

Cycle de droit européen de la Cour de cassation

LA LIBRE CIRCULATION DE LA FAMILLE EN EUROPE (*)

1 Pour commencer cette intervention, je voudrais vous exprimer ma reconnaissance pour cette invitation qui me permet d'intervenir aujourd'hui sur ce thème : « La libre circulation de la famille en Europe ». Il convient de saluer l'initiative prise par la Cour de cassation d'organiser ce cycle sur quelques aspects du droit communautaire. Je voudrais ensuite remercier le professeur Laurence Idot d'avoir accepté de présider cette session et des paroles qu'elle a prononcées. Je voudrais enfin remercier Jean-Pierre Ancel, président de la première chambre civile de la Cour de cassation, d'avoir accepté de participer comme « commentateur privilégié » pour lancer le débat.

2 Je dois, en premier lieu, justifier la perspective adoptée pour traiter de ce sujet « La libre circulation de la famille en Europe » car il y a différentes possibilités. Une première perspective serait de faire référence aux règles communautaires sur la circulation des personnes, le regroupement familial, la liberté d'entrée et de circuler, etc. Une deuxième serait d'aborder la question dans la perspective des possibilités d'unification du droit matériel de la famille. La troisième possibilité serait d'adopter la perspective du droit international privé de la famille, c'est-à-dire, d'envisager comment le droit communautaire dérivé s'occupe des questions telles que le divorce, la responsabilité parentale ou les aliments dans les cas transfrontaliers.

3 L'option choisie est la troisième. Plusieurs raisons justifient ce choix, mais notamment deux.

En octobre 2006 a été publié le rapport sur l'enquête faite au mois de juin dans divers États membres à la demande de la Direction générale Liberté, sécurité et justice de la Commission européenne (1). Sans entrer ici dans le détail de cet intéressant travail, il est utile de signaler quelques données. Comme le précise l'introduction, l'Union européenne permet un niveau de mobilité sans précédent, laquelle a comme conséquences parmi d'autres, que les familles sont formées par des personnes de différents États ou entre personnes d'un même État qui habitent dans un autre. En d'autres termes, le résultat de l'enquête montre qu'une partie importante des citoyens européens se préoccupe des questions de droit international privé de la famille.

Les données les plus remarquables sont les suivantes. Une majorité des citoyens européens, surtout parmi les jeunes, souhaite que l'action communautaire facilite la vie transfrontalière de la famille en Europe. Un nombre élevé (jusqu'à 86 %) aimerait que les documents légaux relatifs à la famille (certificats de naissance, de mariage, etc.) soient valides dans les autres États membres. Plus du 80 % des citoyens sont favorables à la reconnaissance automatique du divorce à l'amiable. Plus de 80 % étaient également en faveur

d'une large reconnaissance des testaments, tout en étant conscients des difficultés pour faire valoir les droits successoraux dans un autre pays.

La deuxième raison pour justifier mon option est liée au fait que si les organisateurs m'ont invitée pour intervenir sur ce sujet, ils se souviennent encore que j'ai eu l'honneur d'être le rapporteur du premier texte communautaire en droit international privé de la famille, la Convention dite « Bruxelles II » (2), convention du 28 mai 1998 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de nullité de mariage, divorce et séparation de corps, qui se trouve à la base des règlements n^{os} 1347/2000 et 2201/2003, sur lesquels nous reviendrons plus tard.

4 Si la famille et ses membres circulent en Europe, il faut leur fournir sécurité juridique, prévisibilité, exécution des décisions avec des règles appropriées pour la litispendance et la *res iudicata* et, pour la stabilité des enfants, facilité pour le retour de l'enfant en cas de déplacement illicite, tellement facile dans une Europe sans frontières.

5 Cette communication sera divisée en deux parties, la première sur les difficultés et les principes du droit international privé (ci-après DIPr) européen de la famille, la seconde sur les résultats déjà obtenus et ceux qui sont prévus dans un futur proche.

I. Les difficultés et les principes du droit international privé européen de la famille

6 Dans cette première partie on verra, en premier lieu, à quelles difficultés fait face la création d'un vrai DIPr européen de la famille (A), puis en second lieu les principes applicables dans ce domaine (B).

A. Les difficultés d'un DIPr européen de la famille

7 À l'origine, l'intégration européenne était économique, sans incidence sur le droit de la famille. L'évolution est arrivée après Maastricht, Amsterdam et Nice (3). Mais la création d'un droit international privé de la famille, rencontre deux difficultés : la délimitation du droit de la famille et les différences parmi les ordres juridiques des États membres.

1. Comment délimiter le droit de la famille ?

8 Il n'est pas facile de délimiter le « droit de la famille », un terme qui se trouve à l'article 67 CE relatif à la procédure pour l'adoption des instruments, qui détermine en particulier, si le texte doit être adopté à l'unanimité ou à la majorité. Au départ, après la réforme introduite par le Traité d'Amsterdam, toutes les mesures prévues à l'article 65 CE devaient être adoptées à l'unanimité. Mais le Traité de

(*) Le style oral de l'intervention a été conservé.

(1) Flash Eurobarometer n° 188, Family Law, Analytical Report, octobre 2006

(2) Le rapport a été publié avec la Convention au JOCE n° C. 221 du 16 juillet 1998, p. 27-64.

(3) Sur l'évolution, A. Borrás, *Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, Rec. des cours de l'Académie de droit international de La Haye, T. 317 (2005), p. 423-454.

Nice du 26 février 2001 a modifié cette exigence en établissant que le Conseil arrête « les mesures prévues à l'article 65 CE, à l'exclusion des aspects touchant le droit de la famille » selon la procédure visée à l'article 251 CE, c'est-à-dire, la procédure de codécision. De plus, selon les termes de l'article 65 CE, toutes les mesures dans le domaine civil sont adoptées pour viser des situations « transfrontières », alors que cette exigence ne se trouve pas à l'article 67 CE. Ce point a été clarifié dans l'article II-269, § 3 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui vise les « mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière ». Cette précision signifie que le caractère transfrontalier doit vraiment être présent pour justifier une compétence communautaire et que la seule possibilité pour toute situation de devenir transfrontalière ne suffit pas à la justifier.

9 Malgré la résolution de ce premier problème d'interprétation, l'exclusion du « droit de la famille » de la procédure de codécision doit encore être clarifiée. Au départ, on pourrait penser qu'elle découle de la nouveauté qu'implique l'inclusion du droit de la famille dans les objectifs de la Communauté européenne et de la sensibilité des États membres aux particularités nationales dans ce domaine. Mais force est de constater, s'agissant des limites de cette exclusion, que la référence au « droit de la famille » pose beaucoup de problèmes. En premier lieu, parce que l'expression « droit de la famille », utilisée au sens large dans le texte, inclut à la fois des aspects substantiels et des aspects de procédure et, de ce fait, l'exclusion des deux aspects semble excessive. En deuxième lieu, parce que le droit de la famille a des liens étroits avec le droit des successions et, par conséquent, l'exclusion de l'un conduit nécessairement à l'exclusion de l'autre. Or il faut rappeler à cet égard que le programme de mesures pour l'application du principe de reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale a inclus aussi bien les successions que les conséquences patrimoniales de la séparation d'un couple non marié. En troisième et dernier lieu, il est incontestable que le droit de la famille se trouve en pleine évolution en Europe et de nouveaux problèmes se sont posés dès la fin du XX^e siècle, tel que le régime juridique des couples non mariés, le mariage de personnes du même sexe et bien d'autres.

10 Un cas récent illustre les difficultés de la délimitation. La Commission a proposé le 15 décembre 2005 un « règlement sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des résolutions et la coopération en matière d'obligations alimentaires » (4). Le premier problème qui se pose est celui de la procédure à suivre pour l'adoption du texte : faudra-t-il suivre la procédure de codécision de l'article 251 CE ou adopter le texte à l'unanimité, car

l'article 67, alinéa 5 CE établit que la procédure pour l'adoption des mesures prévues à l'article 65 sera celle de l'article 251 « à l'exclusion des aspects touchant le droit de la famille ». Or il faut rappeler que la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'aliments étaient déjà incluses dans la Convention de Bruxelles de 1968, malgré le fait que cette Convention exclut le droit de la famille ; et, de la même façon, les aliments sont inclus dans le règlement n° 44/2001 (5), ainsi que dans le règlement n° 805/2004 sur le titre exécutoire européen. En revanche, les aliments sont exclus du domaine d'application du règlement n° 2201/2003 ; c'est la conséquence de la reconnaissance de l'importance des effets patrimoniaux des aliments, comme l'avait déjà dit le rapport Jenard pour la Convention de Bruxelles de 1968. En l'état, la base juridique pour l'instrument proposé repose sur les articles 61 c) et 67 CE, celle également utilisée pour les autres instruments adoptés jusqu'à maintenant en matière civile. Toutefois l'instrument proposé inclut aussi les questions de loi applicable et de coopération des autorités. Or il n'y a aucun doute sur le fait que les problèmes relatifs aux aliments se trouvent à la frontière du droit de la famille, car les obligations alimentaires résultent normalement d'un rapport de famille, et du droit patrimonial, en raison de ses conséquences économiques. Face à cette situation, la Commission a rédigé une communication au Conseil (6) pour proposer, conformément à la possibilité qui se trouve à l'article 67 CE, de décider à l'unanimité que ce règlement soit adopté par la procédure de codécision prévue à l'article 251 CE (en utilisant la procédure dite de la « passerelle »). Seule la volonté politique des États peut permettre de franchir ce pas, étant donné la nature hybride des obligations alimentaires (7). Si la question se pose ainsi dans le domaine des aliments, il est clair que le recours à la procédure de codécision est pour le moment inacceptable dans d'autres secteurs du droit de la famille.

