

L'adoption par les États membres de l'UE de conditions de forme plus strictes dans le cadre du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires

de *Maximilian Eßer*, Düsseldorf*

Art. 15 of Regulation (EC) No 4/2009 refers to the Hague Protocol of 2007 for the determination of the law applicable to maintenance obligations. The Protocol was ratified by the EU as a “Regional Economic Integration Organisation”. The formal requirements in Art 7 (2) and Art. 8 (2) of the Protocol have to be considered as minimum standards. In order to protect the weaker party from a hasty and heedless choice of applicable law on maintenance obligations, the choice-of-law agreement should from this perspective be recorded in an authentic instrument. In his essay, Eßer illustrates that neither public international law nor European Union law prevent the EU Member States from adopting more far-reaching formal requirements.

I. Introduction

Par l'entrée en vigueur du règlement européen relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (ci-après : « le règlement »)¹ le 18 juin 2011, les règles de conflit en matière d'obligations alimentaires furent harmonisées conformément au Protocole de La Haye² (ci-après : « le Protocole »). Ainsi, l'article 15 du règlement renvoie aux dispositions du Protocole afin de déterminer la loi applicable aux obligations alimentaires. Même si, au niveau du droit international public, ce dernier n'est pas encore entré en vigueur, ses dispositions s'appliquent depuis le 18 juin 2011 en vertu du droit de l'Union européenne et à

* Assistant à la Chaire de droit civil et commercial à l'Université Heinrich Heine de Düsseldorf auprès du Professeur *Nicola Preuß*. La version allemande de cet article a été publiée dans IPRax 2013, 399.

¹ Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (JO L 7/1, 2009) ; voir à ce propos *Katharina Boele-Woelki/Andreas Mom*, Vereinheitlichung des internationalen Unterhaltsrechts in der Europäischen Union – ein historischer Schritt, FPR 2010, 485 ss. ; *Matthias Heger*, Haager Unterhaltsübereinkommen und UnterhaltsVO der Europäischen Union, dans : Dagmar Coester-Waltjen et al. (éd.), Europäisches Unterhaltsrecht – 8. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2009, 2010, 5 ss. ; *Heinz-Peter Mansel/Karsten Thorn/Rolf Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2011 : Gegenläufige Entwicklungen, IPRax 2012, 1, 21 s. ; *Peter Finger*, Neue kollisionsrechtliche Regeln für Unterhaltsforderungen, JR 2012, 51 ss.

² Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires conclu le 23 novembre 2007, disponible en version française sur internet sous le lien suivant : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=133 (consulté le 22 avril 2013) ; pour plus d'informations relatives aux obligations alimentaires, voir *Juliane Hirsch*, Das neue Haager Unterhaltsübereinkommen und das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, dans : Coester-Waltjen et al. (note 1), 17 ss. ; *Stefan Arnold*, Entscheidungseinklang und Harmonisierung im internationalen Unterhaltsrecht, IPRax 2012, 311 ss. ; *Martin Weber*, Die Grundlage der Unterhaltspflicht nach dem Haager Unterhaltsprotokoll, ZfRV 2012, 170 ss.

titre provisoire dans tous les États membres³, hormis le Danemark et le Royaume-Uni⁴. Contrairement à ce qui avait été prévu dans la proposition initiale⁵, le règlement ne prévoit pas de propres règles de conflit, mais se contente de renvoyer au Protocole⁶. Le législateur allemand, pour sa part, a supprimé les dispositions de l'article 18 de la loi introductive au BGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch ; EGBGB*)⁷, applicables jusqu'alors en matière de conflits de lois en matière d'obligations alimentaires. Sous réserve d'un choix de loi, il y a lieu de se baser sur le rattachement objectif à l'art. 3, par. 1 du Protocole selon lequel les obligations alimentaires sont, par principe, régies par la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier d'aliments. Selon le Protocole, le choix de la loi régissant une obligation alimentaire peut se décliner sous deux formes : la possibilité pour le créancier et le débiteur d'aliments de désigner « uniquement pour les besoins d'une procédure particulière » la loi du for (art. 7 du Protocole) ; et une *professio iuris* pouvant être exercée « à tout moment » et de manière générale – c'est-à-dire indépendamment d'une procédure éventuelle – sous réserve de certaines restrictions (art. 8 du Protocole). Par rapport aux règles précédentes⁸, la possibilité de choix de loi constitue une approche adéquate permettant de renforcer l'autonomie de la volonté (*Parteiautonomie*).⁹ Or, la désignation de la loi applicable comporte toujours des risques, notamment celui de priver la partie faible des droits qui lui reviendraient en matière alimentaire en vertu de la loi objectivement applicable. C'est la raison pour laquelle le Protocole de La Haye contient ses propres mécanismes de protection. En effet, la protection de la partie « faible » est non seulement assurée par un contrôle en aval

