

DEBATS DU 23 MARS 2007

M. Etienne PATAUT

M. DELAPORTE – Merci beaucoup de votre intervention. Je crois que toute l'assistance vous a écouté avec une grande attention et beaucoup d'intérêt parce que vous réveillez chez chacun de nous des connaissances parfois un petit peu lointaines. Il est vrai que la théorie des droits acquis était, je crois, le sujet du cours spécial de DEA en droit international privé, qui s'appelait d'ailleurs DES d'Henri Batiffol, que j'ai suivi il y a un certain temps. C'est ce cours qui est toujours disponible en salle 102 et je n'ai pas perdu ce cours qui est très précieux.

On retrouve dans votre intervention beaucoup de points d'intérêt. Vous avez d'abord parlé de quelque chose que l'on connaît un peu, pas trop, donc on l'avait à découvrir, mais on avait aussi quelque base sur la question et vous nous avez donc pris en douceur pour nous montrer, finalement, que la théorie des droits acquis, elle a des flux et des reflux, mais elle n'a jamais été complètement abandonnée et on en trouve des traces importantes, un renouveau, dans le droit positif moderne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la reconnaissance des décisions étrangères, mais aussi dans le droit conventionnel et surtout, en dehors du mécanisme judiciaire, car le droit international privé ne se ramène pas au seul contentieux judiciaire. Vous avez montré, par exemple, à propos de l'adoption, qu'ici c'est un mécanisme administratif en quelque sorte, c'est un jeu d'autorité administrative qui règle essentiellement les problèmes. On a même l'impression, en ce qui concerne l'adoption, que la situation est inversée c'est-à-dire que la décision judiciaire est subordonnée à la décision administrative. La décision judiciaire n'est reconnue, ne circule, que si l'autorité administrative lui a donné son aval et a posé son certificat de conformité et en quelque sorte, c'est l'autorité administrative qui nous confère l'exequatur à la décision judiciaire. Vous nous avez donc intéressé sur tout cela et en même temps, on voit dans votre exposé que vous n'avez pas un esprit de système dogmatique ; vous concluez modestement qu'en ce qui concerne la théorie des droits acquis, son intérêt est limité, on ne peut pas construire tout le droit international privé sur cette théorie mais elle explique un bon nombre de solutions et les inspire sans pour autant revendiquer l'exclusivité ; mais c'est une méthode qui est légitime et qui est concurrente. Le droit international privé ne se ramène pas aux règles de conflit. Donc, toutes ces questions ont suscité l'intérêt de votre auditoire et je suis certain qu'il va y avoir des questions sur votre intervention.

DEBATS

Mme MUIR WATT – Je suis tout à fait d'accord avec ta lecture de l'orientation du droit positif, je pense qu'effectivement on va tout à fait dans le sens d'un effacement de la règle de conflit et un rapprochement de la méthode de reconnaissance des jugements et de la méthode de reconnaissance des situations, mais je m'interroge beaucoup sur la réelle spécificité de cette nouvelle méthode et en fait sur deux points : les deux paramètres que tu as utilisés. D'une part quelle est la place qu'il faut reconnaître à l'intervention d'une autorité ? C'est-à-dire à une autorité ayant une activité non décisionnelle. Parce que souvent dans la méthode de reconnaissance on voit que, certes le curseur se déplace entre le conflit de lois et le conflit de juridictions mais il semble s'arrêter à l'intervention d'un organe administratif, un notaire, etc... C'est donc la première question.

L'autre question est : est-ce que dans cette exigence d'effectivité de la situation il y a réellement caché derrière une exigence de lien suffisant auquel cas je m'interroge un peu sur la réelle spécificité de la méthode et on retrouve un peu le dilemme « *simitch* » mais appliqué aux situations cristallisées. Autrement dit est-ce qu'on va dire « oui, on accepte ce qui est réellement constitué ailleurs sauf fraude ou contrariété à l'ordre public », ou bien est-ce qu'il y a en fait une exigence qui serait une sorte de règle de conflit alternative et où on dirait « on accepte les situations constituées à condition que ces situations se constituent selon la loi nationale, selon la loi du domicile, etc... ». Est-ce qu'il y a une différence entre l'exigence d'effectivité et l'exigence de rattachement ; cela est donc la deuxième partie de ma question.

M. PATAUT – Sur l'intervention d'une autorité : c'est certain que c'est sans doute le champ d'application le plus naturel de cette méthode de reconnaissance des situations parce que précisément l'intervention d'une autorité garantit que la situation considérée a une certaine efficacité dans l'ordre juridique d'origine qui n'est pas juste l'efficacité d'un acte privé, contrat ou accord verbal entre deux personnes. Ensuite, on peut imaginer d'autres situations. Certaines, notamment la possession d'état ou le déroulement d'un très long temps ont été envisagées. Il est évident que la possession d'état est un élément important ; mais, enfin, il me semble quand même que le champ d'application naturel de cette idée de reconnaissance des situations, c'est d'abord l'hypothèse de la reconnaissance des situations qui ont fait l'objet d'une intervention publique à l'étranger.

Sur l'exigence du lien suffisant : je ne suis pas sûr d'adhérer à l'idée du « dilemme *Simitch* », parce que je ne pense pas qu'il soit nécessaire de choisir entre l'effectivité et le rattachement. Les conditions sont cumulatives. Le choix fondamental est le choix politique, qui consiste à accepter de passer à la méthode de la reconnaissance précisément en raison de l'effectivité. Une fois ce choix fait, une des conditions de la reconnaissance, à côté de la fraude ou de l'ordre public, est celle du lien caractérisé. Ensuite, second choix, il faut définir ce qu'on entend par ce lien caractérisé, qui peut être compris de façon plus ou moins souple. Un choix extrêmement libéral, c'est celui qui a été réalisé dans l'ordre juridique communautaire, puisqu'il n'y a plus de contrôle de la compétence indirecte, sauf compétences exclusives.

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

On retrouve ensuite les mêmes questions à propos des situations juridiques : passer ou pas à la méthode de la reconnaissance, tout d'abord, s'interroger sur la nature du lien caractérisé, ensuite, puisque ce lien caractérisé peut, selon les cas, être plus ou moins rigoureux. Dans le cas du mariage, dans la convention de 1978, il est très peu rigoureux, puisqu'on dit simplement « on reconnaît le mariage s'il est valable dans l'Etat de célébration ».

