permet pas le divorce dans un cas semblable (art. 25 du règlement « Bruxelles II bis »).

⁸⁰ Comp. sur le niveau de confiance mutuelle prétendument atteint par les États membres, mais en apparence non vérifié, qui justifiait la désintermédiation procédurale préalable ainsi que la réduction du contrôle juridictionnel par les juges requis, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), COM(2010) 748 final, p. 6.

l'État membre du for⁸¹. Cette décision de l'État requis peut également avoir pour effet de produire une différenciation inversée. Si la juridiction nationale est approuvée par la Cour de justice, comme ce fut le cas dans l'affaire *Krombach*⁸², l'État d'origine sera considéré, sur le point en cause, ne pas fournir un niveau de confiance suffisant dans des circonstances analogues. Ainsi, par la décision de l'État requis, tant celui-ci que l'État d'origine sont ponctuellement exclus de l'application des dispositions mettant en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle. Fondé au premier plan sur l'absence ponctuelle de confiance dans l'État membre d'origine, le mécanisme s'avère, à l'analyse, être également en mesure de renforcer la confiance mutuelle en suscitant un dialogue interinstitutionnel, au sens large, sur la question du respect des droits fondamentaux⁸³. La différenciation ponctuelle peut, sur le moyen terme, favoriser l'émergence d'une confiance mutuelle plus étroite et fluidifier la circulation des décisions de justice en mettant en lumière celles des dispositions nationales qui sont susceptibles d'y faire obstacle.

En second lieu, la différenciation du fait de l'État membre d'origine a pu résulter de deux séries de circonstances distinctes qui ont cependant pour point commun de mettre en place une différenciation à géographie variable. Dans la première, qui concerne les instruments optionnels du droit de la CJMC, la mise en œuvre des dispositions qui visent à faciliter la reconnaissance mutuelle dépend directement du respect de normes minimales incluses dans le même instrument, sans pour autant que leur respect soit imposé, dans l'absolu, aux États membres. Ainsi, alors que leur caractère optionnel signifie que les justiciables peuvent les préférer aux procédures nationales sans qu'elles ne s'y substituent, l'absence d'obligation de respecter les normes minimales conduit à la conclusion que ceux-ci sont facultatifs également pour les États membres⁸⁴, qui disposent, indirectement, d'une faculté d'*opt in* ou d'*opt out* en fonction de la teneur de leur réglementation. Sont concernés les règlements « titre exécutoire européen »⁸⁵ et « injonction de payer européenne »⁸⁶. En effet, le considérant 19 du premier acte, sur le modèle ou par renvoi auquel sont établies les normes minimales des deux autres, énonce que « [l]e présent règlement n'impose pas aux États membres l'obligation d'adapter leur législation nationale aux normes minimales de procédure qu'il prévoit ». La différenciation devrait rester théorique dès lors qu'elle n'est possible que pour les transmissions d'actes à réaliser sur le territoire de l'État dont la juridiction est saisie⁸⁷ lorsque le droit de celui-ci ne prévoit aucun mode de signification ou notification énuméré dans les actes de droit dérivé. Or, le législateur a procédé à un large inventaire des modes de transmission des actes judiciaires existant dans les États membres, ne laissant guère de côté que la notification par voie d'affichage ou de publication au journal officiel. La particularité est ici que les vingt-sept États membres sont liés par ces règlements. Ainsi, le choix délibéré ou non de l'un d'entre eux de ne pas prévoir sur son territoire national des modes de transmission des actes judiciaires répondant aux minimas requis a pour seule conséquence de priver les justiciables qui saisissent leurs juridictions de la possibilité de bénéficier des dispositions des instruments optionnels. En revanche, ces États seront tenus de considérer comme automatiquement exécutoire les injonctions de payer européenne ainsi que les décisions émanant d'autres États membres certifiées comme étant des titres exécutoires. Ainsi, seule la possibilité d'obtenir un titre exécutoire sur le fondement de ces procédures dans l'État membre dont les juridictions sont saisies est facultative du point de vue de ce dernier.

La seconde série de circonstances met également à jour l'exemple le plus proche de la mise cohérence proposée. Il résulte paradoxalement du jeu des statuts dérogatoires. Lorsque la Commission proposa l'adoption d'un

⁸¹ La différenciation peut également résulter de l'absence de protection équivalente, par les juridictions d'origines, d'un droit fondamental dont l'État membre requis a une conception particulière et auquel il accorde un niveau de protection plus élevé. L'exemple type résulte de la protection singulière que reçoit le droit pour l'enfant d'être entendu en Allemagne (M. VÖLKER, « Le règlement « Bruxelles II bis » du point de vue d'un juge aux affaires familiales », in H. FULCHIRON et C. NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, p. 293) compte tenu de large marge d'appréciation que l'article 23, *littera b*, confère à l'État membre pour reconnaissance de décisions judiciaires en matière de responsabilité parentale (comp. P. HAMMJE, « Le règlement (CE) n° 2201/2003 dit « Bruxelles II bis » : les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, p. 87, spéc. p. 98).

