CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

AFFAIRES GÉNÉRALES
GENERAL AFFAIRS

Doc. prél. No 9
Prel. Doc. No 9

mai / May 2000

ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA COHABITATION HORS MARIAGE ET DES PARTENARIATS ENREGISTRÉS

Note établie par le Bureau Permanent

* * *

PRIVATE INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF COHABITATION OUTSIDE MARRIAGE AND REGISTERED PARTNERSHIPS

Note drawn up by the Permanent Bureau

Document préliminaire No 9 de mai 2000
à l'intention de la Commission spéciale de mai 2000
sur les affaires générales et la politique de la Conférence

Preliminary Document No 9 of May 2000
for the attention of the Special Commission of May 2000
on general affairs and policy of the Conference

Bureau Permanent de la Conférence ?Scheveningseweg 6 ?2517 KT La Haye ?Pays-Bas
Permanent Bureau of the Conference ?Scheveningseweg 6 ?2517 KT The Hague ?Netherlands

ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA COHABITATION HORS MARIAGE ET DES PARTENARIATS ENREGISTRÉS

INTRODUCTION

1 La première Note du Bureau Permanent sur le problème de la loi applicable aux couples non mariés a été établie en décembre 1987. La conclusion contenue dans le paragraphe 8 de cette Note était que « le problème de la loi applicable aux couples non mariés, s'il ne présente pas aujourd'hui un caractère brûlant, ne devrait pas cependant être ignoré de la Conférence ». Le sujet a été retenu, mais sans priorité, lors de la Seizième session de la Conférence[1].

2 Une seconde Note sur le même sujet a été établie par le Bureau Permanent en avril 1992, à l'intention de la Commission spéciale de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence[2]. L'Annexe II à cette Note contenait une étude de synthèse de la matière faite par Mlle Valérie Judels. Cette étude passait en revue le statut des couples non mariés en droit comparé ainsi que les approches possibles des problèmes de droit international privé que posent les « unions libres ». La Note résumait les résultats de cette étude de la manière suivante :

> « Cette synthèse révèle sur le plan de la comparaison des droits internes la grande diversité des solutions, certains systèmes réglementant l'ensemble des relations de concubinage, d'autres ne se préoccupant que de certains aspects, d'autres enfin restant en situation de « non-droit ». Sur le plan du droit international privé, les propositions doctrinales sont encore peu nombreuses et les éléments de droit positif très pauvres ».

La Note concluait néanmoins que le phénomène des « couples internationaux de concubins », constitue déjà une réalité en Europe de l'Ouest, réalité qui est amenée à s'étendre du fait que les frontières de l'Europe de l'Est se sont largement ouvertes ainsi qu'en Amérique du Sud, où les unions libres sont extrêmement fréquentes.

3 Le sujet a ensuite été examiné par la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence du 20 au 23 juin 1995. Certains experts étaient d'avis qu'il conviendrait d'inclure le problème des couples homosexuels dans le projet, mais d'autres ont craint que cela puisse susciter des controverses. Des experts se sont demandés s'il était opportun de faire une distinction entre les droits patrimoniaux de couples non mariés et ceux qui existent dans d'autres types de relations[3]. La Dix-huitième session décida de maintenir le sujet à l'ordre du jour de la Conférence, sans priorité, mais en étendant sa portée à « la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des jugements relatifs aux couples non mariés »[4].

---

[1] *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, tome I, *Matières diverses*, p. 253 et s.

[2] Document préliminaire No 5 d'avril 1992 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

[3] Conclusions de la Commission spéciale de juin 1995 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, Document préliminaire No 9 de décembre 1995, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 108 et s.

[4] *Acte final de la Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, 19 octobre 1996, Partie B, paragraphe 4*c*.

INCIDENCE DE LA COHABITATION

4 Les tendances identifiées dans la Note d'avril 1992 et dans son Annexe II restent pour l'essentiel actuelles. Le nombre de personnes vivant dans une situation de cohabitation hors mariage continue de croître dans de nombreuses parties du monde. Néanmoins, le phénomène de cohabitation, même s'il s'accroît, demeure inclassable, échappant à toute sorte de généralisation en terme de forme caractéristique, de causes sociales ou de motivations personnelles. Les réponses que le droit apporte à cette croissance de la cohabitation hors mariage dans les différents systèmes sont également diverses[5].

