



Le nouveau 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

Petra Hammje

DANS **REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ** 2011/2 N° 2 , PAGES 291 À 338
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-0958

DOI 10.3917/rcdip.112.0291

Date de mise en ligne : 07/06/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2011-2-page-291?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

**Le nouveau 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**

Petra HAMMJE

Professeuse à l'Université de Cergy-Pontoise

Introduction

Un premier instrument européen de coopération renforcée ambitionnant de contenir la ruée vers le tribunal et d'accroître la sécurité juridique des couples internationaux.

I. — LE CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT

A. — *Champ d'application matériel*

1°) L'appréhension étendue des variétés de rupture et de relâchement du lien matrimonial

- Types de désunion
- Types d'union

2°) L'appréhension partielle du contenu du divorce et de la séparation de corps

- Exclusion des conséquences du démariage
- Inclusion du seul prononcé du démariage

B. — *Champ d'application spatial*

1°) champ d'application territorial

- Le club des états membres « participants »
- Le caractère universel du règlement de conflit

2°) champ d'application personnel

- La situation comportant un conflit de lois
- Internationalité intra- et extra-européenne

II. — LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE ET À LA SÉPARATION DE CORPS

A. — *Les nouvelles règles de conflit de lois uniformes*

1°) L'introduction du choix encadré de la loi applicable par les époux

- a) Une autonomie encadrée
- b) Une autonomie protégée
 - consentement et validité matérielle de la convention de choix
 - validité formelle de la convention de choix
- c) Un choix de loi procédural.
- 2°) La loi applicable à défaut de choix
- B. — *La mise en œuvre des nouvelles règles de conflit*
 - 1°) L'exclusion du renvoi (article 11)
 - 2°) La sauvegarde des conceptions de l'ordre juridique du for
 - a) La promotion d'un droit au démarriage non discriminant
 - b) L'exception d'ordre public
 - c) Le paradoxe de l'« exemption maltaise »

1. C'est au terme d'un périple long et mouvementé que le 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, dit Rome III, a enfin pu voir le jour (1).

Pourtant, face à une mobilité croissante des citoyens au sein de l'Union européenne, la question des divorces « internationaux » préoccupe depuis plusieurs années les instances européennes, soucieuses de simplifier la vie des citoyens (2). La forte diversité des législations nationales sur le divorce apparaît comme une source d'imprévisibilité et d'insécurité pour les couples à caractère international. Or, à l'instar du nombre de mariages, le nombre de divorces internationaux va croissant dans le cadre européen (3). Dès 2004, le Conseil a donc invité la Commission à présenter un livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de divorce en 2005 (4). Malgré son intitulé, l'objectif poursuivi était en réalité double. D'une part, il s'agissait de remédier à certains dysfonctionnements du règlement Bruxelles

(1) V. les commentaires de M. Revillard, *Defrénois*, 2011, art. 39208, p. 445 ; M. Salord, *AJ fam.* 2011. 97.

(2) V. déjà le Conseil européen de Vienne en 1998, JOCE 23 janvier 1999, p. 1.

(3) En 2007, sur 2,4 millions de mariages célébrés dans l'Union européenne, 300 000 présentaient une dimension transfrontière, et sur environ un million de divorces prononcés dans l'Union, 140 000, soit 13 % étaient internationaux. V. la communication de la Commission du 16 mars 2011, « Lever les incertitudes liées aux droits patrimoniaux des couples internationaux », COM(2011) 125 final.

(4) Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce du 14 mars 2005, COM(2005) 82 final.

II *bis* (5) : éviter la « ruée vers le tribunal » à laquelle risque de conduire la multiplicité des chefs de compétence de l'article 3, mais également permettre à certains couples fortement liés à l'Union d'avoir toujours accès à une juridiction d'un État membre, ce que ne permettent pas toujours les règles existantes. D'autre part, le livre vert entendait, de façon parallèle, amorcer une réflexion sur une possible harmonisation des règles de conflit de lois en matière de divorce, afin d'offrir davantage de sécurité juridique aux couples internationaux (6).

Au regard des réponses à cette consultation publique organisée, la Commission a élaboré une proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, en date du 17 juillet 2006 (7). Les discussions ultérieures n'ont cependant pas permis à la proposition d'aboutir. Sur ces questions de droit de la famille, qui requièrent l'unanimité des États membres en vertu de l'article 81, § 3, TFUE, les sensibilités nationales demeurent en effet très fortes, tant sur l'institution même du mariage – tous les États membres n'admettant pas le mariage homosexuel par exemple – qu'au regard du divorce, puisque selon les États le divorce peut être interdit, perçu de façon très libérale comme une rupture de contrat, nécessiter des exigences supplémentaires telles des périodes de séparation préalable ou l'existence de torts des époux. Au-delà, les oppositions se poursuivent sur le terrain du conflit de lois, entre tenants de la compétence de la *lex fori* et États majoritaires ayant recours à des règles de rattachements fondées sur la nationalité et la résidence habituelle.

Les 5 et 6 juin 2008, le Conseil Justice et affaires intérieures a pris note de l'absence d'unanimité sur cette proposition et de l'existence de difficultés insurmontables empêchant dans un avenir proche de parvenir à une unanimité, ce qui rendait donc impossible la réalisation des objectifs de la proposition dans un délai raisonnable. Le 28 juillet 2008, huit États membres (8) ont adressé à la Commis-

(5) Règl. (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

(6) Livre vert, *op. cit.*, point 3.2 et 3.3.

(7) COM(2006) 399 final. Les règles de conflit de lois devaient former le chapitre II *bis*, qui formellement était partie intégrante du même règlement que les règles de compétence juridictionnelles.

(8) Grèce, Espagne, Italie, Luxembourg, Hongrie, Autriche, Roumanie et Slovaquie

sion une demande indiquant qu'ils avaient l'intention d'établir entre eux une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable en matière matrimoniale, invitant la Commission à soumettre au Conseil une proposition en ce sens. D'autres États s'étant joints à cette demande, ce sont finalement 14 États membres qui ont sollicité cette coopération renforcée (9). Le 12 juillet 2010 enfin, le Conseil a adopté la décision autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (10) entre les 14 États membres.

2. Premier instrument européen de coopération renforcée (11), le règlement Rome III s'inscrit dans l'ensemble des instruments européens existants ou en cours, qui constitueront le droit international privé de la famille de demain, sur le terrain des conflits de lois comme des conflits de juridictions : des obligations alimentaires (12) à la désunion et à la responsabilité parentale (13) en passant par les successions (14) et régimes matrimoniaux (15), et peut-être bientôt les actes d'état civil et leurs effets (16). Mais dans cet ensemble, le règlement Rome III peut apparaître à certains égards comme un objet de curiosité et de scepticisme, tant au regard de sa forme que de son contenu.

Curiosité quant à la forme tout d'abord, ne serait-ce que parce qu'il constitue la première application de la coopération renforcée, que l'on n'imaginait pas se faire dans le domaine du droit de la

(9) Espagne, Italie, Luxembourg, Hongrie, Autriche, Roumanie, Slovaquie, Bulgarie, France, Allemagne, Belgique, Lettonie, Malte, Portugal. La Grèce a, quant à elle, retiré sa demande initiale.

(10) JOUE L 189/12, 22 juillet 2010.

(11) L. Idot, « Focus : le divorce international, première utilisation du mécanisme des coopérations renforcées », *Europe*, n° 2, 2011, alerte 10.

(12) Règl. CE n° 4/2009 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.

(13) Règl. (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003, préc.

(14) Proposition de règlement du 14 octobre 2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, COM(2009) 154 final.

(15) Proposition de règlement du 16 mars 2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2011) 126 final.

(16) V. Livre vert « Moins de démarches administratives pour les citoyens : Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil », COM(2010) 747 final.

famille, *a priori* assez éloigné des compétences de l'Union. Or, si la nécessité d'une unification des règles de conflits de lois dans le domaine du divorce pour le « bon fonctionnement du marché intérieur », selon les termes de l'article 81 TFUE, peut déjà être source de doutes, ceux-ci sont accentués lorsque cette unification passe par la voie de la coopération renforcée. L'on peut s'étonner que dans ce domaine du droit de la famille, somme toute assez étranger aux contingences propres au marché intérieur, et dans lequel la nécessité de respecter les fortes spécificités nationales justifie précisément la mise en place d'une procédure particulière reposant sur l'unanimité des États membres, l'on aboutisse de fait à court-circuiter ces exigences. Et ce d'autant plus que, comme on le verra, le champ d'application du Règlement dépasse de loin le « droit de la famille ayant une incidence transfrontière » évoqué par l'article 81, § 3, TFUE. En outre, dans la mesure où la coopération renforcée ne peut remettre en cause l'acquis communautaire, le champ du Règlement s'en est nécessairement trouvé restreint : seuls les conflits de lois ont pu être abordés, sans pouvoir toucher aux règles de compétence juridictionnelle. Or cette déconnexion des deux questions est regrettable et risque d'entraver la réalisation des objectifs du texte. Plus avant, le Règlement ne sera appliqué que par les États membres participants à la coopération renforcée, d'où une diversité de régimes du « divorce international » au sein même de l'Union européenne. Loin de s'en trouver simplifiée, la vie du citoyen risque de se complexifier du fait de cette uniformisation seulement partielle (17). Le remède serait presque pire que le mal.

Curiosité quant au fond ensuite, puisque le règlement Rome III n'est pas dépourvu de certaines contradictions internes, tiraillé entre un fort volontarisme « communautaire » commandant un rapprochement effectif des droits du divorce des États membres d'une part, et un légitime souci de veiller dans le même temps au respect des conceptions nationales du mariage d'autre part. Or, en droit de la famille, les deux peuvent difficilement coexister dans le même instrument. En cela, le Règlement traduit l'ambiguïté qui affecte le mouvement d'uniformisation du droit international privé de la famille

(17) Certes, en théorie, le nombre des États membres participants à vocation à s'élargir (rapp. considérant 8). Dans ce cas, au regard de la procédure de l'article 331 TFUE, le Règlement sera applicable dans les nouveaux États membres participants à partir de la date indiquée dans la décision concernée, selon la disposition finale du Règlement.

dans l'Union européenne. Par le biais du rapprochement des règles de conflit de lois, c'est indirectement le droit substantiel de la famille des États membres qui se trouve affecté (18) : en l'occurrence l'introduction de l'autonomie de volonté en droit du divorce, la place donnée à la loi du for, impose clairement une certaine conception du divorce, à la fois contractuel et libéral, reflet d'une certaine « privatisation » (19) de la famille. Mais simultanément, le Règlement prend acte de l'absence de réelle communauté entre États membres sur la conception même du mariage – laquelle est à la base même du recours à la coopération renforcée : il ménage aux États participants des portes de sortie par une place accrue accordée à leur ordre public national, leur permettant de fait de ne pas appliquer le texte (20), ce qui remet donc directement en cause le principe de l'unification et son fondement. Ce faisant, le Règlement prétend créer un « droit européen du divorce », dont il reconnaît dans le même temps l'existence impossible.

3. Quoi qu'il en soit, le règlement Rome III constitue l'instrument régissant à l'avenir la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, qui viendra donc pour ce qui est du droit français, remplacer l'actuel article 309 du Code civil. Il sera d'une importance pratique considérable, eu égard à la recrudescence du contentieux en la matière. Plus spécialement, le Règlement est applicable à partir du 21 juin 2012. Il s'appliquera, selon son article 18, aux actions en justice engagées, donc aux demandes en divorce et séparation de corps introduites, et aux conventions de choix de loi conclues après le 21 juin 2012. Néanmoins, l'article 18, § 1, alinéa 2 précise qu'une convention de choix de loi conclue avant le 21 juin 2012 prendra également effet, dès lors que ses conditions de validité posées par le Règlement sont remplies. En cela, dès aujourd'hui, il est possible aux époux de conclure des conventions de choix de loi applicable,

(18) L'absence de compétence de l'Union sur le fond du droit de la famille est donc contournée par le biais de l'unification des règles de droit international privé. Rappr. en ce sens les réflexions de A. Bonomi « La protection des héritiers réservataires dans le futur droit international privé européen », Communication au Comité français de droit international privé, 2010, à paraître.

(19) V. les réflexions du GEDIP, 13^e session, Vienne 2003.

(20) Ainsi l'article 1, § 2, laissant à la compétence des États l'appréciation de la validité du mariage à la base du divorce ; l'article 13 permettant à un État membre participant de ne pas prononcer le divorce si la loi ne le prévoit pas.

lesquelles s'appliqueront à leur divorce s'il est introduit dans un État participant après le 21 juin 2012 (21).

Il convient à présent d'examiner la teneur de ce règlement Rome III, à travers le champ d'application du texte (I), puis la détermination de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (II).

I. — LE CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT

4. Comme l'indique son intitulé même, le règlement Rome III couvre le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Il n'entend donc régir que les conflits de lois en la matière, les questions de compétence juridictionnelle restant hors de son emprise, et ce ne serait-ce qu'en raison du fondement textuel ayant présidé à son adoption (22). En ce sens, l'article 2 précise expressément que le texte nouveau « n'a aucune incidence sur l'application du règlement (CE) n° 2201/2003 » : la compétence des juridictions des États membres participants continuera à être déterminée selon les règles de ce dernier (23), lesquelles ne seront pas influencées par l'uniformisation ici réalisée des règles de conflit de lois. Il reste que la perspective de pouvoir bénéficier devant le juge d'un État membre participant de la possibilité de choisir la loi applicable à leur divorce sera sans doute de

(21) Le Règlement prévoit par ailleurs que les États devront communiquer à la Commission au plus tard le 21 septembre 2011 les exigences formelles spécifiques quant à la convention de choix, de même que les informations nécessaires à un éventuel choix de loi en cours de procédure. Les époux auront donc neuf mois pour prendre connaissance de ces informations, avant l'entrée en application du Règlement, puisqu'elles seront portées à leur disposition par la Commission notamment par voie d'internet (art. 17, § 2).

