

17.1.2014

Quelques thèses concernant des questions de droit international privé et de la procédure civile internationale en relation avec la modernisation du droit de la famille

1. Les dispositions de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP ; en vigueur depuis le 1.1.1989) relatives au droit de la famille ont été conçues à une époque à laquelle les réformes du droit de l'enfant commençaient à se consolider dans une grande partie de l'Europe (et bien au-delà) et où les réformes du droit du mariage s'ébauchaient. En conséquence, le DIP en matière de droit de l'enfant vise la plus grande protection possible de l'enfant par le droit suisse et/ou étranger ; il faut maintenir cette direction à l'avenir. Par contre, les dispositions de la LDIP relatives au mariage sont fortement axées sur le règlement des litiges par des tribunaux suisses selon le droit suisse. Maintenant que des réformes similaires du droit du mariage se sont mises en place même en dehors de l'Europe, il faut se poser la question d'une plus grande ouverture du DIP suisse au droit étranger, notamment en ce qui concerne le droit du divorce et les autres communautés de vie.
2. Comme dans le reste du DIP, le législateur doit se demander, dans le domaine du droit de la famille, s'il doit faire la différence, pour ce qui est de la détermination du for et du droit applicable, entre les autres Etats européens (qu'ils appartiennent ou non à l'UE) et les Etats extra-européens - vu la densité croissante du droit de l'UE et l'eurocentrisme des conventions de La Haye – et cela non pas dans le sens d'une discrimination (politique ou culturelle) des Etats tiers, mais en raison de la faible distance géographique, de l'unification du droit qui a déjà eu lieu en dehors de la Suisse et des liens conventionnels déjà noués sur certains points (possibilité d'intenter une action dans l'autre Etat ; reconnaissance et exécutabilité dans l'autre Etat ; similitude de la situation économique ; similitude des notions et des formes juridiques ; bon fonctionnement de l'entraide judiciaire).

3. Indépendamment de cela, il faudrait (en général, pas seulement dans le droit de la famille du DIP) réfléchir à un instrument permettant à la Suisse de « s'amarrer » aux actes de l'UE ou aux traités existants ou à rendre possible l'utilisation de leurs solutions pour les tribunaux ou plus généralement dans les relations juridiques, sans que la Suisse doive reprendre formellement ces actes ou adhérer à ces traités (par ex. par des déclarations de réciprocité visant des dispositions précises ; par une disposition de droit suisse autorisant les tribunaux à appliquer certaines solutions étrangères en alternative aux solutions suisses, éventuellement à la demande des parties ou lorsque les faits présentent un lien d'extranéité ; par une entraide judiciaire étendue permettant l'effet mutuel d'une institution juridique).
4. Shopping judiciaire (aussi appelé *forum shopping*). Est-ce que l'antériorité de la litispendance est un bon critère en droit de la famille ? Ne faudrait-il pas donner plus de poids à des critères matériels tels que le dernier domicile commun ou le centre des relations familiales ? L'art. 9 LDIP devrait être complété par un nouvel al. 4 : « Dans les cas relevant du droit de la famille, le tribunal suisse saisi peut conclure, avec le tribunal étranger auprès duquel une action antérieure ou postérieure est pendante, un accord en dérogation à l'al. 1, concernant la compétence du tribunal pour la totalité ou une partie des prétentions et concernant l'ordre dans lequel elles sont traitées. » Il faudrait en outre ajouter à la LDIP une disposition, valable non seulement pour le droit de la famille mais de manière générale, qui habiliterait les tribunaux suisses à mener des entretiens de coordination et de coopération avec les tribunaux étrangers pour s'accorder réciproquement l'entraide judiciaire, attribuer les objets des litiges et organiser les procédures probatoires dans des procédures connexes et fixer les étapes de la procédure.
5. Les compétences décisionnelles suisses lorsqu'il s'agit de l'existence, des effets et de la dissolution d'une communauté de vie de droit ou de fait et de ses effets accessoires doivent être définies de manière plus restrictive : les tribunaux suisses ne doivent avoir de compétence décisionnelle primaire que si le couple concerné vivait en communauté (mariage, partenariat enregistré, concubinage, etc.) en Suisse au moment où l'action a été introduite ou peu avant (par ex. au plus deux ans avant). (Est réservée la compétence

subsidaire des tribunaux suisses lorsqu'il est impossible d'ouvrir une procédure à l'étranger ou qu'on ne peut raisonnablement l'exiger.)

