



# PROJET DE CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL PRESIDE PAR JEAN-PIERRE ANCEL

MARS 2022



# Sommaire

<b>I – LE GROUPE DE TRAVAIL : COMPOSITION, MISSION, METHODES ET OBJECTIFS</b>	<b>6</b>
<b>II – LA COORDINATION DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE FRANÇAIS : LE PERIMETRE DU CODE</b>	<b>9</b>
<b>A – L’articulation avec certaines règles du droit interne</b>	<b>10</b>
<b>B – L’articulation avec le droit de l’Union européenne et les conventions internationales</b>	<b>11</b>
<b>III – LES ORIENTATIONS</b>	<b>14</b>
<b>A – Consolider les acquis</b>	<b>15</b>
1) En matière de compétence internationale	15
1.1. L’extension, sous réserve de leur adaptation, des règles internes de compétence territoriale	15
1.2. Les règles subsidiaires de compétence fondées sur la nationalité française de l’une des parties et leur tempérament	16
2) En matière de droit applicable	18
2.1. Le maintien du renvoi	18
2.2. Les techniques classiques de la méthode conflictuelle	19
2.3. Le rattachement de principe à la loi nationale en matière de statut personnel	20
2.4. Le rattachement des droits réels à la lex rei sitae et sa modernisation	21
<b>B – Consacrer des avancées</b>	<b>22</b>
1) Évolution des règles générales	23

1.1. Consécration de la méthode de la reconnaissance des situations nées à l'étranger	23
1.2. L'office du juge renforcé et le rééquilibrage du rôle respectif du juge et des parties	24
1.3. L'assouplissement du règlement des conflits de procédures	27
1.4. Libéralisation et redéfinition du régime des jugements étrangers	29
2) La refonte des règles spéciales	31
2.1. Le mariage	31
2.2. L'adoption	32
2.3. La filiation biologique	34
2.4. La reconnaissance et le rattachement des personnes morales	36
<b>C - Comblers les lacunes</b>	<b>38</b>
1) Les vides juridiques	38
1.1. Le divorce extrajudiciaire	38
1.2. La filiation des enfants conçus avec l'aide d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur (avec ou sans GPA)	39
- En cas d'AMP sans GPA	40
- En cas de GPA	41
1.3. L'adaptation des procédures nationales au droit de l'Union européenne et aux conventions internationales en matière de divorce, de responsabilité parentale et de protection des adultes vulnérables.	44
1.4. Règle matérielle sur le règlement anticipé des conséquences financières du divorce	45
1.5. Trusts et fondations	46
1.6. Les rapports collectifs de travail	48
- Représentation collective	48

- Accords collectifs	49
- Actions collectives	49
1.7. Réécriture de l'article 913 alinéa 3 du code civil en conformité avec le droit de l'Union européenne	50
2) Les zones d'ombre	52
2.1. Le régime des clauses attributives de juridiction	52
2.2. Les partenariats enregistrés	53
2.3. La lettre de change, le billet à ordre et le chèque	54
2.4. Précisions sur les droits de propriété intellectuelle	55
2.5. Le traitement des entreprises en difficulté en dehors du champ d'application du droit de l'Union européenne	56
2.6. Le régime des actions en justice engagées en France	57
2.7. Le régime de la preuve des faits	59
- Le droit de la preuve	59
- La collecte des éléments de preuve à l'étranger	60
2.8. Règles sur l'exécution forcée	62
2.9. Régime de actes publics étrangers	62
2.10. Mesures provisoires et conservatoires	64

<b>ANNEXE : LETTRE DE MISSION DU 24 JUILLET 2018 DE MADAME BELLOUBET, GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE AU PRESIDENT JEAN-PIERRE ANCEL</b>	<b>66</b>
---	-----------

**Rapport**  
**au garde des Sceaux, ministre de la Justice**  
**sur le projet de code de droit international privé**

Après trois ans de travail, de très nombreuses réunions et consultations, le groupe de travail constitué par le Président Jean-Pierre Ancel est en mesure de présenter un projet de code de droit international privé comportant six livres et un total de 207 articles couvrant tous les aspects de la discipline.

Ce travail lui a paru justifier la rédaction d'un rapport destiné à présenter sa démarche et ses choix.

En ce qui concerne les points à forts enjeux politiques, le groupe tient à souligner qu'il a choisi de prendre parti à l'effet d'enrichir l'indispensable débat démocratique.

\*

## I – Le groupe de travail : composition, mission, méthodes et objectifs

Par lettre du 24 juillet 2018<sup>1</sup>, Madame Nicole Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice, a confié à Jean-Pierre Ancel la mission de constituer et diriger un **groupe de travail** afin de « réfléchir au projet de la codification du droit international privé français. »

Le **groupe de travail** est composé à l'origine, en tant que **membres permanents** de : **Jean-Pierre Ancel** (président honoraire de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation, ancien président du Comité français de droit international privé), **Jean-Noël Acquaviva** (conseiller à la Cour de cassation), **Mathias Audit** (professeur à l'école de la Sorbonne Paris I), **Bénédicte Fauvarque-Cosson** (professeure à l'université Panthéon-Assas Paris II), **Dominique Foussard** (avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien président du Comité français de droit international privé), **Agnès Maîtreperre** (magistrate), **Françoise Monéger** (professeure honoraire, ancienne conseillère à la Cour de cassation en service extraordinaire) **Marie-Laure Niboyet** (professeure émérite de l'université Paris-Nanterre, présidente du Comité français de droit international privé), **Jacques Pellerin** (Avocat à la Cour).

Pour des raisons professionnelles, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Agnès Maîtreperre et Mathias Audit ont dû renoncer à leur participation.

**Cyril Nourissat** (professeur à l'université Lyon III-Jean Moulin) a été intégré au groupe en qualité de **membre permanent**.

**Des spécialistes ont apporté leur concours sur des sujets spécifiques :** **Michel Menjucq** (professeur à l'école de droit de la Sorbonne Paris I) en droit des sociétés et du redressement des entreprises avec le concours le **Jean-Pierre Rémerly** (conseiller à la Cour de cassation) ; **Tristan Azzi** et **Edouard Treppoz** (professeurs à l'école de droit de la Sorbonne Paris I) en droit de la propriété intellectuelle, **Philippe Théry** (professeur à l'université Panthéon-Assas Paris II) en droit des biens, **Sara**

---

<sup>1</sup> Voir lettre en annexe.

**Patris-Godechot** (professeure à l'université de Paris Est-Créteil ) en droit des trusts et des fondations, **Fabienne Jault** (professeure à l'université de Saclay Saint-Quentin, Institut universitaire de France) et **Etienne Pataut** (professeur à l'école de droit de la Sorbonne Paris I) en droit des relations de travail. ; **Pierre Tarrade** (notaire) sur les questions intéressant la pratique notariale.

Le groupe a bénéficié de la **logistique et du soutien de la Direction des affaires civiles** (Bureau du droit international, avec la participation de **Christelle Hilpert** et du regretté **Nicolas Castell**, puis de **Tania Jewczuk** et **Gabrielle Coudin**, outre les membres des bureaux spécialisés).

La **méthode de travail**, adoptée dès l'origine d'un commun accord, n'a pas varié : désignation, sur chaque sujet, d'au moins deux rapporteurs, chargés de proposer un projet de texte, avec des variantes en fonction des enjeux, ce projet étant ensuite discuté en séance, dans un délibéré où la parole est absolument libre, ce qui fait du projet final une **œuvre collective**, au sens plein du terme.

De même, le groupe ne s'est interdit aucun sujet, fût-il ultra-sensible en l'état de notre législation interne, la réalisation du projet devant assurer dans tous les domaines du droit la meilleure régulation des relations inter-individuelles dans l'ordre international.

Compte tenu de **l'objectif principal (une codification)**, il était essentiel de bien identifier les **sources** de ce travail : les projets antérieurs, qui, malgré de prestigieux auteurs (Jean-Paulin Niboyet en 1950, Henri Batiffol en 1960 et Jean Foyer en 1967), n'ont pas abouti, mais fournissent de précieuses informations ; les codifications européennes récentes et nombreuses ; les jurisprudences, au premier rang celle de la Cour de cassation française, mais aussi celles de la CJUE et de la CEDH, outre les instruments européens et internationaux ; enfin les sources non écrites – si fécondes en cette discipline - sont également très prégnantes: la pratique et la doctrine (française et étrangère), même si aucun auteur n'est nommément cité dans ce rapport.

La codification<sup>2</sup>, destinée à **améliorer l'accessibilité, la lisibilité du droit**

---

<sup>2</sup> V. l'entretien donné par M. Daniel Labetoulle en qualité de président de la Commission supérieure de codification, où il souligne la raison d'être d'un code : assurer « *un accès plus direct, plus simple à la norme* », en permettant de légaliser des normes jusque-là jurisprudentielles, le mérite d'un code tenant « *d'abord à son utilité* », AJDA n° /2022, p. 428.

**international privé français**, contribuant ainsi à l'**attractivité** de notre système juridique à l'étranger en constituant un *corpus* de règles claires et cohérentes, impose plusieurs exigences. La première exigence est de déterminer avec précision le **contenu** et le **champ d'application** du code : c'est l'objet de l'article premier.

Le **contenu** est constitué des règles, générales et spéciales, applicables aux situations relevant du droit international privé, c'est à dire comportant un élément d'extranéité. Le champ d'application fait l'objet d'une **délimitation complexe en raison du pluralisme des sources** et de leur forte internationalisation et européanisation. C'est l'une des difficultés les plus ardues à résoudre lors de la codification du droit national d'un État membre de l'Union européenne et lié par de nombreuses conventions internationales : les règles du code s'appliquent « *hors du champ d'application du droit de l'UE et des conventions internationales* » sauf les matières pour lesquelles le code renvoie aux règles du droit de l'UE (le divorce judiciaire, par exemple) ou aux conventions internationales (pour l'explication de cette articulation subtile, voir *infra* II, la coordination des sources du droit international privé français, le périmètre du code).

La deuxième exigence emporte un effort de **définition des notions** les plus connues et usitées de la matière, sans avoir été toujours clairement définies. Les exemples sont nombreux : les diverses méthodes de résolution des conflits de lois (art 5), le domicile (art 3 al.1 s'agissant des personnes physiques art. 4 s'agissant des personnes morales) et la résidence habituelle (art 3 al. 2), les lois dont l'impérativité internationale se déduit de leur objet, qui les rend absolument nécessaires au maintien d'une société démocratique (les « lois de police ») (art 7), l'ordre public international avec la référence aux valeurs essentielles dans la conception française et européenne (art. 11), la notion de droit réel (art. 97), la notion de jugement étranger (art. 168), la notion de reconnaissance d'un jugement étranger (art. 172), la notion de mesures provisoires et conservatoires (art 199) etc.

La troisième exigence est d'aller vers la **simplification** (par exemple, avec l'élimination des conflits mobiles par l'usage d'un critère temporel de mise en œuvre du rattachement dans la règle de conflit), la **clarification** et la **précision** (liaison entre



les divers sujets ; dans la partie spéciale, énoncé systématique de la règle de compétence et du droit applicable).

Le projet – quatrième exigence – s’efforce de faire preuve de **pédagogie**. Ainsi, **il conforte les acquis conceptuels** de la discipline (distinction conflits de lois/compétence/reconnaissance des actes et jugements ; distinction règles générales/règles spéciales). Il **innove** sur certains points, par exemple à propos des questions de procédure (v. le livre III, art. 130 à 199). Il fait preuve de **souplesse** en usant de tous les procédés qu’offre la discipline en son état actuel : parallèlement aux procédés classiques de la règle de conflit, des lois de police et des règles matérielles, il fait place à la reconnaissance des situations nées à l’étranger (par ex., mariage célébré à l’étranger, art. 45) ou à une méthode hybride liant la compétence et le droit applicable (divorce extrajudiciaire, art. 53) ; il met en œuvre le contrôle de proportionnalité (GPA, art. 63) ; il adapte ponctuellement les procédures nationales pour les articuler avec les règles du droit international et du droit de l’Union européenne (obligations alimentaires entre ex-époux (art. 51 al. 4) ; il instaure un mécanisme de lutte contre des discriminations successorales (art 84).

Enfin, pour terminer sur les objectifs du projet, il est apparu qu’il convenait, à l’usage des praticiens du droit international privé, que **l’approche de la discipline** ne soit **pas exclusivement contentieuse** ; le DIP et sa pratique ne concernent pas que les juges, mais tous les usagers et praticiens de ce droit, en particulier lorsqu’ils sont tenus d’une obligation de conseil.

## II – La coordination des sources du droit international privé français : le périmètre du code

Une des préoccupations principales réside dans l’insertion du projet au sein d’une matière dont la caractéristique contemporaine, largement relevée par tous les observateurs, est celle de la diversité des sources. D’où la nécessité de mener une réflexion approfondie sur la question essentielle qui tient à l’articulation du projet, tant avec certaines règles du droit interne (A) qu’avec, aussi et surtout, le droit de l’Union européenne et les conventions internationales (B). C’est ici aborder ce qui pourrait être appelé le « périmètre » du projet.

## A – L’articulation avec certaines règles du droit interne

Deux aspects différents tenant à cette exigence d’articulation avec certaines règles du droit interne peuvent être mis en lumière. Ils répondent l’un et l’autre à la volonté d’offrir au praticien un texte marqué par la **clarté** et la **simplicité**. Cette recherche d’articulation s’est traduite tout à la fois par une reprise assumée de l’existant dans certains cas mais aussi par une abstention réfléchie conduisant à ne pas légiférer en définitive dans un autre cas.

Le premier aspect tient au fait que le projet reprend de manière délibérée certaines **normes de nature réglementaire**, bien qu’il s’agisse d’un texte de nature législative. Sur un plan technique, ceci ne pose pas de difficultés. Sur un plan pratique, il s’agit là d’une démarche que commande l’attachement marqué par le projet aux **questions procédurales** et la volonté d’offrir aussi bien au juge qu’aux parties un **outil unique** pour aborder le contentieux privé international, en particulier devant le juge français.

Si, parfois, le projet a été conduit à renvoyer à telle ou telle disposition du code procédure civile (cf. par ex. le renvoi organisé par l’article 145 à l’article 687-2 du code de procédure civile et par l’article 201 al. 1 du projet à l’article 1449 du code de procédure civile), dans d’autres situations, il a été estimé nécessaire de procéder à une reprise de la norme réglementaire. Tel est le cas de l’article 159 qui reprend l’article 735 du code de procédure civile. Dans d’autres cas, le projet élabore une règle de procédure qui pourrait être de nature réglementaire (par ex. art. 182 et 184).

Le second aspect tient au fait que le projet devait comporter un titre final sur l’**arbitrage international**. Nul n’ignore que tel est le cas dans de nombreux codes et lois de droit international privé (par ex. en Suisse). Il s’agissait de compléter le décret du 13 janvier 2011 par quelques règles essentielles, qui n’avaient pu y trouver place pour des raisons techniques, tenant là encore à la distinction réglementaire ou législative de la nature des dispositions. Le rapport fait au Premier ministre par les rédacteurs du décret le mentionnait expressément pour deux de ces règles : l’arbitrabilité des litiges concernant les États et les personnes morales de droit public (jurisprudence *Galakis*<sup>3</sup>) et la nature du contrôle de la sentence internationale

---

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 2 mai 1966, Bull. civ. I, n° 256.

(jurisprudence *Putrabali*<sup>4</sup>). Pour être complet, il convenait d'y ajouter : une disposition sur l'arbitrabilité, en l'étendant à tout litige de nature patrimoniale et, surtout, la consécration de la compétence des juridictions judiciaires pour le contentieux de l'arbitrage international, même s'il s'agit d'une question plus que sensible comme en témoignent les divergences affirmées d'opinion auxquelles elle donne lieu.

En définitive, ces dispositions n'ont pas été intégrées au projet de code, pour deux raisons essentielles. La première consiste précisément à éviter une multiplication des sources textuelles en matière d'arbitrage international (code civil, code de procédure civile et, donc, code de droit international privé). La seconde tient à ce que cela aurait conduit à l'insertion d'un « Livre » du code ne comportant que quelques articles.

Il demeure que, dans l'esprit des rédacteurs, de telles dispositions sont indispensables pour assurer la pleine efficacité de l'institution.

Ont été encore écartées les **immunités** qui relèvent pour l'essentiel du droit international public.

## B – L'articulation avec le droit de l'Union européenne et les conventions internationales

Le groupe de travail a, dès l'origine, été confronté à un **problème de méthode**, s'agissant de l'articulation du droit national avec le droit de l'Union européenne et le droit conventionnel. Cette question centrale a fait l'objet d'un débat nourri au sein du groupe. Elle a surtout connu une réponse qui a pu évoluer en fonction de l'état d'avancement du projet. Ceci explique que, une fois identifiées les solutions qui s'offraient et pesés les avantages et inconvénients de l'une ou l'autre, deux approches se sont succédé dans le temps, conduisant à celle qui a été en définitive retenue.

En bref, la première solution consistait à **incorporer** purement et simplement les textes européens ou internationaux. Cette solution avait l'avantage de

---

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 juin 2007, n° 05-18.053.

la lisibilité pour le praticien qui aurait trouvé dans un *corpus* unique l'ensemble des règles applicables mais elle présentait l'inconvénient majeur de figer des textes dont on sait qu'ils font l'objet de révisions régulières. D'où la nécessité d'envisager une mise à jour périodique du code avec, aussi, le constat qu'il paraissait hasardeux de les transformer par appropriation en textes de droit interne à la faveur de la codification. Au surplus, s'agissant du droit dérivé de l'Union européenne, il convient de ne pas oublier qu'il ne s'applique pas uniformément sur tous les territoires de la République française. D'où le constat durable de l'impossibilité d'une telle démarche.