(22) Il se démarque de ce fait de la proposition initiale du 17 juillet 2006, précitée, qui comprenait un volet relatif à la compétence juridictionnelle, dans lequel il était notamment prévu de remédier aux inconvénients des règles actuelles et d'introduire une prorogation de compétence en matière de divorce et séparation de corps (art. 1^{er}, § 2, de la proposition). Le fait que les nouvelles règles de conflit de lois n'aillent pas de pair avec une amélioration des règles de compétence juridictionnelle posées par le règlement Bruxelles II *bis*, peut être regretté, car leur efficacité risque d'être moindre. On notera d'ailleurs que, dans tous les autres domaines dans lesquels les règles de conflit de lois ont été « communautarisées » par voie de règlement, leur adoption s'appuie sur ou se fait au regard des règles de compétence judiciaire communes et adaptées. Il en va de même dans les projets en cours touchant le droit de la famille, telles les propositions de règlement en matière successorale du 14 octobre 2009, COM(2009) 154 final ou de régimes matrimoniaux du 13 mars 2011, COM(2011) 126 final.

(23) Rappr. le considérant 13 du préambule.

nature à inciter les époux bien informés à exploiter davantage encore la multiplicité des chefs de compétence prévue par l'article 3 du règlement Bruxelles II *bis*, voire à renforcer, dans certaines hypothèses, le risque de « ruée vers le tribunal » qu'il suscite.

Sur le terrain de la loi applicable, c'est le chapitre I du Règlement qui détermine le champ d'application du texte, du moins d'un point de vue matériel. Aux termes de l'article 1^{er}, § 1, le Règlement s'applique « dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps ». Si le texte délimite ensuite le champ d'application matériel, en prévoyant notamment diverses exclusions (24) (A), il reste en revanche plus elliptique quant au champ d'application spatial, notamment personnel, des nouvelles règles, mais tend à leur conférer un rayonnement dépassant largement les situations intégrées à l'Union européenne – à l'instar du règlement Bruxelles II *bis* (B).

A. — *Champ d'application matériel*

5. Aux termes de l'article 1^{er}, § 1, les nouvelles règles de conflits de lois uniformes s'appliquent « au divorce et à la séparation de corps ». Visant à doter le « divorce international » d'une réglementation uniforme, elles ont en cela vocation à en appréhender toutes les formes possibles (1^o), mais ne régiront pour autant que certains aspects du contentieux du démariage, comme en atteste la liste des exclusions prévues à l'article 1^{er}, § 2 (2^o).

6. 1^o) Le règlement Rome III pose une réglementation unique pour le divorce et la séparation de corps, c'est-à-dire autant la dissolution que le simple relâchement du lien matrimonial.

On constate d'emblée que, même s'il se veut « cohérent » par rapport au règlement Bruxelles II *bis* (25), le règlement Rome III ne couvrira pas, comme lui, toutes les formes de « désunion » (26) du

(24) Le texte définitif est à cet égard plus précis que celui de la proposition de règlement du 24 mars 2010, dont l'article 1^{er}, § 1, ne prévoyait expressément aucune exclusion, alors qu'en particulier l'annulation du mariage ne devait pas relever du champ d'application du texte, comme l'indique le commentaire introductif des articles, *op. cit.*, spéc. p. 7.

(25) V. en ce sens considérant 10 du préambule.

(26) Pour reprendre le terme consacré par Mme H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI* 1991, t. 226.

couple. En effet, alors qu'elle relève des règles communes de compétence juridictionnelle (27), l'annulation du mariage est exclue du domaine matériel des nouvelles règles uniformes de conflit de lois, implicitement par l'article 1^{er}, § 1, et expressément par l'article 1^{er}, § 2c. Cette mise à l'écart de l'annulation du mariage sur le terrain de la compétence législative se justifie pleinement. En la matière « tant l'autonomie des parties que le choix d'autres lois que celle du tribunal saisi sont jugés inappropriés » (28). Par ailleurs, l'annulation n'est pas connue de tous les États même au sein de l'Union, et lorsqu'elle l'est, ses conséquences varient sensiblement d'un pays à l'autre, puisque tous par exemple ne connaissent pas l'institution du mariage putatif. Enfin, la tendance est davantage au « *favor matrimonii* » pour les actions en nullité du mariage » (29), alors que les nouvelles règles de conflit européennes traduiraient plutôt une faveur au divorce. Les règles nationales de conflit de lois continueront donc à l'avenir de déterminer la loi applicable à l'annulation du mariage et ses conséquences (30), seule la compétence juridictionnelle étant uniformisée.

7. Au sein des formes de dé mariage qu'il couvre, le Règlement s'appliquera en principe à toutes les formes de divorce et séparation de corps, et ce tant au regard de la procédure que du type de mariage en cause.

À l'instar du règlement de Bruxelles II *bis*, les nouvelles règles de conflit seront en effet appliquées par « toutes les autorités des États membres participants compétentes » (31) sur ces questions. Tant les juridictions au sens strict que des autorités administratives, voire les notaires seront donc amenés à appliquer les nouvelles règles, qui couvriront par là même des formes variées de divorce, allant d'une procédure judiciaire à un acte de volonté privée simplement authentifié, sinon un divorce purement privé. Ce qui compte est l'objet de la procédure, non ses modalités. Restent cependant *a priori* exclues du

(27) V. en ce sens, art. 1^{er}, § 1, a) règl. Bruxelles II *bis*.

(28) Selon les termes de la proposition de règlement du 24 mars 2010, *op. cit.*, spéc. p. 7.

(29) V. pour la démonstration H. Gaudemet-Tallon, cours préc., *RCADI* 1991, spéc. p. 116 s.

(30) C'est en général la loi de la condition violée qui déterminera la sanction de son non-respect, v. en droit français, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 10^e éd., 2010, spéc. n° 567 s. ; la solution est répandue en droit comparé, v. H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, spéc. p. 117 et les réf.

(31) Selon l'article 3, § 2, définissant le terme de « juridiction » au sens du Règlement ; v. aussi considérant 13 ; rappr. art. 2, § 1, règl. Bruxelles II *bis*.

domaine du texte les procédures purement religieuses, car l'autorité n'intervient pas dans ce cas au nom de l'État membre participant, sauf à être instituée par lui (32).

8. En outre, les nouvelles règles s'appliqueront en principe quelle que soit la nature du lien matrimonial que l'on veut dissoudre ou relâcher. En effet, le Règlement se contente d'évoquer le « lien matrimonial » (33) ou les « époux » (34) sans autre précision, et par là même, sans prendre parti pour une certaine conception du mariage. Aucune distinction ne devrait donc être faite, ce qui est préférable, surtout face à une règle de conflit uniforme (35). Néanmoins, les choses ne seront peut-être pas si simples en pratique, puisque l'on connaît la forte diversité des conceptions nationales sur le mariage, dans les systèmes juridiques extérieurs à l'Union bien sûr, mais aussi en son sein : diversité formelle, puisque l'on trouve autant des mariages civils que religieux, des mariages célébrés avec ou sans intervention d'une autorité ; diversité de fond, si l'on songe au mariage polygamique ou monogamique, hétérosexuel ou homosexuel. Doit-on, voire peut-on, dès lors considérer que toutes ces variétés de mariage trouveront leur place sous l'égide du règlement Rome III pour voir réglée leur dissolution ? Rien n'est moins sûr, malgré l'apparence compréhensive du texte.

C'est avant tout face à des conceptions de fond différentes du mariage que le problème risque de se poser. L'on songe à l'évidence au cas du mariage homosexuel (36).

(32) V. sur l'exclusion des procédures religieuses du règlement Bruxelles II, valant également pour Bruxelles II *bis*, B. Ancel et H. Muir Watt, « La désunion européenne : le règlement dit "Bruxelles II" », cette *Revue*, 2001. 403, spéc. not. 22, p. 410 ; comp. C. Nourissat, « Le Règlement "Bruxelles II *bis*" : conditions générales d'application », in H. Fulchiron et C. Nourissat (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, p. 1, spéc. p. 4.

(33) V. not. considérant 10 du préambule.

(34) En ce sens, le texte exclut toute autre forme d'union conjugale que le mariage, tels en particulier les partenariats enregistrés. La spécificité de ces derniers s'accommoderait d'ailleurs mal avec les règles de conflit ici posées. Surtout l'on observe une forte convergence des systèmes nationaux en faveur de l'application de la loi de l'État d'enregistrement du partenariat pour en régir la formation, les effets et la dissolution, et ce quel que soit le biais méthodologique retenu. V. not. en droit français, art. 515-7-1 C. civ. ; en droit allemand, art. 17a EGBGB ; en droit belge, art. 60 C. DIP.

(35) En ce sens, la proposition du GEDIP, 13^e réunion, Vienne 2003 ; rappr. sur cette difficulté dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis*, C. Nourissat, *op. cit.*, spéc. p. 4.

(36) V. sur ce point les interrogations du GEDIP, 13^e session, Vienne, 2003. Rappr. en droit allemand certaines décisions récentes transcrivant à l'état civil comme « partenariat » un mariage homosexuel célébré à l'étranger, not. VG Berlin 15 juin 2010, aff. n° 23 À 242.08.

Pour apprécier l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage, l'article 1, § 2, b prescrit de s'en remettre au droit international privé du juge saisi. Cette question ne relève pas du champ du Règlement, même si elle n'est soulevée qu'en tant que question préalable au divorce. En elle-même cette appréhension autonome de la question préalable par le biais de sa propre règle de conflit de lois n'est pas surprenante et correspond au droit positif majoritaire. Il reste que, dans le cadre du Règlement, elle risque de remettre en cause l'efficacité, voire la réalité de l'uniformisation, ne serait-ce qu'en termes de prévisibilité. Qu'en sera-t-il en effet si le juge d'un État membre participant doit prononcer le divorce d'un mariage dont il ne reconnaît pas la validité ? Alors même que selon la loi applicable au divorce, le mariage serait considéré comme valable, et partant susceptible d'être dissous, la loi désignée par le for pour régir sa validité pourrait au contraire le considérer comme nul, empêchant par là même le prononcé de sa dissolution. Le choix de loi effectué en toute connaissance de cause par les époux serait alors susceptible d'être remis en cause (37).

Au-delà de la prévisibilité des parties, c'est aussi le fondement même du Règlement qui paraît remis en question. L'uniformisation des règles de conflit de lois qu'il réalise n'est pas neutre, puisqu'elle repose sur une certaine conception du divorce, contractualisé et favorisé. Or comme nécessairement « le divorce met en cause la conception même du mariage » (38), c'est présupposer qu'il existerait de la même façon une certaine uniformité de la conception du mariage, du moins une certaine équivalence entre eux. Dès lors, soumettre dans le même temps l'appréciation de la validité même des mariages aux droits nationaux peut apparaître quelque peu contradictoire, puisque c'est admettre que cette appréciation peut varier. En d'autres termes, le Règlement reconnaît lui-même que l'équivalence entre institutions qu'il présuppose implicitement n'est pas conforme à la réalité, et ce d'autant plus qu'il s'appliquera à des mariages issus d'États tiers. Ce n'est donc pas sans une certaine schizophrénie que le Règlement peut à la fois vouloir imposer, par le biais de l'uniformisation conflic-

(37) Ce risque peut-être réel si les époux ne peuvent porter leur divorce devant un État membre participant admettant la validité de leur mariage. Par ex. un couple de même sexe franco-belge, résidant actuellement en Allemagne ou aux États-Unis, qui aurait choisi le droit belge pour régir leur divorce (au titre de l'article 5, § 1, a ou c).

(38) H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, LGDJ, t. II, 7^e éd., 1983, spéc. n° 445, p. 83.

tuelle, une conception européenne du divorce, et partant du mariage, tout en sauvegardant pleinement les diversités nationales (39). Cela nuit nécessairement à la cohérence des règles nouvelles (40) – même si l'on ne peut que se réjouir de ce souci de respecter les conceptions essentielles des États membres sur le mariage.

9. 2^o) Si le règlement Rome III entend ainsi couvrir largement tous les divorces et séparations de corps, il ne régira pas pour autant l'ensemble de leurs aspects. À cet égard, l'article 1^{er}, § 2, du Règlement énumère une liste de huit questions exclues du champ des règles nouvelles, « même si elles ne sont soulevées qu'en tant que questions préalables ». Il s'agit de la capacité juridique des personnes physiques ; l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage ; l'annulation d'un mariage ; le nom des époux ; les effets patrimoniaux du mariage ; la responsabilité parentale ; les obligations alimentaires ; les trusts et successions. Exclues du champ du Règlement, ces questions continueront donc de relever de la règle de conflit de lois qui leur est normalement applicable. À l'instar du règlement Bruxelles II *bis*, le texte s'applique au seul principe du divorce, mais ne régit pas en revanche ses diverses conséquences.

10. En vertu de l'énumération des exclusions faites par l'article 1^{er}, § 2, les conséquences du divorce restent donc hors du champ de l'uniformisation (41).

D'une part, et assez naturellement, cela vise tout ce qui relève des « suites » du divorce, qui restent soumises à leurs règles propres. Il en va ainsi des effets patrimoniaux du mariage (art. 1, § 2, e), en ce que le régime matrimonial sera liquidé d'après la loi qui lui est normalement applicable. Il en va ainsi également des trusts et successions (art. 1, § 2, h), la loi successorale déterminant les incidences du divorce sur la vocation successorale des époux. L'on peut y ajouter les questions de responsabilité parentale (art. 1, § 2, f), dont le

(39) Cela conduit également à se demander si, en l'absence d'une réelle communauté de conceptions, la voie de l'harmonisation des règles de conflit de lois est nécessairement la meilleure, surtout si elle tend indirectement à imposer une certaine vision de fond aux États participants.

(40) D'autres dispositions du Règlement confortent cette impression : on songe en particulier à l'article 13, qui permet en pratique à un État membre participant n'admettant pas le divorce de ne pas appliquer le Règlement.

(41) Il s'agit des effets découlant du prononcé du divorce, mais aussi de leur éventuelle modification ultérieure, qui échappera *a fortiori* au règlement Rome III.

règlement est en général dissocié des intérêts présidant au divorce pour relever de ses propres règles de conflits (42). Sans doute peut-on y inclure les conditions dans lesquelles les ex-époux pourront se remarier, qui relèvent davantage de leur loi nationale respective.

