

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (DIP)

1180

Droit international privé : mariage et divorce, les enjeux internationaux

Plus que d'autres domaines, le droit international privé connaît une logique propre et requiert rigueur d'analyse et raisonnement et, au fond, une certaine « forme d'esprit », ce qui rend nécessaire, dans un premier temps, le rappel du cadre légal et quelques réflexes méthodologiques indispensables à la pratique du droit international privé.

Cela nous amènera à dresser un constat : la diversité des lois susceptibles d'être appliquées à l'union et la désunion des couples est source de complexité et d'insécurité juridique. Pour y remédier autant qu'il est possible, il appartient au praticien de mettre en musique les instruments internationaux à sa disposition et bâtir une stratégie qui laisse une place importante à la volonté de ceux dont il s'agit d'organiser l'union et anticiper la désunion : la deuxième partie de cette étude y sera consacrée.



Étude rédigée par :

Sylvain Guillaud-Bataille,
notaire, chargé d'enseignements à l'Université
Paris-Dauphine

1 - Il est devenu commun de souligner que les couples qui présentent un élément d'extranéité, soit lors de l'union, soit au cours de l'union, sont de plus en plus nombreux ; les institutions européennes rappellent que sur 122 millions de mariages au sein de l'union européenne, environ 16 millions présentent une dimension transfrontalière¹.

L'importance du phénomène n'est donc plus à démontrer et l'étude de la jurisprudence révèle fréquemment des cas d'espèce que l'on n'aurait osé imaginer. Les situations juridiques et fiscales qui en découlent seront parfois source d'une grande complexité.

L'enjeu est crucial *pour les couples* concernés : il s'agit de leur assurer la meilleure sécurité juridique possible.

2 - Le sujet est aussi de toute première importance *pour la profession notariale* : il s'agit de prendre toute notre place et d'affirmer notre compétence dans un domaine réputé difficile et qui pour certains d'entre nous, paraît encore, pour partie, *terra incognita*.

3 - Le sujet est trop vaste pour prétendre faire ici un point complet de la matière. Plus simplement, il s'agira de fournir aux praticiens quelques clefs essentielles, quelques réflexes qui parfois font défaut

pour appréhender de façon précise et pertinente la situation des « couples internationaux ».

Nous nous proposons de cheminer en deux temps qui correspondent à la chronologie suivie dans le traitement d'un dossier : phase de diagnostic puis phase de réflexion.

Plus que d'autres domaines, le droit international privé connaît une logique propre et requiert rigueur d'analyse et raisonnement et, au fond, une certaine « forme d'esprit » ; nous aborderons ainsi dans une première partie **le cadre légal et les réflexes méthodologiques** en droit international privé.

Si l'internationalisation des situations auxquelles sont confrontés les praticiens est une tendance indéniable, l'accroissement de la liberté contractuelle est également un mouvement évident de notre droit ; dans un second temps, nous examinerons **le rôle de la volonté** pour organiser l'union et anticiper la désunion dans un contexte international.

1. Cadre légal et réflexes méthodologiques en droit international privé notarial

4 - Le raisonnement du praticien internationaliste est un enchaînement rigoureux qu'il faut se contraindre à respecter, étape par étape, pour ne pas se perdre. Ce mode de raisonnement particulier, le notaire devra le mettre en œuvre dès lors que la situation traitée présente un **élément d'extranéité**, c'est-à-dire lorsque deux ordres juridiques sont concernés : lieu de célébration du mariage, nationalité, résidence habituelle, lieu de situation d'un bien immobilier, etc.

1 <http://www.europarl.europa.eu>.

Lorsque ce préalable est vérifié, il y a lieu d'appliquer les règles de droit international privé.

Le praticien doit alors qualifier la ou les question(s) de droit posée(s), en circonscrire le domaine d'application puis rechercher la ou les loi(s) applicable(s).

A. - La qualification de la question de droit et les domaines respectifs des lois applicables

5 - Le travail de qualification consiste à rattacher la question de droit à une catégorie juridique connue, cette catégorie juridique étant elle-même liée à un critère de rattachement qui permettra, finalement du raisonnement, de déduire la loi applicable ou la compétence juridictionnelle.

L'opération de qualification doit être réalisée d'après la loi française, loi du *for*².

Le système français de droit international privé connaît six statuts principaux (état et capacité des personnes, faits juridiques, contrats, forme des actes juridiques, biens, procédure) auxquels il faut ajouter les successions et les régimes matrimoniaux.

6 - Il convient d'identifier les principaux problèmes de droit rencontrés lors de l'examen de la situation d'un couple international. L'analyse rigoureuse de la situation est d'autant plus nécessaire que les questions de droit concernées sont nombreuses : la validité du mariage, les effets du mariage, le régime matrimonial, les obligations alimentaires, les causes du divorce, les effets du divorce, etc.

1° Le mariage

7 - Nous devons être en mesure d'apprécier la validité d'un mariage ou son efficacité en France. Certes, un praticien ne peut pas en demander la nullité et doit même tenir pour valable un mariage qui n'a pas été annulé³, mais il doit être en mesure de détecter un vice entachant le mariage et délivrer un conseil adapté à ses clients.

8 - Il faudra distinguer :

- la loi applicable à la forme du mariage qui régit les formes de la célébration, les publications préalables, les délais d'opposition ;
- la loi applicable aux conditions de fond du mariage ;
- la loi régissant les effets du mariage : elle s'applique aux rapports personnels entre les époux (par exemple devoirs d'assistance, de secours, de fidélité) et d'une façon générale au régime primaire qui ne relève pas du régime matrimonial mais aussi à certains effets du mariage ayant une incidence patrimoniale comme l'hypothèque légale des époux ou les contrats entre époux.

Remarque : le droit temporaire au logement ne relève ni des successions, ni du régime matrimonial mais de la loi des effets du mariage.

2° Le régime matrimonial

9 - La loi applicable au régime matrimonial a vocation à régir les effets patrimoniaux du mariage par opposition à la loi des effets du mariage, rattachée aux effets personnels de l'union. Le changement de régime matrimonial relève de cette loi.

Il faut exclure de son champ d'application les obligations alimentaires entre époux, les droits successoraux du conjoint survivant, la capacité des époux ou les contrats entre époux.

3° Les obligations alimentaires

10 - Le protocole de la Haye du 23 novembre 2007 *sur la loi applicable aux obligations alimentaires* s'applique aux obligations alimentaires découlant des relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance.

Précision : la prestation compensatoire qui a un caractère alimentaire ne relève pas de la loi du divorce mais de la loi applicable aux obligations alimentaires⁴.

4° Le divorce

11 - Le règlement dit *Rome III* du 20 décembre 2010 met en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Il est applicable au principe même du divorce, aux cas de divorce et aux conditions du divorce.

