



Présentation / Intervention

2018

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Actualités en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux
: le Règlement de l'Union européenne n° 1103 du 24 juin 2016 et ses
rapports avec la LDIP

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Actualités en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux : le Règlement de l'Union européenne n° 1103 du 24 juin 2016 et ses rapports avec la LDIP. In: Association des avocates et avocats spécialistes FSA du droit de la famille - Journée annuelle de formation continue 2018. Neuchâtel. 2018.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135151>

**Actualités en matière de droit international privé des régimes
matrimoniaux : le Règlement de l'Union européenne n° 1103 du 24
juin 2016 et ses rapports avec la LDIP**

**Association des avocates et avocats spécialistes FSA du droit de la famille
Journée annuelle de formation continue 2018**

Neuchâtel, 10 mars 2018

Gian Paolo Romano

Professeur à l'Université de Genève

Chères et chers Membres de l'Association des spécialistes du droit de la famille,
Mesdames et Messieurs :

Permettez-moi d'abord de remercier les organisatrices, Me Schindler Velasco en
tête, de m'avoir associé à cette belle journée d'études.

C'est un plaisir de se rendre dans cette ville enchantée, notamment un samedi :
ce qui me permettra de m'en emparer une nouvelle fois, et de joindre l'utile à
l'agréable, plus exactement, l'agréable à l'agréable :
car c'est déjà une joie d'être là avec vous ce matin.

Parmi les cantons suisses, il n'y a pas un qui soit plus tourné vers l'Europe – par
vocation géographique et historique –, que le Canton de Neuchâtel.

On se souvient du référendum de 1992.

Il est vrai que beaucoup d'*eau* a coulé sous les ponts depuis, et beaucoup d'*encre*
aussi, sous la plume tant d'europhiles que d'euroceptiques.

Et ce qu'il est convenu d'appeler les « relations bilatérales » entre la Suisse et
l'Europe se sont, sinon *compliquées*, du moins *complexifiées* :

en atteste la multitude des fronts sur lesquels s'affaire avec zèle notre conseiller
fédéral Ignazio Cassis.

Mais il est vrai aussi que les relations humaines helvético-européennes de type
familial se sont *multipliées*.

Le phénomène connu en anthropologie sous le nom de « transnationalisme » des
familles – l'*internationalisation* de la vie familiale et des *patrimoines familiaux* –
se développe chaque année : en conséquence de la mobilité et de la sociabilité

internationale des hommes et des femmes qui habitent notre continent et notre planète.

Le temps et le lieu me paraissent alors appropriés pour vous parler de l'Europe et des familles.

Car le droit international privé de la famille vit, dans l'Union européenne, une véritable révolution.

La diversité des systèmes nationaux est progressivement remplacée par des règles unitaires.

On assiste à une accélération spectaculaire de cette mouvance.

Il ne s'agit pas de règles de *droit matériel* :

car le droit de la famille continue, au sein des Etats membres, à différer considérablement.

Le mariage homosexuel est, pour prendre un exemple, autorisé en France, en Espagne, depuis peu en Allemagne et même à Malte ;

il ne l'est pas en Autriche ou en Italie, et il est farouchement combattu par les gouvernements conservateurs en Hongrie et en Pologne.

Autre exemple :

le régime matrimonial ordinaire est la séparation des biens en Catalogne, la communauté réduite aux acquêts en Italie, la communauté universelle aux Pays-Bas, la « participation aux gains » en Allemagne.

Eh bien, c'est précisément pour gérer de telles *différences*, et éviter qu'elles ne se transmutent en *conflits* (de lois, de juridictions, de décisions) pour les familles européennes, que les Etats de l'Union sont en train d'uniformiser leurs règles de droit international privé :

processus qui a abouti à d'importantes réalisations.

Faisons un inventaire rapide de ce corpus de quelques 300 articles, distribués dans six règlements :

Règlement Bruxelles II-*bis* de 2005, en cours de révision ;

« Règlement Aliments » de 2011 ;

« Rome III », sur le droit applicable au divorce, opératoire depuis 2012 ;

le grand « Règlement Successions », qui a cours depuis 2015, et qui a motivé l'Office fédéral de la justice à élaborer un avant-projet visant la réforme des articles 86-96 de la LDIP ;

et, en dernier lieu, deux autres Règlements, adoptés le 24 juin 2016, destinés à entrer en application le 29 janvier 2019, c'est-à-dire *bientôt* :

l'un sur les *régimes matrimoniaux*, l'autre sur les *effets patrimoniaux* des partenaires enregistrés.

Eh c'est au Règlement « régimes matrimoniaux » (sur lequel est calqué celui qui concerne les partenaires enregistrés) que je vous propose de s'intéresser aujourd'hui :

en examinant les finalités, puis le domaine d'application, et donnant ensuite un aperçu des règles de compétence, de conflit de lois, et de reconnaissance.

Voilà le plan, ambitieux, que je propose de suivre dans le temps qui nous est imparti.

Objectif que poursuit le Règlement.

Il s'agit d'épargner aux couples transnationaux les affres résultant de la diversité des lois des Etats avec lesquels ils présentent des contacts.

Car, aujourd'hui, ces couples sont soumis à une pléthore de règles de conflit et de compétence les plus disparates.

