



Article scientifique

Article

2019

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Quelques remarques sur le nouveau Règlement n° 1103 du 24 juin 2016
en matière de régimes matrimoniaux et son incidence dans les relations
helvético-européennes

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Quelques remarques sur le nouveau Règlement n° 1103 du 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux et son incidence dans les relations helvético-européennes. In: La pratique du droit de la famille, 2019, n° 1, p. 1–48.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135126>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 22:50

Quelques remarques sur le nouveau Règlement n° 1103 du 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux et son incidence dans les relations helvético-européennes¹

Gian Paolo Romano, Professeur ordinaire, Université de Genève

Mots clefs: Union européenne, Régimes matrimoniaux, compétence internationale, droit applicable, reconnaissance des décisions.

Stichwörter: Europäische Union, Ehelicher Güterstand, internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht, Anerkennung von Entscheidungen.

Le droit international privé de la famille vit, dans l'Union européenne, une véritable révolution. La disparité des règles de compétence, de conflit de lois et de reconnaissance des décisions est progressivement supplantée par des dispositions uniformes, posées ensemble par les Etats membres.² On enregistre, ces dernières années, une accélération spectaculaire de la production de telles règles de source multi-nationale.

Il ne s'agit pas de règles de *droit matériel*, car le droit de la famille continue à différer considérablement d'un Etat membre à l'autre. Pour ne prendre que quelques illustrations, le mariage homosexuel est autorisé aux Pays Bas, en France, depuis peu en Allemagne et, ce qui ne manquera pas de surprendre, à Malte ; il ne l'est pas en Autriche ou en Italie, et il est vigoureusement combattu par les gouvernements conservateurs aux commandes en Hongrie et en Pologne. L'adoption plénière par une femme célibataire est permise en Angleterre mais ne l'est toujours pas en Italie pas plus qu'au Luxembourg. Le régime matrimonial ordinaire, ou « par défaut », est la séparation des biens en Grèce, la communauté réduite aux acquêts en Italie, la communauté universelle « différée » en Suède, la « participation aux augmentations » en Allemagne.³ Ce n'est que ponctuellement que l'œuvre de la Cour de Strasbourg entraîne une cer-

1 Le texte est la version élargie d'une intervention prononcée le 10 mars 2018 à Neuchâtel lors d'une journée de formation continue organisée par l'Association suisse des Avocats spécialistes en droit de la famille. Le style oral a été le plus souvent maintenu. Je tiens à remercier Maîtres Micaela Vairini et Bernadette Schindler Velasco pour l'aimable invitation qu'elles m'ont adressée.

2 Ou une majorité d'entre eux, en tout cas. Car, ainsi que je le rappellerai plus loin, *tous* les Règlements européens en droit international privé de la famille ne s'appliquent pas à *tous* les Etats membres : v. *infra*, dans ce même paragraphe et à la Section II.1.

3 Pour utiliser la traduction qui avait les préférences du regretté Fritz Sturm.

taine harmonisation des lois nationales et de leur mise en œuvre au sein du Conseil de l'Europe – dont plus de la moitié des membres le sont également de l'Union –, histoire d'en assurer la compatibilité avec le droit au respect de la vie privée et familiale inscrit à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est l'intervention de la Cour de Strasbourg qui a, par exemple, astreint la Suisse – on s'en souvient – à réformer le droit du nom et, plus récemment, l'Italie à se doter d'une loi sur les « unions civiles ».⁴ Mais un tel travail jurisprudentiel n'empêche pas, loin s'en faut, la persistance d'écart notable entre les législations, et les conceptions de la justice des relations familiales – et de la morale familiale – qui les sous-tendent : quant à ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, et quant aux droits subjectifs et aux obligations réciproques que de telles relations induisent dans la sphère des êtres humains qui y participent.

C'est précisément pour gérer un tel *pluralisme juridique*, et éviter qu'il ne dégénère en *conflits juridiques* frappant les hommes et les femmes formant les familles qu'on pourrait appeler *transeuropéennes*, que les Etats membres procèdent depuis une vingtaine d'années à l'unification de leurs règles de droit international privé. Un corpus de quelques 300 articles distribués à travers six instruments a déjà vu le jour. Citons d'abord – chronologie oblige – le Règlement Bruxelles II-*bis* sur la compétence et la reconnaissance en matière de divorce et de séparation de corps, d'une part, et de responsabilité parentale, d'autre part, qui date de 2003, dont la révision est en chantier.⁵ Evoquons ensuite le « Règlement Aliments » entré en application en 2011,⁶ puis le Règlement dit « Rome III », sur le droit applicable au divorce, opératoire depuis 2012, pour 17 Etats membres,⁷ et encore le grand « Règlement Successions », qui a cours en 25 Etats depuis le 17 août 2015.⁸ Ce sera bientôt le tour de deux autres Règlements, adoptés ensemble le 24 juin 2016, en vigueur à compter du 29 jan-

4 CEDH, 9 novembre 2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, req. 664/06 (v. ég. 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*), et *Oliari et al c. Italie*, 21 juillet 2015, req. 18766/11 et 36030/11.

5 Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

6 Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires

7 Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps – qui est le premier à avoir été adopté par le mécanisme dit des « coopérations renforcées », dont il sera question plus loin (Section II. 1). Le nombre d'Etats participants était de 14 au 21 juin 2012, auxquels se sont ajoutés la Lituanie (2014), la Grèce (2015) et l'Estonie (2018).

8 Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

vier 2019 : l'un concerne les *régimes matrimoniaux* et l'autre les *effets patrimoniaux des partenaires enregistrés*.⁹

C'est au Règlement « régimes matrimoniaux » que je voudrais m'intéresser, en précisant que l'instrument visant les partenariats enregistrés a été calqué sur lui : ce sont là deux instruments « quasi-jumeaux ». ¹⁰ Je voudrais en examiner successivement la finalité – et je voudrais le faire à la lumière de quelques affaires contemporaines (I) –, puis le domaine d'application (II), pour ensuite donner un bref aperçu des règles de compétence internationale (III), de conflit de lois (IV), et de reconnaissance (V). Je m'efforcerai de signaler, lorsqu'il paraîtra utile, l'incidence que ce nouvel instrument promet de déployer sur les effets patrimoniaux résultant de l'union et de la désunion conjugale s'agissant de *couples helvético-européens* : ceux dont la vie et les biens se rattachent à un ou plusieurs Etats membres, d'une part, et la Suisse, d'autre part.¹¹

I. Objectifs du Règlement : réduire le désordre juridique intra-européen

Le Règlement aspire à épargner aux êtres humains qui s'unissent en mariage les conséquences adverses, parfois même néfastes, pouvant résulter de la variété des régimes matrimoniaux émanant des Etats membres. Car, aujourd'hui, les couples dont la vie conjugale, professionnelle et patrimoniale, se déploie multi-territorialement sont, tout comme leurs biens, assujettis, au sein de l'Union européenne, à une pléthore de règles de conflit et de compétence. Une telle pluralité désordonnée, et l'incertitude qui règne souvent quant à la reconnaissance dans un Etat membre d'une décision rendue en ce domaine dans un autre Etat¹² – risque de leur infliger des conflits intra-européens de *lois*, des conflits intra-européens de *juridictions* et des conflits intra-européens de *décisions*. L'insécurité juridique résultant de tels conflits – et déjà

9 Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux et Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

10 JOUBERT, La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale – Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *Revue critique de droit international privé* 2017, 1 s., point 6.

11 Et le cas échéant d'autres Etats encore, au-delà de l'aire helvético-européenne.

12 Le Règlement dit « Bruxelles II-bis » (*supra*, note 5) n'est pas applicable et les règles « mono-nationales » ayant cours dans les différents Etats membres sur la reconnaissance des décisions étrangères sont tantôt restrictives tantôt incertaines quant à leur teneur et au résultat de leur application dans un cas d'espèce concret.

la simple menace de tels conflits et d'une telle insécurité – peuvent entraver la vie intra-européenne des ménages et l'exercice de la liberté que leur reconnaissent les textes fondateurs de circuler à l'intérieur du territoire multi-national de l'Union et d'y déplacer leurs biens, d'y faire circuler leurs capitaux, ou rendre inutilement laborieux ou onéreux un tel exercice. Pire encore, les désaccords inter-étatiques sur les conséquences patrimoniales qui résulteraient d'une désunion peuvent *encourager*, en les y *autorisant*, des comportements par un conjoint au détriment de l'autre qui ne sont pas dignes d'un *espace de droit*, d'un espace de *justice*, qui relèvent davantage de la *loi de la jungle* que de la *loi juridique*.¹³

Je prendrai quelques exemples. Supposons deux Allemands mariés en Allemagne vivant à Paris et possédant, dans leur ensemble, des biens en France et en Allemagne, acquis postérieurement à la célébration de leur mariage. Ils n'ont pas fait de *Ehevertrag*. Quelques années s'écoulent et, lorsque les premières dissensions surviennent, chacun commence à s'interroger de son côté sur le régime qui leur est applicable. Pour l'Allemagne, c'est-à-dire pour le droit international privé *allemand*, inscrit dans le *EGBGB*,¹⁴ c'est le *droit allemand*, du fait de leur nationalité commune, et donc la « participation aux augmentations ». Mais la France n'est pas d'accord : d'après la Convention de La Haye de 1978 qui a cours dans l'Hexagone ainsi qu'aux Pays-Bas et au Luxembourg¹⁵, c'est le droit de la résidence habituelle commune au moment du mariage, qui se situe en France : nos personnages auraient donc vécu, pour la France, sous le régime de la *communauté réduite aux acquêts*, qui est assez différente de la *Zugewinnngemeinschaft* du droit allemand. En somme, la loi applicable, et par conséquent les droits subjectifs et les obligations réciproques des époux quant aux biens et les dettes qui sont les leurs, menacent de dépendre du choix du juge du divorce. Autant – en effet – le for allemand, en vertu de leur nationalité commune, que le for français, en vertu de la « résidence habituelle des époux » au moment du dépôt de l'action, sont ouverts par le Règlement Bruxelles II-*bis*¹⁶ ; et chacun des deux pays tient pour applicable sa propre loi, y compris en principe aux actifs qui se trouvent dans l'autre Etat. Nos protagonistes sont donc confrontés à un *conflit franco-allemand de lois*. Et constatant celui-ci, Monsieur pourrait être tenté de saisir le juge al-

13 Depuis le Traité d'Amsterdam de 1997, les Etats membres se sont donnés l'objectif de créer un espace de *liberté, sécurité, justice* et d'en faire bénéficier leurs ressortissants et résidents. Le fondement juridique d'un tel objectif est inscrit aujourd'hui à l'article 3 du Traité sur l'Union européenne, dont voici le passage pertinent du paragraphe 2 : « *L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes...* ».

14 Article 15 EGBGB sur le *Güterstand*, qui renvoie à l'article 14 sur les *Allgemeine Ehwirkungen*.

15 Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1992.

16 Article 3 al. 1 lit a) premier tiret et lit b) du Règlement Bruxelles II-*bis*.

lemand et Madame de saisir le juge français.¹⁷ L'époux qui ouvre le premier une action en divorce peut être avantagé quant aux conséquences patrimoniales, dans la mesure – qui est toutefois souvent, en ce domaine, malaisé de définir à l'avance – où le juge saisi en second lieu accepterait de surseoir à statuer en déférant à l'autorité saisie en premier lieu.

Voilà qui est aux antipodes de l'objectif de *sécurité juridique* – résultant à son tour de la *prévisibilité du droit* – que la France et l'Allemagne poursuivent chacune de son côté, visant à permettre aux justiciables de connaître préjudiciairement, avec une certitude raisonnable, et sans passer par des procès dans la mesure du possible, les droits qui leur reviennent et les obligations qui leur incombent et de diminuer par là le contentieux, de désarmer les conflits humains. Une telle situation est également contraire à l'idée de *justice* entendue comme *égalité* (*Waffengleichheit*), qui requiert que toute incertitude objective soit tranchée non pas par une partie au détriment de l'autre partie, mais bien par une autorité *super partes*, au-dessus des parties. Il en résulte une incitation à la course vers le for (« *race to the courthouse* ») et parfois une prime à l'époux qui, au lieu de chercher de renouer le dialogue, porte le premier le mariage devant les prétoires de son choix.

Une avocate anglaise dont j'étais « *co-panelist* » lors d'une conférence organisée au mois de juin 2017 à Londres sur l'arbitrage en droit de la famille, interrogée par le public sur le sort post-Brexit du Règlement Bruxelles II-*bis*, a fait part de sa conviction que certains couples dont elle a eu à s'occuper n'auraient probablement pas divorcé – qu'ils auraient pu surmonter leur crise conjugale – si chacun des époux n'avait pas eu à craindre que l'autre dépose en premier une requête en divorce dans un for qui lui est favorable. L'affaire *Z. v Z.* en offre peut-être une illustration.¹⁸ Deux ressortissants français s'étaient mariés en France après avoir établi devant deux notaires français un contrat de séparation des biens, fixant à Paris leur première résidence. Ils s'étaient ensuite installés aux Pays-Bas, puis à nouveau en France, et finalement en Angleterre. Exerçant son droit à la mobilité professionnelle, Monsieur avait accepté d'assumer successivement la responsabilité du siège néerlandais et londonien de l'entreprise gérant un fonds de capital-risque dont il était rapidement devenu l'un des dirigeants les plus influents. Seulement, peu avant leur déménagement à Londres, le couple vacille. A s'en tenir aux impressions du juge britannique, Madame souhaitait poursuivre le mariage, qui avait duré plus de dix ans, tandis que Monsieur, qui avait formé une liaison avec une autre femme, « ne savait pas bien ce qu'il voulait ».¹⁹ Il

17 Ou inversément.

18 *Z. v Z.* (No 2) [2011] EWHC 2878 (Fam), précédé par la décision retenant la compétence du juge anglais, *Z. v Z.* (No. 1) [2010] 1 FLR 694.

19 « The Husband had formed a relationship with another woman but it is clear that he was undecided as to what he wanted for the future. The Wife, on the other hand, was keen for the marriage to continue » : *Z. v Z.* (No 2) [2011] EWHC 2878 (Fam), n° 13.

semble que c'est la crainte que Monsieur ouvre action en France et obtienne une décision déniait à Madame toute participation à la fortune qu'il avait accumulée au cours du mariage – plus de 13 millions de livres – qui a conduit l'épouse à prendre les devants et déposer en Angleterre une requête en divorce. Les juges français et anglais étaient l'un et l'autre compétents en vertu du Règlement Bruxelles II-*bis* du fait respectivement de la nationalité française commune et de la résidence habituelle en Angleterre²⁰; le juge français appliquerait, dans un cas de ce type, le droit français pour qui le contrat de séparation des biens lie les époux contractants; le juge anglais applique le droit anglais qui lui permet encore aujourd'hui de s'affranchir d'un tel accord en lui conférant le pouvoir d'ordonner les attributions financières – *financial provisions* – qu'il estime équitables. Madame est encouragée à « *pré-réserver* » la compétence du juge anglais au cas où ils en viendraient à divorcer, ce qu'elle ne souhaite pas. Mais lorsque les juges sont appelés à intervenir, et que les avocats s'y mêlent – dont il est connu que certains, parfois de bonne foi, *alimentent* l'opposition des esprits au lieu de l'édulcorer – une crise peut-être temporaire se radicalise. Et le conflit devient irréversible. Madame a, dans cette affaire, obtenu du juge anglais une décision lui accordant une somme équivalant à 40 % des biens de Monsieur, situés en Angleterre et en France, au moins cinq fois supérieure à celle qu'elle aurait obtenue d'un juge français, lequel aurait exercé la compétence si Monsieur l'avait saisi en premier.²¹ Il n'est toutefois pas sûr que, dans un cas de ce type,²² la décision rendue en Angleterre serait reconnue et mise à exécution en France car, pour la France, le contrat de séparation, établi par des époux français vivant à l'époque en France devant deux notaires français, était parfaitement valable. Monsieur peut dès lors être tenté de rapatrier en France l'essentiel de sa fortune afin d'échapper aux prétentions de Madame jugées pourtant légitimes en Angleterre, et demander à être réemployé par le siège parisien de la firme en quittant définitivement l'Angleterre. On le voit, un désaccord inter-étatique quant à la titularité des mêmes biens ou de la valeur qu'ils représentent – pour un Etat, ils appartiennent à tel *individu*, pour l'autre Etat, ils appartiennent à tel autre *individu* – condamne les êtres humains impliqués, victime d'un tel désaccord, à évoluer dans un *espace binational d'anarchie*, qui est la négation d'un *espace de droit et de justice*.²³ Un tel désaccord alimente les conflits entre les justiciables

20 Z. v Z. [2010] 1 FLR 694.

21 Pour une affaire mettant en cause un couple de ressortissants français où Monsieur avait saisi le juge français avant que Madame ne saisisse le juge anglais, v. E. v E. [2015] EWHC 3742 (Fam).

22 « Dans un cas de ce type » car Monsieur avait en l'espèce proposé devant le juge anglais de transférer à Madame un immeuble en France, d'en vendre un autre également en France et verser le prix de la vente à Madame : Z. v Z. (No 2) [2011] EWHC 2878 (Fam), n° 88.

23 Je me suis permis d'insister sur un tel point dans un article récemment publié au sujet de la distribution des patrimoines individuels internationaux par voie de succession : ROMANO, Successions internationales et (sémi-)loi fédérale sur le droit international privé : quelques défis, SZIER/RSDIE, 2018, 183 s.

alors que le but des règles de droit, et de la sécurité juridique qu'elles poursuivent, d'une part, et des décisions de justice, d'autre part, est de *prévenir* ces conflits dans la mesure du possible et, en tout cas, de les *trancher*. Un tel désaccord encourage des manœuvres unilatérales propres d'une justice privée, qui est celle que l'on se fait soi-même ; il limite la circulation intra-européenne des *capitaux* – Monsieur accepterait-il d'investir en Angleterre si les biens qu'il souhaiterait y déplacer et qui lui appartiennent du point de vue de la France risquent d'être saisis et transférés à Madame en exécution d'une décision anglaise ? – tout comme la circulation des *personnes*. Car si l'on reporte en arrière la perspective et que l'on envisage les choix qui s'ouvrent à lui avant de s'installer en Angleterre, Monsieur pourrait refuser le poste « en or » qui lui est offert à Londres et renoncer par-là à tirer profit de la mobilité intra-européenne pourtant encouragée par le droit de l'Union, histoire d'éviter d'avoir affaire avec la justice anglaise et le droit anglais.²⁴

Comme cette affaire l'atteste, le for anglais est notoirement plutôt lucratif pour l'époux moins bien loti, qui y est attiré comme un « *papillon nocturne est attiré par la lumière* »²⁵, pour reprendre l'expression forgée par un juge célèbre, Lord Denning, qui signifiait ainsi l'attractivité du for américain en matière de responsabilité civile. Il est vrai que les choses ont un peu évolué à la suite de l'affaire *Radmacher v. Granatino*. Par une décision rendue en 2010²⁶, la Cour suprême du Royaume-Uni a conclu que ce n'était pas « inéquitable » (*unfair*) de tenir en l'affaire pour valable l'accord pré-matrimonial de séparation des biens que les époux avaient conclu devant un notaire allemand en le soumettant au droit allemand : il s'agissait d'une riche héritière allemande et d'un ressortissant français, cadre d'une banque d'affaires au moment du mariage, qui avait par la suite réorienté sa carrière en obtenant un doctorat en biotechnologie. Mais, comme le confirme l'affaire *Z. v. Z.*, le contrôle de la nature « équitable » de l'accord de séparation dépend, selon le « test » développé par la Cour suprême, assez largement des circonstances de chaque cas. Ce qui, par exemple, différencie l'affaire *Radmacher v. Granatino* de bien d'autres tient à ce que la richesse

24 Même s'il est vrai que le « Brexit », dont on ne sait toujours pas si et comment il se concrétisera, a depuis, pour ce qui est des rapports avec le Royaume-Uni, un peu changé la donne.