Sont exclus du champ d'application de *Rome III* : la liquidation du régime matrimonial, la nullité du mariage, les obligations alimentaires, la responsabilité parentale, les conséquences du divorce.

Il existe une incertitude pour certaines questions, ainsi par exemple de la date du divorce : certains considèrent que cette question devrait être exclue du champ d'application de *Rome III*⁵, d'autres retiennent une solution contraire⁶.

Les questions de procédure, de dommages-intérêts et de mesures provisoires font également débat.

B. - Détermination et application de la loi applicable

12 - Lorsque le travail de qualification juridique est effectué, il convient de procéder à la résolution du conflit de lois ce qui suppose de rechercher, parmi les dispositions françaises de droit international privé, la règle de conflit adaptée, dans le respect de la hiérarchie des normes : il conviendra d'appliquer prioritairement les traités internationaux et les instruments de source européenne, lesquels priment le droit interne (article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958).

Si la loi applicable ainsi déterminée est une loi étrangère, le praticien devra surmonter certaines difficultés supplémentaires.

2 Cass. 1^{re} civ., 22 juin 1955, *Caraslanis* : D. 1956, p. 73, note Chavrier ; JCP N 1955, II, 8928.

3 Cass. 2^e civ., 14 fév. 2007 : Dr. famille avr. 2007, comm. 99, note A. Devers.

4 Solution déjà consacrée par la jurisprudence sous l'empire de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 : Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1992, Rev. crit. DIP 1993, 269, note P. Courbe.

5 En ce sens : A. Devers et M. Farge, *Le nouveau droit international privé du divorce - A propos du règle-*

ment Rome III sur la loi applicable au divorce : Dr. famille 2012, étude 13.

6 En ce sens : M. Revillard, *Divorce des couples internationaux : choix de la loi applicable* : Defrénois 2011, art. 39208.

1° La détermination de la loi applicable

a) Validité et effets du mariage

13 - Loi applicable :

- Loi applicable à la forme : la forme du mariage est régie par la loi du lieu de célébration.
- Loi applicable aux conditions de fond (âge, sexe, capacité) : cette question relève du statut personnel c'est-à-dire de la loi nationale. Lorsque les époux sont de nationalités différentes :
- En principe, il est fait une application distributive des lois : le respect des conditions de fond est alors apprécié pour chaque époux au regard de sa loi nationale.
- Par exception, certains empêchements à mariage sont dits « bilatéraux » et font l'objet d'une application cumulative des lois nationales : le mariage ne sera possible que s'il est permis par la loi nationale de chacun des époux ; cela revient à faire application de la loi la plus restrictive.

EXEMPLE

→ Mariage polygamique

Une Française célibataire envisage de se marier en Algérie avec un algérien déjà marié. Ce mariage sera considéré comme ne pouvant pas produire effet en France en raison de la prohibition de la polygamie en droit interne français, alors même que l'épouse française est célibataire (application cumulative).

- Loi applicable aux effets du mariage :
 - Lorsque les époux sont de même nationalité : il est fait application de la loi nationale commune ;
 - Lorsque les époux sont de nationalités différentes : il est fait application de la loi du « domicile commun », c'est-à-dire un « établissement effectif et stable dans le même pays » selon la jurisprudence⁷.

b) Le régime matrimonial

14 - Il s'agit probablement de la question la plus connue des notaires. Il faut distinguer selon que le mariage a été célébré avant ou après le 1^{er} septembre 1992, date d'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

15 - **Mariage célébré avant le 1er septembre 1992** - La loi applicable est en principe la **loi d'autonomie**, c'est-à-dire celle choisie par les époux de façon expresse ou implicite.

Le choix exprès résultera le plus souvent d'un contrat de mariage mais il est parfois réalisé selon d'autres formes, par exemple dans un acte de mariage en application de l'article 162 du Code civil italien aux termes duquel : « *Le choix du régime de la séparation de biens peut être déclaré dans l'acte de célébration du mariage* ». Une telle option emporte choix de loi applicable (loi italienne en l'espèce) et choix de régime matrimonial.

S'il n'existe pas de choix exprès fait par les conjoints, il faut rechercher leur volonté présumée au moment du mariage⁸.

À défaut de choix, implicite ou exprès, il appartient à l'autorité française saisie de rechercher la volonté des époux. Selon la Cour de cassation, il faut rechercher « d'après les faits et circonstances et notamment en tenant compte du domicile matrimonial des époux, le statut matrimonial que des étrangers se mariant en France sans contrat ont eu la volonté commune d'adopter pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires⁹ ». Si la recherche de la volonté commune doit être faite principalement en considération de la fixation de leur premier domicile matrimonial, il faut noter :

- d'une part, qu'il doit s'agir d'un **établissement stable** ; une durée de 18 à 24 mois est généralement considérée comme suffisante ;
- d'autre part, il ne s'agit que d'une **présomption simple** qui peut être renversée ce que la jurisprudence a admis lorsque le mariage est célébré par une autorité consulaire. Les faits étaient les suivants : un Algérien se marie en France avec une Marocaine devant le consul du Maroc. La Cour de cassation a admis qu'en se présentant devant le Consul du Maroc, les époux ont manifesté le souhait d'être mariés conformément à leur loi personnelle qui consacrait dans les deux cas le régime de la séparation de biens¹⁰.

16 - **Mariage célébré à partir du 1er septembre 1992** - La convention de La Haye du 14 mars 1978 est « universelle » ce qui signifie qu'elle s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle ou la loi désignée comme applicable n'est pas celle d'un État contractant (trois États seulement ont ratifié cette convention : la France, le Luxembourg et les Pays-Bas).

Par principe, la loi applicable est en principe celle choisie par les époux avant le mariage, expressément ou implicitement, parmi celles suivantes : loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de la désignation ; loi d'un État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de la désignation, loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

REMARQUE

→ **Mariage à l'étranger : l'option pour un régime matrimonial lors de la célébration**

Le droit de certains pays permet aux époux de choisir un régime matrimonial lors de la célébration du mariage ; ainsi, l'article 162 du Code civil italien prévoit que « *le choix du régime de la séparation de biens peut être déclaré dans l'acte de célébration du mariage* ».

Si cette option est formulée lors du mariage par un Français et une Italienne ou par deux Français vivant en Italie, elle sera valable. En revanche, si deux Français vivant en France se marient en Italie, l'option pour la loi italienne sera dépourvue d'effets en France car non conforme au système français de droit international privé (article 3 de la Convention de La Haye de 1978).

7 Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1961, arrêt Tarwid : D. 1961, p. 437, 3^e esp. ; Rev. crit. DIP 1961, p. 547, note Batiffol.