Ce qui peut entraver leur vie internationale, ce qui peut leur retirer une partie des bienfaits de la *liberté de circulation et d'établissement* qui est au cœur de la construction européenne :

ce qui, pire encore, peut encourager des comportements – par un des conjoints au détriment de l'autre – qui ne sont pas dignes d'un *état de droit*, qui relèvent davantage de la *loi de la jungle* que de la *loi juridique*.

Je prendrai quelques exemples.

Deux Allemands mariés en Allemagne ont fixé à Paris leur résidence.

Ils possèdent des biens en France et en Allemagne.

Ils n'ont pas fait de contrat de mariage.

Lorsque les premières dissensions surviennent, chacun commence à s'interroger sur le régime qui leur est applicable.

Pour l'Allemagne, c'est le *droit allemand* qui le fixe, ce qui conduit à la « participation aux gains ».

Mais la France n'est pas d'accord.

Pour le droit international privé *français*, qui résulte de la Convention de La Haye de 1978, c'est le droit de la première résidence conjugale qui est applicable au couple, résidence qui se situe en France.

Nos personnages auraient donc vécu pour la France sous le régime de la *communauté réduite aux acquêts*, qui est bien différente de la *Zugewinnngemeinschaft* du droit allemand.

Nos protagonistes sont victimes d'un *conflit franco-allemand de lois*.

L'époux qui ouvre le premier une action en divorce peut être avantagé quant aux conséquences patrimoniales :

il peut choisir le for en fonction de la loi qui le favorise et qui défavorise l'autre parties.

Car autant le juge allemand, de leur nationalité commune, que le juge français, de leur résidence, sont ouverts par le Règlement Bruxelles II-bis.

Une telle situation est aux antipodes de l'objectif de *sécurité juridique* que la France et l'Allemagne poursuivent chacune de leur côté, qui vise à *diminuer le contentieux conjugal*.

Petite anecdote :

une avocate anglaise, lors d'une conférence récente à Londres, a dit au public être à même de prouver, que bien de couples n'auraient pas divorcé si chaque époux n'avait pas eu à craindre que l'autre dépose en premier une requête en divorce dans un for qui lui est favorable.

La crise conjugale, dit-elle, dans quelques cas aurait été surmontable.

Elle est devenue irréversible du fait d'un système qui donne une prime à celui qui court plus rapidement vers le juge, qui est le premier à *judiciariser* cette crise.

C'est là le fameux « *forum shopping* ».

Une affaire assez médiatisée confirme qu'il s'agit d'une réalité.

Monsieur est un homme d'affaires suisse détenant des intérêts professionnels dans plusieurs pays, en Europe et en Asie.

Madame est américaine.

Ils se sont mariés à Hong Kong, sans contrat.

Ils ont vécu de manière itinérante :

Monaco, Suisse, Paris, New York, Dubaï...

Comme l'observait un conseiller fiscal, « *these socialites belong everywhere and nowhere* ».

Quelques années s'écoulent et Monsieur compte demander le divorce.

Quel est le for, et donc le droit étatique, lui permettant de se défaire aux moindres frais d'un mariage devenu un joug ?

Si le droit *monégasque* est applicable, Madame ne toucherait pas grand-chose, car le régime par défaut, dans la Principauté, est la séparation des biens.

Si le droit *suisse* est applicable, il faudrait partager les acquêts :

Madame pourrait prétendre à des biens ayant une valeur de quelques millions, la fortune de Monsieur s'étant accrue au cours du mariage.

Si le juge de Hong Kong est saisi du divorce, il n'est pas exclu qu'il octroi une attribution financière au profit de Madame encore plus généreuse, selon le système d'origine anglaise des *financial provisions* (qui renferme une part d'imprévisibilité).

Puisqu'il est question d'Angleterre, rappelons que le for anglais est plutôt lucratif pour l'époux le moins bien loti, qui y est attiré comme un « *papillon nocturne est attiré par la lumière* » :

pour citer une phrase célèbre prononcé par un juge américain.

Même si les choses ont un peu évolué à la suite de l'affaire *Radmacher v. Granatino* de 2010.

La jurisprudence française récente révèle aussi des batailles judiciaires acharnées autour du droit applicable et de la compétence :

notamment dans des affaires franco-algériennes ou franco-marocaines.

Mais on trouve aussi une affaire franco-indienne portant sur le sort post-conjugal d'importants biens situés en Inde, et en France, qui a donné lieu à des multiples procédures, en Inde, for saisi par Madame, et en France, for saisi par Monsieur.

La jurisprudence suisse est peut-être un moins foisonnante.

On y repère néanmoins des affaires du plus grand intérêt.

Evoquons la saga, tentaculaire, des époux *Rybolovlev* :

intéressante parce qu'elle démontre que les conflits entre Etats, au sujet des conséquences financières du divorce d'un couple multi-national ayant des liens avec eux, peuvent aussi résulter de leurs désaccords quant à la détermination de la masse des biens sur lesquels devrait opérer le régime matrimonial.

Un juge chypriote – certains s'en souviendront – estime que les biens que Monsieur a transférés au profit de deux trusts de droit chypriote sont juridiquement sortis de son patrimoine.

Par conséquent, les prétentions que son épouse avance du fait du régime matrimonial – la participation aux acquêts du droit suisse – ne sauraient attaquer ces fonds.