2. Les différences entre les ordres juridiques des États membres

11 Une deuxième difficulté, non négligeable, tient aux grandes différences qui existent entre les droits matériels des différents États membres, ce qui a comme conséquence une grande sensibilité dans le domaine du droit de la famille. Dès le rapport Jenard relatif à la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, on mettait en relief les difficultés dans le domaine du droit de la famille, bien qu'à l'époque les États membres étaient seulement six et avaient des systèmes juridiques beaucoup plus proches que ceux des membres actuels. Bien que la famille ait beaucoup

(4) Document COM (2005) 649 final du 15 décembre 2005 et étude de l'impact, document SEC (2005) 1629 du 15 décembre 2005.

(5) Bien que le règlement n° 44/2001 exclue de son champ d'application les matières relevant du droit de la famille, contient une disposition, § 2 de l'article 5 régissant la compétence en matière d'obligations alimentaires.

(6) Document COM (2005) 648 final du 15 décembre 2005.

(7) Sur la possibilité que ce problème soulevait, M. Wilderspin et A.-M. Rouchaud-Joët, *La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé, Revue critique de droit international privé*, 2004, 1, p. 26, où ils disent que « Le bon sens plaide en faveur d'une solution selon laquelle la même procédure, qui sera à déterminer en fonction du domaine principal de l'instrument en cause, s'applique à celui-ci dans son entier. Cette solution pourrait être incompatible avec le libellé de l'article 67, § 5, qui, lui, ne parle pas des « mesures » mais des « aspects » touchant le droit de la famille. On ne peut qu'espérer que le bon sens l'emportera... ».

évolué pendant ces dernières années, ces évolutions ne se sont pas faites au même rythme dans tous les États membres de la Communauté.

12 Le divorce est un exemple remarquable. En effet, bien que le divorce soit aujourd'hui admis dans tous les États membres à l'exception de Malte (8), l'acceptation a été le résultat d'une longue évolution. Il suffit de rappeler (9) que l'Écosse connaît le divorce depuis 1573, tandis que l'Irlande a introduit le divorce avec la Family Law (divorce) Act 1996. Si je parle de mon pays, l'Espagne, le divorce, à l'exception de la parenthèse de l'étape républicaine, a seulement été possible après la Constitution de 1978 et, plus précisément, avec la loi n° 30/1981 du 7 juillet 1981 (10). En France, il se trouve dans le titre VI du Code civil, tel que modifié par la loi du 11 juillet 1975 (11).

Mais même parmi les États qui admettent le divorce, il y a encore des différences importantes sur des questions fondamentales. Parmi elles, nous pourrions en mentionner quelques-unes : l'admission ou non du « divorce unilatéral », l'exigence ou pas d'une cause pour le divorce, l'exigence ou pas d'une période préalable de séparation (laquelle peut aller de six mois à quatre ans en Irlande) ou l'existence ou pas d'une période de « reconsidération », fréquent dans les pays avec des règles plus flexibles pour l'obtention du divorce.

13 En conséquence, on ne saurait s'étonner de l'intérêt suscité par des règles comme celles du « règlement Bruxelles II bis » (12) et des difficultés rencontrées par la proposition Rome III qui introduit des modifications dans le règlement Bruxelles II bis et en ajoutant des règles de conflit de lois en matière de divorce et séparation, où, pour la première fois dans les nouveaux instruments communautaires, ni l'Irlande ni le Royaume-Uni sont disposés à exercer le droit du *opting-in* qu'ils ont en vertu de l'article 69 CE, parce que l'instrument inclut des règles sur la loi applicable, alors que ces deux États sont favorables à l'application de la *lex fori*.

Mais il est clair que, malgré les difficultés, la Communauté européenne a besoin de supprimer les obstacles rencontrés par les fa-

milles transfrontalières, afin de rendre effective la libre circulation des personnes (13).

B. Les principes applicables

14 Pour élaborer un droit international privé de la famille, il faut tenir compte de trois ordres de principes : les principes pour la protection des droits de l'homme, quelques principes de droit communautaire et les principes du DIPr au service de l'intégration européenne.

1. La protection des droits de l'homme

15 L'importance du rôle de la protection des droits de l'homme dans le domaine du droit de la famille ne fait aucun doute.

Dans cette ligne, on doit mentionner, en premier lieu, l'intérêt supérieur de l'enfant, tel qu'il se trouve dans la Convention de New York sur les droits de l'enfant, ainsi que dans toutes les conventions et instruments relatifs aux enfants (14). En deuxième lieu, le principe d'égalité doit être mentionné, avec des manifestations différentes dans le domaine communautaire. Dans la perspective du droit de la famille et de la protection des droits de l'homme, l'on retiendra surtout la non-discrimination en raison du sexe ou de l'orientation sexuelle. Et, si on parle de la famille, le droit à un logement digne doit également être cité, parce que c'est particulièrement important pour certains groupes (15).

16 De plus, il doit être souligné que la famille a d'ailleurs retenu l'attention de la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, en ce qui concerne l'obligation des États parties à la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international des enfants de prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées pour garantir le retour rapide de l'enfant. À défaut de prendre ces mesures, l'État viole l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (16).

17 Il faut souligner que selon le § 2 de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, « L'Union respecte les droits fondamentaux,

(8) Malgré le fait que les décisions adoptées à l'étranger son reconnues si l'une des parties a le domicile ou la nationalité du pays où l'arrêt a été adoptée (art. 33 Marriage Act).

(9) B. Dutoit et al., *Le divorce en droit comparé*, vol. I : Europe, Genève, 2000, p. 9-15.

(10) Boletín Oficial del Estado, 172 du 20 juillet 1981.

(11) Articles 229-286 du Code civil, modifiées par loi n° 75-617 du 11 juillet 1975.

(12) JO n° L. 338 du 23 décembre 2003, modifié par le règlement n° 2116/2004 du Conseil, JO n° L. 367 du 14 décembre 2004, en raison du concordat entre le Saint-Siège et Malte. JO n° L. 338 du 23 décembre 2003.

(13) « La libre circulation des personnes constitue en effet un principe dynamique qui génère des nouveaux besoins », selon les paroles de A. Marmisse, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, Limoges, 2000, en particulier, p. 290-291 et s.

(14) À titre d'exemple, il suffit de mentionner la Convention de La Haye sur l'adoption du 1993 ou la Convention de La Haye sur la protection des enfants de 1996, ainsi que le règlement Bruxelles II bis en ce qui concerne la responsabilité parentale.

(15) Il suffit à signaler l'existence d'un rapporteur spécial des Nations unies pour examiner, en particulier, la discrimination par groupes comme certaines minorités, réfugiés, malades, personnes handicapées et les aspects liés à la femme et à la violence domestique.

(16) V. arrêts du 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie*, n° 31679/96 ; 24 avril 2003, *Silvestre c/ Autriche*, n°s 36812/97 et 40104/98 ; 29 juillet 2003, *Iglesias Gil c/ Espagne*, n° 56673/00 ; 26 juin 2003, *Maire c/ Portugal*, n° 48206/99. Dans ce dernier la Cour a considéré que « Même lorsque l'ordre juridique interne ne permet pas l'adoption de sanctions efficaces, la Cour estime qu'il appartient à chaque État contractant de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la Convention et d'autres instruments de droit international qu'il a choisi de ratifier », bien que les modalités d'exécution doivent tenir compte des éléments portés à la connaissance du juge ; « la réunion d'un parent à ses enfants vivant depuis un certain temps avec l'autre parent ne puisse avoir lieu immédiatement et requière des préparatifs. La nature et l'étendue de ceux-ci dépendent des circonstances de chaque espèce, mais la compréhension et la coopération de l'ensemble des personnes concernées en constituent toujours un facteur important ».

tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Il faut aussi souligner la proclamation solennelle de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, faite à Nice le 7 décembre 2000 (17).

2. Les principes de droit communautaire

18 Une étude récente a parlé du « non-droit international privé » (18) pour faire référence aux rapports du droit communautaire avec les conflits de lois, et cette expression imagée a mis en relief une donnée importante mais pas encore acceptée par une partie de la doctrine : à savoir, que d'après la jurisprudence de la Cour de justice, l'ordre juridique communautaire, dans les matières qu'il régit, déplace le droit international privé traditionnel dans la réglementation des relations privées internationales. On peut y inclure ainsi deux techniques spécifiques découlant de l'objectif d'un « marché intérieur » : la non-discrimination en raison de la nationalité et les libertés communautaires, ainsi que l'incidence de la citoyenneté européenne.

a) La non-discrimination en raison de la nationalité

19 Elle présente un intérêt compte tenu de deux données. D'un côté, son incidence directe sur les rapports de droit international privé passés dans le cadre du « marché intérieur », car le but de ce principe est d'assurer à tous le libre accès au dit marché. D'un autre côté, en particulier, parce qu'un nombre considérable d'États membres de la Communauté retient la nationalité dans leurs règles de conflit de lois pour les matières comprises dans le « statut personnel », la famille et les successions (19). En ce qui concerne son énoncé, il convient de retenir que le principe est prévu à l'article 12, § 1 (20) du Traité de la Communauté européenne qui dispose que dans le domaine d'application du Traité, « est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Mais ce principe se retrouve aussi dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000 (art. 21, § 2). Et c'est le texte qui a été incorporé dans la partie II du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, dont l'article II-81, § 2, établit que « dans le domaine d'application de la Constitution et sans préjudice de ses dispositions particulières, toute discrimination exercée en raison de la nationalité est interdite ». Ce double énoncé met donc en relief le caractère « fondamental » de ce principe dans l'ordre juridique communautaire, comme l'a indiqué à maintes reprises la Cour de justice.