8 Cass. 1^{re} civ. 6 juill. 1988, Tangi : Rev. crit. DIP 1989, p. 360, note G. Khairallah.

9 Cass. REQ. 4 juin 1935, Zelcer, GAJFDIP.

10 Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, n° 13-12.224 : JurisData n° 2005-030819 ; JCP N 2005, n° 51, act. 649.

17 - À défaut de choix, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage. Toutefois, il sera fait application de la loi de la nationalité commune dans certains cas et notamment à défaut de première résidence habituelle commune. À défaut de nationalité commune et de résidence habituelle commune, il sera fait application de la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu des circonstances, le régime matrimonial présente les liens les plus étroits.

EXEMPLES

→ 1°) Un Français et une Italienne se sont mariés en France en 1991 sans faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Ils ont habité ensemble pendant 8 mois en France puis se sont installés trois ans à Londres. La loi britannique sera applicable.

2°) Deux Allemands se sont mariés en France en 1991 sans faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Ils se sont installés trois ans en France avant de s'installer à Londres. La loi française sera applicable (règles prétorienne).

3°) Deux Allemands se sont mariés en France en 1993 sans faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Ils se sont installés trois en France avant de s'installer à Londres. La loi française sera applicable (article 4 de la convention de La Haye du 14 mars 1978).

18 - **Précision** - La Cour de cassation a rappelé récemment qu'« Il entre dans les pouvoirs dévolus au juge aux affaires familiales de se prononcer sur le régime matrimonial »¹¹

19 - **Mutabilité automatique** - L'article 7 de la convention de La Haye pose le principe d'un changement automatique de loi applicable produisant ses effets à l'insu des époux. Ainsi, « si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'État où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable aux lieux et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis :

1. à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle si la nationalité de cet État est leur nationalité commune (...)
2. lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans,
3. (...) ».

Ce changement n'a d'effet que pour l'avenir.

EXEMPLES

→ 1°) Deux Allemands se sont mariés en France en 1991 sans faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Ils se sont installés trois ans en France avant de s'installer à Londres. En 1998, ils s'installent en Allemagne. La loi française sera applicable (règles prétorienne) de façon permanente.

2°) Deux Allemands se sont mariés en France en 1993 sans faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Ils se sont installés trois ans en France avant de s'installer à Londres. En

1998, ils s'installent en Allemagne. La loi française sera applicable (article 4 de la convention de La Haye du 14 mars 1978) antérieurement à leur installation en Allemagne. La loi Allemande sera applicable postérieurement à leur installation en Allemagne, État de leur nationalité commune (articles 7 et 8 de la convention de La Haye du 14 mars 1978).

Point de vigilance - Pour les époux mariés après le 1er septembre 1992 et n'ayant pas fait de choix exprès de loi applicable à leur régime matrimonial, il conviendra, d'une part, de rechercher la loi applicable à leur régime matrimonial mais aussi de s'assurer de l'existence ou non d'un cas de mutabilité automatique au regard de leur « parcours ».

c) Obligations alimentaires (dont la prestation compensatoire)

20 - L'article 15 du règlement (CE) n° 4/2009 (applicable depuis le 18 juin 2011) renvoie au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 (déclaré applicable dans l'Union européenne par décision du Conseil (Cons. UE, déc. n° 2009/941/CE, 30 nov. 2009). Ce texte sera applicable dans tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark et du Royaume-Uni.

21 - En vertu de l'article 3 du Protocole, c'est en principe la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments qui s'applique. Toutefois, l'article 5 du Protocole prévoit une règle spéciale pour « les époux ou ex-époux » : si l'une des parties s'oppose à l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier « et que la loi d'un autre État, en particulier l'État de leur dernière résidence habituelle commune, présente un lien plus étroit avec le mariage », alors cette loi s'appliquera.

22 - Enfin, les articles 7 et 8 laissent la possibilité au créancier et au débiteur d'aliments de choisir la loi applicable parmi celles suivantes : loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation, loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation, loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations, loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation de corps.

EXEMPLE

→ Un Italien et une Française se sont mariés en Allemagne en 2003 et installent leur résidence habituelle en Belgique. Ils ont eu deux enfants. En 2013, ils initient une procédure de divorce. L'épouse s'installe au Danemark, l'époux en France. Ce dernier a saisi la juridiction française compétente à l'effet d'obtenir la résidence des enfants et, compte tenu du contexte conflictuel, s'interroge sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

Nous présumons qu'en raison du contexte conflictuel, il n'y aura pas d'accord entre les parties sur la loi applicable ; dans ce cas, le juge français désignera la loi française c'est-à-dire la loi

11 Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 11-27.845 : JurisData n° 2013-004804 ; JCP N 2013, n° 13, act. 414.

de la résidence habituelle du créancier d'aliments, par application de l'article 3 du Protocole.

Si une juridiction Danoise était saisie, le Protocole serait écarté.

d) Le divorce

23 - Le règlement européen dit Rome III sur la loi applicable au divorce a remplacé l'ancien article 309 du Code civil depuis le 21 juin 2012 (seules les procédures de divorce introduites à compter de cette date sont concernées). Il est le produit d'une coopération renforcée à laquelle ont pris part seulement 14 États membres (Belgique, Bulgarie, Allemagne, Espagne, France, Italie, Lettonie, Luxembourg, Hongrie, Malte, Autriche, Portugal, Roumanie et Slovénie) ce qui signifie qu'il intègre le système de droit international privé de ces 14 États seulement¹².

24 - Il a une **vocation universelle** ce qui signifie que la loi désignée par le règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant. Comme toujours en droit international privé, ce caractère « universel » est en réalité relatif : si le *for* saisi du divorce n'est pas celui d'un État membre, le règlement ne s'applique pas.

25 - L'innovation principale de Rome III est de permettre aux époux de choisir la loi applicable à leur divorce, consécration de la loi d'autonomie que nous examinerons ci-après, mais organise aussi une détermination objective de la loi applicable en l'absence de choix, en son article 8 aux termes duquel la loi applicable est la loi de l'État :

- de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ;
- ou à défaut de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux y réside encore au moment de la saisine de la juridiction ;
- ou, à défaut, de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ;
- ou, à défaut, dont la juridiction est saisie.

26 - L'objectif de ces critères de rattachement successifs, est de garantir une certaine **prévisibilité des solutions** et d'éviter une course à l'introduction de l'instance : cela fonctionnera si les deux époux saisissent les juridictions de deux États participant à la coopération renforcée (par exemple l'époux saisit le juge belge et l'épouse le juge français) puisque dans les deux cas, la loi désignée sera la même en raison de l'application du règlement Rome III. En revanche, si l'un des époux saisit la juridiction d'un État non-signataire de Rome III, le règlement ne sera pas appliqué : la course à l'introduction de l'instance n'est donc pas terminée !