25 « As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States » : *Smith Kline & French Lab. Ltd v. Bloch*, 1 W.L.R. 730 (C.A.).

26 [2010] UKSC 42, rendue sur recours – rejeté par la Cour suprême – formé contre la décision de la Cour d'appel (*Court of Appeal*), [2009] EWCA Civ 649, qui avait annulé la décision de la Haute Court de Justice (*High Court of Justice*) laquelle, en négligeant l'accord prématrimonial, avait condamné l'ex-épouse à verser la somme de 5.5 millions de livres à l'ex-époux. On ne peut pas s'empêcher de s'interroger ici de nouveau sur les chances qu'aurait eues une telle décision anglaise de première instance – si les hostilités judiciaires en étaient restées là – d'être reconnue et mise en œuvre en Allemagne car, pour l'Allemagne, l'*Ehevertrag* litigieux (qui englobait aussi un *Erb-* et *Unterhaltsvertrag*) était parfaitement valable. Tant et si bien que, pour l'Allemagne, Katrin Radmacher n'était débitrice de rien envers Nicolas Granatino sous l'angle du régime matrimonial.

de la partie la plus fortunée provenait en l'espèce non pas de son activité professionnelle, mais bien des dons généreux reçus de sa famille, dons qui, en droit allemand comme dans bien de législations de l'Europe continentale, échappent en principe au régime des acquêts, qu'un tel régime soit de type *participatif* comme d'ordinaire en Allemagne et en Suisse, ou bien de type *communautaire*, comme en France ou en Italie.

La jurisprudence anglaise regorge d'affaires où le conjoint le plus aisé tirait du succès professionnel le patrimoine dont l'autre demandait à profiter. Outre *Z. v Z.*, citons deux récents *big money cases* – mettant l'un et l'autre en cause deux couples de ressortissants de Malaisie – où la bataille internationale autour du for a été particulièrement virulente. L'affaire *Chai v Peng*²⁷ avait pour protagonistes, d'une part, un homme d'affaires connu, de nationalité malaisienne et d'origine chinoise, Kho Kai Peng, qui a édifié au cours des années un empire prospère, propriétaire entre autres du *brand* Laura Ashley, dont les actifs sont répartis en plusieurs continents – de l'Asie du Sud-Est au Canada en passant par l'Angleterre – et, d'autre part, son épouse, Pauline Siew Phin Chai, ancienne Miss Malaisie, qui avait sacrifié sa vie professionnelle pour élever leurs cinq enfants. Après 42 ans de vie conjugale, Madame introduit à Londres une action en divorce et, immédiatement après, Monsieur introduit une « contre-action » à Kuala Lumpur. Après quelques hésitations compte tenu de la dispersion internationale des liens du couple – Malaisie, Angleterre mais aussi Canada et Australie, dont Madame avait acquis le passeport – le tribunal britannique se déclare compétent selon le Règlement Bruxelles II-*bis* en considérant que Madame avait été habituellement résidente en Angleterre pendant l'année antérieure à la date de l'action en divorce.²⁸ Dans une première phase de la procédure, le juge malais se déclare lui aussi compétent en jugeant que Madame était, au moment du dépôt de la requête devant lui, nécessairement domiciliée à Kuala Lumpur au domicile de Monsieur.²⁹ Constatant le conflit anglo-malaisien de *procédures* et la menace d'un conflit anglo-malaisien de *décisions*, les coûts exorbitants du contentieux, l'ampleur des ressources judiciaires et de l'argent des contribuables mobilisés sur plusieurs fronts – un foyer de la bataille avait également été engagé au Canada – le juge britannique est allé jusqu'à « implorer » à plusieurs reprises les litigants de s'asseoir autour d'une table et trouver un accord « *avant que cet atroce contentieux n'échappe un peu*

27 *Chai v Peng* [2014] EWHC 1519 (Fam) ; v. ég. *Chai v Peng* [2014] EWHC 750 (Fam) portant sur la requête formée par Madame visant à obtenir une pension alimentaire pour la durée de la procédure.

28 Article 3, al. 1, a), cinquième tiret. Les avocats de Madame s'étaient entre autre servis, pour prouver la résidence anglaise de Madame, du dressing – fort de plus de 1000 paires de chaussures – qu'elle entretenait dans la maison du Hertfordshire.

29 Ce qui résulte du récit de la *High Court*, *Chai v Peng* [2014] EWHC 1519 (Fam), n° 4-5.

plus à tout contrôle ». ³⁰ Statuant en dernière instance, la Cour fédérale de Malaisie renonce à exercer la compétence moyennant *forum non conveniens*. Le juge britannique accordera à l'ex-épouse des *financial provisions* à hauteur de plus de 60 millions de livres, un tiers de la fortune de l'ex-époux. Mais il n'est une fois de plus pas acquis qu'une telle décision puisse être exécutée internationalement – et qu'elle comporte des véritables *droits subjectifs* au profit de Madame et des véritables *obligations* à la charge de Monsieur – car les autres Etats impliqués, Malaisie en tête, pourraient l'estimer exorbitante compte tenu de leur droit – et de leur propre conception de la justice – des régimes matrimoniaux. ³¹ Dans *Tan v Choy* ³², c'est en revanche Monsieur, Wenig Choy, malaisien, qui avait renoncé à une carrière de banquier pour permettre à Madame, Lena Tan, également malaisienne, de poursuivre la sienne. C'est donc Monsieur qui saisit le juge britannique. La Haute Cour de Londres tout comme la Cour d'appel acceptent une fois de plus la compétence considérant que Monsieur avait été, au moment de la demande, habituellement résident en Angleterre depuis plus d'une année et ce quand bien même le couple avait des attaches solides avec Hong Kong, Kuala Lumpur et Singapour.

C'est que la recherche de la résidence habituelle des époux – ou de l'époux, *demandeur* ou *défendeur* selon les cas, dont elle est pertinente aux fins de la compétence – donne souvent du fil à rétorquer aux tribunaux des Etats membres. Et dans les

30 « Any reader of my first judgment will see at paragraph 5 of that judgment that I implored them to sit down and discuss money before this appalling litigation got yet further out of control ». Voici le texte du passage cité du premier jugement : « Frankly, it is deeply depressing that they have been litigating for around a year, both here and in Malaya ; that they have already incurred this phenomenal expenditure of at least £1,600,000 in costs ; and, so far as I am aware, that there has been little, if any, attempt actually to sit down and to negotiate. This case is not about the divorce. They both agree that they seek a divorce. It makes not a row of beans difference whether their marriage is dissolved here or in Malaya. It is only about one thing – money. Sooner or later they need to sit down and discuss money. I implore them to do so before this appalling litigation gets yet further out of control » : *Chai v Peng* [2014] EWHC 750 (Fam), n° 5. Sur la nature « incontrôlable » du litige du fait entre autres des procédures parallèles engagées en Angleterre et en Malaisie risquant de se neutraliser mutuellement, v. cet autre passage : « At the moment it appears to me that this worldwide litigation is completely out of control. Phenomenal costs are being spent, a phenomenal amount of court time worldwide has already been taken up, and very long delays are in contemplation when, as I have said, what is really needed is for the parties – together, of course, with their legal advisers – to sit down together and negotiate ». Et le juge britannique de s'inquiéter d'autant plus du gaspillage des ressources publiques que, citoyens étrangers, ni l'un ni l'autre litigant ne payait d'impôts en Angleterre : « So far as the situation here is concerned, neither of them are British citizens. Neither of them currently pays any English taxes whatsoever. Very serious issues ought to arise as to just how much time of an English court these parties should be able to take up on these preliminary skirmishes, whilst squeezing out the many needy litigants who need precious court time to recover their children from abduction or seek their return from care, and other such issues » (arrêt préc., n° 8).

31 *Chai v Peng* and others [2017] EWHC 792 (Fam).

32 *Tan v Choy* [2014] EWCA Civ 251.

cas d'une dualité ou pluralité de *résidences réelles et régulières* entre lesquelles les époux ont l'« habitude » de distribuer leur vie internationale – cas de moins en moins rare –, il peut paraître parfois artificiel de vouloir à tout prix en identifier une qui est *plus habituelle* que l'autre, ou les autres. Il n'est dès lors pas surprenant que les juges ont tendance à considérer que si l'une de ces résidences se trouve sur leur territoire, cela suffit pour fonder leur compétence. Dans *Marinos v. Marinos*³³, il y allait d'un couple gréco-britannique – lui, Lykourgos Marinos, grec, elle, Jane Elizabeth Marinos, britannique – qui s'étaient rencontrés et mariés en Angleterre, où ils avaient vécu pendant plusieurs années avant que Monsieur ne s'installe en Grèce avec les enfants, alors que Madame, employée de British Airways et suivant en parallèle une formation de juriste, se « partageait » entre la Grèce et l'Angleterre. Madame saisit le juge anglais quelques semaines avant que Monsieur ne saisisse le juge grec. Pour déterminer où elle était résidente, les avocats à la cause sont allés jusqu'à relever minutieusement les jours, et les nuits, qu'elle avait passés sur le territoire de l'un et l'autre Etat au cours des six mois antérieurs au dépôt de la requête en divorce en parvenant ... à une *quasi-égalité* ! Le juge britannique conclut à la résidence habituelle de Madame en Angleterre et retient la compétence. Il est permis de conjecturer que les juges grecs l'auraient « localisée » en Grèce, où vivaient ses enfants et son mari.

Ce qu'on appelle « *forum shopping* » est donc, dans le domaine des conséquences financières de la désunion, une réalité indéniable. Le phénomène intéresse, bien sûr, la Suisse également. Une affaire dont la presse helvétique s'est emparée l'année dernière en offre un exemple.³⁴ Monsieur est un homme d'affaires helvétique, résidant monégasque, ayant été à la tête d'une société vaudoise prestigieuse et détenant des intérêts professionnels et financiers dans plusieurs pays, en Europe, aux Etats-Unis et en Asie. Madame est citoyenne américaine divorcée d'un ressortissant saoudien. Nos deux protagonistes se sont mariés à Hong Kong, sans passer de contrat de mariage, et ils ont par la suite vécu de manière itinérante, souvent en voyage entre leurs multiples demeures – Monaco, Gstaad, Paris, New York, Londres – exemple saisissant d'un *nomadisme* contemporain appelé à se répandre. Au bout de sept ans de mariage, Monsieur se résout à en demander la dissolution. Quel est le for lui permettant de se défaire aux moindres frais d'un lien devenu un joug ? Si le droit *monégasque* est applicable, Madame ne toucherait pas grand-chose³⁵, car le régime matrimonial par défaut, dans la Principauté, est la séparation des biens et il semble que le

33 *Marinos v Marinos* [2007] EWHC 2047 (Fam).

34 FAVRE, Amon contre Amon : grand déballage sur le Rocher, *Le Temps*, 24 février 2017, <<https://www.letemps.ch/societe/amon-contre-amon-grand-deballage-rocher>>.

35 Ce n'est que récemment que le droit monégasque a introduit la prestation compensatoire inspirée du droit français, mais les juges de la Principauté semblent, même sur ce point, être moins généreux que leurs homologues français : v. Cour d'appel de Monaco, 18 octobre 2011, *G. c/ C.* Pour ce qui est de la pension d'entretien, v. Cour d'appel de Monaco, 8 juin 2010, *V-B. c/ F-R.*

droit monégasque rendrait caducs certains des importants dons qu'elle a reçus de lui. Si le droit *suisse* est applicable, Madame pourrait prétendre à la moitié des acquêts réalisés au cours du mariage. Si un juge de Hong Kong se déclare compétent, il n'est pas exclu qu'elle puisse prétendre à une somme bien supérieure, selon le système des *financial provisions* d'inspiration anglaise.³⁶ Monsieur saisit le juge de Monaco, au mois de septembre 2015, à quoi Madame réagit en saisissant le juge de New York en prétendant y être domiciliée. C'est qu'à New York se trouvent certains biens, entre autres des tableaux, qu'elle affirme, d'après la loi newyorkaise, être de « propriété maritale » (*marital property*) et dont elle demande devant la justice américaine la restitution. Quelle que soit l'issue de ce contentieux multi-national tentaculaire, encore en cours – pour l'instant les demandes de Madame ont toutes été rejetées par les tribunaux newyorkais³⁷ –, on constate une fois de plus que si, pour un Etat, des actifs appartiennent à une personne tandis que, pour un autre Etat, ces mêmes actifs appartiennent (en tout ou en partie) à une autre personne, c'est là le chaos juridique international; et qu'un tel désordre favorise le retour à la loi du plus fort, du plus rapide, du plus malin : un être humain est encouragé à appréhender le premier les biens dont la titularité fait l'objet du désaccord inter-étatique *a priori* insoluble, et les ramener sur le territoire de l'Etat pour qui il en est le propriétaire légitime en détenant, par conséquent, le droit d'en disposer comme il l'entend.

C'est ce que confirme de manière spectaculaire le divorce des époux Rybolovlev. Qualifié du « divorce du siècle », une telle saga intéresse ici car elle a montré que les différences entre les systèmes de droit international privé peuvent résulter non seulement de la diversité des règles de conflit de lois et des rattachements qu'elles retiennent mais également de celles concernant la *qualification* des biens litigieux. L'essentiel du contentieux opposant Dmitri Rybolovlev à Elena Rybolovleva – ressortissants russes qui s'étaient mariés en Russie puis installés à Genève – avait pour objet la détermination de la masse des actifs sur lesquels devaient opérer les dispositions gouvernant le régime matrimonial, qui était, pour la Suisse, la *participation aux acquêts* du droit suisse du fait du dernier domicile commun du couple, le droit russe de la première résidence conjugale prescrivant par ailleurs un régime semblable. Chypre – dont la loi matérielle prévoit aussi la participation d'un époux à la fortune acquise par l'autre pendant le mariage – estime que les biens que Monsieur a transférés au profit de deux trusts de droit chypriote trois ans avant le dépôt par

36 En ce sens, l'affaire jugée par la *Court of Final Appeal* de Hong Kong, *LKW v. DD* [2010] HKCFA 70.

37 L'action en divorce formée par Madame a été rejetée par la *Supreme Court of the State of New York*, Index No. 302751/2016 (Sattler J.); l'action visant la restitution des biens newyorkais l'a été, en première instance, par la même cour, décision No. 161448/2015, du 17 janvier 2017, confirmée en appel par la *New York Court of Appeals*, 2018 NY Slip Op 02541 du 12 avril 2018. Ces décisions sont disponibles sur <<https://law.iustia.com>>.

Madame de la requête en divorce sont juridiquement sortis de son patrimoine. C'est pourquoi le Tribunal de district de Nicosie avait adressé à Madame, tout comme à ses avocats, une interdiction mondiale « *d'avancer quelque allégation que ce soit, où que ce soit dans le monde ou ailleurs, selon laquelle les deux trusts seraient invalides, seraient des entités écrans, ou seraient contrôlés par quiconque à part le trustee* ». ³⁸ En somme, les prétentions dont se réclame l'épouse du fait du régime matrimonial ne sauraient, pour Chypre, attaquer de tels actifs. En Suisse, le Tribunal de première instance de Genève avait considéré que ces biens constituent des *acquêts* à partager, dont la valeur est dès lors fixée au jour de la *liquidation* du régime, selon l'*alinéa 1* de l'article 214 du Code civil, c'est-à-dire à la fin de la procédure de divorce, qui en l'espèce s'est terminée en 2015. La Cour de justice de Genève adopte une vue différente en les qualifiant de biens à *réunir aux acquêts* en tant qu'objet de *libéralités*, encore que faites dans l'intention de compromettre la participation de Madame Rybolovleva, au regard de l'article 208 du Code civil. ³⁹ Il s'ensuit que la valeur des actifs apportés aux trusts aux fins de la détermination de la créance de liquidation du régime doit être fixée non pas au jour du *divorce*, mais au jour de l'*aliénation* – en l'espèce en juin 2005 – selon l'*alinéa 2* de l'article 214. Cette différence quant à la « date-valeur » (2015 au lieu de 2005) explique l'écart vertigineux entre la valeur de la créance reconnue à Madame Rybolovleva par la Cour de Genève (560 millions de francs suisses) et la somme, six fois supérieure, que lui avait allouée le Tribunal de première instance (plus de 4 milliards). ⁴⁰ L'affaire s'est soldée par un accord transactionnel, au contenu secret. Soulignons de nouveau que si l'un des Etats impliqués attribue à un « litigant » les biens disputés ou une somme équivalant à leur valeur, mais que l'autre Etat impliqué les attribue à l'autre « litigant », les deux Etats, presque en litige eux-mêmes, *crystallisent* le différend entre ces personnes au lieu de le *trancher*. La transaction paraît être le seul moyen « civilisé » pour savoir de manière définitive *qui a quels* droits sur *quels* biens en surmontant les désaccords divisant les Etats impliqués sur ce point.

La jurisprudence française récente révèle aussi des batailles acharnées autour du droit applicable au régime matrimonial et parfois autour du for compétent. Un groupe nourri de ces affaires concerne les divergences entre le régime ordinaire du droit français et celui que consacre le droit d'un pays de l'Afrique du Nord – Maroc ⁴¹

38 *Rybolovlev and others v Rybolovleva* (2010) AAD 82; le passage est tiré de ΖΑΚΙ, Ces 4 milliards que Chypre confisque à Elena Rybolovleva, Bilan, 13 août 2014.

39 Cour de justice GE, 5 juin 2015, ACJC/663/2015, Semaine judiciaire 2016, 273.

40 Les juristes, et plus encore les avocats, le savent bien : tout est parfois affaire d'alinéas. Il n'empêche, l'enjeu financier qui sous-tendait le choix en l'affaire *Rybolovlev* entre l'alinéa 1 et l'alinéa 2 comptait sûrement parmi les plus importants de l'histoire humaine.