D'autre part, les exclusions comprennent aussi des effets proprement dits du divorce ou de la séparation de corps, donc leurs conséquences directes et intrinsèques. On songe ici en particulier à la question du nom des époux (art 1, § 2, d) ou encore à celle des obligations alimentaires (art. 1, § 2, g). S'agissant des obligations alimentaires, l'exclusion peut se justifier d'une part car il existe en la matière une règle de conflit uniformisée, issue du Protocole de La Haye de 2007 auquel renvoie le récent règlement de 2008 (43) ; d'autre part, car en tout état de cause, l'application de la loi du divorce n'apparaît pas appropriée (44), notamment si on admet un choix de loi, car elle ne permettrait pas de répondre à l'objectif de faveur à l'obtention d'aliments qui gouverne la matière. On peut peut-être davantage s'interroger quant à l'exclusion du nom des époux, pas tant en cas de divorce où elle est généralement admise, qu'en cas de séparation de corps où cet aspect se rattache à l'étendue même du relâchement. Reste enfin la question d'autres effets non évoqués par le texte, tels les éventuels dommages et intérêts auxquels pourrait être condamné un époux envers l'autre. La logique voudrait que ces questions soient également exclues du champ du Règlement, même si l'énumération de l'article 1, § 2, devrait pourtant être considérée comme limitative (45).

Plus généralement, l'exclusion de l'ensemble des conséquences du divorce du domaine matériel du Règlement présente l'inconvénient majeur de dissocier le principe du divorce et ses effets, alors que les deux sont souvent interdépendants, en particulier dans les divorces par consentement mutuel. Le morcellement des questions, dispersées entre plusieurs lois applicables, obligera à une combinaison délicate entre la loi applicable au principe du divorce (déterminée selon le Règlement) et les lois applicables aux conséquences respectives : la

(42) Soit la convention de La Haye du 5 octobre 1961, et à l'avenir de la convention de La Haye du 19 octobre 1996, entrée en vigueur en France le 1^{er} février 2011.

(43) Règl. CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008, sur lequel B. Ancel et H. Muir Watt, cette *Revue*, 2010. 457.

(44) Rappr. obs. du GEDIP, 15^e session, Chania, 2005.

(45) Il reste que l'on peut se demander à quelles règles de conflit de lois seront soumises ces questions qui, dans certains droits nationaux, relèvent de la loi du divorce, puisque la règle européenne nouvelle se substituera à la règle ancienne.

première ne devrait alors permettre le prononcé du divorce que si le règlement des conséquences en vertu des autres lois se révèle satisfaisant. Même si elle n'est pas inédite, l'opération risque d'être complexe pour le juge (46).

11. Si les conséquences du démariage ne sont ainsi pas appréhendées par le règlement Rome III, ce dernier régira au final avant tout les causes du divorce et de la séparation de corps, comme l'indique expressément le considérant n° 10 du préambule (47).

Dès lors, pour ce qui est du divorce, les nouvelles règles de conflit de lois s'appliqueront certainement à l'admissibilité même du divorce (48), mais également aux causes du divorce (49), à ses conditions, notamment quant au consentement des époux en cas de demande conjointe. Elle couvrira sans doute aussi le principe même de la dissolution du mariage, de même que la date de celle-ci (50). D'autres aspects pourraient soulever quelques incertitudes. Ainsi, la procédure même du divorce devrait être exclue de la loi du divorce pour relever de la seule loi du for, encore que la dissociation entre fond et procédure ne soit pas toujours aisée (51). Qu'en sera-t-il notamment des moyens de preuve, fortement liés au fond en la matière ? Il en va ainsi également des mesures provisoires, que l'on tend en général à soumettre à la *lex fori* (52), alors même qu'elles peuvent être fortement liées au fond. De même, les éventuelles mesures de publicité qui entourent le divorce relèveront-elles de la même loi du for (53), et ce pour des raisons d'effectivité, sous réserve du respect des lois de l'État tenant les actes de l'état civil.

(46) Rappr. l'article 56 3° du Code belge de droit international privé, selon lequel l'obligation d'un accord entre époux sur certaines questions relève de la loi du divorce, même si les conséquences en elles-mêmes seront appréciées selon leur propre loi.

(47) On signalera que, assez logiquement, les questions préalables de capacité restent hors de ce champ (art. 1, § 2, a) et continueront de relever de leur règle de conflit spécifique.

(48) En ce sens aussi indirectement art. 10 et 13 du Règlement.

(49) Ce qui peut supposer une combinaison avec la loi des effets du mariage, qui ne sera pas la même que la loi du divorce dans nombre de cas, not. en cas de nationalité commune des époux.

(50) V. M. Revillard, commentaire préc. Encore que l'on pourrait hésiter à soumettre le point de départ des effets à la loi du for, en ce qu'il est souvent lié à des exigences de publicité.

(51) V. à propos de la condamnation d'un époux à des dommages et intérêts, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-14.983, n.p.B.

(52) Rappr. art. 20 règl. Bruxelles II bis.

(53) P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.* spéc. n° 597.

Les mêmes considérations vaudront en cas de séparation de corps. Ainsi, entrent dans le champ du Règlement les causes de la séparation, ses conditions, ainsi que l'étendue du relâchement, mais non les effets personnels et patrimoniaux du mariage qui subsistent comme avant. De même les événements mettant fin à la séparation de corps (réconciliation, délai...) seront régis par les nouvelles règles. Par ailleurs, l'article 9 du Règlement prévoit que la loi appliquée à la séparation de corps s'appliquera aussi à la question de la conversion de cette séparation en divorce (54), sauf si les parties en sont convenues autrement, en ayant fait le choix d'une autre loi conformément à l'article 5. Cependant, traduction d'une faveur au divorce, si la loi appliquée à la séparation de corps ne permet pas cette conversion, c'est la loi objectivement applicable au divorce qui s'appliquera, sauf choix contraire des parties (art. 9, § 2) (55). Guidée une fois encore par la nécessité de préserver la prévisibilité des parties et la sécurité juridique, cette règle laisserait néanmoins toute latitude aux époux de demander directement le divorce sur la base d'autres règles du Règlement (56), faculté qui pourrait être source de contrariétés de décisions.

12. Force est de constater que, du point de vue matériel, l'uniformisation du droit du divorce n'est pas aussi étendue que l'intitulé du Règlement pourrait le laisser penser : loin de constituer « un cadre juridique clair et complet dans le domaine de la loi applicable au divorce » (57), il s'agit avant tout – à l'instar du règlement Bruxelles II *bis* – de favoriser un certain accès au divorce en s'assurant que les époux puissent voir s'appliquer une loi leur ouvrant le divorce. En revanche, point d'uniformité quant aux conséquences mêmes du divorce, souvent pourtant au cœur des dissensions des époux. Au-delà, le morcellement du contentieux face à des questions pourtant connexes risque de contrarier au fond l'objectif de prévisibilité poursuivi sur le terrain du conflit de lois. Cela constituera sans doute un paramètre à prendre en compte pour guider le choix des époux, pour tenter

(54) Sur les difficultés soulevées par cette question de conversion quant à la ventilation entre la loi des effets de la séparation et la loi des causes du divorce, v. P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, spéc. n° 600.

(55) Rappr. pour la compétence juridictionnelle, l'article 5 du règlement de Bruxelles II *bis*, prévoyant que la juridiction qui a rendu une décision de séparation de corps est aussi compétente pour convertir cette décision en divorce « si la loi de cet État membre le permet », formule quelque peu équivoque, puisque la question ne relève justement pas de la loi du for.

(56) En ce sens le considérant 23 du préambule.

(57) Comme le proclame le considérant 9 du préambule.

de faire coïncider, autant que possible, les différentes lois applicables à l'ensemble des aspects du contentieux de leur rupture.

B. — *Champ d'application spatial*

13. Au regard de son champ d'application spatial, tant personnel que territorial, le règlement Rome III sera destiné à un rayonnement international certain, en ce qu'il sera amené à couvrir des situations qui n'entretiennent pas nécessairement des liens forts avec l'Union européenne. Il s'inscrit ce faisant dans le mouvement suivi par tous les instruments européens récents, qui n'entendent plus réserver leurs règles aux seules situations inscrites dans l'Union européenne, ce qui n'est pas sans soulever certaines critiques au regard de l'objectif poursuivi d'amélioration du marché intérieur. En témoignent en l'occurrence d'une part le champ territorial du texte nouveau, associé à son caractère universel (1°), mais aussi et surtout l'absence de toute limitation quant à son champ personnel, c'est-à-dire quant à l'internationalité requise (2°).

14. 1° S'agissant de son champ d'application territorial, le nouveau Règlement s'applique dans les États membres « participants », c'est-à-dire comme l'indique l'article 3, § 1, les États membres qui participent à la coopération renforcée en la matière (58). Il s'agit donc actuellement des 14 États susmentionnés, dont les juridictions devront appliquer les nouvelles règles de conflit de lois uniformes, en lieu et place de leurs règles de conflit de lois actuelles. Ainsi, à partir du 21 juin 2012, le juge français appliquera-t-il le règlement Rome III et non plus l'article 309 du Code civil (59). Dans les États membres participants, la réglementation du divorce « international » reposera donc sur les seuls instruments communautaires (60) : règlement Bruxelles II *bis* pour la compétence juridictionnelle ; règlement Rome III pour la loi applicable. Ce champ territorial a évidemment

(58) Cf. considérant 11 du préambule. En ce sens l'uniformisation reste partielle au sein même de l'Union européenne.

(59) Rappelons que l'article 18, § 1, alinéa 2 permet aux conventions de choix conclues avant cette date de prendre également effet.

(60) L'article 19 du Règlement réserve cependant le jeu de conventions internationales en vigueur liant un ou plusieurs États participants (art. 19, § 1), à moins qu'elles lient uniquement des États participants, auquel cas le Règlement l'emporte dans la mesure où sont en cause des questions régies par le Règlement (art. 19, § 2).

vocation à s'étendre, au fur et à mesure de l'intégration d'autres États membres à cette coopération renforcée.

15. Au-delà, l'article 4 du Règlement prévoit son application universelle : la loi désignée s'applique « même si cette loi n'est pas celle d'un État participant » (61). Le texte pose donc des règles de conflit de lois uniformes, destinées à devenir le droit commun des États membres participants et à se substituer aux règles actuelles. La loi applicable à la désunion – objectivement ou par choix des époux – pourra donc être celle d'un État membre participant, d'un État membre non participant, voire d'un État tiers à l'Union européenne. Ce faisant, le Règlement s'inscrit dans le droit fil d'autres instruments européens posant des règles de conflit de lois, à savoir tant les règlements Rome I (art. 2) et Rome II (art. 3), que la proposition de règlement sur les successions (art. 25) ou encore indirectement le règlement relatif aux obligations alimentaires, dont l'article 15 intègre le Protocole de La Haye de 2007, lui même d'application universelle (art. 2).

Compte tenu des critères de rattachement retenus par les nouvelles règles, cette application universelle du Règlement tendra à renforcer leur champ d'application personnel très large, puisque, dès lors qu'est saisi le juge d'un État participant, elles pourront s'appliquer même à des couples sans lien réel avec l'Union européenne.

16. 2°) Si l'on s'interroge en effet sur le champ d'application personnel du Règlement, c'est-à-dire sur les couples susceptibles de bénéficier des règles nouvelles pour leur divorce ou séparation de corps, force est de constater que le texte reste assez elliptique, mais permettra de fait d'appréhender même des couples non ressortissants ou non résidents dans l'Union européenne.

Selon l'article 1^{er}, les règles nouvelles s'appliquent aux « situations impliquant un conflit de lois », formulation identique à celle retenue dans d'autres règlements, tels Rome I ou Rome II. Est donc retenue une appréhension juridique ou conflictuelle de l'internationalité : il suffit que la « situation » présente un élément d'extranéité pour que s'appliquent les règles de conflit de lois posées par le règlement Rome III. En d'autres termes, il faut être en présence d'une

(61) Cf. considérant 12 du préambule.

(62) Signalons que l'article 16 du Règlement écarte son application aux conflits internes.

situation transfrontière (62), condition d'ailleurs exigée par l'article 81, § 3, TFUE.

Mais à y regarder de plus près, la détermination des « divorces internationaux » qui relèveront du Règlement suscite une double interrogation quant à l'appréciation de l'internationalité requise : tant quant à ses modalités mêmes qu'au regard des liens exigés – ou plutôt non exigés – entre les époux et l'Union européenne.

17. Sur le premier point, et de façon générale, l'on peut se demander quelle est la *situation* à laquelle on va se référer pour en apprécier l'internationalité (63). Est-ce uniquement le divorce (ou la séparation) en lui-même qui doit présenter ce caractère ? Ou plus globalement est-ce au regard du mariage que l'internationalité s'appréciera ? Selon la lecture adoptée, notamment selon le moment auquel l'on se place pour apprécier l'internationalité, le champ d'application personnel du règlement pourra en effet être plus ou moins étendu.

La réponse est simple lorsque la situation revêt un caractère international au moment du divorce ou de la séparation de corps (64). Ainsi, le Règlement vise évidemment les époux de nationalités différentes ou résidant dans des États différents, mais aussi les couples de même nationalité résidant dans un État autre que celui dont ils sont ressortissants, et ce que les critères soient réalisés dans ou hors Union européenne.

L'on pourrait en revanche davantage s'interroger dans les hypothèses où le lien matrimonial présente ou a présenté par le passé un caractère d'internationalité, alors même que lors du divorce, la situation serait devenue objectivement interne. Ainsi, si les deux époux sont ressortissants d'un même État dans lequel ils résident lors du divorce, mais qu'ils se sont mariés dans un autre État ou qu'ils ont un temps résidé à l'étranger, moment où ils auraient choisi la loi de cet État pour régir leur divorce (art. 5, § 1, a) ; ou encore deux époux

(63) V. M. Revillard, *op. cit.*, indiquant que « les circonstances » doivent être internationales.