20 Comme on vient de l'indiquer, les règles de conflit de plusieurs États membres emploient le rattachement à la nationalité pour les matières appartenant au « statut personnel ». Cela pourrait laisser penser qu'elles sont comprises dans le domaine du principe ici examiné et, partant, qu'il a été sonné le glas du rattachement à la nationalité dans le droit international privé des États membres de la Communauté européenne. Cette conséquence du principe est cependant erronée, car le rattachement à la nationalité n'est pas interdit au sein de la Communauté. L'affaire Johannes (21) est significative à cet égard. Le litige opposait un fonctionnaire des Communautés à son épouse, tous les deux étant des ressortissants allemands. Leur conflit portait sur la répartition compensatoire des droits à pension entre époux divorcés, prévue par le droit allemand. D'après le fonctionnaire, il y avait une discrimination en raison de la nationalité étant donné que d'autres ordres juridiques, comme le droit belge, ne connaissent pas le mécanisme de répartition compensatoire des droits à pension. Mais la Cour a été très claire dans sa réponse : l'article 12 du Traité « ne fait pas obstacle à ce que le droit d'un État membre prenne en considération la nationalité des époux en tant que facteur de rattachement permettant de déterminer le droit matériel applicable aux effets d'un divorce », parce que « ni les dispositions nationales de droit international privé déterminant le droit matériel applicable aux effets d'un divorce entre conjoints ni les dispositions nationales de droit civil réglant matériellement ces effets ne font partie du domaine d'application du Traité ». En bref, ce problème de droit international privé était en dehors du champ d'application du droit communautaire. Mais pour une matière régie par cet ordre juridique, comme la compétence judiciaire pour le divorce une question s'est posée : est ce que la détermination de la compétence judiciaire internationale par un chef de compétence fondé sur la nationalité est contraire au principe de non-discrimination en raison de la nationalité ? La réponse a été négative, étant donné que la même règle de compétence était applicable à tous les intéressés dans le litige et, partant, ce rattachement ne devenait pas discriminatoire.

b) L'exercice des libertés communautaires

21 L'exercice des libertés communautaires, et en particulier, la libre circulation des travailleurs est également un principe à prendre en considération. Si le travailleur se déplace d'un État membre à un autre État membre, conformément à l'article 39 CE, le corollaire nécessaire de la libre circulation et du besoin d'intégration dans le nouveau milieu est le droit pour le travailleur d'habiter avec sa famille et, en conséquence, le droit au regroupement familial. Ce droit existe non seulement lorsque le conjoint a une nationalité d'un État

(17) JO n° C. 364, ainsi que la partie II de la Constitution européenne (art. II-61 à II-114).

(18) J.-D. González Campos, *La Cour de justice des Communautés européennes et le non-droit international privé*, Festschrift für Erik Jayme, T. I, München, 2004, p. 263-275.

(19) Sur cette évolution récente, A. Borrás et J.-D. González Campos, *La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol, Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Paris, Dalloz, 2005, p. 137-153.*

(20) *Commentaire de l'article 12 dans F. Pocar, Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea, Padova, 2001, p. 120 et s.*

(21) Arrêt du 10 juin 1999, *Johannes c/Johannes, aff. C-430/97, Rec. CJCE, 1999, p. I-3486 et s. Commentaire de F. Rigaux dans Iprax, 2000, p. 287 et s. et A. Quiñones, dans la Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2001, p. 645 et s.*

membre, mais aussi quand il possède une nationalité d'un État tiers, car l'article 10 du règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 (22) en a reconnu l'importance. Ce droit n'a pas un contenu économique, bien qu'il faille souligner que le droit n'est pas accordé à la femme ou à l'enfant, mais qu'il est la conséquence d'un droit octroyé au travailleur (23). Cela démontre la pénétration des droits fondamentaux dans le droit communautaire et son incidence sur les rapports privés internationaux. On reviendra sur cette donnée plus tard, en examinant comment ces droits s'intègrent dans la citoyenneté européenne.

22 Ces considérations étaient présentes dans quelques arrêts de la Cour, tels que dans l'affaire Singh (24) ou dans l'affaire Carpenter (25). Mais l'affaire la plus importante est celle qui a fait l'objet de l'arrêt de la Cour du 19 octobre 2004 (26), dans l'affaire Chen. L'affaire est la suivante : M^{me} Chen et son mari, de nationalité chinoise, travaillent pour une entreprise chinoise établie en Chine. Dans le cadre de son activité professionnelle, le mari de M^{me} Chen effectue de fréquents voyages d'affaires dans différents États membres, notamment au Royaume-Uni. Le premier enfant du couple est né en Chine en 1998. M^{me} Chen entre au Royaume-Uni en mai 2000, alors qu'elle est enceinte. Elle se rend en Irlande au mois de juillet de la même année et sa fille, Catherine, y naît le 16 septembre suivant. La mère et l'enfant vivent actuellement au Royaume-Uni. Conformément à la loi irlandaise, la fille s'est vue délivrer un passeport irlandais, mais elle n'a pas eu le droit d'obtenir la nationalité britannique. Il est constaté que le séjour en Irlande était destinée à permettre à l'enfant d'acquiescer en naissant la nationalité irlandaise et, par voie de conséquence, à la mère d'obtenir le droit de demeurer avec son enfant sur le territoire du Royaume-Uni.

Dans cette affaire, la question était de savoir si un ressortissant mineur en bas âge d'un État membre, qui est à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un État tiers, confère le droit de séjourner dans un autre État membre dans lequel le mineur est bénéficiaire de services de puériculture, à ce mineur et à son parent. Dans ce cas, la Cour a dit pour droit que « L'article 18 CE et la directive n° 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990, relative au droit de séjour, confèrent, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, au ressortissant mineur en bas âge d'un État membre

qui est couvert par une assurance-maladie appropriée et qui est à la charge d'un parent, lui-même ressortissant d'un État tiers, dont les ressources sont suffisantes pour que le premier ne devienne pas une charge pour les finances publiques de l'État membre d'accueil, un droit de séjour à durée indéterminée sur le territoire de ce dernier État. Dans un tel cas, ces mêmes dispositions permettent au parent qui a effectivement la garde de ce ressortissant de séjourner avec celui-ci dans l'État membre d'accueil ». Le cas est, en fait, l'inverse de la situation normale, dans laquelle le titulaire du droit de séjour doit soutenir un membre de la famille, citoyen d'un État tiers. Dans le cas d'espèce, le titulaire du droit de séjour est à la charge de M^{me} Chen, citoyenne d'un État tiers, laquelle assure effectivement la garde. Et dans ces conditions, la Cour (27) estime que le refus de permettre à la mère de séjourner avec cet enfant dans l'État membre d'accueil priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier.

c) La citoyenneté européenne

23 La Communauté a franchi les limites de la simple intégration économique, pour s'orienter aussi vers l'Europe des citoyens avec l'apparition de la citoyenneté européenne. La nationalité d'un État membre devient donc le critère essentiel pour la jouissance de ce statut de citoyens propre au droit communautaire. Et cela pose le problème de l'interaction entre la nationalité étatique et la citoyenneté européenne et, en particulier, en ce qui concerne le cas d'une personne qui est ressortissant national de deux États membres de la Communauté européenne. L'arrêt du 2 octobre 2003, dans l'affaire García Avelló (28), montre clairement le rôle décisif de la jurisprudence de la Cour dans le développement du droit communautaire. Le cas d'espèce est le suivant : Carlos García Avelló, espagnol, est marié avec M^{me} Weber, de nationalité belge et les époux ont leur résidence habituelle commune en Belgique, où habitent aussi leurs deux enfants, lesquels ont la double nationalité belge et espagnole. En Belgique, ils sont inscrits sur les registres d'état civil selon la loi belge sous le nom de leur père, mais en Espagne ils sont inscrits selon le droit espagnol, sous le nom de leur père et de leur mère. Après le refus des autorités belges de modifier leur nom, le Conseil d'État a posé une question préjudicielle à la Cour de justice, sur la base des articles 12 CE (non-discrimination en

[22] Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté (JOCE n° L. 257 du 19 octobre 1968).

[23] M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré : l'expérience de la Communauté européenne*, Rec. des cours, 1995, T. 253, p. 41, parlant d'un « droit dérivé, qu'ils puisent dans la liberté propre au travailleur ».

[24] Arrêt du 7 juillet 1992, *The Queen c/ Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh*, ex parte Secretary of State for Home Department, aff. C-370/90, Rec. CJCE, 1992, p. I-4265 et s.

[25] Arrêt du 11 juillet 2002, *Mary Carpenter c/ Secretary of State for Home Department*, aff. C-60/00, Rec. CJCE, 2002, p. I-6279 et s. Sur la force expansive de ces deux décisions, N.N. Subvine, op. cit., p. 770-771.

[26] Arrêt du 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-200/02, non publiée. Note de J.-M. de Dios, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, 2, p. 633 et s.

[27] Pts n°s 44 et 45.

[28] Arrêt du 2 octobre 2003, *Carlos García Avelló c/ État belge*, aff. C-148/02, Rec. CJCE, 2003, p. I-11613. Parmi les nombreux commentaires de cette décision, S. Álvarez, Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario, *La Ley*, 22 octobre 2003 ; J.-J. Forner, dans *Revista Jurídica de Catalunya*, 2004, p. 587-594 ; P. Lagarde, dans *Revue critique de droit international privé*, 2004, p. 192-202 ; Mördorf-Schulte, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters, *IPRax*, 2004, p. 339-342 ; M. Requejo, Estrategias para la « comunitarización » : descubriendo el potencial de la ciudadanía europea, *La Ley*, 2003, n° 5903, p. 1-12 et à *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, p. 938-944 ; A. Quiñones, Derecho comunitario, derechos fundamentales y cambio de sexo y apellidos ¿un orden público armonizador ? [A propósito de las SSTJCE asunto K.E. y García Avelló], *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, n° 18, p. 507-529.

raison de la nationalité) et 17 CE (citoyenneté de l'Union). La Cour a alors dit pour droit que « les articles 12 CE et 17 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre ».