³ Voir consid. 7 et art. 4 de la décision du Conseil (2009/941/CE) du 30 novembre 2009 relative à la conclusion du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires par l'Union européenne (JO L 331/17, 2009).

⁴ Consid. 11 et 12 de la décision du Conseil relative à la conclusion du Protocole de La Haye.

⁵ COM(2005) 649 final., sur la proposition présentée par la Commission voir *Rolf Wagner*, *Der Wettstreit um neue kollisionsrechtliche Vorschriften im Unterhaltsrecht*, FamRZ 2006, 979, 982 ss.

⁶ Ceci est notamment dû à l'objection avancée par le Royaume-Uni qui, en matière d'obligations alimentaires, applique traditionnellement la *lex fori*. S'il a ainsi exercé un *opt-in* concernant le règlement européen relatif aux obligations alimentaires (JO L 149/73, 2009), il se distancie néanmoins du Protocole de La Haye, cf. *Ian Karsten*, *The new Hague Convention and EU Regulation on Maintenance Obligations – an English Perspective*, dans : Coester-Waltjen et al. (note 1), 47, 49.

⁷ L'art. 12, al. 3 en relation avec l'art. 20 de la loi d'exécution du règlement (CE) n° 4/2009 portant révision des lois d'application relevant du domaine du droit international de procédure en matière d'obligations alimentaires (*Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 und zur Neuordnung bestehender Aus- und Durchführungsbestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Unterhaltsverfahrensrechts*) du 23 mai 2011 (BGBl. 2011 I p. 898) avec effet au 18 juin 2011.

⁸ Ni l'article 18 EGBGB dans son ancienne version ni la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973 (BGBl 1986 II p. 837) ne prévoient la possibilité d'une désignation de la loi applicable, cf. *Rolf Wagner*, *Ein neues unterhaltsrechtliches Übereinkommen aus Den Haag – Eine Zwischenbilanz nach zwei Sitzungen der Spezialkommission unter besonderer Berücksichtigung der kollisionsrechtlichen Überlegungen –*, FamRZ 2005, 410, 413 avec d'autres références.

⁹ Se reporter à *Volker Lipp*, *Parteiautonomie im internationalen Unterhaltsrecht*, dans : Alain-Laurent Verbeke et al. (éd.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens*, 2012, 847, 854 s.

du caractère équitable et raisonnable du choix des parties (art. 8, par. 5 du Protocole), mais aussi par l'existence des conditions de forme à respecter « en amont ». Si le choix de loi s'effectue avant l'introduction de l'instance, il doit faire l'objet d'un accord, signé des deux parties, par écrit ou consigné sur tout support¹⁰ dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement (art. 7, par. 2 du Protocole). Si la loi applicable est désignée après l'introduction de l'instance, les conditions de forme sont, à défaut de précisions dans le Protocole¹¹, régies par la *lex fori*.¹² L'accord général des parties sur la loi applicable aux obligations alimentaires doit également être établi par écrit, signé des deux parties ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement (art. 8, par. 2 du Protocole). Néanmoins, la signature des parties et la forme écrite de l'accord ne permettent pas de garantir que la partie plus faible soit pleinement consciente des conséquences et de la portée de la *professio iuris*. Par conséquent, il est nécessaire de prévoir des conditions de forme supplémentaires au niveau des États membres afin que notamment la partie faible puisse bénéficier d'une consultation et d'une information juridiques adéquates.¹³ En Allemagne, c'est l'acte authentique qui procure cette protection dans bon nombre de cas. Ainsi, les accords conclus en Allemagne sur la loi applicable aux effets généraux du mariage (art. 14, al. 4 EGBGB), ou plus précisément au régime matrimonial (art. 15, al. 3 EGBGB), sont soumis à l'authentification. Cela vaut également pour le contrat de mariage en tant que tel qui permet aux parties de convenir d'un régime matrimonial déterminé dans l'ordre juridique désigné (§ 1410 BGB). De même, le choix de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps doit faire l'objet d'un acte authentique avant la saisine de la juridiction (art. 46d, al. 1 EGBGB) ou après cette dernière (art. 46d, al. 2 EGBGB), alors qu'au cours de l'instance, l'authentification est suppléée par une transaction judiciaire consignée en bonne et