M. AUDIT – On va rebondir sur la convention de 1978 qui dit cela, mais elle pose quelques exigences en seraient-elles limitées pour la célébration du mariage ?

M. PATAUT – Oui, en amont.

M. AUDIT – Donc si je peux embrayer là-dessus il y a un lien entre l'acceptabilité d'une théorie des droits acquis et ce qu'on pose comme conditions dans l'Etat d'origine pour intervenir. En matière de société il y avait en 1961, je crois, un programme général, c'était l'appellation officielle, disant qu'il doit exister un lien suffisant entre l'Etat de constitution de la société et la société et cela a été complètement oublié avec la série d'arrêts dont vous avez parlé et je me demande si en laissant tomber toutes conditions en amont, à ce moment-là on n'arrive pas à cette situation bizarre : en même temps être obligé de reconnaître la loi de tous les autres Etats sauf la sienne. On ne peut pas imposer les siennes. Ce n'est pas de moi, c'est la Cour Suprême des Etats-Unis qui a dit ça en interprétant la clause de *full faith and credit* en mettant une limite en disant on ne peut pas aller jusqu'à imposer à un Etat toutes les lois de tous les autres Etats sauf les siennes. Première remarque.

Deuxième remarque : cet argument de la permanence du statut... Je me demande s'il n'y a pas un jeu de mot épouvantable sur le mot « statut » parce que si deux Français de même sexe vont se marier en Espagne, et demandent la reconnaissance de ce mariage en France, on va dire « permanence du statut », c'est-à-dire du statut d'époux mais jusqu'ici quand on parlait de permanence du statut personnel c'était la permanence de l'Etat du rattachement, donc on en vient à évoquer la permanence du statut pour une violation du statut personnel. Je crois qu'on joue sur les mots.

M. PATAUT – Sur le premier point : sur l'efficacité des situations, je suis tout à fait d'accord avec vous. La convention de La Haye pose des conditions relatives à la formation du mariage. C'est là, à mon sens, une des grandes forces de certaines conventions de La Haye : elles ne visent pas uniquement la circulation des situations, mais essaient de mettre en place cette harmonie internationale en unifiant en amont les conditions auxquelles la situation doit répondre pour pouvoir bénéficier de la liberté de circulation. Cette unification est souvent très concrète, parfois aidée par la coopération administrative, comme en matière d'adoption. Cette méthode, qui a été inaugurée à La Haye, est à mon sens très heureuse et constitue l'une des explications du bon fonctionnement de certaines conventions.

Pour l'Europe communautaire, il est certain que rien n'empêcherait qu'on se mette d'accord à la fois sur le contenu substantiel du droit des sociétés, voire sur

DEBATS

un certain nombre de rattachements minimums qu'une société devrait avoir avec l'Etat dans lequel elle est localisée. Ce serait incontestablement l'idéal. Ce qui, je crois, résulte de la jurisprudence de la Cour, c'est simplement qu'elle estime qu'il ne lui appartient pas de régler cette question. Pour la Cour, à partir du moment où une société existe dans un Etat Membre, elle doit exister dans les autres. Rien n'interdit, maintenant, que les Etats membres se mettent d'accord entre eux pour que les conditions soient renforcées dans les Etats d'origine.

J'ai toujours été très frappé par la correspondance entre les affaires en matière de société et l'affaire *Chen* (C-200/02), qui est une affaire très différente bien sûr, puisqu'il s'agit de personnes physiques. Il s'agissait, à très grands traits, d'une ressortissante chinoise illégalement installée en Angleterre qui est partie en Irlande où elle a accouché d'un bébé. En application du droit irlandais, ce bébé se voit attribuer la nationalité irlandaise. Du fait de cette nationalité, le bébé bénéficie des prérogatives attachées par l'article 18 CE à la citoyenneté européenne et, notamment, le droit à la libre circulation. A travers son bébé, dont elle est représentante, la mère peut donc retourner en Angleterre, qui ne peut pas refuser de l'accueillir. Je crois qu'on voit bien dans cette affaire les deux ordres de raisonnement : la Cour constate simplement qu'en l'espèce, elle doit accorder le bénéfice de la libre circulation à tout citoyen communautaire. Rien n'empêche, maintenant, de redéfinir les conditions d'octroi de la nationalité, puisque c'est cette nationalité qui conditionne la qualité de citoyen communautaire. Mais sur ces conditions, la Cour n'a aucune prise. Il y a bien là deux ordres de raisonnement différents.

Cette jurisprudence est à mon sens une forte incitation à harmoniser à la fois la substance des droits et les rattachements. C'est d'ailleurs ce que sont en train de faire les Allemands, dont le droit international privé des sociétés a encore été condamné dans l'affaire *SEVIC* (aff. C-411/03), qui concernait les fusions transfrontalières. Ils sont en train de réformer leur droit international privé des sociétés pour tenir compte des exigences de la Cour de justice d'une façon que je crois satisfaisante. L'idéal, bien entendu, serait de procéder à une telle unification tous ensemble, par voie de convention internationale, par exemple, où éventuellement de règlement communautaire si la compétence existe.

M. AUDIT – La Cour aurait tout à fait la possibilité de subordonner la reconnaissance de l'existence d'un lien suffisant ; elle n'est pas du tout obligée, la Cour, de dire du moment qu'une décision a été prise dans un Etat, on doit absolument s'incliner sans condition. Je ne vois pas en quoi ça s'impose.

M. PATAUT – Oui, elle le fait d'ailleurs en matière de libre circulation des personnes pour l'accès à certaines prestations dans le pays d'accueil. Il y a là matière à une importante discussion, je suis tout à fait d'accord. Mais l'existence même de la société dans un Etat Membre est quand même une incitation forte à sa reconnaissance dans les autres. Par ailleurs, il y a aussi la réserve de la fraude, qui n'est pas exclue par la Cour, même si elle en donne une définition plutôt restrictive en exigeant qu'on justifie de l'existence de cette fraude au cas par cas.

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

Sur la permanence du statut, je ne sais pas s'il y a un jeu de mots, mais ce qui est certain, et que vous avez souligné, c'est que la notion de permanence du statut change de signification, pour être comprise de façon plus souple et plus centrée sur les personnes que sur la législation dont ils dépendent en fonction d'un seul critère de rattachement abstraitement et définitivement fixé.