(64) La simplicité sera moins évidente en cas de convention de choix de loi, car hormis les cas de consentement mutuel où les époux parviendront sans doute à faire ce choix au moment du divorce, les conventions se feront avant, ce qui supposera donc d'anticiper sur une éventuelle internationalité lors du divorce. Ainsi faudrait-il conseiller ou informer tous les couples, notamment ceux se mariant dans un État participant ?

initialement de nationalité différente mais lors du divorce de même nationalité et résidant dans cet État, si lors du mariage ils ont choisi la loi de la nationalité initiale de l'un d'eux (art. 5, § 1, c). En effet, dès lors qu'est saisi le juge d'un État membre participant, il relèvera cet élément d'extranéité touchant le mariage (65) et partant, devra faire jouer sa règle de conflit désormais issue du Règlement. Dans ces cas, les règles nouvelles ne s'appliqueront pas seulement aux « divorces internationaux », à savoir aux divorces qui en eux-mêmes présentent un élément d'extranéité, mais pourront également permettre à des situations *a priori* internes de bénéficier du choix de loi, dès lors qu'à un moment donné, le couple a eu un contact avec un État étranger. Le fait que l'article 5 prescrive d'apprécier la résidence habituelle ou nationalité « au moment de la conclusion de la convention » (66) permet de fait d'étendre le jeu des règles à des situations qui ne sont pas réellement « transfrontières » et d'ouvrir le choix de loi pour des raisons qui ne tiennent au respect ni de la libre circulation ni de la prévisibilité des époux. Au final, cela revient à permettre dans certaines situations de créer l'internationalité du seul fait du choix d'une loi étrangère – sans que l'on retrouve ici les garde-fous qui accompagnent cette possibilité en matière contractuelle dans le règlement Rome I, alors même que le divorce échappe en principe davantage à l'emprise de la volonté individuelle.

18. Ce constat est accentué par le fait que, en second lieu, le Règlement s'appliquera autant aux situations « transfrontières », c'est-à-dire internes à l'Union européenne, qu'à des situations « réellement internationales », c'est-à-dire impliquant un ou des États tiers, sans impliquer de circulation intra-européenne. En effet, comme il découle de son application universelle, les critères de rattachement (résidence ou nationalité) peuvent être réalisés dans ou hors l'Union européenne. Partant, le Règlement n'exige pas que la situation présente un rattachement particulier avec l'Union européenne. Son application suppose seulement la saisine du juge d'un État membre participant, dont la compétence découlera des règles posées par le règlement Bruxelles II *bis*. Or l'on sait que l'article 3 de celui-ci permet la saisine des juridictions d'un État membre, alors même que le couple n'a pas de lien réel avec l'Union, donc alors même que l'on n'est pas en pré-

(65) Le juge français le fera d'office s'agissant de droits indisponibles.

(66) Sur les difficultés liées à cette précision temporelle, v. *infra*.

sence d'un couple « européen », qui entendrait se prévaloir de son droit à la libre circulation ou d'une citoyenneté européenne. Ainsi suffit-il que le demandeur ait établi sa résidence habituelle dans un État membre depuis un an s'il est un non-ressortissant de cet État, depuis six mois s'il en est le national (67).

Or l'absence de révision de ces critères de compétence juridictionnelle, couplée à l'introduction d'une possibilité pour les époux de choisir la loi applicable à leur divorce, risque d'accentuer l'attractivité des juridictions des États membres participants. Cela se fera au détriment des États membres non participants, créant ainsi une concurrence nouvelle entre États membres. Or la libre circulation au sein de l'Union dont bénéficieront les décisions rendues permettra de fait d'imposer à tous les États membres la faveur au divorce véhiculée par le règlement Rome III. En cela, l'harmonisation de la compétence législative entre États participants n'atteindra pas nécessairement son objectif initial ; mais elle permettra insidieusement d'avoir une emprise sur les droits nationaux du divorce, ce qui n'est pas pleinement en phase avec l'article 81, § 3, TFUE.

19. En définitive, quant à son champ d'application, de deux choses l'une. Si le for est celui d'un État participant, le règlement Rome III s'appliquera, même si les époux ne sont pas des nationaux de cet État ou n'y résident pas. Si en revanche le for saisi du divorce ou de la séparation n'est pas celui d'un État participant, le règlement Rome III ne s'appliquera pas, ce qui pourra rendre inefficace une convention de choix de loi préalablement conclue par les époux, quand bien même ceux-ci seraient issues d'un État membre participant. À cet égard, s'il faudra attirer l'attention sur la possibilité offerte aux époux de choisir la loi applicable à leur divorce, il faudra également les informer de la nécessité de porter leur divorce dans un État membre participant pour que ce choix soit respecté.

Il convient à présent d'examiner plus avant la teneur des nouvelles règles de conflit de lois posées par le règlement Rome III.

(67) Cf. art. 3, § 1, a 5^e et 6^e tirets du règlement Bruxelles II *bis*.

II. — LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE ET À LA SÉPARATION DE CORPS

20. Dans son chapitre II, aux articles 5 à 16, le règlement Rome III pose des règles de conflits de lois uniformes relatives au divorce et à la séparation de corps. L'objectif poursuivi est d'assurer aux couples « internationaux » une plus grande prévisibilité et sécurité juridique, mais également souplesse afin, si l'on suit le considérant n° 9 du préambule d'« empêcher une situation dans laquelle l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour faire en sorte que la procédure soit soumise à une loi donnée qu'il estime plus favorable à ses propres intérêts » (68). Si cet objectif est évidemment louable, il n'est cependant pas certain que les règles nouvelles permettront effectivement de l'atteindre, en l'absence de toute révision parallèle de la compétence juridictionnelle, mais également au regard de la configuration donnée à l'autonomie des époux. L'examen du contenu des règles uniformes nouvelles (A), ainsi que leur mise en œuvre (B) permettra d'en attester.

A. — *Les nouvelles règles de conflit de lois uniformes*

21. L'innovation majeure du Règlement est sans nul doute l'introduction d'une véritable faculté pour les époux de choisir la loi applicable à leur divorce ou séparation de corps, mais aussi et surtout, d'avoir fait de ce choix la règle de principe, le rattachement objectif étant ravalé au rôle de règle subsidiaire. Ce faisant, le texte se démarque de la majorité des législations européennes, qui n'accordent pas de place à l'autonomie de volonté en droit international privé du divorce (69). Mais il va en outre plus loin que les rares droits nationaux qui accordent une certaine place à la volonté des époux (70) : celle-ci n'intervient souvent qu'à titre de correctif, sorte

(68) rappr. aussi considérant 15 du préambule.

(69) Sur les réticences sur ce point, v. F. Pocar, « Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce », *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, p. 244, spéc. p. 250 s.

(70) V. H. Gaudemet-Tallon, cours préc., *RCADI* 1991, spéc. n° 76 s., p. 103 s.

de « clause d'exception » (71), lorsque le rattachement prévu à titre de principe n'apparaît pas satisfaisant au regard des circonstances de l'espèce. En particulier, cela permet aux époux de revenir à la compétence de leur loi nationale, lorsqu'ils résident dans un autre État dont la loi devrait s'appliquer (72). La *professio juris* devient alors un moyen pour départager les critères fondés sur la résidence (ou le domicile) et la nationalité, en faveur de celui qui apparaît le plus effectif (73). Or dans le Règlement, l'autonomie des époux bénéficie d'une faveur bien plus marquée, traduction d'une approche clairement volontariste de la désunion, les intérêts privés des époux – leur mobilité ; leurs prévisions ; leur sécurité juridique – l'emportant sur les considérations d'intérêt général, voire de localisation (74).

Il convient d'examiner la règle de principe qui repose ici sur un choix de loi encadré (1°), puis, à défaut d'un tel choix, la règle de rattachement objective, marquée par une préférence pour la résidence habituelle (2°).

1°) L'introduction du choix encadré de la loi applicable par les époux

22. Reprenant une solution déjà évoquée dans le Livre vert, l'article 5 du Règlement offre aux époux une « possibilité limitée de choisir le droit applicable au divorce » (75). Le but est de favoriser la prévisibilité et la sécurité juridique, tout en évitant le choix d'une loi « exotique » (76), c'est-à-dire n'entretenant aucun lien avec la situa-

(71) P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », cette *Revue*, 1992. 425 s., spéc. p. 430 et 444 s.

(72) V. not. l'article 55, § 2, du Code belge de droit international privé, permettant aux époux de choisir leur loi nationale commune, alors que le rattachement objectif de principe repose sur la résidence habituelle, dans des configurations diverses, v. J.-Y. Carlier, « Le Code belge de droit international privé », cette *Revue*, 2005. 11, spéc. n° 22, p. 30 ; en droit allemand, l'article 17 EGBGB, renvoyant à l'article 14 EGBGB régissant les effets du mariage, spéc. 3°.

(73) V. plus généralement sur cette question, A. von Overbeck, « La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé », *Liber amicorum baron Louis Fredericq*, Gand, 1966, p. 1085.

(74) Du moins les considérations liées à l'intérêt général des États membres. On peut en effet se demander, si sous couvert de respect des prévisions et intérêts des époux, l'appel à la volonté de ceux-ci n'est pas également le vecteur des intérêts de l'Union elle-même, en ce qu'il permet de transposer une certaine politique européenne du divorce. Comp. à propos de l'option ouverte à la victime par l'article 7 du règlement Rome II, D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, spéc. n° 1013, p. 426.

(75) Livre vert, *op. cit.*, point 3.3, spéc. p. 7.

(76) pour reprendre le terme du Livre vert, *op. cit.*, spéc. p. 8.

tion. La nécessité d'assurer pleinement la libre circulation des époux au sein de l'Union européenne passe donc par la promotion de l'autonomie de volonté, ce qui incidemment assure la promotion d'un droit au divorce (77) bien au-delà de cette seule sphère européenne. Précisons la teneur de cette « liberté restreinte » (78) octroyée aux parties (a) et les modalités entourant la convention de choix, visant à assurer une protection suffisante de la volonté (b). L'autonomie des parties s'accompagne par ailleurs de la possibilité pour elles, si le for le permet, de recourir à un choix de loi procédural (c).

23. a) Ouvrant aux époux la possibilité de choisir la loi applicable à leur divorce, l'article 5, § 1, encadre cependant ce choix en limitant les lois pouvant être désignées. S'il ne consacre en cela pas une pleine autonomie de volonté, le Règlement dépasse cependant la simple *professio juris*. La volonté des époux ne sert pas uniquement à départager les lois objectivement applicables, en marquant leur faveur pour l'une d'elles (79). La volonté sert directement à choisir une loi favorable aux intérêts des époux, ce qui dans la quasi totalité des cas sera une loi permettant le divorce. En cela, l'option ouverte aux époux marque une réelle faveur au divorce (80), mais aussi sa « contractualisation », ce qui reflète les évolutions que suivent nombre de droits internes. Tout en renforçant la place laissée à l'autonomie des époux, le Règlement l'encadre, puisque le choix des époux doit se porter sur la « loi d'un pays avec lequel ils ont des liens particuliers » (considérant n° 16).

Aux termes de l'article 5, § 1, les époux ne peuvent donc choisir qu'une loi qui présente objectivement des liens étroits avec le couple – si ce n'est réellement avec leur séparation même – à savoir l'une des lois suivantes (81) :

(77) Rapp. F. Pocar, *op. cit.*, spéc. p. 251.

(78) P. Gannagé, *op. cit.*, spéc. p. 440.

(79) Comme nous le verrons, les lois offertes au choix ne sont pas les mêmes que celles qui sont objectivement applicables. Si dans les deux cas l'on retrouve les mêmes critères de résidence habituelle et nationalité, leurs modalités et surtout leur moment d'appréciation ne sont pas identiques. En cela, le choix des époux ne sert pas seulement à déroger à un rattachement objectif pour en conforter un autre. C'est davantage un choix de fond qu'un choix véritablement « localisateur ».

(80) Rapp. H. Gaudemet-Tallon, cours préc., *RCADI* 1991, spéc. p. 105.

(81) Rappelons que, en raison du caractère universel du Règlement, la loi ainsi choisie peut être celle d'un État membre participant, mais également celle d'un État membre non participant ou d'un État tiers à l'Union européenne, ce qui donne effectivement aux époux toute latitude pour choisir la loi d'un État auquel ils sont liés, qui n'est pas forcément un État participant.

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

24. D'une façon générale, il faut saluer cet encadrement de l'autonomie des époux, qui permet à la règle de réaliser un juste compromis entre la liberté des époux d'une part et le respect d'une certaine proximité de l'autre – du moins au moment où le couple exprime son choix. Les deux critères retenus par le Règlement sont les deux plus évidents, à savoir la résidence habituelle et la nationalité, avec une certaine préférence pour la première visée sous deux aspects différents. S'y ajoute le choix de la loi du for, qui répond quant à lui, à la seule logique de faveur au divorce. Au final, les époux ont donc le choix entre cinq lois possibles. On remarquera qu'un seul d'entre eux – la résidence habituelle des époux – marque réellement un lien de proximité fort avec le couple lui-même, les autres n'ayant un lien qu'avec l'un de ses membres, même au moment du choix (82). N'ont pas été retenus en revanche d'autres critères, un temps évoqués, mais qui sont peut-être moins significatifs, comme par exemple le lieu de célébration du mariage (83).

L'encadrement du choix des époux découle aussi du fait que l'article 5 se réfère expressément à « la loi de l'État » (84), ce qui semble

(82) Ce qui n'est pas le cas des critères de rattachement objectifs de l'article 8. Ce qui n'est pas le cas non plus dans les droits nationaux laissant une place à l'option de législation en matière de divorce, puisqu'en général les époux vont pouvoir choisir une loi avec laquelle le couple a un lien fort – notamment la loi de leur domicile commun ou nationalité commune (si l'on excepte le choix de la loi du for).

(83) V. not. la résolution du Parlement du 21 octobre 2008, CNS/2006/0135. Le rejet de ce critère peut aussi s'expliquer par le fait qu'il risquerait de favoriser l'introduction des divorces religieux, étant souvent utilisés dans les systèmes juridiques religieux, v. sur ce point les observations du GEDIP, 13^e réunion, Vienne, 2003.

