

Le projet de codification française du droit international privé : réflexions à partir de l'expérience belge *

Patrick WAUTELET (Université de Liège)

Le Code belge de droit international privé fêtera bientôt ses 20 ans. Adopté en juillet 2004¹, il est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004. Ce Code a joué un rôle important dans le développement de la pratique du droit international privé en Belgique, même s'il faut avouer qu'il subit depuis une décennie la concurrence des instruments européens, ceux-ci occupant une place aujourd'hui prépondérante dans l'activité judiciaire et notariale internationale².

Le bilan de la codification belge est encore à écrire³. Le recul que permet l'expérience acquise en Belgique permet néanmoins de jeter un regard décalé et, espérons-le, intéressant sur le projet français⁴.

Pour structurer et organiser mon propos, je suggère de résister à la tentation de comparer les solutions particulières adoptées de part et d'autre de la frontière : une comparaison trait pour trait des deux textes serait fastidieuse. Elle aurait en outre un intérêt limité : certes, les traditions juridiques française et belge sont fort proches, voire intimement liées. Le contexte de la codification me semble néanmoins différent. Il s'est en effet écoulé près de vingt ans depuis l'adoption du Code belge. En outre, les travaux qui ont mené à cette codification ont commencé à la fin du dernier millénaire. Si à l'échelle de notre discipline, deux décennies ne représentent qu'une période fort courte, il reste qu'un développement majeur est intervenu pendant cette période. Je veux bien entendu évoquer ici l'essor très important du droit international privé d'origine européenne. Face à la véritable déferlante européenne, il est difficile de penser le droit international privé aujourd'hui comme on le faisait au début du siècle.

En outre, et plus fondamentalement, il paraît délicat d'ériger le Code belge en modèle. Je propose plutôt de considérer ce Code comme un maillon dans la longue chaîne des codifications nationales. On ne saurait en effet oublier que les rédacteurs du Code belge ont, de leur propre aveu, puisé dans les codifications existantes⁵. S'il est en effet un trait caractéristique de la codification en droit international privé, c'est sans doute que le plus souvent les rédacteurs des Codes ont une bonne connaissance des codifications déjà menées à bien dans d'autres pays, codifications qui leur servent de source d'inspiration. Cet esprit comparatiste conduit à n'ériger aucune des codifications en modèle, mais bien plutôt à les considérer toutes comme des référents potentiels.

Enfin, le Code belge de droit international privé, s'il se révèle de très bonne facture, présente néanmoins certains défauts qui empêchent de le considérer comme un modèle à suivre. L'un des plus saillants est sans doute la consécration, à l'art. 96, d'un for « en matière d'obligations contractuelles » fondé la naissance en Belgique de l'obligation litigieuse. Cette référence au lieu de naissance de l'obligation, héritée du 19^{ème} siècle⁶, est non seulement archaïque. Elle est aussi de nature à conduire à d'importantes difficultés pratiques. Fort heureusement, cette règle ne joue qu'un rôle extrêmement subsidiaire.

* Le style oral de la communication a été conservé.

¹ Loi du 16 juillet 2004, *Moniteur belge*, 27 juillet 2004.

² L'état civil échappe pour l'instant en grande partie à cette évolution. Un changement de taille s'annonce néanmoins avec l'adoption annoncée d'un Règlement européen consacré à la filiation. Cons. M. Nademleinsky, « Auf dem Weg zu einer EU-Abstammungs-VO », in *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, F. Heinder et al. (dir.), Manz'sche, 2023, pp. 177-183.

³ Une première étape a néanmoins été franchie avec la recherche doctorale de Mme Jinske Verhellen : utilisant une approche empirique, Mme Verhellen s'est interrogée sur la mise en œuvre des dispositions du Code en matière familiale. Cons. la synthèse de sa recherche : J. Verhellen, « Real-life international family law : Belgian empirical research on cross-border family law », in : K. Boele-Woelki, N. Dethloff and W. Gephart (eds.), *Family law and culture in Europe : developments, challenges and opportunities*, 2014, pp. 323-333.

⁴ La méthode n'est pas innovante. Marc Fallon s'est par exemple penché sur la codification italienne en utilisant la méthode comparée (M. Fallon, « La révision de la loi italienne de droit international privé au regard du droit comparé et européen des conflits de lois », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 729-742).

⁵ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, 7 juillet 2023, *Documents Parlementaires*, Sénat, n° 3-27/1, p. 4.

⁶ Cette disposition trouve son origine à l'art. 52, 3° de la loi du 25 mars 1876, qui a été d'application jusqu'à l'entrée en vigueur du Code judiciaire adopté en 1968.

Plutôt qu'une comparaison trait pour trait, je suggère d'examiner le projet de Code français à la lumière de deux des enjeux fondamentaux auxquels les rédacteurs du projet français ont été confrontés, comme l'ont été leurs collègues belges il y a plus de vingt ans.

La rédaction d'un Code de droit international privé nécessite en effet d'affronter certaines questions fondamentales. Ces questions, qui constituent autant de points de tension, sont nombreuses. Certaines sont génériques, dans la mesure où elles concernent toute entreprise de codification. D'autres questions sont propres à notre discipline. Je propose de retenir deux enjeux pour structurer mon propos.

Le premier est générique. L'une des ambitions premières d'une entreprise de codification doit être de rendre le droit accessible à l'ensemble de la communauté des juristes. Le projet de code français répond-il à cet objectif ?

Le second enjeu autour duquel mon propos sera articulé, est plus spécifique à notre discipline : il concerne la dialectique ancienne entre particularisme et universalisme. Comment le projet français se positionne-t-il sur cet axe structurant ?

Je me propose d'examiner ces deux questions autour desquels s'articulent mon propos, en prenant principalement appui sur le livre premier du projet de Code, qui met en place des règles générales⁷.