Cela étant, une telle évolution ne conduit pas nécessairement à un désarmement complet de l'Etat de reconnaissance, parce que l'ordre public ne disparaît pas. L'ordre public permet de s'opposer à la reconnaissance des situations comme il permet de s'opposer à la reconnaissance du jugement. Bien entendu, je vous accorde que la notion d'ordre public est interprétée de façon étroite, tout particulièrement par la Cour de justice, et qu'il est certain que ce filtre est beaucoup moins serré que celui du contrôle par le biais du rattachement. On retrouve cette idée que le passage à la méthode de la reconnaissance est bien un passage vers un libéralisme accru. Pour autant, l'interprétation de l'ordre public ne sera pas nécessairement aussi étroite en matière de droit de la famille qu'en matière civile et commerciale. Les arrêts manquent encore, mais je serais assez surpris que, à la supposer saisie d'une telle question, la Cour de justice, en l'état actuel de la divergence des droits positifs des Etats membres, impose sans aucune distinction et de façon radicale la reconnaissance du mariage de personnes de même sexe, par exemple.

Mme KESSEDJIAN. – Mes remarques tournent un peu dans le même sens que la discussion qui vient de s'instaurer. Ma première remarque était en lien avec le rôle de l'Etat d'accueil parce que ce qui est très inquiétant me semble-t-il dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, c'est ce que tu viens de dire et que l'on a trop tendance un peu à oublier : c'est que le fait que les exceptions d'ordre public soient systématiquement soumises aux règles communautaires et à l'interprétation des grands principes de droit communautaire, a fait que dans toute la série des décisions, y compris en matière de liberté de circulation, pas seulement en matière civile et commerciale (règlement 44/2001 ou ancienne Convention de Bruxelles), la Cour a systématiquement éliminé le pouvoir des Etats de définir à la fois les éléments substantiels de l'ordre public et surtout les éléments procéduraux de l'intervention de l'ordre public. J'insiste – encore une fois car je crois que je l'avais déjà fait dans le cadre de ce Comité – sur l'arrêt *Eglise de scientologie*, qui n'a pas retenu l'attention suffisamment à mon avis, de la doctrine. Cet arrêt, je l'interprète de manière extrêmement grave avec des conséquences extrêmement graves sur la liberté des Etats membres. Mais, ce n'est pas le seul, il y en a toute une série également en matière de circulation des personnes.

Du coup, la question que je me pose porte sur ta conclusion. Je me suis demandée en t'écoutant si on peut véritablement aboutir à la conclusion à laquelle tu es parvenu et il me semble que peut-être – au contraire, je n'y ai pas vraiment réfléchi, certainement moins que toi – !, mais mon impression c'est que pour pouvoir appliquer la théorie des droits acquis on doit impérativement – et tu l'as dit me semble-t-il de manière moins forte que ce que je suis en train de faire avoir une communauté de droit. Et j'irai même plus loin, en disant une

DEBATS

communauté de pensée, une communauté de valeur, une communauté de culture et c'est pour ça qu'à mon avis ce que tu as présenté me semble-t-il a véritablement un terreau inimitable dans le droit communautaire, dans ce que nous voulons organiser en tant que société européenne au sens société de personnes et c'est pour ça aussi que j'ai une lecture différente de l'arrêt *Überseering* – il y a peut-être d'autres personnes dans la salle avec qui on peut lancer la discussion – mais, il me semble que la Cour va être amenée à revenir sur la série d'arrêts parce que cet arrêt ne doit être lu me semble-t-il qu'en raison du droit qui était en cause, c'était le droit fondamental de l'accès à la justice. Je ne pense pas que la Cour de justice aurait décidé ce procès dans le même sens si l'objectif de la reconnaissance n'était pas l'existence de ce droit fondamental. Et, là, je fais le lien avec par exemple l'arrêt, *Schmidberger* dans lequel la Cour a accepté pour l'exercice du droit fondamental de la liberté d'expression et du droit de grève une limite à la liberté de circulation. Donc, je ne suis pas convaincue que la Cour ait dit son dernier mot en la matière...

M. PATAUT – Trois choses : tout d'abord la plus facile, la communauté de droit ; je suis tout à fait d'accord. Je n'ai peut-être pas assez insisté en effet, mais j'en fais une des deux conditions fondamentales de toute renaissance de la théorie des droits acquis. On est absolument d'accord là-dessus et c'est pour cela en effet qu'il me semble que la Communauté européenne en est le terrain privilégié. Même s'il est possible, ponctuellement, de se mettre d'accord sur un point précis par voie de convention internationale, comme on le fait à La Haye, il existe entre les Etats Membres une communauté de droit, de culture et de valeurs qui est ici déterminante.

Sur l'ordre public : là encore, je suis d'accord. Il est tout à fait net que la Cour de justice a adopté une position systématiquement assez restrictive, y compris en matière de libre circulation. Il est par exemple particulièrement frappant de voir comme elle a fait totalement disparaître la possibilité pour les Etats membres d'éloigner des ressortissants d'autres Etats membres. Les mesures d'éloignement des étrangers communautaires ont presque disparu en France et il est évident que la Cour a joué sur ce terrain un rôle essentiel.

Maintenant, en matière de droit de la famille, je ne suis pas sûr que la Cour de justice – mais là c'est vraiment de la pure divination – aurait toujours la même audace. On touche là à la conception fondamentale du statut des personnes, qui fait encore l'objet de lecture profondément divergentes en Europe et il n'est pas exclu que la Cour fasse preuve d'une plus grande prudence. Mais il vrai que la Cour ne se caractérise pas toujours par sa grande prudence...