¹⁰ L'utilisation d'un support électronique ne remplace pas la signature des parties. C'est pourquoi un document enregistré sur un tel support doit être revêtu d'une signature numérique, voir *Andrea Bonomi*, Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Rapport explicatif, pt. 144, disponible en versions française et anglaise sur : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=133 (consulté le 22 avril 2013) (ci-après : « rapport explicatif ») ; *ibidem* (déjà auparavant), The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, YPIL 2008, 333, 356. Il reste cependant à définir les exigences posées vis-à-vis d'une signature numérique.

¹¹ En revanche, l'art. 5, par. 3, phrase 2 du règlement « Rome III » dispose expressément que les conditions de forme soumises à la désignation de la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps sont déterminées par la *lex fori*, pourvu qu'une désignation soit prévue par la loi du lieu où la juridiction a été saisie et qu'elle ait eu lieu au cours de la procédure.

¹² *Robert Fucik*, dans : Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2^e éd. 2011, Vol. V/2, art. 15 du règlement (CE) n° 4/2009 pt. 34 ; et *Katharina Hilbig*, dans : Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, 42^e éd. 2011, Art. 15 du règlement (CE) n° 4/2009, pt. 50.

¹³ Se reporter aussi à la demande du *Bundesrat* en vue d'une exigence d'authentification du choix de la loi applicable, demande formulée dans sa prise de position sur la proposition de la Commission européenne portant alors sur un règlement relatif aux obligations alimentaires (BR-Drs. 30/06 [B], p. 9).

due forme (art. 46d, al. 2, phrase 2 EGBGB).¹⁴ *In fine*, selon le droit matériel allemand, les conventions relatives aux obligations alimentaires requièrent, elles aussi, l'authentification (§ 1585c, phrase 2 BGB).

Le Protocole de La Haye ne prévoit certes pas la forme authentique pour le choix de la loi applicable. Il ne pouvait en tout état de cause pas imposer une telle condition de forme du fait que l'acte notarié n'est pas connu dans tous les États contractants potentiels.¹⁵ Néanmoins, les États membres de l'Union européenne sont habilités à adopter des conditions de forme supplémentaires dans le cadre du Protocole. L'Allemagne n'a pas encore exercé ce droit dans le cadre de la loi d'exécution portant sur le règlement. Une proposition en ce sens du *Bundesrat*, qui visait à prévoir la forme authentique pour la *professio iuris*¹⁶, n'a finalement pas été accueillie favorablement.¹⁷

II. La compétence règlementaire en matière de conditions de forme

La littérature est partagée sur la question de savoir si les États membres sont habilités à prescrire des conditions de forme plus poussées en vue du choix de loi dans le cadre du Protocole. D'aucuns récusent une telle compétence au motif que le texte ne contiendrait pas de clause d'ouverture permettant aux États contractants d'arrêter des conditions de forme supplémentaires.¹⁸ Contrairement à l'art. 7, par. 2 à 4 du règlement « Rome III »¹⁹, ni le Protocole ni le règlement habilite les États membres de manière expresse à imposer des règles de forme plus strictes pour ce qui est de la désignation de la loi applicable. D'autres pensent à l'inverse que les États membres continuent à avoir cette compétence règlementaire car les articles 7, par. 2 et 8 par. 2 du Protocole doivent être considérés comme des dispositions

¹⁴ Pour plus d'informations voir *Wolfgang Hau*, Zur Durchführung der Rom III-Verordnung in Deutschland, FamRZ 2013, 249, 252. Cette règle est conforme au § 127a du BGB.

¹⁵ A noter que 21 États membres de l'UE (et bientôt 22 avec l'adhésion de la République de Croatie) connaissent l'instrument de l'acte authentique. En revanche, les pays du *common law* ne le connaissent pas, se reporter à *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, tome II, 1969, 44; *Peter F. Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 3^e éd. 2009, art. 57, pt. 2 du règlement Bruxelles I.

¹⁶ Voir la prise de position du *Bundesrat* (BT-Drs. 17/4887, p. 56).