Pour parvenir à cette solution, la Cour s'est demandée si la situation qui avait fait l'objet du litige au principal, le nom des personnes physiques, relevait du champ d'application du droit communautaire et, en particulier, des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté de l'Union. Cela aurait, certes, conduit à une réponse négative si une telle situation était prise en considération isolément. Mais il s'agissait, en plus, de l'application du droit communautaire et, de ce fait, la Cour (29) a pu considérer que l'article 17 CE était applicable dans le cas d'espèce, étant donné que les deux enfants possédaient la nationalité d'un État membre mais avaient leur résidence dans un autre État. La Cour a rappelé à cet égard que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres » (30). En conséquence, bien que les règles régissant le nom relèvent de la compétence des États membres, « ces derniers doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire (31) et, en particulier, les dispositions du Traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres » (32).

24 Même si l'on peut espérer que la Cour de justice développe la citoyenneté européenne, quelques arrêts récents de la Cour de justice font naître des doutes sur la possibilité de l'évolution (33). Il s'agit, en premier lieu, de l'arrêt de la Cour du 12 juillet 2005, dans l'affaire Schemp (34). M. Schemp, ressortissant allemand résidant en Allemagne, verse, à la suite de son divorce, une pension alimentaire à son ex-épouse, résidente en Autriche. Dans ses déclarations pour l'impôt sur le revenu, il prétend à la déduction du revenu imposable de la pension versée, d'accord avec la loi allemande. Mais le

Finanzamt a refusé cette déduction, au motif qu'il fallait une attestation de l'administration fiscale autrichienne prouvant que son ex-épouse avait été imposée en Autriche sur ladite pension alimentaire, ce qui n'était pas possible car le droit fiscal autrichien écarte en principe l'imposition des pensions alimentaires. M. Schemp considère que la réglementation allemande en cause est incompatible avec les articles 12 et 18 CE, ce que conteste le Finanzamt et il forme un recours devant le Finanzgericht München, lequel soulève la question préjudicielle. La réponse de la Cour, ainsi que les conclusions de l'avocat général M. L.A. Geelhoed, présentées le 27 janvier 2005 établissent que les articles 12 et 18 CE « ne s'opposent pas à ce qu'un contribuable résidant en Allemagne ne puisse pas, en vertu d'une réglementation nationale telle que celle en cause dans l'affaire au principal, déduire de son revenu imposable dans cet État membre la pension alimentaire versée à son ex-épouse résidant dans un autre État membre dans lequel ladite pension n'est pas imposable, alors qu'il en aurait le droit si son ex-épouse résidait en Allemagne ». En deuxième lieu, plus récemment, la Cour a rendu l'arrêt du 27 avril 2006 dans l'affaire Standesamt Niebül (35) qui a beaucoup déçu les milieux juridiques, dans une affaire sur le nom, mais sans être un cas de double nationalité, comme dans l'affaire García Avello. L'affaire se trouve une nouvelle fois à la Cour (36) et il semble difficile que cette fois-ci la Cour puisse à nouveau éviter de trancher.

25 D'autre part, en lien avec l'exercice des libertés communautaires, la Commission a affiché son intention, dans la partie du plan d'action de mise en œuvre du programme de La Haye (37), pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, relative à la citoyenneté de l'Union, de « permettre aux citoyens de l'Union européenne et aux membres de leur famille de se déplacer à l'intérieur de l'Union européenne dans les mêmes conditions que les ressortissants d'un État membre se déplaçant ou changeant de lieu de résidence dans leur propre pays ». À cet effet, la Commission propose le contrôle de la transposition, du respect et de l'application en bonne et due forme de la directive n° 2004/38/CE (38) relative au droit de circuler et de séjourner librement avant de préparer un rapport et, le cas échéant, présenter des propositions en vue de la modification de la directive en 2008.

[29] En particulier, pts 20 à 27.

[30] Arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast et R.*, aff. C-413/99, Rec. CJCE, p. I-7091 et s., pt 82.

[31] *V.*, par analogie, l'arrêt du 2 décembre 1997, *Dafeki*, aff. C-336/94, Rec. CJCE, p. I-6761, pts 16 à 29.

[32] *V.*, notamment, l'arrêt du 23 novembre 2000, *Elsen*, aff. C-135/99, Rec. CJCE, p. I-10409, pt 33.

[33] Des doutes avaient déjà été exprimées par N. Reich, *Union Citizenship - Metaphor of Source of rights*, *European Law Journal*, 2001, p. 4-23 ; C. Jacqueson, *Union Citizenship and the Court of Justice. Something new under the sun ? Towards social citizenship*, *European Law Review*, 2002, p. 260-281.

[34] Arrêt de la Cour du 12 juillet 2005, *Egon Schempp c/ Finanzamt München*, aff. C-403/03

[35] Arrêt du 27 avril 2006, aff. C-96/2004, commentaire de C. González Beilfuss *eà Revista Jurídica de Catalunya*, de A. Lara, in *La Ley*, n° 6560 du 29 septembre 2006, de D. Coester-Waltjen, in *IPRax*, 2006, 4, p. 392 et s., et les très commentées conclusions de l'avocat général F.G. Jacobs (en particulier, D. Henrich, *eà IPRax*, 2005, 5, p. 422 et s.).

[36] *Asunto C-353/06, Grunkin y Paul, Niebüll II*.

[37] Document COM (2005) 184 final, du 10 mai 2005, cit. Après, publié le plan d'action du Conseil et de la Commission in *JOCE* n° C. 198 du 12 août 2005, op. cit.

[38] Directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement [CEE] n° 1612/68 et abrogeant les directives n°s 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JOCE* n° L. 158 du 30 avril 2004.

3. Les principes de DIPr au service de l'intégration européenne : la reconnaissance mutuelle

26 Il est temps de passer à l'examen du troisième groupe de principes utilisés par le droit communautaire qui comprend des principes propres au DIPr, mais adaptés aux buts de l'intégration communautaire. Il s'agit du principe de reconnaissance mutuelle, qui malgré son origine jurisprudentielle dans l'affaire du *Cassis de Dijon* (39) dans le domaine de la libre circulation de marchandises, n'apparaît en réalité dans le domaine du DIPr communautaire qu'à partir du Traité d'Amsterdam de 1997 et, plus concrètement, dans les conclusions du Conseil européen de Tampere en 1999. Ce principe constitue à présent la pierre angulaire (*cornerstone*) de l'espace européen de justice. Et de ce fait, il n'est pas surprenant que dans le plan d'action de la Commission pour la mise en place du programme de La Haye, on ait rappelé l'« importance primordiale » du principe de reconnaissance mutuelle et que l'on ait proposé de lancer des consultations « afin de préparer de nouvelles dispositions législatives portant sur des domaines auxquels la reconnaissance mutuelle ne s'applique pas encore ». Il s'agit donc d'une technique propre au droit international privé, bien qu'elle se trouve au service d'une finalité différente, l'intégration communautaire. Plus spécifiquement, comme on le verra par la suite, celle-ci s'est réalisée au service de la création d'un espace judiciaire européen et du bon fonctionnement du marché intérieur.

27 Or des déclarations du Conseil de Tampere, on peut dégager trois caractères du principe de la reconnaissance mutuelle. D'abord, ce principe est au service de la création d'un espace européen en matière de justice (40), un nouvel objectif du droit communautaire. En deuxième lieu, si ce principe communautaire a trouvé son origine dans la libre circulation des marchandises, il a cependant été étendu à une matière au contenu très différent : la libre circulation des décisions judiciaires dans la Communauté européenne. Même si cette extension du principe est conforme à la logique du droit communautaire, elle ne peut cependant se produire que s'il existe un acte de droit dérivé qui en fait application. En troisième et der-

nier lieu, la reconnaissance mutuelle, compte tenu de son objectif essentiel, la suppression de l'exequatur, doit avancer à petits pas. Car nous sommes dans un domaine de *moving law* et, de ce fait, des secteurs les uns après les autres vont bénéficier de la suppression de l'exequatur, objectif final de l'application du principe.

II. Les résultats obtenus et les perspectives

28 J'arrive ainsi à la deuxième partie de cette intervention, relative aux résultats obtenus et aux perspectives pour l'avenir.

A. Les résultats obtenus

29 Il est généralement admis que les dispositions du Traité d'Amsterdam ont provoqué le changement le plus important dans le droit international privé (41). Il convient de se reporter aux dispositions qui nous intéressent : celles du titre IV du Traité précité qui font référence à la matière civile. Pour ce qui est de l'article 61 CE, il établit que, pour mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice, le Conseil arrête, parmi d'autres, « c) des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, visées à l'article 65 ». Et le chapeau de l'article 65 CE dispose que « les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à (...) », en indiquant après cet objectif quelles sont ces mesures, dont nous allons parler plus loin.

30 Pour ce qui est des résultats, on peut observer que les instruments adoptés jusqu'à présent relèvent essentiellement de l'alinéa a) de l'article 65 CE, qui a prévu des mesures pour améliorer et simplifier « le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires, la coopération en matière d'obtention des preuves, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires ». Cette règle doit être cependant lue à la lumière des

[39] Arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branwein*, aff. 120/78, Rec. CJCE, 1979, p. 649 et s., en particulier, pt 14. Parmi les nombreux commentaires, A.M. Arnull, dans *New Law Journal*, 1983, p. 347-349 ; E. Balate, dans *Revue de droit commercial belge*, 1998, p. 278-289 ; N. Bouza dans *Revista de Instituciones Europeas*, 1981, p. 397-430 ; A. Dashwood, dans *European Intellectual Property Review*, 1981, p. 268-270 ; L. Gormley, dans *European Law Review*, 1981, p. 454-459 ; S. Martínez Lage dans *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1996, n° 109, p. 1-4 ; A. Mattered, dans *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1981, p. 273-286 ; A. Mattered, in *Revue du Marché commun*, 1980, p. 505-514 ; E. Millarg, dans *Europarecht*, 1979, p. 420-427 ; D. Wyatt, dans *European Law Review*, 1980, p. 213-220 et 1981, p. 185-193.

[40] A. Borrás, Significado y alcance del espacio judicial europeo en materia civil : hacia la reforma del Título IV TCE, *Noticias de la Unión Europea*, octobre 2003, p. 11 et s.