Cette prudence paraît d'autant plus envisageable, et c'est mon troisième point, que la Cour accepte quand même assez régulièrement des exceptions à la libre circulation lorsque certaines conceptions fondamentales sont en jeu. L'arrêt *Schmidberger* (aff. C-112/00), dont tu viens de parler, en est effectivement un exemple frappant. Il est possible que ce soit aussi le cas dans l'affaire *Überseering*, ce qui rappellerait à ce moment-là cette jurisprudence française qui a imposé la reconnaissance des droits d'une société du Liechtenstein sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme (Civ. 1, 25 juin

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

1991, *Rev. Crit.* 1991. 667, note Khairallah). Cela étant, une telle lecture, minimale, de l'affaire *Überseering* cadre peut-être un peu moins bien avec les arrêts *Centros* (aff. C-212/97) ou, surtout, *Inspire Art* (aff. C-167/01). Il me semble quand même que, dans l'affaire *Überseering*, les Allemands avaient une position très rigide, puisqu'ils refusaient de laisser agir en justice une société dont le centre de gravité avait basculé des Pays-Bas vers l'Allemagne à la suite d'événements économiques tout à fait normaux. Aucun parfum de fraude ne semblait ici flotter, à la différence des autres affaires, qui sont pour moi plus gênantes.

Mme KESSEDJIAN – Non, parce qu'on est en autonomie de la volonté... C'est très cohérent par rapport à ce que dit la Cour de justice parce que pour elle le droit des sociétés c'est essentiellement de l'autonomie de la volonté.

M. PATAUT – Certes, mais il reste que je pense que la Cour de justice se satisferait fort bien d'un rattachement plus impératif, qui n'est pas du tout exclu par le droit communautaire en son état actuel. Aucun des textes de droit communautaire – et notamment pas le texte sur la société européenne – ne pose de critères de rattachement précis en matière de société. Ils acceptent tous les critères possibles. Après, il serait certainement souhaitable de se mettre d'accord sur un critère, et sur ce point, tout est possible, y compris un accord sur le critère du siège réel, même si l'expérience montre qu'il est difficile de s'accorder entre les pays sur ce point. En tout cas, le droit communautaire n'est certainement pas hostile à un tel accord, bien au contraire. Ce n'est qu'au stade de la reconnaissance que les difficultés se présentent.

Mme NIBOYET – Je voulais dire que toutes ces méthodes dites de la reconnaissance sont extrêmement séduisantes mais je me demande si elles ne comportent pas un piège ou une illusion dans ce sens qu'elles ne feraient que déplacer les difficultés en nous incitant à pratiquer très largement la coupure entre les conditions de constitution d'une situation et leurs effets. Je remarque d'ailleurs que les effets sont assez peu traités. Or, pour certains statuts, cela ne pose pas de problèmes. On est habitué à distinguer les conditions de validité d'un mariage et les effets, les conditions de la rupture. Mais, pour les partenariats pour lesquels on a proposé en doctrine cette méthode qui effectivement paraît justifiée, la constitution du PACS soit soumise à la loi du pays d'enregistrement aucun auteur ne considère que l'ensemble des effets du PACS doivent être régis par cette loi et généralement on réserve les droits successoraux. En prenant cet exemple très précis, la question de la vocation successorale du pacsé qui est différente d'un pays à l'autre, d'un système à l'autre, que vaut le choix d'un statut, la permanence d'un statut si on retire de ce statut l'effet qui pourrait être déterminant pour les particuliers ?

M. PATAUT – C'est certain que c'est une grande discussion qui est actuellement en cours et vous mettez le doigt sur une question cruciale encore non résolue. C'est tout particulièrement une discussion importante dans la doctrine allemande, qui balance, à très grands traits, entre la reconnaissance des effets prévus par la loi d'origine et celle des effets prévus par la loi d'accueil. Disons qu'il y a une idée qui est en germe, qui me semble assez féconde, et pour

DEBATS

laquelle il faut certainement encore réfléchir, qui est d'essayer de distinguer entre les effets qui s'épuisent en la création même de la situation et les effets qui se déploient plus tard. Pour les effets qui s'épuisent en la création de la situation, il faut reconnaître avec la situation elle-même. L'hypothèse typique en est le changement de sexe. Pour les effets, au contraire, à venir, on peut s'en remettre au conflit de lois. Cette distinction, que je simplifie à outrance ici, a été défendue notamment par P. Lagarde. Je crois qu'il y a là incontestablement une piste intéressante.

Mme NIBOYET – Et pour la vocation successorale du pacsé, là, personne ne soutient la compétence de la loi du pays d'enregistrement, alors que moi je suis convaincue que beaucoup de gens se pacsent pour des raisons successorales. Donc ça pose problème quand même.

M. PATAUT – Oui, mais de toute façon, le problème existe, quelle que soit la méthode utilisée. En matière de mariage, vous le disiez, on sépare entre la célébration et les effets du mariage. La reconnaissance a l'intérêt de permettre d'aller un peu plus loin sur l'un des deux tableaux, mais ne résout pas tout, loin s'en faut. La question va incontestablement se poser en matière de PACS dans un grand nombre de situations, par exemple lorsque des biens immobiliers se trouveront sur le territoire d'un Etat qui n'est pas celui du lieu de conclusion. Mais elle se posera aussi si on soumet l'existence même du partenariat à la règle de conflit de lois.

Mme NIBOYET – Oui, mais ce que je veux dire, c'est que la reconnaissance d'un statut dont on vous retire des éléments essentiels devient une enveloppe vide.

M. PATAUT – Je ne crois pas que ce soit une enveloppe vide, dans la mesure où certains effets seront effectivement reconnus quand même, même si c'est en adaptant. Mais il est évident que c'est insuffisant, je suis tout à fait d'accord avec vous. De toute façon, le droit international privé en général et le conflit de lois en particulier subsisteront tant qu'il y aura une diversité législative. Ce point là ne va pas changer avec l'extension éventuelle de la méthode de la reconnaissance, qui n'a pas vocation à se substituer entièrement au conflit de lois. Cela étant, cette méthode me semble permettre d'aller un peu plus loin dans la prise en compte des situations qui sont constituées sur un territoire étranger et être de nature à favoriser la libre circulation des personnes, qui est un objectif fondamental de la construction européenne. C'est en cela – j'insiste sur ce point qui me paraît fondamental – qu'il y a derrière le recours à la méthode de reconnaissance un choix essentiel de politique législative, un choix en faveur de la validité, tout particulièrement. Bien entendu, il y a aussi d'autres intérêts qui sont pris en charge par le droit international privé, et il faut en tenir compte, c'est certain.