I. UNE CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE AU SERVICE DE L'ACCESSIBILITE DU DROIT

Une entreprise de codification peut servir différentes finalités. Oppetit distinguait trois catégories d'objectifs que pouvait poursuivre une codification⁸ : celle-ci peut tout d'abord constituer l'expression du pouvoir, la traduction de la volonté d'un souverain de se doter d'un des attributs classiques de la puissance politique. A côté du lien entre codification et pouvoir, la codification peut également présenter une dimension sociale, dans la mesure où elle peut servir à « fixer de nouvelles règles du jeu social »⁹. Enfin, la codification peut aussi avoir des visées techniques : il s'agit alors de « remédier à la dispersion et à l'émiettement des sources du droit et d'assurer l'accès des destinataires et des usagers des règles à la connaissance du droit »¹⁰.

Il semble que cette dimension, moins prestigieuse que les deux premières, constitue la raison d'être principale du projet de codification du droit international privé français. Nulle révolution en effet, nulle rupture sociale ne vient justifier l'intervention potentielle du législateur français. C'est au contraire la volonté de donner plus de cohérence aux règles de droit international privé qui constitue la raison d'être du projet de codification. M. Ancel indiquait dans son rapport accompagnant le projet que celui-ci était destiné à « améliorer l'accessibilité, la lisibilité du droit international privé français [...] en constituant un corpus de règles claires et cohérentes »¹¹. Et selon les rédacteurs du projet de Code, celui-ci a comme objectif de proposer des règles prévisibles, réunies dans un instrument « commode à manier », ce qui suppose que les règles qu'il contient soient « précises » et que l'ensemble tende à l'exhaustivité¹². On ne s'étonnera dès lors pas que les avocats, principaux destinataires du Code avec les magistrats, sont dans l'ensemble favorables à la codification¹³.

⁷ Marc Fallon s'est déjà penché sur les règles générales du projet de Code français en se fondant sur l'expérience belge : M. Fallon, « Les règles générales sur le droit applicable du projet de Code à la lumière de l'expérience du Code belge », *Travaux comité FR. DIP*, pp. 17-26.

⁸ B. Oppetit, *Essai sur la codification*, PUF, 1998, pp. 8-12.

⁹ B. Oppetit, *op. cit.*, p. 11.

¹⁰ B. Oppetit, *op. cit.*, p. 12.

¹¹ Projet de Code de droit international privé. Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Ancel, 2022, pp. 7-8.

¹² D. Foussard, M.-L. Niboyet et C. Nourissat, « Réflexions méthodologiques sur le projet de code de droit international privé », *Rev. crit. dip.*, 2022, p.477.

¹³ V. la Résolution du Conseil national des barreaux sur la codification du droit international privé, adoptée par l'Assemblée générale le 5 avril 2024. Dans cette résolution, les avocats soulignent qu'ils « attendent avec impatience la finalisation de ces travaux ».

Avec cette visée, le projet français est bien dans la tradition occidentale en matière de codification. Vanderlinden a en effet montré que le souhait de permettre une meilleure connaissance du droit constitue « la cause fondamentale du phénomène de codification »¹⁴.

Pour autant le projet de code ne se limite pas, loin s'en faut, à constituer une simple mise en ordre, à droit constant, du droit existant dont les règles seraient organisées et présentées de manière méthodique. Au-delà de la remise en ordre du droit positif, le projet apporte également son lot d'innovations¹⁵. A la consolidation et la compilation de règles existantes s'ajoute aussi une dimension de réforme. On peut relever à ce titre l'extension par l'article 9 de l'office du juge, qui sera tenu de se pencher *sua sponte* sur la règle de conflit de lois, sans s'interroger sur la nature disponible ou non des droits en cause¹⁶.

Si l'on se concentre, pour les besoins de l'analyse, sur la vocation du projet de Code de proposer un ensemble agrégé de normes, la codification belge se distingue nettement du projet français. L'option du législateur belge était en effet empreinte de modestie. L'entreprise de codification avait certes comme objectif d'offrir un ensemble cohérent et ordonné de règles. Dès le départ, le législateur a néanmoins indiqué clairement que le Code laisserait subsister des règles particulières dans des législations spéciales. L'exemple le plus frappant concerne l'adoption : à côté des art. 66 à 72 qui figurent dans le Code, on peut relever que l'adoption internationale fait l'objet d'importantes dispositions dans le Code civil¹⁷. Le même constat peut être fait à l'égard des personnes morales : au chapitre X du Code, qui concerne spécifiquement les personnes morales, il faut ajouter une série de dispositions de droit international privé comprises dans le Code des sociétés et des associations¹⁸.

Le projet de Code français est singulièrement plus ambitieux. Sans être exhaustif, le projet rassemble un nombre important de textes. A ma connaissance, c'est le projet le plus ambitieux de ces dernières décennies. Comptant plus de 200 articles, il distance de loin les codifications nationales¹⁹.

L'ambition se reflète tout d'abord dans le souci de couvrir très largement l'ensemble des questions de la discipline : le projet compte six livres, dont l'un au moins est inédit à ma connaissance - le livre cinq consacré aux mesures provisoires et conservatoires. On épinglera également le livre III consacré aux questions de procédure. Si d'autres codes évoquent les questions de procédure²⁰, aucun ne le fait, à ma connaissance, avec un tel souci du détail. Le livre ne compte en effet pas moins de 35 dispositions qui couvrent des questions fort diverses. A titre de comparaison, la codification québécoise, pourtant elle aussi fort détaillée, ne consacre qu'une seule disposition à la question de la loi applicable à la procédure²¹.

Au vrai, les seules questions qui ne sont pas traitées sont l'arbitrage²² et les immunités²³. Avec cette dernière question, on s'éloigne toutefois de ce qui fait le cœur du droit international privé.

¹⁴ J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XII^{ème} au XIX^{ème} siècle. Essai de définition*, Editions de l'institut de sociologie, 1967, p. 163. M. Vanderlinden indique toutefois qu'au-delà du souhait de favoriser l'accès au droit, la codification peut aussi s'expliquer par d'autres causes, comme « le désir d'unification, d'imitation ou de réforme » (*Ibid.*).

¹⁵ Les auteurs du projet évoquent à cet égard des innovations « [d]iscrètes parfois, en pointe à d'autres occasions, mesurées en tout cas » : D. Foussard, M.-L. Niboyet et C. Nourissat, *op.cit.*, *Rev.crit. dip.*, 2022, p.477.