En Suisse, les juridictions genevoises ont considéré que ces biens sont toujours partie de la fortune de Monsieur et qu'ils constituent, par conséquent, des acquêts à partager.

De tels bras de fers juridictionnels créent des zones de non-droit, d'anarchie internationale, et favorisent le retour à la loi du plus fort, du plus rapide, du plus malin.

C'est pour réduire de tels manques de coordination que les Etats membres se sont dits :

il faut qu'on commence à faire les choses *sérieusement*, à coordonner nos systèmes, dans l'intérêt de nos familles et de leur épanouissement transfrontière.

Voilà que le Règlement régimes matrimoniaux entre dans la danse.

Examinons donc la *portée* de ce Règlement.

D'abord, dans l'*espace*, et notamment quant aux Etats qui l'ont adopté.

Car le Règlement n'aura pas cours dans *tous* les Etats membres, mais dans 18 d'entre eux (par comparaison, la zone euro en compte 19).

Il est issu du mécanisme dit des « *coopérations renforcées* », dont l'exploitation a été nécessaire en raison d'une autre particularité du droit européen, qui exige l'unanimité pour les instruments touchant au droit de la famille.

En l'occurrence, les gouvernements de Pologne et d'Hongrie ont mené la fronde des « dissidents ».

Ils redoutaient que leur adhésion ne les astreigne à reconnaître des *mariages homosexuels* célébrés aux Pays-Bas, en Belgique, en France, etc.

Un premier projet a donc capoté au sein du Conseil le 3 décembre 2015.

Mais assez rapidement, 18 Etats membres ont décidé d'aller de l'avant moyennant une « coopération renforcée », ce qui a abouti à l'adoption du Règlement le 24 juin.

Quels sont les Etats non participants ?

Outre la Pologne et la Hongrie, citons Royaume-Uni :

les difficultés liées au « Brexit » ont dressé un obstacle insurmontable.

Irlande et Danemark, qui jouissent d'un statut particulier, tout comme les trois pays baltes, la Slovaquie, la Roumanie, ont aussi décidé de rester à l'écart.

Les Etats participants sont tous les autres :

tous les voisins de la Suisse, le Bénélux, l'Espagne et le Portugal, etc.

Un mot du champ d'application dans le *temps*.

Les règles de *compétence* visent les procédures ouvertes après le 29 janvier 2019.

Les règles de *reconnaissance* s'appliquent aux décisions rendues *après cette date*.

Le volet sur le droit applicable concerne, quant à lui, d'abord les mariages *célébrés* après le 29 janvier 2019.

Mais les nouvelles règles peuvent être appliquées également aux couples qui se sont mariés *avant* cette date, même *bien avant* (y compris à mon Papa et ma Maman, qui ont convolé en 1973) :

la seule condition est qu'ils fassent, après cette date, un choix de droit applicable conforme au Règlement.

Si bien que les avocats des couples mariés avant 2019 pourraient leur recommander de choisir, ou de rechoisir, le droit applicable, afin de leur faire profiter des *bienfaits* du Règlement.

C'est une démarche qui pourrait s'avérer judicieuse.

Champ d'application *matériel*.

Point délicat.

L'intitulé évoque les « régimes matrimoniaux », matière qui est exclue du Règlement dit Bruxelles I-bis – et de la Convention de Lugano.

Mais comment faut-il interpréter une telle notion ?

A l'occasion d'une affaire *De Cavel*, la Cour de Justice de l'Union européenne avait conclu, en 1978, qu'il s'agit (je cite) « *tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci* ».

De telles formules se retrouvent, avec quelques adjonctions, à l'article 3 lit a) du Règlement, dont l'article 27 consacré à la « portée de la loi applicable » devrait par ailleurs lui aussi pouvoir être appelé à la rescousse.

Cette disposition évoque entre autres les « *obligations d'un époux qui découlent des engagements pris par l'autre époux et des dettes de ce dernier* ».

Le régime matrimonial n'englobe donc pas uniquement le statut des biens.

Il couvrirait également, d'après les premiers commentateurs, ce qu'on appelle, avec terminologie hexagonale, le régime dit *primaire*.

La *protection du domicile conjugal* pourrait donc tomber sous son empire.

Auquel cas, le Règlement aurait une portée *plus large* que les articles 51 à 58 LDIP.

Je pense aussi que la *donation entre époux* pourrait aussi entrer dans le giron du Règlement.

Vous souvenez de l'affaire helvético-monégasque-hongkongaise que j'ai citée ?

Eh bien, Madame avait reçu de Monsieur une série d'importants dons au cours du mariage.

D'après le droit monégasque, les biens donnés étaient semble-t-il susceptibles de restitution, en raison de la nullité des actes de libéralités, lesquels, d'après le droit suisse, étaient en revanche parfaitement valables.

Il fallait donc déterminer le droit applicable et d'abord qualifier la question litigieuse :

touche-t-elle au régime matrimonial ? ou bien aux contrats ?

Du point de vue des Etats participants, le Règlement devrait trouver à s'appliquer à une telle question.

Mais l'hésitation est permise.

Cependant, l'incertitude la plus importante concerne une hypothèse plus fréquente encore.

Supposons que ma femme et moi, séparés des biens, achetions une voiture.

Après le divorce, une question surgit quant à l'attribution de la voiture.