2° Connaissance et application de la loi étrangère

27 - Lorsque la loi désignée comme applicable n'est pas la loi française, le praticien se trouve confronté au problème de la connaissance de la loi étrangère et à son application.

a) Connaissance de la loi étrangère

28 - Lorsque le raisonnement de droit international privé désigne comme applicable une loi étrangère, « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger¹³ ». Il faut admettre que les obligations du notaire sont similaires à celles du juge.

29 - De façon classique, le notaire pourra solliciter d'un juriste local un certificat de coutume c'est-à-dire une attestation relative au contenu et à l'interprétation d'une loi étrangère établi par un avocat, un notaire ou un professeur d'université par exemple.

Le notaire pourra également s'appuyer sur le Cridon dont il dépend ou le Réseau Notarial Européen (RNE) couvrant les vingt-deux États membres de l'Union européenne qui connaissent le notariat, la plateforme EUFides (www.eufides.eu) ou encore le Centre notarial de droit européen (ACENODE). Une autre solution consiste à développer des liens privilégiés avec des juristes locaux d'autres pays et bâtir ainsi un véritable réseau de correspondants.

30 - Lorsque le contenu de la loi étrangère est connu, il faut en faire une application exacte et en tout point conforme à celle effectuée dans l'État d'origine ; il faut notamment **éviter tout raisonnement par analogie**. Par exemple, les pays dont le régime matrimonial légal est celui de la communauté d'acquêts peuvent en avoir une conception bien différente de la conception française.

Un auteur souligne¹⁴ l'exemple du régime légal russe de la communauté d'acquêts lequel ne prévoit pas de mécanisme de remplacement comme nous le connaissons ou encore celui du régime légal néerlandais de la communauté universelle différée aux termes duquel chacun des époux a tous les pouvoirs, d'administration comme de disposition, sur les biens entrés en communauté de son chef.

b) Difficultés d'application de la loi étrangère

31 - **Exception d'ordre public** - L'ordre public français en matière internationale est un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente lorsque celle-ci contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible au sein du *for*¹⁵.

12 Sur le fond, même si le règlement Rome III est un instrument de droit international privé et exclut le renvoi, certaines de ses dispositions comporte une « coloration matérielle » ; ainsi, il résulte de l'article 10, une orientation favorable au divorce. En effet, la loi du *for* est applicable lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de

son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce.

13 Cass. 1^{re} civ, 28 juin 2005, n° 00-15.734 : *JurisData* n° 2005-029165.

14 M. Devisme, *L'analyse de la situation matrimoniale de l'acquéreur ou du vendeur dans un*

contexte international - Une démarche essentielle, JCP N 2013, n° 26, 1171.

15 Outre le cas de l'exception d'ordre public, la loi étrangère normalement applicable doit aussi être écartée en cas de fraude à la loi : S. Berre, *Propos méthodologiques - Comment s'y retrouver en droit international privé et en droit communautaire ?* JCP N 2012, n° 25, 1264.

Traditionnellement, il est fait une distinction entre l'effet direct ou atténué de l'ordre public selon que la situation est créée en France ou a été créée sans fraude à l'étranger.

Plus récemment, la jurisprudence a évolué : l'effet de l'ordre public dépend moins du lieu de création de la situation juridique que de la proximité de la situation avec la France (lien découlant de la résidence habituelle ou de la nationalité par exemple) : c'est l'ordre public « de proximité ». Ainsi, un mariage polygame ne peut être célébré en France, que les époux soient français ou étrangers ; un mariage polygame valablement célébré à l'étranger entre un français et un étranger sera privé d'effet ; un mariage polygame valablement célébré à l'étranger entre deux étrangers se verra reconnaître en France certains effets.

32 - Question préalable - La question préalable est celle qui doit être résolue préalablement à la réponse à donner à une question principale. La Cour de cassation a posé le principe selon lequel cette question préalable doit être résolue en application de sa propre règle de conflit.

C. - La compétence juridictionnelle

33 - Le notaire n'est pas souvent amené à s'interroger sur la question de la compétence juridictionnelle ; cependant, cette question n'est pas dépourvue d'intérêt notamment parce que de cette question dépendra le système de droit international applicable dont la détermination de la loi applicable.

1° Détermination de la compétence juridictionnelle

34 - L'objet de la présente étude ne nous permet pas de faire ici un rappel général des règles de compétence juridictionnelle, nous ferons un simple rappel de quelques règles applicables en matière de divorce.

35 - L'ensemble des aspects personnels et patrimoniaux ne relèveront pas nécessairement de la même juridiction :

En ce qui concerne le divorce lui-même, le juge compétent sera celui désigné par le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 dit *Bruxelles II bis* ; sont compétentes : les juridictions de l'État membre de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du « domicile » commun et les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve la résidence habituelle des époux, ou la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou - la résidence habituelle du défendeur, ou - en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant

de l'État membre en question (dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son « domicile »).

36 - Toutefois, l'application du règlement Bruxelles II Bis est limitée ; en sont exclues, notamment, les **obligations alimentaires** (donc à la prestation compensatoire), matière pour laquelle la compétence juridictionnelle est régie par le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 (antérieurement régie par le règlement Bruxelles I n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000). Ce règlement prévoit qu'est compétente, la juridiction du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle, ou celle où le demandeur a sa résidence habituelle ou :

- la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à l'état des personnes lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties, ou ;
- la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à la responsabilité parentale lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties.

Le règlement contient aussi une clause d'élection de for.

37 - Pour la **liquidation du régime matrimonial**, il n'existe pas d'instrument européen : il sera donc nécessaire de faire application des règles nationales de droit international privé.

Conformément à la règle prétorienne, la règle de compétence internationale des juridictions françaises est obtenue par projection au niveau international des règles internes de compétence territoriale. La méthode est alors la suivante :

- dans un premier temps, transposition de l'article 42 du Code de procédure civile¹⁶ dont on déduit que les tribunaux français sont compétents lorsque le défendeur demeure en France ;
- si la compétence du juge français n'a pas pu être fondée sur l'article 42 du CPC, il faut faire appel aux privilèges de juridictions des articles 14 et 15 du Code civil.

Une telle situation peut aboutir à un éclatement du contentieux.

EXEMPLE

→ **Un Français et une Allemande se sont mariés en 2005 sans faire précéder leur union d'un contrat de mariage ; ils se sont installés en Italie. En mars 2013, ils se séparent : Monsieur s'installe en France et Madame en Espagne.**

En janvier 2014, Monsieur introduit une instance en divorce devant une juridiction française qui se déclare compétente au motif que le demandeur est ressortissant français et y a sa résidence habituelle depuis plus de six mois.

Madame sollicite l'octroi d'une prestation compensatoire auprès d'une juridiction Espagnole, laquelle se reconnaît également compétente en vertu de l'article 5 du règlement Bruxelles I (loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments).

¹⁶ La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur.