41 Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 14 mai 2014, 12-29.922, prononcé sur pourvoi formé contre Cour d'appel d'Agen, 4 octobre 2012, n° 11-01.510.

et Algérie⁴² en tête – ou du Moyen-Orient, Liban notamment.⁴³ Il s'agit souvent de couples de ressortissants algériens, marocains ou libanais qui se sont mariés dans leur Etat d'origine, ou dans un autre Etat arabo-musulman, devant une autorité religieuse, musulmane mais aussi, pour ce qui est du Liban, chrétienne, orthodoxe ou maronite notamment. Tantôt les protagonistes étaient déjà installés en France au moment de l'union, tantôt leur établissement en France est intervenu postérieurement, tantôt l'un d'eux y était déjà fixé et l'autre ne s'y établira que plus tard. A l'occasion du dé-mariage, par divorce ou décès, se pose la question du régime sous lequel ils ont vécu. Voilà qu'ici de nouveau un *conflit d'ordre juridique* peut apparaître. Le Maroc, l'Algérie ou le Liban estiment en général que le droit marocain, algérien ou libanais de la communauté religieuse d'appartenance – droit qui a présidé à la naissance de leur union – est applicable et que les intéressés sont soumis au régime, propre du droit musulman classique tout autant que de celui qui gouverne, au Liban, les communautés chrétiennes, orthodoxes ou maronites, « d'autonomie patrimoniale complète entre les époux [qui] peut être considéré comme équivalent à celui de la séparation des biens ». ⁴⁴ Si les époux ont eu leur première résidence habituelle ou leur premier domicile commun en France – selon que le mariage ait lieu avant ou après l'entrée en vigueur pour la France de la Convention de La Haye de 1978, c'est-à-dire le 1^{er} septembre 1992 – les tribunaux français considèrent en revanche que le régime du droit français de la communauté réduite aux acquêts leur est applicable. Une affaire franco-marocaine qui a donné lieu à une décision de la Cour de cassation en 2014 illustre la *possibilité* d'un tel conflit international de lois. Deux Marocains s'étaient mariés en août 2001 à Séfrou, au Maroc. Monsieur travaillait en France depuis 1983 et Madame l'a rejoint au mois de juin 2002. En avril 2003, Monsieur achète un immeuble en France. Des dissensions surviennent, qui conduisent Madame à déposer, le 26 septembre 2003, une requête en divorce en France, à quoi Monsieur riposte en prononçant, le 20 octobre 2003, une répudiation reçue au Maroc par des adouls en présence de Madame, qui en fixe, selon le droit marocain, les conséquences pécuniaires en attribuant à Madame 1600 Euros à titre de réparation. Madame s'oppose à la reconnaissance en France du divorce intervenu au Maroc et les tribunaux français lui donnent raison du fait de l'ordre public français. Avant le prononcé en France du di-

42 Cour de cassation, 1^{re} ch., civ. 13 décembre 2017, n° 16-27.216 ; 1^{re} ch. civ., 26 octobre 2011, n° 10-23.298.

43 Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 19 septembre 2007, n° 06-15.295, mettant en cause deux époux d'origine libanaise (encore que Monsieur était de nationalité française), de religion chrétienne maronite, qui s'étaient mariés au Koweït devant l'autorité religieuse maronite en 1989, mais qui avaient fixé leur première résidence en France.

44 Cour d'appel de Nîmes, 2^e ch. civ., 5 mai 2010, n° 08/04272, à propos du droit en vigueur en Algérie. Cf. SCHWANDER, Die Anwendung und Anerkennung islamischen Rechts im Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, in: PALHUD DE MORTANGES ET AL. (éds.), *Musulime und schweizerische Rechtsordnung*, Fribourg 2002, 403 s. Pour ce qui est du régime ordinaire applicable à la communauté libanaise orthodoxe, v. TF, 29 février 2012, 2C_720/2011, sur lequel *infra*, Section IV, a).

vorce définitif, qui intervient le 28 février 2007, c'est-à-dire plus de trois ans après l'introduction de la requête, Madame contracte au Maroc, en 2006, une seconde union alors que, pour la France, elle était encore mariée, ce dont Monsieur se prévaut pour démontrer qu'elle aurait acquiescé à l'application de la loi marocaine. Mais tenant la deuxième union pour nulle et sans conséquence sur le régime matrimonial résultant de la première, le Tribunal de grande instance puis la Cour d'appel d'Agen concluent à l'application de la loi française et partant du régime légal de la communauté réduite aux acquêts, lesquels englobent l'immeuble français tout comme une partie de l'argent déposé sur des comptes bancaires français ouverts par Monsieur. La Cour régulatrice casse en estimant que, si les époux avaient des résidences séparées immédiatement après leur mariage, leur loi nationale commune – ici la loi marocaine – devrait être applicable au sens de la Convention de La Haye de 1978.⁴⁵ Signalons également une affaire franco-britannico-indienne portant sur le sort post-conjugal d'importants biens situés en France et en Inde, qui a donné lieu à une *dizaine* au moins de procédures, à New Delhi et à Paris. Madame, qui est de nationalité indienne, se réclame de la loi *indienne*, qui est en l'espèce applicable du point de vue de l'Inde, au regard de laquelle les biens immeubles indiens lui appartiennent. Monsieur, d'origine indienne mais de passeport britannique, se réclame de la loi *française* – qui est applicable du point de vue français, car les époux ont fixé leur premier domicile matrimonial en France – pour laquelle ces biens tombent en communauté.⁴⁶ Le divorce a été prononcé en 2006, et la bataille sur ses conséquences patrimoniales, engagée en 2007 par une double saisine, des juridictions françaises et des juridictions indiennes, fait rage encore aujourd'hui.

En revenant à l'Union européenne, lorsque de tels désaccords opposent les Etats membres – pour un Etat membre tels biens reviennent à *Madame* et pour un autre Etat membre les *mêmes* biens (ou une somme équivalente) reviennent à *Monsieur* – ils menacent, on l'a dit, de créer des zones intra-européennes de non-droit, de poches d'anarchie intra-européenne. L'objectif que poursuivent les Etats membres de créer ensemble un *espace multi-national de justice* au profit de leurs ressortissants et résidents s'en trouve ainsi mis à mal.⁴⁷ C'est pour réduire de tels conflits intra-européens d'ordre juridique, et les incitations à la guerre, à la course vers le *for* et – pire – à la course vers les *biens* qui en résultent, pour conjurer d'autres manifestations de la résurgence de la loi de nature, pour favoriser le plus possible une paix post-conjugale équitable, pour diminuer la litigiosité, la conflictualité, le spectre et les coûts des pro-

45 Article 4 : « Toutefois, dans les cas suivants, le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux... 3. lorsque les époux n'établissent pas sur le territoire du même Etat leur première résidence habituelle après le mariage ».

46 On compte deux décisions de la Cour régulatrice, 1^{er} ch. civ., 10 janvier 2018, n° 16-26.197, sur pourvoi formé contre Versailles, 22 septembre 2016, n° 15-01.700, et 1^{er} ch. civ., 24 septembre 2014, n° 13-12.532, sur pourvoi formé contre Paris, 23 janvier 2013, n° 11-22.419.

47 Cf. *supra*, note 13.

cédures parallèles, que les Etats membres se sont résolus à faire évoluer leurs systèmes mono-nationaux de droit international privé en un système multi-national. C'est l'intérêt bien compris, objectif et commun, des citoyens et résidents de l'Union européenne qui le commande – en tant que *parties* potentielles à des relations conjugales et post-conjugales intra-européennes, mais aussi et d'abord en tant que contribuables sur lesquels pèsent les coûts de l'administration de la justice – au-delà des intérêts subjectifs et divergents que sont susceptibles de poursuivre deux époux particuliers au moment de se désunir.

Voilà qui explique la genèse du Règlement sur régimes matrimoniaux, dont il convient d'analyser la portée.

II. Domaine d'application

1. Champ d'application dans l'espace et dans le temps

Disons d'emblée que le Règlement n'aura pas cours dans tous les Etats de l'Union, mais dans 18 d'entre eux. C'est qu'il a pris naissance en vertu du mécanisme dit des « *coopérations renforcées* » : spécificité du droit de l'Union européenne qui, introduite par le Traité d'Amsterdam de 1997, et réorganisée par le Traité de Lisbonne de 2009, est inscrite aujourd'hui aux articles 328 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (le « TFUE »). Son but est de permettre à un nombre d'Etats membres qui ne peut être inférieur à neuf de se lier par un instrument réglementaire en passant outre l'*opposition* manifestée par d'autres Etats membres. Car en raison d'une autre particularité du droit européen, les instruments touchant le droit de la famille requièrent l'*unanimité* :⁴⁸ une majorité même qualifiée ne saurait lier la minorité. En l'occurrence, ce sont surtout les gouvernements de Pologne et d'Hongrie qui ont mené la fronde des « dissidents ».⁴⁹ Ils redoutaient que l'adhésion à un instrument concernant les régimes matrimoniaux n'aboutisse à leur forcer la main en les astreignant à reconnaître des mariages homosexuels célébrés dans des Etats à statut « permissif » (Pays-Bas, Belgique, Suède, France, Allemagne, Espagne, Portugal, Angleterre, Malte ...).⁵⁰ C'est ainsi que le premier projet de Règlement a échoué au sein du Conseil. C'était le 3 décembre 2015. Mais assez rapidement, 18 Etats

48 C'est l'article 81 al. 3 du TFUE qui le prescrit : « *Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen* ».

49 Pour ce qui est de la Pologne, v. TWARDUCH, Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais, *Revue critique de droit international privé* 2018, 465.

50 LAGARDE, Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 2016, 676 s.

membres ont décidé d'aller de l'avant en poursuivant la voie de l'intégration dans ce domaine au moyen des « coopérations renforcées ». Le recours à un tel dispositif a été autorisé par le Conseil au début du mois de juin 2016, ce qui a permis l'adoption du Règlement le 24 juin 2016. Comme il a été dit avec pertinence, « *mieux vaut-il avancer de façon fragmentée que ne pas avancer du tout* ». ⁵¹

Quels sont au juste les Etats non participants ? Outre la Pologne et la Hongrie, évoquons le Royaume-Uni : d'une part, le droit anglais au sujet des effets du mariage, et de sa dissolution, sur le patrimoine des époux se démarque, j'y ai fait allusion, considérablement des modèles continentaux, si tant est que bien des juristes anglais eux-mêmes nient que le « régime matrimonial » en tant qu'institution autonome existe dans leur droit ; d'autre part, et peut-être surtout, les difficultés liées au « Brexit » ont dressé un obstacle jugé insurmontable. ⁵² Compte tenu du rôle qu'est appelée à jouer la justice britannique dans le règlement des conséquences financières de la désunion des couples ayant un lien avec l'Angleterre, la non-participation du Royaume-Uni, même si l'on pouvait s'y attendre, n'en est pas moins regrettable. N'ont pas non plus participé l'Irlande et le Danemark, qui jouissent, d'après le TFUE, d'un statut particulier pour ce qui est des instruments de droit international privé. Les trois Pays baltes – Lituanie, Lettonie, Estonie – ont aussi décidé de rester à l'écart. Clôturent la série des Etats qui se sont « auto-exclus » la Slovaquie et la Roumanie. Les Etats participants sont tous les autres : c'est-à-dire les Etats membres voisins de la Suisse – France, Allemagne, Autriche, Italie – le Bénélux, l'Espagne, le Portugal, la Grèce, la République tchèque, la Suède, la Finlande, la Slovénie, la Bulgarie, la Croatie, Malte et Chypre.

Le Règlement est, pour ce qui est de ces Etats participants, applicable en toute circonstance, en dépit par exemple de l'ampleur des contacts que les époux présentent avec des Etats tiers, et ce non seulement pour ce qui est du *droit applicable*, mais également pour ce qui est de la *compétence internationale*. Cela signifie que, dans une affaire franco-suisse impliquant deux époux suisses domiciliés en Suisse possédant un immeuble en France, c'est le Règlement qui, du côté français, détermine désormais si les autorités françaises sont ou non compétentes, pourvu bien sûr que la question concerne les « régimes matrimoniaux ». Le volet « reconnaissance » ne vise en revanche que les décisions provenant des Etats liés par le Règlement. C'est-à-dire que la reconnaissance en France d'un jugement suisse concernant un bien situé en France continue d'être régie par les règles de reconnaissance françaises, dites parfois « de droit commun », et ne bénéficie donc pas du régime facilité qu'organise l'instrument qui nous occupe.

Quant au champ d'application dans le *temps*, celui-ci est diversifié selon que les dispositions pertinentes aient trait à la compétence, au droit applicable ou à la recon-

51 JOUBERT (n. 10), n° 3.

52 Brexit dont le référendum a eu lieu la veille de l'adoption du Règlement, c'est-à-dire le 23 juin 2016.

naissance des décisions. Les règles de *compétence* visent les procédures ouvertes après l'entrée en application du Règlement, qui interviendra le 29 janvier 2019.⁵³ Les règles de *reconnaissance* bénéficient aux décisions rendues *après cette date* ; mais si la procédure dont ces décisions émanent a été engagée *avant* cette date, elles sont justiciables d'un contrôle de conformité quant au chef de compétence retenu par la juridiction d'origine.⁵⁴ Les règles de *conflit de lois* ne concernent en principe que les couples dont le mariage a été célébré après le 29 janvier 2019. Mais le volet sur le droit applicable peut profiter aux couples qui se sont mariés avant le 29 janvier 2019 – même bien avant⁵⁵ – dans la mesure où ils se résolvent à faire une *professio iuris* après cette date.⁵⁶ Il semble bien qu'ils devraient pouvoir désigner la même loi que celle qui les régissait jusque-là, y compris en vertu d'une *professio iuris* antérieure.

J'en viens au champ d'application *matériel*.

2. *Domaine d'application matériel: la notion « régimes matrimoniaux »*

C'est là le point peut-être le plus délicat. Quelles sont les questions couvertes par le Règlement ? L'intitulé évoque les « régimes matrimoniaux », matière qui est, on le sait, exclue du Règlement dit Bruxelles I-bis – et de la Convention de Lugano⁵⁷ – pour relever désormais, au sein des Etats participants, d'un instrument spécifique. Mais comment interpréter une telle notion ? Car selon le mot d'Henri Batiffol, le régime matrimonial offre « le terrain de choix des problèmes de qualification – et corrélativement de rattachement ».⁵⁸

À l'occasion d'un litige franco-allemand opposant les époux Jacques et Luise de Cavel, la Cour de Luxembourg avait conclu, en 1979, qu'il fallait comprendre comme relevant des régimes matrimoniaux « *tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci* ».⁵⁹ Le « considérant 18 » du Règlement reprend de telles formules, qui se retrouvent, avec quelques adjonctions, également à l'article 3 lit. a). Celui-ci qualifie en effet le « régime matrimonial » de l'« *ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution* ». L'article 27 consacré à la « portée de la loi applicable » devrait pouvoir être appelé à la rescousse,

53 Article 69 al. 1.

54 Article 69 al. 2.

55 Il n'est pas rare que des questions touchant le régime matrimonial, et sa liquidation, s'élèvent trente ou quarante ans après la célébration du mariage, et même plus. Une bonne partie des décisions rendues en France après 2010 sur des affaires soulevant des difficultés de droit international privé concernait des mariages célébrés avant 1992.

56 Article 69 al. 3.

57 ATF 142 III 466.

58 BATIFFOL, Préface de la thèse de COUCHEZ, Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial, Paris, 1972, VI.

59 CJCE, 27 mars 1979, 143/78, *de Cavel*.

même si la liste des questions qui y sont énumérées se veut exemplative et non pas exhaustive. 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 « considérant 18 » vise pour sa part « tant la gestion quotidienne des biens des époux que la liquidation du régime ». ⁶⁰ Le régime matrimonial n'engloberait pas uniquement le statut des biens, c'est-à-dire ce qu'on appelle, avec terminologie hexagonale, le régime *secondaire*, mais il couvre également, semble-t-il, sinon l'ensemble du régime dit *primaire*, du moins une part importante de celui-ci. S'il en est ainsi, le Règlement aurait une portée *plus large* que les correspondantes dispositions de la LDIP, qui prennent place aux articles 51 à 58, même s'il est d'usage, dans les « contrats de mariage » établis par les notaires helvétiques, d'inscrire également des clauses visant la protection du logement conjugal, la contribution aux charges, la collaboration à l'entreprise du conjoint, et d'autres encore. Je pense que le régime de la *donation entre époux* ⁶¹ – contrairement au Code civil suisse, certaines législations la soumettent à des restrictions importantes – devrait relever du domaine du Règlement. Il en va de même des limites que connaît la possibilité pour un époux de consentir des libéralités au profit d'un tiers. Mais l'hésitation, sur ces points, est permise.

Dans une importante décision, le Tribunal fédéral a considéré de son côté que « tout le droit matrimonial, sauf les obligations alimentaires, est exclu du champ d'application de la Convention de Lugano, mais que les rapports purement obligationnels entre les époux, qui n'ont rien à voir avec le mariage et reposent sur le droit des obligations ou les droits réels, sont soumis à ladite Convention ». ⁶² Comment alors tracer la ligne de démarcation entre tous ces domaines ? Supposons que ma femme et moi, séparés de biens, achetions une voiture ensemble, ou un bien immeuble, et qu'une question surgit quant à son attribution, ou à la répartition des charges. Est-ce là une question de régime matrimonial, de droit contractuel ou de droits réels ?

Une affaire semblable a été soumise récemment à la Cour de justice. ⁶³ Le contentieux opposait Todor Iliev, ressortissant bulgare, et Blagovesta Ilieva, son (ex) épouse, double ressortissante bulgare et italienne. Le couple s'est marié en 2007 à Choumen, en Bulgarie. Le mariage durera 8 ans car il est dissous en 2015 par une décision du Tribunal d'arrondissement de Choumen. Il semble que le couple avait essentiellement vécu en Italie, où Madame Ilieva était en tout cas domiciliée au moment du divorce, notamment dans le Piémont, à Alba. ⁶⁴ Peu après le prononcé du divorce, pro-

60 En ce sens également DE LAMBERTYE-AUTRAND, La catégorie régimes matrimoniaux au sens du droit international privé de l'Union européenne, Mélanges B. Ancel, Paris 2018, p. 1059 s.