(84) Signalons que les articles 14 et 15 du Règlement prévoient des dispositions visant à régler les difficultés liées à la désignation de systèmes juridiques plurilégislatifs, donnant lieu à des conflits interterritoriaux ou interpersonnels. Pour ces derniers, l'article 15 s'en remet aux règles spéciales de conflit internes de l'État en cause, à défaut retient un raisonnement proximate ; pour les premiers, l'article 14 utilise le critère de rattachement du Règlement pour désigner l'unité territoriale donnée. Les textes combinent donc les deux méthodes de solution habituellement préconisées.

clairement exclure toute possibilité pour les époux de choisir des règles non étatiques, notamment des règles religieuses, pour régir leur divorce. Le choix de telles règles n'équivaudrait donc pas à un choix de loi au sens de l'article 5 et la loi applicable au divorce devrait être déterminée objectivement, en application de l'article 8 du Règlement. Il appartiendra alors à la loi objectivement applicable de déterminer quelle efficacité elle confère à la volonté des époux de se voir appliquer uniquement les règles religieuses, efficacité qui sera en pratique sans doute fort réduite, tel devant le juge français.

En outre, cette même référence à « la loi de l'État » au singulier, et en l'absence de toute autre précision, semble exclure que les époux procèdent à un dépeçage de leur divorce ou séparation de corps, en en soumettant divers aspects à des lois différentes. Un tel dépeçage se concevrait en tout état de cause assez difficilement, au regard de la cohérence même de la question en cause, et ce d'autant plus que le domaine matériel réservé à la loi du divorce est en lui-même déjà limité, comme il a été vu.

25. Un examen plus attentif des différentes lois offertes au choix par l'article 5, § 1, suscite deux séries de réflexions, d'ordre différent : d'une part, quant aux termes mêmes du choix ouvert aux époux ; d'autre part quant à la précision temporelle dont sont assortis les critères délimitant ce choix, laquelle laisse perplexe.

Au regard, en premier lieu, des termes mêmes du choix ouvert aux époux, chaque loi proposée nécessitera quelques précisions lors de sa mise en œuvre.

S'agissant du choix de la loi de la résidence habituelle tout d'abord, l'on notera que le Règlement s'y réfère à deux reprises, à travers la résidence habituelle des époux et la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore. La résidence habituelle n'est donc retenue que si elle est commune aux deux époux, et si elle n'est plus actuelle au moment du choix, elle est assortie d'une précision supplémentaire pour caractériser le lien de proximité nécessaire avec le couple : la simple dernière résidence habituelle, même assortie d'une exigence de durée, a donc été écartée (85). Ces

(85) Comp. la proposition du GEDIP, Vienne, 2003. Le choix de la loi de l'État dans lequel les conjoints ont eu une résidence habituelle pendant cinq ans au moins, qui figurait dans la proposition initiale de 2006 a aussi été abandonné, ce qui peut peut-

précisions affectant la résidence habituelle sont en elles-mêmes satisfaisantes.

Demeure une incertitude tenant à la définition même de cette notion de résidence habituelle, puisqu'à l'instar d'autres instruments européens, le Règlement n'en donne aucune. L'efficacité du critère, et partant la sécurité de la règle elle-même, dépendront de l'interprétation qui en sera donnée. Il serait à cet égard souhaitable non seulement que la notion bénéficie d'une interprétation uniforme, par le biais d'une notion autonome dont le contenu serait défini par la CJUE ; mais également que ce contenu qui lui sera donné soit suffisamment clair et surtout stable, pour que la notion ait un réel sens pour fonder le choix des époux en matière de divorce et séparation de corps. Et ce d'autant plus que la résidence en cause est celle du jour de la convention de choix, qui peut être très éloigné du jour du divorce (86).

Pour ce faire, l'on pourrait utilement s'inspirer de la notion de résidence habituelle retenue sur le fondement du règlement Bruxelles II *bis* – même s'il ne s'agit pas ici de résoudre un problème de compétence juridictionnelle : l'objectif poursuivi est similaire, à savoir d'éviter que la trop grande souplesse d'appréciation de la résidence ne conduise à multiplier les lois offertes au choix des époux, tout comme il s'agit d'éviter une démultiplication des fors compétents sur le terrain du règlement Bruxelles II *bis*. En cela, la résidence habituelle combinerait des éléments subjectifs, exprimant la volonté des époux de conférer à leur lieu d'établissement une certaine permanence, et des éléments objectifs marquant la réalité de l'intégration des époux en cet État (87). Ainsi, malgré l'absence de précision de durée de cette résidence dans le texte même, elle serait dotée d'une réelle consistance (88).

être s'expliquer par la modification du moment d'appréciation de cette résidence, aujourd'hui au jour du choix.

(86) Sur les difficultés suscitées par cette précision temporelle quant au caractère significatif du critère, v. *infra*.

(87) V. dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis*, la définition donnée par la Cour de justice, au regard de l'article 8 relatif à la compétence en matière des responsabilités parentales, CJCE 2 avril 2009, aff. C-523/07, cette *Revue*, 2009, 791 note É. Gallant ; et la définition donnée pour l'application de l'article 2 du règlement Bruxelles II, Cass. civ. 1^{re}, 14 décembre 2005, *Bull. civ. I*, n° 506, *D.* 2006. *Pan.* 1502, obs. F. Jault-Seseke et P. Courbe : « la résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts ».

(88) En l'absence de référence à la résidence habituelle « commune » des époux, on peut se demander s'il suffira, à l'image de la jurisprudence *Rivière-Tarwid*, de caractériser

26. S'agissant ensuite du choix de la loi nationale d'un époux, le premier constat est que ce n'est pas la nationalité commune des époux qui est prise en compte, ce qui aurait pourtant marqué un rattachement fort des époux, mais celle de l'un d'eux. Cette différence par rapport à la règle objective de rattachement peut s'expliquer par une volonté d'augmenter les possibilités de choix pour des époux de nationalités différentes, et traduit une fois encore une certaine faveur sous-jacente au divorce.

En pratique, le texte pourra soulever une difficulté d'application en cas de double nationalité de l'un ou des deux époux. À quelle nationalité faudra-t-il dans ce cas se référer ? C'est la classique question du conflit positif de nationalités que le juge saisi du divorce pourra être amené à trancher, soit quand sont en cause la nationalité du for et une nationalité étrangère, soit quand les deux nationalités seront étrangères au for (89). Pour résoudre cette difficulté, le considérant n° 22 du préambule indique que « la gestion des cas de pluralité de nationalités devrait relever du droit national dans le plein respect des principes généraux de l'Union européenne ». Sans doute faut-il comprendre ici que le juge du for a en principe compétence pour gérer la question par application des solutions de son propre droit, à condition qu'il ne méconnaisse pas les principes européens fondamentaux, tel en particulier celui de libre circulation des personnes, de non-discrimination ou encore les exigences liées à la citoyenneté européenne.

On pourra dès lors tenter de trouver des éléments de solution dans diverses décisions de la Cour de justice, confrontée à cette difficulté sur d'autres terrains, notamment quand étaient en cause des personnes ayant la nationalité de deux États membres de l'Union européenne (90). On songe en particulier, sur le terrain de la compé-

« l'intégration effective des deux époux dans un même pays » (D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, spéc. n° 729) plutôt qu'un foyer commun des époux. Cela sera sans doute le cas pour la règle de conflit objective, comme l'incite à le penser la formulation de l'article 8b) désignant la loi de dernière résidence habituelle des époux pour autant (...) que « l'un des époux réside encore *dans cet État* ». La formulation de l'article 5, § 1, b) n'est pas tout à fait la même, la dernière résidence n'étant retenue que si un époux « y réside encore », ce qui pourrait renvoyer tant à l'État que plus spécifiquement à la résidence elle-même, donc au foyer des époux.

(89) Les nationalités étrangères pouvant être celles d'États membres ou tiers à l'Union européenne.

(90) V. plus généralement sur cette question, J. Basedow, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », cette *Revue*, 2010. 427.

tence juridictionnelle, à l'arrêt *Hadadi* (91), relatif à l'application de l'article 3, § 1, b du règlement de Bruxelles II *bis*, dans lequel la Cour a considéré, en substance, que dans l'hypothèse où les époux possèdent tous deux la nationalité de deux États membres, les juridictions des deux États ont également compétence. Ont donc été écartés tant le raisonnement fondé sur la primauté donnée à la nationalité du for, que celui retenant la nationalité la plus effective. Les époux bénéficient donc d'une option de compétence au titre de l'article 3, § 1, b du règlement Bruxelles II *bis*. De façon similaire, sur le terrain des conflits de lois, la Cour de justice a pu considérer dans l'affaire *Garcia Avello* (92) que, en raison notamment du principe de non-discrimination et de la citoyenneté européenne, chaque État membre devait respecter la législation relative au nom de l'État membre de l'autre nationalité de l'individu. C'est dans les deux cas permettre, directement ou non, à la volonté individuelle de trancher.

Ces solutions peuvent-elles être transposées à l'hypothèse du choix par les époux de la loi applicable à leur divorce ? Une réponse positive est envisageable (93), que les nationalités en conflit soient celles d'États membres participants ou non. En effet, la désignation de la loi applicable repose sur le choix des époux, et non sur la nationalité même qui n'est pas le facteur de rattachement : l'option entre les deux nationalités ne ferait qu'élargir le choix, sans en déformer pour autant le fondement proximaliste. Par ailleurs, le choix reste celui des deux époux, reposant sur leur accord, ce qui ne permet donc pas à l'un d'eux de retenir selon le cas la nationalité qui lui convient le mieux. Enfin, raisonner en termes de primauté de nationalité du for ou d'effectivité risquerait, au moment de la demande en divorce, de remettre en cause le choix effectué préalablement d'un commun accord par les époux, et partant irait à l'encontre de l'objectif de prévisibilité de la règle. Il reste que ce même raisonnement ne serait en revanche pas transposable à la règle de conflit objective de l'article 8 (94), ce qui conduirait alors à adopter deux raisonnements

(91) CJCE 16 juillet 2009, *Hadadi c/ Mesko*, aff. C-168/08, cette *Revue*, 2010. 184 note C. Brière ; *RTD eur.* 2010. 769, note P. Lagarde ; *D.* 2009. 1585 obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2009. 348, obs. A. Boiché.

(92) CJCE 2 octobre 2003 *Garcia Avello*, aff. C-148/02, *D.* 2004. 1476, note M. Audit ; cette *Revue*, 2004. 185 note P. Lagarde ; *JDI* 2004. 1219, note S. Poillot-Peruzzetto.

(93) En ce sens, J. Basedow, *op. cit.* spéc. p. 446.

(94) V. sur ce point P. Lagarde, note préc. ; C. Brière, note préc., spéc. p. 198 ; v. *infra*.

différents pour résoudre le conflit positif de nationalité selon la règle applicable, expression d'une approche fonctionnelle excessivement poussée de ce conflit dans le cadre d'un seul et même instrument.

27. Reste, enfin, la possibilité pour les époux de choisir la loi du for, en d'autres termes la loi de l'État « dans lequel la demande est déposée » pour reprendre la formulation employée par la proposition initiale de 2006. Toujours envisagé par les diverses propositions, le choix par les époux de la loi du juge saisi marque clairement une faveur au divorce. Il vise en pratique les divorces par consentement mutuel reposant sur l'accord des deux époux, accord qui devra exister également quant aux aspects internationaux du divorce à savoir la compétence juridictionnelle et législative. En pratique, la loi du for sera souvent la loi de l'État de résidence des époux ou de l'un d'eux, ou leur loi nationale commune, compte tenu des chefs de compétence retenus par le règlement Bruxelles II *bis*. L'intérêt de ce dernier choix sera donc limité, du moins si l'on suppose que les époux concluent leur convention de choix à un moment proche du divorce : non seulement les différentes branches de l'option tendront alors à se rejoindre, mais les époux pourraient préférer, si le for le permet, opérer dans ce cas un choix procédural de loi sur le fondement de l'article 5, § 3, moins contraignant en la forme.

28. Si les termes du choix proposé sont, au final, assez attendus, plus incongrue apparaît en revanche la précision temporelle dont ils sont assortis, sur laquelle il convient en second lieu de s'arrêter. En effet, tant la résidence habituelle que la nationalité d'un époux seront appréciées « au moment de la conclusion de la convention » de choix (95). Le choix de ce moment peut surprendre, si l'on se rappelle que l'encadrement de la liberté de choix des époux se justifie par des considérations de proximité. Or apprécier au moment du divorce les éléments localisateurs, fixant les lois sur lesquelles pourra se porter le choix des époux, apparaît plus révélateur d'une réelle proximité (96). Plus avant, cela conduit en l'occurrence à une rupture entre les deux volets de la règle de conflit de lois – choix de loi/absence de choix – puisque pour la règle objective de l'article 8,

(95) Contrairement au choix de la loi du for qui n'est fixé que lors de la saisine de la juridiction.

(96) C'est d'ailleurs le choix en général effectué en droit comparé v. not. art. 55, § 2, du Code belge de droit international privé ; art. 17 EGBGB se référant « au moment du dépôt de la demande » ; v. aussi la proposition du GEDIP, session de Vienne, 2003.

résidence habituelle et nationalité sont appréciées « au moment de la saisine de la juridiction » (97).

Certes, l'on peut comprendre qu'en termes de prévisibilité l'on se place au moment du choix, puisque les époux ne peuvent anticiper sur ce que sera leur résidence habituelle ou leur nationalité lors du divorce, s'ils font le choix longtemps avant. Or précisément, l'article 5, § 2, permet aux époux de conclure « à tout moment » leur convention de choix de loi applicable, mais également de la modifier à tout moment, et ce aussi souvent que nécessaire au regard de la mobilité du couple notamment (98). Certes, rien ne les empêche d'attendre le moment du divorce pour faire ce choix, puisqu'ils peuvent le faire « au plus tard au moment de la saisine de la juridiction ». Mais cela rend également le principe même du choix plus aléatoire en cas de dissensions au sein du ménage, en le réservant aux divorces par consentement mutuel. En revanche, si d'aventure le couple souhaite anticiper (99), et insérer par exemple dans son contrat de mariage une clause de choix, la prise en compte de la résidence ou nationalité « au moment de la conclusion de la convention » peut poser problème en cas de mobilité ultérieure du couple, et ce à deux points de vue.