2° L'influence du juge saisi sur la loi applicable

38 - Le règlement Rome III, nous l'avons dit, a une vocation universelle c'est-à-dire que la loi désignée par le règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant. Néanmoins, si l'ordre juridique saisi du divorce n'est pas un des quatorze États signataires, le règlement ne s'appliquera pas.

Le notaire qui, d'une façon ou d'une autre, intervient dans la situation juridique d'un couple international, devra toujours informer les époux du caractère relatif de l'analyse qu'il a émise ou de la stratégie qu'il a proposée.

39 - Ce rappel schématique de **quelques réflexes indispensables** à l'analyse juridique d'une situation internationale nous permet de dresser un constat : la diversité des lois susceptibles d'être appliquées à l'union et la désunion des couples est source de complexité et d'insécurité juridique. Pour y remédier autant qu'il est possible, il appartient au praticien de mettre en musique les instruments internationaux à sa disposition et bâtir une stratégie qui laisse une place importante à la volonté de ceux dont il s'agit d'organiser l'union et anticiper la désunion.

2. Organiser l'union et anticiper la désunion dans un contexte international : le rôle de la volonté

40 - La liberté contractuelle irrigue de plus en plus notre droit patrimonial de la famille et le droit international privé n'échappe pas à cette tendance de fond.

Il s'agit ici d'examiner la mise en œuvre pratique des outils à la disposition des notaires et plus particulièrement le rôle de la volonté du couple pour organiser l'union et anticiper la désunion.

A. - Le rôle de la volonté pour organiser l'union

41 - Les conventions matrimoniales ont toujours réservé à la volonté des époux une place déterminante.

L'internationalisation des couples, en même temps qu'elle renforce l'intérêt du contrat de mariage (1°) tel que nous le connaissons, nous oblige aussi à découvrir d'autres instruments comme les contrats pré-nuptiaux (2°).

À RETENIR

→ **Un projet de règlement européen sur les régimes matrimoniaux est actuellement en cours d'élaboration (depuis 2011) et viendra, à terme, remplacer, la convention de La Haye de 1978. Ce règlement régira les questions de compétence juridictionnelle, de reconnaissance et d'exécution des décisions et, bien entendu, la détermination de la loi applicable. Sur ce dernier point, le règlement réservera une place importante à l'autonomie de la volonté avec une nouveauté importante : le principe d'unité de loi applicable aux régimes matrimoniaux.**

1° Établissement et opportunité d'un contrat de mariage

a) L'opportunité d'établir un contrat de mariage

42 - **Un contrat de mariage pour choisir la loi applicable au régime matrimonial - L'article 3 de la Convention** de La Haye du 14 mars 1978 permet aux (futurs) époux dont la situation présente un élément d'extranéité de désigner l'une des lois suivantes :

- la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de la désignation,
- la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation,
- la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établit une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

Les époux peuvent également désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

43 - Le contrat de mariage contiendra le choix de loi applicable puis le choix du régime matrimonial au sein de l'ordre juridique désigné (C. civ., art. 1397-3, al. 3 : « À l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux »).

44 - Les époux peuvent donc choisir soit une loi unique applicable à leur régime matrimonial, soit une loi applicable à leur régime matrimonial et la *lex rei sitae* pour les immeubles. Dans ce dernier cas il faut être très précis car le choix de la *lex rei sitae* peut porter soit sur les immeubles présents, soit sur les immeubles à venir. L'objectif d'un tel choix est d'assurer l'efficacité des objectifs matrimoniaux et successoraux des époux et notamment d'anticiper la désignation, par une règle de conflit étrangère (celle du lieu de situation du bien) de la *lex rei sitae*. Le plus souvent, la meilleure solution sera de limiter le choix de la *lex rei sitae* aux seuls immeubles présents au moment du contrat de mariage puis d'utiliser ensuite, le cas échéant, l'article 6 de la Convention de la Haye afin de désigner la *lex rei sitae* lors de telle ou telle acquisition immobilière.

EXEMPLE

→ **Un Néerlandais et une Française s'installent et se marient en France. Chacun d'eux est propriétaire d'un bien immobilier dans le pays dont il est ressortissant ; ils désignent la loi néerlandaise comme applicable à leur régime matrimonial (régime légal de la communauté universelle) et soumettent leurs seuls immeubles présents à la loi du lieu de situation. Le bien immobilier situé en France reste un propre de l'épouse française qui ne pourra en disposer librement en vertu de l'article 215 alinéa 3 du Code civil français. Le bien immobilier situé aux Pays-Bas dépend de leur communauté universelle. Ils envisagent de faire l'acquisition d'un bien immobilier en Grande-Bretagne ; en l'absence de disposition particulière, le bien serait, selon les règles de conflit françaises et néerlandaises un bien commun (car le choix de la *lex rei sitae* n'a été fait que pour les immeubles présents). Mais dans la mesure où le Royaume-Uni n'est pas signataire de la convention de La Haye**

de 1978 et ne connaît pas la notion de régime matrimonial, il pourrait être utile d'étudier l'opportunité de la soumission du bien immobilier britannique à la loi du lieu de situation par le recours à l'article 6 de la convention.

45 - **L'article 6 de la Convention** de La Haye du 14 mars 1978 permet aux époux, au cours du mariage, de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable et désigner :

- soit la loi dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
- soit la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

La loi ainsi désignée s'applique en principe à l'ensemble de leurs biens mais les époux peuvent désigner en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux la loi du lieu où ces immeubles sont situés ou prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

EXEMPLE

→ Deux Britanniques se sont mariés en 1991 en Grande-Bretagne et y résident depuis le mariage. Leur régime matrimonial est soumis à la loi britannique. Ils souhaitent faire l'acquisition d'un bien immobilier en France, lequel serait alors soumis à la loi britannique qui ignore la notion de régime matrimonial, et que l'on peut donc assimiler à un régime de séparation de biens ; au plan successoral, les règles françaises de DIP aboutiront à la désignation de la loi française (ce qui entraînera notamment l'application des règles françaises de la réserve héréditaire qui n'existe pas en Angleterre).

Afin d'éviter l'application de la loi successorale française, deux solutions peuvent notamment être conseillées par le notaire français :

1. Désignation de la *lex rei sitae* ce qui permettra de choisir le régime de la communauté avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant (l'immeuble ne dépendra pas de la succession).

2. Désignation de la loi successorale applicable (règlement succession du 4 juillet 2012).

46 - **Remarque : application de la Convention de La Haye et date du mariage** - L'article 3 (choix de loi applicable au moment du mariage) et l'article 7 (mutabilité automatique) ne concernent que les époux mariés après l'entrée en vigueur de la Convention, soit en France après le 1er septembre 1992

En revanche, l'article 6 (désignation de loi applicable) peut être utilisé par tous les couples dont la situation présente un élément d'extranéité.