61 Sur les difficultés de qualification, v. ANCEL, La qualification à l'épreuve de la donation entre époux, Paris 1977.

62 ATF 142 III 466, cons. 4.2.1.

63 CJUE, 14 juin 2017, C-67/17, *Iliev*.

64 Elle y avait poursuivi une formation d'aide-soignante, dans l'unité de psychiatrie de l'hôpital de cette ville, capitale mondiale des truffes blanches et siège mondial de Ferrero, qui produit le fameux Nutella.

bablement en 2016 – la date n’est pas évoquée par la Cour de Luxembourg – M. Iliev a introduit une nouvelle action devant le Tribunal d’arrondissement de Varna, également en Bulgarie. Une telle action visait essentiellement l’attribution – la version française de l’arrêt emploie le terme « *liquidation* » – 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 et, par conséquent, échappe au Règlement Bruxelles I-bis, si bien que le juge bulgare – de l’Etat qui a prononcé le divorce – serait compétent pour s’en occuper. À quoi Madame s’oppose contestant la qualification « régime matrimonial » et invoquant plutôt l’applicabilité des règles de compétence en matière de *droits réels*: le Règlement Bruxelles I-bis et, à l’instar de celui-ci, la Convention de Lugano prescrivent à ce sujet la seule compétence du juge de l’Etat du domicile du défendeur, en l’espèce le juge italien. Verdict de la Cour de Luxembourg: puisqu’il s’agit de la « *liquidation d’un bien meuble acquis pendant le mariage, dès lors que ce litige concerne les rapports juridiques patrimoniaux entre ces personnes résultant directement de la dissolution du mariage* », c’est du régime matrimonial qu’un tel litige relève. Il est à noter que les époux avaient vécu sous le régime du droit bulgare de leur nationalité commune, qui est la *communauté des biens*.⁶⁵ Mais *quid* s’ils avaient été *séparés de biens*, comme dans l’exemple formulé plus haut ?

Tel était le cas dans deux affaires qui ont été soumises au Tribunal fédéral. Dans la première, les époux, l’un et l’autre de nationalité espagnole, avaient, par contrat de mariage du 2 février 1978, adopté le régime de la séparation de biens, et convenu de contribuer aux charges du ménage en proportion de leurs revenus respectifs. Au cours de l’union, ils avaient acheté plusieurs biens immobiliers, en Suisse et Espagne. Par jugement du 21 janvier 1999, le Tribunal de première instance de Genève avait prononcé le divorce alors que la liquidation du régime matrimonial avait été renvoyée à une procédure séparée. Peu après, Monsieur avait ouvert une action en liquidation du régime matrimonial. Par jugement du 8 mars 2000, le TPI avait admis sa compétence, y compris pour les immeubles espagnols, en vertu de l’article 51 lit. c. LDIP, et, par jugement du 20 juin 2002, il avait attribué à Madame la propriété d’une villa en Suisse, avec son mobilier, et à Monsieur la propriété des immeubles espagnols tout en le condamnant à payer à Madame une soulte de 53 997 CHF. Statuant sur appel de la défenderesse le 16 janvier 2004, la Cour de justice du Canton de Genève avait retenu également la compétence suisse au sujet des immeubles espagnols et, quant

65 La version française de la décision évoque à vrai dire la communauté *universelle* des biens, même si peu après le texte semble limiter une telle communauté aux « biens acquis pendant le mariage », ce qui devrait exclure le caractère universel de la communauté. Ne tenons pas rigueur aux traducteurs, car ils abattent, au sein de l’Union européenne, un travail considérable. Constatons tout simplement les difficultés de traduction en ce domaine, difficultés qui s’en trouvent multipliées lorsque les langues dans lesquelles les décisions de la Cour de justice doivent être disponibles, pour le plus grand profit des citoyens et résidents européens, et de leurs conseils, sont les *vingt-trois* langues officielles de l’ensemble des Etats membres.

au fond, elle avait appliqué le droit suisse en vertu de l'art. 54 al. 1 lit. a. LDIP, en confirmant largement la décision des premiers juges mais élevant le montant de la soulte dont Monsieur était débiteur à l'égard de Madame. Celle-ci a formé un recours devant le Tribunal fédéral, en contestant l'attribution à celui-là d'un des immeubles espagnols. Dans l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral⁶⁶, on lit qu'« [i]l n'est pas contesté que le droit suisse, en particulier les dispositions relatives au régime de la séparation de biens (art. 247 ss. CC), s'appliquent, en particulier aux immeubles situés en Espagne » (cons. 2). Une bonne partie de la décision concerne le « partage de la copropriété de l'immeuble acquis par des époux séparés de biens », qui est en effet « régi par les règles ordinaires des art. 650 et 651 CC », « auxquelles s'ajoute le mode de partage du droit matrimonial de l'art. 251 CC ». En somme, l'attribution – et donc la répartition des droits de propriété – des immeubles, y compris des immeubles situés à l'étranger, entre époux soumis au droit suisse de la séparation des biens, est bel et bien une question touchant au régime matrimonial. Ce qui a pour conséquence, d'une part, que les autorités suisses sont compétentes en vertu de l'art. 51 lit. c. LDIP du fait du domicile en Suisse des époux ou de l'un d'eux et que, d'autre part, le droit suisse est applicable à la répartition des biens immeubles étrangers, alors même que le couple avait vécu sous le régime de la séparation des biens et que certaines des dispositions applicables du Code civil suisse sont tirées du « Livre Quatrième » de celui-ci intitulé « Des droits réels » (articles 650-651 CCS).

Le dénouement de la deuxième affaire, franco-suisse, en est différent.⁶⁷ Il y allait d'un couple qui s'était marié à Chêne-Bourg, dans le Canton de Genève, quelques jours après avoir passé, le 17 octobre 1988, un contrat de mariage adoptant le régime matrimonial de la séparation des biens du droit suisse. À la suite de leur crise conjugale, intervenue à la fin de l'année 2003, Madame s'était installée en Haute Savoie dans la résidence secondaire qu'ils avaient acquise en 1993 en copropriété chacun pour une moitié. Par requête unilatérale déposée le 22 décembre 2006, le mari avait sollicité le divorce, qui avait été prononcé par le Tribunal de première instance de Genève le 29 mai 2008, dont la décision avait été largement confirmée par la Cour de justice du Canton le 20 février 2009 puis par le Tribunal fédéral le 14 juillet en 2009.⁶⁸ L'autorité cantonale avait condamné Monsieur à verser une somme de 150 000 CHF à titre d'indemnité équitable – payable en acomptes mensuels de 2000 CHF, avait précisé la Cour de justice de Genève – et une somme de 1500 CHF par mois à titre de contribution d'entretien. Quatre ans après, le 26 mars 2013, Monsieur intente une action qu'il libelle « en complément et modification du divorce ». Par le volet « complément », il visait d'abord à se faire attribuer la villa située en France qu'occupait son ex-épouse, ainsi que les meubles qui la garnissaient (les « meubles meublants » comme on dit), se

66 TF, 5C_56/2004.

67 TF, 5A_227/2015.

68 TF, 5A_213/2009.

déclarant prêt à verser une soulte de 30000 CHF environ. Monsieur sollicitait également la libération de l'immeuble, une indemnité pour occupation, le versement d'une somme à titre de participation aux charges et frais d'entretien de l'immeuble et du jardin. Il demandait enfin le remboursement des sommes correspondant aux retraits effectués par Madame d'un compte commun et la restitution d'une série d'objets ou leur contre-valeur. Quant au volet « modification », Monsieur demandait d'être libéré de toute obligation d'entretien. L'autorité genevoise a déclaré irrecevables pour défaut de compétence internationale les demandes relatives à l'immeuble, y compris celles relatives à l'indemnité d'occupation, aux charges et frais d'entretien. À cet effet, elle a qualifié ces demandes comme *échappant au régime matrimonial* et tombant sous le coup de la *Convention de Lugano* et ayant trait notamment à une action réelle immobilière au sens de l'article 22 ch. 1 de la Convention de Lugano révisée. Le juge français du lieu de l'immeuble serait donc *exclusivement compétent*. Quant à la restitution du mobilier, des autres objets « emportés par son ex-épouse lors de son départ du domicile conjugal », et des sommes indûment prélevées du compte commun, l'autorité cantonale écarte à nouveau la qualification « régimes matrimoniaux » pour lui préférer celle d'*enrichissement illégitime*. C'est, par conséquent, encore la Convention de Lugano qu'il faut mettre en œuvre, la compétence étant alors définie par le seul *domicile* de la défenderesse, qui se trouvait en France. Il en résulte que l'incompétence du juge genevois s'impose à cet égard également. Dans son arrêt confirmatif rendu le 16 novembre 2015, le Tribunal fédéral ne voit pas d'objection décisive à ce que des demandes formées dans le cadre d'une procédure qui n'est pas en divorce pas plus qu'*ad separatum* – organisée par le juge du divorce à des fins de liquidation du régime – échappe aux régimes matrimoniaux. Il ne voit pas non plus d'incompatibilité avec la décision rendue en 2004 sus-rapportée, où Mon Repos avait approuvé l'autorité cantonale d'avoir statué sur le sort d'un immeuble situé en Espagne acquis par deux époux espagnols vivant à Genève sous le régime de la séparation des biens du droit suisse.⁶⁹

69 Citons une affaire franco-espagnole, où les époux, probablement l'un et l'autre ressortissants espagnols, s'étaient mariés en Espagne en choisissant expressément « le régime espagnol de la séparation des biens ». Par des apports dont le montant respectif faisait l'objet de débat, ils avaient acquis un immeuble en France aux termes d'un acte qui précisait que chacun d'eux était acquéreur à concurrence de la moitié indivise. Le divorce avait été demandé en France. Le Tribunal de grande instance de Bobigny constate que « la loi du régime matrimonial est la loi espagnole » mais que, s'agissant de « la loi applicable à la liquidation de l'indivision immobilière et aux créances entre époux », « la notion de liquidation *stricto sensu* n'a pas de sens en matière de séparation de biens » et que « les créances entre époux sont réglées par le droit commun des obligations » qui, était la loi française, et, quant aux créances de l'indivision, « le régime d'indivision relève de la loi de la situation de l'immeuble », qui était aussi la loi française (TGI, Bobigny, 1^e ch., 1^{er} sect., 11 avril 2013, n° 09/13089). En appel, la Cour d'appel de Paris (23 septembre 2015, n° 14/06789) a considéré que « le régime de l'indivision conventionnelle portant sur un bien immobilier relève de la loi du lieu de situation, soit en l'espèce de la loi française laquelle a vocation à régir la liquidation de l'indivision et la détermination des créances entre indivisaires ».

C'est que, précisément, le sort de l'immeuble espagnol faisait l'objet d'une action *séparée* mais résultant directement du divorce.

Si l'on cherche à réconcilier les deux décisions du Tribunal fédéral en explicitant sa position, on serait tenté d'affirmer que l'action en divorce, ou l'action *ad separatum* lorsqu'elle est autorisée par le juge du divorce, fixe le dernier délai pour élever des prétentions d'ordre matrimonial. Au-delà d'un tel cap, toute prétention de nature pécuniaire serait fondée sur des règles *ordinaires* : du droit des biens, du droit de l'enrichissement illégitime, ou du droit des contrats, si bien que, quant à la compétence internationale, c'est la Convention de Lugano qui la détermine. L'action du divorce et celle *ad separatum* consommeraient alors une espèce de *novation* : toute prétention qui, à l'origine, résulte des relations patrimoniales entre époux subit une transformation quant à son fondement, qui se répercute sur la recherche des règles pertinentes de droit international privé. Mais il est tentant de se demander ce que dirait la Cour de Luxembourg dans une affaire semblable. Dans le cas italo-bulgare évoqué plus haut, 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 est vrai cependant que les époux Iliev avaient vécu en communauté des biens, mais est-ce vraiment décisif ? Quoiqu'il en soit, notons que l'interprétation que la Cour de justice donnera à la portée respective du Règlement régime matrimoniaux et du Règlement Bruxelles I-bis finira par déteindre sur l'interprétation que devrait recevoir, y compris en Suisse, la Convention de Lugano. Il se peut donc que la décision du Tribunal fédéral de 2015 ne prononce pas, sur ce point, le dernier mot.

Je souhaiterais, par « connexité », évoquer une autre affaire franco-suisse. Le divorce de deux époux de nationalité suisse, mariés en Suisse et ayant « adopté un régime matrimonial du droit suisse », avait été prononcé le 27 avril 2006 par le Tribunal de première instance de Genève. Ce jugement avait également fixé les mesures relatives à l'enfant et le montant de la créance que Madame avait à l'égard de Monsieur. Par arrêt du 8 juin 2007, la Cour de justice de Genève avait partiellement réformé, en modifiant la créance entre ex-époux et en constatant que les ex-époux « sont propriétaires chacun pour moitié de la maison sise à Neydens », en Haute Savoie.⁷⁰ Madame avait sollicité la reconnaissance en France de la décision genevoise. Une ordonnance du Président du Tribunal d'instance de Thonons-les-Bains du 12 novembre 2008 l'avait déclarée exécutoire. Monsieur forme un recours devant la Cour de Chambéry, au motif que « s'agissant d'un partage international d'immeuble ..., seul le juge français est compétent pour régler le partage de l'immeuble ». Monsieur se disait à même de justifier devant le juge français que « la communauté lui d[eva]it des récompenses, compte tenu qu'il a[va]it fait des apports importants en propre lors de l'acquisition de l'immeuble ». Il soutenait de surcroît, et de manière un peu téméraire, que l'arrêt genevois était « contraire à l'ordre public français, la cour [de Genève] ne

70 Dans le Grand Genève, dont une bonne partie n'est pas en Suisse, mais en France.

s'étant pas référée à l'origine des fonds ». En se ralliant aux conclusions de Madame, la Cour de Chambéry, dans son arrêt du 7 mai 2009⁷¹, considère d'abord que « le juge suisse était parfaitement compétent pour statuer sur les contestations relatives au régime matrimonial ». Elle opère ensuite une distinction : la détermination des droits de chaque ex-époux sur l'immeuble « relève de la liquidation du régime matrimonial », alors que « les litiges éventuels au titre de partage de l'immeuble [sont] de la compétence du juge français ». À aucun moment n'est-il question de Règlement Bruxelles I ou de Convention de Lugano. Quoiqu'il en soit, est-ce que la distinction entre, d'une part, les questions touchant la « détermination des droits des époux », qui relèvent du *régime matrimonial*, et d'autre part, celles touchant les modalités de partage, qui relèvent des *droits réels immobiliers*, est toujours suffisamment nette ?⁷²

Puisque nous sommes sur le sujet, disons un mot de quelques autres difficultés de qualification que l'on peut rencontrer. Il arrive bien sûr 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* concernant les conséquences patrimoniales de leur démariage. Seulement, un tel accord englobe parfois des points relevant des relations patrimoniales de nature *variée* : régimes matrimoniaux, obligations alimentaires, expectatives de pension, droits respectifs des parties dans une entreprise de famille, succession. Les différents volets de l'accord sont *solidaires* les uns aux autres, de telle manière qu'il est artificiel de les scinder et, par exemple, lorsqu'une nouvelle contestation sur l'interprétation de telle et telle clause surgit, de les soumettre à la compétence des juges *différents*, selon la qualification de la clause litigieuse. En voici une illustration. Un couple de Norvégiens a ha-

71 Cour d'appel de Chambéry, 6 mai 2009, téléchargeable depuis la base de données Doctrine, <www.doctrine.fr>.

72 Citons, pour illustrer les enjeux qui sous-tendent une telle question, une affaire franco-espagnole, où les époux, probablement l'un et l'autre ressortissants espagnols, s'étaient mariés en Espagne en choisissant expressément « le régime espagnol de la séparation des biens ». Par des apports dont le montant respectif faisait l'objet de débat, ils avaient acquis un immeuble en France aux termes d'un acte qui précisait que chacun d'eux était acquéreur à concurrence de la moitié indivise. Le divorce avait été demandé en France. Le Tribunal de grande instance de Bobigny constate que « la loi du régime matrimonial est la loi espagnole » mais que, s'agissant de « la loi applicable à la liquidation de l'indivision immobilière et aux créances entre époux », « la notion de liquidation *stricto sensu* n'a pas de sens en matière de séparation de biens » et que « les créances entre époux sont réglées par le droit commun des obligations » qui, était la loi française, et, quant aux créances de l'indivision, « le régime d'indivision relève de la loi de la situation de l'immeuble », qui était aussi la loi française (TGI, Bobigny, 1^e ch., 1^{er} sect., 11 avril 2013, n° 09-13.089). En appel, la Cour d'appel de Paris (23 septembre 2015, n° 14-06.789) a considéré que « le régime de l'indivision conventionnelle portant sur un bien immobilier relève de la loi du lieu de situation, soit en l'espèce de la loi française laquelle a vocation à régir la liquidation de l'indivision et la détermination des créances entre indivisaires » résultant notamment du financement de la partie payé comptant, du remboursement des échéances du prêt d'acquisition et du paiement des taxes foncières, des travaux effectués dans le bien indivis et de l'indemnité d'occupation.

bité 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 encore puis s'installe à Gibraltar, notamment au moment de recevoir d'importants 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 une décision de la Cour anglaise, qui l'a homologué et déclaré exécutoire. Y figurent des dispositions concernant les différents volets du litige intra-conjugal. Mais un tel accord allait plus loin. Car les enfants du couple, déjà majeurs, l'avaient également signé. Autrement dit, la transaction n'était pas seulement *conjugale* mais plus largement *familiale*. Par une disposition rédigée peut-être 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 précisément la question d'interprétation qui est vite devenue litigieuse.⁷³ Devant quel juge ce nouveau litige devait-il être porté ? Est-ce le juge anglais, qui a homologué la transaction, compétent à statuer sur le divorce et 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 ?

La ligne de partage entre *régimes matrimoniaux* et *successions* peut, on le sait, être délicate à tracer. En atteste une affaire récemment soumise à la Cour de Luxembourg.⁷⁴ Un certain Lutz Mahnkopf est décédé *ab intestat* le 29 août 2015, à peine quelques jours après l'entrée en vigueur du Règlement Successions. Il était marié, sans contrat, à Doris Mahnkopf, et de leurs œuvres était né un enfant, Sven Mahnkopf. Les deux époux étaient allemands résidant en Allemagne – tout comme leur fils – assujettis au régime de la participation aux augmentations du droit allemand. Ils n'entretenaient pas moins semble-t-il des liens personnels et patrimoniaux avec la Suède si tant est qu'un immeuble dont le *de cuius* était copropriétaire se trouvait en Suède, seul élément de la succession situé hors d'Allemagne. Quant à ses droits sur celle-ci, Madame se prévaut, entre autres, de l'article 1371 du *BGB* qui énonce que « *Lorsque le régime matrimonial prend fin par le décès de l'un des époux, la répartition des acquêts se fait par majoration de la part légale du conjoint survivant à raison d'un quart de l'héritage ; que les époux aient effectivement réalisé de tels acquêts est sans importance* ». ⁷⁵ Une telle disposition a-t-elle trait au régime matrimonial ou bien aux suc-

73 Les transactions doivent être rédigées de manière précise. Car des gens litigieux auront tendance à reprendre leurs bagarres autour des points ambigus et la transaction judiciaire manquera son but, qui est de ramener la paix après la tempête judiciaire.

74 Affaire C-558/16, *Mahnkopf*, qui a donné lieu aux observations de l'Avocat général M. Maciej Szpunar du 13 décembre 2017 et à la décision de la Cour de justice du 1^{er} mars 2018.