M. Marc LEVIS – Je me demande si certaines questions qui ont été posées de ce côté-ci de la salle ne traduisent pas un flottement, une hésitation sur le domaine – on dirait aujourd'hui sur le périmètre – de cette renaissance de la théorie des droits acquis ; du temps de Pillet, il y avait du droit interne, du droit international, je ne crois pas que l'on parlait beaucoup de droit européen ou de

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

droit communautaire et la discussion doctrinale qui s'est élaborée ultérieurement et jusque, y compris, les travaux de notre maître Batiffol intégraient relativement peu d'approche européenne ou communautaire. Dans vos deux dernières phrases de conclusion, si j'ai bien entendu, vous proposez un renouvellement de la méthode de droit international pour intégrer le renouvellement du droit européen ou communautaire. Est-ce que, au contraire, la proposition ne peut pas se retourner ? C'est-à-dire que ce renouvellement de la théorie des droits acquis a son assise dans tous vos exemples principalement en raison d'une communauté constatée et voulue dans un périmètre qui est le périmètre communautaire, je peux concevoir qu'il y a une exception qui a été évoquée et qui est celle du droit d'accès au juge dont deux arrêts de la Cour de cassation ont voulu que ce soit un principe dégagé de l'espace européen et que la Cour de cassation de France a estimé comme universel. Voilà pour cette matière, il me semble que l'assise de cette théorie repose sur une communauté de droits européens et que, en conséquence, reste à démontrer que l'on puisse reconstruire cette théorie des droits acquis au-delà ...

M. PATAUT – Oui, cette question est en effet très importante et fait aujourd'hui l'objet de débats. Un premier élément de réponse vient de la doctrine elle-même : il est possible aujourd'hui d'écrire d'importants articles sur le sujet, je pense notamment à celui de P. Mayer aux *Mélanges dédiés à P. Lagarde*, sans parler du tout de droit communautaire. La démarche est volontaire et vise précisément à continuer à réfléchir le droit international privé en des termes réellement universels et non pas limités à l'ordre juridique communautaire. Bien sûr, du fait de la communauté d'Etats créée par la construction européenne, il me semble qu'une nouvelle méthode des droits acquis aura vocation à s'appliquer très naturellement dans l'espace communautaire. Mais, pour autant, cette méthode ne me semble pas limitée au droit communautaire, c'est pour cela que j'ai insisté sur l'exemple des organisations internationales. La Conférence de La Haye ou la Commission internationale et l'état civil me semblent de très bons forums dans lesquels on peut discuter de façon très concrète autour d'un problème qui est très clairement identifié : l'adoption, la circulation des obligations alimentaires, le nom, le partenariat. La spécificité de la question posée permet de tenter de se mettre d'accord sur les conditions de création de l'institution en cause, d'un côté, sur les conditions de reconnaissance, de l'autre. Il n'y a pas ici de création d'une vaste communauté de droit, mais bien quelque chose de moins ambitieux, mais qui peut être très efficace pour la question de droit considérée.

Plus généralement, il me semble très important de continuer à faire une place importante à ces discussions et à ces forums, parce que, malgré l'importance du droit communautaire, il faut aussi bien évidemment continuer à tenir compte des pays tiers.

M. Marc LEVIS – Je redoute le raisonnement *a contrario* qui énonce que le raisonnement ne vaut qu'autant que sa base tient – c'est-à-dire qu'une communauté existe telle que celle qui est établie en droit communautaire.

DEBATS

M. PATAUT – Oui, absolument. On est bien d'accord que si on n'a pas de communauté, il n'y a pas de théorie des droits acquis qui tienne. Cela n'a de sens que si on se met d'accord sur quelques conditions fondamentales.

Mme FAUVARQUE-COSSON – Je dois d'abord te féliciter pour ta très belle conférence et ce renouvellement profond de la théorie des droits acquis. On avait un peu l'impression – et d'ailleurs tu as démarré comme cela – que c'était la belle au bois dormant du droit international privé et plus on t'écoutait plus cela devenait l'arme fatale du droit communautaire. Et du droit communautaire, entendons-nous, droit international privé communautaire et puis, au-delà du droit communautaire, du droit international privé comme la conférence de La Haye.

Je me suis demandée en t'entendant si cette théorie n'avait pas aussi un rôle important à jouer dans l'élaboration du droit communautaire substantiel et dans les méthodes de l'élaboration de ce droit communautaire. Et, tout récemment, la Commission a publié un Livre vert sur la protection des consommateurs ; or, l'une des grandes questions fondamentales qui est posée est celle de l'harmonisation. Harmonisation minimale ou harmonisation totale. La Commission, évidemment, préfère l'harmonisation totale mais elle pressent que les réponses iront plutôt dans le sens de l'harmonisation minimale. Et du coup, elle propose une sorte de compromis qui serait le suivant : l'harmonisation minimale avec une clause de reconnaissance mutuelle ou encore avec le principe de la loi du pays d'origine. Et, en fait, on a un peu l'impression que cette théorie des droits acquis pourrait être utilisée comme un moyen terme entre l'harmonisation minimale et totale car je ne pense pas que les réponses seront favorables à l'harmonisation totale. On peut alors se demander dans quelle mesure cela paraît compatible – ou incompatible plutôt – avec la proposition de Règlement Rome I, et les règles de conflit de lois sur le droit de la consommation ? Ce qui est frappant dans ce Livre vert c'est que la Commission nous dit bien : « on ne traitera pas les questions de droit international privé car, là, il y a des projets en ce sens et ce n'est pas la peine ». Mais les solutions qu'elle propose sont à mon avis antinomiques avec le droit international privé.

M. PATAUT – Dans la difficulté que tu soulèves, on retrouve toujours l'éternelle question de la directive *Bolkestein* et du principe du pays d'origine. Pour tenter de l'évacuer du débat, je voudrais dire ici que, formulée aussi brutalement, l'idée d'une règle de conflit de lois désignant le pays d'origine et imposée par le droit communautaire me semble être une erreur et qu'une telle règle de conflit n'existe pas et de ne devrait pas exister. Il y a d'autres mécanismes, la reconnaissance mutuelle, notamment, qui peuvent avoir un certain impact, mais en revanche, imposer l'application systématique de la loi du pays d'origine me paraît très excessif. La cause me paraît d'ailleurs entendue, au moins dans la doctrine de droit international privé.