La deuxième solution consistait à se limiter à recourir à une **formule générale liminaire** tenant à la mention d'une réserve faite du droit de l'Union européenne et des traités et accords internationaux ; réserve qui n'est que l'énoncé du principe hiérarchique selon lequel les règles issues de conventions internationales ou de règlements européens prévalent sur les règles nationales. Cette option, un temps envisagée (elle fut présentée devant le Comité français de droit international privé lors de sa séance du 9 octobre 2020), n'était pas sans inconvénient puisque des pans entiers du droit international privé mis en œuvre en pratique se seraient retrouvés absents du code, contrariant l'un des objectifs de la codification qui est précisément de réunir dans un texte unique l'ensemble des règles de droit international privé français afin de donner à ce droit une plus grande lisibilité pour la pratique.

La troisième option consistait à **procéder par renvoi**, au cas par cas, dans la partie spéciale, aux dispositions européennes ou conventionnelles applicables. Et chacun sait que c'est le parti qui a été pris par certaines législations (par ex. en Belgique mais pas systématiquement). Certes, cela suppose une exhaustivité et une mise à jour systématique. Mais il est apparu qu'elle était absolument nécessaire.

D'où en définitive, le choix de retenir une méthode qui combine **un principe général** (art. 1<sup>er</sup>) et des rappels, en tant que de besoin, dans la partie spéciale au moyen de ce qui peut être appelé des **articles de coordination ou de renvoi**.

Ainsi, en premier lieu, le projet s'ouvre sur un article général qui, après avoir défini l'internationalité retient, d'une part, que « *les dispositions du présent code s'appliquent hors du champ du droit de l'Union européenne et des conventions internationales, sauf renvoi à leurs dispositions* », d'autre part, que toutefois « Le livre 1<sup>er</sup> du présent code *ne concerne que les situations hors du champ d'application du droit de l'Union européenne et des conventions internationales* ».

En bref, afin de bien marquer le périmètre du projet, il est insisté sur le fait que ses dispositions s'appliquent hors du champ du droit de l'Union européenne ou du

droit conventionnel. Mais, pour autant, dans les autres situations, il n'est pas ignoré que les dispositions de l'un et de l'autre sont bien applicables. Ceci signifie, par exemple, que les dispositions du projet concernant la qualification (art. 6) ou celles relatives au traitement de la litispendance (art. 22) ne visent que des situations hors du champ d'application du droit de l'Union européenne et des conventions internationales. Pour les autres situations, une illustration peut être donnée à propos des partenariats enregistrés. Alors que le projet édicte la règle applicable aux effets extrapatrimoniaux des partenariats enregistrés (art. 55 al. 4 pour les partenariats enregistrés en France ou par une autorité française, art. 56 al. 2 pour les partenariats enregistrés à l'étranger), leurs effets patrimoniaux sont gouvernés par le règlement (UE) n°2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016, comme en dispose l'article 79 du projet.

En second lieu, le projet édicte, lorsque cela s'avère nécessaire en fonction des matières, un article de coordination avec les règlements ou les directives de l'Union européenne ou les conventions internationales. Il doit alors être souligné que **cette coordination ne se limite pas nécessairement à un simple renvoi à la norme supranationale.**

Plusieurs situations se présentent donc et méritent d'être évoquées.

Tout d'abord, la situation la plus simple est celle où la règle de conflit mise en œuvre en France par le juge ou par une autorité publique trouve sa **source** directement **dans un règlement européen** ou dans **une convention internationale** régulièrement signée et ratifiée. Tel est le cas de la compétence de la juridiction française en matière contractuelle qui est gouvernée par le règlement (UE) n° 1215/2012, comme en dispose l'article 88 de coordination ou, pour la loi applicable en matière de régime matrimonial, le renvoi, opéré par l'article 72, pour les couples mariés entre le 1er septembre 1992 et le 28 janvier 2019 à la convention de La Haye le 14 mars 1978, pour les couples mariés à compter du 29 janvier 2019, au règlement (UE) du 24 juin 2016.

Ensuite, il est parfois paru souhaitable de procéder à une **extension du champ de la règle** de conflit issue du règlement européen à des situations *a priori* non couvertes par lui dans un souci de cohérence et de simplification. En ce sens, il est possible de mentionner l'article 89 alinéa 2 relatif au droit applicable aux obligations contractuelles. Celui-ci retient désormais que « *hormis les cas où la loi française en dispose autrement et sous réserve des conventions internationales régulièrement signées et ratifiées par la France, les obligations contractuelles que le règlement visé au premier alinéa exclut de son champ d'application sont régies par le droit applicable en vertu dudit règlement.* » Cette démarche est celle qui a pu être retenue, par exemple, par le code de

droit international privé belge, précisément par son article 99 § 1 al. 2, consacré au droit applicable aux obligations contractuelles.

Enfin, il a été décidé, dans certaines hypothèses, de **compléter la règle** de conflit internationale par une disposition interne afin de combler une lacune. Tel est le cas des dispositions intéressant les instruments financiers. Après avoir renvoyé, pour le droit applicable à la lettre de change et au billet à ordre à la convention de Genève du 7 juin 1930, pour le droit applicable au chèque à la convention de Genève du 19 mars 1931, le projet énonce que les questions de droit applicable non réglées par les deux conventions visées « *sont déterminées par application du droit du lieu du paiement* » (art. 90. al.3), ce qui correspond à la solution préconisée par la plupart des auteurs. Une même logique préside à l'édiction des articles 92 et 93 du projet en matière de compétence des juridictions françaises pour les actions concernant les obligations extracontractuelles gouvernées par le règlement (UE) n° 1215/2012. Le premier article, tirant les conséquences tant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que de la Cour de cassation, retient qu'un fait dommageable est présumé, sauf preuve contraire, se produire en France lorsque la personne dont la responsabilité est engagée est domiciliée ou réside habituellement sur le territoire français, avec la conséquence que lorsque les juridictions françaises sont saisies à ce titre, elles connaissent de l'intégralité du dommage. Le second, s'agissant d'une atteinte à un droit de la personnalité ou d'une diffamation et quel que soit le moyen par lequel le dommage est causé, dispose que ce dommage est réputé réalisé en France lorsque le centre des intérêts de la victime se trouve sur le territoire français. Et là encore, les juridictions françaises connaissent de l'intégralité du dommage causé.

Ce faisant il est fait œuvre de complétude, permettant ainsi de satisfaire à l'exigence de prévisibilité dont chacun sait qu'elle est une dimension désormais essentielle de la sécurité juridique.

### III – Les orientations

Les règles proposées peuvent être classées en trois groupes.

Certaines, issues d'une pratique éprouvée, ont été conservées, sous réserve parfois d'ajustements (**A. Consolider les acquis**). D'autres, plus innovantes et plus conformes aux évolutions de la discipline sont le fruit d'une adaptation de solutions trop fragilisées ou devenues obsolètes (**B. Consacrer des avancées**). Par ailleurs, de

nombreuses lacunes ont été comblées au plus près des besoins exprimés par les praticiens (**C. Comblent les lacunes**).

## A – Consolider les acquis

Sur des questions importantes, le projet a maintenu des solutions traditionnelles, en dépit des critiques doctrinales dont elles faisaient parfois l'objet, tant sur le terrain de la compétence (1) que sur celui du droit applicable (2).

### 1) En matière de compétence internationale

#### 1.1. L'extension, sous réserve de leur adaptation, des règles internes de compétence territoriale

La première disposition générale relative à la compétence (art. 15) reprend **le principe jurisprudentiel**<sup>5</sup> de l'extension des règles internes de compétence territoriale à la matière internationale.

Malgré les ambiguïtés qu'il a pu naguère susciter, notamment sur la nature des règles de compétence internationale, dont plus personne ne conteste aujourd'hui la spécificité, le principe d'extension a le mérite de fournir un critère de rattachement facile à mettre en œuvre toutes les fois que fait défaut l'énoncé d'une règle de compétence propre à la matière considérée.

Parmi ces règles internes étendues, une place prépondérante est reconnue à celle énoncée à l'alinéa premier de l'article 42 du code de procédure civile fondant la compétence des tribunaux français dès lors que **le domicile** (ou la résidence habituelle) du défendeur est situé en France. Le projet définit ces deux critères lorsqu'ils s'appliquent aux personnes physiques (art. 3) et détermine le domicile des personnes morales aux fins de désignation de la juridiction compétente (art. 16 : siège

---

<sup>5</sup> Cf. Cass. Civ. 19 oct. 1959 *Pelassa*, et 30 oc. 1962 *Scheffel* (GA n° 37).

social statutaire, lieu de son organe d'administration ou de direction, établissement avec l'activité duquel est en rapport le litige).

La réserve selon laquelle il peut en être disposé autrement dans le code, traduit l'existence de nombreuses règles de compétence, propres à une matière donnée, énoncées dans le livre II, consacré aux règles spéciales. En effet, outre l'explicitation, matière par matière, de la mise en œuvre du principe d'extension (par exemple, art. 88 al. 2 ou art. 91 al. 2 en matière d'obligations contractuelles ou extracontractuelles), de nouvelles règles de compétence ont été définies, comme en matière d'état des personnes (art. 35 pour l'état des personnes en général, art. 65<sup>6</sup> en matière d'adoption).

Le projet consacre également deux règles autonomes de compétence, très généralement admises, l'une fondée sur le risque de déni de justice (art. 18) et l'autre sur le principe de territorialité des voies d'exécution (art. 147).

Enfin, l'article **42 alinéa 3** du code de procédure civile est abrogé et remplacé par une disposition plus claire (art. 19), dans un esprit conforme aux vœux de la doctrine, et dont l'objet est de déterminer le tribunal français spécialement compétent lorsque le défendeur n'a ni domicile (ni résidence) connu en France et que les juridictions françaises disposent d'une compétence générale en vertu soit d'un règlement de l'Union européenne soit de leur compétence subsidiaire fondée sur la nationalité française.

## 1.2. Les règles subsidiaires de compétence fondées sur la nationalité française de l'une des parties et leur tempérament

La question de l'abandon des chefs de compétence des articles 14 et 15 du code civil, dont le caractère nationaliste et exorbitant est très largement dénoncé par la doctrine, a été très discutée.

---

<sup>6</sup> Il est proposé en conséquence d'abroger l'article 1166 alinéa 3 du CPC dont l'extension à la matière internationale reviendrait à conférer aux tribunaux français une compétence mondiale.



S'il n'est guère contestable que, dans les relations nouées au sein d'un espace juridique intégré, tel celui de l'Union européenne, ces règles n'ont plus leur place, leur maintien dans d'autres situations répond en revanche à des préoccupations légitimes, très bien identifiées par les praticiens.

L'hypothèse principalement visée est celle où la saisine des juridictions d'un État tiers exposerait la partie de nationalité française au risque de l'application d'une **discrimination de nature substantielle** prohibée par les engagements internationaux et européens de la France<sup>7</sup>, sans remplir pour autant les conditions de mise en œuvre du *for* de nécessité, qui s'attachent exclusivement à des considérations juridictionnelles (art. 18). Mais ce chef de compétence serait également opportun pour donner la faculté à des ressortissants européens - dont l'un serait français - expatriés dans un État tiers, de saisir une juridiction européenne dans une matière familiale alors que ni la clause d'élection de *for* ni la prorogation tacite de compétence ne seraient admises<sup>8</sup>. Dans ces deux hypothèses, la compétence subsidiaire des juridictions françaises ne contrevient ni à la coordination internationale des solutions ni aux principes du droit de l'Union européenne.

Toutefois, un **garde-fou** a été posé pour éviter de constituer à l'encontre de l'autre partie une violation de son droit fondamental à un procès équitable. Innovation dans le paysage procédural français, quoiqu'imposée par l'obligation de respecter les droits procéduraux fondamentaux, il est conféré au juge la faculté de surseoir à statuer puis de refuser d'exercer sa compétence en cas d'atteinte d'une particulière gravité aux **droits de la défense**, sauf compétence exclusive, à la condition toutefois de s'être assuré au préalable de l'absence de risque de déni de justice (art. 21). Ce tempérament exceptionnel est spécialement approprié à l'encadrement de l'exercice de la compétence subsidiaire fondée sur la nationalité française quand l'avantage procuré à la partie française serait disproportionné par rapport aux contraintes procédurales subies par l'autre plaideur de nationalité étrangère. En revanche, le juge français ne pourrait pas s'en servir, comme une sorte d'exception de *forum non conveniens*, au seul motif que le litige présenterait des liens plus étroits avec un État étranger.

---

<sup>7</sup> A comparer avec le mécanisme du droit de prélèvement, *infra* C.

<sup>8</sup> Par exemple dans les conditions prévues à l'article 6 du règlement (UE) 1111 du Conseil du 25 juin 2019 (Bruxelles II bis refondu).

Le régime de cette compétence subsidiaire, tel qu'il avait été édifié par la jurisprudence afin d'en limiter les effets comme le domaine d'application et de lui retirer le caractère d'une compétence exclusive<sup>9</sup>, a été repris et précisé quant aux modes de détermination de la nationalité des personnes physiques et de celle des personnes morales (art. 17 al. 2 et 3).

En définitive, sur cette question très sensible, le projet veut faire œuvre de compromis sans sacrifier aucun intérêt légitime, dans une vision réaliste et pragmatique des relations privées internationales.

## 2) En matière de droit applicable

### 2.1. Le maintien du renvoi

Ce maintien énoncé à l'article 8 a été discuté.

En faveur de son exclusion, étaient mis en avant le droit comparé et les conventions internationales, en particulier celles élaborées dans le cadre de la Conférence de La Haye qui désignent en matière de droit applicable, la « loi interne » d'un État, ce qui écarte les règles de conflit.

C'est toutefois le maintien qui a prévalu pour plusieurs raisons.

D'abord, il convient de noter **l'attachement de la jurisprudence** de la Cour de cassation au mécanisme du renvoi qui vient de se concrétiser par un arrêt remarqué du 4 mars 2020 en matière de filiation, où la Cour a considéré que l'article 311-14 du code civil qui désigne la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, énonce « *une règle de conflit bilatérale et neutre qui n'exclut pas le renvoi* »<sup>10</sup>. Ensuite, le renvoi peut présenter des **avantages** lorsqu'il permet le retour à une loi plus facile à appliquer pour un juge. Ainsi, l'article 34 du Règlement successions de 2012, auquel

---

<sup>9</sup> Cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 23 mai 2006, *Prieur*, pourvoi n° 04-12777 et 22 mai 2007, *Banque de développement local/ Société Fercometal*, pourvoi n° 05-20473.

<sup>10</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 mars 2020, n°18-26.661.

il est renvoyé (art. 83), met en œuvre le renvoi lorsque ce renvoi est fait de la loi d'un État tiers à celle d'un État membre.

Toutefois, le renvoi n'est pas toujours d'un maniement aisé, et il a été décidé d'alléger **l'office du juge**. L'article 8 précise ainsi que les juridictions ou autorités françaises ne sont tenues d'appliquer les règles de conflit du droit étranger que si l'une des parties le demande, que le renvoi opère au premier ou au second degré.

## 2.2. Les techniques classiques de la méthode conflictuelle

Ces techniques avaient été consacrées, arrêts après arrêts, par la Cour de cassation dans ce qu'on a pu nommer « les grands arrêts ». Ce sont ces grands arrêts qui ont été pris en considération dans les textes du projet.

L'alinéa premier de l'article 6 consacre la **qualification *lege fori***, énoncée en 1955 dans l'arrêt *Caraslanis*<sup>11</sup>. L'alinéa premier de l'article 11 définit **l'exception d'ordre public international** en mettant en avant les valeurs essentielles du droit français et du droit européen, selon une formule proche de celle utilisée dans de nombreux arrêts de la Cour de cassation depuis 2010 qui se réfère « *aux principes essentiels du droit* » ayant abandonné la formule de l'arrêt *Lautour* de « *principes de valeur universelle* »<sup>12</sup>. Il a été décidé de mentionner à l'alinéa 2 de l'article 11, dans le contrôle de la conformité à l'ordre public du droit étranger, l'exigence de proximité de la situation avec l'ordre juridique français. Cet **ordre public de proximité** continue d'irriguer la jurisprudence. L'article 12 définit **l'exception de fraude** en laissant au juge le soin de tirer les conséquences de la fraude. Enfin, l'article 7 reprend la définition des **lois de police** donnée par les règlements européens, inspirés eux-mêmes de la célèbre définition de Francescakis.

---

<sup>11</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 juin 1955, GA, n°27.

<sup>12</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 25 mai 1948, GA, n°19.

### 2.3. Le rattachement de principe à la loi nationale en matière de statut personnel

Il a été décidé de maintenir ce rattachement, tempéré par de nombreuses exceptions en faveur de la loi du domicile, comme c'est le cas aujourd'hui. L'article 35 précise ainsi que « *si le présent code n'en dispose autrement, l'état d'une personne est régi par le droit de l'État dont il a la nationalité* ».

La question a été très débattue. Tout un courant doctrinal est en effet favorable au rattachement à la loi de la résidence habituelle, perçu comme le lieu d'intégration de la personne. Ce rattachement est privilégié dans les règlements européens et les conventions de La Haye auquel le code renvoie.

Mais il a semblé qu'il ne fallait pas oublier le cas des Français expatriés, de plus en plus nombreux, et qui fixent leur résidence habituelle pour quelques années dans un État qui ne partage pas les modèles familiaux européens. Ils pourront ainsi continuer à être soumis au droit français, et saisir les juridictions françaises en application de l'article 17 du projet qui a maintenu parallèlement les règles subsidiaires de compétence fondées sur la nationalité française de l'une des parties.