¹⁷ Voir l'opinion dissidente du Gouvernement fédéral (BT-Drs. 17/4887, p. 57).

¹⁸ *Marianne Andrae*, dans : Rauscher, EuZPR/EuIPR, 2010, art. 7 du protocole de la Haye en matière d'obligations alimentaires, pt. 13, art. 8 du protocole de la Haye, pt. 16; *Karsten Thorn*, dans : Palandt, BGB, 72^e éd. 2013, art. 7 du protocole de la Haye, pt. 27; *Thomas Rauscher*, Internationales Privatrecht, 4^e éd. 2012, pt. 933; *Bettina Heiderhoff*, dans : BeckOK-BGB, 25^e éd. 2012, art. 18 EGBGB pt. 85, expliquant que le droit allemand ne prévoit pas de conditions de forme spéciales pour les conventions relatives aux obligations alimentaires. Or, *Heiderhoff* ne prend pas en considération la règle stipulée par § 1585c, phrase 2 BGB selon laquelle de tels accords requièrent une authentification.

¹⁹ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (JO L 343/10, 2010).

minimales.²⁰ Pour résoudre cette « polémique », il convient toutefois d'examiner la question à la lumière de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. De cette manière, il est effectivement possible d'éviter une « concurrence appréhendée [...] pour des règlementations divergentes quant à l'application du droit »²¹ sur le fondement du rapport entre le règlement et le Protocole de la Haye.

Dans cette optique, il faut d'abord vérifier si les conditions de forme prévues par le Protocole peuvent effectivement être considérées comme des règles minimales (1). Dans un second temps, il y a lieu d'analyser la compétence de l'UE pour conclure le Protocole de La Haye (2). Il faut par ailleurs délimiter cette compétence de conclusion de l'engagement pris aussi bien par l'UE que par les États membres d'appliquer les dispositions du Protocole de La Haye en vertu du droit international public (3). Or, même sous l'angle du droit de l'Union européenne, les États membres sont compétents pour appliquer le Protocole (4). Enfin, il convient d'examiner les raisons pour lesquelles la prescription de conditions de forme plus importantes par les États membres est compatible avec le droit de l'Union (5).

1. Fixation de règles minimales dans le cadre du Protocole de La Haye

Considérer que la prescription de règles de forme supplémentaires n'est pas du ressort des États membres revient à faire abstraction de la volonté explicitement documentée des parties à l'origine du Protocole. Les négociations préliminaires au Protocole de la Haye ont révélé la volonté des délégués présents à la conférence diplomatique de concevoir l'article 7, par. 2 et l'article 8, par. 2 du Protocole comme dispositions minimales. Ce ressort du rapport explicatif rédigé par *A. Bonomi* au sujet du Protocole de La Haye²² dont les raisonnements serviront de critères d'interprétation.²³ Lors des négociations, certains États membres ont demandé que le

²⁰ *Robert Fucik*, Das neue Haager Unterhaltsprotokoll, iFamZ 2008, 90, 94 ; Fasching/Konecny/*Fucik* (note 12), art. 15 du règlement européen sur les obligations alimentaires, pt. 38 ; *Cyril Nourissat*, La loi applicable, AJ Famille 2009, 101, pt. 25 ; *Franziska Bartl*, Die neuen Rechtsinstrumente zum IPR des Unterhalts auf internationaler und europäischer Ebene, 2012, 103 ; *Geimer/Schütze/Hilbig* (note 12), art. 15 du règlement n° 4/2009, pt. 45 ; de même que *Urs Peter Gruber*, dans : *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack* (éd.), BGB, partie générale/EGBGB, 2^e éd. 2012, annexe de l'art. 18 EGBGB : Haager Unterhaltsprotokoll, art. 7, pt. 5, selon lequel le Protocole de La Haye contient uniquement des dispositions minimales et seule l'UE a la compétence de prescrire des règles plus strictes ; *Gerhard Ring*, Materiell-rechtliche Berücksichtigung des Auslandsbezugs bei Geltendmachung von Kindesunterhalt nach dem HUP, FPR 2013, 16, 19.

²¹ *Dieter Martiny*, Die Entwicklung des Europäischen Internationalen Familienrechts – ein juristischer Hürdenlauf, dans : FPR 2008, 187, 190: „Wettstreit [...] um divergierende Regelungen der Rechtsanwendung“ – traduction non officielle.