A propos du droit de la consommation, je note que, dans la version actuelle du projet Rome I, la même Commission européenne défend avec ardeur l'application de la loi du pays de résidence habituelle du consommateur, sans aucune faculté de choix. Bien entendu, le projet pourra évoluer encore, mais il

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

est quand même très frappant qu'en fonction de la DG impliquée, les solutions varient de façon tellement importante.

En réalité, sur le principe du pays d'origine en matière de droit privé, je crois qu'il reste à faire un important travail d'explication à destination de ceux qui ne connaissent pas ou ne tiennent pas compte du droit international privé. Il faut prendre son bâton de pèlerin pour expliquer à ceux qui, en Europe, n'en ont cure, ce qu'est le droit international privé...

Sur l'harmonisation substantielle, je dois reconnaître que je n'ai pas vraiment réfléchi à cette question. Il est certain qu'il y a actuellement un renouvellement complet des méthodes, on le voit en matière de droit de la consommation et, pour prendre un domaine que je connais moins mal, en droit du travail. On assiste à l'émergence de multiples méthodes nouvelles de coordination des législations. Un éventuel renouveau de la théorie des droits acquis pourrait-il se rattacher à ce mouvement ? Ce n'est pas du tout impossible. En toute hypothèse, ce n'est pas en matière de contrat que l'on devrait assister à ce phénomène puisque le contrat, c'est vraiment l'hypothèse typique où la théorie des droits acquis, *a priori*, n'a pas à jouer. Le contrat est un acte privé, ne fait pas l'objet d'une cristallisation, et il ne semble donc pas possible de sortir de la réflexion en termes de validité, par le truchement de la règle de conflit de lois.

Plus généralement, en tout cas, il me semble que l'éventualité d'un renouveau de la théorie des droits acquis participe incontestablement d'un renouveau méthodologique plus large, qui est actuellement en cours, à la fois en droit international privé et en droit communautaire matériel.

M. DE VAREILLES-SOMMIERES – Je me demandais si le renouveau de la théorie des droits acquis, que tu as si savamment orchestré devant nous ce soir, ne nous fournissait pas une illustration supplémentaire de la crise de l'autorité de la loi dont on a tant d'autres exemples en droit interne. Avec l'effacement de la règle de conflits de lois qui va de pair avec le développement de la méthode des droits acquis, il me semble que l'autorité de la loi en prend un sérieux coup. La règle de conflit de lois reste à mon avis le vecteur de l'autorité de la loi dans l'ordre international. Et, je me demande si tout ce qui affaiblit la règle de conflit de lois, n'affaiblit pas en définitive l'autorité de la loi applicable elle-même.

M. PATAUT – Je n'ai pas tellement d'opinion sur la crise de l'autorité de la loi et encore moins sur la façon de savoir si l'effacement de la règle de conflit de lois participerait à cette crise. En toute hypothèse, il y a quand même une ou plusieurs loi(s) quelque part qui ont servi à créer ou à cristalliser la situation considérée. Envisagée sous l'angle du for de reconnaissance, l'énergie propre de la théorie des droits acquis, renforcée sur ce point par le droit communautaire, est de dire que cette loi n'est pas nécessairement ni celle du for ni celle désignée par le for. Donc, crise de l'autorité de la loi du for, peut-être, mais crise de l'autorité de la loi en général, je n'en suis pas convaincu. Les situations se créent et se développent toujours en application de règles de droit quelconque. La nouveauté, c'est de reconnaître que ces règles de droit ne sont pas nécessairement les nôtres, ni celles que nous désignons.

DEBATS

M. DE VAREILLES-SOMMIERES – C'est cela, la règle de conflit du for ne permet plus à elle seule de déterminer l'étendue de l'autorité de la loi.

M. KINSCH – Je voulais proposer de distinguer entre deux variétés de la théorie de la reconnaissance : des théories spéciales d'une part et une théorie générale de la reconnaissance d'autre part – pour autant qu'elle existe. Les théories spéciales de la reconnaissance sont celles que vous avez décrites, par exemple la convention de la Haye sur la reconnaissance des mariages. C'est une convention certes très intéressante, mais en même temps une convention très peu ratifiée : elle a été ratifiée seulement par l'Australie, les Pays-Bas et le Luxembourg, trois Etats assurément respectables, mais trois Etats seulement. Une autre théorie spéciale de la reconnaissance est celle qui existe en droit communautaire. Pourquoi s'agit-il d'une théorie spéciale ? Parce que le droit communautaire est un système de droit très important, mais qui repose sur une volonté politique bien spécifique et non universalisable, une politique de promotion de l'unité au niveau régional : il est impossible de rendre la théorie de la reconnaissance, au sens du droit communautaire, applicable au niveau mondial.

Si on passe à la théorie générale de la reconnaissance, pour autant qu'elle existe, on ne peut que difficilement se passer de reconnaître, quand même, un certain degré d'autorité à la règle de conflit du for, quitte à y déroger dans certains cas. Une théorie générale de la reconnaissance, vous pourriez la fonder par exemple, en matière de statut personnel, sur la convention européenne des droits de l'homme : l'article 8, le droit au respect de la vie familiale, peut impliquer, le cas échéant, qu'on respecte le statut familial acquis à l'étranger par des personnes, d'ailleurs sans exiger un autre lien avec la convention ou le Conseil de l'Europe que le fait que la convention doit (évidemment) être en vigueur dans l'Etat de la reconnaissance. Néanmoins lorsqu'on raisonne ainsi en termes de théorie générale de la reconnaissance, on ne peut pas nécessairement faire l'économie de la règle de conflit. Le droit au respect de la vie familiale ne pourrait s'imposer en matière de reconnaissance de situations, acquises en dehors des prévisions de la règle de conflit du for, qu'à travers un concept de droit public mais qui me semble également opératoire en droit privé, à savoir la notion de confiance légitime. Lorsque des personnes ont acquis un statut à l'étranger et qu'elles ont une véritable confiance, jugée légitime, dans l'existence de ce statut, alors effectivement, l'application par un tribunal français d'une règle de conflit avec laquelle elles ne comptaient pas peut construire une ingérence disproportionnée dans leur droit au respect de la vie familiale. En revanche, pour reprendre l'exemple que l'on a mentionné avant, et qui semble très frappant, lorsque deux Français ou deux Françaises domiciliés en France vont en Espagne pour se marier, et qu'ils rentrent ensuite en France, alors il me semble qu'ils ne peuvent pas se prévaloir d'une confiance légitime dans l'acquisition de leur statut de personnes mariées conformément au droit espagnol ; car ils devraient savoir que le droit français peut avoir son mot à dire. Ou bien ils ne se sont pas renseignés du tout, et ils ne sont pas particulièrement dignes de la protection du droit, ou bien ils sont bien renseignés et ils savent que la règle de conflit française n'admettrait pas la validité de leur mariage. Comme leur lien avec la France est très réel, je pense qu'on ne peut pas imposer à la France de renoncer à sa règle de

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

conflit et d'adopter à propos de ce cas la théorie de la reconnaissance généralisée. C'est une question qui dépendra d'une appréciation au cas par cas.