Une grande partie des États européens ont du reste conservé le rattachement de principe à la loi nationale<sup>13</sup> et il a été considéré que ce rattachement présentait plus d'avantages et moins d'inconvénients que celui à la loi du domicile ou de la résidence habituelle. Puisqu'il est nécessaire de combiner les deux critères dans de très nombreux cas, il vaut mieux partir de la loi nationale et prévoir ensuite des exceptions au profit de celle du domicile<sup>14</sup>. Ces exceptions figurent dans de nombreuses règles spéciales, en particulier dans les règles permettant un choix de loi en faveur de la loi du domicile ou celle de la résidence habituelle, comme en matière de nom et de prénom (art.40) ou d'adoption (art. 66 al 1 et 67 al. 2), et aussi dans les règles qui ne concernent pas que l'état d'une personne mais également une relation familiale, comme par exemple l'adoption d'un enfant pas un couple (art. 66 al. 2). En revanche, lorsqu'il ne s'agit pas de loi applicable mais de compétence, c'est la compétence de

---

<sup>13</sup> V. A. Borrás et J.D. Gonzales Campos, Mél. P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 137.

<sup>14</sup> V. H. Batiffol et P. Lagarde, T II, 1983, n°385, toujours d'actualité sur la balance des avantages et des inconvénients des deux rattachements.

principe des juridictions françaises, fondée sur le domicile ou la résidence habituelle en France qui a été retenue en matière d'état des personnes (art. 34 al. 1).

En matière de loi applicable, la loi du domicile a été généralement préférée à celle de la résidence habituelle, sauf bien entendu dans toutes les hypothèses régies par les règlements européens et les instruments internationaux qui se réfèrent à la résidence habituelle, sans donner de définition de cette résidence habituelle<sup>15</sup>. Il a semblé en effet que le domicile, dont la définition est donnée à l'article 3 alinéa 1 manifeste, plus que la résidence, l'attachement d'une personne à un lieu, qu'il est plus facile à déterminer et moins sujet à des modifications opportunistes afin de rendre applicable une loi plus attirante.

#### 2.4. Le rattachement des droits réels à la *lex rei sitae* et sa modernisation

Après avoir défini la **notion de droit réel** (art. 97) le projet consacre la règle générale, déduite par une jurisprudence séculaire de l'alinéa 2 de l'article 3 du code civil, de la soumission de l'ensemble des droits réels, principaux ou accessoires, qu'ils portent sur des immeubles<sup>16</sup> ou des meubles<sup>17</sup> à la loi de la situation des biens (art. 98). Il reprend la délimitation classique du **domaine de la loi réelle** en énonçant qu'elle régit les droits réels constitués de plein droit par l'effet de la loi tandis que la loi de la source (la loi du contrat ou la loi de la succession par exemple) s'applique aux modes d'acquisition dérivés (art. 99).

Par souci de simplification et de sécurité juridique, le projet assortit chaque règle de conflit d'un **critère temporel**, fixé selon la même logique, au jour où le droit est invoqué (art. 98) ou exercé (art. 99), ou encore au jour où une prétention contraire est élevée (art. 101). Ainsi se trouvent éliminés en amont **les conflits mobiles**, sources

---

<sup>15</sup> Plusieurs arrêts de la CJUE dans le cadre du Règlement Bruxelles II bis, ont tenté de circonscrire la notion de résidence habituelle des enfants de couples séparés CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07, CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-497/10, CJUE, 28 juin 2018, aff. C- 512/17 et celle de la résidence habituelle des époux, la Cour de justice a précisé qu'un époux ne pouvait avoir qu'une seule résidence habituelle, même lorsqu'il partage sa vie entre deux Etats membres, CJUE, 25 nov. 2021, aff.C-289/20, IB.

<sup>16</sup> Cass. civ. 14 mars 1837, *Stewart*, GA n° 3.

<sup>17</sup> Cass. req. 24 mai 1933, *Kantoor de Mas*, RCDIP1934, p. 141.

de redoutables complications en cette matière, qu'il s'agisse de définir les prérogatives du titulaire du droit réel ou les conditions d'opposabilité du droit aux tiers.

Dans le même esprit, en cas de déplacement d'un meuble corporel grevé de sûreté, il a été décidé de combiner l'application de la loi de la source de cette sûreté avec une règle de **reconnaissance en France de la sûreté** soumise à une loi étrangère « *s'il existe une sûreté française comparable* ». Cette solution, qui revient sur une jurisprudence ancienne et controversée<sup>18</sup>, soulève moins de difficultés que par le passé. En effet, le droit français connaît, depuis l'ordonnance de 2006, des sûretés suffisamment variées pour qu'une sûreté étrangère puisse être reconnue sans difficulté.

La reconnaissance de l'équivalence entre la sûreté étrangère et une sûreté française devra être complétée par l'accomplissement des **formalités de publicité** requises pour cette dernière. Il convient donc que le registre des gages organise une publicité pour les sûretés constituées à l'étranger. S'il s'agit d'une sûreté sans dépossession du constituant, le créancier devra être averti de l'introduction du bien en France pour être en mesure d'accomplir les formalités requises. Cette information incombe au constituant, sous peine des sanctions visées au texte. S'il s'agit d'une sûreté qui implique la remise du bien au créancier, aucune formalité ne sera requise en raison de la dépossession du constituant. Le créancier bénéficiera du droit de rétention.

## B – Consacrer des avancées

Dans de nombreux domaines, l'évolution des idées et de la société militent en faveur de solutions plus souples ou plus libérales. Ces tendances ont été prises en considération aussi bien sous l'angle des règles générales (1) qu'en vue de procéder à la refonte de plusieurs catégories de règles spéciales (2).

---

<sup>18</sup> Jurisprudence qui faisait application de la loi française du nouveau lieu de situation du bien, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 8 juill. 1969, *Diac*, GA n° 48.

## 1) Évolution des règles générales

### 1.1. Consécration de la méthode de la reconnaissance des situations nées à l'étranger

Dans le premier état de la rédaction du projet (tel qu'il a été présenté lors de la séance du 9 octobre 2020 au Comité français de DIP), la méthode était décrite sous la forme d'une exception à la disposition du juge, couvrant un domaine général, maniant un critère souple, celui du respect des prévisions légitimes des parties<sup>19</sup>, et répondant à des exigences méthodologiques rigoureuses, l'existence de liens étroits entre la situation en cause et l'État d'origine, d'une part, et la conformité de l'établissement de cette situation au droit de cet État<sup>20</sup>, d'autre part.

Toutefois, malgré l'énoncé de ces conditions cumulatives, il est apparu que la règle conférait au juge la faculté d'user de cette exception lorsqu'une situation est née à l'étranger, à des conditions qui ne sont finalement pas tellement restrictives, en dehors de l'emploi du terme d'exception. C'était donc une source d'imprévisibilité juridique.

Une telle règle avait également l'inconvénient de faire une place à la méthode de la reconnaissance beaucoup plus large que ses applications habituellement relevées en droit positif, principalement dans la jurisprudence des Cours européennes, qu'il s'agisse de la Cour de justice<sup>21</sup> ou de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>22</sup>, même si elle avait à l'inverse le mérite de pouvoir s'adapter à de nouvelles situations, comme celles par exemple d'une possession d'état prolongée source d'acquisition d'un statut<sup>23</sup>.

C'est pourquoi la règle a été finalement restreinte aux cas dans lesquelles une **autorité est intervenue** lors de la constitution de la situation soit parce qu'elle a dressé un acte véritablement constitutif (comme l'acte de mariage) soit parce qu'elle a

---

<sup>19</sup> A comp. avec l'article 9 du code néerlandais.

<sup>20</sup> Droit englobant ses règles de DIP

<sup>21</sup> V. CJUE, 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06 ; CJUE, 5 juin 2018, *Coman*, aff. C-673/16 ; CJUE, 14 déc. 2021, *Pancharevo*, aff. C-490/20.

<sup>22</sup> V. CEDH 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, req. 76240/01.

<sup>23</sup> Comme dans la célèbre affaire *Schwebel c/ Ungar*, RCDIP 1965p. 321.

procédé à un enregistrement ou à une immatriculation de la situation. L'intervention de cette autorité est de nature à **enraciner la situation** dans un ordre juridique donné et à faire naître les **espérances légitimes** des parties.

La règle a pour effet de conférer une reconnaissance substantielle à un acte public, pourtant non décisionnel<sup>24</sup>. C'est du reste dans de telles hypothèses, que **la méthode a été mise en œuvre dans plusieurs articles du projet**, principalement en matière de statut personnel. Ainsi, l'article 42 alinéa 2 du projet précise que les changements de nom ou de prénom régulièrement acquis à l'étranger sont reconnus en France. En matière de mariage, c'est le principe de la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger qui a été retenu à l'article 45 (*V. infra*). Il en est de même pour les partenariats enregistrés à l'étranger en conformité du droit de l'État d'enregistrement (art. 56 al. 1 et al. 4) et pour la reconnaissance de la filiation d'un enfant né à l'aide d'une assistance médicale à la procréation, sans GPA (art. 62 alinéa 2). En dehors du statut personnel, c'est encore la méthode de la reconnaissance qui a prévalu pour la reconnaissance des sociétés (art. 85) et celle des fondations (art. 115). A noter toutefois, une règle particulière de reconnaissance, opérant sans intervention d'une autorité publique mais après mise en œuvre d'une règle de conflit de lois, en faveur de la reconnaissance d'une sûreté mobilière sans dépossession, soumise à une loi étrangère<sup>25</sup>.

## 1.2. L'office du juge renforcé et le rééquilibrage du rôle respectif du juge et des parties

En ce qui concerne l'office du juge, il a été pris le parti d'innover en rompant avec certaines des règles dégagées par la jurisprudence. La nécessité de le redéfinir et de le renforcer en édictant des règles claires, dans un souci de lisibilité, de cohérence et de sécurité juridique, s'est imposée.

Toutefois, pour tenir compte des conséquences de ce choix, il a été veillé à équilibrer les rôles respectifs du juge et des parties.

---

<sup>24</sup> Contrairement à la règle générale retenue pour ces actes.

<sup>25</sup> Méthode semblable à celle qui est suivie en matière de trust, cf. *infra* C.



- **Renforcement de l'office du juge**

S'agissant de la mise en œuvre par le juge de la règle de conflit de lois, il a été décidé de faire **obligation au juge d'appliquer le droit internationalement désigné** (art. 9, alinéa 1). Cette impérativité traduit l'abandon de la distinction consacrée par la Cour de cassation au terme d'une évolution marquée par plusieurs arrêts<sup>26</sup>, de la disponibilité ou non des droits en cause, qui détermine à l'heure actuelle l'office du juge.

Selon cette règle prétorienne, le juge n'est, en effet, tenu d'appliquer la règle de conflit de loi pertinente qu'en présence de droits indisponibles, alors qu'en présence de droits disponibles, il n'en a l'obligation que si une des parties l'a invoquée, sauf à la relever lui-même d'office. Le maintien d'une distinction, au stade initial de la mise en œuvre de la règle de conflit, fondée sur la notion de disponibilité, n'est pas apparu souhaitable dans une codification du droit international privé français.

Alors que la solution dégagée par la jurisprudence pouvait susciter des interrogations dans sa mise en œuvre, l'affirmation de l'impérativité de la règle de conflit pour le juge a le mérite de la clarté.

Toutefois, il a été décidé de maintenir **l'accord procédural implicite** consacré par la jurisprudence, en l'encadrant avec précision (art. 9, al.3), pour répondre à certaines critiques, mais d'imposer en matière de divorce un accord exprès en conformité avec l'article 7 du règlement « Rome III ».

De fait, à moins de priver de son effet l'impérativité de la règle de conflit, il n'était pas envisageable de prendre en considération un accord procédural tacite d'application de la loi française s'il ne ressortait pas clairement des écritures des parties que celles-ci avaient eu conscience du caractère international du litige et de la possible application d'une loi étrangère. C'est la raison pour laquelle il a été prévu qu'un tel accord ne pourra résulter que d'écritures concordantes et **non équivoques**, ce dernier adjectif sous-entendant que les écritures des parties devront avoir été prises

---

<sup>26</sup> Cass.1<sup>re</sup> Civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, pourvoi n°87-11.198; 18 octobre 1988, pourvoi n°86-16.631; 4 décembre 1990, *Coveco*, pourvoi n° 89-14.285; 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, pourvoi n° 96-16.361; 26 mai 1999, *Belaid*, pourvoi n° 97-16.684; 19 avril 1988, *Roho*, pourvoi n°85-18.715; 6 mai 1997, *Hannover International*, pourvoi n° 95-15.309.

en connaissance de cause, d'une part du caractère international du litige, d'autre part de la possible application d'une loi étrangère.

Si le juge a un doute sur la perception des parties et leur réelle volonté d'évincer la loi étrangère, il lui appartiendra, dans ce cas, de mettre dans le débat la question du droit applicable.

En effet, dans l'hypothèse où les parties auraient occulté par stratégie, à seule fin d'obtenir l'application du droit français, la dimension internationale de la situation, ou auraient, par ignorance de la règle de conflit désignant une loi étrangère, conclu selon le droit français, il reviendra au juge de restituer d'office au litige son caractère international, et d'en tirer les conséquences, faute de quoi sa décision sera censurée pour violation de la règle de conflit.

Par cette impérativité affirmée, se trouve ainsi restaurée **l'autorité de la règle de conflit** de lois.

Sur le terrain de la **compétence internationale**, il a été opté également pour l'expression d'une règle claire. S'il est fait obligation au juge de vérifier sa compétence (art.20), il a, toutefois, été veillé à ne pas trop alourdir son office.

- **Rééquilibrage du rôle respectif du juge et des parties**

Dans une démarche pragmatique, il a été considéré qu'il ne serait ni raisonnable ni réaliste de faire peser sur le juge la charge exclusive des conséquences induites par cette impérativité. Dans un souci de ne pas trop alourdir son office, il a été estimé opportun d'organiser une répartition équilibrée des charges processuelles pesant respectivement sur le juge et les parties.

Il est apparu nécessaire, en effet, que **les parties**, maîtresses du litige, aient un **rôle plus actif**.

C'est, ainsi, qu'il a été rappelé, tout d'abord, qu'il appartient au premier chef à celles-ci de s'expliquer sur la juridiction internationalement compétente. Ce n'est que si elles s'en abstiennent que le juge doit les y inviter (art. 20, al.2).

De la même manière, les parties doivent de leur propre initiative s'interroger sur le droit applicable et s'en expliquer spontanément (art. 9, al.2).

Toujours, par exception à la règle de principe affirmée au premier alinéa de l'article 9, il a été décidé, en ce qui concerne tant les **règles de procédure** (art. 128)

que les **effets des jugements étrangers** (art. 191), que lorsqu'un droit étranger est applicable, la partie qui a intérêt à en demander l'application, a la charge d'en établir la teneur, faute de quoi le droit français sera applicable.

Deux autres dérogations méritent d'être signalées. D'une part, en matière de **renvoi**, les juridictions ou autorités françaises ne sont tenues d'appliquer les règles de conflit étrangères que si l'une des parties le demande (art. 8), d'autre part, en ce qui concerne les **mesures provisoires ou conservatoires**, sollicitées hors de l'instance au fond, le juge n'est tenu lorsqu'il est appelé à s'interroger sur l'existence ou le régime d'un droit soumis à une loi étrangère, de la prendre en compte qu'autant qu'il en est requis par une partie et que celle-ci justifie du contenu de cette loi (art. 203).

L'affirmation du rôle de premier rang des parties trouve une autre illustration non plus devant le juge mais devant **l'officier d'état civil**, puisque celles-ci ont l'obligation de prouver le contenu du droit étranger qu'elles invoquent, faute de quoi il sera fait appel à la vocation subsidiaire du droit français (art. 10).

Toutefois, lorsque le débat porte sur la loi applicable à la **capacité d'agir en justice** d'une personne physique, l'office du juge retrouve, dans un souci de protection, son plein exercice (art. 130).

### 1.3. L'assouplissement du règlement des conflits de procédures

Les conflits de procédures – conflit de procédures en cours, conflit entre une procédure en cours et un jugement étranger<sup>27</sup> – sont un facteur de complexité et de désordre qui ne cesse de s'amplifier. Il est donc impérieux dans la mesure de possible de les prévenir afin d'en limiter les effets néfastes (en termes de surcoût et d'allongement des procédures), tout en mettant à la disposition des juges un outil de contrôle et de sanction des manœuvres déloyales qui foisonnent en pratique.

S'agissant de la **litispendance internationale**, le moyen préventif le plus sûr est l'application du critère chronologique pour faire primer la procédure initiée en

---

<sup>27</sup> Les conflits entre jugements sont réglés au moyen des règles sur les effets des jugements étrangers.

premier. Cette solution traditionnelle en France, comme dans les instruments de l'Union européenne, a été reprise et enrichie par de nombreuses précisions d'ordre procédural, inspirées par la jurisprudence et la pratique: définition de la situation de litispendance internationale (art. 22 al.1), faculté de sursis lorsqu'il est prévisible que le juge étranger rendra une décision susceptible d'être reconnue et que le sursis est conforme à une bonne administration de la justice<sup>28</sup>, faculté dans certains cas de reprise de l'instance (art. 22 al.3). Mais, contrairement au régime européen de la litispendance, l'accueil de l'exception de litispendance demeure une faculté.