D'une part, la cristallisation de la résidence habituelle au moment du choix risque de donner compétence à une loi n'ayant plus aucun lien objectif avec le couple lors du divorce, permettant finalement de choisir une loi « exotique » ou du moins « étrangère » pour le couple, et ce en particulier si l'appréciation tant de la résidence habituelle que de l'internationalité reste souple. Par exemple, des époux français se mariant en Suède pourront choisir la loi suédoise de leur résidence habituelle après mariage, en raison de sa teneur libérale, loi qui demeurera applicable à leur divorce, alors même que dans les vingt années ultérieures, ils sont revenus s'installer durablement en France. Indirectement, par le biais du moment d'appréciation de

(97) Rapp. F. Pocar, *op. cit.*, spéc. p. 251.

(98) Cette faculté est ouverte « sans préjudice du paragraphe 3 » et laisse donc entière la possibilité des époux de recourir à un accord procédural le cas échéant. En la forme, le parallélisme est requis, puisque la convention modifiant le choix de loi doit emprunter les mêmes modalités qu'une convention initiale (art. 7, § 1).

(99) Ce qui est tout de même l'un des objectifs du Règlement, comme l'illustrent d'ailleurs très clairement les différents exemples pris par le Livre vert pour défendre notamment la nécessité d'harmoniser les règles de conflit de lois. L'on retrouve alors les questionnements relatifs au champ personnel du Règlement : tous les couples, même en l'absence de toute internationalité, pourront-ils effectuer un tel choix, pour le cas où ?

la résidence, cela permet de ressusciter la compétence de la loi du lieu de célébration du mariage, pourtant écartée car non significative. Certes, sur le fond, ce ne sera pas gênant si l'on entend favoriser l'accès au divorce. Couplé au caractère universel du règlement, cela pourra conduire en outre à l'application de lois extérieures à l'Union européenne, alors même que la situation est, depuis le choix, devenue purement européenne, sinon interne à un État membre.

D'autre part, cette cristallisation du rattachement au moment du choix débouchera sur une immutabilité de fait de ce choix de loi, en cas de désaccord ultérieur des époux. En cas de dégradation de leurs rapports, les conjoints ne pourront plus parvenir à un accord pour modifier le choix initial, alors même qu'il ne convient plus à l'un ou aux deux (100). Cela permettra finalement à l'un des époux de maintenir l'autre sous l'empire de la loi initialement choisie. Le risque que l'un des époux demande le divorce avant l'autre pour aboutir à l'application d'une loi plus favorable pour lui (101) demeure dans ce cas pleinement (102).

Au final, il sera sans doute opportun de réserver un choix précocement de loi applicable au divorce aux époux qui entendent se garantir un accès à une procédure de divorce libérale ; pour les autres, mieux vaut attendre le moment du divorce pour exprimer ce choix, ce qui visera donc les divorces par consentement mutuel. Mais c'est alors admettre que le choix de loi poursuit exclusivement un objectif substantiel (permettre le divorce), sans véritable objectif proximate (103). L'encadrement du choix est-il dans ce cas nécessaire, voire utile (104) ?

Ces inconvénients tenant au moment d'appréciation des critères de localisation rendent d'autant plus nécessaire la possibilité offerte par l'article 5, § 2, de modifier un choix initialement fait par les époux – même s'il suppose évidemment que subsiste une possibilité d'accord des époux sur ce point lors du divorce. Cette mutabilité de

(100) Au contraire, la question de la loi applicable risque d'envenimer le contentieux.

(101) Auquel le Règlement est pourtant censé remédier selon le considérant 9 du préambule.

(102) Rappr. à cet égard l'exemple 5 du Livre vert, *op. cit.*, spéc. p. 6.

(103) Rappr. en matière de successions, les remarques de A. Bonomi, communication préc.

(104) Comp. F. Pocar, *op. cit.*, spéc. p. 251 s., marquant une nette préférence pour une approche plus souple du choix de lois, puisque des garde-fous suffisants existent notamment avec l'exception d'ordre public.

la loi applicable ne présente par ailleurs pas de risque ici, notamment pour les tiers, puisqu'il s'agit de fixer la loi applicable à un divorce à venir, voire éventuel, entre les époux.

29. b) Si le Règlement entend accorder la place première à l'autonomie des époux pour choisir la loi applicable à leur désunion, le texte se veut parallèlement fort soucieux de veiller à la réalité de l'accord des époux sur ce point. En ce sens, le considérant n° 18 indique très nettement que « le choix éclairé des deux conjoints est un principe essentiel du présent règlement » (105). Pour respecter cette exigence fondamentale, le Règlement consacre principalement deux articles (art. 6 et 7) aux modalités du choix, afin de prévoir certaines garanties pour s'assurer de la réalité du consentement des deux époux.

30. En premier lieu, l'article 6 contient des dispositions relatives au consentement et à la validité matérielle de la convention de choix, qui suivent les solutions adoptées dans le règlement Rome I (106). Ainsi en principe (§ 1), l'existence et la validité de la convention de choix ou de toute clause de celle-ci relèvent de la loi qui serait applicable si la convention de choix était valable. C'est donc au regard de la loi choisie que l'on vérifiera notamment que le consentement des époux est exempt de vices. En revanche, la capacité devrait *a priori* relever de la loi normalement applicable à cette question, à savoir en droit français la loi nationale. Toutefois (§ 2), pour établir qu'il n'a pas consenti, « un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1 ». Ce tempérament vise habituellement à garantir l'existence même du consentement, notamment dans le cas où la loi choisie admettrait un consentement tacite, découlant d'un simple silence par exemple, contrairement à la loi de résidence habituelle de la partie concernée. Ici, le tempérament apparaît plus curieux, d'une part car les exigences formelles posées par l'article 7 tendent à pré-

(105) En particulier, il est essentiel que les époux soient pleinement conscients des conséquences juridiques et sociales (?) de leur choix, ce pourquoi ils doivent aussi pouvoir bénéficier de toutes les informations utiles, selon le considérant 17. En outre, ce choix « devrait être sans préjudice des droits et de l'égalité des chances des deux époux » selon le considérant 18 du préambule.

(106) V. l'article 3, § 5, renvoyant à l'article 10 du règlement Rome I pour la validité au fond.

supposer que le consentement sera nécessairement exprès ; d'autre part, en raison de la référence à la résidence habituelle « au moment où la juridiction est saisie », qui sera sans doute différente de celle de l'époux au moment où il a donné son consentement (107).

31. En second lieu et surtout, l'article 7 régit la validité formelle de la convention de choix. À cet égard, l'article 7, § 1, pose une règle matérielle dictant un formalisme minimum : la convention doit être « formulée par écrit, datée et signée par les deux époux » (108). Cette règle s'applique, quelles que soient la résidence habituelle et la nationalité des époux, donc même si elles ne sont pas celles d'un État membre participant. Le Règlement se contente donc d'un simple acte sous seing privé. On peut se demander si cette seule exigence est réellement suffisante pour s'assurer que les époux sont vraiment conscients de leur choix, et pour éviter toute emprise d'un époux sur l'autre. Il a ainsi été suggéré que l'on soumette la convention de choix à des garanties supplémentaires, « en imposant que le choix résulte d'un acte dressé par un notaire, un greffier ou un avocat et signé par les parties, ou encore qu'il soit fait devant le juge ou l'autorité qui prononce le divorce » (109). De fait, un conseil et contrôle extérieur sembleraient mieux à même de permettre un choix éclairé des conjoints, et ce surtout s'ils font ce choix à un moment éloigné du divorce.

Pour répondre à ces nécessités, mais sans malheureusement poser lui-même d'autres exigences, le Règlement introduit à l'article 7 la possibilité de tenir compte de formalités supplémentaires qui seraient requises par l'État membre participant de la résidence habituelle des époux (§ 2), de l'un ou l'autre des époux en cas de résidence dans des États membres participants différents (§ 3) ou d'un seul époux (§ 4). Les règles formelles supplémentaires issues du droit de cet État membre participant s'appliquent alors. On songe à l'exigence d'un acte authentique, par exemple si la convention de choix prend place

(107) On peut se demander si l'exception ne risque pas de devenir le principe : la loi de la résidence habituelle actuelle sera souvent la loi du for, notamment si l'époux qui conteste son consentement est défendeur à l'action et qu'il ne veut pas subir la loi choisie, d'où par ailleurs le risque d'une certaine absorption par la loi procédurale au détriment de la loi de fond.

(108) Toute transmission par voie électronique est assimilée à un écrit, si elle permet de consigner durablement la convention.

(109) F. Pocar, *op. cit.*, spéc. p. 252 ; v. aussi M. Revillard, *op. cit.*, *Defrénois*, 2011, art. 39208, p. 445 s.

dans un contrat de mariage. Les États participants peuvent donc aller plus loin que la protection formelle minimale posée par le Règlement (110) et il serait souhaitable qu'ils le fassent. Il reste que l'on peut regretter que l'on ne puisse pas, par une sorte d'effet réflexe, tenir compte d'exigences formelles similaires, imposées par l'État non participant dans lequel les époux (ou l'un d'eux) auraient leur résidence habituelle au moment du choix, en particulier s'il s'agit d'un État membre.

Le Règlement accorde donc aux époux, avec une assez grande souplesse en la forme comme au fond, la faculté de conclure une convention de choix de la loi applicable à leur divorce. En outre, il leur permet également de désigner cette loi en cours de procédure.

32. c) Aux termes de l'article 5, § 3, « si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for ».

Outre le choix de fond, ce texte permet donc aux époux de conclure ce qui s'apparente à un accord procédural devant le juge saisi, afin de déroger à la loi normalement compétente et désigner une loi plus conforme à leur souhait ou intérêt. Cette possibilité leur permet de déroger à la loi préalablement choisie par eux aux termes de leur convention de choix, et ce même si les époux ont déjà modifié un choix initial par convention. Selon la lettre du texte, elle devrait aussi leur permettre de déroger à la loi objectivement désignée selon l'article 8, dans le cas où ils n'auraient conclu aucune convention de choix préalable (111).

En tout état de cause, selon l'article 5, § 3, l'admission d'une telle désignation de la loi applicable dépendra de la loi du for, tant dans son principe même que dans ses modalités (112). Le choix apparaît

(110) L'article 17, § 1, a impose aux États membres participants de communiquer à la Commission au plus tard le 21 septembre 2011 ces exigences formelles supplémentaires applicables aux conventions de choix. Ces informations seront mises à disposition du public par des moyens appropriés (art. 17, § 2).

(111) Une certaine équivoque découle de la place de cette disposition à l'article 5, § 3, où cela semble présenté comme un simple choix tardif, mais également du considérant 20 du préambule qui utilise le même terme de « convention » pour viser tant l'exercice d'un choix de fond que la désignation de loi en cours de procédure.

(112) Afin d'informer parfaitement les époux sur la possibilité d'un tel accord selon les États membres participants, l'article 17, § 1, b du Règlement prévoit qu'au plus tard le 21 septembre 2011, les États membres participants devront communiquer à la

donc clairement procédural. En cela, c'est à la *lex fori* d'apprécier le pouvoir des parties de procéder à une telle désignation. La conception nationale du divorce, notamment quant à la place laissée à la volonté des parties en la matière, exercera nécessairement une influence sur l'étendue du choix des parties. Ainsi, ce type d'accord ne sera-t-il pas possible devant le juge français, l'accord procédural n'étant permis que pour les droits dont les parties ont la libre disposition (113). Même un accord partiel portant seulement sur certains aspects du divorce, notamment patrimoniaux, ne sera pas envisageable, eu égard au domaine matériel réduit du Règlement, qui écarte en particulier les conséquences du divorce.

On pourra regretter que les modalités de l'accord dépendent ici uniquement des dispositions du for, en ce que certains droits pourraient être souples quant à la forme que devra revêtir un tel accord par exemple (114). Il n'est en cela pas certains que les garanties qui entourent la conclusion d'une convention de choix se retrouvent.

33. La règle de conflit uniforme repose donc en principe sur le choix encadré par les conjoints de la loi applicable à leur divorce, dirigé vers des lois qui entretiennent un lien étroit avec le couple, ou au moins l'un des époux. Non sans une certaine rupture, le Règlement pose, à défaut de choix, une règle classique de rattachement en termes de proximité.

2°) La loi applicable à défaut de choix

34. À défaut de choix de loi par les époux, le Règlement prévoit une règle de conflit fondée sur des critères de rattachement successifs, visant à soumettre le divorce et la séparation de corps à une loi présentant des liens étroits avec la situation (115). Une fois encore, l'objectif est celui de la sécurité juridique et de la prévisibilité. Cette règle objective de rattachement a donc une place subsidiaire par rapport au choix devenu le principe, ce que l'on peut regretter. Comme il a été dit précédemment, il n'est pas certain que le choix de loi,

Commission la teneur de leur droit national relativement « à la possibilité de désigner la loi applicable conformément à l'article 5, § 3 ».

(113) Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 1997, *Soc. Hannover international*, *Grands arrêts*, n° 84.

(114) Il suffit de songer à la souplesse du droit français, dans les cas où il admet un tel accord, puisque la jurisprudence se contente de conclusions concordantes des parties.

(115) V. non sans un côté répétitif, le considérant 21 du préambule.

dans les conditions dans lesquelles il est prévu, soit plus à même de garantir une réelle prévisibilité.

Ainsi, l'article 8 prévoit-il que le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :

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

Rappelons, ici encore, qu'en raison du caractère universel de la règle, la loi pourra être celle d'un État membre participant ou non. Partant, cela ne concernera pas seulement des époux domiciliés dans l'Union au jour de l'instance ou étant des ressortissants d'un État membre – sous réserve évidemment de la compétence des juridictions d'un État participant.