Est-ce là une question de *régime matrimonial*, de *droit contractuel*, ou de *droits réels* ?

Une affaire semblable a été soumise à la Cour de Luxembourg.

Permettez-moi de vous la raconter.

Le contentieux opposait un Todor Iliev, bulgare, et une Blagovesta Ilieva, son (ex) épouse, qui est à la fois bulgare et italienne.

Le couple s'est marié en 2007 en Bulgarie.

Le mariage est dissous en 2015 par une décision du Tribunal bulgare.

Le couple avait essentiellement vécu en Italie, où Madame Ilieva était domiciliée au moment du divorce, notamment dans le Piémont, à Alba :

capitale mondiale des truffes, blanches bien sûr, du Nutella, du fameux Barolo...

Elle était aide-soignante à l'hôpital d'Alba.

Peu après le prononcé du divorce, M. Iliev a introduit une nouvelle action devant le Tribunal bulgare.

Une telle action visait essentiellement l'attribution d'un véhicule acheté par Mme Ilieva et enregistré en Italie au nom de celle-ci.

D'après Monsieur, la question touche au régime matrimonial :

si bien que le juge bulgare – de l’Etat qui a prononcé le divorce – serait compétent pour statuer là-dessus.

A quoi Madame s’oppose en contestant la qualification « régime matrimonial » et invoquant l’applicabilité du Règlement Bruxelles I-bis en matière de *droits réels* :

Ce qui conduit à la compétence du juge de l’Etat du domicile du défendeur, en l’espèce le juge italien.

Verdict de la Cour du Luxembourg (je cite) :

puisque’il s’agit de la « *liquidation d’un bien meuble acquis pendant le mariage... ce litige concerne les rapports juridiques patrimoniaux entre ces personnes résultat directement de la dissolution du mariage* ».

Le juge bulgare est donc compétent.

Je précise que les époux avaient vécu en *communauté des biens* (de droit bulgare).

Quid s’ils avaient vécu sous le régime de *séparation des biens* ?

C’est ce qui caractérisait une autre affaire, franco-suisse celle-là, sur laquelle le Tribunal fédéral a eu à statuer en 2015.

Les protagonistes se marient à Chêne Bourg (dans le Canton de Genève).

Le contrat de mariage retient la séparation des biens du droit suisse.

A la suite de leur crise conjugale, intervenue en 2003, Madame s’installe en Haute Savoie.

Le mari sollicite le divorce, lequel est prononcé par le TPI de Genève en 2008.

Monsieur s’est vu condamner à verser une somme de 150.000 CHF à titre d’indemnité équitable (nous sommes sur le terrain de la prévoyance professionnelle) et une somme de 1.500 CHF par mois à titre de contribution d’entretien.

Quatre ans après, en 2013, Monsieur ouvre une autre action qu’il libelle « en complément et modification du divorce ».

Par le volet « complément » (le seul qui nous intéresse), il prend plusieurs conclusions :

il commence par réclamer l’attribution de la villa située en France qu’occupait son ex-épouse, ainsi que les objets mobiliers qui la garnissait.

Il sollicite aussi le versement d’une indemnité pour occupation, et d’une somme à titre de participation aux charges et frais d’entretien de l’immeuble et du jardin.

Il demande enfin le remboursement de retraits effectués par Madame d’un compte commun.

Seulement, l’autorité genevoise se déclare incompétente.

Ce qui peut surprendre.

Pourquoi donc ?

Car elle qualifie les demandes se rapportant à l'immeuble comme *échappant au régime matrimonial* et ayant trait à une *action réelle immobilière* au sens de l'article 22 ch. 1 de la Convention de Lugano.

Si bien que le juge français du lieu de l'immeuble serait *exclusivement compétent*.

Quant à la restitution du mobilier, et des sommes prélevées du compte commun, le TPI qualifie ces prétentions comme relevant d'un *enrichissement illégitime*.

C'est donc encore la Convention de Lugano qu'il faut mettre en œuvre :

la compétence étant définie par le *domicile* de la défenderesse, qui se trouve aussi en France.

L'incompétence du juge genevois s'impose à cet égard *également*.

Le Tribunal fédéral confirme, par un arrêt peut-être un peu hermétique.

Si l'on cherche à expliciter sa position, il semble que l'action du divorce, et l'éventuelle action *ad separatum* organisée par le juge du divorce pour la liquidation du régime, consommeraient une espèce de *novation* :

toute prétention qui, à l'origine, résulte des relations patrimoniales entre époux subit, après le divorce, ou après l'action *ad separatum*, une transformation quant à son fondement, ce qui la rendrait justiciables des *règles ordinaires* (contrats, droits réels, enrichissement illégitime) :

transformation qui se répercute sur le droit international privé.

Je me demande cependant ce que dirait la Cour de Luxembourg dans une affaire semblable.

Dans le cas italo-bulgare que j'ai évoqué, elle a jugé que ce n'est pas parce que la demande a été intentée postérieurement au divorce qu'elle n'est pas justiciable des régimes matrimoniaux.

Il se peut donc que la décision du Tribunal fédéral de 2015 ne prononce pas, sur ce point, le dernier mot.

Puisque nous sommes sur le sujet, évoquons d'autres difficultés de *qualification*.