⁸² CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rec. I*-1935 ; comp., pour un renvoi au juge national, CJCE, 2 avril 2009, *Gambazzi*, C-394/07, *Rec. I*-2563.

⁸³ Comp., sur la fonction constructive de l'ordre public international, G. CANNIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC* 2003/1, p. 7, spéc. p.17.

⁸⁴ Rapp., parlant de « directive non obligatoire », E. JEULAND, « Les développements récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », *Travaux du Comité français de droit international privé, 2008-2009, 2009-2010*, Pedone, 2011, p. 65 ; voir également H. PERROZ, « Le règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *JDI* 2005, p. 650.

⁸⁵ Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

⁸⁶ Règlement(CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

⁸⁷ En effet, lorsque l'acte judiciaire doit être transmis dans un autre État membre, le règlement n° 1393/2007 relatif à la signification ou à la notification s'applique (art. 28 du règlement « titre exécutoire européen » et 27 du règlement « injonction de payer européenne »), sans qu'il ne soit toutefois possible à l'État membre d'internaliser la transmission (CJUE, 19 décembre 2012, *Alder*, C-325/11, nep).

règlement portant sur la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, l'Irlande notifia rapidement son souhait de participer à son adoption, tandis que le Royaume-Uni demeurait réticent notamment en raison de sa position *lexforiste* en la matière⁸⁸. Un effort de compromission a alors été réalisé par les autres États membres afin d'assurer la participation de ce dernier État. Le règlement ne traite de la question de la loi applicable que par renvoi au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. En conséquence, le règlement prévoit deux « couloirs »⁸⁹ pour la reconnaissance mutuelle, l'un prévoyant une circulation sans intermédiation procédurale préalable dans l'État membre requis lorsque la décision émane de juridictions d'un État membre lié par le protocole de 2007, l'autre une circulation subordonnée à une déclaration de force exécutoire préalable, sur le modèle du règlement « Bruxelles I ». Cela permit ainsi d'obtenir la participation du Royaume-Uni au règlement, parce qu'il demeure libre de se lier au protocole de La Haye⁹⁰. Un deuxième État se trouve dans une situation semblable, le Danemark qui par un accord international s'est lié par les dispositions du règlement « obligations alimentaires »⁹¹, parce la question était auparavant réglée par le règlement « Bruxelles I ». Comme dans le cas qui précède, les États non liés par le protocole de La Haye n'en sont pas moins tenus de prendre en compte le niveau supérieur de confiance mutuelle qui semble en résulter pour le législateur dans les autres États membres et ainsi de laisser circuler librement les décisions qui émanent de ceux-ci.

Ces deux derniers exemples pourraient constituer le modèle sur lequel s'appuyer pour redonner cohérence à la coopération renforcée portant sur la détermination de la loi applicable au divorce. Le règlement « Bruxelles II bis » devrait ainsi être modifié notamment afin d'opérer les modifications nécessaires en terme de compétence juridictionnelle en ouvrant l'élection de for et, au besoin, en instaurant un *forum necessitatis*. Au regard des débats de 2006 sur la question, cela ne devrait pas faire grande difficulté. Pourrait également être envisagé la création de deux couloirs de reconnaissance mutuelle à condition que le législateur s'assure que le règlement « Rome III » implique bien une élévation du degré de confiance mutuelle suffisant. À ces différentes conditions, il pourrait être remédié aux défauts les plus criants de la première coopération renforcée

Il demeure toutefois que la nécessité même de recourir à la différenciation interroge plus largement encore le droit de la CJMC. Que l'intégration judiciaire en matière civile et commerciale en soit dépendante n'est-il pas l'indice que l'objectif poursuivi, tel qu'il est actuellement conçu, ne correspond pas aux attentes étatiques ? L'accès à la justice ne devrait-il pas être plus considéré par rapport au sens que lui confère la Charte plutôt qu'en termes économiques que sont l'efficacité, la simplicité, la rapidité qui laisse parfois place à une précipitation légistique malvenue ? Ou bien est-ce le signe que l'intégration judiciaire telle qu'elle est envisagée atteint ses limites, et qu'au risque d'aboutir à une applicabilité kaléidoscopique du droit de l'Union, il conviendrait plutôt d'approfondir l'existant ?

Juin 2014.

⁸⁸ M. TRAEST, « Quelques aspects concernant l'application dans l'espece du nouveau règlement européen 4/2009 en matière d'obligations alimentaires », *Revue de droit international privé* [<http://www.dipr.be>] 2010, n° 2, p. 107.

⁸⁹ C. NOURISSAT, « Le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires », *Procédures* 2009, étude 5.

⁹⁰ Il n'a pas souhaité relever de ce protocole (décision n° 2009/941 précitée).

⁹¹ Accord précité. L'accord exclut que le Danemark soit lié par les dispositions relatives à la loi applicable ainsi que par celles ayant trait à la coopération entre autorités centrales.