[41] Parmi la nombreuse bibliographie, S. Bariatti, La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001/2-3, p. 261-310 ; J. Basedow, The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, *Common Market Law Review*, 2000, p. 687-708 ; A. Borrás, Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, p. 383-426 ; A. Borrás, La comunitarización del Derecho internacional privado : pasado, presente y futuro, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, Bilbao, 2002, p. 285-318 ; H. Gaudemet-Tallon, *Quel droit international privé pour l'Union européenne ?*, International conflict of laws for the Third Millennium, Essays in honor of Friedrich K. Juenger P.J. Borchers and J. Zekoll (eds.) *New York*, 2001, p. 317-338 ; C. González Beilfuss, Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, T. IV, p. 117-187 ; E. Jayme, *Europäisches Kollisionsrecht : Grundlagen-Grundfragen, Perspektiven des Rechtes in der Europäischen Union* (Hrsg. P.C. Müller-Graff), Heidelberg, 1998, p. 1 et s. ; E. Jayme et Ch. Kohler, *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome*, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 1-40 ; Ch. Kohler, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam*, *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 1-30 ; Ch. Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht zwischen Amsterdam und Niza*, Vienne, 2001 ; H.P. Mansel, *Systemwechsel im Europäischen Kollisionsrecht nach Amsterdam und Niza*, *Systemwechsel im Europäischen Kollisionsrecht* (J.-F. Baur et H.P. Mansel, dir.) München, 2002, p. 1 et s. ; P. de Miguel Asensio, La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, p. 373-376 ; F. Pocar, La comunitarizzazione del diritto internazionale privato : una « european conflict of laws revolution » ?, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2000, N. 4, p. 873-884 ; R. Wagner, EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen ?, *RabelsZ*, 2004, p. 119-153 ; M. Wilderspin et X. Lewis, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres*, *Rev. crit. DIP*, 2002, n° 1, p. 1-37 ; n° 2, p. 289-313.

conclusions de Tampere et du programme de mesures pour l'application du principe de reconnaissance mutuelle pour mieux comprendre les instruments adoptés jusqu'à présent. Mais dans ce cadre, il convient de distinguer deux grands axes : l'un suit la Convention de Bruxelles de 1968 (Convention « Bruxelles I ») pour les questions patrimoniales, et l'autre suit la Convention de 1998 (Convention « Bruxelles II »). En fait, les trois premiers règlements adoptés (insolvabilité, notifications et « Bruxelles II ») sont la simple transformation des conventions préalables, avec les seules modifications que nécessite le passage d'une convention à un règlement, ainsi que les changements dus à l'écoulement du temps. Cette urgence pour utiliser la nouvelle base juridique peut s'expliquer, sans doute, par l'intérêt de la Commission à élargir les compétences de la Communauté *ad extra*, comme nous allons le voir plus loin.

31 Le règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (règlement Bruxelles II) (42) est le premier pas dans le domaine du droit de la famille. Mais les conclusions de Tampere ont amené immédiatement la France à formuler une proposition pour supprimer l'exequatur en matière de droit de visite (43). Ce texte a rencontré dès ses débuts de nombreuses difficultés, la plus importante découlant de son lien avec le règlement « Bruxelles II » et, par conséquent, la limitation aux enfants issus du mariage.

Compte tenu de ces difficultés, la Commission a présenté une proposition sur la protection des enfants en général. Le résultat a été l'adoption du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, abrogeant ainsi le règlement antérieur (règlement Bruxelles II bis) (44). En fait, on peut avoir des hésitations sur le remplacement d'un texte par un autre seulement deux ans après l'entrée en vigueur du premier. Et on peut douter également de l'opportunité de maintenir les litiges matrimoniaux dans le même texte que la responsabilité parentale, quand les problèmes liés à celle-ci ne restent pas limités aux problèmes ayant des liens avec le litige matrimonial.

32 Bien que dans un seul texte en vigueur, deux sont des matières pour lesquelles le règlement Bruxelles II bis établit des règles de compétence judiciaire internationale et de reconnaissance et exé-

cution des décisions en matière de divorce et de responsabilité parentale. En accord avec l'enquête mentionnée, sept citoyens sur dix aimeraient que le divorce dans un autre pays devienne plus facile, ainsi qu'ils désiraient que les règles sur le droit de garde dans les États membres deviennent plus proches.

33 Il n'y a pas lieu d'examiner toutes les dispositions du règlement, mais, il y a, à mon avis, trois règles qui justifieraient à elles seules l'adoption du règlement ainsi que la modification qui a été apportée à son libellé pour faciliter la compréhension : la règle sur la litispendance, la règle sur la reconnaissance automatique pour les décisions en matière de litiges matrimoniaux et l'établissement d'un « titre exécutoire européen » en matière de droit de visite et retour de l'enfant. Dans cette intervention, je me limiterai à ces trois règles (45).

1. La règle sur la litispendance

34 Un des problèmes posés par les litiges matrimoniaux est que chacun des époux peut saisir une juridiction d'un État différent, ce qui donne lieu à deux litiges parallèles et, au final, à deux décisions contradictoires. C'est pourquoi l'on parle de litispendance, au sens classique, et, par ailleurs, d'actions dépendantes ou de « fausse litispendance » (46), à cela s'ajoutent encore les différences entre les ordres juridiques internes à ce sujet. Simplifiant considérablement l'article 11 de la convention de 1998 et du règlement n° 1347/2000, l'article 19, § 1 du nouveau règlement traite des litiges matrimoniaux et le § 2 des actions relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant. En ce qui concerne le premier aspect, de nombreuses questions se posent : que faire lorsque l'un des ordres juridiques concernés ne prévoit pas la séparation de corps ou l'annulation du mariage ? Que faire lorsque la première demande est une demande en annulation et la seconde une demande en divorce ? Face à cette situation, il est seulement exigé que le litige ait lieu « entre les mêmes parties » pour que la juridiction saisie en second lieu sursoie d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie. Le problème est différent en ce qui concerne les actions relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant, qui doivent avoir « le même objet et la même cause » pour qu'il soit également sursis à statuer comme dans les cas visés au § 1.

Le § 3 prévoit en conséquence dans les deux cas la règle *prior temporis* et dispose que lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se

(42) Entré en vigueur le 1^{er} mars 2001, JOCE n° L 160 du 30 juin 2000.

(43) Publiée dans JOCE n° C 234 du 15 août 2000.

(44) JO n° L 338 du 23 décembre 2003, modifié par le règlement n° 2116/2004 du Conseil, JO n° L 367 du 14 décembre 2004, en raison du Concordat entre la Sainte Siege et Malta.

(45) Pour mes commentaires sur d'autres dispositions des règlements, en plus du contenu du rapport explicatif à la Convention de 1998, dans la partie encore utilisable, Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial : el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo [Bruselas II], Revista Jurídica de Catalunya, 2003, 2, p. 361-386. De Bruselas II a Bruselas II bis... o a Bruselas II plus, Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Sevilla [Servicio de publicaciones de las Universidades de Sevilla, Córdoba y Málaga], 2005, T. I, p. 239-257. Commentaire aux règlements Bruxelles I et Bruxelles II bis, Droit civil. Coopération judiciaire européenne [secrétariat général du Conseil], 2005, p. 54-77. Competencias « exclusivas » y competencias « residuales » de Bruselas II a Roma III, Festschrift für K. Kerameus, sous presse.

(46) Comme je l'ai appelé dans le rapport explicatif relatif à la convention de 1998 (pt 54). Sur l'importance de la règle, J. Pirrung, Unification en matière familiale : la Convention de l'Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d'Unidroit, Revue de droit uniforme, 1998, n°s 2-3, p. 635.

dessaisit en faveur de celle-ci. La nouveauté tient au fait que ce paragraphe permet à la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu, si elle le souhaite, de porter cette action devant la juridiction qui est compétente parce qu'elle a été saisie en premier lieu. Cette disposition suscite cependant des réserves, car cette possibilité n'a pas de limites. Des questions se posent : quelle est la loi applicable ? Quelle sera la règle de compétence territoriale interne ? etc. (47).

2. La règle sur la reconnaissance automatique

35 Le règlement prévoit des règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions au chapitre III. Comme cela a été dit à propos de la litispendance, une autre règle pourrait, à elle seule, justifier l'adoption du règlement. Il s'agit de l'article 21, qui renforce la portée de la reconnaissance. En vertu de cet article, les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure, cette disposition étant fondée sur le principe de la confiance mutuelle. Mais le plus important (§ 2) est qu'aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État sur la base d'une décision rendue dans un autre État membre en matière matrimoniale. L'article 21 a évidemment entraîné un changement important qui doit être apprécié à sa juste valeur par les citoyens européens, car la mise à jour des actes d'état civil est l'effet le plus fréquemment recherché. Cette disposition implique un gain de temps et d'argent, car la mise à jour des actes d'état civil est effectuée sans qu'il soit nécessaire de rendre aucune décision supplémentaire. Toutefois, les problèmes résultent du fait que la reconnaissance n'est pas judiciaire, mais qu'elle équivaut à une reconnaissance aux fins de l'état civil.

36 La reconnaissance sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure exigeait la garantie que représente la possibilité de recours, conformément à la procédure prévue dans le règlement même (art. 21, § 3) et qui sera celle établie pour l'exécution (48).

3. L'établissement d'un « titre exécutoire européen » en matière de droit de visite et retour de l'enfant

37 Le nouveau règlement n° 2201/2003 franchit un pas important sur deux questions : la force exécutoire de certaines décisions relatives au droit de visite (art. 41) et de certaines décisions ordonnant le retour de l'enfant (art. 42). Cependant, comme l'indique l'arti-

cle 40, § 2, ces dispositions « n'empêchent pas un titulaire de la responsabilité parentale d'invoquer la reconnaissance et l'exécution d'une décision », conformément aux dispositions contenues aussi dans la Convention. En fait, on a établi un « titre exécutoire européen » en matière de droit de visite et de retour de l'enfant. Car dans les deux cas, il est précisé qu'« une décision exécutoire rendue dans un État membre, est reconnue et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine ». De cette façon, le contrôle dans l'État requis disparaît et est remplacé par le contrôle par le juge d'origine, en application du principe de la reconnaissance mutuelle. Ce qui implique que, pour la première fois, dans le droit de la famille on arrive, certes dans un domaine réduit, à la suppression de l'*exequatur* (49). Et il ne fait aucun doute que ces dispositions vont faciliter l'exercice du droit de visite et prévenir l'enlèvement d'enfants dans l'espace judiciaire européen.