²² *Bonomi* (op. cit. note 10), Rapport explicatif, pt. 119 ; *ibidem*, YPIL 2008, 333, 335 note 38.

²³ Un rapport explicatif (« *Explanatory Report* ») rend compte des travaux préparatoires concernant une convention internationale. De ce point de vue, il est à considérer comme « moyen complémentaire d'interprétation » au sens de l'art. 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Il faut

choix de la loi applicable soit soumis à la forme authentique.²⁴ Cette condition n'a pas été retenue en raison du fait que l'acte authentique n'est pas connu dans tous les États contractants potentiels,²⁵ mais probablement aussi parce qu'on a voulu laisser le soin aux États d'adopter des conditions de forme au-delà du Protocole ou d'y renoncer.

L'objectif des conditions de forme requises dans le cadre du Protocole consiste précisément à protéger les parties des risques potentiels que peut présenter la désignation de la loi applicable. Il n'y a donc aucune raison pour laquelle le droit international public s'opposerait à un renforcement de la protection de la partie faible au niveau des États membres. On peut constater ici un parallélisme avec la sauvegarde des droits de l'homme assurée par le système de l'Union européenne caractérisé par sa subdivision en plusieurs niveaux. En effet, les droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme sont conçus comme normes minimales permettant aux États contractants de garantir une protection des droits fondamentaux renforcée (art. 53 CEDH)²⁶. Dès lors que les champs d'application de droits fondamentaux nationaux et de droits fondamentaux communautaires se chevauchent, le citoyen est autorisé à se prévaloir du droit lui assurant la plus importante protection (art. 53 de la charte des droits fondamentaux de l'UE).²⁷

2. Compétence externe de l'UE pour conclure le Protocole

Il est notable que le Protocole n'a pas été ratifié par les différents États Membres, mais uniquement par l'UE. Depuis avril 2007, la Communauté Européenne (CE) est membre de la Conférence de la Haye de droit international privé et participe à ce titre aux négociations sur les nouvelles conventions et nouveaux protocoles.²⁸ En juin 2005, la Conférence de la Haye a modifié ses statuts de manière à permettre également aux organisations régionales d'y adhérer.²⁹ Par sa décision du 30 novembre 2009, le Conseil a approuvé le Protocole au nom de la CE.³⁰ La ratification même du Protocole a eu lieu par l'entrée en vigueur du traité de

donc y avoir recours lors de l'interprétation historique de la convention, même si, au niveau du droit international, une interprétation historique de traités ne revête qu'une importance subsidiaire.

²⁴ *Fucik*, iFamZ 2008, 90, 94, note 18.

²⁵ Se reporter aux références sous la note 15.

²⁶ *Jens Meyer-Ladewig*, dans : *ibidem*, EMRK, 3^e éd. 2011, art. 53 pt. 2.

²⁷ *Martin Borowsky*, dans : Meyer, GRCh, 2^e éd. 2010, art. 53, pt. 14; *Hans D. Jarass*, dans : *ibidem*, GRCh, 2010, art. 53, pt. 11.

²⁸ Cf. la décision du Conseil (2006/719/CE) du 5 octobre 2006 relative à l'adhésion de la Communauté à la Conférence de la Haye de droit international privé (JO UE 2006, L 297/1).

²⁹ Statuts de la Conférence de Haye de droit international privé dans la version applicable à partir du 1^{er} janvier 2007 (BGBl. 2006 II, p. 1417, 1418).

³⁰ Art. 1 de la décision du Conseil relative à la conclusion du protocole.

Lisbonne. En tant qu'« Organisation régionale d'intégration économique », l'UE a pu adhérer au Protocole en vertu de l'art. 24 du Protocole. Ainsi, l'UE l'a signé le 8 avril 2010 en présentant les actes de ratification le même jour. Cette compétence d'adhésion de l'Union découle de l'art. 3, par. 2, première alternative et de l'art. 216, par. 1^{er}, troisième alternative TFUE en relation avec la décision du Conseil relative à la conclusion du Protocole du 30 novembre 2009.³¹ Il s'agit d'une compétence externe exclusive de l'UE qui est fondée sur l'exercice de la compétence partagée dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile (art. 4, par. 2 sous j) en liaison avec art. 81, par. 2 sous c) TFUE. Cette « exclusivité rétroactive »³² a pour conséquence que les États Membres sont empêchés de conclure d'autres traités internationaux dans le domaine concerné.