¹⁶ La rédaction de l'art. 9 peut néanmoins dérouter, dans la mesure où cette disposition fait référence non pas à l'application de la règle de conflit de lois, mais à « l'application du droit internationalement désigné ».

¹⁷ Cf. les art. 357 et suiv. du Code civil.

¹⁸ Il s'agit des articles 2 :146 à 2 :149 CSA.

¹⁹ A titre de comparaison, le Code belge compte 140 articles ; la loi polonaise du 4 février 2011 rassemble 81 dispositions ; la loi tchèque 91/2012 du 25 janvier 2012 rassemble 125 articles. Seule la loi suisse s'approche de l'ampleur du projet français, puisqu'elle compte 200 dispositions. On se souviendra néanmoins que la loi fédérale suisse inclut un chapitre consacré à l'arbitrage.

²⁰ La loi tchèque contient un titre consacré aux questions de procédure. Le titre II (§§ 8 à 13) de la loi tchèque 91/2012 du 25 janvier 2012 rassemble néanmoins des dispositions diverses consacrées à la litispendance (§8(2)), la caution du demandeur étranger (§ 11) et la légalisation (§ 12). Seule une disposition (§ 8(1)) vise le droit applicable à la procédure, pour soumettre celle-ci à la *lex fori*. Il en va de même de la loi hongroise de 2017, qui consacre de nombreuses dispositions (sections 66 à 81) aux questions de procédure, mais dont une seule (section 66) concerne le droit applicable aux questions de procédure.

²¹ L'art. 3132 du Code civil québécois prévoit, de manière lapidaire, que « La procédure est régie par la loi du tribunal saisi ».

²² La loi fédérale suisse contient des dispositions consacrées à l'arbitrage (chapitre 12, art. 176 et suiv.), mais celles-ci constituent une exception.

²³ Cons. néanmoins le § 7 de la loi tchèque 91/2012 du 25 janvier 2012 et les sections 82 à 87 de la loi hongroise n° XXVIII du 4 avril 2017, consacrés à l'immunité de juridiction.

L'ambition se reflète aussi dans les dispositions en elles-mêmes. Avec un peu d'audace, on pourrait écrire que le projet de Code est à l'image de ces églises et cathédrales du gothique flamboyant ou du gothique tardif, qui sont très ouvragées, avec un nombre impressionnant de détails.

Si l'on se limite seul titre premier, consacré aux « règles générales », on peut en effet relever des dispositions consacrées à des questions qui sont fort rarement abordées dans les codifications. Ceci concerne d'abord l'article 2, qui prévoit une règle consacrée aux conflits de nationalités lorsque le Code conduit à la mise en œuvre d'une règle de conflit de lois étrangère. Cette règle, qui répond à une question frustrante pour la pratique²⁴, est à mon sens inédite.

On peut également citer l'article 6, qui prescrit une méthode de qualification. Le procédé est fort rare en droit comparé. Seules quelques codifications s'aventurent sur le terrain de la qualification²⁵. En imposant au juge de puiser dans le droit français lorsqu'il s'essaie à qualifier la situation qui lui est soumise, le projet de Code confirme l'orientation adoptée de longue date par la pratique jurisprudentielle.

Au rayon des innovations, on peut encore mentionner une disposition très intéressante, mais aussi très exigeante, qui met en place un régime particulier relatif à la preuve du contenu du droit étranger lorsque la question se pose devant l'officier d'état civil²⁶. A nouveau, cette disposition est inédite. Enfin, on relèvera une disposition qui prévoit une solution lorsque différents avis de droit sont produits devant une juridiction française à propos de contenu d'un droit étranger. Selon l'art. 14 al. 4 du projet, le juge « organise une confrontation entre les auteurs des avis ». Même si elle ne sera sans doute utilisée que de manière exceptionnelle, cette disposition offre une solution intéressante à un épineux problème.

On pourrait faire la même observation à propos d'autres parties du projet. Le livre V, consacré aux mesures provisoires et conservatoires, ne se contente pas de quelques dispositions générales. Il offre un ensemble de règles détaillées qui couvrent les trois questions classiques de la discipline. On retiendra en particulier deux dispositions consacrées au droit applicable²⁷. L'on peut certes s'interroger sur l'opportunité de distinguer selon que la mesure provisoire ou conservatoire est sollicitée au cours ou en dehors de l'instance au fond. Ceci n'enlève rien à la plus-value des deux règles. Sans équivalent dans d'autres codifications, ces dispositions apportent une réponse à une question frustrante pour les praticiens, parce qu'elle est le plus souvent délaissée par les législateurs.

S'il frappe par son ambition, le projet n'en contient pas moins quelques absences remarquées. Toujours à propos du titre premier, l'on peut relever que contrairement à de nombreuses codifications²⁸, ainsi qu'à une pratique bien établie en droit européen et conventionnel²⁹, le projet de code n'aborde pas directement la question des ordres juridiques pluri-législatifs. L'article 13 du projet, qui prévoit que lorsqu'un droit étranger est déclaré applicable, il doit être mis en œuvre en ce compris « ses règles relatives au conflit interne des lois », apporte certes un début de réponse aux questions que suscite l'application d'un droit étranger composé de plusieurs ordres juridiques. Il semble toutefois fort timide dans la mesure où il délègue entièrement au droit étranger le soin de déterminer le sort du raisonnement conflictuel lorsque le droit étranger désigné comprend plusieurs unités territoriales ou plusieurs systèmes juridiques applicables à différentes catégories de personnes.

²⁴ Cons. Tribunal de la famille de Namur (division Dinant), 12 avril 2021, *Journal des Tribunaux*, 2021, p. 338 (en l'espèce, un ressortissant belgo-coréen était décédé en Corée du Sud. Pour faire application du droit belge, le tribunal a d'abord constaté que l'intéressé résidait habituellement en Corée du sud, mais que les règles de conflit de lois de ce pays, dont la prise en considération était autorisée conformément à l'art. 49 de la loi coréenne de droit international privé, soumettaient la succession à la loi de la nationalité du défunt. Or le tribunal a estimé qu'il convenait de retenir la nationalité belge du défunt. Ce choix suscite une interrogation, dans la mesure où le conflit de nationalités concernait la mise en œuvre d'une règle de conflit de loi étrangère et non belge).