5 Il a été suggéré que les pays européens pouvaient être divisés en trois groupes : ceux dans lesquels la cohabitation hors mariage est bien établie ; ceux dans lesquels elle est un phénomène naissant et ceux dans lesquels elle n'existe quasiment pas[6]. Le premier groupe comprend les pays nordiques, dans lesquels la cohabitation est vue comme une alternative au mariage. Plus on se dirige vers le sud, plus les modèles de cohabitation, sans être uniformes, sont moins marqués, avec une plus grande concentration sur les modèles de cohabitation avant mariage et après divorce. Encore plus au sud, dans des pays comme l'Italie, l'Espagne et le Portugal, la cohabitation est moins fréquente[7]. Le même clivage nord-sud apparaît en ce qui concerne l'incidence, ou du moins l'acceptation sociale, des partenariats homosexuels. La diversité des modèles de cohabitation est tout aussi grande dans d'autres parties du monde.

6 Du point de vue des personnes concernées, les raisons d'une cohabitation hors mariage (hétérosexuelle ou homosexuelle) dans les différents pays incluent le rejet du lien traditionnel du mariage, le désir d'éviter des conséquences spécifiques du mariage (par exemple, une obligation mutuelle d'entretien), le souhait de repousser le mariage ou de tenter un « mariage à l'essai », le rejet de formes de mariage imposées par une culture prédominante[8], ou l'existence d'un obstacle ou empêchement légal au mariage. Dans l'élaboration d'une réponse appropriée de droit international privé, il convient de garder à l'esprit toutes ces différentes raisons, et de ne pas être tenté de croire, par exemple, que le phénomène de cohabitation hors mariage provient invariablement d'un rejet des termes habituels du contrat de mariage traditionnel, ou qu'il s'agit toujours d'un acte de libre volonté ou choix conscient.

LES RÉPONSES LÉGALES DES DROITS NATIONAUX

7 La réponse légale à la cohabitation hors mariage dans les droits nationaux est tout aussi diversifiée. Les Etats dans lesquels le mariage traditionnel continue à jouir d'un statut privilégié et d'avantages particuliers sont généralement réticents à accorder un statut aux unions hors mariage, ceci en contraste avec les Etats qui ont adopté une position plus pragmatique, ou même neutre, envers les arrangements de cohabitation choisis par des adultes. A nouveau, il ne s'agit pas d'une simple image en noir ou blanc, mais de tout un spectre de couleurs changeantes. Par exemple, le principe de

---

[5] Une vue d'ensemble bibliographique des ouvrages et articles publiés entre 1977 et 1987 figure dans la Note d'avril 1992. John Eekelaar et Thandobantu Nhlapo, *The Changing Family, Family Forms and Family Law*, Hart Publications, Oxford 1998, contient quelques chapitres pertinents.

[6] Kathleen Kiernan, Partnership Behaviour in Europe: Recent Trends and Issues, in David Coleman, *Europe's Population in the 1990's* (Oxford, U.P. 1996) p. 62-91.

[7] Franz Rothenbacher, Social Change in Europe and its Impact on Family Structures, in *The Changing Family, Family Forms and Family Law, supra* note 5, p. 4-31.

[8] Ceci est parfois le résultat de la colonisation. Voir, par exemple, B. Rwezaura, The proposed abolition of *de facto* unions in Tanzania: a case of sailing against the social current, in *The Changing Family, Family Forms and Family Law, supra* note 5, p. 175-195.

non discrimination des enfants a conduit à une acceptation plus large de l'idée que le lien juridique entre un parent et son enfant ne doit pas varier en fonction du statut accordé à la relation juridique existant entre les parents. Les systèmes de sécurité sociale tendent aussi à reconnaître la cohabitation, que ce soit comme facteur créateur ou extincteur de droit, en se concentrant sur les aspects factuels des arrangements de cohabitation pris par les adultes, y compris les situations de dépendance ou entretien effectifs. Il est par ailleurs de plus en plus fréquent que les moyens juridiques contre la maltraitance au sein d'une famille soient également appliqués dans des relations qui ne sont pas fondées sur le mariage. Cependant, la reconnaissance de l'entretien mutuel, des droits patrimoniaux et de la succession entre cohabitants se fait beaucoup plus lentement.

8 Une variété de techniques a été utilisée afin d'étendre les effets juridiques des relations fondées sur la cohabitation. Les développements judiciaires comprennent l'utilisation et l'extension, particulièrement en matière de droits patrimoniaux, des principes généraux découlant du droit des contrats, des trusts et de l'enrichissement illégitime. Les juges ont récemment été plus enclins à utiliser des normes constitutionnelles d'égalité lorsque le législateur n'accorde des droits ou privilèges qu'à des catégories limitées de cohabitants[9].