75 Voici le texte allemand : « § 1371 *Zugewinnausgleich im Todesfall: (1) Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht; hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Falle einen Zugewinn erzielt haben* ».

cessions ? La loi allemande était certes applicable tout à la fois à la succession de Lutz Mahnkopf et au régime matrimonial auquel il était soumis avec son épouse. Mais la question n'était, en l'espèce, pas tout à fait oiseuse. Car seule la qualification successorale habilitait Madame à requérir un « *certificat successoral européen* » faisant état de ses droits sur l'immeuble suédois résultant, entre autres, de l'article 1371 *BGB*, certificat qu'il incomberait alors aux autorités suédoises de mettre en œuvre en effectuant le transfert de propriété pour la quote-part qui y est indiquée.⁷⁶ L'autorité allemande en charge de la succession a refusé de l'établir au motif que la disposition inscrite dans un tel article ressortirait aux *régimes matrimoniaux*; par conséquent, elle échapperait à l'empire du Règlement Successions et le droit subjectif qu'elle accorde ne saurait en tout cas figurer sur le document litigieux.⁷⁷ Madame a formé un recours devant le *Kammergericht*, qui a interrogé la Cour de Luxembourg. L'Avocat général, dans les conclusions qu'il a présentées le 13 décembre 2017, a penché pour une qualification successorale en écartant la qualification retenue par la jurisprudence allemande elle-même. Et les juges du Kirchberg l'ont suivi.⁷⁸

Puisqu'on les a déjà fugitivement évoqués, précisons que le sort des avoirs de *prévoyance professionnelle* échappe au Règlement qui nous occupe. Et ce en dépit de la qualification qu'une telle question reçoit dans le droit international privé de certains Etats membres, des Pays-Bas par exemple, qui ramène la destinée des « crédits de retraite » dans le giron des régimes matrimoniaux. Une telle exclusion prend expressément place à l'article 1 lit. f) du Règlement. On sait que le Tribunal fédéral a depuis longtemps refusé d'assimiler le régime des avoirs de prévoyance au régime matrimonial, c'est-à-dire au régime des autres avoirs acquis par les époux.⁷⁹ Sur ce point, il y a donc concordance entre LDIP et Règlement.

Les *obligations alimentaires* sont également exclues. C'est l'art. 1 lit. c) du Règlement qui l'énonce. Le Règlement Aliments est en vigueur depuis 2011 au sein de 25 Etats membres. Pour ce qui est des relations *helvético-européennes*, rappelons que la pension alimentaire constitue le seul aspect du droit de la famille qui tombe dans

76 Le « *certificat successoral européen* » a été créé par le Règlement Successions (art. 62 s.) et constitue un document de légitimation valable pour requérir et obtenir, entre autres choses, l'inscription d'un bien successoral dans le registre pertinent d'un Etat membre, ici la Suède en tant qu'Etat de situation immobilière.

77 Pour ce qui est du « contenu du certificat », l'article 68 sous h) du Règlement Successions évoque les « renseignements concernant un contrat de mariage ». Or les époux Mahnkopf n'avaient précisé ment pas passé un tel contrat.

78 En considérant « *que la réalisation des objectifs du certificat successoral européen serait considérablement entravée dans une situation telle que celle en cause au principal, si ledit certificat ne comportaient pas l'information complète relative aux droits de l'époux survivant concernant la masse successorale* » (arrêt préc., n° 43).

79 Je me permets de renvoyer, pour l'exposé de cette jurisprudence, à ROMANO, Aspects de droit international privé de la réforme de la prévoyance professionnelle, FamPra.ch 2017, 57.

l'orbite de la Convention de Lugano. Mais là aussi des querelles de frontières peuvent surgir. Je n'évoquerais ici que deux difficultés, tirées du droit *français*, pour la première, et du droit *anglais*, pour la seconde. Pour ce qui est du droit français, est-ce que la fameuse *prestation compensatoire*, qui vise à compenser l'écart des niveaux de vie consécutif au divorce, ressortit plutôt à l'*obligation alimentaire* ou bien aux *régimes matrimoniaux* ? Il semble que la composante alimentaire soit prépondérante – et c'est bien ce que la Cour de Luxembourg a conclu dans l'affaire *de Cavel*⁸⁰ – même si, parmi les critères de détermination que retient l'article 271 du Code civil français, on en trouve qui pourraient se rapporter aux régimes matrimoniaux. La question n'est pas la prolifération de l'esprit pur : un jugement français qui aurait condamné le défendeur à verser une somme d'argent à titre de pension alimentaire est justiciable en Suisse de la Convention de Lugano, en vigueur entre la France et la Suisse. Alors que le volet de la décision française qui concerne le régime matrimonial, en l'absence d'instrument ayant cours entre les deux pays, relève de la LDIP, si bien que la reconnaissance est plus aléatoire et la procédure d'*exequatur* en principe plus lourde, car celle, facilitée, organisée par « Lugano », n'est pas utilisable.

Pour ce qui est du droit anglais, j'ai déjà rappelé que celui-ci donne au juge un large pouvoir discrétionnaire d'opérer des attributions patrimoniales, « *financial provisions* », en faveur de l'époux le moins bien loti, à prélever sur les biens de l'époux mieux loti. Ces attributions peuvent prendre les formes les plus variées : paiements périodiques ou forfaitaires, transfert de biens, meubles ou immeubles, etc. Or comment qualifier de telles règles, et les décisions anglaises qui les mettent en œuvre ? La jurisprudence *van den Boogard* projette quelques lumières.⁸¹ Mariés en 1957, Antonius van den Boogard et Paula Laumen, citoyens néerlandais, ont habité les Pays Bas puis Londres. Ils ont d'abord vécu sans contrat mais en 1982 ils se lient par un accord de séparation des biens dont ils entendent semble-t-il qu'il ait efficacité rétroactive. Leur divorce sera prononcé en Angleterre en 1990. Le jugement de la *High Court of Justice* ordonne à Monsieur de transférer à Madame tout à la fois un immeuble en Angleterre, un tableau et une somme de 340 000 livres. Concernant celle-ci, Madame demande l'*exequatur* aux Pays Bas où Monsieur détenait des biens saisissables. Le Tribunal d'Amsterdam s'interroge sur la base légale pertinente. La Convention de Bruxelles liant l'Angleterre et les Pays-Bas est-elle applicable ou non ? Saisie par une question préjudicielle, la Cour de justice constate que « dans le cadre d'un divorce, un juge anglais peut précisément, par une même décision, régler tant les rapports matrimoniaux que les obligations alimentaires ». Par conséquent, en a-t-elle conclu, « le juge requis est tenu de distinguer entre les aspects de la décision portant sur les régimes matrimoniaux et ceux portant sur des obligations alimentaires en

80 CJCE, 6 mars 1980, C-120/79, *de Cavel*.

81 CJCE, 27 février 1997, C-220/95, *van den Boogard*.

ayant égard, dans chaque cas d'espèce, à l'objectif spécifique de la décision rendue ». Seulement, l'« objectif spécifique de la décision rendue » peut parfaitement être double, et les deux aspects de celle-ci peuvent être à tel point entremêlés qu'il peut ne pas être simple de les « distinguer », comme y invite la Cour.⁸²

Constatons alors une fois de plus à quel point les frontières du régime matrimonial, qui se situe à la lisière entre le droit de la famille, le droit des biens, le droit contractuel, et le droit des successions, peuvent prêter à controverses. Il est temps d'examiner les règles sur la *compétence internationale*.

III. La compétence internationale

Sur quelques points, le Règlement me paraît plus avancé que la LDIP : à la fois plus précis et plus équitable.

a) *Compétence du juge du divorce*. On sait que la LDIP reconnaît au juge du divorce une compétence pratiquement automatique pour statuer sur des questions touchant au régime matrimonial.⁸³ C'est le principe, qui a cours en droit interne, de l'« unité du jugement du divorce » sur lequel la jurisprudence et la doctrine suisses insistent peut-être un peu surabondamment. Pour le Tribunal fédéral, on l'a vu, il convient d'y rester fidèle même lorsque les actifs litigieux sont ou englobent des *immeubles situés à l'étranger* et aussi – ajoutons – lorsque l'Etat étranger de situation revendique une compétence *exclusive*. C'est une décision du 11 juin 2010 qui a précisé ce dernier point.⁸⁴ Il y allait d'un contentieux helvético-hongrois, les deux époux étant double ressortissants, suisses et hongrois. Madame avait, le 13 mars 2007, saisi le juge zurichois du domicile conjugal d'une action en divorce et en liquidation du régime matrimonial. Par jugement du 11 juillet 2007, le juge zurichois avait retenu sa compétence, malgré l'opposition de Monsieur quant au régime matrimonial, à l'égard des immeubles hongrois également, qui constituaient – semble-t-il – le gros des biens litigieux, au motif que le sort de ces immeubles relèverait du régime matrimonial. Monsieur avait le 27 avril 2007 ouvert une action en divorce devant le juge de Pest, qui avait sursis à statuer pour ce qui est de l'action d'état, tout en ordonnant la poursuite de la procédure en Hongrie pour ce qui est du régime matrimonial. Par décision du 9 octobre 2009, le Tribunal supérieur de Zurich avait confirmé, tout comme, en cassation, le Tribunal de cassation du Canton. Saisi par un recours, le Tribunal fé-

82 Cf. NIBOYET, Les remèdes à la fragmentation des instruments européens de droit international privé (à la lumière de la porosité des catégories *alimony* et *matrimonial property* en droit anglais), Mélanges B. Audit, Paris 2014, 551 s.

83 Article 51 lit. b. LDIP.

84 TF, 5A_248/2010.

déral l'a rejeté par une décision du 11 juin 2010.⁸⁵ Seulement, le Tribunal de Pest a, peu de temps après, statué sur la répartition des immeubles litigieux et Monsieur avait, en Suisse, invoqué la décision hongroise afin de mettre un terme à l'instance zurichoise. Le Tribunal zurichois écarte l'incident et l'affaire monte à nouveau au Tribunal fédéral qui rejette le nouveau recours formé par Monsieur par une décision du 23 février 2012.⁸⁶ La qualification « régime matrimonial » qu'il convient, pour le Tribunal fédéral, de retenir à l'égard du sort des immeubles étrangers le conduit jusqu'à exclure le respect par les autorités suisses de la compétence exclusive revendiquée par l'Etat du lieu de situation. À l'objection consistant à remarquer que l'Etat de situation pourrait ne pas reconnaître la décision suisse, les hauts magistrats répondent en substance qu'il se peut que la décision suisse puisse être exécutée en Suisse dans la mesure où elle ordonnerait le versement d'une compensation en argent ou par équivalent pécuniaire d'un époux en faveur de l'autre et non pas l'attribution en nature de l'immeuble étranger.⁸⁷

Prenons un autre cas de figure. Une ressortissante russe, mariée à un ressortissant russe, se rend à Genève pour poursuivre une formation de quelques mois alors que son époux demeure en Russie. Le séjour se prolonge et, une année après son arrivée au bout du Lac, elle souhaite dissoudre le lien conjugal l'unissant à son mari, qui n'a jamais cessé d'habiter Moscou, pour vivre en liberté une nouvelle relation avec un homme qu'elle a rencontré en Suisse. On peut comprendre que la LDIP lui permette de demander le divorce en Suisse.⁸⁸ Mais faut-il habiliter le juge suisse à s'occuper également du régime matrimonial alors que Monsieur n'a jamais eu de contacts avec la Suisse, que les époux n'ont eu de résidence commune qu'à Moscou,

85 TF, 11 juin 2010, 5A_248/2010. L'article 16 de la Convention de Lugano – article 22 de la Convention de Lugano révisée – invoqué par Monsieur n'est pas pertinent, selon les hauts magistrats, car la Convention de Lugano n'est pas applicable aux questions touchant au régime matrimonial (« *Aus Art. 16 LugÜ [Gerichtsstand der gelegenen Sache für Klagen, die dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben] kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, weil dieses Übereinkommen ausdrücklich nicht auf die ehelichen Güterstände anwendbar ist [Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ]* ») (cons. 4.1). Or, c'est bien une question touchant le régime matrimonial – et non pas de droits réels immobiliers – qui était en cause à propos du sort des biens immeubles situés en Hongrie (« *Nach dem Gesagten ist das Bezirksgericht Zürich für die von der Beschwerdegegnerin eingereichte Ehescheidungsklage und für die Regelung der Nebenfolgen einschliesslich der güterrechtlichen Auseinandersetzung bezüglich der in Ungarn gelegenen Grundstücke zuständig* » : cons. 4.2).

86 TF, 23 février 2012, 5A_780/2011, cons. 1.2.

87 « *Ob dem so ist, darüber werden in Zukunft allenfalls die ungarischen Gerichte zu befinden haben. Einen rechtlichen Nachteil stellen allfällige Vollstreckungsprobleme des schweizerischen Urteils jedenfalls nicht dar, zumal gar nicht feststeht, ob und inwieweit eine Vollstreckung in Ungarn überhaupt in Frage kommt (z. B. hinsichtlich allfälliger, in Geld zu leistender güterrechtlicher Ausgleichszahlungen* » : arrêt préc., cons. 1.3.2).

88 Art. 59 lit. b. LDIP.

et que, de ce fait, les relations patrimoniales entre les deux époux sont, peut-on penser, localisés de manière prépondérante en Russie ?

C'est une préoccupation de ce type qui explique sûrement pourquoi le Règlement prévoit, à son article 5, une importante restriction à l'exercice par le juge du divorce – par hypothèse saisi conformément à l'article 3 du Règlement Bruxelles II-*bis* – de la compétence pour s'occuper des questions de régime matrimonial : il s'agit de protéger l'époux défendeur qui n'aurait pas de lien caractérisé avec l'Etat où le divorce est requis et, plus largement, de réduire les possibilités de *forum shopping* par un époux au détriment de l'autre dont nous avons constaté les méfaits.⁸⁹ Lorsque la compétence du juge du divorce est fondée sur la *résidence habituelle ultra-annuelle* du demandeur ou sur le *cumul* de la résidence habituelle d'au moins *six mois* du défendeur dans un Etat et la nationalité qu'il tient de cet Etat, ce n'est qu'avec « *l'accord des époux* » que le juge du divorce devient le juge du régime matrimonial. Pour mieux saisir le bien-fondé d'une telle restriction, supposons qu'un Français et une Allemande se marient à Paris où ils habitent quelques années et qu'à la suite de la séparation, Madame rentre en Allemagne en séjournant plus de six mois, si bien qu'elle est habilitée à demander le divorce en Allemagne en vertu du Règlement Bruxelles II-*bis*. Mais la compétence du for allemand pour connaître également des questions relatives au régime matrimonial est, dans un tel cas, subordonnée à l'accord de Monsieur. Celui-ci pourrait donc s'y opposer et cette opposition jouerait également à l'égard des biens qui se trouveraient en Allemagne. Si Monsieur s'y oppose, ce sont les « autres compétences » inscrites à l'article 6 du Règlement qui entrent en ligne de compte.

L'article 6 est construit autour de rattachements « en cascade », hiérarchisés et non pas situés sur un pied d'égalité. La lettre a), qui s'en réfère à la résidence habituelle commune, n'est en cette espèce franco-allemande pas pertinente. Il convient de convoquer le rattachement juridictionnel ultérieur, désigné par la lettre b). Celui-ci donne compétence aux juges de l'Etat « *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 et l'époux défendeur y réside encore au moment de l'action. C'est en conséquence le juge français qui est compétent pour les questions du régime matrimonial. Notons que la France serait également l'Etat au profit duquel joue la lettre c) de l'article 6, car il s'agit de l'Etat « *sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction* » : défendeur, Monsieur n'a jamais cessé de vivre en France.

Retenons donc que, lorsque les questions litigieuses concernant le régime matrimonial sont « *en relation avec la demande en divorce* » (cas de figure auquel est assimilée l'action en *séparation de corps* ou *annulation du mariage*), c'est ou bien le for du divorce (article 5) ou bien le for déterminé de la manière qui vient d'être détail-

89 *Supra*, Section I.

lée (article 6) qui est compétent à statuer sur de telles contestations. Gageons que des difficultés s'élèveront quant à l'interprétation qu'il est bon de donner à la phrase « *en relation avec ladite demande* ». Pour ne prendre qu'un exemple tiré de l'affaire italo-bulgare déjà évoquée, est-ce que la demande que M. Iliev avait intentée contre Mme Ilieva afin d'établir l'étendue de leurs droits respectifs sur la voiture immatriculée en Italie au nom de Madame⁹⁰ est bien « en relation avec la demande en divorce » ? Le divorce – on s'en souvient – avait été déjà prononcé par le juge bulgare. Il n'est pas interdit de penser qu'une demande *consécutive* au *prononcé* du divorce n'est plus en relation avec la « *demande en divorce* » : demande qui n'est plus d'actualité, qui s'est éteinte. Mais concédons que ce point puisse faire débat. La Cour de Luxembourg sera à coup sûr tôt ou tard appelée à prendre position.

Quid lorsque la dissolution du lien conjugal intervient à la suite du *décès* d'un époux ?

b) *Compétence du juge de la succession*. 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 questions de régime matrimonial en relation avec ladite affaire de succession* ». C'est d'une telle connexité que procède également l'article 51 lit. a. LDIP. Ici de nouveau, des incertitudes peuvent surgir quant à l'interprétation du passage : « *en relation avec ladite succession* ». Dans une affaire qui a déjà donné lieu à plusieurs décisions rendues par les juridictions monégasques et par les juridictions suisses⁹¹, Monsieur, ressortissant suisse, était décédé à Monaco en laissant entre autres de nombreux tableaux de maître. Madame, que l'on supposera sa deuxième épouse⁹² – Monsieur et Madame avaient vécu en régime de séparation des biens – soutenait que le défunt lui avait fait don de certains de ces tableaux, qui lui appartenaient en pleine propriété. S'agit-il, d'abord, d'une question touchant au régime matrimonial ? Si l'on estime que la donation entre époux en relève – et à mon avis, cela devrait être le cas du point de vue du Règlement – une question supplémentaire se pose : est-ce qu'une contestation de ce type « *est en relation avec ladite affaire de succession* » ? Cela dépendra – est-on fondé à penser – de la nature de la contestation successorale. Supposons que seule la question litigieuse entre les parties – Madame, d'une part, et les enfants de premier lit du *de cuius*, d'autre part – soit, précisément, celle de l'appartenance de ces œuvres d'art au patrimoine de Monsieur ou de sa conjointe survivante. Faut-il saisir de telles questions le for de la succession ? On peut hésiter. Et quel serait au juste le juge de la succession ? C'est le Règlement n° 650/2012 qui le fixe du point de vue des 25 Etats membres dans les-

90 *Supra*, II.1)

91 Du côté suisse, v. TF, 29 octobre 2015, 5A_296/2015 et TF, 19 mai 2014, 5A_55/2014 côté monégasque, v. Tribunal de première instance de Monaco, 28 janvier 2016, n° 2014/000430.