²⁵ On peut citer l'art. 3078 du Code civil québécois, l'art. 2.588 de la loi roumaine ou encore la section 4 de la loi hongroise n° XXVIII du 4 avril 2017. Cf. les autres exemples, plus anciens, cités par E. Vassilkakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, LGDJ, 1987, pp. 282-284, n° 299-300.

²⁶ Art. 10.

²⁷ Art. 203 et 204 du projet.

²⁸ Par ex. l'article 17 du Code belge ; l'art. 18 de la loi italienne, l'art. 2 :560 du Code civil roumain ou encore l'art.3077 du Code civil québécois.

²⁹ Cf. les articles 16 et 17 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ; les articles 45 et 46 de la Convention du 13 juillet 2000 sur la protection internationale des adultes et les articles 47, 48 et 49 de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

Le projet ne prévoit pas non plus de disposition consacrée aux questions préalables³⁰. Il est vrai que rares sont les codifications qui se sont aventurées sur le terrain périlleux des questions préalables. On en trouve un exemple dans la codification néerlandaise³¹. On pourrait avancer qu'en présence d'un code proposant des règles de conflit de lois spécifiques visant les diverses questions civiles et commerciales, il s'impose d'adopter un rattachement autonome de la question préalable, en la soustrayant à l'emprise des règles de conflit de lois de la *lex causae*. Cette approche serait en effet plus respectueuse de l'œuvre législative nationale, les règles de conflit de lois du for l'emportant parce qu'elles sont l'expression des choix politiques du législateur français. Rien n'empêche toutefois le législateur de le préciser en posant que chaque question préalable doit être considérée sur la base des règles de conflit de lois du for, sans tenir compte des règles de la loi désignée pour régir la question principale³².

Si les absences qui viennent d'être évoquées résultent sans doute d'options techniques et ne prêtent guère à conséquence, il n'en va pas de même d'une autre absence, plus remarquable. On ne trouve pas en effet dans le projet de Code de clause d'exception. Cette absence est singulière, dans la mesure où cet instrument est devenu relativement classique depuis son apparition dans les années 1970³³. On le retrouve dans la loi néerlandaise (art. 8 Livre 10 Code civil), dans le code belge (art. 19) ainsi que dans la loi hongroise de 2017 (section 10). Il est vrai qu'une telle clause est absente de certaines codifications plus anciennes, comme la loi italienne de 1995 ou l'EGBGB allemand. Mais on trouve une clause d'exception dans la loi suisse de 1987 (art. 15) et dans des codifications plus récentes, comme la loi roumaine (art.2.565). Elle est devenue incontournable dans les textes européens³⁴.

Au vrai, la clause d'exception est, en matière de conflit de lois, un aveu de modestie. Avec la consécration de cet instrument, le législateur reconnaît que les règles de conflit de lois qu'il met en place ne sont pas parfaites et qu'il est nécessaire de permettre au juge, dans des circonstances bien délimitées, de s'écarter du résultat normal de l'application de la règle de conflit de lois. On peut certes objecter que l'instrument pourrait nuire à la prévisibilité des solutions, voire servir plus ou moins consciemment à privilégier la *lex fori*. L'expérience belge est à cet égard intéressante. Le Code met en place une clause d'exception entourée de nombreuses limites. Selon l'art. 19 du Code, la clause, qui ne peut être appliquée en présence d'un choix de loi ou lorsque la désignation du droit applicable « repose sur le contenu de celui-ci », nécessite de comparer les liens que la situation présente avec l'Etat dont le droit est désigné, liens qui doivent être très faibles, avec les liens qu'elle présente avec un autre Etat, qui doivent au contraire être « très étroits ». Le législateur a par ailleurs invité les juges à tenir compte du besoin de prévisibilité du droit applicable lorsqu'il fait usage de cet outil.

Malgré ces gardes fou, l'expérience montre que, dans certains domaines, la clause est utilisée de manière sans doute trop fréquente³⁵. Ceci se vérifie en particulier à propos de la filiation. Les cours et tribunaux ont fort souvent recours à l'instrument dans ce domaine, sans être toujours attentif à sa vocation purement conflictuelle. Un arrêt de la Cour d'appel de Gand illustre cette propension à utiliser la clause d'exception à d'autres fins que celles qui fondent le mécanisme³⁶. Dans cette affaire, un enfant était né en Belgique. Un ressortissant camerounais souhaitait reconnaître l'enfant. Il n'était pas contesté qu'il était le père biologique de l'enfant. La Cour reconnut qu'il convenait de retenir l'application du droit camerounais, en vertu de l'art. 62 du Code, qui soumet les questions de filiation à la loi nationale de la personne concernée. Pour autant, la Cour a écarté la loi nationale de l'auteur de l'enfant pour lui préférer la loi belge. Pour ce faire, la Cour a d'abord relevé que l'enfant était né et avait toujours résidé en Belgique, alors qu'il n'avait aucun lien avec le Cameroun. S'éloignant toutefois d'une appréciation fondée sur la force des liens entre la situation et le for, la Cour a souligné avec force qu'au-delà des liens étroits qui unissaient l'enfant à la Belgique, l'intérêt supérieur de l'enfant commandait de retenir l'application de la loi belge, en particulier de la disposition

³⁰ Pas plus qu'il ne propose de solution pour la délicate question de l'adaptation. Celle-ci ne peut sans doute pas faire l'objet d'une règle générale, mais au mieux d'une règle particulière visant un contexte spécifique. Cf. par ex. l'art. 31 du Règlement successions consacré à l'adaptation des droits réels.

³¹ Art. 4 Livre 10 du Code civil.

³² C'est d'ailleurs en ce sens qu'est établi la solution retenue par le législateur néerlandais.

³³ Sur l'histoire et la diffusion en droit compare du mécanisme, cf. D. Kokkini-Iatridou (dir.), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, Nijhoff, 1994, 332 p.