47 - **Un contrat de mariage pour éviter la mutabilité automatique du régime matrimonial** - Nous avons souligné les inconvénients de la mutabilité automatique du régime matrimonial, dont le principe est posé par l'article 7 de la Convention de la Haye de 1978.

L'article 6 (désignation de loi applicable) permet de prévenir une telle mutabilité mais **ne peut pas toujours être utilisé** ainsi que l'illustre l'exemple ci-après.

EXEMPLE

→ Un couple de Français se marie en France en juillet 2012 sans avoir fait de contrat de mariage puis installe sa première résidence habituelle en Grande-Bretagne. La loi applicable au régime matrimonial est alors la loi britannique de séparation de biens. En septembre 2013, ce couple installe sa résidence habituelle en France et sera alors automatiquement soumis à la loi française donc au régime légal de la communauté d'acquêts. En novembre 2013, Monsieur souhaite faire l'acquisition d'un bien immobilier en France qu'il financera seul par un emprunt remboursé au moyen de ses revenus professionnels.

Le notaire ne pourra ni proposer dans l'immédiat un changement de régime matrimonial selon la loi française (moins de deux ans d'application) ni utiliser l'article 7, lequel ne permet de choisir que la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité des époux si elle est « autre que celle jusqu'alors applicable ».

b) Le changement de régime matrimonial par changement de loi applicable

48 - En principe, les conditions et modalités du changement de régime matrimonial sont régies par la loi applicable au régime matrimonial.

Toutefois, comme le changement de loi applicable entraîne un changement de régime matrimonial, le changement volontaire de loi applicable (régi par l'article 6 de la Convention) peut être une solution pour, *in fine*, changer de régime matrimonial. Compte tenu de la mutabilité contrôlée que nous connaissons en France, il s'agit d'une solution parfois utilisée par les couples relevant de situations internationales.

EXEMPLE¹⁷

→ Un Japonais et une Française se sont mariés, en 2001, au Japon où ils ont établi leur première résidence habituelle. En 2013, ils s'installent en France où ils envisagent de faire l'acquisition d'un bien immobilier et souhaitent être soumis au régime de communauté d'acquêts. Ces époux sont soumis au régime légal japonais de la séparation de biens ; le droit japonais retient aussi le principe de l'immutabilité du régime matrimonial. La mutabilité automatique ne s'applique pas lors de leur installation en France.

Par application de l'article 6 de la Convention de La Haye de 1978, ils pourront faire, par acte notarié, une déclaration de loi applicable ce qui leur permettra de désigner la loi française au sein de laquelle ils pourront préciser le régime conventionnel qu'ils choisissent (ils pourront alors conférer à ce choix un caractère rétroactif ou non).

17 Inspiré de l'illustration donnée par M. Devisme *in La place de la volonté dans l'établissement des conventions matrimoniales* : JCP N 2012, n° 25, 1268.

Le notaire devra s'assurer de l'accomplissement des mesures de publicité (articles 1303-1 et 1303-2 du Code de procédure civile).

c) La circulation du contrat de mariage : l'efficacité à l'étranger d'un contrat de mariage français

49 - L'effectivité d'une convention matrimoniale dépend de son application dans le système juridique au sein duquel elle est susceptible de produire effet ; aussi, le rôle du notaire sera d'identifier le ou les pays dans le(s)quel(s) cette convention pourrait produire effet et d'anticiper les éventuels obstacles à son application.

EXEMPLE

→ Un couple franco-italien, marié en France en 1993 sous le régime légal français, possède trois biens immobiliers communs : un bien immobilier en France, un autre au Maroc et un dernier en Italie. Ils consultent un notaire français pour ajouter à leur régime matrimonial une clause d'attribution intégrale au profit du survivant. Le notaire consulté devra examiner l'efficacité de ces dispositions dans les trois pays concernés.

En l'espèce, la loi italienne considère qu'il n'est pas possible de prévoir une répartition autre qu'une répartition par moitié ; la loi marocaine ignore la clause d'attribution intégrale.

50 - L'efficacité du contrat de mariage sera sérieusement mise à mal dans certains pays. Ainsi par exemple en Angleterre où la notion de régime matrimonial n'est pas connue ; lors d'un divorce, le juge anglais chargé de se prononcer sur les conséquences pécuniaires du divorce d'un Anglais et d'une Française vivant en Angleterre ne prendra pas en considération le contrat de mariage dressé avant l'union par un notaire français. Au surplus, dans les pays de *Common Law*, le fait qu'un notaire unique puisse assurer, seul, l'équilibre des conventions matrimoniales est difficilement admis.

En présence d'un couple déjà installé ou susceptible de s'installer à l'étranger, le notaire français rédacteur d'un contrat de mariage devra avertir ses clients que l'efficacité d'une convention matrimoniale française n'est pas assurée à l'étranger.

2° Le contrat nuptial

51 - La notion de « contrat nuptial » n'est ni définie ni figée. D'une façon générale, l'expression « contrat nuptial » désigne un contrat, d'inspiration britannique, établi le plus souvent préalablement au mariage, par lequel les futurs époux, d'une part, définissent les règles qui régiront leurs rapports patrimoniaux pendant l'union et lors de sa dissolution et, d'autre part, déterminent des compensations financières et alimentaires en cas de divorce¹⁸.

Le notaire français peut se trouver confronté à l'analyse d'un tel contrat établi à l'étranger (a) mais il pourrait aussi devoir intervenir lors de l'établissement d'une telle convention (b).

a) La recevabilité en France d'un contrat nuptial établi à l'étranger

52 - Le droit français est globalement favorable à l'aménagement des rapports patrimoniaux entre époux : la traditionnelle liberté des conventions matrimoniales que nous connaissons permet d'envisager de nombreux aménagements patrimoniaux dont certains destinés à produire effet en cas de divorce : clause de partage inégale de communauté, création d'une société d'acquêts, clause de reprise d'apports en cas de divorce, etc. Ces différentes stipulations seront accueillies en France comme participant du régime matrimonial (sous réserve bien entendu du respect des dispositions d'ordre public, notamment celles du régime primaire¹⁹).

ATTENTION

→ Un accord pré-nuptial anglais prévoyant que « chaque époux peut librement disposer de son patrimoine pendant l'union » ne saurait écarter l'application de l'article 215 alinéa 3 du Code civil français, en ce qui concerne le logement de la famille situé en France.

53 - En revanche, en droit français, il n'est pas possible, en dehors de toute instance, de prévoir des compensations financières et alimentaires en cas de divorce.