Et, si en principe l'exception de litispendance joue toujours en faveur du juge premier saisi – ce qui distingue les systèmes français et européen des systèmes de *common law* conférant au juge une beaucoup plus grande « *discretion* » dans l'appréciation du juge le mieux placé – , il est explicitement conféré – c'est une nouveauté – au juge une possibilité, même lorsqu'il a été saisi en premier, de surseoir à statuer « *lorsqu'il est constaté que la saisine d'une juridiction française procède d'un manquement à la loyauté procédurale* » (art. 22-2). Cette exception fondée sur une violation du devoir de loyauté procédurale, notion consacrée dans d'autres domaines en droit procédural français, suppose que la déloyauté soit caractérisée : par exemple la violation de pourparlers ouverts entre les parties en vue d'une solution amiable par une saisine précipitée du juge français.

Dans le prolongement du règlement des situations de litispendance, a été précisé le régime de **l'exception de connexité** internationale, complétant ainsi une jurisprudence très rare<sup>29</sup>: définition de la situation de connexité et des conditions de mise en œuvre de l'exception (art. 23), avec toutefois cette particularité, proposée en doctrine, que l'exception peut être admise au profit du juge étranger, même saisi en second (art. 23 al.1).

Enfin, a été reprise la jurisprudence<sup>30</sup> qui fait prévaloir sur une procédure en cours en France le **jugement rendu à l'étranger** – à la condition qu'il soit susceptible d'y être reconnu. Mais ici encore un tempérament nouveau a été posé : la procédure en cours en France peut suivre son cours s'il est établi que la partie qui a obtenu le jugement à l'étranger a manqué au devoir de loyauté procédurale.

---

<sup>28</sup> Cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 nov. 1974, *Soc. 1974, Miniera di Fragne, GA*, n° 54.

<sup>29</sup> V. cpt Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 juin 1999, pourvoi n° 96-22546.

<sup>30</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 30 sept. 2009 pourvoi n° 08-18769.

L'hypothèse vise celle où le défendeur à l'instance en cours a utilisé des moyens dilatoires pour freiner la procédure française dans l'espoir de réussir une course au jugement à l'étranger (art. 24 al. 2). L'hypothèse est différente de celle d'une fraude commise lors de la procédure étrangère, sanctionnée sur le terrain du régime des jugements étrangers.

#### 1.4. Libéralisation et redéfinition du régime des jugements étrangers

Le régime des jugements étrangers – à quelles conditions sont-ils accueillis et quels sont leurs effets ? – constitue un **chapitre majeur du droit international privé**. Le projet de code consacre **vingt-cinq articles** à cette matière. Ils peuvent être regroupés sous quatre rubriques.

En premier lieu, le projet s'attache à définir le **domaine** de ces règles. D'un côté, il est conçu de façon extensive. Les règles en cause visent bien entendu les décisions émanant d'un juge étranger mais, de façon plus générale, les actes que l'ordre étranger assimile à un acte juridictionnel (art. 168). D'un autre côté, la solution est assortie d'un correctif. Les règles régissant les jugements étrangers ne concernent que les points, non seulement débattus devant le juge étranger, mais de surcroît tranchés par ce dernier (art. 169). Si même un jugement étranger a été rendu, les points non débattus et non tranchés relèvent du fond. Conformément au droit au procès équitable, les parties doivent pouvoir en débattre, sans se voir opposer la décision étrangère. Le texte trace de ce fait une ligne de partage entre conflits de juridictions et conflits de lois.

En deuxième lieu, et une fois le champ des règles fixé, le projet pose un **principe. Les jugements étrangers produisent de plein droit des effets en France**. Point n'est besoin, pour la partie qui se prévaut d'un jugement étranger, d'engager une procédure pour en obtenir la reconnaissance. Le projet parachève une longue évolution. Autrefois exceptionnelle, pour être cantonnée à l'état des personnes, la solution devient désormais le principe. Plusieurs raisons justifient ce choix. Il est conforme aux vœux unanimes de la doctrine. On a toujours peiné à trouver un critère satisfaisant permettant de distinguer les jugements produisant des effets de plein droit et les jugements soumis à une procédure de reconnaissance. Les intérêts de la partie qui s'oppose à l'accueil du jugement étranger sont suffisamment sauvegardés par les actions dont elle dispose pour y faire échec. La jurisprudence elle-même a ouvert la voie à une évolution, en admettant qu'un jugement, relatif à un partage, produise un

effet de plein droit. Une exception demeure, pour des raisons propres à la matière : dans le domaine des procédures collectives, le jugement étranger doit être revêtu de l'*exequatur*.

En troisième lieu, dans le sillage de ce qui précède, le projet énumère les **actions** dont peut faire l'objet le jugement étranger. Il fait preuve de souplesse quant à l'exercice de ces actions. L'action en *exequatur* notamment est ouverte chaque fois que c'est nécessaire (art. 173-175). Les actions préventives sont recevables.

Le projet fixe ensuite le rôle du juge français face à une décision étrangère. Il prohibe bien sûr la révision du jugement étranger. Puis il identifie les **points de contrôle** (art. 177). A cet égard, le projet s'inspire étroitement de la jurisprudence tout en réaménageant ponctuellement les solutions qu'elle retient<sup>31</sup>. Les points de contrôle sont les suivants. Contrôle de la compétence du juge étranger : sauf compétence exclusive du juge français, la compétence indirecte s'entend d'un lien suffisant entre le litige et le juge étranger. Contrôle de l'ordre public, tant sous l'angle du fond que sous l'angle de la procédure. Contrôle de la fraude : la fraude fait obstacle à l'accueil du jugement étranger, y compris lorsqu'il a été obtenu dans un but frauduleux, ce qui constitue un ajout. Au-delà, il est nécessaire que la décision étrangère ne soit pas inconciliable avec une autre décision. Dans un souci de clarification, l'inconciliabilité s'entend non seulement de l'incompatibilité avec un jugement français, mais également de l'incompatibilité avec un jugement étranger antérieurement rendu et susceptible d'être reconnu en France. Chemin faisant, le texte lève une hésitation. Si la révision est bien entendu prohibée, le juge a une plénitude de juridiction, en fait et en droit, sur les points entrant dans le champ de son contrôle, sans qu'on puisse opposer ce qu'a pu décider sur ces points le juge étranger (art. 178). Toujours à propos du contrôle, il précise, mettant fin à certaines indécisions, les **initiatives incombant au juge** : contrôle d'office de toutes les conditions requises, en présence d'un droit indisponible ; contrôle cantonné aux points donnant lieu à contestation, en présence d'un droit disponible ; toutefois, par exception, l'ordre public international, qu'il touche au fond ou qu'il touche à la procédure, donne toujours lieu à contrôle d'office de la part du juge (art. 179).

---

<sup>31</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 février 2007, n° 05-14.082.

Le projet décide encore, faisant preuve de libéralisme, que s'agissant de l'accueil des jugements étrangers, les conventions internationales prévalent sur le code, si les règles qu'elles édictent sont plus souples et que, de la même manière, le code prend le pas si les règles édictées par les conventions internationales s'avèrent plus strictes (art. 170).

En quatrième lieu, le projet s'explique sur les **effets** des jugements étrangers une fois reconnus ou revêtus de l'*exequatur* et il apporte un certain nombre de précisions. Il pose un principe : les jugements étrangers, une fois reconnus ou revêtus de l'*exequatur*, produisent les mêmes effets qu'un jugement français (art. 171). C'est le rappel d'une règle classique. Mais pour lever toute équivoque, il soumet l'identification de ce qui a été jugé (**l'autorité de chose jugée**) à la loi de l'État qui est à l'origine du jugement étranger (art. 172). Revenant sur la jurisprudence, il précise que le droit étranger est applicable, s'agissant des **intérêts de droit**, lorsque le jugement étranger s'est tu sur cette question, ou encore sur la **prescription** du jugement étranger, lorsqu'un laps de temps trop long s'écoule entre sa notification et son invocation (art. 188 et 189). Il peut arriver que le **jugement étranger** soit **anéanti**. Le projet pose une règle. Le jugement étranger est automatiquement privé de ses effets, s'il est anéanti dans son ordre juridique d'origine ou s'il doit être considéré comme anéanti en application des règles de cet ordre juridique (art. 189 et 190). Dans toutes ces hypothèses, et parce qu'on se meut dans le domaine de la procédure, c'est à la partie qui invoque le droit étranger qu'il incombe d'en établir le contenu (art. 190).

Ainsi, relativement aux jugements étrangers, le projet consacre ponctuellement des évolutions, certaines majeures, s'approprie largement les acquis de la jurisprudence, lève ici ou là le doute, quand le droit était indécis, précise les règles là où la pratique en éprouve le besoin, si même elles portent sur des points secondaires.

## 2) La refonte des règles spéciales

### 2.1. Le mariage

Le projet distingue le mariage célébré en France (art. 44) et le mariage célébré à l'étranger (art. 45). Si l'article 44 reprend les solutions du droit positif, en particulier celles énoncées dans l'article 202-1 du code civil, l'article 45 innove en mettant en œuvre la **reconnaissance des mariages célébrés dans un État étranger** en conformité avec le droit de cet État, sous réserve de l'ordre public international et

de l'absence de fraude. Pour ces mariages, il ne s'agit plus de raisonner en termes de conflit de lois, mais en termes de reconnaissance ou non d'un statut, celui d'homme ou de femme mariés. La seule question est de savoir si ce statut peut être invoqué en France et y produire des effets.

L'article 45 alinéa 2 explicite l'une des hypothèses où le mariage ne serait pas reconnu : lorsqu'au moment de la célébration du mariage, l'un des époux est déjà engagé dans les liens d'un mariage non dissous et que l'un des époux a la nationalité française, ou la nationalité d'un État qui prohibe la **polygamie**. Il y en a d'autres, comme celle des mariages de très jeunes filles, où serait invoqué l'ordre public international.

Le projet de code innove également en posant des règles matérielles communes à tous les mariages et qui concernent le consentement (art. 46) et le bénéfice du **mariage putatif** (art. 47).

En revanche, il a été décidé de ne pas remettre en cause les dispositions du code civil sur les mariages des Français à l'étranger contenues dans les articles 146-1 et 171-1 à 171-9 auxquelles renvoie l'article 50.

## 2.2. L'adoption

Les règles de conflit en matière d'adoption étaient énoncées par la jurisprudence. Après beaucoup de discussions et d'hésitations, de nouvelles règles ont été insérées dans le code civil par **une loi du 6 février 2001** dans un chapitre intitulé « *Du conflit de lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet de France des adoptions prononcées à l'étranger* » qui comprend quatre articles (art. 370-3 à 370-5). Les nouveaux textes ont distingué la loi applicable aux conditions de l'adoption et celle applicable aux effets, ce que ne faisait pas la jurisprudence antérieure, et appliqué la loi des effets du mariage, aux conditions de l'adoption par un couple marié, sans que le texte ne précise qu'elle est cette loi, tout en énonçant que l'adoption ne peut pas être prononcée lorsque la loi nationale de l'un et l'autre époux prohibe l'adoption. L'article 370-3 al. 2 ne permet pas l'adoption d'un enfant étranger dont la loi personnelle prohibe l'institution sauf si cet enfant est né et réside habituellement en France.

Le droit de l'adoption vient d'être réformé par une **loi du 21 février 2022** (n° 2022-219). Cette loi, qui concerne essentiellement le droit interne de l'adoption, comporte néanmoins plusieurs dispositions relatives à l'adoption internationale dont



elle donne une définition dans un nouvel article 370-2-1 du code civil<sup>32</sup>. Elle modifie également l'article 370-3 afin de prendre en considération l'ouverture de l'adoption aux couples non mariés. Selon le nouvel article 370-3 alinéa 1 : « *Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par un couple, à la loi nationale commune des deux membres du couple au jour de l'adoption ou, à défaut, à la loi de leur résidence habituelle commune au jour de l'adoption ou, à défaut, à la loi de la juridiction saisie. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale des deux membres du couple la prohibe* ». L'alinéa 2 du texte (« *L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* ») est maintenu, et l'alinéa 3 qui énonçait une règle matérielle en matière de consentement inspirée de l'article 4 de la Convention de La Haye de 1993 en matière d'adoption internationale, est déplacé au premier alinéa de l'article 348-3 du code civil.

Le projet s'écarte de ces textes.

D'abord, sont distinguées les conditions concernant l'adoptant (art. 66) et celles concernant l'adopté (art. 67). C'est toujours le **rattachement à la loi nationale** qui a été choisi pour l'adoptant en cas d'adoption individuelle, et pour l'adopté, selon le principe exposé *supra* (3-A, 2). Toutefois qu'il s'agisse de l'adoptant ou de l'adopté, la loi nationale peut être écartée au profit de la loi française, à la demande de l'un ou de l'autre lorsqu'ils sont domiciliés en France. C'est une **nouveauté** très importante puisque qu'elle va permettre de réaliser des adoptions en application du droit français alors que **l'adoptant ou l'enfant sont originaires de pays prohibitifs**. La question est sensible. Il a semblé qu'il convenait de prendre en considération le souhait des candidats à l'adoption de donner à l'enfant le statut d'un enfant adopté, conforme à son intérêt supérieur à partir du moment où cet enfant vit en France.

Dans le même ordre d'idées, c'est le rattachement à la **loi du domicile** qui devient le principe lorsqu'il s'agit de **l'adoption par un couple**, marié ou non, ou de **l'adoption de l'enfant du conjoint**, du partenaire et du concubin. Il s'agit là encore d'une nouveauté, l'adoption de l'enfant du conjoint est en général considérée comme une adoption individuelle, or, cette adoption concerne en réalité un couple formé par

---

<sup>32</sup> Définition qui reprend celle de la Convention de La Haye de 1993.

le parent de l'enfant et l'adoptant, et il convient de raisonner de la même manière dans les deux hypothèses.

La primauté de la loi du domicile sur la loi nationale en cas d'adoption par un couple ou de l'adoption de l'enfant du conjoint constitue ainsi une rupture avec le droit positif. Il a semblé qu'il fallait permettre à un couple de réaliser une adoption dans le pays où le couple est domicilié sans que puisse leur être opposé une interdiction énoncée par leurs lois nationales.

En revanche, l'article 68 reprend les termes de l'ancien article 370-3 alinéa 3, concernant les conditions du consentement à l'adoption, déplacé par la loi du 21 février 2022, dans l'article 348-3 du code civil. Ce principe inspiré de l'article 4 de la Convention de La Haye de 1993 en matière d'adoption internationale, a plus sa place dans un code de droit international privé que dans un texte de droit interne. L'article 68 reprend également les dispositions des articles 370-4 et 370-5 du code civil sur les effets de l'adoption.

### 2.3. La filiation biologique<sup>33</sup>

Des règles de conflit en matière d'établissement de la filiation ont été énoncées par la loi du 3 janvier 1972 réformant la filiation, dans quatre articles, les articles 311-14 à 311-18 du code civil<sup>34</sup>. Ces articles s'écartaient de la jurisprudence antérieure en se limitant aux règles relatives à l'établissement de la filiation sans évoquer les effets de la filiation et en posant, à l'article 311-14, une règle identique pour la filiation légitime et la filiation naturelle, privilégiant la loi personnelle de la mère. Ces règles ont été très critiquées en doctrine et sont d'un maniement difficile pour les juges. Les articles 311-16 et 311-18 sont d'ores et déjà abrogés, restent les articles 311-14 (établissement d'une filiation), 311-15 (effets d'une possession d'état réalisée en France), et 311-17 (reconnaissance d'enfant naturel).

---

<sup>33</sup> Cette terminologie a été conservée pour bien distinguer ces règles de celles concernant la filiation des enfants conçus au moyen d'une AMP avec tiers donneur, sur ces règles, voir infra C.

<sup>34</sup> Le titre de la section contenant ces règles de conflit est devenu en 2005 « du conflit des lois relatives à la filiation » sans que la portée de ces règles ne soit modifiée.

Deux options ont été envisagées : celle du maintien des solutions en améliorant la rédaction des articles afin de répondre aux interrogations de la jurisprudence<sup>35</sup>, celle de la refonte, afin de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant, l'égalité des filiations et celle des parents. C'est cette seconde option qui a prévalu.

L'article 59 privilégie ainsi le rattachement à **la loi nationale de l'enfant au jour de sa naissance**, à la fois pour l'établissement et la contestation de la filiation, mais aussi pour le règlement des conflits de filiations. La loi française sera applicable – en vertu des règles sur la nationalité française – si l'enfant est né en France de parents inconnus ou de parents qui n'ont pas pu lui transmettre une nationalité, ou s'il est né d'une mère française. Lorsque les tribunaux français sont compétents<sup>36</sup>, l'article 59 alinéa 3 rend le droit français applicable si, en raison d'une **discrimination** liée aux circonstances de sa naissance, la loi nationale de l'enfant lui refuse le droit d'établir sa filiation. Il est fait référence ici à toute une série d'arrêts de la Cour de cassation qui a écarté au nom de l'ordre public international, une loi étrangère qui prive un enfant né hors mariage du droit d'établir sa filiation<sup>37</sup>.

L'article 60 pose des règles spécifiques à la **reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité**, « par exception aux dispositions de l'article 59 ». Ce qui doit éviter toute difficulté d'articulation entre les articles 59 et 60, comme ce fut le cas jadis entre les articles 311-14 et 311-17. L'alinéa premier reprend les termes de l'article 311-17, en remplaçant « loi personnelle » par la loi nationale, terme privilégié par le projet. L'alinéa 2 consacre une solution jurisprudentielle, celle de l'application cumulative des deux lois visées dans l'alinéa premier, loi nationale de l'auteur de la reconnaissance et loi nationale de l'enfant, pour les contestations relatives à la validité, en précisant bien que la règle s'applique également aux actions relatives à la **sincérité de la reconnaissance**<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Les interrogations sont nombreuses : sur l'article 311-14 et la notion de « mère connue », sur les conséquences de la possession d'état en application de l'article 311-15, sur l'articulation des articles 311-14 et 311-17...