³⁴ Cf. l'art. 4(3) du Règlement Rome I ; l'art. 4(3) du Règlement Rome II ; l'art. 21(2) du Règlement successions et l'art. 26(3) du Règlement relatif aux régimes matrimoniaux.

³⁵ *Comp.* avec l'appréciation plus mesurée de M. Fallon, *op. cit.*, *Travaux comité FR. DIP*, p. 25.

³⁶ Gand, 11 juin 2020, *Tijdschrift voor notarissen*, 2020, p. 1049.

imposant de recueillir l'assentiment de la mère de l'enfant en cas de reconnaissance d'un enfant né hors mariage. Cette décision est révélatrice d'une tendance forte : les cours et tribunaux mettent principalement l'accent sur l'existence de liens entre la situation qui leur est soumise et l'ordre juridique belge, minorant ce qui unit la situation à la loi étrangère déclarée applicable. En l'espèce, on peut être surpris de constater le peu de poids que la Cour accorde au rattachement à la loi de la nationalité du père. A cette évaluation tronquée s'ajoute une propension à tenir compte, dans l'appréciation, de considérations matérielles qui n'ont en principe par leur place dans le raisonnement.

Il est délicat, sans une analyse plus poussée, de déterminer si l'usage relativement fréquent de la clause d'exception par les juridictions belges tend à montrer l'inadéquation du rattachement, retenu par le Code belge, de l'ensemble des questions de filiation à la loi nationale du parent concerné ou si les juridictions utilisent, sans doute sans en être pleinement conscientes, la clause d'exception parce qu'elle permet de faire application du droit belge. Le glissement vers une certaine automaticité dans le recours à la clause suscite néanmoins des interrogations. Et il permet de montrer que même avec les meilleures intentions du monde, un instrument législatif peut échapper à ses créateurs. Peut-être ce risque explique-t-il pourquoi les auteurs du projet français n'ont pas jugé opportun d'inclure une clause d'exception dans leur texte.

Malgré ces quelques absences, le projet de Code français est une œuvre majeure parce qu'il propose des règles très complètes et visant un nombre très important de questions. Ce souci du détail, qui traduit sans doute « l'esprit de système et de totalité »³⁷ qui a inspiré la codification, soulève une question classique. On peut en effet se demander si un Code précis et détaillé ne comporte pas en germe le risque de trop baliser le terrain et de réduire par trop l'espace dans lequel peut se développer l'interprétation. On connaît les critiques qui sont souvent opposées à la codification : le droit codifié serait un droit réduit, coupé de ses racines, stérile, excluant toute autre expression de volonté différente de celle du législateur, réduisant la doctrine à de la simple glose. Présentant sa vision de la codification, Portalis attirait déjà l'attention sur les risques d'une trop grande ambition : il écrivait qu'« un code doit se garder de « la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir »³⁸.

Une anecdote en dit long sur les représentations de la codification au sein de notre discipline. Je me souviens de la réponse d'une collègue française lorsque j'évoquais, plein d'enthousiasme naïf, la joie que j'éprouvais en 2004 à l'idée que la Belgique adopte un code de droit international privé. Elle m'avait répondu : « Mon cher ami, vous rêvez, avec ce Code c'est la fin de la grandeur de notre discipline, nous allons être réduit à enseigner un texte aussi aride que le Code de la sécurité sociale ».

Avec tout le respect que je dois à cette éminente spécialiste du droit international privé, je ne partage pas son point de vue. L'on connaît la critique selon laquelle la codification serait une « prison » pour le juge. On entend également souvent que le droit international privé aurait nécessairement besoin de liberté pour évoluer et s'adapter aux situations qui ne cessent de se renouveler³⁹. L'expérience belge apprend au contraire que les praticiens, qu'ils soient juges ou avocats, sont ravis de disposer d'un Code qui présente de manière ordonnée les règles gouvernant les situations privées internationales. Ils y trouvent le confort que ne leur procurait pas les solutions développées auparavant par la jurisprudence au départ de quelques dispositions éparses.

Quant au risque que la codification ferait peser sur la créativité des praticiens et le développement du droit, il est difficile de répondre de manière catégorique à cette question. Comment en effet mesurer d'emblée si un texte va paralyser ou au contraire favoriser le développement du droit ? Au vrai, la réponse à cette question dépend d'abord de la position que chacun se forge à propos d'une question ontologique : un juriste peut estimer que tout texte juridique est susceptible d'interprétation, même lorsqu'il semble clair ou au contraire partir de l'idée que certains textes juridiques échappent à toute tentative d'interprétation et donc de créativité, parce qu'ils sont clairs.

³⁷ B. Oppetit, *op. cit.*, p. 9.

³⁸ Discours préliminaire du premier projet de Code civil, p. (Ed. Confluences, 2004), p. 16.

³⁹ Sur tous ces « obstacles » présumés à la codification du droit international privé, v. A. Bodénès-Constantin, *La codification du droit international privé français*, Defrénois, 2005, pp. 126-130, n° 175-181.

Plus fondamentalement, on peut faire le constat, relativement objectif, que le projet de Code fait une utilisation assez fréquente de ce qu'on a pu appeler des « concepts malléables »⁴⁰. Quelques exemples, glanés dans le livre I consacré aux règles générales, permettent d'illustrer ce constat.

On peut d'abord citer l'article 21 qui permet au juge de refuser d'exercer sa compétence lorsque « sa saisine porte une atteinte d'une particulière gravité aux droits de la défense ». La disposition suivante, qui entérine le mécanisme de la litispendance consacré dès 1974 par la Cour de cassation⁴¹, prévoit une règle innovante visant la situation dans laquelle le juge français est saisi en premier : le principe voudrait que ce juge ne se soucie pas de l'existence d'une procédure engagée ultérieurement devant un juge étranger. Il peut néanmoins, selon l'art.22 al. 2, le faire et surseoir à statuer si sa saisine « procède d'un manquement à la loyauté procédurale ». Cette innovation, qui répond à un souhait de la doctrine⁴², ouvre un champ important à l'appréciation par le juge de l'opportunité d'exercer la compétence internationale dont il est investi.