Il arrive souvent que les ex-conjoints, après avoir été opposés par un contentieux qui s'est prolongé plusieurs années en les épuisant, et en les appauvrissant, parviennent à un *accord transactionnel*.

Seulement, un tel accord englobe parfois des points relevant de relations patrimoniales de nature différente :

outre régimes matrimoniaux, l'obligations alimentaire, les expectatives de pension, et jusqu'aux droits respectifs des parties sur une entreprise de famille.

En voici une illustration.

Un couple de Norvégiens a habité Londres pendant plusieurs années et il a eu deux enfants, également norvégiens.

Après la séparation, Monsieur s'établit en Suisse.

Madame vit à Londres pendant quelques temps puis s'installe à Gibraltar, notamment au moment de recevoir d'important fonds en exécution d'un accord transactionnel qui aurait dû mettre un terme à un contentieux particulièrement tendu devant la *High Court of Justice*, compétemment saisie pour prononcer le divorce.

Un tel accord a été intégré dans la décision de la Cour anglaise, qui l'a pour ainsi dire *homologué*, et déclaré *exécutoire*.

Y figure des dispositions concernant les différents volets du contentieux *intra-conjugal*.

Mais l'accord allait *plus loin*.

Car les enfants du couple, déjà majeurs, l'avaient également signé.

Et par une disposition rédigée un peu à la hâte, le fils renonçait à une *part* de l'héritage de son père... ou à la *totalité* de l'héritage ?

C'est la question d'interprétation qui est vite devenue litigieuse.

Comme quoi... les transactions, il faut bien les rédiger !

Car des gens litigieux auront tendance à reprendre leurs bagarres autour des points ambigus.

Et la transaction aura manqué son but, qui est de ramener la paix après la tempête.

Devant quel juge ce nouveau litige devait-il donc être porté ?

Est-ce le juge anglais, qui a homologué la transaction, qui était compétent à statuer sur les régimes matrimoniaux ?

Ou est-ce le juge compétent pour trancher les questions relatives à la succession de Monsieur...

c'est-à-dire vraisemblablement le juge suisse du domicile de celui-ci ?

Le fait est que la ligne de partage entre *régimes matrimoniaux* et *successions* peut être délicate à tracer.

En atteste une affaire aujourd'hui pendante devant la Cour de justice, que je signale dans le texte que vous trouverez dans la documentation, auquel je me permets de renvoyer, aussi pour d'autres incertitudes quant à la qualification de telle ou telle question.

Car il est grand temps de considérer les règles sur la *compétence internationale*.
Sur quelques points, le Règlement me paraît plus avancé que notre LDIP.

Le premier concerne la compétence du juge du divorce.

La LDIP lui reconnaît, à l'article 51 lit b), une compétence pratiquement *automatique*.

C'est le principe de l'« unité du jugement du divorce » qui déteint à l'international.

Pour le Tribunal fédéral, il y a d'ailleurs lieu d'être fidèle à ce principe même à l'égard d'*immeubles situés à l'étranger*.

C'est une décision du 11 juin 2010, qui a énoncé un tel principe.

Contentieux helvético-hongrois.

Madame avait saisi le juge zurichois du domicile conjugal.

Le juge zurichois avait retenu sa compétence à l'égard également de certains immeubles hongrois, qui constituaient le gros des biens litigieux.

Mon Repos l'en approuve.

Cependant, la suite de l'affaire révèle que le Tribunal de Pest saisi par Monsieur s'était estimé exclusivement compétent à l'égard de ces immeubles.

Si bien que l'exercice de la compétence par le juge zurichois risque au fond d'être assez vain.

Mais imaginons un autre cas de figure.

Une ressortissante turque, mariée à un turc, vient à Neuchâtel pendant un semestre pour parfaire sa formation de juriste dans cette prestigieuse université.

Son séjour se prolonge et, une année après son installation au bord ici, elle souhaite divorcer de son mari, qui n'a jamais cessé d'habiter Istanbul, pour vivre en liberté sa nouvelle relation avec un homme qu'elle a rencontré en Suisse.

La LDIP permet à Madame de demander le divorce en Suisse (c'est l'article 59 lit a).

Mais est-il réellement sensé de l'habiliter à requérir en Suisse la liquidation du régime, alors que Monsieur n'a jamais eu de contacts avec la Suisse et que les époux n'ont eu de résidence commune qu'en Turquie ?

Les rédacteurs du Règlement ont dit *non*.

C'est pourquoi le Règlement prévoit (à l'article 5) une importante restriction à l'exercice par le juge du divorce de la compétence en matière de régime.

Il s'agit de protéger l'époux défendeur qui n'aurait pas de lien avec l'Etat où le divorce est requis,...

...et plus largement de réduire les possibilités de *forum shopping*.

De quoi s'agit-il ?

Lorsque la compétence du juge du divorce est fondée sur la *résidence habituelle ultra-annuelle* du demandeur (ou sur le *cumul* de résidence habituelle et de nationalité du demandeur), ce n'est qu'avec « *l'accord des époux* » que le juge du divorce devient aussi le juge du régime matrimonial.

Supposons qu'un Français et une Allemande se marient à Paris où ils habitent quelques années.

A la suite de la séparation, Madame rentre en Allemagne.