92 Elle était en réalité « sa compagne depuis plusieurs années » (TF, 19 mai 2014, 5A_55/2014, sous A.) car le mariage du *de cuius* avec la mère de ses deux enfants avait pris fin par divorce et le *de cuius* ne s'était pas remarié.

quels il a cours. Il s'agit du juge de la dernière résidence habituelle du *de cuius* ou, sous certaines conditions, du juge de l'Etat dont la loi a été choisie par lui, ce qui ne peut avoir lieu qu'au profit de la loi de l'Etat dont il tient sa nationalité, ou l'une de ses nationalités.⁹³ Mais lorsque le *de cuius* a eu sa résidence habituelle dans un Etat tiers, la compétence de l'Etat membre de sa nationalité est admise sans grandes restrictions (article 10 lit. a). Ainsi, le for successoral des Italiens, des Français, des Allemands, des Espagnols, des Portugais qui résident habituellement en Suisse, du point de vue de l'Union européenne, peut se situer dans les Etats membres d'origine de ces résidents helvétiques.⁹⁴ Le for de la succession serait alors, en vertu du renvoi de compétence fait par le Règlement qui nous occupe, autorisé à connaître également des actions portant sur les questions touchant aux régimes matrimoniaux. Voilà qui peut, à la vérité, paraître excessif.⁹⁵ Et d'ailleurs, 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 *a priori* pas accepté par la LDIP.⁹⁶ Il est vrai que les articles 86-96 de la LDIP pourront être modifiés pour les rendre « euro-compatibles ». Un projet de révision a été il y a peu publié par l'Office fédéral de la justice.⁹⁷

La compétence du for successoral est considérée par le Règlement à tel point prioritaire qu'elle évince celle du for dit « élu », c'est-à-dire du for choisi par les parties, ici par les époux. Disons alors un mot, justement, de l'*élection de for*.

c) *Election de for judiciaire (et de for arbitral)*. Le Règlement maintient à l'égard de celle-ci, consacré à l'article 7, une attitude qui me paraît un peu ambivalente. L'élection de for y rencontre en effet une *double limite*.

D'une part, elle le cède devant la compétence du for, justement, successoral et aussi – ce qui peut surprendre davantage – du for du divorce. Prenons le cas suivant, inspiré d'une affaire qui avait été soumise à l'Institut suisse de droit comparé il y a quelques années : deux époux allemands, avant de se marier, établissent en Allemagne un *Ehe- und Erbvertrag* comportant une clause d'élection de for allemand ; puis ils s'installent à Paris 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 français

93 Article 4 à 9 du Règlement Successions et article 22 pour ce qui du « choix de loi ». Sur toutes ces dispositions, v. le grand commentaire de BONOMI et WAUTELET, avec la collaboration de PRETELLI et OZTÜRK, *Le droit européen des successions – Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012*, du 4 juillet 2012, 2^e éd., Bruxelles 2016.

94 BONOMI, *Compétence accessoire versus proximité et prévisibilité du for : quelques réflexions sur ces objectifs antagonistes à l'aune des Règlements sur les régimes et les partenariats*, Mélanges B. Ancel, Paris 2018, 227 s., spéc. p. 228 s.

95 BONOMI (n. 94), 230 s.

96 Article 96 LDIP, et article 58 al. 2 qui y renvoie.

97 « Modifications de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions) – Rapport explicatif à l'avant projet », mis en circulation le 14 février 2018 par le Conseil fédéral. Pour v. quelques premiers commentaires, v. BONOMI, *Die geplante Revision des schweizerischen Internationalen Erbrechts*, SZIER/RSDIE, 2018, 159 s.

d'une action en divorce. Le for français – 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. On peut s'interroger sur la pertinence d'une telle solution. Précisons que si le for élu est celui d'un *Etat membre*, et que le for du divorce est celui d'un *Etat non membre*, la validité de la clause d'élection est en revanche admise. Il peut donc être utile, pour un couple d'expatriés européens qui travaillent au Moyen Orient, en Chine, à Singapour ou en Amérique Latine, de convenir d'un for du régime matrimonial.

Mais c'est là qu'apparaît la seconde restriction (consacrée à l'article 7 al. 1). Le for élu doit être ou bien celui de l'Etat du lieu de célébration du mariage, ou bien celui de l'Etat dont la loi est applicable, soit du fait du choix par les époux (en vertu de l'article 22) ou en vertu du critère de désignation à défaut de choix (en vertu de l'article 26). Supposons qu'un Français et une Allemande se rencontrent à Dubaï, où ils travaillent pour des firmes européennes. Ils peuvent fort bien souhaiter que les questions touchant au régime matrimonial soient réglées soit par les autorités allemandes soit par les autorités françaises. 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 du mariage, il ne doit pas forcément se trouver dans l'Etat dont la loi est applicable, du fait d'une *professio iuris* par exemple. S'ils se marient en Allemagne, ils peuvent choisir le for allemand et, comme droit applicable, la loi allemande ou la loi française.

Observons encore que la pratique révèle que les accords transactionnels auxquels parviennent souvent – et heureusement – les ex-époux au sujet des conséquences financières de la dissolution du mariage peuvent fort bien comporter une clause d'élection de for désignant le juge compétent pour statuer sur d'éventuelles contestations au sujet de la conclusion de l'accord transactionnel, de sa validité, de son exécution ou de son interprétation. Il peut arriver qu'une partie à la transaction – en soutenant que l'autre lui aurait caché des biens qu'elle détenait, y compris loin des plages (*offshore*) – souhaite remettre en cause la validité de la transaction, ou demander à recueillir une partie de la valeur des biens omis dans la *disclosure*. Faut-il autoriser une telle clause d'élection selon les conditions plus libérales du Règlement Bruxelles I-bis au motif qu'il s'agirait de la matière *contractuelle*, notamment si l'accord intervient une fois que le divorce est prononcé, ou bien l'assujettir aux limites du Règlement sur les *régimes matrimoniaux*? Dans une affaire italo-suisse, la mère et la fille, l'une et l'autre italienne vivant en Suisse – respectivement épouse et fille d'un homme d'affaires italien décédé avec dernier domicile en Italie – avaient conclu un accord transactionnel visant à mettre un terme aux différends de nature successorale qui les avaient opposées à la suite du décès de leur père et mari. Un tel accord comportait une clause d'élection de for – suisse et spécialement genevois – tout comme une clause d'élection de droit suisse. Quelques temps après, convaincue que des avoirs lui avaient été dissimulés, la fille introduit en Italie, devant le tribunal de Turin du dernier domicile du *de cuius*, une ac-

tion en pétition d'hérédité sollicitant entre autres « à titre préjudiciel, la constatation de la nullité, de l'annulabilité ou de l'inefficacité des accords passés entre les héritières ». ⁹⁸ À quoi la mère réagit, d'une part, en excipant devant le tribunal de Turin de l'incompétence de celui-ci du fait de la validité de la clause d'élection de for genevois et engageant, d'autre part, une action en constatation de la validité des accords devant le tribunal genevois, for élu. La Cour de cassation italienne a considéré que les droits litigieux demeurent de nature successorale, si bien que la Convention de Lugano n'est pas applicable et que la clause d'élection de for – gouvernée par les règles de droit international privé italiennes – n'empêche pas la fille de saisir le for italien de la succession. Côté suisse, les tribunaux genevois, puis la Cour de justice de Genève et enfin le Tribunal fédéral ont aussi en substance partagé ce point de vue : « bien que la question apparaisse controversée, il faut reconnaître une nature successorale au sens de l'art. 1 al. 2 ch. 1 aCL aux litiges relatifs à la validité et aux effets des conventions entre héritiers ». ⁹⁹ Faut-il alors transposer une telle jurisprudence aux transactions entre les ex-époux et, pour ce qui est des Etats membres qu'il lie, les considérer justiciables du Règlement, y compris pour ce qui est de la clause d'élection de for ? Si tel est le cas, ajoutons que si, comme il arrive le plus souvent, la teneur de l'accord vise à créer un *clean break* en mélangeant régime et entretien, il vaudrait mieux s'assurer que le for élu compte également parmi ceux qui figurent à l'article 4 du Règlement Aliments.

Il reste à préciser que, quant à sa validité formelle, une clause d'élection de for doit être « formulée par écrit, datée et signée par les parties » (article 7 al. 2). Mais qu'une « transmission par voie électronique » est valable si elle en permet la conservation sur un support durable.

Evoquons, par affinité, la clause d'élection de *for arbitral*. Est-ce que les époux – notamment lorsqu'ils sont parties à un *contrat international de mariage* – sont autorisés à soumettre à un arbitrage international le contentieux pouvant résulter d'un tel contrat ou, en général, de leurs relations patrimoniales ? Dans une affaire dans laquelle j'ai été appelé à consulter il y a plusieurs années, deux époux libanais, dont Madame vivait en Suisse et Monsieur était retourné au Liban après leur séparation, s'étaient affrontés dans un contentieux très onéreux qui s'était déroulé devant, à la fois, les juges *suisses* saisis par Madame, et les juges *libanais* saisis par Monsieur. Portées devant deux juridictions « mono-nationales » – c'est-à-dire tenant leurs pouvoirs d'un seul Etat –, de telles procédures n'avaient pas abouti à grand-chose, si ce n'est à consommer des ressources financières considérables : car les autorités des deux Etats s'étaient reconnues compétentes et menaçaient de prononcer des décisions contradictoires, se neutralisant mutuellement. En constatant cette impasse probable de la justice étatique, résultant d'un *conflit de justices mono-étatiques*, les ex-époux avaient convenu d'un accord transactionnel global, « sur-étatique », si on me permet le terme.

⁹⁸ Compte-rendu fourni par ATF 138 III 570, 572.

⁹⁹ ATF 138 III 570, 573, cons. 2.1.

Assez simple dans sa structure, et se composant de quatre articles seulement, 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 ensemble le Président. La clause établissait expressément que la décision rendue par ce « panel » helvético-libanais serait *définitive*. Une telle affaire semble témoigner de l'utilité que peut rendre une clause d'arbitrage en matière de conséquences patrimoniales du divorce : celle de surmonter les blocages qui résulteraient d'un *conflit international de juridictions* au sens propre du terme.

Dans l'affaire *helvético-hongroise* évoquée¹⁰⁰, il y a eu en tout cas *six* procédures, menées en deux langues, allemand et hongrois, qui ont abouti à de multiples décisions, dont les deux de dernière instance, en Suisse et en Hongrie, étaient parfaitement contradictoires : le juge suisse et spécialement 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, c'est-à-dire sous l'angle de leur contre-valeur ; 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 – et d'un troisième arbitre, pouvant être anglais, allemand ou norvégien, etc. – reflétant la binationalité du couple et du contentieux, aurait pu épargner aux époux l'impasse à laquelle conduit cette double série de procédures, qui ont duré *cing* ans, et qui risquent de se solder par un déni helvético-hongrois de justice.¹⁰¹ Il n'est pas certain qu'une

100 *Supra*, Section III a).

101 Le Tribunal fédéral considère – on l'a vu (*supra*, Section III a) – qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la compétence exclusive réclamée par le tribunal hongrois en ce qu'il serait loisible au juge suisse de distribuer selon les vues du droit suisse l'immeuble hongrois *par équivalent pécuniaire*, c'est-à-dire sous forme de *créance de liquidation* (TF, 23 février 2012, 5A_780/2011, cons. 1.3.2). Par exemple, si l'immeuble appartient, pour la Hongrie, en propriété *exclusive* à Monsieur et que, pour la Suisse, il appartient en tant qu'acquêt pour moitié à Monsieur et pour moitié à Madame, le juge suisse pourrait condamner Monsieur à verser au profit de Madame, notamment au départ d'un compte bancaire qu'il possède en Suisse, une somme équivalant à la moitié de la valeur de l'immeuble dont la propriété est, en Hongrie, inscrite au nom de Monsieur. Mais après avoir attribué à Monsieur ou confirmé l'appartenance à Monsieur de l'immeuble litigieux, le Tribunal hongrois pourrait, à la demande de Monsieur, intervenir à nouveau pour prononcer une *contre-décision* qui condamnerait Madame, notamment au départ d'un compte bancaire qu'elle possède en Hongrie, à restituer à Monsieur la somme qu'elle a perçue en Suisse en exécution de la décision suisse qui la considèrerait propriétaire *pour moitié* (plus exactement de la valeur de celui-ci), ce qu'elle n'était pas du point de vue de la Hongrie. Et ainsi de suite. Le différend international – et plus exactement *binational*, helvético-hongrois – opposant Madame et Monsieur quant aux conséquences patrimoniales de leur divorce n'est pas résolu par un *juge* et en vertu du *droit* car ici les juges de deux Etats impliqués, la Suisse et la Hongrie, saisi l'un par Madame, l'autre par Monsieur, s'estiment l'un et l'autre compétent pour trancher un tel litige et sont en *désaccord* sur la manière de le trancher, y compris quant au droit matériel qui est applicable ou à la mise en œuvre en l'espèce de celui-ci.

procédure arbitrale, une seule, aurait été plus onéreuse que les six procédures qui se sont déroulées dans les deux pays, et qui n'ont eu pour objet que la *compétence*, et n'ont pas servi à grand chose, si ce n'est à constater le conflit helvético-hongrois de juridictions, le bras de fer juridictionnel entre le juge de Zurich et le juge de Pest.

Il semble alors que, s'agissant de couples à forte internationalité, une clause d'arbitrage stipulée *par avance* et inscrite dans un contrat de mariage pourrait procurer un confort psychologique, désamorcer d'éventuels conflits, réduire l'encouragement à la course vers le for, la pratique du *forum shopping* : et réduire par là la perception d'injustice qui en résulte, due à l'unilatéralité de la démarche, qui ne fait souvent qu'envenimer les choses, faire escalader la guerre judiciaire. Une clause arbitrale, établie par des parties au moment où elles vivent en harmonie, par exemple au moment où elles négocient leur contrat de mariage, peut, si la désharmonie devait un jour intervenir, encourager des négociations de bonne foi, et « *déconflictualiser* » leur désaccord, favoriser une issue à l'amiable. Pour paradoxal que cela puisse paraître, une clause d'arbitrage est avant tout négociée *pour qu'elle ne soit pas concrètement utilisée* et, bien sûr, pour empêcher un contentieux devant un tribunal mono-étatique choisi par une seule des parties, pour neutraliser la tentation de courir vers un juge (*race to the courthouse*). 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 ?¹⁰² Encore faut-il bien sûr que les questions pouvant devenir litigieuses soient arbitrables. Le caractère patrimonial des contestations touchant au régime matrimonial, et la disponibilité d'une grande partie des droits en question, devrait en général assurer leur arbitrabilité, même si cela dépend évidemment des pays. Car il n'y a pas de notion commune, uniforme, d'arbitrabilité, notamment pas dans le domaine du droit de la famille.

Nous nous sommes certes un peu éloignés du Règlement. En revenant à celui-ci, constatons qu'il ne comporte pas d'exclusion expresse de l'arbitrage de son champ d'application, contrairement à ce que font le Règlement Bruxelles I-bis et la Convention de Lugano.¹⁰³ Il ne faut évidemment en déduire qu'il entend par là *empêcher* les Etats membres participants d'autoriser l'arbitrage comme moyen de résolution des litiges internationaux, y compris intra-européens, touchant au régime matrimonial. La question n'est tout simplement pas réglée. Et donc il appartient à chacun des Etats membres de le faire pour son propre compte, avant qu'ils ne se résolvent à élaborer ensemble un instrument réglementaire en matière d'arbitrage en général, ou de droit de la famille en particulier, qui consacrerait une notion commune d'arbitrabilité ou, à tout le moins, une règle commune désignant l'Etat dont la loi est applicable à l'ar-

102 John Fitzgerald Kennedy, Discours inaugural (*Inaugural address*), 20 janvier 1961 : « *For only when our arms are sufficient beyond doubt, can we be certain beyond doubt that they will never be employed* ».

103 Art. 1 al. 2 lit. d) du Règlement Bruxelles I-bis et de la Convention de Lugano.

bitrabilité des litiges qui en relèvent. Cela se produira un jour. C'est inévitable. C'est l'objectif de la création d'un espace de *liberté*, de *sécurité*, de *justice* qui le commande.¹⁰⁴ Mais difficile de dire quand.

d) *Compétence de substitution*. J'évoquerais rapidement une autre originalité du Règlement, qualifiée de « *compétence de substitution* ». Un mariage entre une Française et une Tchèque – mariage *homosexuel* donc – célébré en France pourrait ne pas être reconnu en République tchèque, qui pourtant a participé à la coopération renforcée dont est issu le Règlement. Supposons que le couple ait eu sa résidence habituelle commune en République tchèque au moment du décès de l'un de nos personnages : compétence du juge tchèque pour la succession en vertu du Règlement Successions ; compétence du juge tchèque également pour les affaires touchant le régime matrimonial « en relation avec l'affaire de ladite succession », en vertu du Règlement sur les régimes matrimoniaux. Or l'article 9 habilite le juge tchèque, à titre exceptionnel, à « déclinier sa compétence » si l'ordre juridique tchèque ne reconnaît pas le mariage en question. Et de fait, comment peut-il y avoir liquidation du *régime matrimonial sans lien matrimonial*, c'est-à-dire si le mariage, pour la République tchèque, n'existe pas ? Si le juge tchèque décide de déclinier sa compétence, il est tenu de le faire « sans retard indû ». Et la conséquence de ce déclinatoire est que les juridictions désignées par les autres rattachements en « cascade » inscrits à l'article 6 deviennent compétentes ; si aucun juge d'un Etat membre devait être désigné par celui-ci, le juge de l'Etat de célébration, ici donc en tout cas le juge français, le serait en tant que for de nécessité. Voilà qui soulève la question de savoir si la décision rendue en France qui, en liquidant le régime matrimonial dissous par décès de l'une des intéressées, aurait attribué des biens à la conjointe survivante – car, pour la France, c'est bel et bien d'une conjointe survivante dont il s'agit, le mariage entre ces deux dames étant parfaitement valable – serait reconnue en République tchèque ou bien si la reconnaissance lui serait déniée du fait que, pour la République tchèque, la requérante n'est pas la *conjointe* survivante, mais bien la *partenaire de vie* survivante, et par conséquent n'a pas qualité pour prétendre à des droits du fait de la liquidation du régime matrimonial. On y reviendra à propos de la reconnaissance, ou la non-reconnaissance, des décisions.¹⁰⁵

e) *For des mesures provisionnelles*. La dernière question touchant la compétence internationale que je voudrais évoquer concerne les *mesures provisionnelles*. Les recueils de jurisprudence montrent qu'il arrive assez souvent que le contentieux international familial s'ouvre par une requête en mesures provisionnelles. Si le couple présente des *liens* avec plusieurs Etats, l'époux qui est en possession des biens sur lesquels l'autre est susceptible d'avancer des droits – à titre, par exemple, de *participation aux acquêts*, ou d'un régime similaire – peut être tenté de les transférer vers un

104 Cf. *supra*, Section I, *in fine*, et note 13.

105 *Infra*, Section V.

autre Etat, de les occulter ou de les faire disparaître. En Suisse, l'affaire *Rybolovlev* portait au départ sur des mesures provisoires sollicitées par Elena Rybolovleva, à la fois en Suisse et en Angleterre, visant des biens que Dimitri Rybolovlev possédait dans plusieurs pays.¹⁰⁶ La première affaire mettant en cause la *notion* de régimes matrimoniaux dont la Cour de justice de l'Union européenne a eu à connaître avait précisément pour objet de telles mesures : il s'agit de l'affaire, déjà citée, opposant les époux De Cavel. Par une ordonnance prise en 1977 sollicitée par Monsieur, le juge aux affaires familiales près le Tribunal de grande instance de Paris avait autorisé l'apposition de scellés sur des *meubles, effets et objets* se trouvant dans l'appartement des époux à Francfort-sur-le-Main et sur le *coffre-fort* inscrit au nom de l'épouse dans une banque de Francfort. Monsieur avait demandé l'*exequatur* en Allemagne d'une telle mesure prononcée en France. Se posait la question de savoir si la Convention de Bruxelles régissait l'octroi d'un tel *exequatur*. La Cour de Luxembourg a conclu par la négative en considérant que la décision relevait des régimes matrimoniaux, matière exclue. Une telle décision française tomberait aujourd'hui dans l'orbite du Règlement, et le fait qu'elle soit provisoire n'empêche pas que l'*exequatur* lui soit accordée par l'Allemagne.