Deux autres exemples concernant le régime des clauses d'élection de for illustrent cette tendance des auteurs du Code de retenir des concepts permettant au juge de procéder à une appréciation fondée sur toutes les circonstances de l'espèce. Le premier concerne la possibilité offerte au juge d'écarter une clause asymétrique, lorsqu'elle traduit « une exploitation abusive d'un déséquilibre économique »⁴³. Le second a trait à l'impact que peut avoir l'existence d'une loi de police sur l'efficacité d'une clause attributive de juridiction. L'article 29 du projet prévoit à ce sujet que la clause n'est pas privée de son efficacité « sous réserve que la clause ne crée pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »⁴⁴.

Ces exemples illustrent l'audace des rédacteurs du projet, qui n'ont pas évité les questions difficiles. On sait en effet que la pratique des cours et tribunaux est, sur certaines de ces questions, pour le moins hésitante. Le projet prend parti en proposant des instruments permettant d'appréhender ces questions. L'utilisation de notions ouvertes constitue à cet égard un choix approprié. Ces questions appellent en effet des réponses nuancées qui permettent au juge de procéder à une pesée des intérêts en présence.

Certes, le droit international codifié diffère du droit qui ne l'est pas. Dans un domaine non codifié, l'absence de systématisation et les lacunes permettent aux interprètes de déployer une plus grande créativité⁴⁵. Néanmoins, l'espace laissé par le projet de code à l'appréciation judiciaire semble important. La codification ne brimera dès lors pas la liberté du juge, à qui reviendra le redoutable privilège de mettre en œuvre des formules ouvertes dans des circonstances de fait parfois fort différentes de celles qu'avaient envisagées les rédacteurs du projet⁴⁶.

Ce bref aperçu permet de conclure que le projet de Code apporte une réponse au souhait des praticiens de disposer d'un texte bien réfléchi et structuré leur permettant d'identifier rapidement la solution idoine. Certes, l'apprentissage des nouvelles solutions nécessitera du temps. Et l'on ne peut exclure que certaines de ces nouvelles solutions s'avèrent trop ambitieuses, voire que certaines règles demeurent lettre morte. Pour autant, l'objectif premier de la codification semble atteint, sans que cela ne relègue le juge au rang de marionnette du législateur. Au contraire, de nombreuses règles confèrent au juge une marge d'appréciation importante⁴⁷.

⁴⁰ H. Gaudemet-Tallon, « Quelques réflexions sur le projet de Code français de droit international privé du 21 mars 2022 », *J.D.I.*, 2022, p. 784.

⁴¹ Cass., 1^{ère} civ. 26 nov. 1974, *Rev. crit. DIP*, 1975, 471, note D. Holleaux.

⁴² M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2000, pp. 403-404, n° 582 (appellant de leurs vœux la création d'« instruments spécifiques de lutte contre » les abus) ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, T. I, 5^{ème} éd., PUF, 201, pp. 282-282, n° 223 et suiv.

⁴³ Art. 26.

⁴⁴ Sur la question, cons. H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *LCongvergence and divergence in private international law. Liber amicorum K. Siehr*, K. Boele-Woelki (éd), Eleven International Publishing, 2011, pp. 707-721, ainsi que H. Muir Watt et D. Bureau, « L'impérativité désactivée ? », *Rev. crit. DIP*, 2009, 1-23.

⁴⁵ Même s'il faut aussi reconnaître que les cours et tribunaux peuvent se montrer très fidèles au texte. Au détour d'une synthèse de l'acquis jurisprudentiel belge après 150 ans de droit international privé fondé sur le Code Napoléon, M. Rigaux écrivait que « Non seulement la jurisprudence belge n'a guère utilisé l'espace de liberté que lui laissaient les lacunes, nombreuses en cette matière, qu'elle s'est ingéniée à combler à l'aide de règles impératives, mais elle a aussi donné à celles-ci un contenu excessivement rigide [...] » (F. RIGAUX, « Cent cinquante ans de droit international privé belge », in *Les grands arrêts de la jurisprudence belge. Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1981, 68, n° 79-80).

⁴⁶ V. pour une réfutation en règle du préjugé selon lequel la codification du droit international privé briserait la force créatrice des juges, A. Bodénès-Constantin, *op. cit.*, pp. 133-137, n° 185-190.

⁴⁷ Mme Gaudemet-Tallon souligne d'ailleurs fort justement que « Le projet se caractérise aussi par les pouvoirs importants laissés au juge : souvent il a la « faculté » mais non l'obligation d'adopter tel ou tel comportement » (H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, p. 784).

La codification n'empêchera dès lors pas le juge de continuer à travailler de concert avec le législateur pour « construire » le droit⁴⁸.

II. UNE CODIFICATION ENTRE UNIVERSALISME ET PARTICULARISME

On connaît l'opposition classique entre particularisme et universalisme : la première de ces conceptions consiste à donner au règlement des litiges internationaux une solution faisant appel aux législations nationales, tandis que la seconde s'efforce de les soustraire aux droits internes pour leur donner une solution adaptée à leur spécificité. Depuis toujours le droit international privé oscille entre ces deux positions.

A priori, l'adoption d'un Code par un législateur national est l'expression la plus aboutie de ce particularisme, puisque le législateur opère des choix qui lui sont propres, fondés sur la législation interne, les politiques nationales et les intérêts nationaux. Une codification peut néanmoins aussi être l'occasion de dépasser ce particularisme et de confirmer la vocation du droit international privé comme étant un droit voué à organiser de la manière la plus harmonieuse possible la coordination entre ordres juridiques. L'origine nationale du Code n'est au vrai pas antinomique avec l'aspiration à l'universalisme.