6. Dans la mesure où il s'agit de l'existence ou de la dissolution d'une relation juridique – ou, si cette communauté de vie ou relation n'est pas reconnue juridiquement, d'une relation *de facto* – le DIP devrait prévoir l'application du droit de l'Etat sur le territoire duquel la communauté de vie de droit ou de fait est ou a été effectivement vécue. Il en va de même de l'appréciation des questions préjudicielles du droit de la famille (par ex. dans les procédures de partage successoral). Cela implique une plus grande permissivité en ce qui concerne les formes d'unions de droit et de fait qui déploient certains effets juridiques à l'étranger. (Nous serons à l'avenir confrontés entre autres à des mariages de durée limitée et à des relations de type polygame.) Avec cette règle de conflit, le débat sur la reconnaissance des formes d'unions pratiquées à l'étranger se trouve dissocié du débat politique interne, ce qui est important pour les personnes concernées immigrant en Suisse ; à l'inverse, les personnes qui quittent la Suisse pour un Etat dans lequel leur communauté de vie n'est pas reconnue seront protégées par la compétence subsidiaire de la Suisse et par la règle de conflit. En outre, une règle spécifique du DIP sur le changement de statut en droit de la famille devrait assurer que le statut de la relation de couple garanti par le droit de l'Etat étranger où le couple était domicilié est préservé, ou bien que ce couple obtient le statut – meilleur – garanti par son nouvel Etat de domicile.
7. L'art. 114 CC s'avère désavantageux (suspension de la vie commune de deux ans avant l'introduction d'une demande de divorce unilatérale lorsque la continuation du mariage n'est pas insupportable au sens de l'art. 115 CC). Le conjoint demeuré en Suisse ne peut pas déposer une demande en Suisse et doit attendre pendant que l'autre conjoint fonde un for du divorce à l'étranger. Il faudrait réviser soit l'art. 114 CC, soit l'art. 61, al. 1, LDIP.
8. Les règles proposées aux ch. 5 et 6 concernant les communautés de vie de droit ou de fait reviennent pour l'essentiel à se fonder sur le (dernier) domicile ou lieu de séjour habituel commun. Cette solution permettrait - mise à part la règle de compétence subsidiaire pour les Suisses à l'étranger lorsque la procédure à l'étranger est impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite - de renoncer totalement au critère de la nationalité. En

même temps, elle résout un problème du principe habituel du domicile, qui est qu'une partie peut porter son domicile dans un autre Etat juste pour profiter des avantages procéduraux de cet Etat.