<sup>36</sup> Les critères déterminant la compétence des tribunaux français constituent des liens de rattachement suffisants avec la France pour faire jouer cette règle protectrice de l'intérêt de l'enfant, méthode similaire à celle utilisée pour le divorce extrajudiciaire, voir *infra* C.

<sup>37</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 sept. 2017, n°16-19.654 et 16 déc. 2020, n°19-20.948.

<sup>38</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 mai 2019, n°18-12.602.

L'alinéa 3 énonce la loi applicable à la **forme de la reconnaissance**, en visant soit la loi applicable au fond, soit la loi de l'État sur le territoire duquel l'acte de reconnaissance a été dressé.

L'alinéa 4 est le pendant, pour la reconnaissance, de l'article 59 alinéa 3 pour l'établissement de la filiation. Lorsqu'aucune des lois visées au premier alinéa ne permettra la reconnaissance de l'enfant, la loi française s'appliquera si l'enfant est domicilié en France.

L'alinéa 5 pose une règle utile en cas de **pluralités de reconnaissances** en énonçant qu'une reconnaissance, tant qu'elle n'est pas annulée, prive d'effet toute reconnaissance ultérieure. Ce qui conduit à privilégier la première reconnaissance.

L'article 60 est ainsi beaucoup plus explicite et complet que l'article 311-17, ce qui devrait faciliter la tâche des praticiens.

Enfin, la règle énoncée à l'article 311-15 sur la possession d'état a été réécrite afin de préciser son domaine d'application et sa portée. L'article 61 indique d'abord, « par exception aux articles 59 et 60 »<sup>39</sup>. Ensuite, ce sont seulement **les règles du droit français sur l'établissement de la filiation par possession d'état**, qui s'appliquent lorsque l'enfant et l'un de ses père et mère ont en France leur domicile.

#### 2.4. La reconnaissance et le rattachement des personnes morales

Avant de déterminer la loi applicable à une entité de droit étranger qui se prévaut d'une existence juridique propre, se pose la question de savoir si la personnalité juridique de cette entité doit être reconnue sur le territoire français. Or, en droit français, il n'existe aucune disposition se rapportant à la reconnaissance des personnes morale en général et des sociétés en particulier. D'où l'intérêt des dispositions de l'article 85 du projet qui énonce le principe et les modalités de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés.

---

<sup>39</sup> La place de l'article 311-15, après l'article 311-14 et le terme « toutefois » au début du texte, pouvait induire que l'exception visait le seul article 311-14.

Au regard du critère de la loi applicable, il est nécessaire de faire évoluer les dispositions françaises **en vigueur (article 1837 du code civil et L. 210-3 du code de commerce)**, particulièrement celles identiques de l'alinéa 2 des articles précités, qui en donnant aux tiers le choix entre la loi de l'État du siège statutaire et celle de l'État du siège réel ne sont plus conformes à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de liberté d'établissement des sociétés.

Cette évolution doit se faire en faveur du rattachement des sociétés à la loi de l'État où est localisé leur siège statutaire et où elles sont immatriculées. Ce rattachement de la *lex societatis* comme le propose l'article 86 par le siège statutaire de la société, corroboré par l'immatriculation sur un registre public, lorsqu'une telle immatriculation est exigée, est un facteur de simplification et de sécurité juridique pour les tiers qui peuvent aisément identifier la localisation du siège statutaire par la consultation des registres nationaux, contrairement au siège réel dont la localisation est toujours sujette à discussion. Une telle évolution en faveur du critère du siège statutaire est ainsi préconisée par le Haut comité juridique de la place de Paris dans le rapport sur le rattachement des sociétés rendu le 31 mars 2021. Une même évolution est constatée en droit comparé, la majorité des États membres de l'Union européenne adoptant désormais le critère du siège statutaire, à l'image de la Belgique qui a abandonné, à l'occasion d'une réforme de son droit des sociétés de 2019, le siège réel au profit de la loi de l'État d'immatriculation. Enfin, cette évolution en faveur du siège statutaire s'inscrit dans le sillage du droit de l'Union européenne dont la jurisprudence sur la liberté d'établissement aussi bien que la directive « mobilité des sociétés » n° 2019/2121, sont en résonance avec le critère du siège statutaire.

Au regard du **domaine de la loi applicable**, il est opportun pour des raisons de lisibilité du droit français d'en déterminer, certes de manière non exhaustive comme l'atteste l'adverbe notamment, les principaux éléments. Ainsi, l'énumération de l'article 87 vient, pour une partie, consacrer les solutions dégagées par la jurisprudence tant française qu'européenne, comme par exemple, les éléments constitutifs de la société ou sa validité ainsi que sa capacité juridique, l'acquisition et la perte de la qualité d'associé, la validité des décisions des organes sociaux ou le pouvoir des organes de représenter la société envers les tiers, ou encore, les causes et le régime de la dissolution de la société et, pour une autre partie, reprendre les solutions faisant l'objet d'un consensus en doctrine telles la responsabilité des organes sociaux et de leurs membres envers la société et les associés pour violation de leurs obligations légales ou statutaires ou leur responsabilité à l'égard des tiers.

## C - Comblent les lacunes

En présence d'un vide juridique, il s'est avéré nécessaire de créer *ex nihilo* une règle pour le combler (1). Dans d'autres cas, il a fallu dissiper des zones d'ombre en apportant des précisions au sein d'un *corpus* désormais plus complet (2).

Ces lacunes et ces compléments seront présentés dans l'ordre du projet.

### 1) Les vides juridiques

#### 1.1. Le divorce extrajudiciaire

Lors de sa consécration en droit français, aux articles 229-1 à 229-4 du code civil, il avait été constaté l'inadéquation des règles prévues par le règlement n° 1259/2010 (« Rome III ») à ce nouveau divorce, contractualisé et déjudiciarisé. La Cour de Justice de l'Union européenne a confirmé cette analyse en affirmant que le règlement « Rome III » n'était applicable qu'aux « divorces prononcés par ou sous le contrôle d'une autorité publique »<sup>40</sup>. Or ni les avocats contresignataires ni le notaire dépositaire de l'acte ne peuvent être assimilés à une autorité publique au sens de cette jurisprudence.

Par ailleurs, faire renaître l'article 309 du code civil, dont les conditions de mise en œuvre étaient déjà complexes et de toute façon fortement imprégnées de considérations procédurales, n'est pas apparu davantage approprié à cette forme de divorce.

Il a donc été créé une **règle unilatérale originale**, propre au divorce extrajudiciaire français (art. 52), d'esprit très libéral, qui lie néanmoins la liberté de se prévaloir des dispositions des articles 229-1 à 229-4 du code civil français à la **compétence des juridictions françaises** pour prononcer dans le cas considéré un divorce judiciaire. Ainsi, les dispositions des articles 229-1 et s. sont applicables par la volonté des époux à la seule condition que les époux se rattachent à la France par l'un

---

<sup>40</sup> CJUE 20 déc. 2017, C-372/16, *Sahyouni/Mamish*.

ou l'autre des points de rattachement susceptibles de déclencher la compétence des juridictions françaises selon le règlement Bruxelles II bis refondu<sup>41</sup>. Simple à mettre en œuvre, la règle répond aussi à un objectif d'efficacité, puisque l'accord bénéficiera au sein de l'Union européenne des conditions de reconnaissance des « *accords ayant un effet contraignant* »<sup>42</sup>.

Pour les divorces extrajudiciaires intervenus dans un État non membre de l'Union européenne, ce sont les dispositions du projet sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers qui s'appliquent (art. 168 al. 2).

### 1.2. La filiation des enfants conçus avec l'aide d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur (avec ou sans GPA)

Deux articles – les articles 62 et 63 – sont spécialement consacrés à la question de la filiation communément dénommée « *filiation d'intention* », c'est-à-dire la filiation d'enfants conçus grâce un don exogène de gamètes. Ce type de filiation concerne tous les enfants dont la filiation ne repose ni sur un lien biologique avec ses parents (que l'engendrement ait été charnel ou médicalement assisté), ni sur une adoption, mais sur la seule intention de les faire naître et d'assumer à leur égard les responsabilités juridiques de parent.

Les difficultés juridiques que soulève l'emploi de ces techniques médicales – pratiquement inconnues à l'époque de l'édiction des règles de conflit des articles 311-14 et s. du code civil et donc imprévisibles pour le législateur de l'époque – et surtout celles relatives aux effets du recours à ce mode de procréation sur la filiation de l'enfant sont encore plus complexes dans les relations internationales qu'en droit interne. Elles méritent des règles prenant en compte leurs spécificités.

Le groupe de travail a donc estimé nécessaire de formuler des propositions, spécialement adaptées aux filiations d'intention, tout en étant pleinement conscient que sur un tel sujet, à très forte résonance sociétale, il y aura matière à débat.

---

<sup>41</sup> Ce sont les règles de compétence du chapitre II du règlement, lequel inclut la compétence résiduelle sur le fondement des règles nationales de compétence (art. 6).

<sup>42</sup> En application des articles 65-1 et 66- 2 point a du règlement.

- *En cas d'AMP sans GPA*

L'élément d'extranéité peut tenir soit à la nationalité des personnes concernées soit à la circonstance que l'assistance médicale s'est effectuée dans un pays distinct de celui de la naissance de l'enfant. Dans les deux cas, il y a bien constitution d'une situation de DIP. C'est à souligner car l'internationalité de la situation et ses inférences sur le droit applicable ne sont pas toujours suffisamment perçues.

Pour résoudre la première question, celle du droit applicable aux conditions d'accès à l'assistance médicale – relatives aux receveurs et aux donneurs de gamètes – on applique très généralement les lois locales, analysées comme des lois de police. La raison en est que les institutions habilitées à mettre en œuvre ces pratiques médicales, comme leurs personnels, ne peuvent s'organiser qu'en fonction du droit local.

La seconde question, celle de la filiation de l'enfant, est souvent dissociée de la première pour être soumise aux règles habituelles de DIP en matière de filiation. Il est à noter que la loi française sur **la bioéthique**<sup>43</sup>, tout récemment adoptée, ne comporte aucune règle de droit international privé<sup>44</sup>. Elle n'a donc pas entendu modifier cet ordonnancement.

Pourtant, une telle démarche a le grave inconvénient de dissocier des questions étroitement interdépendantes en droit interne. Le droit français, comme beaucoup d'autres droits, s'attache, en effet, à sécuriser la filiation de l'enfant. Le moyen mis en œuvre consiste à lier de manière indissoluble la volonté du couple receveur d'avoir recours à une insémination avec tiers donneur à l'interdiction absolue<sup>45</sup> de remettre en cause la filiation qui est ensuite établie vis-à-vis du parent d'intention (le ou la partenaire de la femme inséminée). De même, est-il impossible d'établir un lien de filiation avec le tiers donneur des gamètes<sup>46</sup>. Or cette liaison, voulue en droit interne, est rompue dans les relations internationales et c'est une source d'insécurité très préjudiciable à l'enfant. L'application à chacune d'elle de deux lois différentes, peut

---

<sup>43</sup> Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021, *JORF* n° 0178 du 3 août 2021.

<sup>44</sup> A l'exception d'une règle qui s'apparente à une règle de droit transitoire (art. 6-IV).

<sup>45</sup> Sauf caducité du consentement ainsi donné ou preuve que la conception de l'enfant n'est pas liée à l'assistance médicale.

<sup>46</sup> Voir en droit français les articles 342-9 et 342-10 du code civil issus de la loi bioéthique.



aboutir en effet à priver l'enfant de toute possibilité d'établir sa filiation dans l'une des lignes<sup>47</sup>.

Sur ce point le projet innove. Il propose comme règle de principe que la filiation de l'enfant né d'une assistance médicale, qu'elle soit réalisée en France ou à l'étranger est toujours déterminée par les règles de filiation prévues par le droit applicable aux conditions d'accès à l'assistance médicale. Le droit français est ainsi applicable, lors que l'assistance médicale se réalise en France (art. 62 al. 1). Lorsque celle-ci s'est réalisé à l'étranger, la filiation est déterminée par le droit local étranger (art. 62 al. 2). Dans le premier cas, il est fait une application immédiate de la loi française, suivant la méthode des **lois de police du for** (art. 7 al. 2) . Dans le second cas, il convient encore de distinguer deux hypothèses. Soit la filiation de l'enfant a déjà été établie à l'étranger (par exemple par une déclaration prénatale souscrite en conformité du droit étranger), et elle sera reconnue en France, en application de la **méthode de la reconnaissance** des situations nées à l'étranger, conformément à l'art. 5 al. 3. Soit l'enfant conçu à l'étranger est né en France, sans établissement préalable de sa filiation. Elle devra alors l'être en conformité des dispositions de la loi locale étrangère, dans les conditions d'application des **lois de police étrangères** prévues à l'article 7 al. 3.

- *En cas de GPA*

Le sujet de la filiation des enfants nés d'une convention de gestation pour autrui à l'étranger est ultra-sensible en France, comme dans tous les pays dans lesquels est toujours énoncé, comme en France, **l'interdit absolu** de toute convention ayant pour objet de réaliser une maternité ou une procréation pour autrui<sup>48</sup>. D'un côté, il y a la crainte qu'une trop grande tolérance à l'égard des pratiques qui se réalisent à l'étranger, dans des proportions considérables, ne vienne amoindrir, voire ruiner l'autorité de la règle prohibitive du droit national. De l'autre côté, il apparaît de plus en plus impérieux de reconnaître le besoin de statut juridique des enfants nés dans de

---

<sup>47</sup> Pour une illustration de cet inconvénient, voir Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 oct. 2020, n° 19-12373 et 19-18791.

<sup>48</sup> A l'article 16-7 du code civil.

telles circonstances, exigence du reste régulièrement affirmée ces dernières années par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>49</sup>.

Dans ce contexte tourmenté, la jurisprudence française a longuement hésité pour finalement dégager une solution de compromis, inspirée par une circulaire administrative<sup>50</sup>, celle d'admettre **la transcription** à l'état civil des actes de naissance dressés à l'étranger. La transcription a d'abord été admise uniquement en ce qui concerne le père génétique de l'enfant<sup>51</sup> puis également s'agissant de son ou de sa partenaire, le parent d'intention<sup>52</sup>, sur le fondement de l'article 47 du code civil. Cette jurisprudence avait le mérite de fournir une solution commode et rapide aux parents d'intention pour faire face aux nécessités de la vie courante. Mais le moyen d'y parvenir était quelque peu biaisé puisqu'il ne consistait qu'en une reconnaissance de la force probante de l'acte étranger de naissance, une présomption de régularité susceptible de tomber ultérieurement si un contentieux sur le fond était intenté<sup>53</sup>. Rien n'était en effet acquis pour l'enfant en ce qui concernait la reconnaissance substantielle de sa filiation.

Cette jurisprudence vient néanmoins d'être remise en cause par **la loi sur la bioéthique**, qui a spécialement modifié les termes de **l'article 47 du code civil**, sur lequel était fondée la transcription, en précisant que l'acte de l'état civil dressé en pays étranger n'était susceptible de transcription en France que si la « *réalité* » qu'il constate est conforme au droit français<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> D'abord dans deux arrêts, CEDH, 5<sup>ème</sup> sect. 26 juin 2014, req. n° 65192/11 et n° 65941/11, puis dans son avis consultatif à propos de l'affaire *Menesson*, CEDH, avis consultatif 10 avril 2019, n° P16-2018-001, des arrêts ultérieurs ont précisé que la voie de l'adoption pouvait satisfaire aux exigences de la CEDH à condition que la procédure soit rapide, CEDH, 5<sup>ème</sup> sect. 12 dec. 2019, req. 1462/18 et 17348/18 et 20 juill. 2020, req. n° 11288/18.

<sup>50</sup> Circulaire du 25 janv. 2013, *BOMJ* n° 2013-01 du 31 janv. 2013, JUSC1301528C, jugée légale par le Conseil d'État par arrêt du 12 déc. 2014, n° 365779.

<sup>51</sup> Cass. ass. plén., 3 juill. 2015 (2 arrêts), n° 14-21323 et 15-50002.

<sup>52</sup> Cass. ass. plén., 5 oct. 2018, n° 10-19053 et 12-30128, prononcé dans les conditions exceptionnelles de l'affaire *Menesson*, solution ensuite confirmée dans des affaires moins iconiques, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019, n° 18-11815 et 18-50006.

<sup>53</sup> Comme l'a précisé la Cour de cassation, la transcription n'est pas une action relative à la filiation, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2019 précité.

<sup>54</sup> « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenues, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. Celle-ci est appréciée au regard de la loi française* ». Art. 47 issu de la loi bioéthique (souligné par nous).

Le moment d'une intervention législative est donc venu pour trancher la question de la filiation de ces enfants au moyen d'une règle claire et conforme aux engagements internationaux de la France. Une codification du DIP ne peut manquer d'en saisir l'opportunité.

A cet égard, et selon la **Cour européenne**, certes les États signataires disposent d'une marge d'appréciation sur le choix des moyens à mettre en œuvre, mais ils ne peuvent plus s'en tenir à un refus absolu de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention. Cette reconnaissance du lien de filiation doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et le parent d'intention « s'est concrétisé ». Et par ailleurs, ce choix doit être guidé par l'intérêt de l'enfant, ce qui exige « *un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise, ces conditions devant inclure une appréciation in concreto par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant* »<sup>55</sup>.