Le Règlement ne consacre aux mesures provisionnelles qu'une seule disposition, l'article 19. En voici l'énoncé : « les mesures provisoires et conservatoires prévues par la loi d'un Etat membre peuvent être demandées aux juridictions de cet Etat, même si, en vertu du présent règlement, les juridictions d'un autre Etat membre sont compétentes pour connaître du fond ». En somme, si le for du divorce est compétent pour le régime matrimonial, des mesures provisionnelles n'en pourraient pas moins être demandées dans l'Etat d'exécution de telles mesures. C'est là en substance un renvoi aux règles de compétences nationales. Rappelons que la procédure européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière des créances en matière civile et commerciale – applicable depuis le 18 janvier 2017 – exclut, du moins pour l'instant, de son champ d'application les créances résultant des régimes matrimoniaux.¹⁰⁷

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

106 Cette première phase du contentieux avait donné lieu à TF, 26 avril 2012, 5A_259/2010 ; sur cette décision, et d'autres semblables, v. ROMANO, *Certezze e incertezze nella giurisprudenza recente in materia di misure provvisorie nel contenzioso transfrontaliero*, in : BERNASCONI/FILIPPINI (éds.) : *Giurisprudenza recente del Tribunale federale : sentenze di principio, cambiamenti di prassi e questioni lasciate aperte : atti della Giornata di studio del 6 giugno 2016 [a Lugano]*, Bâle 2017, 55 s.

107 Article 2 al. 2 lit. a) du Règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale.

IV. Droit applicable

Le Règlement est, sans la moindre surprise, *erga omnes*, ou d'« application universelle », comme s'exprime l'article 20. Si la question s'élève, par exemple, au Portugal, et que les dispositions du Règlement désignent, par exemple, le droit *suisse*, c'est-à-dire le droit d'un Etat *non* membre, c'est le Code civil suisse que devront mettre en œuvre les autorités portugaises, et ce en vertu du Règlement lequel, à propos du droit applicable, est « opératoire » envers les Etats tiers et leurs lois également.

a) *Choix de loi par les époux*. Selon un principe théorisé il y a plusieurs siècles, les époux ont le droit de désigner la loi qui gouvernera leur régime matrimonial.¹⁰⁸ L'acte bilatéral de choix est appelé « *convention* » par le Règlement. Une *professio iuris* partielle pas plus que la désignation de lois différentes selon, par exemple, le lieu de situation des biens, ne sont autorisées, encore que les conséquences d'une telle élection en principe non admise ne soient pas précisées. Le Règlement procède en effet du principe de l'« *unité du droit applicable* », qui se reflète dans l'intitulé de l'article 21. Compte tenu de l'hétérogénéité des questions incluses dans la notion, un *dépeçage* entre, par exemple, le régime *primaire* et le régime *secondaire* – et la désignation de deux lois différentes à l'égard des deux séries de questions – aurait pu être envisagé. Pourquoi ne pas permettre à deux époux français vivant, au moment du mariage, à New York mais pouvant être appelés à se déplacer ultérieurement, de choisir, pour ce qui est de la protection du domicile conjugal, le droit *newyorkais*, ou le droit de tout Etat où se trouvera le domicile conjugal lorsque la question se pose et, pour ce qui est de leur régime étroitement défini, le droit *français* ?

L'éventail des lois éligibles est assez généreusement délimité : loi de la résidence habituelle de l'un ou de l'autre intéressé au moment du choix ; loi de l'Etat ou de l'un des Etats dont l'un des intéressés a la nationalité à ce moment.¹⁰⁹ Si l'un d'eux, ou l'un et l'autre, possède(nt) une double citoyenneté, les intéressés peuvent élire le droit de l'Etat de l'une quelconque de ces nationalités, sans que la recherche de la nationalité la plus effective puisse jouer un rôle. Le choix du droit applicable peut intervenir *en tout temps* : avant le mariage ou après le mariage, et même sans doute lors de la procédure de divorce ou en liquidation du régime. Un choix de loi qui est inscrit dans un accord transactionnel conclu entre les ex-époux concernant les conséquences financières du divorce devrait être considéré comme se rapportant à la matière du régime matrimonial.¹¹⁰ À défaut de volonté contraire des époux, le changement de loi appli-

108 Par Charles Dumoulin notamment, dans sa « consultation LIII », dite « des époux de Ganey », rendue dans un procès qui opposait les héritiers de Jean de Ganey – puis un Jean Petit, de Berne, cessionnaire des droits de ceux-ci – et les héritiers de son épouse Jeanne Boyleau. Pour une traduction et une analyse, l'une et l'autre magistrale – provenant du Maître – ANCEL, *Eléments d'histoire du droit international privé*, Paris 2016, 227 s. et 209 s.

109 Article 22 al. 1 a) et b).

110 Cf. les développements ci-dessus – Section III. c) – à propos de l'élection de for.

cable au cours du mariage n'a d'effet que pour l'avenir, sans donc effet rétroactif. Deux lois différentes régissent alors les rapports entre époux, selon le temps auquel de tels rapports ont pris naissance. C'est la présomption opposée que retient la LDIP. L'article 53 al. 2 énonce, à propos de l'élection de droit, que « *si elle est postérieure à la célébration du mariage, elle rétroagit au jour du mariage, sauf convention contraire* ».

Plus originales encore sont les conditions de validité formelle de la « convention » sur le droit applicable, auxquelles le Règlement consacre un article entier (l'article 23). Une telle convention doit être « *formulée par écrit, datée et signée par les deux époux* », la forme électronique, dans la mesure où elle permet de « *consigner durablement la convention* », étant admise.¹¹¹ Le droit international privé français applicable aux époux mariés avant 1992 a permis encore récemment à la Cour de cassation de considérer que deux époux musulmans d'origine algérienne ayant contracté un mariage musulman en Algérie où ils avaient fixé leur « premier établissement » et venus par la suite s'installer en France avaient entendu se soumettre à la loi musulmane « locale » dont le régime qu'elle consacrait était « équivalent à la séparations des biens ».¹¹² Une telle conclusion ne serait très vraisemblablement plus entérinée par le Règlement, qui exige en substance que le choix de droit applicable soit exprès. *Exit* la possibilité que le choix « *ressorte de façon certaine des dispositions du contrat de mariage* », ce qui est en revanche admis par l'article 52 al. 1 LDIP. Notons qu'en appliquant celui-ci, le Tribunal fédéral a exclu de considérer que deux époux libanais orthodoxes, qui s'étaient mariés au Liban en 1973 devant un archevêque orthodoxe et s'étaient installés à Genève en 1999, avaient réalisé une élection de droit libanais applicable à la communauté orthodoxe – qui prévoit la séparation des biens comme régime ordinaire : une telle élection de droit, pour être valable, devrait résulter d'un *contrat de mariage*, et un *acte de mariage* non modifié par les époux, pour notre suprême juridiction, ne vaut précisément pas contrat de mariage.¹¹³

111 Article 23 al. 1.

112 Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 26 octobre 2011, n° 10-23.298.

113 TF, 29 février 2012, 2C_720/2011. L'incertitude s'était manifestée à la suite du décès, intervenu en 2004, de l'époux et à l'occasion d'un contentieux opposant l'Administration fiscale cantonale et l'épouse survivante. De l'identité du régime matrimonial dépendait la détermination de l'avoir imposable. Selon Madame, ce régime était celui de la séparation de biens, alors que l'Administration fiscale cantonale se réclamait de la participation aux acquêts. Madame soutenait que « le simple fait que les époux ne prévoient rien concernant le régime matrimonial, en n'apportant pas de modification à l'acte de mariage, vaudrait contrat de mariage par lequel ceux-ci se soumettraient au régime légal de la séparation de biens, en renonçant du même coup à opter pour un autre régime matrimonial ». Mais, pour le Tribunal fédéral, « ce point de vue ne saurait être suivi », car, comme les hauts magistrats l'observent ingénieusement, « cela reviendrait à assimiler la renonciation même (en l'occurrence par acte concludant) à conclure un contrat de mariage à un tel contrat » si bien que « dans un tel système, il ne pourrait y avoir de mariage sans contrat de mariage, soit que les époux concluent (expressément) une telle convention, soit qu'ils y renoncent (de manière expresse ou par acte concludant), ce qui serait également qualifié de contrat de mariage » (cons. 4.3). Une telle décision laisse ouverte la question de savoir si la clause comportant l'indication du *mahr* inscrite dans un acte de mariage musulman (chiite ou sunnite) vaut « contrat de mariage » au sens de l'article 52 al. 1 LDIP.

En revenant au Règlement, encore faut-il s'abstenir de faire preuve de rigorisme excessif. Il arrive par exemple assez souvent, dans les contrats de mariage instrumentés par les notaires suisses, que l'on y trouve une clause énonçant que « *Les futurs époux déclarent adopter le régime de la séparation des biens, tel qu'il est adopté aux articles 247 à 251 du Code Civil Suisse* ». C'est là, manifestement, un choix de droit applicable – non seulement de régime – qui devrait être valable au regard du Règlement même si les intéressés ne font que se rapporter à cinq articles du Code civil suisse sans explicitement indiquer leur volonté de soumettre au droit suisse *dans son ensemble* les questions tombant sous l'empire du régime matrimonial. Il est vrai que, pour faire les choses plus proprement encore, il conviendrait de réserver une clause spécifique désignant le droit applicable. Mais si clause il y a, il arrivera souvent que celle-ci ne se rapporte expressément qu'au contrat de mariage qui l'incorpore et aux questions qui y sont réglées. *Quid* alors des autres aspects touchant au régime matrimonial entendu selon la notion large retenue par le Règlement ? Le principe de l'unité de la loi applicable prescrit semble-t-il d'étendre à ces autres questions non visées par le contrat de mariage la loi désignée par les époux à l'occasion et à l'égard de celui-ci. Il arrive parfois que deux époux se marient sans faire de contrat de mariage, puis à l'occasion d'un acte particulier qu'ils réalisent avec un tiers, ils indiquent qu'ils sont soumis au régime résultant d'un droit particulier. Est-ce que la clause inscrite dans un tel acte vaut *choix de loi* entre eux ? Dans une autre franco-algérienne, les époux, ressortissants algériens, s'étaient mariés sans contrat en Algérie, à Oran, en 1982 et ils étaient venus s'installer en France en 1995 en acquérant la nationalité française. Dans l'acte d'achat d'un immeuble réalisé en 2000 tout comme dans un acte de donation réalisé en 2001 figurait la mention qu'ils étaient « *soumis au régime de la communauté, selon le droit français* ». La Cour d'appel de Rouen avait pu conclure qu'ils avaient, « en cours de mariage, désigné leur régime matrimonial comme étant le régime français de la communauté des biens, comme les y autorise l'article 6 de la Convention de La Haye ». Mais la Cour suprême casse en considérant que « *cette déclaration, mentionnée dans des actes notariés poursuivant un autre objet, ne traduisait pas la volonté non équivoque des époux de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle le régissant jusqu'alors et ne pouvait constituer une stipulation expresse portant désignation de la loi applicable* ». ¹¹⁴ En somme, la désignation du droit applicable devrait se faire non pas dans un acte d'acquisition, qui « *poursuit un autre objet* », mais semble-t-il dans un acte dont les *seules parties* sont les époux. À plus forte raison, une telle solution – qui me semble à approuver – devrait s'appliquer à une affaire qui est aujourd'hui pendante devant des tribunaux lausannois : peu avant leur mariage, deux époux franco-suisse domiciliés à Lausanne avaient, devant un notaire suisse, choisi d'adopter le régime de la séparation des biens du droit suisse, mais, dix ans après, à l'occasion de l'achat d'un immeuble à l'Ile Maurice instrumenté

114 Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 26 octobre 2011, n° 10-23.298.

par un notaire mauricien, ils avaient déclaré, dans l'acte d'acquisition, « *qu'ils sont mariés out of community of goods and property à défaut de contrat de mariage préalable à leur union* ». La « *community of goods and property* » désigne certes de manière non équivoque le régime ordinaire du droit mauricien. Mais une telle clause inscrite dans un acte avec un tiers ne saurait valoir clause de droit applicable entre les *époux*.¹¹⁵

Il se peut d'ailleurs que des formalités supplémentaires, et donc plus lourdes, et plus onéreuses, soient également à respecter. L'accord sur le choix du droit applicable doit en effet satisfaire aux formes que la loi de l'Etat membre de la résidence habituelle des intéressés au moment de la conclusion prescrit pour la validité formelle des *contrats de mariage* – que le Règlement appelle, à l'instar des Codes civils français et italiens par exemple, « *conventions matrimoniales* ». ¹¹⁶ Cela vaut également pour la forme des contrats de mariage eux-mêmes.¹¹⁷ Soit alors un couple franco-italien – lui, français, elle, italienne. Ils habitent Paris. Ils se marient en Italie, devant un ministre de culte catholique, et souhaitent vivre séparés des biens. En droit italien, il suffit que la mention du régime de la séparation des biens soit faite en marge de l'acte de mariage pour qu'un tel régime soit valablement choisi.¹¹⁸ D'après la loi française, en revanche, toute convention matrimoniale doit revêtir la forme *authentique* et spécialement *notariée*.¹¹⁹ Puisque la résidence habituelle de nos protagonistes est en France, tout contrat de mariage qu'ils souhaitent conclure avant la célébration, ou au moment de celle-ci, devrait être « rédigé par acte devant notaire ». Une telle rigueur 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. Il semble bien qu'il n'est pas pour

115 A supposer même qu'il faille interpréter une telle clause comme exprimant la volonté des époux de se soumettre à la loi *mauricienne* de situation immobilière, une telle volonté resterait, pour la LDIP – tout comme pour le Règlement dans des cas analogues – sans effet. Car, comme il l'a été dit au sujet de la LDIP, « le texte légal ne contient aucune indication suggérant la possibilité pour les époux de limiter le choix à une partie du patrimoine ou de désigner plusieurs droits, applicables respectivement aux différentes parties du patrimoine » (Commentaire romand, LDIP, CL/BUCHER, 469, n° 10). Si bien que « l'art. 52 ne permet pas, en particulier, de faire un choix portant sur des immeubles, en désignant la loi de leur situation. Le législateur a voulu éviter une complexité excessive des relations patrimoniales entre époux, le régime matrimonial devant être soumis à une loi unique » (Commentaire romand LDIP, CL/BUCHER, cit., 470, n° 10 ; v. Commbâlois/COURVOISIER, ad Art. 52, n° 5 : « Eine Teilrechtswahl ist ausgeschlossen »).

116 Cela ne vaut que si la loi de la résidence habituelle au moment pertinent est celle d'un *Etat membre* et non pas si elle est celle d'un Etat *non membre*, y compris bien sûr la Suisse.

117 Article 162 al. 2 du Code civil italien, consacré à « *Forma delle convenzioni matrimoniali* », dont voici le texte : « *La scelta del regime di separazione può anche essere dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio* ».

118 Article 25 al. 2.

119 Article 1394 al. 1 du Code civil français : « *Toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires* ».

autant nécessaire que, dans l'exemple, le notaire soit *français* ; il pourrait s'agir d'un notaire *italien*. La *professio iuris* suit le même sort formel, sans qu'il importe de savoir si le droit élu est le droit italien ou le droit français, l'un et l'autre étant éligibles par nos personnages.

Quelle est la loi applicable à défaut de choix – ou de choix *valable* – par les intéressés ?

b) *Loi applicable à défaut de choix*. Le Règlement souscrit à une philosophie qui est, sur ce point, très différente de celle qu'adopte la LDIP. C'est là, probablement, la disparité la plus flagrante, et la plus propre à perturber les rapports helvético-européens. L'article 54 LDIP retient en substance le droit de l'Etat où les époux ont été l'un et l'autre domiciliés *en dernier lieu*, opérant de surcroît rétroactivement. Le Règlement donne en revanche prépondérance à la « loi de l'Etat de la *première résidence habituelle commune* des époux après la célébration du mariage ». ¹²⁰ Un changement ultérieur de résidence habituelle ne devrait pas influencer sur le droit applicable, sauf « à titre *exceptionnel* » et aux conditions restrictives prévues à la clause échappatoire dont il sera question dans un instant. ¹²¹ Prenons un couple *franco-suisse* qui vit d'abord en France puis en Suisse sans conclure de contrat de mariage – et sans formuler de *professio iuris*. Un tel couple est, pour la France, soumis au *droit français*, et donc au régime de la communauté réduite aux acquêts, avec tout ce que cela entraîne quant à la division des biens en propres et communs. Pour la Suisse, en revanche, il est soumis au *droit suisse*, et donc au régime de la participation réduite aux acquêts. La Suisse et l'Union européenne provoquent de la sorte des *conflits helvético-européens de lois*, susceptible de compliquer inutilement la vie, et la désunion, de leurs citoyens et résidents.

