

## **Brèves observations en réponse du groupe de travail**

La richesse et la diversité des observations formulées lors des quatre tables rondes ont conduit le groupe de travail à souhaiter apporter quelques clarifications rapides. Non exhaustives, elles se veulent, pour certaines, ponctuelles (I), pour d'autres, générales (II). Ces clarifications ne porteront pas sur les objections qui ont été à nouveau exprimées quant à l'exercice même de la codification du droit international privé français. Sur ce point, le groupe de travail épouse pleinement les positions exposées par les professeurs Marc Fallon et Andrea Bonomi qui, prenant acte des expériences d'autres États membres mais aussi de l'incomplétude de l'œuvre de l'Union, ont bien montré toute l'utilité concrète d'un tel code.

### **I – Clarifications ponctuelles**

Certaines lacunes ou déficiences ont été, de manière très pertinente, pointées par les orateurs. Le groupe de travail estime qu'il serait dès lors opportun d'y remédier. Quelques exemples peuvent en être donnés.

Il convient, sans doute, au sein des règles générales de conflit de lois, d'aboutir à un traitement spécifique des articles 9, 13 et 14 pour indiquer que ces dispositions seraient susceptibles de s'appliquer également lorsqu'un règlement européen ou une convention internationale est mise en œuvre et, ce, tant que la Cour de justice n'a pas élaboré à leur égard de solutions européennes. De même, faudrait-il affiner la technique utilisée pour les renvois qui, en l'état, peut parfois apparaître comme perfectible. Ou encore, envisager une disposition plus détaillée sur l'applicabilité des lois de police, en suite de leur définition.

Toujours dans cette ligne de clarification de l'existant, le groupe de travail entend indiquer qu'il maintient ses choix, en apportant toutefois quelques précisions qu'il juge utiles. Trois exemples peuvent en être donnés, même s'il aurait été possible d'en retenir d'autres (par ex. le régime des clauses attributives de juridiction).

En premier lieu, l'existence même d'une catégorie « obligations alimentaires » qui a été discutée rejoint les hésitations que le groupe de travail a lui aussi connues. Il avait d'abord pris le parti d'une catégorie autonome. Mais il lui a paru ensuite davantage pédagogique de montrer le lien entre l'obligation alimentaire et le rapport principal dont elle découle (par ex : lien de filiation, qui fait naître une obligation aussi bien vis-à-vis des descendants que des ascendants ou des collatéraux, lien d'alliance pour l'obligation alimentaire vis-à-vis des beaux-parents etc.). La méthode retenue en définitive a l'avantage de montrer comment s'articulent pour une même institution les divers instruments qui en régissent les effets et ce, aussi bien au plan de la compétence que du droit applicable. En effet, l'on sait que ce morcellement de la matière entre différents instruments est l'une des grandes complexités auxquels la pratique est confrontée. Mais il serait possible, si besoin, de créer, en outre, une règle balai, avec une catégorie alimentaire pour laquelle il serait renvoyé de manière générale au protocole de La Haye et au règlement sur les aliments et qui s'appliquerait aux rares hypothèses d'obligation alimentaire autonome (actions à fins de subsides ou obligation découlant d'une relation qui ne fait pas elle-même l'objet, dans le projet de code, d'une catégorie autonome ; on pense, ainsi, au concubinage). Il serait renvoyé, dans cet article balai, aux autres articles relatifs aux obligations alimentaires (art. 49, 54, 57 etc.).

En deuxième lieu, le groupe de travail estime nécessaire de s'aligner sur les catégories du droit de l'union européenne pour des questions comme l'autorité parentale. C'est une illustration de la nécessaire « perméabilité » du droit national au droit européen, comme l'a souligné le professeur Andrea Bonomi dans sa contribution. Les instruments dénommés « responsabilité parentale » sont maintenant d'un usage tellement fréquent que cette terminologie devrait être connue des praticiens et relayée dans les manuels. Il serait dès lors souhaitable de substituer aux termes de « protection des mineurs », utilisés dans la version actuelle du projet, ceux de « responsabilité parentale et protection de l'enfant », comme dans le règlement « Bruxelles II *bis* refondu » (« Bruxelles II *ter* », comme le désigne désormais la Cour de justice).