35. Cette règle de conflit de lois repose donc sur des rattachements en cascade, qui donnent la place première à la résidence habituelle des époux, telle une « échelle de Kegel » inversée. Cette primauté accordée à la résidence sur la nationalité est aujourd'hui classique dans les instruments européens, et on la retrouve dans tous les projets à venir relatifs au droit de la famille. Si ce recul de la nationalité comme facteur de rattachement, même dans le domaine du statut personnel, peut s'expliquer dans le contexte européen, et ce bien qu'il ne soit pas en lui-même discriminatoire (116), cela ne favorisera pas nécessairement la coexistence avec les systèmes juridiques tiers.

Les facteurs de localisation sont ici pris en compte « au moment de la saisine de la juridiction », solution traditionnelle au conflit mobile en la matière. Il reste que cette référence pourrait soulever

(116) V. F. Jault-Seseke, « La nationalité comme facteur de rattachement et la distinction entre État membre et État tiers », in S. Sana Chaillée de Néré (dir.), *Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers*, Litec, coll. « Colloques et débats », 2009

des difficultés pratiques tant pour déterminer à quel moment la juridiction sera réputée « saisie », que sur le recours même à ce moment lorsque l'intervention de l'autorité étatique ne sert qu'à authentifier un divorce reposant sur la seule volonté privée des époux.

36. Plus avant, si l'on s'attache tout d'abord au critère de la résidence habituelle, l'on constate le souhait qu'elle soit un critère réellement significatif, d'où l'appel à une résidence qualifiée. En cela, l'exigence de proximité se traduit par la nécessité que cette résidence présente toujours un lien actuel avec les deux époux. Ainsi, en principe la compétence ira à la résidence habituelle des époux au jour du divorce. Si elle n'existe pas, on se tournera vers la loi de la dernière résidence habituelle, mais seulement à une double condition : elle ne doit pas avoir pris fin depuis plus d'un an avant la saisine de la juridiction (117) ; et l'un des époux doit encore résider dans cet État (118) au moment de la saisine de la juridiction. Il faut donc que subsiste une proximité temporelle et personnelle avec cet État de dernière résidence habituelle au jour du divorce. En cela le texte est plus exigeant que la proposition initiale de 2006, qui ne contenait pas d'exigence de durée quant à la cessation de la dernière résidence habituelle des époux (119), et diffère également du règlement Bruxelles II *bis* qui ne pose pas cette même exigence de durée dans l'article 3, § 1, a (2^e tiret).

37. À défaut de résidence habituelle commune actuelle ou suffisamment récente, l'article 8 donne compétence à la loi nationale commune des époux au moment de la saisine de la juridiction, rattachement classique, utilisé par principe dans de nombreux États membres de l'Union notamment. Cet appel à la nationalité « commune » exprime à nouveau la nécessité d'une loi présentant un lien étroit avec les deux membres du couple.

Une question peut ici surgir quant à la détermination de cette nationalité commune du couple, et ce dans différentes hypothèses

(117) Ce point de départ pourra poser des problèmes de computation du délai, notamment quand le divorce repose sur le seul consentement des époux simplement authentifié par une autorité.

(118) On retrouve une conception « localisatrice » de la résidence des époux dans un même État, qui n'exige pas l'existence d'un foyer conjugal commun.

(119) Comp. en ce sens, art. 55, § 1, C. belge DIP ; en droit allemand, l'art. 14 2° EGBGB.

en lien avec l'existence d'un conflit positif de nationalités (120). Quelle sera la nationalité commune des époux s'ils sont tous deux binationaux ? Plus délicat, pourra-t-on parler de nationalité commune si l'un des époux possède plusieurs nationalités, dont l'une est celle de son conjoint ? Plus épineux encore, qu'en sera-t-il si l'un des époux acquiert par le mariage, même parfois sans l'avoir voulu ou demandé, la nationalité de son conjoint, tout en conservant sa nationalité d'origine qui restera pour lui la plus effective ? L'on ne pourra ici adopter le même raisonnement que pour l'article 5, la loi objectivement applicable au divorce devant être une loi unique (121). Dans ce cas, à défaut de pouvoir retenir la primauté de la nationalité du for – notamment si les deux nationalités sont européennes – il faudra sans doute se tourner vers la nationalité la plus effective, eu égard au fondement de proximité du texte (122). L'effectivité tendrait à se tourner vers la loi où les intérêts des époux sont localisés de manière prépondérante (123). Elle ne pourra cependant découler du fait que les époux résident tous deux dans l'État de l'une de leurs nationalités, puisque cette loi aurait alors été appliquée au titre de l'article 8a. Il faudrait s'en tenir à d'autres circonstances générales exprimant l'effectivité, qui pourraient ne pas être très significatives. En tout état de cause, cela conduira à insérer une sorte de « maillon intermédiaire » (124) dans cette échelle de rattachement, lequel reposerait sur la nationalité effective, quelles que soient ses modalités d'appréciation.

Un tel critère intermédiaire aurait par principe d'ailleurs pu être utile. À défaut de nationalité commune des époux, l'article 8d passe en effet immédiatement à la compétence de la loi du for, ce que l'on peut regretter. De fait, pourquoi ne pas avoir fait référence à la loi de la dernière nationalité commune, en posant le cas échéant une condition de lien actuel imposant par exemple que l'un des époux ait encore cette nationalité (125) ? Le retour à la loi du for apparaîtrait trop rapide, et la règle aurait mérité un rattachement supplémentaire exprimant la proximité des époux avec une loi. La solu-

(120) V. sur ces difficultés, J. Basedow, *op. cit.*, spéc. p. 446 s.

(121) En ce sens, P. Lagarde, note préc. sous l'arrêt *Hadadi* ; C. Brière, note préc., spéc. p. 199 ; rapp. J. Basedow, *op. cit.*, spéc. p. 454.

(122) en ce sens, P. Lagarde, *op. cit.* ; J. Basedow, *op. cit.*, spéc. p. 447.

(123) Rapp. art. 31, § 1, de la loi italienne du 31 mai 1995.

(124) Selon le terme de P. Lagarde, note préc.

(125) V. en droit allemand l'art. 14, § 11°, EGBGB.

tion s'explique sans aucun doute d'une part en raison de la faveur au divorce qui caractérise le Règlement, en ce que le for sera celui d'un État membre participant ; d'autre part, car elle tend à réduire les cas d'application d'une loi étrangère, notamment tierce à l'Union européenne.

38. Dans l'ensemble, cette règle de conflit de lois apparaît somme toute assez « harmonieuse » (126), même si l'on peut avoir quelques regrets. L'on notera que, en pratique, la règle conduira souvent à la compétence de la loi du for, compte tenu des chefs de compétence juridictionnelle adoptés par le règlement Bruxelles II *bis*. Le juge français aura en cela peut-être tout autant qu'avec l'article 309 du Code civil, des chances d'appliquer fréquemment le droit français à un divorce. En particulier, si le juge d'un État membre participant est saisi au titre de la résidence habituelle (art. 3, § 1, a, Bruxelles II *bis*), il appliquera toujours sa propre loi, sauf si le couple n'a jamais eu de résidence habituelle sur son territoire ou qu'elle a cessé depuis plus d'un an et qu'il ne s'agit pas non plus de deux ressortissants de cet État membre. En d'autres termes, la loi étrangère sera appliquée dans les cas où même la compétence juridictionnelle de cet État participant sera quelque peu fortuite. En revanche, dès lors qu'il y a un lien du couple avec cet État de résidence habituelle même d'un seul époux, la loi du for s'appliquera. Si, dans l'autre hypothèse, le juge d'un État membre est saisi au titre de la nationalité commune du couple (art. 3, § 1, b Bruxelles II *bis*), il appliquera sa propre loi, sauf si le couple a ou a eu récemment une résidence habituelle commune à l'étranger. Les cas d'application d'une loi étrangère resteront assez résiduels.

B. — *La mise en œuvre des nouvelles règles de conflit*

39. Dans ses articles 10 à 13, le règlement Rome III prévoit deux séries de dispositions relatives à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Assez classiquement l'article 11 exclut le jeu du renvoi (1°). De façon plus curieuse et discutable, les articles 10, 12 et 13 prévoient différents cas de retour à la loi du for, par dérogation à la loi étrangère normalement applicable (2°). Par là même, le Règlement assure aux États membres participants des mécanismes de sau-

(126) M. Revillard, *op. cit.*, *Deffrénois*, 2011.

vegarde de leurs propres conceptions, dont certains sont en contradiction avec les principes fondateurs du Règlement. On retrouve en cela la dichotomie inhérente au Règlement, tenant à la contradiction fondamentale entre une irréductible diversité des conceptions nationales du mariage et une volonté de les considérer comme équivalentes pour l'appréhension du divorce.

1°) L'exclusion du renvoi (art. 11)

40. Comme tous les règlements et la majorité des conventions internationales posant des règles de conflit de lois uniformes, le règlement Rome III exclut expressément le jeu du renvoi en son article 11. La loi désignée sera donc la loi interne soit choisie par les parties, soit objectivement applicable, « à l'exclusion de ses règles de droit international privé ».

Une telle exclusion du renvoi n'est pas surprenante. En effet, face à une règle de conflit de lois reposant sur l'autonomie de la volonté, admettre le renvoi serait courir le risque d'aller à l'encontre de l'objectif de prévisibilité. Or ce risque est d'autant plus grand que la règle est d'application universelle et que le choix de loi est peu reçu en droit comparé en matière de divorce. Dès lors, les probabilités de désignation de la loi d'un État non participant, qui n'admet pas le choix de loi ou retiendrait un rattachement prioritairement fondé sur la nationalité commune des époux, sont fortes.

Plus avant, même face à la règle applicable en l'absence de choix, cette exclusion se comprend, d'autant que, comme on l'a vu, rares seront les cas de désignation d'une loi étrangère. Cela étant, le renvoi aurait pu avoir une utilité dans certaines hypothèses, notamment quand est désignée la loi d'un État non participant (spécialement s'il ne s'agit pas d'un État membre), alors même que le couple présente des liens forts avec l'État participant du for, notamment car ils en sont tous deux ressortissants. Par exemple, lorsqu'est en cause un couple français, dont la résidence habituelle se trouve à l'étranger (127), dans un État non participant qui soumet le divorce à la loi nationale commune. En l'absence de tout accord des époux, notamment si un seul des deux souhaite divorcer, l'article 8 conduit à soumettre

(127) Ou la dernière résidence habituelle si elle a cessé depuis moins d'un an et que l'un y réside encore au jour de la demande en divorce.

de divorce au droit étranger de résidence, alors même qu'il ne se reconnaît pas compétence et que peut-être, au fond, il ne permet que difficilement le divorce. L'admission du renvoi dans ce cas aurait permis d'une part de rapatrier le divorce dans le giron de l'État membre participant, appliquant sa propre loi, mais aussi d'autre part, de favoriser l'accès au divorce. En cela, permettant la coordination des systèmes, le renvoi correspondrait en outre parfaitement à la fonction même de la règle de conflit, tant au regard de son fondement proximate qu'à celui de la faveur au divorce qui sous-tend le Règlement (128). Il est vrai que, si elles ne sont pas inexistantes, de telles hypothèses seront rares, et ce d'autant plus qu'en cas d'accord des époux sur le principe du divorce, ils concluront une convention de choix.

2°) La sauvegarde des conceptions de l'ordre juridique du for

41. Les dispositions sans doute les plus surprenantes du règlement Rome III figurent aux articles 10, 12 et 13 du texte, qui par trois voies différentes permettent d'assurer la sauvegarde des conceptions de l'ordre juridique du for et pour certaines, indirectement, des conceptions fondamentales de l'Union européenne.

La surprise tient évidemment au contenu même de ces dispositions, qui n'est pas dépourvu d'une certaine redondance : l'on se demande si toutes ces préoccupations n'auraient pas pu prendre place dans le cadre d'une seule classique clause d'ordre public, car même si elles traitent d'aspects différents, elles répondent à une mécanique similaire (129).

Mais la surprise tient avant tout à l'existence même de ces trois garde-fous dans le Règlement. N'y a-t-il pas en effet un certain paradoxe à multiplier de la sorte les moyens de sauvegarde des conceptions nationales des États membres participants, alors même que l'on entend harmoniser les règles de conflit en vue de faciliter la réalisation du marché intérieur ? Ces dispositions traduisent finalement le

(128) Comp. les remarques de C. Nourissat à propos de l'exclusion du renvoi dans le cadre de la proposition en matière de successions, *Defrénois*, 2010, art. 39072, spéc. n° 13.

(129) Curieusement, le regroupement des intitulés des trois dispositions évoque d'ailleurs l'intervention de l'exception d'ordre public : les « différences dans le droit national » (art. 13) traduisent une atteinte à « l'ordre public » (art. 12) justifiant « l'application de la loi du for » (art. 10).

grand écart que doit réaliser la Règle : prétendre imposer une conception unique du divorce, alors même que s'opposent des conceptions nationales fondamentalement différentes du mariage. Si l'on peut se réjouir de ce souci de préserver les spécificités nationales, il ne peut manquer en retour de susciter des questionnements sur le principe même d'une telle marche forcée vers l'harmonisation des droits de la famille en Europe par le biais des règles de droit international privé.

Il convient à présent d'examiner plus avant ces trois dispositions à savoir l'article 10 permettant « l'application de la loi du for » (a), la clause d'ordre public de l'article 12 (b) et enfin l'article 13 permettant de tenir compte des « différences dans le droit national », dite clause maltaise (c).

42. a) L'article 10 intitulé « application de la loi du for » prévoit que la loi du for s'appliquera, lorsque la loi normalement applicable (par choix ou objectivement) « ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou à l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps » (130). Ce texte prescrit donc l'application de la loi du for dans deux situations, et répond ce faisant à deux objectifs distincts.