Elle y séjourne plus de six mois, si bien qu'elle peut demander le divorce en Allemagne en vertu de Bruxelles II-bis.

Mais la compétence du for allemand à connaître également des questions relatives au régime matrimonial est subordonnée à l'accord de Monsieur.

Monsieur pourrait donc s'y opposer.

S'il s'oppose, ce sont les « autres compétences » qui entrent en ligne de compte.

L'article 6 est construit autour de rattachements « en cascade » (et non pas situées sur un pied d'égalité).

La lettre a), qui s'en réfère à la résidence habituelle commune au moment de la demande, n'est en l'espèce pas pertinente.

On passe donc au rattachement juridictionnel suivant, c'est-à-dire la lettre b), lequel donne compétence aux juges de l'Etat (je cite) « *sur le territoire duquel est situé la dernière résidence habituelle des époux, dans la mesure où l'un d'eux y réside au moment de la saisine de la juridiction* ».

La dernière résidence habituelle des protagonistes de notre hypothèse se situe en France ;

l'époux défendeur y réside encore au moment de l'action.

C'est donc le juge français qui est compétent pour les questions de régime matrimonial (et non pas le juge allemand du divorce).

Quid lorsque la dissolution du mariage intervient à la suite du *décès* ?

L'article 4 du Règlement énonce que les juridictions de l'Etat membre qui sont compétentes pour statuer sur la succession le sont également « *pour statuer sur les question de régime matrimonial en relation avec ladite affaire de succession* ».

C'est d'une telle connexité que procède également l'article 51 lit a) de LDIP.

Quel est le juge de la succession ?

C'est le Règlement « Successions » qui le fixe du point de vue de 25 Etats membres.

Il s'agit, pour simplifier, du juge de la résidence habituelle du *de cujus* ou, sous certaines conditions, du juge de l'Etat dont la loi a été choisie par lui, c'est-à-dire de l'Etat dont il tient sa nationalité.

Mais lorsque le *de cujus* a eu sa dernière résidence dans un Etat tiers, la compétence de l'Etat membre de sa nationalité est admise sans grandes restrictions (article 10 lit a).

En clair, le for successoral des Français, des Allemands, des Espagnols, des Portugais, des Croates, qui résident habituellement en Suisse, peut se situer dans leurs Etats d'origine.

Le for de la succession serait alors compétent à connaître également des actions portant sur les questions touchant aux régimes matrimoniaux.

Seulement, une telle compétence pourrait ne pas être reconnue en Suisse car le for de nationalité, s'il ne s'accompagne pas d'une *professio iuris*, n'est pas accepté par la LDIP (article 96 et article 58 al. 2 LDIP qui y renvoie).

Il est vrai que les articles 86-96 de la LDIP pourront être modifiés pour les rendre « euro-compatibles ».

C'est ce à quoi vise l'avant-projet que j'ai évoqué.

La compétence du for successoral est considérée à tel point prioritaire qu'elle évince celle du for dit « élu », du for choisi par les parties.

Disons alors un mot de l'*élection de for*.

Le Règlement réserve à celle-ci une attitude qui me paraît un peu ambivalente.

L'élection de for y rencontre une *double limite*.

D'une part, elle le cède devant la compétence du for successoral et aussi – ce qui peut surprendre davantage – devant la compétence du for du divorce.

Supposons deux époux Autrichiens qui, avant de se marier, établissent un *Ehe- und Erbvertrag* comportant une clause d'élection de for viennois.

Puis ils s'installent à Barcelone où ils vivent pendant un temps avant de faire l'expérience d'une crise conjugale qu'ils tiennent pour irréversible.

L'un d'eux saisit le for catalan d'une action en divorce.

Le for catalan – qui est celui de la résidence habituelle commune – est compétent non seulement pour le divorce, mais aussi pour le régime matrimonial :

et ce au mépris de la clause d'élection de for.

Est-ce une solution pertinente ?

On peut hésiter.

Je précise cependant que si le for élu est celui d'un *Etat membre*, et que le for du divorce celui d'un *Etat non membre*, la validité de la clause d'élection est admise.

Il peut donc être utile, pour un couple d'expatriés européens qui travaillent au Moyen Orient, en Chine, à Singapour, de convenir d'une élection de for du régime matrimonial.

Et c'est là qu'apparaît la seconde restriction.

Le for élu doit être ou bien celui de l'Etat de célébration du mariage, ou bien celui de l'Etat dont la loi est applicable.

Supposons qu'un Français et une Allemande se rencontrent à Dubaï, où ils travaillent pour des firmes européennes.

S'ils se marient en France, ils peuvent convenir du for français, tout en ayant le loisir de désigner la loi allemande.

Car si le for élu est celui de l'Etat de célébration, il ne doit pas forcément être dans l'Etat dont la loi est applicable.

S'ils se marient en Allemagne, ils peuvent choisir le for allemand et, comme droit applicable, la loi allemande ou la loi française.

Je reviendrai dans un instant sur le droit applicable.

Avant cela, je souhaiterais dire un mot de la clause d'élection de *for arbitral*, ou (simplement) *clause d'arbitrage*.

Est-ce que les couples internationaux sont autorisés à soumettre à un arbitrage leur contentieux patrimonial ?

Permettez-moi de vous raconter une affaire dans laquelle j'ai été impliqué.