Pour satisfaire toutes ces exigences, il a donc été créé **une règle originale, spécialement adaptée à la mise en œuvre par le juge d'un contrôle de proportionnalité** exercé sur tous les intérêts en présence (art. 63).

Cette règle permet au juge d'établir la filiation de l'enfant de manière pérenne et sécurisée après un examen de toutes les circonstances : contenu et conditions de conclusion de la convention de GPA, relations entre les protagonistes, liens éventuels des parents d'intention avec le pays étranger, et bien sûr l'intérêt de l'enfant. La règle ne s'identifie pas à une règle de reconnaissance ni d'un acte d'état civil ni d'un lien de filiation qui serait constitué à l'étranger. C'est une règle qui confère au juge le pouvoir de déterminer lui-même la filiation de l'enfant en application du droit étranger, après mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

Le but recherché est également d'inciter les parents d'intention, s'ils se rendent à l'étranger pour conclure une telle convention, à choisir un pays dans lequel une telle pratique est réglementée de manière éthique et conforme aux intérêts en présence, ceux de l'enfant mais aussi ceux de la femme qui accepte de porter l'enfant et de le faire naître.

---

<sup>55</sup> Cf. CEDH , avis consultatif, 10 avril 2019, précité.

A défaut de surmonter avec succès ce contrôle de proportionnalité, les parents d'intention pourront toujours se tourner vers l'adoption, si les conditions en sont remplies.

Enfin, dans la mesure où il est proposé d'admettre franchement la consécration d'un lien de filiation fondé sur le droit étranger, il n'est plus nécessaire de contrôler la transcription des actes étrangers d'état civil au regard des conceptions du droit français. Il est donc proposé de **restaurer l'article 47 du code civil dans sa version antérieure** à la modification apportée par la loi sur la bioéthique (art. 192).

### 1.3. L'adaptation des procédures nationales au droit de l'Union européenne et aux conventions internationales en matière de divorce, de responsabilité parentale et de protection des adultes vulnérables.

La dialectique de l'autonomie procédurale dont jouissent les Etats et du respect de **l'effet utile des instruments européens et internationaux** est parfois délicate. Elle l'est d'autant plus qu'il est difficile pour un juge d'adapter par lui-même son droit procédural afin de le mettre en conformité avec le droit supranational.

C'est pour faciliter la tâche des juges que le projet consacre deux règles d'adaptation des procédures françaises (art. 51 al. 4 et art. 164).

La première règle vise à donner un plein effet utile aux chefs de compétence prévus en matière d'obligations alimentaires<sup>56</sup> lorsqu'un ex-époux forme en France une **demande autonome d'aliments**, après que le divorce a été prononcé à l'étranger et sans que le juge étranger ne se soit prononcé sur les conséquences financières du divorce.

La pratique a montré en effet que les juges français se trouvent démunis à cause de deux contraintes procédurales françaises. La première est la fin de non-recevoir opposée à toute demande de prestation compensatoire formée après le prononcé du divorce. La deuxième provient de l'absence de modes de saisine

---

<sup>56</sup> En application du règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 sur les obligations alimentaires, spt l'article 3 points a et b.

spécifiques en droit procédural français pour qu'il soit statué sur une telle demande autonome d'aliments.

L'article 51 alinéa 4 dispose que la fin de non-recevoir du droit interne n'a pas lieu de s'appliquer dans une telle situation de DIP et que le juge français est donc obligé de statuer sur la demande. Il lui appartiendra dans une telle hypothèse d'adapter ses modes de saisine pour y parvenir : inviter les parties à le saisir sur requête conjointe ou sur assignation, par analogie avec ses modes de saisine dans les autres matières relevant de sa compétence.

La seconde règle, formulée à l'article 164, autorise les juges français à statuer sur leur compétence à la demande de la partie qui les a saisis et non plus seulement sur une contestation émise par défendeur. Il sera ainsi possible de saisir un juge français à la seule fin de lui demander de constater sa compétence ou, le cas échéant, de se déclarer moins bien placé que les juges d'un autre Etat avant d'inviter les parties à saisir les juridictions de cet autre Etat. La disposition permettra ainsi de mettre en œuvre en France, au stade initial de la procédure et non plus seulement en cours d'instance, **le transfert de compétence** prévu par plusieurs instruments supranationaux en matière de responsabilité parentale<sup>57</sup> ou de protection d'un adulte vulnérable<sup>58</sup>.

#### 1.4. Règle matérielle sur le règlement anticipé des conséquences financières du divorce

Cette règle a pour objet de surmonter une difficulté provenant d'une opposition radicale entre les droits internes français et britannique<sup>59</sup> sur la licéité et la force contraignante des conventions relatives aux conséquences financières du divorce. Avec la mobilité accrue des personnes, cette disparité de solutions est très

---

<sup>57</sup> V. l'art. 12 du règlement Bruxelles II bis refondu.

<sup>58</sup> V. l'art. 8 de la convention du 13 janvier 2000 sur la protection des adultes.

<sup>59</sup> Célèbre jurisprudence *Radmacher c/ Granatino*, (2010 UKSC 42, 2FLR 1900), qui inspire l'ensemble des droits du *commonwealth*.

préjudiciable aux époux désireux, par exemple à l'occasion d'un projet d'expatriation, de planifier par anticipation le règlement de leurs intérêts patrimoniaux.

Le droit français interdit, en effet, de prévoir par anticipation dans un contrat de mariage le versement et le montant de la prestation compensatoire due à l'un des ex-époux, dans l'éventualité d'un divorce des époux. A rebours du droit français, la jurisprudence anglaise conditionne, en revanche, l'effet contraignant des conventions matrimoniales à la présence dans le contrat de stipulations sur le sujet. Il est donc aujourd'hui impossible de rédiger une convention qui soit valable aussi bien en droit français qu'en droit britannique.

C'est pourquoi il est proposé d'édicter une règle matérielle de DIP (art. 54 al. 2) écartant la prohibition du droit interne français, lorsque ce droit est applicable en vertu du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur les obligations alimentaires. Toutefois, le dispositif prévoit **une double protection de l'époux créancier d'aliments**. Il doit avoir été « *dûment informé* », ce qui suppose des conseils prodigués par le professionnel, avocats ou notaire, qui ont rédigé l'acte. Il doit, en outre, être vérifié que l'application de la clause n'emporte pas de « *conséquences manifestement excessives pour l'un ou l'autre des époux* ».

### 1.5. Trusts et fondations

Le choix qui a été fait d'introduire dans le projet de codification des dispositions relatives au **trust** pourrait étonner. Le trust est en effet une **institution étrangère** au droit français et il pourrait sembler curieux que le législateur s'en saisisse. Ce serait oublier la nécessité de se défaire à l'échelle internationale des cadres du droit interne. Plus encore, de la même manière que le législateur français est venu se doter d'un dispositif fiscal en matière de trust, de la même manière il est nécessaire d'adopter des règles de conflits de lois en ce domaine. De la sorte, une appréhension satisfaisante de cette institution, qui joue un **rôle essentiel dans l'économie** des États de *common law*, sera assurée. Il faut ajouter, que **reconnaître un trust** ce n'est pas accorder une faveur indue au commerce international mais assurer le respect de la liberté et des prévisions des parties dès lors que la sécurité du commerce juridique interne est préservée.

La ratification par la France de la convention de La Haye du 5 juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance aurait pu constituer une alternative

à une entreprise de codification. Néanmoins, le législateur français, malgré la pression des praticiens, ne semble pas souhaiter s'engager dans cette voie.

L'objectif en la matière a donc été triple : offrir aux praticiens un outil leur permettant de mieux appréhender le trust dans un contexte international ; permettre à un trust valablement constitué à l'étranger de pouvoir produire effet en France en tant que trust ; assortir la règle proposée de garde-fous pour que le trust ne soit pas un instrument de contournement des dispositions impératives de droit français.

A cette fin, il a semblé essentiel de mieux définir les contours de la nouvelle catégorie de rattachement proposée. C'est une **définition volontairement comprehensive** de l'institution qui a été proposée où l'accent est mis sur les effets du trust plutôt que sur sa nature ; elle permet d'englober tant les trusts judiciaires que volontaires, voire des institutions analogues connues d'autres systèmes juridiques. Le choix a également été fait de **ne pas appliquer cette règle à la fiducie française**, à la lumière des enseignements de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 3 oct. 2019, aff. 272/18).

Le projet soumet le trust au principe de l'**autonomie de la volonté**. Parce que le constituant n'apparaît pas nécessairement dans le *deed act*, il a semblé préférable de donner compétence à la loi désignée dans l'acte constitutif. En l'absence de choix de loi, c'est un rattachement rigide assorti d'une clause d'exception qui a été retenu : le trustee étant la colonne vertébrale du trust, la compétence de la loi du domicile du trustee s'est imposée.

Enfin, et parce que le trust est une institution étrangère, il est apparu essentiel de préciser les conséquences liées à la consécration d'une règle de conflit propre au trust. Si le trust doit désormais être reconnu en tant que tel, c'est à la condition d'avoir été constitué dans un **contexte international**. A cette condition, la loi française du lieu de situation du bien ne devrait pas être un obstacle à sa reconnaissance. C'est dire aussi que toute assimilation à une institution de droit français, qui pourrait conduire à le dénaturer, doit à l'avenir être écartée. Pour autant, une telle consécration ne saurait empêcher l'application des **dispositions impératives d'une autre loi** qui en limiterait l'efficacité, à l'instar de la loi successorale française.

S'agissant des **fondations**, le choix a été fait d'abandonner une place à la méthode de la reconnaissance en raison de l'existence d'un contrôle étatique auquel donne lieu leur création. Cette règle de reconnaissance n'épuisant pas toutes les questions que posent les fondations sur le terrain des conflits de lois, la règle de

reconnaissance a été complétée par une règle de conflit déterminant la loi applicable au fonctionnement et à la dissolution de la fondation.

### 1.6. Les rapports collectifs de travail

L'internationalisation de la vie des sociétés rend nécessaire l'appréhension de l'internationalisation des rapports collectifs de travail. Il existe des règles matérielles internationales (comité d'entreprise européen, accords internationaux) mais la place laissée aux lois nationales reste très importante de telle sorte que l'adoption de règles de conflit de lois reste nécessaire.

#### - *Représentation collective*

La formulation d'une disposition spécifique à la représentation collective est délicate. Plutôt que de raisonner en termes de lois de police, ce qui correspond à la présentation usuelle, il convient d'identifier la collectivité représentée et de lui conférer l'ensemble des droits qui lui sont garantis par la loi. C'est la logique de l'arrêt des *Wagons-lits*<sup>60</sup> qui souhaitait faire bénéficier les travailleurs rattachés à des établissements français de la loi sur les comités d'entreprise et de l'arrêt *Generali* de la Cour de cassation<sup>61</sup> relatif à l'Unité économique et sociale (UES).

La règle formulée à l'article 126 alinéa premier, inspirée de la jurisprudence<sup>62</sup> reposant sur **l'intégration dans la communauté de travail** est adaptable aux différentes institutions représentatives du personnel. Pour justifier l'application des règles françaises, la communauté de travail doit être ancrée en France, ce que traduit l'expression « *liens prépondérants* ».

Il est précisé (alinéa 2) que cette intégration est indépendante à la fois de la loi applicable au contrat de travail, et de la loi applicable à l'employeur.

---

<sup>60</sup> CE. Ass., 29 juin 1973, GA n° 53.

<sup>61</sup> Cass. soc., 21 novembre 2018 n° 16-27690.

<sup>62</sup> Voir notamment Cass. soc., 13 novembre 2008, n° 07-60434, *Bull. V*, n° 219.



- *Accords collectifs*

S'agissant des **accords interprofessionnels, conventions de branche et accords professionnels**, le premier alinéa de l'article 127 permet de tenir compte de la diversité des systèmes nationaux (encadrement par la loi ou non) et de respecter leur volonté d'application. Le deuxième alinéa est une bilatéralisation de la solution proposée par l'arrêt *Masson*<sup>63</sup>. Le troisième alinéa permet de tenir compte de ce que certaines conventions collectives déterminent elles-mêmes leur champ d'application et rappelle le principe de non-discrimination (condamnant ainsi l'éventuel recours au critère de la nationalité figurant encore dans certains accords).

S'agissant des **accords d'entreprises**, le premier alinéa de l'article 128 énonce le principe de l'application du règlement « Rome I », ce qui permet le jeu de l'autonomie de la volonté, tout en réservant des textes spécifiques (notamment la directive 2009/38 sur le comité d'entreprise européen).

Le deuxième alinéa est calqué sur l'article 8 du règlement « Rome I » et permet d'articuler les accords avec la loi applicable au contrat de travail en assurant l'application des dispositions impératives de celle-ci.

- *Actions collectives*

Le terme actions collectives a été préféré à celui de grève en raison de sa plus grande généralité. L'application de la loi du lieu de déroulement de la grève à la question de sa licéité correspond au droit positif. La règle est formulée de façon bilatérale (art. 129 al. 1<sup>er</sup>) pour permettre l'application de la loi étrangère lorsque l'action collective se déroule à l'étranger.

Le second alinéa, consacré à l'action en responsabilité pour fait de grève, renvoie au règlement « Rome II » qui comporte une règle spéciale (article 9).

Le troisième alinéa permet d'articuler la loi de la grève et la loi du contrat de travail, lorsqu'il s'agit d'apprécier les conséquences de la grève sur le contrat de travail. La mise en œuvre de la loi du contrat de travail peut nécessiter la prise en

---

<sup>63</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 novembre 1991, n° 90-40163.

considération des dispositions de la loi du lieu du déroulement de la grève, notamment pour apprécier sa licéité.

### 1.7. Réécriture de l'article 913 alinéa 3 du code civil en conformité avec le droit de l'Union européenne

En matière successorale, l'innovation majeure du projet de code consiste dans l'abandon du dispositif introduit au troisième alinéa de l'article 913 du code civil par **la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République**.

Celui-ci qui vise à sauvegarder, sous la forme d'un droit de prélèvement, la réserve héréditaire, après que la Cour de Cassation a dit dans deux arrêts rendus le 27 septembre 2017<sup>64</sup> que celle-ci n'était pas, en elle-même, d'ordre public dans l'ordre international, a été très critiqué en doctrine et regardé comme une source de sérieuses interrogations en pratique.

Il a été décidé de substituer à ce mécanisme marqué par un nationalisme étroit à rebours de l'évolution de notre droit international privé, un **dispositif moderne de lutte contre les discriminations**, conforme aux engagements internationaux de la France (art.84).

Sont ainsi ciblées les seules dispositions discriminatoires du droit étranger déterminant les conditions de la dévolution successorale, sans qu'il soit porté atteinte à la faculté qui peut être offerte d'avantager un héritier.

Le projet de code édicte, à cet effet, une règle matérielle de droit international privé français qui, déconnectée de toute idée de protection de la réserve, s'oppose à toute forme de discrimination.

Cette règle fondée sur le respect des **droits fondamentaux** et des principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'inscrit dans le droit fil du règlement « successions » du 4 juillet 2012.

---

<sup>64</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 27 sept. 2017, n° 1613151 et 16-17198.

Ce texte rappelle, en effet, dans son considérant 81 qu'il doit être appliqué par les juridictions et autres autorités compétentes des États membres dans le respect de ces droits et principes, tandis que le considérant 58 renvoie à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui prohibe toute forme de discrimination.

Avec cette nouvelle règle, il ne pourra être donné effet en France aux dispositions d'une loi successorale étrangère qui institue une **dévolution légale discriminatoire**, fondée notamment sur le sexe, la religion, ou le type de filiation.

Il est à noter que sont englobées dans le champ d'application de cette nouvelle règle toutes les situations qu'elles soient contentieuses ou non. En effet, sont visées non seulement les décisions de nature juridictionnelle mais également tous les actes, tel un acte de notoriété établi par un notaire étranger, dès lors qu'ils déterminent les conditions de dévolution d'une succession internationale, par application d'une loi emportant une telle discrimination.

Il ne s'agit, donc, pas d'évincer, à ce stade, une loi étrangère, mais de priver d'effets en France un acte établi ou une décision rendue dans un État tiers, consacrant une dévolution discriminatoire, hypothèse non couverte par le règlement du 4 juillet 2012.

Lorsque des biens sont situés en France au jour du décès, il a été réservé au profit de la victime de cette discrimination la faculté de prélever sur lesdits biens une part compensatoire à concurrence de ce dont elle a été privée. L'exercice de ce droit de prélèvement nécessitera de régler le sort des biens, par la mise en œuvre des dispositions du règlement en ce qui concerne la détermination tant de la juridiction compétente que de la loi applicable.

Si la dernière résidence habituelle du défunt est située dans l'État tiers concerné et le bien en France, les juridictions françaises seront compétentes en vertu de la compétence subsidiaire, prévue à l'article 10.2 du règlement.

Elles appliqueront à la succession la loi de la dernière résidence habituelle en vertu de la règle générale énoncée à l'article 21.1 du règlement, ou à titre exceptionnel, la loi de l'État avec lequel, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits, sauf renvoi (art 34-1 du règlement).

Il ne peut, toutefois, être exclu que la loi de l'État tiers soit applicable à la dévolution successorale. Dans ce cas, pour permettre l'exercice du droit de prélèvement par la victime de la discrimination, cette loi serait alors, en vertu de l'ordre

public international, écartée au profit de la loi française, ou le cas échéant, appliquée expurgée de ses dispositions discriminatoires.