Quid de l'effet en France de ces accords ? La Cour de cassation reconnaît²⁰, comme n'étant pas contraire à l'ordre public français en matière internationale, l'efficacité en France de tels accords valablement conclus, sans fraude, à l'étranger dès lors qu'ils relèvent d'une loi permissive.

b) Le rôle du notaire français dans l'établissement d'un accord nuptial

54 - Un notaire français peut être sollicité pour prêter son concours à l'établissement par acte authentique d'un accord pré-nuptial, par exemple par un Français et un Britannique.

Le droit interne français s'oppose à l'établissement de conventions préparatoires aux divorces en dehors de toute instance, notamment en matière de prestation compensatoire ou de pension alimentaire.

Mais, ainsi que nous l'avons rappelé, les articles 7 et 8 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, consacrent la possibilité pour le créancier et le débiteur d'aliments de choisir la loi applicable aux obligations alimentaires (au rang desquelles la prestation compensatoire). En présence d'un Allemand et d'une Française, l'accord pré-nuptial notarié, qui serait soumis en la forme à la loi française, pourrait par exemple contenir le choix de la loi allemande pour régir le régime matrimonial et la prestation compensatoire ; cette dernière, soumise à la loi allemande, pourrait faire l'objet d'un règlement contractuel (article 1585 c du BGB).

18 Pour une étude, V. C. Butruille-Cardew, *Les contrats nuptiaux internationaux* : Rev. Lamy Dr. civ., 2012, n° 91.

19 Selon la Cour de cassation, les règles du régime primaire des articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale donc relèvent de la catégorie des lois de police : Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1997 : Rev. crit. DIP 1988, 540, note Y. Lequette.

20 Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2009, n° 08-11.872 et 08.14-309 : JurisData n° 2009-048457 ; Bull. civ. 2009, I, n° 112.

55 - Afin d'anticiper au mieux la désunion du couple, dans un souci de limiter l'imprévisibilité des solutions donc l'insécurité juridique, il convient d'examiner la mise en œuvre pratique d'un nouvel instrument : le règlement Rome III.

B. - Le rôle de la volonté pour anticiper un divorce

56 - Le règlement européen dit Rome III sur la loi applicable au divorce a remplacé l'ancien article 309 du Code civil depuis le 21 juin 2012. L'une de ses dispositions principales est d'ériger en principe la *professio juris*. Nous examinerons les modalités du choix de loi (1°), avant d'étudier l'opportunité (2°) et les limites (3°) d'un tel choix.

1° Modalités du choix de loi

a) Le principe du choix de loi

57 - Le choix de loi ne peut être opéré que si la situation présente un caractère international²¹, apprécié au moment où la convention de choix est établie : si la situation est internationale au moment du choix, ce choix est valable et le reste même si l'élément d'extranéité a disparu au moment de l'introduction de l'instance en divorce.

CONSEIL PRATIQUE

→ Lorsque le critère de rattachement sur lequel se fonde le choix de loi est la « résidence habituelle », il sera prudent de justifier dans la convention les éléments permettant d'établir cette résidence (avis d'imposition, factures, etc.), définie par la Cour de cassation comme « le lieu où l'intéressé a fixé avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts ».

58 - Les époux peuvent choisir les lois suivantes (art. 5) :

- la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ;
- la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ;
- la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ;
- la loi du for.

EXEMPLE

→ Un notaire français est consulté par :

- un Allemand et une Italienne vivant à Lyon. Ils peuvent désigner la loi allemande, la loi française ou la loi italienne ;
- un Français et une Franco-canadienne vivant à Londres. Ils peuvent désigner la loi française, la loi britannique ou la loi canadienne ;

21 Un doute subsiste sur le point de savoir si le lieu de célébration du mariage peut être considéré comme une source suffisante d'extranéité si aucun autre élément d'extranéité existe.

- deux Italiens vivant à Rome, de passage à Paris : le règlement Rome III n'est pas applicable car il n'y a aucun élément d'extranéité ;
- une Italienne et un Franco-italien vivant à Rome, de passage à Paris. Ils peuvent désigner la loi française et la loi italienne.

b) Les modalités d'exercice du choix

59 - **Date d'établissement de la convention** - La convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée jusqu'à l'introduction de l'instance en divorce, voire après si la loi du for l'autorise : cet accord procédural ne sera pas permis en France après l'introduction de l'instance²².

Il sera nécessaire d'actualiser périodiquement la déclaration de choix de loi (évolution de la situation du couple mais aussi modification du droit matériel de l'État dont la loi a été désignée) : la mise en place, au sein des études notariales, d'un registre de suivi des choix de lois pourrait être une solution.

60 - **Exigences formelles** - L'article 7 du règlement précise que la convention doit être formulée par écrit, datée et signée, ce qui est une conception assez libérale puisqu'un simple acte sous seing privé suffit. Néanmoins, l'État membre participant du lieu de résidence habituelle des époux au jour de la signature peut prévoir des règles formelles supplémentaires. À notre connaissance, la France n'a pas, à ce jour, choisi d'instaurer des règles formelles supplémentaires.

CONSEIL PRATIQUE

→ Cette question pourrait, de prime abord, paraître secondaire au notaire français chargé d'établir la convention de choix de loi applicable ; elle sera en réalité particulièrement importante dans deux cas :

- lorsque les époux n'ont pas leur résidence habituelle en France (ce cas devrait rester rare) ;
- lorsque le notaire devra apprécier la validité et l'efficacité d'une convention antérieurement conclue : s'il sera simple de s'assurer du respect des formes exigées par le règlement Rome III, il sera moins évident de vérifier le respect du droit matériel de l'État dans lequel les époux avaient leur résidence habituelle lors de la désignation.

C'est la juridiction saisie du divorce qui sera le plus souvent confrontée à cette difficulté.

Il aurait été préférable que le règlement Rome III soit plus exigeant quant aux formes de la désignation tout en excluant la possibilité pour un État membre participant de prévoir des règles formelles supplémentaires.

61 - **Support du choix** - Plusieurs solutions sont envisageables et la première à laquelle on pense est de porter cette convention dans le contrat de mariage. Certains auteurs ont souligné le caractère inopportun d'une telle solution dès lors qu'elle rendrait nécessaire à toute

22 L'accord procédural est interdit en matière de droits indisponibles : *Cass. 1^{re} civ., 19 avr. 1988.*

modification ultérieure l'établissement d'un acte notarié et le respect de la procédure de changement de régime matrimonial²³.

D'autres auteurs ne sont pas convaincus par cette analyse et soulignent, d'une part, que le principe du parallélisme des formes n'est pas applicable : l'authenticité n'étant pas exigée pour le choix initial, il n'existe aucune raison qu'une convention notariée ne puisse pas être modifiée par acte sous seing privé ; d'autre part, l'*optio juris*, bien qu'intégrée au contrat de mariage, demeurerait une disposition autonome²⁴.

2° Opportunité du choix de loi

62 - Nous connaissons à présent les outils à notre disposition : comment les utiliser ?