Deux époux libanais – Madame vivait en Suisse et Monsieur au Liban – s'étaient affrontés devant, à la fois, les juges *suisses* saisis par Madame, et les juges *libanais* saisis par Monsieur.

Un tel litige n'avait pas abouti à grand-chose, si ce n'est à consommer des ressources financières considérables :

car les autorités des deux Etats menaçaient de prononcer des décisions contradictoires, le juge suisse retenant la participation aux acquêts (du droit suisse) et le

juge libanais la séparation des biens (du droit libanais applicable à la communauté sunnite).

En constatant ce probable échec de la justice étatique, résultant d'un *conflit de justices étatiques*, les ex-époux avaient convenu d'un accord transactionnel global, sur-étatique si vous me permettez le terme.

Cet accord englobait une clause d'arbitrage, qui énonçait que toute question relative à l'interprétation et à l'exécution de l'accord devait être résolue par un collège de trois membres désigné selon le schéma habituel :

chaque partie en désignerait un, et les deux arbitres ainsi nommés désigneraient le Président de ce collège.

Une telle affaire semble témoigner des services que peut rendre une clause d'arbitrage :

de surmonter les blocages qui résulteraient d'un conflit international de juridictions.

Dans l'affaire *helvético-hongroise* que j'ai évoquée, il y a eu en tout cas six procédures, qui ont abouti à de multiples décisions :

le juge zurichois, approuvé par le Tribunal fédéral, a dit :

« c'est moi qui statue sur les droits revenant aux époux sur les immeubles hongrois », y compris par équivalent pécuniaire ;

et le juge hongrois a dit de son côté : « non, c'est moi qui m'en occupe, car ces immeubles se trouvent sur mon territoire ».

Une procédure arbitrale devant un collège composé d'un arbitre suisse et d'un arbitre hongrois, aurait permis de faire l'économie de cette double série de procédures.

J'ajouterai que, dans les couples à forte internationalité, une clause d'arbitrage stipulée par avance et inscrite dans un contrat de mariage, pourrait désamorcer d'éventuels conflits, réduire l'encouragement à la course vers le for :

et réduire par là l'injustice qui en résulte, due à l'unilatéralité de la démarche, qui ne fait souvent qu'envénimer les choses, faire escalader la guerre judiciaire.

Une clause d'arbitrage est avant tout négociée *pour qu'elle ne soit pas concrètement utilisée* :

fonction *préventive* de la clause d'arbitrage, sur laquelle insistait le regretté Pierre Lalive.

Parlant de grand'hommes, John Fitzgerald Kennedy ne disait-il pas, au comble de la guerre froide, qu'il faut se doter d'armes puissantes précisément pour ne pas avoir à s'en servir ?

Espérons que le locataire actuel de la Maison-Blanche sera aussi tout aussi judicieux.

En revenant au régime matrimonial, encore faut-il bien sûr que les questions pouvant devenir litigieuses soient arbitrables.

Le caractère *patrimonial* de ces questions, la *disponibilité* des droits en cause, devrait en assurer l'arbitrabilité :

même si cela dépend évidemment des pays.

Car il n'y a pas de notion commune, uniforme, d'arbitrabilité, même pas dans l'Union européenne.

Le Règlement ne comporte pas d'exclusion expresse de l'arbitrage, contrairement à ce que font Bruxelles I-bis et la Convention de Lugano.

Il ne faut pas en déduire qu'il entend par là empêcher les Etats membres participants d'autoriser, et même de favoriser, l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges internationaux touchant au régime matrimonial.

La question n'est simplement pas réglée.

Il appartient à chaque pays de le faire...

...avant que les Etats membres ne se dotent d'un instrument réglementaire en matière d'arbitrage.

Ce qui se produira un jour ou l'autre, c'est inévitable, même je préfère ne pas m'aventurer à dire quand.

Il est temps de se pencher sur le *droit applicable*.

J'en ai déjà dit un mot.

Les époux ont sans surprise le droit de désigner la loi qui gouvernera leur régime matrimonial.

Une *professio iuris* partielle, ou la désignation de lois différentes selon, par exemple, le lieu de situation des biens, ne sont cependant pas autorisées :

le Règlement procède du principe de l'« unité du droit applicable ».

Quelles sont donc les lois « éligibles » ?

L'éventail est assez généreusement délimité :

loi de la *résidence habituelle* de l'un ou l'autre intéressé au moment du choix, et loi de l'Etat ou d'un des Etats dont l'un des intéressés a la nationalité.

La *professio iuris* peut intervenir *en tout temps*.

Le changement de loi applicable au cours du mariage *n'a d'effet que pour l'avenir*, sans donc rétroactivité.

C'est l'option opposée à celle prise par la LDIP.

L'article 53 al. 2 énonce que l'élection de droit « *si elle est postérieure à la célébration... rétroagit au jour du mariage, sauf convention contraire* ».

Les conditions de *validité formelle* de l'accord sur le droit applicable font l'objet d'un article entier (le 23), plutôt original,

L'accord doit être « *formulé par écrit, daté et signé par les deux époux* ».

Exit donc la possibilité que le choix « *ressorte de façon certaine des dispositions du contrat de mariage* », comme l'admet l'article 52 al. 1 LDIP.

La *professio iuris* doit être très explicite.