## 2) Les zones d'ombre

### 2.1. Le régime des clauses attributives de juridiction

En pratique, les clauses attributives de juridiction, on le sait, sont extrêmement fréquentes. Mais elles sont le siège d'un paradoxe. D'un côté, leur vocation est de permettre aux parties d'identifier le juge compétent, en toute sécurité et de façon immédiate. D'un autre côté, elles sont en pratique le siège de contentieux relativement abondants. Et les règles sont parfois malaisées à appréhender.

Pour être utile, et même si sur ce point, son champ d'application est étroit, le projet fixe le régime des clauses, au travers de **règles précises**, en choisissant au besoin de descendre dans le détail. Il se trouve que la Cour de cassation a été conduite récemment à trancher un certain nombre de points parfois à propos d'affaires remarquées. Le texte s'adosse chaque fois qu'il le peut à ces précédents.

Les partis retenus ont été les suivants (art. 25 à 33).

Premièrement, la **nécessité d'un écrit** est imposée. Avec une précision concernant le rôle des conditions générales : elles peuvent être le vecteur de la clause d'élection de for, dès lors qu'on y fait référence et qu'elles sont accessibles, fût-ce sur un site propre à l'entreprise.

Deuxièmement, le projet admet les **clauses asymétriques**, avec une simple réserve liée à l'abus de dépendance économique. La jurisprudence a été clarifiée récemment. Et le texte fait siennes ces clarifications auxquelles tiennent les praticiens.

Troisième point, l'indifférence de l'existence d'une **loi de police**, quant au jeu de la clause. La question a été fort débattue et de façon légitime. Mais deux considérations ont conduit à adopter le point de vue de la jurisprudence<sup>65</sup>. D'une part, l'interférence des lois de police alourdirait la tâche du juge au seuil du procès, alors qu'il importe que la question de compétence puisse être réglée au plus vite. D'autre part, il faut bien mesurer qu'en pratique, la loi de police fait bien souvent irruption au

---

<sup>65</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 octobre 2008, n°07-15.823 ; Com., 24 novembre 2015, n°14-14.924 ; Civ. 1, 18 janvier 2017, n°15-26.105.

cours du procès à un moment où on ne peut plus remettre en cause la compétence. Toutefois, il a été ajouté la réserve que cette clause ne crée pas en elle-même un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Quatrième point, le projet décide que la clause se transmet notamment en cas de cession ou de subrogation. Hypothèse là encore très pratique.

Cinquièmement, la clause élisant le *for* français crée une **compétence exclusive**. C'est le point de vue de la Cour de cassation<sup>66</sup>. Il faut que les clauses, dès lors qu'elles existent, soient respectées. Ce qui conduit au refus de reconnaissance d'une décision étrangère méconnaissant la clause attribuant compétence au juge français.

Sixièmement, la clause d'élection de *for* au profit d'un juge étranger ne fait évidemment pas obstacle à ce qu'un juge français puisse prescrire une **mesure provisoire ou conservatoire**, dès lors qu'elle s'exécute sur le territoire français.

En fin de compte, les solutions retenues épousent le droit positif ou s'en inspirent étroitement. Mais le projet réalise un progrès. Il se propose de mettre à la disposition des usagers, dans un ensemble aussi complet que possible, des réponses concrètes et fiables, d'autant plus fiables qu'elles ont subi l'épreuve d'un débat jurisprudentiel.

## 2.2. Les partenariats enregistrés

L'article 515-7-1, ajouté au code civil en 2009, énonce une règle de conflit de lois, d'apparence bilatérale, qui rattache à la loi de l'État de l'enregistrement, les conditions de formation et les effets du partenariat, ainsi que les causes et les effets de sa dissolution.

Cette solution a été reprise dans le projet, pour ce qui concerne tous les **aspects extrapatrimoniaux** du partenariat, en distinguant toutefois, comme en matière de mariage, selon qu'il a été enregistré en France ou par une autorité française (art. 55) ou à l'étranger (art. 56).

Plusieurs points ont été précisés : le **critère de rattachement** exigé pour l'enregistrement en France, y compris lorsque cet enregistrement se fait par

---

<sup>66</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 mai 2018, n°17.17.546.

déclaration devant notaire ; lorsque **plusieurs partenariats** conclus entre les mêmes personnes ont été enregistrés dans des États différents, le partenariat enregistré en premier prévaut en France ; les **effets alimentaires, patrimoniaux et successoraux** sont régis par les instruments internationaux ou de l'Union européenne qui leur sont propres, par renvoi de l'article 57.

### 2.3. La lettre de change, le billet à ordre et le chèque

Le Règlement « Rome I » exclut de son champ d'application « *les obligations nées des lettres de change, chèques, billets à ordre* ». Les effets de commerce et le chèque font l'objet de Conventions internationales qui ont tenté d'unifier le droit ou, à défaut, prévu des règles de conflit de lois. L'article 90 du projet propose de régler l'ensemble.

Pour **les lettres de change et les billets à ordre**, deux Conventions de Genève en date du 7 juin 1930 : la première Convention porte « *loi uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre* », mais l'unification totale du droit cambiaire n'a pu être opérée entre les pays signataires, certains points ont fait l'objet de réserves et sont restés soumis à la loi nationale ; la seconde Convention intitulée « *Convention internationale destinée à régler certains conflits de lois en matière de lettre de change et de billet à ordre* ».

Cette dernière Convention constitue l'instrument qui détermine le droit des conflits de lois retenu par les juridictions françaises. L'essentiel des questions y trouvent réponse.

Il est, cependant, des points qui n'y sont pas traités, tels que le consentement, la cause de l'engagement, « Rome I » ne s'appliquant pas, on peut hésiter entre la loi d'autonomie – peu usitée pour les titres cambiaires – la loi propre à chaque déclaration cambiaire et la loi du lieu du paiement. C'est cette dernière qui a été choisie, conformément à la doctrine majoritaire en raison de son unicité et de sa certitude.

Il en est de même pour les lacunes de la Convention d'unification. Ainsi pour l'existence de la provision, pourraient être retenues la loi qui régit le rapport fondamental ou celle du lieu d'émission pour les relations subséquentes. Toutefois, en raison de la complexité qui en résulterait, il est apparu que c'est la loi du lieu du paiement – but de la lettre de change – qui devait l'emporter. De même pour les recours entre les signataires, la loi du lieu du paiement a été privilégiée afin d'échapper à

l'éclatement entre les lois du tiré et celle du tireur ou celle du lieu d'engagement cambiaire pour chacun des signataires ou le porteur.

**Le chèque** a fait l'objet de trois Conventions, toutes en date du 11 mars 1931.

La première unifie le droit, la deuxième contient des règles de conflits de lois, la troisième est relative au droit du timbre en matière de chèque. C'est bien sûr la deuxième qui mérite ici attention. Les juridictions françaises l'appliquent et ce, même lorsqu'elle conduit à rendre applicable une loi d'un État qui n'est pas partie à la convention. Sans qu'il soit nécessaire de passer en revue les solutions retenues par la Convention, il convient de relever que la loi applicable à la cause et au consentement n'est pas mentionnée.

La loi du lieu de paiement est généralement proposée par la doctrine.

#### 2.4. Précisions sur les droits de propriété intellectuelle

Au titre des biens, les droits de propriété intellectuelle sont abordés par deux articles successifs, tout en gardant à l'esprit que, sous l'angle des conflits de lois, les questions soulevées par ces droits peuvent difficilement ignorer les divers régimes matériels existant aussi bien en propriété industrielle ou en propriété littéraire et artistique.

Concernant les **juridictions compétentes** (art. 105), la solution retenue consiste à procéder à un renvoi aux dispositions qui sont édictées par le projet en matière d'obligations non contractuelles (art. 91 à 93), c'est-à-dire en réalité à celles prévues par le règlement (UE) 1215/2012 (art. 91), telles qu'elles ont été complétées par les deux articles suivants dont le contenu a déjà été évoqué dans le présent rapport. Il a cependant paru nécessaire d'apporter la précision, inhérente à la matière des droits de propriété intellectuelle, selon laquelle « *les juridictions françaises ne peuvent être saisies au titre de la réalisation du dommage, selon les dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article 92 du présent code qu'à la condition que le droit invoqué soit protégé en France* » (art. 105 al.2).

Concernant **le droit applicable** (art. 106), il est apparu souhaitable de poser une règle de rattachement, dans la ligne de celle forgée par la jurisprudence<sup>67</sup>, reposant fondamentalement sur la considération de « *la loi de l'État pour lequel la protection du droit est revendiquée.* » La prise en compte des situations croissantes où l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle est commise au moyen des nouveaux modes de télécommunication s'imposait. D'où la référence explicite à la règle consacrée en la matière par l'article 95 du projet, sous réserve là encore de la mention, propre à la matière considérée, de ce que la loi désignée ne peut être que « *la loi d'un État où le droit invoqué est protégé.* » (art. 106 al. 2). Enfin, une dernière précision a été apportée qui permet d'articuler au mieux la règle de rattachement avec les dispositions du code de la propriété intellectuelle (art. 106 al. 4).

## 2.5. Le traitement des entreprises en difficulté en dehors du champ d'application du droit de l'Union européenne

Concernant la **juridiction compétente**, par mesure de simplification, de cohérence et de lisibilité, est fait le choix d'un alignement des critères de compétence juridictionnelle du droit international des entreprises en difficulté sur ceux énoncés par le règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 sur les procédures d'insolvabilité. Ainsi, le **critère du centre des intérêts principaux et celui de l'établissement** retenu par l'article 3 § 1 et § 2 du règlement précité sont substitués respectivement aux critères du siège et du centre principal des intérêts prévus par l'article R. 600-1 du code de commerce. Le maintien de la compétence de la juridiction française en cas de saisine de la juridiction d'un État tiers à l'UE dans les six mois du transfert du centre des intérêts principaux vers ledit État constitue une disposition qui s'inscrit dans la continuité tant de l'article R. 600-1 alinéa 2 du code de commerce que de l'article 3 § 1 du règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015.

Concernant le **droit applicable**, l'article 118 constitue la consécration légale de la règle de conflit de lois universellement admise désignant la loi de l'État d'ouverture de la procédure de traitement des difficultés du débiteur. Cette règle de conflit de lois est aussi admise en droit européen tant par le règlement (UE) 2015/848

---

<sup>67</sup> Cf. par ex. Cass.1<sup>ère</sup> civ., 10 avril 2013, *ABC News*, n° 11-12.508, n° 11-12.509, n° 11-12.510.



du 20 mai 2015 que par les deux directives sur l'assainissement et la liquidation respectivement des entreprises d'assurances et des établissements de crédit.

L'article 119 est directement inspiré de l'article 7 du règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 dont il est le prolongement dans le cadre international. En définissant de manière non exhaustive le domaine de l'État d'ouverture de la procédure de traitement des difficultés du débiteur, il constitue un élément de prévisibilité et donc de sécurité juridique.

**Concernant les effets des procédures de traitement des difficultés des entreprises**, l'article 121 alinéa 1<sup>er</sup> est la consécration de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a reconnu le principe de **l'universalité de la procédure collective** ouverte par une juridiction française sous réserve des traités internationaux et des actes européens et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers.

L'article 121 alinéa 2 est aussi la consécration d'une jurisprudence plus que centenaire de la Cour de cassation qui admet que tout créancier du débiteur peut déclarer sa créance dans les procédures ouvertes contre le débiteur en France et dans un Etat étranger.

L'article 122 consacre encore la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la décision étrangère d'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés d'une entreprise ne peut recevoir application sur le territoire français que si elle a obtenu **l'exequatur**. A défaut, elle n'y produit aucun effet sous réserve de l'admission de la qualité des organes de la procédure étrangère pour demander l'exequatur, pour former opposition à l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprises par une juridiction française ou pour faire des actes conservatoires.

## 2.6. Le régime des actions en justice engagées en France

Le projet consacre neuf articles au régime des actions en justice introduites en France (art. 134 à 143). Objet d'une jurisprudence éparse et souvent ancienne, soulevant des questions très concrètes mais néanmoins complexes, le droit d'agir en justice dans les relations privées internationales bénéficie ainsi d'un régime précis qui servira de guide aux praticiens et aux plaideurs.

Y sont consacrées des solutions classiques comme celle de **l'attraction de la loi du fond** exercée sur les conditions de l'action étroitement liées au fond, la qualité

(art. 136), les délais pour agir (art. 141) et les fins de non-recevoir liées au fond (art. 142). Tout aussi classiquement, l'intérêt à agir est placé sous l'empire de la **loi du for** (art. 134)<sup>68</sup>, dont l'applicabilité générale en matière de procédure est affirmée (art. 131 al. 1<sup>er</sup>). A cet égard, la recevabilité des actions préventives – dont la jurisprudence a très tôt reconnu l'utilité en matière internationale - est codifiée pour autoriser très largement toute action sous-tendue par un intérêt à obtenir une décision qu'elle porte sur la compétence<sup>69</sup>, la loi applicable ou la régularité d'une situation juridique (art. 135).

Ont été tranchées également des questions plus délicates sur lesquelles la jurisprudence était encore rare et indécise <sup>70</sup>. La recevabilité des **actions des groupements** exercées dans un intérêt collectif est admise au regard d'une application combinée de la loi française - en raison des incidences sociales et économiques que ces actions peuvent comporter (art. 138 al. 1<sup>er</sup>) - et de la loi du groupement, seule pertinente pour déterminer les intérêts que celui-ci est habilité à défendre en justice (art. 138 al. 3). La solution vient d'être consacrée par la Cour de cassation<sup>71</sup>. Dans le souci de bilatéraliser les solutions, il est prévu qu'un groupement étranger peut également agir en France, sous la double réserve qu'il ait une nature équivalente aux groupements français qualifiés pour défendre un intérêt collectif et que le juge vérifie l'habilitation qu'il tire de son droit d'origine. Le juge dispose ainsi d'un certain droit de regard sur les conditions de cette habilitation. La recevabilité des **actions de groupe** obéit à une logique similaire : respect des conditions posées par le droit français (art.138 al. 1<sup>er</sup>) et recevabilité des actions introduites par des groupes similaires constitués à l'étranger en vérifiant les conditions de constitution et de fonctionnement du groupe à l'étranger (art.138 al. 2). L'objectif ainsi poursuivi est de trouver un équilibre entre le respect d'intérêts essentiels du for et le souci de permettre l'internationalisation de ce type d'action.

La même logique inspire les dispositions relatives à l'action du **ministère public**. Partie principale, il peut agir aux conditions fixées par le droit français (art. 140

---

<sup>68</sup> Cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 4 déc 1990, *Coveco*, pourvoi n° 89-14.285.

<sup>69</sup> V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 dec. 2011, *West Caribbean Airways*, pourvoi n° 10-30919, qui semble admettre la recevabilité d'une telle action dans le contexte des conflits de procédures intentés par les ayants droits des victimes d'accident d'avion, solution qui a été très débattue en doctrine.

<sup>70</sup> V. Cass. crim 15 oct. 1959, *Scotch Whisky*, *JDI* 1961, p. 134, note A. Françon ; sur l'action d'un syndicat, Cass. Ch. mixte, 28 fév. 1986 *Air Afrique*, pourvoi n° 83-15567.

<sup>71</sup> Cf. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 mars 2022, pourvoi n° 20-22.444.

al. 1<sup>er</sup>) et toutes les fois que l'ordre public international est en jeu (art. 140 al. 3). Mais si l'action relève sur le fond d'un droit étranger (art. 140), il ne pourra agir qu'à la double condition de respecter, d'une part, les conditions du droit français et, d'autre part, celles que le droit étranger impose à l'autorité étrangère équivalente à laquelle le ministère public français se substituera (art. 140).

### 2.7. Le régime de la preuve des faits

Comme dans un litige purement interne, la question de la preuve des faits nécessaires au succès ou au rejet d'une prétention, est essentielle pour les parties à un procès civil international.

Cette problématique se trouve complexifiée dans ce dernier cas en raison d'une part de la nécessité de déterminer la loi applicable au régime de la preuve et d'autre part de la territorialité des éléments de preuve.

#### - *Le droit de la preuve*

La jurisprudence fait application, selon les cas, soit de **la loi du fond** du droit soit de la **loi du for**, en fonction du lien plus ou moins étroit de la question relative au droit de la preuve avec le droit substantiel en cause. Les règlements « Rome I » et « Rome II » réservent au demeurant, pour la recevabilité de la preuve, l'application alternative de la loi du *for* et de la loi du fond. Cette dualité a pu être regardée comme étant un facteur de complexité et d'insécurité juridique pour les parties. Il a donc été estimé opportun d'affirmer une règle claire et unique, en optant pour l'application de principe de la *lex causae*.

**La loi du droit litigieux** a un **large spectre** puisqu'elle va déterminer la charge de la preuve, l'admissibilité celle-ci, la recevabilité des éléments de preuve et leur portée probatoire, ainsi que – ce qui est novateur – les conditions d'administration de la preuve.

Il a, toutefois, été apporté **deux aménagements** à ce principe, l'un relatif à l'administration de la preuve, l'autre à la force probante d'un acte préconstitué.

Dans le premier cas, il a été réservé l'hypothèse où le mode de preuve admis par la loi du droit litigieux viendrait heurter les principes essentiels du droit procédural français, en réservant l'application pour l'administration de la preuve, de la loi de procédure du *for*.

Dans le second, il a été prévu une option au bénéfice de celui qui invoque le droit litigieux en lui offrant le choix de soumettre la force probante de l'acte soit à la loi du droit litigieux soit à celle du lieu de l'acte. Cette option est ouverte sous réserve des dispositions particulières édictées par ailleurs pour les actes publics.