B. La projection extérieure et, en particulier, les rapports avec les Conventions de La Haye de 1980 (enlèvement des enfants) et de 1996 (protection des enfants)

38 L'exercice des compétences par la Communauté dans le domaine du droit international privé n'a pas seulement des conséquences internes, mais aussi des conséquences externes. Dans le premier cas, il en résulte un droit international privé communautaire en expansion dont l'horizon n'a pas pour l'instant de limites et qui a, par conséquent, une large incidence sur le droit international privé des États membres. Dans le deuxième cas, les conséquences de la « communautarisation » portent sur les rapports externes des États membres, qui vont être limités ou conditionnés par la suite à l'exercice préalable des compétences communautaires en matière de droit international privé. Les dispositions du Traité de la Communauté européenne ne disent rien sur la compétence externe de la Communauté dans le domaine du droit civil. Les articles 61 c) et 65 CE ont, en principe, seulement trait aux effets internes de la communautarisation (50). Et c'est pourquoi on doit faire référence à ce qui est connu sous forme abrégée comme étant « l'effet AETR », compte tenu de la décision de la Cour de Justice qui a admis cette extension de la compétence (51) : « Chaque fois que pour la mise en

[47] Il n'est dès lors pas étonnant que la doctrine ait émis de nombreux doutes sur cette disposition. Ainsi, B. Ancel-H. Muir Watt, *La désunion européenne : le règlement dit « Bruxelles II »*, Rev. crit. DIP, 2001, p. 428-431, H. Tagaras, *Questions spéciales relatives à l'unification communautaire du droit international privé de la famille* [règlement n° 1347/2000], Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis, Bruxelles, 2003, vol. I, p. 462-464. En tout cas, H. Gaudemet-Tallon, *Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, JDI, 2001, p. 399-405, souligne l'effort accompli dans le cadre de cet article et le caractère « ingénieux » de la solution.

[48] Uniquement nécessaire en principe pour les mesures relatives à la responsabilité parentale. Sur la procédure de reconnaissance et d'exécution, R. Wagner, *Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach der Brüssel II-Verordnung*, IPRax, 2001, 2, p. 73 86.

[49] En mettant de côté ici les problèmes des liens avec d'autres conventions, auxquels on fera référence plus tard.

[50] Sans préjudice de l'interprétation large donnée par la Cour dans l'affaire *Owusu* et dans l'avis n° C-1/03, dont nous allons parler plus tard. On doit dire que pour K. Boele-Woelki et R. H. Van Ooik, *The communitarisation of Private International Law*, Yearbook of Private international law, 2002, p. 19, le fait que les protocoles sur la situation du Royaume-Uni, Danemark et l'Irlande disent que ces trois États ne sont pas obligés par les Conventions internationales conclues d'accord avec le titre IV, présuppose l'existence de treaty making power pour les matières du titre IV.

[51] Arrêt de la Cour de justice du 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil*, aff. 22/70, *Accord européen sur les transports routiers (AETR)*.

œuvre d'une politique commune prévue par le Traité, la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes, les États membres ne sont plus en droit, qu'ils agissent individuellement ou même collectivement, de contracter avec les États tiers des obligations affectant ces règles ». Les problèmes ont surgi chaque jour et chacun avec ses propres particularités (52), pour arriver à des solutions au cas par cas.

39 La Cour a rendu assez récemment un avis qui ne touche pas les affaires de droit de la famille, mais qui a des conséquences pour la conclusion des conventions dans le domaine civil et commerciale, en général. Une fois adopté le règlement « Bruxelles I » portant révision de la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le Conseil autorisa, le 14 octobre 2002, l'ouverture des négociations pour la révision de la Convention de Lugano sur la même matière. Mais une question restait ouverte : qui de la Communauté ou des États membres devait conclure la Convention avec les États partie à la Convention de Lugano ? Trois ans après, le 7 février 2006 la Cour, dans son Assemblée plénière, a émis son avis. La conclusion de la Cour est simple : la conclusion de la nouvelle Convention de Lugano « relève entièrement de la compétence exclusive de la Communauté européenne » (53). Sans entrer dans le détail de l'avis, il faut souligner deux données : A) En ce qui concerne le degré d'affectation des règles communautaires, la Cour fait une interprétation extensive, car elle ne se borne pas à la formule traditionnelle de faire référence à « un domaine déjà couvert en grande partie par des règles communautaires » (54), mais la Cour ajoute que « Il importe également de prendre en compte non seulement l'état actuel du droit communautaire dans le domaine concerné, mais également ses perspectives d'évolution, lorsque celles-ci sont prévisibles au moment de cette analyse » (55). On peut ainsi considérer que une initiative (56), ou la présentation d'un Livre vert (57) ou, plus simplement encore, la prévision d'un Livre vert (58) ou l'inclusion dans un plan d'action à long terme (59) peut donner libre

cours à la compétence communautaire. B) Les cas futurs dans lesquels se posera le problème de la compétence pour conclure une convention avec des États tiers seront quand on insère dans une Convention quelques règles relatives à la compétence et la reconnaissance et l'exécution des décisions. De telle sorte, dans bien des cas il va en résulter une compétence communautaire. Mais dans ce cas, en suivant l'avis sur la compétence pour la conclusion de la Convention de Lugano, la compétence communautaire serait « exclusive » par rapport à quelques dispositions, mais cette compétence exclusive ne serait pas « entièrement » de la Communauté européenne, étant donné que pour le reste de la Convention les États membres seraient compétents. Le résultat est d'une grande complexité pour la négociation et pour la conclusion de ces conventions. Pour le moment, c'est la seule interprétation possible, qui peut devenir de plus en plus complexe.

40 Il n'est pas étrange de considérer que la Commission a pris bonne note de la décision de la Cour de justice et, pour la première fois, c'est tout récemment qu'un document du Conseil a été publié sur la coopération judiciaire en matière civile au niveau mondial (60). Ce document montre clairement que la Commission est en train d'intervenir plus directement dans les rapports extérieurs des États, ce qui signifie que ce sera la Communauté et non les États membres qui vont négocier et conclure les conventions multilatérales et bilatérales avec les États tiers. Le seul avantage pour les États tiers est qu'ils auront besoin de négocier seulement avec la Commission, sous le contrôle du comité de l'article 300 et qu'ils n'auront pas besoin d'attendre la ratification des 24 États membres. Une mince consolation avec un avis comme celui rendu par la Cour.

1. La signature et ratification des conventions

41 Le premier texte à vocation universelle qui a subi les effets de la communautarisation a été la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants (61). En effet, comme l'indique le rapport

[52] Ce qui permet de revenir à plusieurs reprises sur le même sujet. Pour me référer seulement à mes travaux les plus récents, A. Borrás, *Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi, Diritto internazionale privato e Diritto comunitario* (a cura di Paolo Picone), Padova, 2004, p. 449-483 ; A. Borrás, *The effect of the adoption of Brussels I and Rome I on the external competences of the EC and the Member States, Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I* (J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, eds.), Antwerp-Oxford-New York, 2004, p. 99-125. A. Borrás, *Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir, Rec. des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, T. 317 (2005), p. 467-522.

[53] *Un commentaire détaillé*, A. Borrás, *Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006 : Comments and immediate consequences, Yearbook of Private International Law, volumen 8 (2006), p. 37-52, ainsi que commentaires plus breves à Revista Jurídica de Catalunya, 2006, 3, p. 879 et s. et à Revista General de Derecho Europeo, n° 10, mai 2006, <http://www.iustel.com/revistas/>.*

[54] C'est la formule de l'avis 2/91, pts 25 et 26.

[55] Pt 126.

[56] V. par exemple, la proposition de la Commission sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération des autorités en matière d'obligations alimentaires, document COM (2005)649 final du 15 décembre de 2005, laquelle a une incidence sur le projet de Convention en préparation à la Conférence de La Haye.

[57] V. en matière de successions, document COM (2005) 65 final du 1^{er} mars 2005 ou en matière de loi applicable au divorce, document COM (2005) 82 final du 14 mars 2005.

[58] Comme en matière d'effets patrimoniaux des rapports matrimoniaux et non patrimoniaux ou sur la reconnaissance mutuelle en matière d'état civil.

[59] Comme le plan d'action du Conseil et de la Commission pour la mise en action du programme de La Haye, JO n° C 198 du 12 août 2005.

[60] Aspect de la coopération judiciaire en matière civile dans le cadre de la stratégie relative à la dimension extérieure de la JAI : liberté, sécurité et justice au niveau mondial, document n° 8140/06 du 11 avril 2006.

[61] Dans *Recueil des Conventions 1950-1996 et sur le site internet de la conférence*, <http://www.hcch.net>.

explicatif de la Convention « Bruxelles II » de 1998 (62), qui constitue le texte précédent, presque sans modifications, du règlement n° 1347/2000, les deux instruments ont été élaborés en même temps et en prenant en considération ses règles. De cette manière, les deux textes pourraient être appliqués en même temps et de façon complémentaire et c'est le sens de l'article 52 de la Convention de La Haye (63) et de la clause de priorité contenue à l'article 37 du règlement (64). Le premier problème avec la Convention de 1996 est de savoir qui doit la signer et la ratifier, étant donné que la Convention n'est ouverte qu'aux États. Le Conseil autorisa la signature (65) et tous les États membres signèrent la Convention en même temps, le 1^{er} avril 2003, dans son propre intérêt et dans l'intérêt de la Communauté. Même si la Commission a présenté une proposition de décision pour la ratification, qui doit aussi être faite simultanément par tous les États membres, pour arriver ainsi à une entrée en vigueur aussi simultanée, néanmoins, l'adoption par le Conseil n'a pas encore été possible (66).