Si l'on examine le Code belge à l'aune de cette tension, on constate que le législateur belge a construit un ensemble relativement équilibré. Certaines options prises en 2004 témoignent en effet d'une ouverture certaine et d'un souci prononcé de coordination. Plusieurs exemples permettent d'illustrer cette inclination : on peut tout d'abord relever la généralisation de la reconnaissance de plein droit à tous les jugements étrangers (art. 21). Un autre exemple, moins visible, concerne le souci dans certaines dispositions, complexes, d'avoir égard à la politique adoptée par d'autres Etats. L'article 57 du Code, qui régule l'accueil au sein de l'ordre juridique belge des répudiations, constitue un bon exemple de cette tendance. Cette disposition pose comme principe que ces dissolutions unilatérales du lien conjugal n'auront aucun effet en Belgique. L'art. 57 permet néanmoins la reconnaissance à certaines conditions : il faut notamment qu'aucun époux n'ait possédé la nationalité ou n'ait résidé habituellement « dans un Etat dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage ». Ce faisant, le Code impose aux autorités belges, dans un souci d'éviter les répudiations dites touristiques, de tenir compte de la politique d'accueil de ou des Etats avec lesquels les époux sont liés. Le raisonnement est complexe. Il témoigne néanmoins d'un souhait d'aligner les préoccupations du législateur belge sur celles qui animent d'autres Etats.

D'autres choix opérés en 2004 étaient plus en retrait. J'en retiens un qui surprendra peut-être. Il concerne la place très importante accordée par le Code belge à la loi de la résidence habituelle, qui a largement supplanté la loi de la nationalité. Ce choix ne détone plus guère aujourd'hui, surtout si l'on tient compte de l'acquis européen. Il faut toutefois se souvenir qu'en privilégiant la résidence habituelle, la Belgique s'éloignait en 2004 quelque peu du concert des nations, pour s'aventurer dans une voie encore relativement peu fréquentée à l'époque.

Que penser du projet français à la lumière de l'opposition entre universalisme et particularisme ? Sans grande surprise, le projet présente des accents contrastés, penchant tantôt vers l'un des pôles, tant vers l'autre.

La dimension universaliste s'exprime d'abord et avant tout par le souci très prononcé de veiller à une bonne articulation avec les nombreux textes de droit international privé issus de l'Union européenne⁴⁹. Le projet de Code déploie en effet une gamme impressionnante d'outils pour veiller à ce que les dispositions nationales soient le mieux coordonnées avec les différents instruments européens. Outre les traditionnelles règles qui étendent le champ d'application de ces instruments ou envisagent leur application par analogie⁵⁰, l'on peut

⁴⁸ Sur la dimension constructiviste du droit, cons. C. Sintez, *Le droit construit. Penser le droit par le constructivisme*, Dalloz, 2022, 278 p.

⁴⁹ V. les observations détaillées de A. Bonomi, « L'articulation du droit commun avec les sources européennes et internationales », *Travaux comité français DIP*, 2020-22, pp. 7-15.

⁵⁰ V. par ex. l'art. 89 al. 2 du projet de Code à propos des obligations contractuelles exclues du champ d'application du Règlement Rome I.

également mentionner la réserve générale en faveur du droit européen et international qui figure à l'art. 1^{er} du projet, ainsi que l'utilisation de règles que l'on pourrait qualifier de 'signalisation'⁵¹.

Au-delà de cet effort remarquable d'articulation, on trouve dans les dispositions du projet quelques beaux exemples d'ouverture et d'universalisme. L'on peut relever quelques exemples dans la première partie consacrée aux règles générales. L'article 7 al. 3 permet par exemple l'application d'une loi de police étrangère, et pas seulement sa prise en considération. Le texte est remarquable, surtout si l'on tient compte du recul important qu'accuse le statut de la loi de police étrangère depuis quelques années. L'article 13 du projet est certes moins innovant. L'on peut néanmoins souligner qu'il consacre la normativité intrinsèque du droit étranger déclaré applicable, ce droit devant être mis en œuvre « tel qu'il est appliqué dans son ordre juridique d'origine ». Enfin, un dernier exemple, tout aussi classique, concerne le régime des jugements étrangers. Rejoignant le consensus qui se dessine de longue date au sein de la communauté internationale, le projet consacre de manière générale la reconnaissance de plein droit des jugements étrangers⁵².

A côté de ces ouvertures, certaines dispositions qui figurent dans le projet de Code ne manquent pas d'interpeller. L'article 8 qui maintient le renvoi, en subordonnant son application au souhait d'une des parties, témoigne d'une certaine frilosité⁵³. On sait que le mécanisme du renvoi connaît encore certains défenseurs⁵⁴. On peut aussi comprendre le bénéfice que l'on peut retirer du renvoi dans certains domaines, singulièrement lorsque la règle de conflit de lois est fondée sur un rattachement à la loi nationale de l'intéressé. On peut cependant regretter cette consécration du renvoi qui peut aboutir à éclipser la politique de rattachement qui informe le projet.

Un autre exemple est le témoin de cet attachement aux solutions nationales. On le trouve à l'article 17 du projet, qui prévoit qu'à défaut de pouvoir fonder la compétence des juridictions françaises sur une autre disposition, cette compétence peut être justifiée au regard de la « nationalité française du demandeur ou du défendeur ». Le maintien de ce privilège lié à la nationalité d'une partie étonne. Certes, il s'agit d'une disposition subsidiaire. Certes encore, l'article 17 prévoit que le demandeur peut renoncer au bénéfice de la règle et qu'elle est écartée en présence d'une compétence exclusive d'une juridiction étrangère. Il n'en reste pas moins que l'art. 17 constitue un héritage encombrant qui ne manque pas d'étonner. Ceci d'autant plus que le maintien d'un privilège de nationalité ne vise pas à offrir une solution de dernier ressort au plaideur en détresse qui ne peut, matériellement ou juridiquement, accéder à une juridiction étrangère. Le projet répond en effet à ce besoin en introduisant, à l'art. 18, un for de nécessité. On en retiendra que l'art. 17 vise des situations dans lesquelles il n'est pas impossible de saisir une juridiction étrangère ou qu'une procédure peut raisonnablement y être conduite. Il s'agit dès lors bel et bien d'un privilège dont le maintien interroge.