M. PATAUT – Je me reconnais tout à fait dans ce que vous venez de dire ; pourquoi pas, en effet, une distinction entre reconnaissance spéciale et reconnaissance générale.

L'idée que j'ai défendue était qu'il y avait quand même une unité profonde de méthodes, derrière la différence des liens qui unissent, par exemple, les Etats Membres de l'Union européenne d'un côté et les Etats partie au statut de la Conférence de La Haye.

Maintenant, une autre communauté est effectivement celle des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme, que j'ai laissée de côté mais qui peut en effet être d'une grande importance, vous avez tout à fait raison de le souligner. Dans ce cadre, le concept de confiance légitime pourrait sans doute trouver à s'appliquer, en effet.

Sur la reconnaissance spéciale, vous avez cité la Convention de La Haye sur les mariages. Il est certain que cette Convention n'est pas reconnue par grand monde mais je suis quand même frappé par la situation un peu étrange dans laquelle nous nous trouvons en Europe, où nous avons une libre circulation des décisions de divorce, mais pas de libre circulation des mariages. De fait il n'y a pas beaucoup de jurisprudence qui ne reconnaisse pas effectivement un mariage célébré à l'étranger mais il demeure que du point de vue communautaire, je trouve la situation un peu paradoxale.

Vous citez cet exemple des Français qui iraient se marier en Espagne sans aucun rattachement avec ce pays. On pourrait dans ce cas passer par la Convention de La Haye, qui validerait sans contrôle cette solution, ou on pourrait passer par une solution plus rigoureuse qui exigerait, par exemple, un lien suffisant. Un texte communautaire, ou la jurisprudence de la Cour, éventuellement, pourraient ainsi subordonner la reconnaissance à l'existence d'un lien suffisant avec l'Etat de célébration. Encore une fois, la Cour l'a déjà fait, non pas en matière de reconnaissance des sociétés, mais en matière de libre circulation des personnes. On est donc bien, là encore, confrontés à une décision politique : veut-on adopter une règle totalement libérale en matière de mariage, un peu sur le mode de la Convention de La Haye, ou une règle plus sévère ? Les arguments en faveur de l'une et l'autre position sont aujourd'hui assez bien connus : on mettra en avant notamment le risque de fraude d'un côté, on fera valoir de l'autre que le mariage engage avant tout les époux. En toute hypothèse, dans l'un et l'autre cas, ce choix peut se réaliser dans le cadre d'une méthode globalement plus favorable que la méthode actuelle. Il faut se mettre d'accord sur l'étendue du contrôle du lien suffisant et sur l'ampleur à accorder à l'idée de fraude, qui pourrait, je crois, recouper votre concept de confiance légitime.

M. BOLLEE – Je voudrais revenir sur l'exemple des partenariats enregistrés parce que je trouve qu'il est particulièrement instructif à plusieurs égards. Je voudrais faire trois remarques : la première, à mon avis, on voit que ce sont des institutions pour lesquelles la méthode de reconnaissance unilatérale

DEBATS

fonctionne particulièrement bien pour une raison qui est intéressante, c'est que ce sont des institutions qui présentent un caractère atypique. Quand on se marie en France ou en Espagne, ce n'est pas le mariage du droit français ou espagnol, en revanche si on fait un PACS en France, c'est celui du droit français, ce n'est pas celui du droit de l'Ouzbékistan, ou autre ; c'est pour cela que je crois que la méthode de reconnaissance fonctionne bien ; la question, ce n'est pas tant de savoir, notamment, à quelle loi sont soumis les effets d'un PACS étranger, la question n'est pas de savoir à quels effets les lois sont soumises aux effets de ce partenariat ; la question est de savoir si oui ou non on admet ou pas les effets prévus par la loi du pays d'enregistrement. On retrouve cette alternative binaire comme devant une décision, oui ou non, on accepte ou on refuse.

Deuxième remarque, c'est que tous les effets des partenariats en fait portent sur des aspects qui normalement sont couverts par une règle de conflit bilatérale : le statut personnel, les successions, le statut réel éventuellement, et, en fait, ce qui me paraît important derrière cette alternative – oui ou non on accepte les effets de la loi du pays d'enregistrement – c'est que se profile la question de savoir dans quelle mesure est-ce qu'on accepte de faire plier notre règle de conflit bilatérale.

Troisième remarque : A mon avis cette question-là est une question délicate, nous fait dévier vers un système casuistique qui n'est pas forcément mauvais et je pense qu'il faudra scruter à chaque fois la force des raisons pour lesquelles telle ou telle loi les a admis. Par exemple, pour les successions je ne pense pas qu'on va dire que c'est la loi du PACS qui va déterminer la vocation successorale parce qu'on doit régler la succession selon une loi et c'est la raison pour laquelle en général ce n'est pas la loi du lien familial qui détermine la vocation successorale mais la loi de la succession. Mais, il y a d'autres exemples : je ne sais pas dans quelle mesure on pourrait admettre un droit réel atypique créé par la loi du pays d'enregistrement sur des biens qui sont situés dans un autre pays si cet autre pays connaît un *numerus clausus* de droits réels qui est hostile à des droits réels étrangers qui lui sont inconnus. Je crois que c'est un point important et on arrive à un système où on doit faire du bricolage, de la chirurgie pour voir dans quelle mesure on peut laisser la règle de conflit bilatérale s'effacer.