En troisième et dernier lieu, le groupe de travail reste convaincu que même si la Cour de justice venait à considérer que les instruments « Bruxelles II *ter* » et « Rome III » devaient à l'avenir s'appliquer au divorce extrajudiciaire français, il n'en demeurerait pas moins que la règle de l'article 5 du règlement « Rome III » ne serait pas adaptée à ce type de divorce. Car, soit elle limiterait trop étroitement les possibilités de choix de loi française (indispensable à la mise en œuvre de ce type de divorce), en vertu de l'article 5 – 1, points a à c, soit elle permettrait au titre du choix de la loi du *for* entendu de manière très large (point d) de désigner la loi française, même dans des situations n'ayant aucun lien avec la France, ce qui serait manifestement excessif.

Par ailleurs, il est aussi probablement souhaitable de modifier quelques règles procédurales.

Il en va ainsi de la suppression de l'exigence du caractère exécutoire des jugements étrangers aux fins de leur reconnaissance en France, ou de l'ajout d'une règle de compétence en matière de capacité et, après analyse, peut-être d'une règle de compétence en matière de filiation.

Mais encore, de l'assouplissement de la règle, perçue comme trop restrictive, relative à la qualité pour agir en France d'un groupement étranger (art. 138 alinéa 2). Le terme d'habilitation y avait été employé pour viser le titre du groupement pour exercer une action pour la défense d'un intérêt collectif, qui est une action attitrée. Mais la volonté du groupe de travail était de faciliter l'exercice de telles actions en France, y compris lorsqu'elles sont exercées par des groupements étrangers ou/et pour des faits commis à l'étranger. Or, en droit positif, ces actions sont actuellement très difficilement recevables. Il ne s'agissait donc en aucun cas de vouloir restreindre leur accès à la justice, en leur imposant une habilitation spéciale, surtout lorsque celle-ci n'est pas exigée pour des groupements français similaires. Et le groupe de travail entend souligner que l'alinéa 3 de l'article 138 reprend très exactement la solution de l'arrêt *Perenco* (Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mars 2022, n° 20-22.444), en précisant comment se combinent la loi française et la loi du groupement : la loi française régit la qualité pour agir du groupement (al. 1) tandis que la loi du groupement est prise en considération pour vérifier que les intérêts défendus relèvent bien de son objet social (al. 3).

Enfin, trois ultimes clarifications méritent d'être apportées à propos de dispositions dont l'opportunité a pu être discutée lors de la séance.

La première porte sur l'extension du règlement « Rome I » dont la signification est apparue incertaine, comme en attestent plusieurs questions posées lors des débats. Ici, s'inspirant des solutions qui ont pu être retenues par d'autres États membres (Pays-Bas,

Belgique), le groupe de travail a entendu réserver le sort des obligations contractuelles non évoquées par le règlement de l'Union. Mais avec la précision, essentielle, qu'une telle extension s'opère sous réserve « des cas où la loi française en dispose autrement et sous réserve des conventions internationales liant la France », ce qui préserve naturellement une règle matérielle comme celle applicable en matière de clause compromissoire ou encore les solutions acquises en matière de contrats publics mais plus généralement le jeu d'autres domaines (par ex. les clauses attributives soumises aux dispositions des articles 25 à 33 du projet de code ou aux dispositions du règlement « Bruxelles I bis »). De même, il ne saurait être question de voir dans une telle extension un outil d'application des solutions portées par le règlement « Rome I » à des contrats conclus avant son entrée en application, ce qu'un renvoi à l'article 207 permet de comprendre.

La deuxième a trait aux questions suscitées par la fiducie et, en particulier, l'articulation de cette institution avec le droit des biens. La fiducie, contrairement au *trust*, n'est pas exclue du champ d'application matérielle du règlement « Rome I ». Il est donc clair que ce règlement s'applique à la dimension contractuelle de la fiducie, c'est-à-dire aux rapports internes à la fiducie. En revanche, il ne saurait gouverner les autres aspects (portée réelle, conséquences successorales...). Ces aspects sont alors pris en charge par les autres règles de conflit posées par le projet de code. C'est le cas, par exemple, des articles 83 et suivants pour les conséquences successorales en présence d'une fiducie transmission. Mais encore, pour les aspects concernant la propriété fiduciaire, les articles 97 et suivants du projet de code relatifs aux biens. A leur égard, peut-être conviendrait-il d'approfondir la réflexion pour tenir compte de la spécificité des effets de la fiducie.