9. La compétence en fonction du lieu de vie, exposée au ch. 5, doit valoir autant que possible pour les effets des communautés de vie de droit et de fait et pour les effets accessoires de leur dissolution (sous réserve par ex. de règles contraires concernant les enfants). Pour ce qui est du droit applicable, comme aujourd'hui, tous les aspects d'une même affaire ne seront pas réglés de la même manière, soit en vertu de traités internationaux, soit parce que les conséquences et les effets accessoires dont le juge aura à décider devront se réaliser dans un temps futur et seront éventuellement mis en œuvre dans un autre Etat.
10. Concernant les questions d'entretien, la Suisse doit ratifier le Protocole de La Haye du 23.11.2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et l'appliquer *erga omnes* ; il faut également songer à étendre son champ d'application matériel (aux communautés de vie de droit et de fait reconnues par le droit étranger ; aux prétentions en matière d'entretien fondées sur des mariages ou des partenariats enregistrés conclus en Suisse et sur des unions hors mariage).
11. Il faudrait intégrer dans la LDIP et, parallèlement, dans le CC une disposition prévoyant que le tribunal suisse compétent accorde sur demande, après une durée de vie commune effective d'un an, au moins les droits suivants aux couples en partenariat enregistré ou en union hors mariage, même s'ils ont des droits plus étendus dans la législation applicable : (a) un droit égal, en quantité et en qualité, de disposer du revenu acquis durant la vie commune ; (b) le partage par moitié de la fortune acquise par les deux partenaires durant la vie commune en cas de dissolution de l'union. Ce dernier droit devrait pouvoir être exclu par contrat, avec effet pendant trois ans au plus.
12. Les dispositions de la LDIP sur les régimes matrimoniaux (art. 51 à 58) devraient être appliquées à d'autres communautés de vie de droit et de fait.
13. Les art. 52ss LDIP et le CC devraient être complétés par une disposition prévoyant que, indépendamment du contenu du droit applicable, les contrats de mariage sont dénonçables après un délai de dix ans, et qu'en cas de divorce, ils sont soumis à un contrôle matériel.

14. Il faut obliger les tribunaux, grâce à une norme de DIP spécifique, à examiner globalement – et indépendamment du droit appliqué –, lors de la dissolution d'un mariage, d'une autre communauté de vie de droit ou d'une communauté de vie de fait ayant duré au moins cinq ans, si les prétentions découlant du droit en matière d'entretien, du droit patrimonial, du droit de la prévoyance professionnelle ou d'un éventuel contrat suffisent à assurer l'entretien du partenaire qui n'exerce pas d'activité lucrative ou dont l'activité lucrative est minimale ; si les besoins de ce dernier ne sont pas couverts, la disposition à créer devrait permettre au juge d'accorder des prestations supplémentaires.
15. Le droit de la famille et les législations relatives aux assurances sociales, d'une part, et à l'aide sociale, d'autre part, sont de plus en plus interconnectés, ce qui est une évolution positive de la politique sociale. Il n'est cependant pas certain que l'exclusivité de la compétence suisse et de l'application de la *lex fori* soit le meilleur moyen de mettre en œuvre le droit international privé ; il vaudrait mieux pratiquer des coopérations plus concrètes au niveau des assurances sociales et des administrations.
16. Concernant les art. 46 à 74 LDIP, il n'est pas nécessaire de procéder à de grands changements, du moins tant qu'on ne sait pas si les normes matérielles du CC réglant le droit de l'enfant seront modifiées en profondeur. La solution suggérée au ch. 6 implique que les liens de filiation fondés dans un Etat étranger pour le bien de l'enfant devront être reconnus, même si l'état de fait n'aurait pas pu, en Suisse, mener à la création d'un lien de filiation.
17. Etant donné la fragilité de nombreux liens d'adoption (notamment internationale) et le but de l'adoption (création d'une filiation pour le bien d'enfants mineurs), il faudrait envisager l'institution, dans le CC, d'une adoption limitée - ou limitable - dans le temps, l'idée étant par exemple que le lien adoptif puisse être dissous lorsque l'adopté atteint l'âge de 30 ou 35 ans, à la demande unilatérale des adoptants ou de l'adopté, voire d'office.
18. L'efficacité et les éventuels effets négatifs des traités internationaux relevant du DIP devraient être examinés régulièrement. La Convention de La Haye sur l'adoption de 1965 (RS 0.211.221.315) et la Convention européenne sur l'adoption de 1967 (RS 0.211.221.310) sont inefficaces et font obstacle à une réforme du droit suisse en matière d'adoption. Les accords bilatéraux en matière de DIP qui lient la Suisse avec l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique,

l'Espagne, le Portugal, l'Italie, la Grèce, la Suède, la République tchèque, la Slovaquie et les Etats-Unis datent du 19^e ou de la première moitié du 20^e siècle et ne tiennent pas compte de l'évolution du droit ; ils servent surtout à compliquer les relations juridiques entre la Suisse et ces Etats.

Ivo Schwander