S'agissant de l'**office du juge**, il a été considéré que lorsque son concours est requis, le juge doit disposer d'une marge d'appréciation. Il est apparu légitime que le juge puisse se déterminer en fonction de la pertinence ou de la faisabilité de la mesure mais également qu'il puisse évaluer la portée des conséquences de celle-ci. Au regard des critères laissés à son appréciation, il peut décider s'il apporte ou non son concours à la mise en œuvre de la mesure à visée probatoire qui est sollicitée, étant, toutefois, relevé que seules des conséquences regardées comme manifestement excessives, peuvent fonder un refus.

- *La collecte des éléments de preuve à l'étranger*

Les parties peuvent ne pas être en possession des éléments de preuve dont elles entendent faire état et être conduites, dans ce cas, à s'adresser au juge pour les obtenir de la partie adverse ou d'un tiers, domiciliés à l'étranger. Les conditions de recueil des preuves et le rôle du juge dans leur collecte sont nécessairement différents, selon que celles-ci sont situées sur le territoire de l'État du juge saisi ou sur le territoire d'un État tiers<sup>72</sup>.

Les règles du droit français (articles 178-1 et 187-2, 734 à 748 du code de procédure civile) envisagent les commissions rogatoires internationales à exécuter en France ou à l'étranger (par une autorité judiciaire ou par un agent diplomatique ou consulaire, ou par un commissaire, substitués).

S'agissant des **commissions rogatoires à destination de l'étranger**, il a été estimé nécessaire d'inclure dans le code le texte de l'article 734 du code de procédure civile en y ajoutant une précision sur l'office du juge. Lorsqu'il entend donner commission rogatoire aux autorités diplomatiques ou consulaires françaises

---

<sup>72</sup> Dans le champ d'application du règlement CE du 18 mai 2001, modifié par le règlement UE du 25 novembre 2020, ou celui de la convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger, il convient de faire application des règles prévues par ces textes, cf renvoi à ces textes par l'art. 157.

aux fins de faire procéder dans un État étranger aux mesures d'instruction ainsi qu'aux autres actes judiciaires nécessaires, il doit préalablement s'assurer que le droit de l'État d'exécution le permet.

En ce qui concerne, les **commissions rogatoires en provenance de l'étranger**, il a été estimé utile de reprendre à **droit constant** (art. 159) la disposition de l'article 735 du code de procédure civile sur la compétence territoriale du tribunal judiciaire. Bien que cette disposition soit de nature réglementaire, il est apparu que son inclusion dans le code avait l'avantage de la lisibilité pour le praticien.

Enfin il a été considéré, par ailleurs, qu'il convenait de procéder à la **réécriture de l'article 739 du code de procédure civile** pour plus de cohérence avec les instruments internationaux en vigueur.

Sa rédaction inspirée des articles 9 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970, 10 du règlement n°1206/2001 du 28 mai 2001 et 12 du règlement n° 2020/1783 du 25 novembre 2020, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2022, s'en distingue cependant par sa plus grande précision en ce qui concerne ce qu'il convient d'entendre par difficultés pratiques autorisant le refus par le juge français de mise en œuvre des conditions de forme de la loi nationale de l'État étranger requérant. Ces difficultés pratiques doivent être de nature soit à différer l'exécution de la mesure soit à en augmenter le coût, de manière excessive.

Enfin, a été introduite une disposition relative aux **conditions de refus d'exécution** d'une commission rogatoire demandée par un État étranger. Cette disposition, si elle reprend à droit constant l'article 742 du code de procédure civile, modifie, toutefois, l'article 743 du même code afin d'unifier les régimes de refus d'exécution prévus par le droit conventionnel (article 13 Convention de La Haye) et le droit européen (article 14 du Règlement n° 1206/2001 et 16 du règlement n° 2020/1783).

En effet, il a été estimé nécessaire de procéder à deux adaptations notables qui distinguent l'article 159 du projet des dispositions conventionnelles et européennes précitées. En premier lieu, lorsqu'il est en présence d'un des cas de refus limitativement énumérés, le juge n'a pas une simple faculté de refuser l'exécution de la mesure, il en a l'obligation. En second lieu, une clause de sauvegarde a été introduite en faisant de la prohibition de la mesure par la loi française, un cas impératif de refus d'exécution.

## 2.8. Règles sur l'exécution forcée

Confrontées à une situation internationale, les voies d'exécution, longtemps délaissées, suscitent souvent des débats. Le projet a choisi d'en traiter. Il a retenu trois axes. Il rappelle tout d'abord **deux principes fondateurs** : compétence exclusive des autorités françaises pour connaître des voies d'exécution pratiquées sur le territoire français (art. 147) ; compétence exclusive de la loi française pour déterminer la régularité ou les effets des voies d'exécution mises en place en France (art. 148). Par ailleurs, pour couper court à une discussion doctrinale, il définit ce qu'il faut entendre par exécution forcée en donnant un sens compréhensif à ce terme (art. 153). Enfin, le texte fait siennes **plusieurs solutions consacrées par la jurisprudence récente**. Ainsi il consacre la possibilité d'une saisie attribution en France lorsque le tiers saisi a son domicile ou son siège en France (art. 151)<sup>73</sup> et la possibilité, s'agissant de la saisie-attribution entre les mains d'une banque, de la pratiquer, soit au lieu du siège social, soit au lieu de l'agence bancaire (art. 152)<sup>74</sup>. Il arrive également que, bien que relative à l'exécution forcée, la décision circule d'un État à l'autre. Elle émane alors d'un juge autre que celui du lieu d'exécution forcée. S'inspirant de la jurisprudence<sup>75</sup>, le projet fait le départ entre les règles de l'État du juge qui prescrit la mesure et les règles de l'État où la demande doit être exécutée (art. 154). En définitive, dans un domaine qui reste largement à défricher, les ambitions du texte sont modestes. Du moins l'usager peut-il trouver dans le projet, sous une forme accessible, des principes, ayant vocation à servir de guide, et quelques règles, aptes à fournir immédiatement des réponses concrètes.

## 2.9. Régime de actes publics étrangers

Le projet s'attache à l'accueil en France aussi bien des **actes de l'état civil** établis à l'étranger (art. 192 à 194) que des **actes authentiques notariés** établis à l'étranger (art. 195 à 198). Si, pour les premiers le projet reprend des dispositions

---

<sup>73</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 20 décembre 2020, n°18-17.937 et 20 décembre 2020, n°19-10.801.

<sup>74</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 14 février 2008, n°05-16.167.

<sup>75</sup> CJUE, 4 octobre 2018, *Società Immobiliare Al Bosco Srl*, C-379/17.

existantes, notamment issues du code civil, en revanche il innove concernant les actes authentiques notariés en consolidant la pratique actuelle.

Plus exactement, après avoir procédé à un renvoi général aux conventions existantes (bilatérales ou multilatérales) ainsi qu'aux règlements de l'Union européenne qui sont applicables dans certaines matières et organisent la circulation vers la France des actes notariés dressés dans les autres États membres, le projet s'attache au sort des actes notariés qui ne relèvent ni de l'une ni de l'autre situation.

A titre général, il est bien insisté sur la distinction entre les questions de **validité au fond** et de **validité formelle**, les premières étant appréciées au regard des règles désignées par le présent projet (art. 197), c'est-à-dire les règles de conflit de lois édictées par lui.

Par ailleurs, parce qu'il est paru nécessaire de bien distinguer le sort des actes dressés hors Union de ceux dressés dans des États membres en raison de la différence en termes de « confiance mutuelle » qui les marque, le projet s'est attaché à l'élaboration de règles propres tenant tant à leur force probante en France qu'à leur force exécutoire sur le territoire national.

Concernant la **force probante**, rappel étant fait que les actes authentiques notariés étrangers doivent réunir « *les conditions nécessaires à leur authenticité telles que prévues par la loi du lieu de rédaction de l'acte* », il est prévu qu'elle est la même sur le territoire de la République, à tout le moins qu'ils y produisent les effets les plus comparables, sous réserve que ces actes ne soient pas manifestement contraires à l'ordre public international, mention qui s'imposait même si elle n'est que la mention d'une règle plus générale consacrée par le présent projet.

Concernant la **force exécutoire**, après discussion, il est apparu souhaitable de mettre en place un régime détaillé et conditionnel qui suppose le recours à une procédure d'*exequatur* portée devant le tribunal judiciaire (art. 198), ce qui a été considéré comme préférable à la solution qui aurait consisté (comme c'est le cas pour les actes authentiques dressés dans un autre État membre, par exemple en matière successorale ou matrimoniale) à la confier au Président de la chambre des notaires (en ce sens, art. 509-3 CPC). C'est probablement sur ce point que la distinction fondamentale précédemment mentionnée (circulation intra-européenne et circulation extra-européenne) trouve toute sa traduction.

Enfin, l'article 195 du projet envisage la **publicité foncière** en France des actes authentiques notariés étrangers. Actuellement prévue par l'article 710-1 du code civil dont la mise en œuvre suscite bien des difficultés en pratique, il a été fait le choix

de réécrire la disposition dans le sens d'une plus grande simplification donnant un rôle déterminant aux notaires de France. Cette réécriture s'inscrit résolument dans la ligne des propositions formulées par le Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière remis au garde des Sceaux en novembre 2018.

### 2.10. Mesures provisoires et conservatoires

Même si les codes, les conventions internationales et les règlements les ignorent ou restent en tout cas discrets, les **mesures provisoires et conservatoires constituent, en pratique, une pièce maitresse de la discipline**. Il a donc été décidé d'en traiter de façon précise et si possible complète. Faisant l'objet d'un livre à part, les dispositions qui les concernent forment un ensemble autonome. Elles commencent par définir ce qu'il faut entendre par mesures provisoires et conservatoires. Elles en retiennent une conception extensive (art. 199). Puis le régime de ces mesures est organisé autour de trois points : la compétence du juge, la loi applicable, la reconnaissance des mesures prononcées à l'étranger.

S'agissant de la **compétence**, une distinction est faite selon que les parties sont liées ou non par une clause attributive de juridiction. En l'absence d'une telle clause (art. 199), le juge français est compétent dans trois cas : s'il est saisi de l'instance au fond, s'il est compétent pour connaître de l'instance au fond ou encore si la mesure demandée doit s'exécuter en France. Tout au plus faut-il apporter deux précisions. La première : si la demande est présentée au juge normalement compétent pour connaître du fond, avant que la procédure au fond soit mise en place, il faut que sa saisine intervienne dans un certain délai et ce, à peine de caducité. La seconde : même compétent pour connaître de l'instance au fond, le juge n'a pas le pouvoir d'autoriser une saisie conservatoire sur des biens situés à l'étranger. En présence d'une clause attributive de juridiction, et l'urgence mise à part, le juge élu est compétent pour se prononcer sur les mesures provisoires ou conservatoires, à l'exception des demandes visant à la mise en place d'une saisie conservatoire sur un bien situé à l'étranger (art. 201). Et réciproquement si la clause désigne un juge étranger, le juge français reste compétent dès lors que la demande vise une saisie ou une sûreté conservatoire sur un bien situé en France. Reste l'hypothèse où les parties sont liées par une convention d'arbitrage (art. 201). Le projet renvoie à l'article 1449 du code de procédure civile. Au surplus, et à titre exceptionnel, le juge français peut être saisi alors même que le tribunal arbitral est déjà constitué, s'il n'est pas en mesure de statuer sur la demande, si la mesure doit s'exécuter en France, et si le droit applicable à la procédure arbitrale



n'y fait pas obstacle. Au stade de la compétence, le projet recherche donc un équilibre entre plusieurs objectifs : faciliter la mise en place de mesures ; faire en sorte qu'elles soient prescrites par le juge le mieux à même d'en vérifier le bien-fondé, voire d'en assurer l'exécution ; éviter que le juge ne prescrive une mesure provisoire ou conservatoire sans lien suffisant avec son for.

Il était également important que le projet se prononce sur la **loi applicable**. De fait, sur ce point, le droit positif est hésitant. A nouveau, une solution d'équilibre a prévalu. C'est en application de la loi du for (art. 203) que le juge saisi se détermine et ce, pour des raisons pratiques : il n'a ni le temps, ni les moyens de rechercher le contenu du droit étranger ; pour des raisons théoriques : le débat porte pour l'essentiel sur les pouvoirs du juge. Mais il est parallèlement invité à prendre en considération le droit étranger, s'il est appelé à s'interroger sur l'existence ou le régime d'un droit soumis à une loi étrangère. Le projet procède toutefois à une distinction. Soit la demande est présentée en dehors de l'instance au fond. Le juge prend en compte le droit étranger, sur demande d'une partie, et au vu du contenu de la loi étrangère tel qu'établi par cette partie (art. 203). Soit la demande est présentée à l'occasion d'une instance au fond, et dans ce cas, le juge prend en compte la loi étrangère dans les conditions du droit commun (art. 204). En tout cas, en droit de la famille, le juge est tenu d'appliquer le droit étranger lorsque la mesure a un lien étroit avec le fond (art. 204 al. 3).

Reste la **reconnaissance** en France des mesures prescrites par un juge étranger. Le projet s'efforce une fois encore de consacrer une solution équilibrée. D'une part, la reconnaissance suppose que la juridiction soit compétente en vertu de critères équivalents à ceux définissant la compétence du juge français et sous réserve que la mesure soit conforme à l'ordre public international et ne procède pas d'une fraude. D'autre part, le juge se détermine en considération de la nature et de l'objet de la mesure ainsi que des conséquences quant à son application ou sa non-application. En toute hypothèse, la reconnaissance demeure pour lui une faculté. Mais corrélativement, l'accueil d'une mesure prononcée à l'étranger a des effets énergiques : il peut rendre caduque une mesure antérieurement prononcée en France dès lors qu'il y a inconciliabilité. A propos des mesures provisoires et conservatoires, le projet s'efforce ainsi de doter notre droit d'un ensemble cohérent. Il fixe des directives précises, qui puissent être des points d'appui pour les parties et le juge ; il s'applique à poser des bornes pour éviter des empiètements intempestifs ; il fait preuve de souplesse comme le requiert cette matière.

# Annexe : Lettre de mission du 24 juillet 2018 de Madame Belloubet, garde des Sceaux, ministre de la Justice au Président Jean-Pierre Ancel



MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Paris, le 24 JUIL. 2018

LA GARDE DES SCEAUX  
MINISTRE DE LA JUSTICE

Références à rappeler : BDIP IDIP2018 / Messenger : 201810024356

Monsieur le Président,

Le droit international privé français est essentiellement issu de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, après s'être longtemps appuyée sur le seul article 3 du code civil, se fonde désormais sur les principes généraux du droit international privé qu'elle a elle-même forgés. Ainsi, excepté quelques rares dispositions disséminées dans les différents codes existants, les règles régissant cette matière, établies de longue date pour la plupart, sont d'origine prétorienne.

Le temps semble désormais venu de concrétiser enfin la réunion, plusieurs fois envisagée par le passé mais jamais réalisée, de l'ensemble de ces règles et principes jurisprudentiels au sein d'un texte unique.

C'est pourquoi j'ai décidé de mettre en place un groupe de travail, composé d'experts universitaires mais également de magistrats et de praticiens, aux fins de réfléchir au projet de la codification du droit international privé français.

Cette codification permettra d'alléger la charge de travail des tribunaux dans la recherche puis la correcte application des règles et principes du droit international privé français. Elle redonnera également à ces derniers la prévalence qui a longtemps été la leur, mais tend aujourd'hui à s'effacer au sein des enceintes européennes et internationales devant ceux de législations étrangères considérées comme plus modernes et surtout plus accessibles.

Monsieur Jean-Pierre ANCEL  
39, rue Boissonnade  
75014 Paris

Consciente de la technicité et de l'étendue de la tâche envisagée, je souhaiterais que le groupe de travail puisse débiter ses discussions dès la rentrée prochaine, dans l'objectif ambitieux d'achever la rédaction d'un projet à la fin du premier semestre 2019. Le groupe aura vocation à se réunir mensuellement mais restera libre de s'organiser et d'échanger selon les modalités qu'il estimera appropriées, et sa mission consistera en l'examen des questions suivantes :

1°) lister l'ensemble des règles du droit international privé français ainsi que de leur mise en œuvre, qu'elles soient de source jurisprudentielle ou législative ;

2°) envisager l'opportunité de les conserver en l'état ou de les amender, ainsi que la nécessité d'en adopter de nouvelles, complémentaires ou non des premières ;

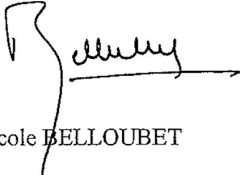
3°) rédiger un projet de texte qui devra notamment présenter, de la façon la plus cohérente possible, les règles relatives aux trois grandes questions que sont la compétence internationale des tribunaux français, le conflit de lois, et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

Je vous remercie, Monsieur le Président, d'avoir accepté de prendre la direction de ce groupe de travail, dont les réflexions ne pourront que s'enrichir de votre contribution à la constitution du droit positif actuel, lorsque vous étiez à la tête de la première chambre civile de la Cour de cassation puis du comité français de droit international privé.

Vous conviendrez avec Monsieur le directeur des affaires civiles et du sceau de la composition et des modalités d'organisation du groupe de travail, et bénéficierez du soutien de sa direction.

Vous me remettrez en décembre prochain, au nom du groupe, un rapport sur l'état d'avancement de vos travaux incluant notamment une proposition de champ d'application et de plan

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'expression de ma parfaite considération, *très*  
*attentive* .

  
Nicole BELLOUBET