Sur ce point, le Règlement s'écarte également de la solution que retient la Convention de La Haye de 1978. Car celle-ci prévoit que si deux époux établissent après le mariage leur première résidence habituelle dans un Etat A et qu'ensuite ils la transportent dans un Etat B et que cet autre Etat B est celui de leur nationalité commune, la loi de B régit les rapports nés après le changement de résidence alors que la loi de A demeure applicable aux rapports antérieurs. ¹²² Ainsi, dans une affaire portée devant les tribunaux français, Monsieur et Madame, ressortissants français vivant à New York – Monsieur travaillait aux Nations Unies – s'étaient mariés en juillet 1999 à New York, où ils avaient fixé leur première résidence habituelle commune après le mariage. En mai 2000 ils avaient déménagé en France, en achetant au cours des mois ultérieurs un immeuble en France puis un immeuble au Luxembourg. Le 30 décembre 2002, Monsieur a saisi le juge aux affaires familiales de Nanterre d'une requête visant le règlement des conséquences de la séparation tandis qu'une demande en di-

120 Article 26 al. 1 lit. a).

121 Article 26 al. 3.

122 Article 7 al. 2 et 8.

vorce ne sera déposée par lui qu'en octobre 2007. La Cour de cassation fait grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir considéré que les époux étaient soumis au régime français de la communauté légale du fait de leur résidence commune en France alors qu'« il convenait de diviser en *deux masses les biens des époux pour dissocier ceux soumis au droit américain de ceux soumis au droit français*, afin de prendre en compte le sort des biens dépendant de leur *premier* régime pour envisager le résultat prévisible de la liquidation de leur *second* ». ¹²³ L'article 26 al. 2 du Règlement prescrit dorénavant aux juges français saisis d'un litige de ce type d'appliquer la loi newyorkaise à la totalité des rapports patrimoniaux entre époux.

Pour le cas où les époux n'ont jamais eu de résidence habituelle commune après le mariage, c'est la loi de la *nationalité commune* au moment de la célébration qui est applicable et, à défaut de nationalité commune, celle « *de l'Etat ... avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances* ». ¹²⁴ Sur ce point également, on enregistre un écart entre le Règlement et la LDIP, car l'article 54 de celle-ci soumet deux époux de nationalité différente qui n'ont jamais eu de domicile dans le même Etat au régime suisse de la *séparation des biens*. Supposons une Allemande et un Suisse qui se marient sans contrat. Elle vit et travaille à Constance, en Allemagne, lui à Winterthur, dans le Canton de Zurich. Ils ne font pas pour l'instant ménage commun si ce n'est pendant les week-ends et les vacances. Supposons que l'un d'eux, au bout d'une année environ, songe à mettre un terme à la vie conjugale et s'interroge sur le régime auquel ils sont assujettis. Pour l'Allemagne, où a cours le Règlement, c'est la loi du rattachement le plus significatif : ce peut être la loi allemande ou la loi suisse, et le régime sera, par conséquent, du moins en principe, ou bien la participation aux acquêts du droit suisse ou bien la *Zugewinnngemeinschaft* du droit allemand, c'est-à-dire, en tous les cas, un régime de type *participatif*. Pour la Suisse, en revanche, les intéressés auront vécu *séparés des biens* selon les articles 247 et suivants du Code civil suisse. On ne peut pas s'empêcher de remarquer le *paradoxe* d'une situation où l'Allemagne estimerait que ce couple helvético-allemand a vécu sous le régime *ordinaire* du droit suisse, la participation aux acquêts, alors que la Suisse estime qu'il a vécu sous le régime de la *séparation des biens* également du droit suisse.

Comme je l'ai annoncé, le Règlement comporte une sorte de *clause échappatoire*, qui ne manque pas d'intérêt. C'est là un mécanisme qui devrait permettre de privilégier la loi de la *dernière* résidence habituelle commune au lieu de la *première*, et qui rapprocherait donc la solution européenne de la solution ayant cours en Suisse. L'article 26 al. 3 énonce qu'« *à titre exceptionnel et à la demande d'un époux, l'autorité judiciaire peut décider qu'une autre loi que celle établie selon les principes énu-*

¹²³ Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 12 avril 2012, 10-27.016 (l'italique est de nous) ; sur renvoi, Cour d'appel de Paris, 22 mars 2016, n° 14-06967.

¹²⁴ Article 26 al. 1 lit. b) et c).

mérées régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que : a) les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre Etat pendant une période significativement plus longue que dans l'Etat désigné en vertu du paragraphe 1 point a) ; et b) les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux ». Imaginons que, dans l'exemple franco-suisse formulé plus haut, les intéressés aient vécu plus longtemps en Suisse et qu'en France ; mais qu'est-ce qui constitue une « période significativement plus longue » ? Si l'un des intéressés le lui demande, le juge français pourrait retenir lui aussi le droit suisse comme le ferait l'autorité suisse. Il faudrait toutefois que le requérant démontre que le régime de la participation aux acquêts du droit suisse est plus conforme à la manière dont les époux ont organisé leurs rapports patrimoniaux que le régime de la communauté réduite aux acquêts du droit français, laquelle implique le classement des biens en *propres* et *communs*. Il est permis de penser qu'une telle preuve pourrait prendre appui entre autres sur la manière dont les époux se sont conduits face aux tiers.

C'est ce qui conduit à dire un mot de la loi applicable aux rapports – justement – entre les époux et les tiers. L'article 28 du Règlement qui leur est consacré se démarque sur plusieurs points de l'article 57 LDIP. L'écart le plus visible concerne le droit régissant ces rapports, dits parfois *externes*, lorsque la loi applicable aux rapports *internes* – *intra-conjugaux* – n'est pas *opposable* aux tiers : pour le Règlement, il s'agit du même droit qui gouverne la convention entre l'époux contractant et le tiers, ou bien, à propos d'affaires portant sur les *immeubles*, ou des droits enregistrés, la loi de l'Etat de l'immeuble ou de l'Etat de l'enregistrement ; pour la LDIP c'est le droit du *domicile* de l'époux qui a contracté avec le tiers. Prenons un cas concret pour en montrer les répercussions pratiques. Dans l'un des épisodes de l'affaire *Rybolovlev*, Monsieur, domicilié dans la Principauté de Monaco, avait, après l'introduction d'une requête en divorce par Madame, aliéné sa part de copropriété de parcelles situées à Gstaad au profit d'un tiers, qui était en l'occurrence sa fille aînée, Ekaterina, mais dont on supposera qu'il s'agisse d'une personne *extérieure* à la famille qui ignorait sans faute que le vendeur avait vécu avec son épouse sous le régime de la participation aux acquêts du droit suisse et qu'il faisait l'objet d'une interdiction de disposer.¹²⁵ D'après le droit matériel *monégasque*, les époux ont vécu en régime de

125 En d'autres termes, les conditions de l'article 54 al. 2 LDIP, pour lequel « *Toutefois, ces effets sont régis par le droit applicable au régime matrimonial si le tiers connaissait ou devait connaître ce droit au moment où le rapport juridique a pris naissance* » ne sont, dans la variante envisagée, pas remplies. Dans la décision *Rybolovlev*, le Tribunal fédéral a en revanche et très logiquement considéré que l'on pouvait ... raisonnablement attendre de la recourante – qui était la fille Ekaterina – représentée de surcroît par une avocate pour la signature de l'acte de donation, qu'elle s'interroge sur l'éventuelle application du droit suisse au régime matrimonial de ses parents, de sorte qu'elle ne peut se prévaloir de sa bonne foi quant à cette question pour voir le droit monégasque appliqué en vertu de l'art. 57 al. 1 LDIP » (TF, 18 décembre 2014, 5A_240/2014, cons. 2.4).

séparation des biens, l'époux vendeur est libre d'aliéner les droits immobiliers litigieux si bien que la vente serait valable. D'après le droit matériel *suisse*, les époux ont vécu en régime de *participation aux acquêts*, et la vente ne serait en l'espèce pas opposable à Madame du fait de l'interdiction évoquée. Quel est au juste le droit applicable aux relations entre Monsieur, vendeur, et le tiers, acheteur ? Selon la LDIP, c'est le droit *monégasque* du fait du domicile de Monsieur. La solution retenue par le Règlement conduit au droit suisse en tant que *lieu de situation immobilière*. Une fois de plus, une telle divergence entre la LDIP suisse et le droit international privé qui sera en vigueur au sein de 18 Etats membres paraît malencontreuse et menace de générer des difficultés parfois inextricables.

V. Reconnaissance des décisions

On rencontre en jurisprudence passablement d'affaires où il a été question de la reconnaissance dans un Etat de la décision visant les effets patrimoniaux du mariage ou du démariage rendue dans un autre Etat. Parfois la qualification de la matière objet du jugement dont l'exécution transfrontalière est sollicitée prête à controverse. J'ai déjà évoqué l'affaire *de Cavel*, qui concernait entre autres la mise en œuvre en Allemagne – sur des avoirs situés à Francfort – d'une prestation compensatoire provisoire post-divorce accordée par le juge français à Madame et à la charge de Monsieur, l'un et l'autre domiciliés à Francfort. Les tribunaux allemands avaient hésité à reconnaître à la requérante le bénéfice de la Convention de Bruxelles car celle-ci n'était pas applicable aux régimes matrimoniaux mais la Cour de Luxembourg avait résolu le doute par l'affirmative en jugeant que la décision française touchait plutôt à l'obligation alimentaire. Une affaire plus récente mettait également en cause un couple franco-allemand, qui s'était marié en Allemagne en 1996, séparé des biens, et dont le divorce avait été prononcé en Allemagne en 2007. Par une décision ultérieure, rendue en 2009, le tribunal supérieur de Karlsruhe avait condamné Monsieur, qui vivait en France, à payer à Madame une somme d'argent que l'administration fiscale avait versé à Monsieur en remboursement d'un trop perçu par elle. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar avait accordé l'*exequatur* sur le fondement du Règlement Bruxelles I en relevant que « *le présent litige n'entre pas dans la catégorie exclue des régimes matrimoniaux* ». Mais la Cour régulatrice casse au motif qu'« *il résultait de la motivation de la décision étrangère que ce litige n'était pas dénué de tout lien avec le mariage et la dissolution de celui-ci* ». ¹²⁶ Suffit-il d'« un lien » avec le mariage et le démariage pour que la catégorie régimes matrimoniaux soit mise en cause ? On

126 Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 5 novembre 2015, pourvoi n° 13-19.812 articulé à l'encontre de Cour d'appel de Colmar, 4 avril 2013.

constate une fois de plus à quel point la qualification des questions litigieuses peut être délicate.

La recherche d'une telle qualification devrait dorénavant être moins pressante car les articles 36 et suivants du Règlement viennent – il était grand temps, a-t-on envie de dire –, au sein du cercle des Etats participants, à étendre aux régimes matrimoniaux le dispositif de circulation facilitée des décisions mis sur pied par le « système Bruxelles I/Lugano ». ¹²⁷ Ces articles s'appliqueront aux décisions rendues après le 29 janvier 2018. La procédure sera la même que celle qu'organisait « Bruxelles I » avant la réforme de 2012, c'est-à-dire en substance la même que celle qu'organise encore aujourd'hui la Convention de Lugano. Il s'agit d'une procédure en deux étapes : une première, essentiellement formelle, qui aboutit à la déclaration de force exécutoire et une seconde, éventuelle, qui ne se déclenche que si la partie contre laquelle l'exécution est demandée fait opposition à une telle déclaration. *L'exequatur* n'a donc pas été aboli, comme l'a été, depuis 2015, par Bruxelles I-bis dans les matières couvertes par celui-ci. La reconnaissance n'en devra pas moins être le plus souvent accordée, y compris aux décisions comportant des *mesures provisoires*, du moins à partir du moment où celles-ci sont portées à la connaissance du défendeur. Les motifs justifiant un refus – énumérés à l'article 37 – sont réduits : en substance, contrariété manifeste avec l'ordre public de l'Etat membre requis, défaut de signification de l'acte introductif d'instance en temps utile si un tel défaut a empêché le défendeur de se défendre, inconciliableté des décisions. Signalons toutefois une innovation – à l'article 38 –, qui astreint les Etats membres au « *respect des droits et principes fondamentaux consacrés par la Charte, et notamment son article 21 relatif au principe de non-discrimination* ». ¹²⁸ Est-ce que la mise en œuvre en République tchèque d'une décision française qui statue sur le régime matrimonial de deux épouses de même sexe dont l'union a été célébrée en France, et qui englobe des biens en République tchèque, peut être refusée par la République tchèque au motif que la reconnaissance d'un acte de mariage homosexuel établi en France serait contraire à l'ordre public

127 Articles 36 à 57 du Règlement.

128 Dans l'affaire déjà citée impliquant deux ressortissants d'origine algérienne qui s'étaient mariés en Algérie avant 1960 selon le rite musulman pour s'installer en France en 1962, la Cour suprême a estimé que l'application du droit algérien « local », qui « pouvait être considéré comme équivalent au régime de la séparation des biens de droit français » n'était dès lors « *ni discriminatoire, ni contraire à l'ordre public international* » (Cour de cassation, 1^{re} ch. civ., 26 octobre 2011, n° 10-23.298). Le pourvoi a été donc *rejeté* qui soutenait que « le droit musulman était en contradiction tant avec la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'il était discriminant et inégalitaire qu'avec l'ordre public français en ce qu'il [...] ne prévoyait aucune mesure pécuniaire de compensation du préjudice causé par la dissolution du mariage ». Le risque que la mise en oeuvre d'un tel régime puisse laisser l'un des époux dans le dénuement devrait pouvoir être prise en compte sur le plan de l'*obligation alimentaire*. En ce sens ég. SCHWANDER, Internationales Privat- und Zivilprozessrecht des Ehegüterrechts, AJP 2008, 1055 s., 1066.

tchèque et que, par conséquent, la reconnaissance d'une décision rendue en France qui se fonde sur le statut d'épouse de même sexe devrait l'être à son tour ?

La reconnaissance des décisions suisses dans les Etats membres participants restera en revanche soumise aux règles de reconnaissance *mono-nationales*. J'ai déjà évoqué une affaire franco-suisse, où la décision genevoise constatant la copropriété des époux sur un immeuble savoyard a été présentée par Madame pour la reconnaissance devant la Cour de Chambéry, et j'ai déjà évoquée la qualification « régime matrimonial » qui a été adoptée par celle-ci.¹²⁹ Le Règlement ne devrait pas changer grand chose à de tels cas de figure. La France devrait pouvoir continuer à reconnaître des décisions suisses portant sur des immeubles français, sous réserve cependant, ai-je signalé, des contestations touchant les modalités pratiques du partage. Et la Hongrie, dans l'affaire helvético-hongroise dont il a également été question¹³⁰, devrait d'autant plus certainement pouvoir continuer à leur dénier la reconnaissance – du fait du caractère *exclusif* de la compétence réclamée par la Hongrie en raison du lieu de situation immobilière – qu'elle ne participe pas, du moins pour l'instant, à la coopération renforcée ayant « sécrété » le Règlement.

Il n'est cependant pas inconcevable qu'un « effet réflexe » de celui-ci puisse se produire. Je pense surtout à restriction de la compétence du for du divorce, qui est susceptible de déteindre sur la reconnaissance dans les Etats membres participants des décisions suisses. La compétence de l'article 59 lit b. LDIP – fondée sur le domicile suisse du demandeur combiné à la nationalité suisse ou bien à la résidence en Suisse depuis une année de celui-ci – pourrait ne pas, ou ne plus, être acceptée par les Etats membres, ou certains d'entre eux en tout cas. Supposons un couple formé par Monsieur, espagnol, et Madame, suisse. Le couple vit en Espagne. En conséquence de la séparation, Madame retourne en Suisse et c'est en Suisse qu'elle demande le divorce. L'article 51 lit. b. LDIP habilite le juge suisse du divorce à connaître des questions touchant le régime matrimonial en passant outre l'opposition de Monsieur. Seulement une telle compétence est, en l'espèce, pour ce qui est du régime matrimonial, écartée par le Règlement, car l'époux défendeur n'a pas de lien avec la Suisse et qu'il ne s'y est pas soumis volontairement. Si bien que l'Espagne pourrait être tentée de ne pas reconnaître la décision suisse se fondant sur une telle compétence.

129 v. *supra*, Section II.2.

130 v. *supra*, Section III a).

: Adopté par le mécanisme dit des « coopérations renforcées », le Règlement « régimes matrimoniaux » entrera en vigueur le 29 janvier 2019 dans 18 Etats membres de l'Union européenne. Il porte règles uniformes en matière de compétence internationale, droit applicable, et reconnaissance des décisions dans le domaine des régimes matrimoniaux, exclu du Règlement Bruxelles I-bis et de la Convention de Lugano. Il aspire à augmenter la sécurité juridique au profit des ressortissants et résidents européens et à diminuer les situations de conflits intra-européens de lois, de juridictions et décisions et l'anarchie intra-européenne qui peut en résulter, susceptible d'entraver la circulation des personnes et celle de leurs biens, tout comme à réduire les coûts pesant sur les contribuables européens de l'administration de la justice. Sur un certain nombre de points, le Règlement paraît plus sophistiqué, précis et moderne que la LDIP, notamment pour ce qui est de la compétence du juge de divorce, l'élection de for et l'élection de droit. Si le fait que 18 Etats membres se sont désormais dotés de règles communes devrait faciliter la vie internationale des couples helvético-européens, notamment ayant des liens avec plusieurs Etats participants, un certain nombre de disparités entre le Règlement et la LDIP – notamment pour ce qui est de la notion même de régime matrimonial, de la loi applicable à défaut de choix et de celle applicable envers les tiers – pourrait parfois perturber les relations patrimoniales résultant de l'union conjugale et de la désunion de tels couples.

Zusammenfassung: Im Rahmen des Mechanismus der sogenannten «verstärkten Zusammenarbeit» tritt die «Güterrechts»-Verordnung am 29. Januar 2019 in 18 Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Kraft. Sie bringt einheitliche Regeln hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit, des anwendbaren Rechts und der Anerkennung von Entscheidungen im Bereich des ehelichen Güterstands unter Ausschluss der Verordnung Brüssel I-bis und des Lugano-Übereinkommens. Sie strebt eine höhere Rechtssicherheit zugunsten der EU-Staatsangehörigen und EU-Gebietsansässigen sowie eine Verringerung der innereuropäischen Konfliktsituationen in Bezug auf gesetzliche Vorschriften, Zuständigkeiten und Entscheidungen sowie der daraus resultierenden innereuropäischen Unordnung an. Diese kann den Personen- und Warenverkehr behindern. Zudem sollen die Kosten der Rechtspflege für die europäischen Steuerzahler gesenkt werden. In einigen Punkten scheint die Verordnung ausgefeilter, präziser und moderner zu sein als das IPRG, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeit des Scheidungsrichters, die Wahl des Gerichtsstands und die Wahl des anwendbaren Rechts. Auch wenn die Tatsache, dass 18 Mitgliedstaaten nun über gemeinsame Regelungen verfügen, das internationale Leben für schweizerisch-europäische Paare erleichtern dürfte, insbesondere, wenn sie Verbindungen zu mehreren teilnehmenden Staaten haben, könnten gewisse Diskrepanzen zwischen der Verordnung und dem IPRG – insbesondere was den Begriff des Güterstands selber, das mangels Rechtswahl anwendbare Recht und das gegenüber Dritten anwendbare Recht betrifft – gelegentlich zur Störung der sich aus der ehelichen Gemeinschaft und der Trennung solcher Paare ergebenden Vermögensverhältnisse führen.