M. PATAUT – Oui, je suis assez d'accord avec toi. Deux remarques, tout de même.

Tout d'abord, il n'y a pas forcément de lien d'équivalence entre le caractère atypique de la situation et la reconnaissance. L'exemple frappant en est le trust. Dans la Convention de 1985, il n'y a pas de règle de reconnaissance. Pierre Mayer a montré je crois de façon très convaincante que la règle qui ressemble à une règle de reconnaissance dans la Convention n'en est pas une dans la mesure où elle subordonne la reconnaissance du trust à l'application de la loi compétente déterminée par la Convention de La Haye. Dans cette mesure-là, il s'agit plutôt d'une règle de conflit traditionnelle habilement déguisée en règle de reconnaissance. Donc l'atypicité de la situation justifie peut-être la méthode de la reconnaissance mais, disons, pas toujours.

TRAVAUX DU COMITE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 2006-2008

Ensuite, sur le caractère sensible des raisons pour lesquelles on abandonne les règles de conflit bilatérales je suis absolument d'accord. Je pense qu'il y a en effet un choix qui est très important, qui est un choix de méthode : doit-on abandonner la règle de conflit et passer à une méthode de reconnaissance, sachant que la méthode de la reconnaissance a comme conséquence un libéralisme très fortement accru et qu'on n'est pas forcé d'être d'accord avec ce libéralisme ; on peut trouver que d'autres raisons nécessitent au contraire de rester plus rigoureux.

Quant à la force des rattachements, c'est en effet un élément à prendre en considération. Mais dans de nombreux cas, la question se pose exactement de la même façon sous l'angle du conflit de lois. L'exemple que tu cites sur le *numerus clausus* des droits réels se pose déjà en matière de conflit de lois. Non pas lorsqu'on est amené à reconnaître un droit réel constitué à l'étranger, la question ne se pose pas en ces termes, mais lorsque la loi désignée pour régler la difficulté en cause utilise par exemple un droit réel inconnu du système du for. La difficulté de la question, qui est immense, ne me semble pas fondamentalement changer selon que l'on est dans un mécanisme de reconnaissance ou dans un mécanisme de conflit de lois.

Mme PERUZZETTO – Oui, je voudrais rebondir sur une des propositions de ce bel exposé selon laquelle il n'y a pas d'adéquation entre la théorie des droits acquis et l'ordre communautaire. Il me semble même qu'au sein de l'ordre communautaire la seule méthode n'est pas la méthode des droits acquis ; ça a été effectivement dans la Première Europe, l'Europe du marché intérieur qui a été construite finalement de manière assez empirique, on a harmonisé, donc on était bien sur une base d'avantages communs, et puis, comme l'harmonisation complète était difficile, on a dit : « harmonisation minimale et principe de reconnaissance sur cette base commune ». Il me semble que depuis 1998, depuis le concept d'espace de liberté, sécurité et justice, à cette méthode de reconnaissance on associe aussi dans l'ordre communautaire une méthode de coordination par les règles très classiques du droit international privé. Tous les projets concernant l'espace de liberté, sécurité et justice, qui précisément sont des projets en droit de la famille, sont régis par cette méthode classique de coordination. Alors, certes, la règle de conflit de lois n'est plus centrale, certes c'est la compétence, mais même dans l'Europe, il n'y a pas unité, identité entre ordre communautaire et méthode du droit acquis, à tel point d'ailleurs que la directive commerce électronique comme la directive services précisent très bien que les textes ne portent pas atteinte à l'utilisation des règles de droit international privé, en particulier de la Convention de Rome (directive services).

M. PATAUT – Je souscris absolument à tout ce que vous dites. Dans l'ordre communautaire il y a de la place pour une diversité de méthode, c'est évident et cela se déduit de la simple observation du droit positif. Il y a la place en droit communautaire pour des dispositions classiques de conflit de lois, le Règlement Rome I en est un exemple. On peut – on doit – ensuite réinterpréter ces règles à l'aune des exigences du droit communautaire, et tout particulièrement du droit primaire. Mais de cette confrontation au droit primaire ne résultent pas

DEBATS

nécessairement des solutions très différentes, là encore le règlement en projet Rome I le montre. Je suis tout à fait convaincu, avec vous, qu'il y a la place pour une diversité de méthodes, et il est très important de convaincre les autorités communautaires de la place à donner à toutes les méthodes, y compris, donc, la règle de conflit de lois. A cet égard, on peut être un peu chagriné lorsqu'on se rend compte que le Parlement européen vient très récemment de proposer un amendement au Règlement Rome I qui limiterait la possibilité de choix de la loi applicable au contrat à la loi d'un Etat Membre. Encore une fois, un travail d'explication doit être mené. Il faut convaincre des vertus et de la nécessité du droit international privé, de l'existence des pays tiers, ou encore de ce que la diversité législative n'est pas en elle-même un obstacle à la construction communautaire.

A cet égard, même si elle reste très controversée, il me semble que l'adoption de l'article 65 du traité est plutôt une bonne nouvelle. La voix du droit international privé peut en effet désormais se faire entendre, notamment à l'encontre de l'application, un peu envahissante parfois, du soi-disant principe du pays d'origine.

Vous donnez l'exemple de la directive commerce électronique. Celle-ci, certes, affirme dans son préambule qu'elle n'affecte pas les règles de conflit de lois il n'en reste pas moins que la directive contient cette fameuse « clause marché intérieur », qui ressemble d'assez près à une règle de conflit mais qui est totalement incompréhensible. C'est tout de même gênant.

Il semble là qu'il y ait un problème de cohérence important, qui semble d'ailleurs presque relever de la science administrative. On a l'impression, en réalité, que la place du droit international privé dépend de qui tient la plume. Du côté de la DG marché intérieur, on a l'impression que seule compte l'harmonisation la diversité législative et, donc, le droit international privé, apparaissant comme des reliquats vieillots ayant vocation à disparaître ; au contraire, du côté de la DG justice et affaires intérieures, les exigences du droit international privé sont en revanche prises en considération. Il y a bien là un problème de cohérence qu'il est important de pointer et d'essayer d'aplanir.

M. DELAPORTE – La gêne que vous éprouvez en lisant des textes incompréhensibles, nous ne l'avons pas du tout éprouvé ce soir en vous écoutant. Je vous remercie encore de la communication et de la discussion qui a été très animée.