La troisième et dernière clarification tient à l'article 84 du projet de code et au droit de prélèvement. L'intérêt d'un tel article a été discutée en mettant en avant que l'exception d'ordre public prévue par le règlement succession suffisait. Pourtant, le groupe de travail a pensé que l'alinéa premier avait une vertu pédagogique. Mais c'est surtout la portée de l'alinéa 2 qui ne semble pas avoir été toujours bien perçue. Il vise une hypothèse très circonscrite. En cas de partage discriminatoire réalisé à l'étranger – soit par une décision judiciaire soit dans le cadre d'un partage extrajudiciaire constaté dans un acte (par ex. une notoriété) – le droit de prélèvement réintroduit à l'alinéa 2 de l'article 84 est en effet le seul moyen de permettre à l'héritier lésé par cette discrimination (à raison de sa filiation ou de son sexe, par ex.) de compenser sur les biens situés en France l'injustice dont il a été victime à l'étranger. A défaut de droit de prélèvement, il devrait partager sur les biens situés en France par parts égales avec les héritiers avantagés à l'étranger, comme l'ont montré deux affaires récentes jugées à Paris, l'une concernant une succession marocaine, l'autre une succession libanaise.

## II – Clarifications générales

De manière liminaire, deux observations s'imposent. D'une part, la formule a été utilisée lors des débats selon laquelle le projet de code aurait pour effet de « remiser » la jurisprudence et, ainsi, rompre avec la tradition. Tel n'a certainement pas été l'état d'esprit dans lequel est intervenu le groupe de travail. Il suffit, à ce stade, de signaler que de nombreuses dispositions retenues par le projet sont les solutions de la jurisprudence (ex : ordre public de proximité) et de souligner surtout qu'à plusieurs reprises il est laissé le soin au juge d'interpréter la règle (ex : sanction de la fraude). D'autre part, il a pu être regretté que le projet de code n'énonce pas les « grands principes fondateurs » qui seraient ceux attendus de tout code. Ces principes ou ces objectifs n'ont pas en tant que tels à figurer dans un code, mais doivent davantage et avant tout s'en dégager à la lecture. En ce sens, ils ont été mis en lumière par le rapport accompagnant la

publication du projet et ne manqueront pas d'être repris et développés dans l'exposé des motifs qui éclairera le texte présenté par le gouvernement dans les prochains mois.

Trois clarifications doivent être apportées qui tiennent au refus du projet de code de consacrer des règles générales en matière de clause d'exception, d'adaptation et d'accord procédural.

Les deux premières conduisent à une précision de même nature. Outre la difficulté rédactionnelle qu'emporte la formulation de telles règles générales (concernant les techniques d'adaptation, le groupe de travail s'y est essayé pour y renoncer, face à la difficulté), il est surtout apparu que les consacrer mettraient à mal plusieurs des objectifs qui ont guidé la rédaction du projet de code et heurteraient un certain nombre de principes au rang desquels la sécurité juridique (et son avatar moderne, la prévisibilité) à laquelle le groupe a manifesté son attachement. En particulier, l'objectif de simplification tenant compte des enseignements de la pratique a pu montrer combien le maniement des clauses d'exception (lorsqu'elles sont prévues par certains instruments européens) est délicat, nécessairement subordonné à des conditions très strictes (intégrant l'exigence de proximité), et en dernière analyse très souvent critiqué quant au résultat auquel il conduit.

Quant à l'accord procédural, le refus de son extension au choix d'une loi étrangère se justifie par la conception qu'en a le groupe de travail. A été retenu le principe selon lequel cet accord ne s'opère qu'en faveur de la loi du *for*, comme c'est le cas dans le protocole de La Haye sur les aliments. C'est ici traduire que l'accord procédural répond à des considérations d'administration de la justice et non de fond : l'accord procédural n'est pas une clause d'élection de droit.