On a ainsi adopté une position équilibrée devant à une situation transitoire : les États n'arrivent pas à ratifier de façon individuelle une Convention affectant un instrument communautaire, mais l'absence d'une clause d'adhésion de la Communauté ne peut pas aboutir à l'adoption par les États membres de la Conférence de La Haye d'un Protocole pour permettre cette adhésion, laquelle serait presque impossible. On ne peut négliger les hésitations que les États membres peuvent avoir à l'intérieur de la Communauté étant donné que c'est seulement après l'adoption du mandat du Conseil que doit commencer la procédure interne de ratification. Une fois cette procédure conclue, le dépôt de l'instrument ne peut avoir lieu qu'à la fin du processus dans tous les États membres. On pourrait peut-être assouplir cette situation en permettant le dépôt, mais en retardant l'entrée en vigueur jusqu'à ce que tous les États membres aient déposé l'instrument de ratification. Il s'agit d'une solution particulière pour une convention présentant des problèmes aussi particuliers, que nous allons voir plus loin.

2. Les clauses de compatibilité

42 Tous les États membres ou certains d'entre eux sont parties à différentes Conventions multilatérales lesquelles affectent des matières prévues dans le règlement n° 2201/2003. Il a fallu, en conséquence, établir des règles précises sur les rapports de ce texte avec

toute une série de conventions. Il faut rappeler que les instruments communautaires établissent un régime particulier pour un groupe d'États, ce qui revient à un accord *inter se*, accords qui sont permis par les Conventions auxquelles le règlement fait référence, étant donné que l'instrument communautaire reste dans le cadre marqué par ses clauses de déconnexion ou, plus précisément, de compatibilité (67), lesquelles ont une fonction d'assouplissement de la Convention, dans le sens qu'elles facilitent l'acceptation de la Convention en n'empêchant pas les accords particuliers entre un groupe d'États, toujours dans le cadre établi par la Convention.

43 C'est ainsi que l'article 60 établit la primauté du règlement sur une série de conventions internationales auxquelles la totalité ou une partie des États membres sont parties. Il s'agit de la Convention de La Haye de 1961 concernant la protection des mineurs, de la Convention de Luxembourg de 1967 sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal, de la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, de la Convention européenne de 1980 sur la garde des enfants et, enfin, de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants.

À ce sujet, l'article 62 ajoute qu'elles continuent à s'appliquer dans les matières non réglées et qu'elles « continuent à produire leurs effets entre les États membres qui en sont parties contractantes, dans le respect de l'article 60 », en soulignant que cela se passe « notamment » avec la Convention de La Haye de 1980, pour éviter tous les doutes qui pourraient se poser sur les rapports entre cette Convention de La Haye et le règlement n° 2201/2003.

44 Une disposition spécifique est consacrée à la Convention de La Haye de 1996 concernant la protection des enfants. Il ne faut pas oublier que cette convention a été élaborée en même temps que la Convention Bruxelles II et leur compatibilité a été un sujet constant de préoccupation tout au long de la négociation. C'est pour cette raison que l'article 61 dispose que le règlement s'applique lorsque l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre, conformément aux dispositions de l'article 52, § 2 de la Convention de La Haye. De même, le règlement s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des mesures adoptées dans un État membre et destinées à être exécutées dans un autre État membre, ce qui est parfaitement compatible avec la Convention de La Haye, dont l'article 26, § 2 se limite à prévoir que chaque État contractant

[62] Rapport explicatif d'A. Borrás, publié avec la Convention au JOCE n° C 221 du 16 juillet 1998. Il est opportun de le mentionner ici même si ce règlement n'a pas de rapport explicatif, parce que le texte du règlement reproduit presque intégralement la Convention. En conséquence, le rapport peut être utilisé pour les règles non modifiées par le règlement jusqu'au moment où la Cour de justice se sera exprimée dans une décision.

[63] Le § 2 établit que « la Convention n'affecte pas la possibilité pour un ou plusieurs États contractants de conclure des accords qui contiennent, en ce qui concerne les enfants habituellement résidents dans l'un des États parties à de tels accords, des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention ».

[64] Article 39 de la Convention et §115 du rapport explicatif.

[65] Déc. n° 2003/93/CE du Conseil du 19 décembre 2002 autorisant les États membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, JOUE n° L 48 du 2 février 2003.

[66] Une autre fois, à cause du problème de Gibraltar. La proposition se trouve dans le document COM (2003) 348 final du 17 juin 2003.

[67] Sur le sujet, A. Borrás, *Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire*, Festschrift E. Jayme (herausgegeben von H.P. Mansel, T. Pfeiffer, H. Kronke, Ch. Kohler, R. Hausmann), 2004, Munich (Sellier), T. I, p. 57-72.

« applique à la déclaration d'exequatur ou à l'enregistrement une procédure simple et rapide », car une convention à vocation mondiale ne peut pas s'apparenter à un instrument communautaire.

Une autre règle du règlement fait aussi référence à la Convention de La Haye de 1996 : le § 4 de l'article 12, lequel donne une réponse à ce que j'ai toujours appelé un « faux problème ». À l'évidence, cet article vise les cas dans lesquels la résidence habituelle de l'enfant ne se trouve pas dans l'État dont les autorités sont compétentes pour le litige matrimonial. Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que l'article 52 de la Convention de La Haye de 1996 ne vise que les accords qui peuvent être comparés à un instrument communautaire, et que les cas dans lesquels les enfants ont leur résidence habituelle dans un État partie à l'accord ou à l'instrument. C'est pourquoi le § 4, qui traite de la question des enfants qui ont leur résidence dans un État tiers, qui n'est pas partie contractante à ladite convention, dispose que « La compétence fondée sur le présent article est présumée être dans l'intérêt de l'enfant notamment lorsqu'une procédure s'avère impossible dans l'État tiers concerné ». Cette règle a déjà été qualifiée d'« exercice excessif de communautarisation de la compétence judiciaire au nom d'un [supposé] intérêt de l'enfant » (68).

3. Les mesures pour compléter la Convention de La Haye de 1980

45 Il ne fait aucun doute que les dispositions les plus polémiques du nouveau règlement sont celles qui font référence au rapport du règlement avec la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (69). Les considérants du règlement n° 2201/2003 consacrent ainsi une attention particulière à la portée des règles du règlement par rapport à la Convention de La Haye, qui a aussi obtenu de bons résultats jusqu'à présent. C'est la raison pour laquelle il est reconnu (70) que la Convention de La Haye de 1980 « devrait continuer à s'appliquer », telle quelle mais « complétée par les dispositions de ce règlement et en particulier de l'article 11 ».

Les articles 10 (compétence en cas d'enlèvement d'enfant) et 11 (retour de l'enfant) sont les dispositions les plus polémiques du nouveau règlement. En vertu de l'article 10, les autorités de l'État de résidence avant le déplacement ou le non-retour conservent leur compétence tant que l'enfant n'a pas acquis une nouvelle résidence

habituelle et que certaines conditions ne sont pas remplies. L'article 11 précise les conditions prévues aux articles 12 et 13 de la Convention de La Haye de 1980 en ce qui concerne la procédure de retour en cas de déplacement ou de non-retour illicites. En définitive, on s'est inspiré de l'article 36 de la Convention de La Haye de 1980 qui prévoit la possibilité de limiter les restrictions auxquelles le retour de l'enfant peut être soumis d'accord avec l'article 13 de la Convention de la Haye (71). La plus grande nouveauté de ces dispositions concerne la procédure dans les cas où le retour de l'enfant est refusé, en vertu de l'article 13 de la Convention de La Haye, dans la mesure où le dernier mot concernant le retour revient non pas aux autorités de l'État vers lequel l'enfant a été déplacé, mais à celles qui sont compétentes en vertu du règlement avant le déplacement. Par ailleurs, les règles relatives à l'exécution dudit règlement s'appliqueront (art. 11, § 8), même dans l'État vers lequel l'enfant aurait été déplacé et dont les autorités auraient décidé le non-retour. La décision de non-retour reste donc en quelque sorte une « acceptation conditionnée » (72). À cet égard, le considérant 18 dispose que « En cas de décision de non-retour rendue en vertu de l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, la juridiction devrait en informer la juridiction compétente ou l'autorité centrale de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement ou son non-retour illicites. Cette juridiction, si elle n'a pas encore été saisie, ou l'autorité centrale, devrait adresser une notification aux parties. Cette obligation ne devrait pas empêcher l'autorité centrale d'adresser également une notification aux autorités publiques concernées conformément au droit national ». Cette *continuing jurisdiction* fait naître des doutes, aussi bien en ce qui concerne sa force de dissuasion que le manque de caractère immédiat de la décision que rend au final, au moment opportun, le juge de l'État de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement, pour arriver même à la qualification de *judicial kidnapping* (73).

C. Les perspectives d'avenir

46 Les textes déjà proposés ou qui feront l'objet des travaux futurs traitent aussi bien des questions de procédure que de loi applicable et dans certains cas, des deux aspects. On peut citer le Livre vert sur les

[68] E. Rodríguez Pineau, El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental, La Ley. Unión Europea, 30 enero 2004, apartado II, 1, B, 4).

[69] C. González Beilfuss, Regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores, La sustracción interparental de menores (L. Zarraluqui et al.), Madrid, 2005, p. 77 et s. ; C. González Beilfuss, Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia en la construcción de un espacio judicial europeo, Anuario español de Derecho internacional privado, 2004, p. 117 et s.

[70] Considérant 17.

[71] Sur le sujet, A. Borrás, Les clauses de déconnexion..., cit. Dans le rapport de E. Pérez Vera de la Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants, on souligne au n° 146 (Actes et documents de la XIV^e session (1980), T. III), la « possibilité d'adopter des critères plus favorables à l'objectif principal de la Convention » et que « la Convention n'est inspirée par aucune idée d'exclusivité dans son domaine d'application ».