Au titre de l'opposition entre universalisme et particularisme, je souhaite maintenant attirer votre attention sur l'une des innovations les plus remarquables du projet Code, à savoir l'introduction à l'art. 5 al. 3 d'une disposition liée à ce qu'on pourrait appeler un principe de reconnaissance. Cette disposition cache sous un langage fort prudent un mécanisme très innovateur : pour s'en rendre compte, on peut prendre l'exemple d'un mariage célébré dans un Etat étranger. Si ce mariage ne répond pas aux exigences de l'art. 192 du projet, qui reprend une version simplifiée de l'actuel art. 47 du Code civil, il pourrait néanmoins être accueilli en France si ceci est nécessaire « afin de respecter les prévisions légitimes des parties ».

On retrouve peu ou prou une solution mise en place par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 relative à la célébration et à la reconnaissance de la validité des mariages, et singulièrement par son art. 9 qui prévoyait que « [l]e mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de la célébration [...] est considéré comme tel dans tout Etat contractant [...] ».

En droit comparé, ce type de disposition est fort isolé. On peut au mieux évoquer l'article 9 du livre 10 du Code civil néerlandais, encore que cette disposition vise non pas une situation constituée ou constatée à

⁵¹ En matière successorale, les articles 82 et 83 du projet précisent que la compétence des juridictions françaises et le droit applicable sont déterminés par le Règlement successions. Pour les régimes matrimoniaux, cons. les articles 71 et 72 du projet.

⁵² Art. 171 du projet. L'on peut s'étonner que le privilège de la reconnaissance de plein droit soit réservé aux seuls jugements « exécutoires dans l'Etat d'origine non susceptibles de recours ordinaires ».

⁵³ Sur le rôle que peut jouer le renvoi entre universalisme et particularisme cf. B. Ancel, Préface, G. Paolo Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Schulthess, 2014, pp. v-viii.

⁵⁴ V. par ex. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *Recueil des cours*, 2012, vol. 352, pp. 9-522.

l'étranger, mais bien un « fait auxquels des conséquences juridiques sont rattachées selon le droit déclaré applicable par les règles de conflits de loi d'un Etat étranger »⁵⁵.

L'innovation proposée par les auteurs du projet est d'autant plus remarquable quand on se souvient des débats qui ont déchiré la doctrine à propos de la méthode de la reconnaissance, celle-ci ne jouissant pas, c'est le moins que l'on puisse dire, d'un appui généralisé.

L'article 5 al. 3 est rédigé de manière prudente et mesurée. Pour que le mécanisme puisse être mis en œuvre, la situation doit présenter des liens étroits avec l'Etat étranger où elle a été « constituée ou constatée ». En outre, la reconnaissance doit être nécessaire pour « respecter les prévisions légitimes des parties » - une condition que l'on retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁶. Enfin, l'ordre public international peut intervenir pour limiter l'accueil réservé à la situation constituée ou constatée à l'étranger. Comme on a pu le noter, les divers éléments qui charpentent cette exception de reconnaissance reflètent en partie l'acquis jurisprudentiel européen⁵⁷.

Il reste que ce mécanisme possède un potentiel subversif important : il pourrait bousculer le bel ordonnancement des textes et assouplir la rigueur des politiques d'accueil. C'est à mon sens l'expression renouvelée d'une manière de *comitas*, qui n'est plus la *comitas gentium* au service des intérêts des Etats, mais bien une courtoisie fondée sur les intérêts des personnes directement concernées. La consécration de la méthode de reconnaissance est d'autant plus intéressante qu'elle peut a priori être mise en œuvre dans toutes les matières couvertes par le projet de Code, alors que les consécutions jurisprudentielles de la méthode concernent pour l'instant des domaines bien définis. Il est vrai que l'objectif assigné au mécanisme, assurer le respect des attentes des parties, pourrait orienter son application vers les questions familiales.

Il reste à attendre pour savoir si la pratique saura s'emparer de cette intéressante innovation pour lui permettre de déployer son potentiel. L'expérience de la codification belge n'incite guère à l'optimisme. Le législateur de 2004 n'avait certes pas réservé une place importante à la méthode de la reconnaissance. L'idée s'était néanmoins glissée dans une disposition concrétisant le principe de proximité. L'article 19 du Code belge prévoit en effet que lorsqu'il met en œuvre la clause d'exception, le juge tient compte « de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement ».

Force est de constater que cette subtilité de la clause d'exception est demeurée lettre morte. A ma connaissance, elle n'a guère été mise en œuvre par les cours et tribunaux. Sans doute peut-on relier ce constat au manque de visibilité du dispositif. On peut espérer que l'article 5 al. 3 du projet français connaîtra un sort plus enviable.

En guise de conclusion

Nulle œuvre humaine n'est parfaite. Cette formule frappée au coin du bon sens s'applique tant pour le Code belge en vigueur depuis vingt ans que pour le projet français, dont seul l'avenir dira s'il deviendra réalité législative. Je ne peux qu'espérer qu'il en soit ainsi : certes, le projet suscite des questions et pourrait utilement bénéficier d'une période de maturation quelque peu plus longue. Il reste que, mesuré à l'aune de l'expérience belge, le projet de Code offre des solutions bien réfléchies, articulées autour d'une architecture garantissant une lisibilité et une maniabilité qui répondent aux aspirations légitimes des praticiens. A ce titre, il mérite de rejoindre la grande famille des codifications nationales !

⁵⁵ Traduction par l'auteur. L'original se lit comme suit : "Aan een feit waaraan rechtsgevolgen toekomen naar het recht dat toepasselijk is volgens het internationaal privaatrecht van een betrokken vreemde staat, kunnen, ook in afwijking van het naar Nederlands internationaal privaatrecht toepasselijke recht, in Nederland dezelfde rechtsgevolgen worden toegekend voor zover de niet toekenning van zodanige gevolgen een onaanvaardbare schending zou zijn van het bij partijen levende gerechtvaardigde vertrouwen of van de rechtszekerheid."

⁵⁶ V. P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *Rec. cours.*, t. 371, 2014, p. 27, n° 2.

⁵⁷ M. Fallon, *op. cit.*, *Travaux comité FR. DIP*, p. 23.