Sans choix, nous l'avons souligné, les différents aspects du divorce peuvent relever de plusieurs lois : les causes de divorce, la procédure de divorce, la liquidation du régime matrimonial, la prestation compensatoire, la responsabilité parentale, etc.

S'il n'est pas douteux que le domaine d'application très restreint du règlement Rome III ne permettra pas de simplifier facilement ces situations, il n'est pas non plus contestable que le notaire se trouve à présent tenu d'un devoir de conseil tout particulier en la matière.

La stratégie pourrait alors tendre vers l'application d'une loi unique en utilisant les différents choix de lois ouverts aux époux.

Parfois, l'unité de loi applicable sera atteinte en l'absence même de choix de loi.

EXEMPLE

→ Un Français est marié à une Néerlandaise depuis 1997.

Aucun choix de loi n'a été réalisé. Les époux ont installé leur première résidence habituelle commune en France. Le régime matrimonial est régi par la loi française de la communauté d'acquêts. Le couple se sépare en juin 2013 et l'épouse part s'installer à Rotterdam. En décembre 2013, l'époux introduit, devant une juridiction française, une procédure de divorce. L'épouse sollicite une prestation compensatoire.

La loi applicable à la dissolution et liquidation du régime matrimonial est la loi française ; la loi applicable aux causes du divorce est la loi française comme étant celle de la dernière résidence habituelle des époux ayant pris fin moins d'un an avant la saisine de la juridiction (art. 8, b du règlement Rome III) ; en ce qui concerne la loi applicable à la prestation compensatoire, l'époux demande que la loi néerlandaise normalement applicable (comme étant celle de la résidence habituelle du créancier) soit écartée au profit de la loi de la dernière résidence habituelle commune donc la loi française, laquelle présente de toute évidence un lien plus étroit avec le mariage (art. 5 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007).

63 - Toutefois, ce n'est pas parce que, à un instant donné, les règles de droit international privé pourraient conduire à l'application de la loi

d'un même État, que le choix de loi n'est pas opportun : il permettra de fixer la volonté des époux et d'éviter les conflits mobiles (changement de résidence habituelle par exemple).

Le notaire devra avertir son client que ces choix de lois connaissent certaines limites.

3° Les limites du choix de loi applicable au divorce

a) Limites d'ordre juridique

64 - **Champ d'application de Rome III** - Nous avons déjà souligné le champ d'application particulièrement réduit de Rome III ; il faut informer les époux qu'il ne s'agit pas véritablement de choisir « la loi applicable au divorce » comme le laisse penser la rédaction du règlement Rome III lui-même (par exemple selon l'article 3 : « *Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce (...)* »).

65 - **Choix de loi et choix de juridiction : quelle compatibilité ? Quelles limites ?** - Le choix de loi pourrait n'avoir aucun effet si le *for* saisi (et compétent) ne reconnaît pas la *professio juris*. Or, le règlement Rome III a intégré l'ordre juridique de quatorze États membres seulement.

Par ailleurs, la compétence juridictionnelle en matière de divorce soulève des difficultés dès lors que les règles ne sont pas identiques selon que l'on traite du principe même du divorce (application du règlement Bruxelles II bis qui ne prévoit pas de choix de juridiction), des obligations alimentaires (application du règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008) ou de la liquidation du régime matrimonial (pas d'instrument européen, application des règles nationales de droit international privé).

La saisine de telle ou telle juridiction pourrait donc priver de tout effet le choix de loi applicable.

66 - **Réaction de l'ordre public** - L'ordre public français en matière internationale est un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente lorsque celle-ci contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible au sein du *for*. Il s'agira bien entendu d'une limite susceptible de contrarier l'objectif d'unité de loi.

b) Limites d'ordre pratique

67 - **La connaissance et la conservation du choix de loi** - Comment s'assurer que, lors d'un divorce, il sera fait état d'une convention portant choix de loi applicable ?

Si la conservation d'une convention établie par acte authentique ne posera aucun problème et sera la démonstration des qualités naturelles de l'acte notarié, encore faut-il que le notaire instrumentaire ou son successeur soit consulté en temps utile et que cette convention ne soit pas oubliée.

23 Ch. Bidaud-Garon, *Les conventions de désignation de loi applicable au divorce prévues par le règlement «Rome II»* : Dr. et Pat., n° 225, mai 2013.

24 En ce sens : A. Devers et M. Farge, *Le nouveau droit international privé du divorce - À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce* : Dr. famille 2012, étude 13, n° 20.

Pour la même raison, il nous semble qu'un changement de régime matrimonial ne remettra pas en cause la validité et la permanence de la convention de choix de loi applicable insérée dans le contrat de mariage initial.

Sur ce sujet, il peut paraître surprenant que le règlement Rome III n'ait rien prévu.

Pour y remédier, on pourrait penser à la création d'un registre similaire au Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés que les autorités et professionnels susceptibles d'établir des conventions de choix de lois ou d'intervenir dans le règlement d'un divorce auraient l'obligation d'incrémenter et de consulter.

68 - La connaissance de la loi désignée - Nous avons déjà souligné les difficultés, propres à la pratique du droit international privé, liées à la connaissance du droit matériel d'un État autre que la France.

Le considérant 17 du règlement Rome III intègre cette préoccupation (17) *Avant de désigner la loi applicable, il est important que les époux aient accès à des informations mises à jour concernant les aspects essentiels de la loi nationale et du droit de l'Union ainsi que des procédures en matière de divorce et de séparation de corps. Afin de garantir cet accès à des informations appropriées et de qualité, la Commission met ces dernières régulièrement à jour dans le système public d'information fondé sur l'internet créé par la décision 2011/470/CE.*

Pour autant, le système ainsi envisagé n'existe toujours pas, ce qui oblige les notaires à se tourner vers les solutions traditionnelles (Cridon, Certificat de coutume, NRE, ACENODE, réseaux internationaux).

Des praticiens ont récemment rappelé²⁵ tout l'intérêt d'une proposition faite lors du 101ème Congrès des notaires de France (*Familles sans frontières en Europe, mythe ou réalité ? Nantes, 2005*) consistant à adopter un règlement européen portant création d'un Certificat de Coutume Européen (CCE).

69 - Retenons de cette brève présentation que Rome III n'est pas une révolution mais « un plus » pour notre pratique. Retenons aussi, d'une manière plus générale, que la place accordée à la volonté des époux pour organiser leur union et anticiper leur désunion dans un contexte international est une opportunité pour le notariat d'affirmer son rôle de conseil en la matière ; nous nous définissons volontiers comme les « médecins du patrimoine²⁶ » : il n'y a qu'un pas pour devenir des médecins sans frontières !

25 J.-Fr. Sagaut et M. Cagniard, *Droit international privé notarial* : JCP N 2012, n° 43-44, 1358.

26 JCP N 1987, n° 25, 194.