[72] E. Rodríguez Pineau, El nuevo Reglamento..., cit., apartado 2, 1, B) b).

[73] C. González Beilfuss, Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita, Sustracción internacional de menores y adopción internacional (M. D. Adam, S. García Cano, eds.), Madrid, 2004, p. 113-114.

successions (74), le Livre vert sur les conflits de lois et de compétence en matière de divorce (« Rome III ») (75), la proposition relative aux obligations alimentaires déjà mentionnée, le Livre vert sur les effets patrimoniaux des relations matrimoniales et des par tenariats, reprenant le programme pour la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle (76), ainsi qu'un Livre vert sur la reconnaissance mutuelle dans les matières liées à l'état civil pour 2008, matières qui provoquent encore des hésitations chez certains États membres. Mais il est clair que la Communauté est disposée à avancer dans ce domaine, non seulement par la voie législative, mais aussi par l'activité de la Cour de justice, comme le montre l'arrêt Garcia Abello, dont on a parlé. On va faire seulement une brève esquisse pour montrer l'intérêt à avancer sur ce chemin, sans examiner le détail des documents, donc le résultat est encore incertain.

47 On a déjà parlé des difficultés auxquelles le projet « Rome III » est confronté. Mais le Eurobarometer mentionné à plusieurs reprises montre le désir des citoyens d'avoir la possibilité de choisir la loi applicable au divorce (soit la loi de l'État où ils habitent, où ils avaient habité ou la loi de leur pays d'origine), tandis que pour d'autres le choix devrait être limité à la loi du lieu où le divorce a lieu. Pour une écrasante majorité (9 sur 10) les accords de distribution des biens dans les cas d'un divorce à l'amiable devraient avoir validité automatique. En général, le divorce des personnes de différentes nationalités est considéré comme un problème important et d'autant plus important que les personnes sont jeunes.

La proposition a comme objectif d'augmenter la flexibilité en introduisant l'autonomie de la volonté, de prévenir la « course à la Cour » par un des conjoints (*rush to Court*), de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité et d'harmoniser les compétences résiduelles. Le choix du for et, même, l'élection de la loi applicable ne posent problème que pour la détermination de la loi applicable dans les cas où il n'a pas d'élection (art. 20 ter) avec une certaine préférence pour l'application de la *lex fori*. À mon avis, la meilleure solution serait que la question reste au dehors du règlement, de sorte que les États puissent appliquer la *lex fori* ou ses règles de conflit de lois.

48 En matière de successions, le résultat de l'enquête de l'Eurobaromètre montre que 63 % des citoyens européens attendent une action de l'Union européenne pour les successions dans un autre État et, en particulier, montrent le désir de la reconnais-

sance des testaments dans un pays différent de celui du décès. En France, en Allemagne et en Suède, 83 % des citoyens (et encore plus les femmes) considèrent trop difficile de prouver la condition d'héritier dans un autre État membre. Après le Livre vert (77) et l'audition qui a eu lieu le 30 novembre 2006, il faut atteindre l'action communautaire, surtout pour des questions spécifiques telles que le certificat européen d'héritier ou le registre européen des testaments.

49 Le projet sur les aliments (78), suite au Livre vert, a l'intention de simplifier la vie des citoyens européens, renforcer la sécurité et assurer l'effectivité et la continuité du recouvrement, en établissant aussi la reconnaissance et l'exécution automatiques. Dans ce domaine, on doit tenir compte de ce que la Conférence de La Haye a préparé une Convention dans le même domaine, qui pourrait être approuvée en novembre 2007 (79), et les deux instruments doivent avoir la possibilité d'une application harmonieuse.

50 Le Livre vert en matière de régimes matrimoniaux (80) pour lequel on a reçu des réponses jusqu'au 30 novembre 2006, ne concerne pas seulement des effets patrimoniaux pour les couples mariés, mais aussi des effets pour les couples non mariés.

51 L'importance de la médiation dans le domaine du droit de la famille est évidente. Et c'est la raison par laquelle la médiation est incluse dans l'instrument en préparation à la Communauté (81).

Considérations finales

52 Si on examine l'ensemble, on constate que les résultats sont encore limités dans le domaine du DIPr communautaire de la famille, bien qu'ils soient importants et qu'il y ait des initiatives intéressantes. Comment doit-on avancer? Comme c'est toujours le cas au sein de la Communauté, on doit avancer par des petits pas et en se rendant compte de la difficulté d'arriver à un équilibre entre les besoins du citoyen européen et la sensibilité des États à l'égard du droit de la famille.

On doit ajouter encore que le citoyen européen ne connaît pas les démarches réalisées au sein de la Communauté européenne, bien qu'il se préoccupe de plus en plus des problèmes transfrontaliers de la famille. Peut-être que s'il connaissait mieux les instruments communautaires en vigueur ou en préparation il serait plus proche de

[74] Document COM (2005) 65 final du 1^{er} mars 2005. Y.-H. Leleu, *Nécessité et moyens d'une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe*, *European Review of Private Law*, 1998, p. 159-194.

[75] Document COM (2005) 82 final du 14 mars 2005.

[76] Document COM (2006) 400 final du 17 juillet 2006.

[77] Document Com (2005) 65 final du 1 mars 2005.

[78] Livre vert, obligations alimentaires, document COM (2004) 254 final du 15 avril 2004. Proposition du document COM (2005) 649 final du 15 décembre 2005 et étude de l'impact, document SEC (2005) 1629 du 15 décembre 2005. Règlement, document COM (2005) 649 final du 15 décembre 2005.

[79] Sur les travaux, <http://www.hcch.nl>.

[80] Livre vert sur les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, avec une références spéciales aux questions de compétence judiciaire et reconnaissance mutuelle, document COM (2006) 400 final du 17 juillet 2006.

[81] Livre vert, document COM (2002) 196 final de 19 avril de 2002, suivi d'une proposition de directive sur quelques aspects de la médiation en matière civile et commerciale, document COM (2004) 718 final et annexe à la proposition en document SEC (2004) 2314 du 22 octobre 2004. La première lecture du Parlement a eu lieu les 28-29 mars 2007.

l'intégration communautaire. Mais les campagnes européennes (celle de la Constitution européenne incluse) ne mettent pas l'accent sur le domaine du droit de la famille, alors que ce sont des questions d'intérêt pour le citoyen européen, plus que les grandes questions politiques.

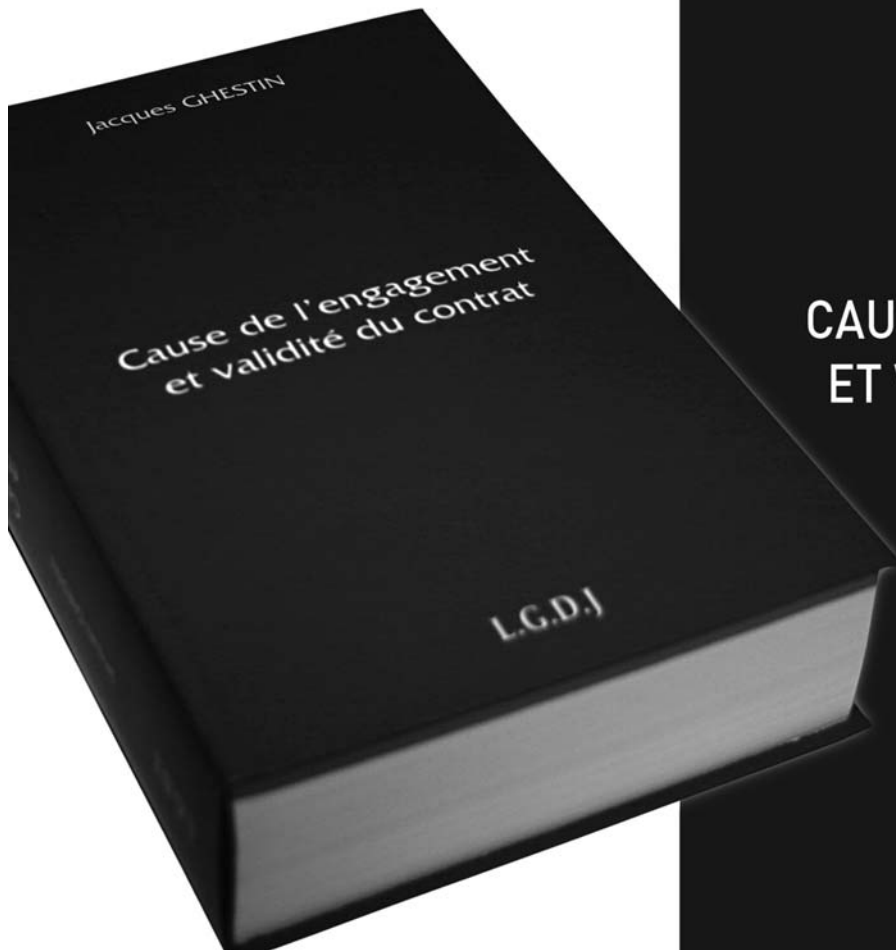
Et il faut être conscient que c'est un chemin sans retour. Bien qu'il n'y ait pas encore un système complet de DIPr européen, l'espace qui reste aux États membres pour adopter des règles internes et pour conclure des conventions avec des États tiers est chaque fois

plus petit. Cette situation, qu'on peut qualifier de transitoire, comporte des modifications très fréquentes, ce qui comporte des difficultés pour les opérateurs juridiques, lesquels se voient confrontés à une situation changeante, difficile à gérer.

Alegria BORRÁS

*Professeur de droit international privé
Université de Barcelone (Espagne)*

VIENT DE PARAITRE



CAUSE DE L'ENGAGEMENT
ET VALIDITÉ DU CONTRAT

JACQUES GHESTIN

Disponible sur **Librairie Lgdj.fr**
www.lgdj.fr