D'une part, il couvre l'hypothèse dans laquelle la loi applicable ne prévoit pas le divorce, donc ne permet pas aux époux d'obtenir une dissolution de leur mariage. Il prescrit alors de ne pas appliquer la loi désignée, mais de lui préférer la loi du for, supposant donc que celle-ci permet au contraire le divorce. Ce faisant, le texte rejoint la préoccupation de certains États membres, notamment ceux ayant une politique libérale du divorce, qui préconisent par principe une soumission du divorce à la loi du for, afin de toujours offrir aux époux cet accès à une possible rupture de leur mariage. Si une telle solution de principe n'a pas été retenue, notamment en raison des risques évidents de *forum shopping*, l'application du texte parvient à un résultat similaire, en ce que la loi du for l'emportera nécessaire-

(130) Le considérant 24 précise – de façon non dépourvue d'une certaine ambiguïté – que « *cela ne devrait cependant pas porter atteinte à l'ordre public* ». Est-ce dire que le for pourrait refuser de faire jouer ce texte, si cela le conduit à se mettre en contradiction avec son propre ordre public ? Ou cela signifie-t-il que le jeu de ce texte laisse par ailleurs place, dans les mêmes situations à l'exception d'ordre public ?

ment si les rattachements de principe ne permettent pas le prononcé du divorce.

Le seuil déclenchant l'application de la loi du for est donc ici l'impossibilité de divorce, ce qui comprend tant les lois qui ne connaissent aucun moyen de relâcher le lien, c'est-à-dire ni divorce ni séparation de corps, que les lois qui connaîtraient seulement le relâchement mais non la rupture. La faveur au divorce ne peut être plus éclatante. Mais il semble falloir une réelle impossibilité objective de divorce, puisque la loi applicable ne doit pas « prévoir » celui-ci : une procédure simplement plus restrictive ne suffirait pas à justifier un retour à la loi du for.

Ce retour à la loi du for interviendra quelle que soit la loi désignée, qu'elle émane d'un État participant (on songe à la loi maltaise), membre non participant ou tiers à l'Union, et que cette loi soit choisie par les époux ou objectivement désignée. Aucune exigence de proximité entre le couple et l'État participant n'est en revanche posée.

Par là même, on peut s'interroger sur le sens de ce correctif qui semble doublement en contradiction avec le Règlement lui-même. D'un côté en effet, le texte revient à méconnaître la règle de principe du Règlement, à savoir la volonté des époux qui devrait pouvoir s'exercer dans les deux sens, en faveur ou non du divorce. Il est donc de fait interdit aux époux, même par une volonté dictée par exemple par des convictions religieuses, de choisir une loi qui rendrait leur mariage indissoluble et susceptible simplement de relâchement par séparation de corps. D'un autre côté, le texte place « hors la loi » en quelque sorte certains États membres participants et leurs conceptions du mariage, puisqu'en l'occurrence, le droit maltais se voit là directement censuré (131). C'est clairement, alors même que le texte n'entend harmoniser que les règles de conflit de lois, imposer une certaine vision substantielle du divorce, donc du mariage, aux États membres participants : le « droit au divorce » doit être consacré.

43. D'autre part, l'article 10 vise expressément à lutter contre toute loi discriminatoire, qui viendrait à porter atteinte à l'égal accès des

(131) Censure d'autant moins compréhensible que de l'autre côté ces mêmes orientations du droit maltais se voient protégées par l'article 13. C'est à n'y rien comprendre...

époux au divorce ou à la séparation de corps. Il répond en cela aux craintes exprimées par certains États de voir la charia s'appliquer au divorce, notamment par choix des époux. Une loi étrangère admettant la répudiation se verrait ainsi d'office écartée. En cela, on rejoint la nécessité exprimée par le considérant n° 16 indiquant que la loi choisie doit être conforme aux droits fondamentaux reconnus par les traités et la Charte des droits fondamentaux de l'Union. L'on notera que l'application de la loi du for bénéficie ici d'un fort rayonnement, en raison de l'absence de toute exigence de proximité, d'autant plus perturbante et signifiante que la compétence même du juge de l'État participant ne nécessite pas un fort lien du couple avec l'Union compte tenu des chefs de compétence posés par le règlement Bruxelles II *bis*. Ainsi, même des couples qui ne seraient pas ressortissants de l'Union, ni résidants dans l'Union pourraient se voir appliquer cette disposition. Il suffit que soit saisi le juge d'un État membre participant, ce qui suppose simplement que le demandeur (en l'occurrence l'épouse) y installe sa résidence pendant un an. Au-delà de ce que prévoient en général les droits nationaux exigeant des liens avec le for (132), l'égalité entre époux dans la dissolution du mariage se voit ainsi protégée dès lors qu'une juridiction « européenne » est saisie. L'on n'est pas loin d'une application directe et immédiate des droits fondamentaux, ici l'égalité entre époux dans l'accès à la dissolution du mariage.

44. Précisément, cet article 10 suscite pour terminer quelques interrogations d'ordre méthodologique. Quel mécanisme du droit international privé est ici à l'œuvre ?

A priori, il ne s'agit pas de l'intervention habituelle de l'exception d'ordre public, non seulement car celle-ci est envisagée à l'article 12, mais surtout car l'appréciation n'est pas le fait ici de l'ordre juridique du for, qui ne dispose d'aucune marge de manœuvre. Au plus, il pourrait s'agir d'une clause spéciale d'ordre public, à l'instar de ce que connaissent certains systèmes juridiques (133). Le texte fixe un

(132) V. not. en droit français, Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2004, *Grands arrêts*, n° 64 ; en droit belge, art. 57 C. DIP.

(133) V. face à une loi ne permettant pas le divorce, sans conditions de proximité : art. 31, § 2, de la loi italienne du 31 mai 1995 ; art. 55, § 3, C. belge DIP ; avec exigences de proximité : art. 17, § 1, EGBGB en droit allemand ; art. 61, § 3, de la LDIP suisse ; rapp. en droit français Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1981, *De Pedro*, *JDI* 1981. 812, note D. Alexandre.

double objectif à la loi applicable : elle doit nécessairement permettre le divorce ; elle doit permettre l'égal accès au divorce ou à la séparation de corps aux deux époux. Le standard minimum exigé par les principes de l'Union est donc celui-là, sorte de statut européen du divorce. Cependant, en l'absence de toute exigence de proximité posée par l'article 10, ce dernier apparaît davantage comme une règle subsidiaire de rattachement, imposant nécessairement l'application d'un « droit fondamental au divorce égalitaire », dès lors que la juridiction d'un État participant est saisie : un droit que « l'État participant s'est engagé à garantir à toute personne relevant de sa juridiction », pour paraphraser une formule chère à la Cour de cassation (134). L'on n'est pas loin alors d'une sorte d'ordre public de rattachement, imposant directement, même sans lien du couple avec le for autre que juridictionnel, une certaine vision du divorce. Non seulement, par le biais d'une règle de rattachement, le Règlement impose aux États membres participants une certaine conception du divorce, mais si on va au bout de cette logique, on peut se demander comment cette règle peut s'agencer avec les règles de conflit de principe des articles 5 et 8.

45. b) L'article 12 intitulé « *ordre public* » prévoit quant à lui le classique jeu de l'exception d'ordre public, en indiquant que « l'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

On retrouve là le mécanisme traditionnel d'éviction, dans la formulation maintenant habituelle dans les règlements européens. On appréciera la nécessité que la contrariété avec l'ordre public du for soit *manifeste*, ce qui devrait permettre d'éviter un déclenchement trop fréquent de l'exception, notamment en cas de simple divergence entre loi désignée et conceptions du for. Ce sont avant tout ces dernières qui constitueront l'ordre de référence auquel sera confrontée la loi étrangère, même s'il sera nécessairement influencé par les principes européens, notamment issus des normes fondamentales incluant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Plus avant, le considérant 25 indique que le recours à l'exception d'ordre public n'est pas permis « lorsque c'est contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 ».

(134) V. not. en matière de répudiation, Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2004, préc.

Comme dans d'autres domaines, les contours de l'ordre public international de chaque État membre sont donc définis par les principes européens, qui excluent la défense de certains principes nationaux s'ils ne répondent pas aux exigences européennes. On perçoit clairement l'émergence d'un ordre public de source européenne, sur lequel l'État membre perd quelque peu la maîtrise.

Il reste que les cas d'intervention de l'exception d'ordre public se trouvent grandement amputés par l'existence parallèle de l'article 10, qui prend en charge spécifiquement l'atteinte à l'égalité entre époux dans l'accès au divorce, donc en particulier la confrontation à des lois étrangères admettant la répudiation, de même que l'hypothèse des lois prohibitives du divorce. Parmi les « considérations d'intérêt public » susceptibles d'évincer la loi étrangère, l'on songera à d'autres formes de discriminations dans l'accès au divorce, fondées sur des motifs de race, couleur, origines ethniques ou sociales, religion par exemple, comme l'envisage l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux. On pourrait penser aussi à une loi qui interdirait la séparation de corps en imposant le divorce, alors que les époux ne souhaitent que le relâchement du mariage, encore que ce soit peu probable au regard de l'esprit général du Règlement.

46. c) L'article 13 enfin, sobrement intitulé « différences dans le droit national » prévoit que « aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement ». Cette clause, dite « clause maltaise », car imposée par Malte qui ne connaît pas le divorce en droit interne, constitue avec l'article 10, le second garde-fou spécifique pour permettre aux États participants de défendre leur propre conception du divorce, mais aussi du mariage. Plus spécialement, le texte vise deux hypothèses sensiblement différentes.

Tout d'abord – et c'est là que réside la « clause maltaise » –, l'article 13 permet à un État qui ne connaît pas l'institution du divorce de ne pas prononcer le divorce, et ce même si la loi applicable le permet. En d'autres termes, le texte permet à un État participant (en l'occurrence Malte) de ne pas appliquer le Règlement. C'est une simple faculté pour l'État, au sens où la juridiction compétente n'est pas obligée de prononcer le divorce, ou comme l'indique le considérant n° 26 « ne devrait pas être tenue » de le faire. L'État a donc le

choix de prononcer ou non le divorce, d'appliquer ou non la loi désignée qui le prescrit à l'encontre de ses propres conceptions nationales. Par là même, l'État a donc le choix d'appliquer ou non le Règlement : l'article 13 constitue une sorte de « clause *d'opt out* » (135).

Une telle disposition laisse perplexe quant à sa légitimité, puisqu'elle remet directement en cause le Règlement et l'idée même d'une unification des règles de conflit de lois. Plus avant elle est en contradiction avec l'objectif de prévisibilité et sécurité juridique, à la base de l'ensemble des règles (136). Enfin, elle est inconciliable avec l'article 10 : ce dernier oblige d'appliquer la loi du for si la loi normalement applicable interdit le divorce ; l'article 13, quant à lui, permet au for d'imposer sa loi prohibitive du divorce contre la loi applicable qui le permet. Où est la cohérence ?

En définitive, la clause met en avant la contradiction interne du Règlement : à vouloir respecter les conceptions nationales fondamentalement différentes du mariage, on ne peut pas faire jouer le Règlement. Il repose sur un postulat d'équivalence qui n'existe pas en réalité. Il ne s'agit en réalité pas seulement de « différences dans le droit national » mais d'oppositions fondamentales, d'une absence de communauté de droit.

47. Ensuite, l'article 13 envisage le cas où le mariage en cause ne serait pas considéré comme valable dans l'État membre participant du for, au sens où il « n'existe pas dans la loi d'un État membre » selon le considérant n° 26 (137). Sont ici visés notamment les mariages homosexuels qui ne sont pas admis dans certains États membres participants, par exemple la France actuellement. Ainsi, le juge français ne serait pas tenu de divorcer un couple de même sexe valablement marié en Belgique par exemple, puisque le mariage homosexuel « n'existe pas » en droit français. Comme dans le cas précédent, il a la faculté

(135) M. Salord, commentaire préc., *AJ fam.* 2011. 97.

(136) Cela peut être d'autant plus gênant que les règles de compétence juridictionnelles n'ont pas été modifiées. Dès lors, que faire si les juridictions maltaises sont les seules compétentes pour connaître du divorce ? Il serait peut-être opportun d'introduire un *forum necessitatis*, comme le demandent certains États membres, ou d'aménager une prorogation de compétence en faveur des époux. V. M. Salord, *op. cit.*

(137) Ce qui est une formule vague, qui pourrait exclure tout mariage différent du mariage « interne » prévu par le droit du for, tant au fond qu'en la forme. Cela semble suggérer qu'une identité devrait exister entre la notion interne de mariage et la catégorie de rattachement de droit international privé, ce qui est contraire aux principes mêmes de qualification en droit international privé, sans parler de la réalité.

de le faire, mais n'y est pas tenu. La « différence dans le droit national » concerne donc ici non le principe du divorce, mais la question préalable du mariage, donc le point de savoir quel type de mariage est appréhendé par le règlement Rome III.

Ainsi, le texte n'est pas sans contradiction avec l'article 1^{er} du Règlement, qui renvoyait aux droits nationaux pour l'appréciation de la validité du mariage. En effet, alors même que le droit national considère le mariage comme valablement conclu, l'article 13 semble permettre malgré tout de ne pas en tenir compte. Ce n'est donc pas uniquement parce que le mariage à la base du divorce est nul, ou non reconnu comme mariage, que le for peut refuser de prononcer le divorce (l'article 1^{er} le permet déjà), mais ce serait simplement parce que même valable, il n'a pas d'équivalent en droit interne du for. Dans ce cas, la simple différence abstraite entre législations suffirait à justifier une application préférentielle du droit du for. C'est donc bizarrement le Règlement lui-même – qui par ailleurs entend ne faire aucune distinction selon les mariages – qui incite le for à mettre en avant les spécificités de ses propres conceptions du mariage. En cela, la solution apparaît plus restrictive que le droit français actuel (138). Plus avant, elle semble en contradiction avec les principes fondamentaux de l'Union européenne, notamment le principe de reconnaissance mutuelle, sans mentionner la libre circulation des personnes : même si un mariage a pu être valablement créé dans un État membre et qu'en outre sa validité n'est pas remise en cause par l'État d'accueil, ce dernier pourrait refuser de prononcer le divorce, alors même que la loi applicable à celui-ci le permet ? Une fois encore la cohérence de la disposition n'est pas évidente.

(138) V. H. Gaudemet-Tallon, *Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ?* », *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, p. 147, spéc. p. 157.