9 Une des conséquences de ce développement fragmentaire des régimes légaux de cohabitation a été la multiplication des définitions de celle-ci. La condition du caractère permanent ou durable de la cohabitation est souvent définie dans le contexte des choix politiques fondant des règles juridiques particulières. Ainsi, les définitions de la cohabitation ne varient-elles pas seulement d'un système juridique à l'autre, mais aussi à l'intérieur du même système juridique selon le domaine juridique concerné, que ce soit la sécurité sociale, les droits patrimoniaux, le droit fiscal, le droit de reprendre un bail aux mêmes conditions, le droit des successions en général, l'accès à des actions protectrices, etc. De plus, même à l'intérieur des ces diverses catégories, il peut y avoir des variations dans la définition de la cohabitation.

PARTENARIATS ENREGISTRÉS[10]

10 Par contraste avec ce développement morcelé, on note cette dernière décennie dans certains pays une tendance à accorder un statut bien plus étendu à certains types de cohabitation. En effet, le développement du « partenariat enregistré » a établi un cadre institutionnel similaire à celui du mariage pour certaines formes de cohabitation, généralement pour les couples homosexuels auxquels le mariage est interdit, mais aussi dans certains pays pour les couples hétérosexuels en tant qu'alternative au mariage. Les conséquences de l'enregistrement d'un partenariat sont, sauf en ce qui concerne d'éventuels enfants, largement identiques à celles du mariage. Le cadre institutionnel comprend des règles relatives à la capacité, la dissolution, etc. Ce développement a commencé au Danemark en 1989[11]. Depuis, la Norvège[12], la

---

[9] Voir par exemple la décision de la Cour suprême du Canada dans la cause *Attorney General for Ontario v. M. and H*. No 25838 (20 mai 1999) et la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans la cause *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, cas CCT 10/99 (2 décembre 1999).

[10] Voir Caroline Forder (assistée par Silvina H. Lombarde), *Civil Law Aspects on Emerging Forms of Registered Partnerships*, Ministry of Justice, The Hague, 1999, et Martha Bailey, *Marriage and Marriage-like Relationships*, Law Reform Commission of Canada, 1999 (*Le Mariage et les Unions Libres*, Commission du droit du Canada, 1999).

[11] Loi No 372 du 7 juin 1989 sur les partenariats enregistrés (entrée en vigueur le 1 octobre 1989).

[12] Loi No 40 du 30 avril 1993 sur les partenariats enregistrés pour les couples homosexuels (entrée en vigueur le 1er août 1993).

Suède[13], l'Islande[14] et les Pays-Bas[15] ont légiféré sur le partenariat enregistré. En France, une forme analogue, le pacte civil de solidarité, a été introduit en 1999[16]. En Catalogne, région autonome espagnole, une législation est entrée en vigueur en 1998[17], qui étend certains des droits et obligations du mariage aux couples hétérosexuels et homosexuels enregistrés ainsi qu'aux couples hétérosexuels qui cohabitent depuis deux ans et qui ont un enfant commun. Il convient également de citer la loi catalane sur l'assistance mutuelle de 1998 qui régit la cohabitation de personnes (par exemple, des couples âgés, des adultes qui s'occupent de parents, frères, sœurs et même amis) qui se prêtent une assistance mutuelle ; cette loi ne s'applique cependant pas aux cohabitants en relation conjugale. Par ailleurs, le partenariat enregistré a fait l'objet de vives discussions au niveau national en Espagne ainsi que dans d'autres pays européens et non européens.

LES APPROCHES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

11 L'importance croissante de la cohabitation hors mariage, combinée aux conséquences légales variées et généralement de plus en plus étendues que les Etats lui attribuent, constitue un défi pour le droit international privé. L'absence de règles claires de droit international privé peut empêcher le libre déplacement de cohabitants au-delà des frontières, par exemple lorsqu'un statut ou droit établi dans une juridiction n'est pas reconnu dans une autre, ou peut rendre plus aisé la fuite par l'un des partenaires de ses obligations. Par ailleurs, pour certains Etats, la reconnaissance de conséquences juridiques liées à la cohabitation soulève la question de l'ordre public ou peut donner lieu à des inquiétudes d'affaiblissement d'une éventuelle politique en faveur du mariage.