Il se peut d'ailleurs que des formalités plus onéreuses s'appliquent.

Le choix du droit applicable doit satisfaire aux formes que la loi de l'Etat membre de la résidence habituelle des intéressés prescrit pour la validité formelle des *contrats de mariage*.

Tâchons de comprendre ce que cela implique.

Soit un couple franco-italien :

Ils habitent Paris.

Ils se marient en Italie, pays de Madame, devant un prêtre catholique.

Ils souhaitent vivre séparés des biens.

En droit italien, il suffit la mention de la séparation des biens en marge de l'acte de mariage.

En revanche, d'après la loi française, le contrat de mariage doit revêtir la forme *notariée*.

Puisque la résidence habituelle de nos protagonistes est en France, le contrat de mariage devrait également revêtir la *forme authentique* :

rigueur qui peut surprendre et, surtout, surprendre les intéressés.

Car on peut penser qu'ils seraient naturellement fondés à s'attendre à ce que l'observation des formalités prescrites par l'Etat de célébration du mariage suffise.

Je ne vais pas m'attarder là-dessus.

Il faut dire un mot de la loi applicable à défaut de choix par les intéressés.

Quelle est cette loi ?

Le Règlement souscrit à une philosophie différente de celle qui sous-tend la LDIP.

C'est là, probablement, la divergence la plus gênante, et la propre à perturber les rapports helvético-européens.

L'article 54 LDIP retient le droit de l'Etat où les époux ont été *domiciliés en dernier lieu* ;

le Règlement donne prépondérance à la loi de leur *première résidence habituelle*.

Prenons un couple *franco-suisse* qui vit d'abord en France puis en Suisse.

Il n'a pas conclu de contrat de mariage.

Eh bien, notre couple est, pour la France, soumis au *droit français* de la communauté des acquêts, avec tout ce que cela implique quant à la division des biens en *propres* et *communs*.

Pour la Suisse, il est soumis au *droit suisse*, et donc à la participation réduite aux acquêts.

Bref, la Suisse et l'Union européenne provoquent des *conflits helvético-européens de lois*, qui pourraient compliquer la vie transnationale de leurs citoyens.

Il est vrai que le Règlement comporte une *clause échappatoire*, à l'article 26, mais je préfère vous renvoyer sur ce point également au texte inclus dans le matériel.

Car je souhaiterais dire un mot des rapports entre les époux et les tiers :

au sujet desquels le Règlement se démarque à nouveau de la LDIP, notamment quant au droit régissant ces rapports lorsque la loi applicable aux rapports *intra-conjugaux* n'est pas *opposable* aux tiers.

Pour le Règlement, c'est la loi applicable à la convention entre l'époux contractant et le tiers, ou bien, s'agissant des affaires portant sur les immeubles, la loi de l'immeuble.

Pour la LDIP, c'est la loi du *domicile* de l'époux contractant.

Je prendrai un cas concret pour montrer les répercussions pratiques...

...cas inspiré de l'affaire *Rybolovlev*, où Monsieur, domicilié à Monaco, avait, pendant l'instance de divorce, vendu à un tiers des parcelles situées à Gstaad.

D'après le droit monégasque, les époux avaient vécu en régime de séparation : en conséquence de quoi une telle vente était efficace vis-à-vis du tiers.

D'après le droit suisse, ils sont soumis à participation aux acquêts, si bien que la vente n'était pas opposable à Madame Rybolovleva, car les biens objet du transfert étaient des acquêts.

Eh bien, pour la LDIP, c'est le droit monégasque qui est pertinent du fait du domicile de Monsieur : le tiers est propriétaire des immeubles.

La solution retenue par le Règlement conduit au droit suisse du lieu de *situation immobilière* : le tiers doit restituer les immeubles.

Une fois de plus, une divergence entre les deux instruments dans des cas de ce type me paraît malencontreuse et susceptible de générer des difficultés .

Quelques flashs sur la reconnaissance des décisions.

Les articles 36 et suivants étendent aux régimes matrimoniaux le dispositif de circulation facilitée des décisions mis sur pied par Bruxelles / Lugano.

La reconnaissance devra dorénavant être accordée, y compris aux décisions comportant des *mesures provisoires* à exécuter à l'étranger (point qui n'est pas secondaire dans le contentieux matrimonial).

La procédure d'*exequatur* est la même que celle qu'organise encore aujourd'hui la Convention de Lugano.

L'*exequatur* n'a donc pas été aboli, comme l'a été, depuis 2015, par Bruxelles I-bis.

Les motifs de refus de reconnaissance sont les motifs habituels :

Contrariété manifeste avec l'ordre public, défaut de signification de l'acte introductif d'instance, inconciliabilité des décisions.

La reconnaissance des décisions suisses dans les Etats membres participants restera soumise aux règles de reconnaissance nationales.

Dans une affaire franco-suisse, une décision genevoise constatant la co-propriété des époux sur un immeuble situé en Haute Savoie (à Neydens, où se trouve VitamParc) a été présentée par Madame pour la reconnaissance à la Cour de Chambéry...

... laquelle l'a accordée, en qualifiant la question d'inhérente au régime matrimonial, sauf pour ce qui est des *modalités de partage*, qui sont du ressort de la juridictions françaises du lieu.

Le Règlement ne devrait pas changer grand-chose à de tels cas de figure.