3. Les États Membres en tant que « États contractants » au sens du Protocole

L'UE a pu adhérer au Protocole en tant qu'« Organisation régionale d'intégration économique » en vertu de l'art. 24 du protocole. Pour ce faire, elle a déclaré préalablement, conformément à l'art. 24, par. 3 du Protocole, qu'elle avait compétence pour toutes les matières régies par celui-ci et que ses États membres seraient liés par le Protocole par l'effet de sa signature.³³ Lorsqu'une déclaration est faite par une organisation conformément à l'art. 24, par. 3 du Protocole, toute référence à un « État contractant » ou à un « État » dans le Protocole s'applique également (« *gleichmaßen* »/« *equally* ») aux États membres concernés de l'organisation (art. 24, par. 5, phrase 2 du Protocole). Le fait que les États membres soient expressément dénommés « États contractants » en vertu du Protocole (art. 24, par. 5, phrase 2 du Protocole) manifeste que les États membres ne perdent pas leur statut d'« État contractant », mais ont des droits et obligations au même titre que l'UE. De ce fait, l'UE et les États membres sont « doublement obligés » d'appliquer et de mettre en œuvre le Protocole. C'est la raison pour laquelle les États membres ne sont pas empêchés mais, bien au contraire, expressément habilités à introduire des exigences de forme plus strictes pour ce qui concerne le choix de la loi applicable.

³¹ *Marianne Andrae*, Zum Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zum Haager Protokoll über das Unterhaltskollisionsrecht, GPR 2010, 196, 199.

³² *Martin Nettesheim* dans : Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 48^e supplément 2012, art. 3 TFUE, pt. 22.

³³ Déclaration de la Communauté européenne disponible en français et anglais sous le lien suivant : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=status.comment&csid=1065&disp=resdn (consulté le 22 avril 2013).

4. Compétence législative des États membres pour mettre en œuvre le Protocole

Le Protocole ratifié par l'UE lie ses institutions et les États membres (art. 216, par. 2 TFUE). Son effet contraignant implique aussi l'obligation des États membres de mettre dûment en œuvre la convention internationale sur le plan interne.³⁴ A ce titre, on pourrait objecter que l'UE dispose déjà d'un cadre réglementaire complet et définitif avec le règlement européen relatif aux obligations alimentaires, qui ne prévoit précisément pas une forme plus stricte pour le choix de loi dans le cadre du Protocole.³⁵ Mais la compétence externe exclusive de l'UE pour conclure le Protocole ne permet pas pour autant de conclure qu'il est interdit aux États membres d'introduire des dispositions nationales dans des domaines que le Protocole a délibérément laissés à l'appréciation des États contractants et qui n'ont pas été réglés par l'UE jusqu'ici. Certes, l'attribution de compétences au niveau interne implique traditionnellement la compétence externe de la Communauté.³⁶ Cependant, l'inverse ne vaut pas. La compétence externe de l'UE pour conclure des conventions n'implique pas automatiquement sa compétence interne exclusive pour mettre en œuvre le Protocole. Au contraire, la coopération judiciaire en matière civile en tant que politique dans « l'espace de liberté, de sécurité et du droit » continue à relever d'une compétence partagée entre l'UE et les États membres (art. 4, par. 2 sous j) TFUE). Cela signifie que, dans ce domaine, tant l'UE que les États membres peuvent intervenir, mais ces derniers perdent leur compétence dès lors que l'UE a exercé la sienne (art. 2, par. 2, phrase 2 TFUE). Lorsque l'UE exerce sa compétence partagée, « le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine »³⁷. La primauté du droit de l'Union ne concerne donc pas le domaine entier, mais uniquement les éléments qui ont fait l'objet d'une activité législative concrète de l'UE. Ainsi, lorsque l'Union se borne à établir des exigences minimales dans un domaine déterminé, les États membres auront toujours la possibilité de fixer des règles plus étendues.³⁸ En l'occurrence, l'art. 15 du règlement « obligations alimentaires » renvoie d'une manière générale aux dispositions du Protocole qui, pour sa part, prévoit seulement des normes minimales quant à la forme du choix de la loi

³⁴ Kirsten Schmalenbach dans : Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4^{ème} éd. 2011, art. 216 TFUE, pt. 26.