12 De difficiles problèmes de technique se posent également. Peut-être les moins ardus sont ceux soulevés par le développement du partenariat enregistré. Dans ce cas, l'analogie avec le mariage est évidente et on peut imaginer d'appliquer les techniques familières à l'établissement, aux effets et à la dissolution d'un partenariat. Cette approche est suivie de manière plus détaillée dans l'Annexe ci-jointe, qui reproduit un texte préparé par William Duncan, Premier secrétaire, intitulé « Aspects de droit civil des formes émergentes de partenariat enregistré. Questions de droit international privé », et présenté à la Cinquième Conférence européenne sur le droit de la famille du Conseil de l'Europe (organisée en collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé et la Commission internationale de l'état civil) à La Haye en mars 1999.

13 Lorsque les conséquences juridiques de la cohabitation sont déterminées au cas par cas, avec des définitions variées de cohabitation selon les différents domaines, les questions relatives au statut ne revêtent pas la même importance. Dans ce cas, une des tâches est d'explorer l'applicabilité de solutions existantes de droit international privé ou leur possible extension par adaptation. Par exemple, l'article 16 de la *Convention de La Haye 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* contient un principe de loi applicable en ce qui concerne l'attribution ou l'extinction de plein droit de l'autorité parentale qui peut aussi être appliqué dans le cas de parents cohabitants. La

[13] Le partenariat enregistré (Loi sur la famille) du 23 juin 1994 (entrée en vigueur le 1er janvier 1995).

[14] La loi de cohabitation confirmée du 12 juin 1996 (entrée en vigueur le 27 juin 1996).

[15] La loi sur les partenariats enregistrés du 5 juillet 1997 (entrée en vigueur le 1er janvier 1998).

[16] Loi No 99-994 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

[17] Ley de Uniones Estable de Parejas (Loi sur les couples stables), Loi No 10 1998 du 15 juillet 1998 (entrée en vigueur le 23 octobre 1998).

Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort contient également des principes de loi applicable qui pourraient s'appliquer aux couples cohabitants, pour autant que l'exception d'ordre public de l'article 18 ne soit pas invoquée. Les deux Conventions de La Haye de 1973 en matière d'obligations alimentaires[18] s'appliquent aux obligations alimentaires « découlant de relations de famille ». Est-il possible ou opportun d'interpréter cette notion de relations de famille comme incluant aussi les relations fondées sur la cohabitation ? Les dispositions de la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux* devraient-elles être adaptées ou étendues par analogie à la cohabitation hors mariage ?

14 Vu le caractère de nouveauté du « partenariat enregistré » et la facilité relative avec laquelle des règles ont été établies pour cette institution analogue au mariage, on peut être tenté de traiter ce sujet en priorité en droit international privé. Cependant, le nombre de personnes vivant ensemble hors mariage sans avoir fait enregistrer leur partenariat est de loin supérieur au nombre de partenaires enregistrés, et le débat se poursuit dans certains pays sur la question de savoir si le partenariat enregistré est le moyen légal le plus opportun pour étendre les droits et obligations des cohabitants[19]. La nécessité pour la Conférence de La Haye d'intervenir dans le développement de règles de droit international privé tant en ce qui concerne les partenariats enregistrés que la cohabitation hors mariage a été soulignée par la doctrine récente[20].

CONCLUSIONS

Au vu des considérations qui précèdent, le Bureau Permanent est d'avis que le sujet des aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage doit être maintenu à l'ordre du jour de la Conférence, pour être considéré avec celui des aspects de droit international privé du partenariat enregistré. Il est encore prématuré de penser en termes d'une nouvelle convention sur l'un ou les deux de ces sujets. Néanmoins, il est temps de considérer de manière plus intensive les options et les possibilités d'une approche uniforme en droit international privé. Une des possibilités envisageable pourrait être l'établissement d'un Groupe de travail, regroupant des experts d'Etats intéressés, muni du mandat d'examiner les développements actuels et de proposer une stratégie en vue du développement d'une approche uniforme des questions de droit international privé que soulèvent la cohabitation hors mariage et le partenariat enregistré.

---

[18] *Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires* et *Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*.

[19] Certains Etats ont préféré légiférer sur la cohabitation comme relation de fait donnant lieu à une dépendance. Voir, par exemple, le *De Facto Relationships Act 1984* (Nouvelle Galles du Sud), rebaptisé the *Property (Relationships) Act*. Voir le *Property (Relationships) Legislation Amendment Act 1999*.

[20] Boele-Woelki, K., De wenselijkheid van een IPR-verdrag inzake samenleving buiten huwelijk, *FJR* 1999, p. 11-13; Petar Sarcevic, Private International Law Aspects of Legally Regulated Forms of non-marital cohabitation and registered partnerships, *Yearbook of Private International Law*, Volume 1, 1999, p. 37-48.