³⁵ Cf. les motifs de la loi de transposition du règlement relatif aux obligations alimentaires « *La loi applicable aux obligations alimentaires est désormais régie de manière exhaustive et définitive par le droit de l'Union. Pour cette raison, le projet fait abstraction de dispositions d'application relatives aux exigences de forme du choix de la loi applicable par exemple.* » (Note du Bundestag. 17/4887 p. 52) – traduction non officielle.

³⁶ CJUE, arrêt du 31 mars 1971 – aff. C-22/70, *Commission/Conseil*, Rec. 1971, I-263, pt. 15/19 ; CJUE, arrêt du 14 juillet 1976 – aff. jointes 3, 4 et C-6/76, *Kramer*, rec. 1976, I-1279, pt. 19/20 ; CJUE, expertise du 26 avril 1977 – aff. C-1/76, *Stilllegungsfonds*, rec. 1977, I-741, pt. 1.

³⁷ Protocole (n° 25) sur l'exercice de la compétence partagée (JO 2008, C 115/307).

³⁸ Calliess/Ruffert/Calliess (note 34), art. 2 TFUE pt. 17 ; Grabitz/Hilf/Nettesheim (note 32), art. 2 TFUE pt. 26.

applicable. En revanche, le règlement ne comporte pas de dispositions prévoyant des exigences de forme plus étendues. Dans ce domaine très limité, le droit de l'Union n'a pas primauté sur d'autres droits. Par conséquent, les États membres peuvent adopter des lois d'exécution pour soumettre la validité de la *professio iuris* au respect d'exigences de forme plus étendues.

5. Pas de violation du principe de la coopération loyale

On pourrait certes objecter que l'introduction de propres exigences de forme par les différents États membres risque de compromettre l'application uniforme du Protocole en tant que droit de l'Union, entraînant par là même l'insécurité juridique.³⁹ En vertu du principe de la coopération loyale, les États membres doivent s'abstenir de prendre des mesures qui pourraient compromettre les objectifs de l'Union (art. 4, par. 3, sous-paragraphe 3 du traité UE). Toutefois, le Protocole vise précisément à protéger la partie plus faible, notamment lorsqu'elle opère un choix de la loi. Ainsi, le choix de la loi est soumis à un contrôle d'équité et de proportionnalité quant à ses conséquences, à moins que les parties n'aient été pleinement informées et ne soient conscientes des conséquences de leur choix (art. 8, par. 5 du Protocole).⁴⁰ Ce contrôle *a posteriori* du contenu démontre précisément la nécessité d'informations et de conseils complets pouvant être assurés notamment par des exigences de forme telles que la forme authentique. A noter que le contrôle répressif ne se substitue pas au contrôle préventif, mais vient seulement le compléter. Par ailleurs, le fait que certains États, connaissant les instruments de la justice préventive, adopteraient des exigences de forme plus étendues était bel et bien voulu et attendu par les parties au Protocole. Le Protocole reste donc applicable de manière uniforme dans la mesure où cette application correspond à l'intention des parties. Il n'existe aucune violation du principe de la coopération loyale. La jurisprudence de la CJUE permet en outre de soutenir cette approche : lorsque les directives d'harmonisation se limitent à imposer des normes minimales aux États membres, l'adoption d'exigences plus strictes par les États membres ne risque pas de compromettre les dispositions de l'Union.⁴¹

³⁹ D'après Rauscher/*Andrae* (note 18), l'art. 7, pt. 13 du protocole énonce l'objectif « de définir des conditions du choix de la loi applicable aussi homogènes que possibles. » – traduction non officielle.

⁴⁰ Voir Kathrin Kroll-Ludwigs, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, 2013, 476 s.

⁴¹ CJUE, expertise du 19 mars 1993 – affaire C-2/91, *ILO*, rec. 1993, I-1061, pt. 16.

III. Conclusion

L'adoption d'exigences de forme plus strictes par les États membres pour ce qui concerne le choix de la loi applicable dans le cadre du Protocole de la Haye ne constitue ni une violation des dispositions du droit international public ni de celles relevant du droit de l'Union. Ceci découle de la compétence des États membres pour transposer le Protocole ratifié par l'UE, lequel prévoit seulement une forme minimale pour le choix de la loi applicable. L'exigence de la forme authentique pour la *professio iuris* constitue, quant à elle, un moyen à la fois approprié et éprouvé pour protéger avant tout la partie plus faible contre un choix précipité et irréfléchi de la loi applicable aux obligations alimentaires.