
Les Règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés – un premier regard depuis la Suisse

Andrea Bonomi

Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne

Introduction	170
I. Les compétences	173
1. Remarques liminaires	173
2. Les principaux chefs de compétence	175
a. <i>La compétence accessoire du juge de la succession</i>	175
b. <i>La compétence accessoire du juge de la dissolution du mariage ou du partenariat</i>	179
c. <i>Les compétences subsidiaires de l'article 6</i>	182
d. <i>L'élection de for</i>	183
e. <i>Les autres règles de compétence</i>	183
3. Comparaison avec le droit international privé suisse	184
II. Le droit applicable	184
1. Remarques liminaires	184
2. Le choix de la loi applicable	186
a. <i>L'admission et la portée du choix</i>	186
b. <i>La forme de la convention de choix de loi</i>	187
c. <i>Coordination avec la loi applicable à la succession</i>	188
d. <i>Comparaison avec le droit international privé suisse</i>	189
3. La loi applicable à défaut de choix	189
a. <i>Remarques liminaires</i>	189
b. <i>La loi applicable au régime matrimonial</i>	190
1° <i>La loi de la première résidence habituelle</i>	191
2° <i>La loi nationale commune</i>	194
3° <i>Les liens les plus étroits</i>	195
4° <i>La clause d'exception</i>	195
c. <i>La loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat</i>	199
d. <i>Comparaison avec le droit suisse</i>	200
Conclusion	201
Bibliographie	203

Introduction

- 1 Adoptés le 24 juin 2016, les Règlements européens sur les régimes matrimoniaux¹ (ci-après «Règlement régimes»); voir *Annexe 1*) et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés² (ci-après «Règlement partenariats»); voir *Annexe 2*) seront applicables, dans ~~dix-sept~~ seize Etats membres de l'Union européenne, à partir du 29 janvier 2019.
- 2 Voulus pour compléter les instruments européens déjà applicables en matière de divorce et de séparation des époux³, d'obligations alimentaires⁴ et de successions⁵, le parcours de ces textes s'est toutefois avéré difficile.
- 3 L'hostilité de principe d'une minorité d'Etats membres à l'encontre de toute union homosexuelle⁶ a empêché qu'ils soient adoptés à l'unanimité,

¹ Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JO L 183, du 8 juillet 2016, p. 1.

² Règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, JO L 183 du 8 juillet 2016, p. 30.

³ Règlement «~~Bruxelles II bis~~» n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, JO L 338 du 23.12.2003, p. 1 (ci-après: «Règlement Bruxelles II bis»); 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, JO L 343 du 29.12.2012 (ci-après: «Règlement Rome III»); ce texte est en vigueur dans 16 Etats membres.

⁴ Règlement (UE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatifs à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JO L 7 du 10.1.2009 (ci-après: «Règlement alimentaires»).

⁵ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JO L 201, du 27 juillet 2012, p. 107 (ci-après: «Règlement successions»).

⁶ Seuls six Etats membres refusent encore toute reconnaissance juridique aux couples de même sexe, que ce soit sous forme de mariage ou de partenariat: Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie et Slovaquie. Ce refus est clairement contraire à la Convention européenne de droits de l'homme, comme il ressort notamment des arrêts de la Cour de Strasbourg dans les cas *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24.6.2012 (requête

comme le prescrit, pour les mesures de coopération judiciaire civile en matière familiale, l'article 81, paragraphe 3 du TFUE. Un groupe d'Etats membres a néanmoins décidé d'entreprendre une procédure de coopération renforcée au sens de l'article 20 du TUE, qui a abouti à l'adoption de ces deux règlements par ~~dix-sept~~ dix-sept Etats de l'Union⁷.

Les Règlements ne seront donc applicables que dans les Etats membres qui les ont adoptés. Malgré l'absence de précisions textuelles sur ce point, l'expression «Etat membre», qui figure dans de nombreuses dispositions, doit donc se comprendre dans le sens d'«Etat membre lié» par le Règlement concerné, à l'exclusion des Etats membres n'ayant pas participé à son adoption. 4

A l'instar d'autres instruments européens adoptés au cours de dernières années dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile⁸, les Règlements en question régissent l'ensemble des questions classiques de droit international privé, à savoir la compétence juridictionnelle y compris la litispendance et la connexité (chapitre II), la loi applicable (chapitre III) ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions (chapitre IV). Ils règlent également l'acceptation et l'exécution transfrontière des actes authentiques et l'exécution des transactions judiciaires (chapitre V). 5

La structure des deux Règlements est la même, comme du reste la numérotation de leurs articles⁹. Cependant, les deux textes ne sont pas entièrement identiques, mais consacrent sur plusieurs points des solutions différentes. Les principales disparités concernent la compétence des juridictions dans le cas de dissolution de l'union ainsi que la loi applicable à défaut de choix (cf. les articles 5 et 26).

Une autre différence de taille, dont l'impact reste toutefois à mesurer¹⁰, concerne la détermination du domaine d'application matériel des deux textes: alors que le Règlement partenariats contient, à son article 3, para- 6

n° 30141/04), *Oliari et autres c. Italie* du 21.7.2015 (requêtes n°s 18766/11 et 36030/11) et *Orlandi et autres c. Italie* du 14.12.2017 (requêtes n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12).

⁷ Il s'agit des Etats membres suivants: Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Slovaquie et Suède.

⁸ Notamment le Règlement aliments et le Règlement successions.

⁹ Dans la suite de cette contribution, toute mention d'un article des Règlements doit s'entendre, sauf précision contraire, comme se référant à l'un et à l'autre de ces textes.

¹⁰ Cf. BONOMI, *Fragen*, p. 130-134; DUTTA, p. 149 ss.

graphe 1^{er}, *lit. a*), une définition de «partenariat enregistré», le Règlement régimes ne définit pas le mariage, mais renvoie – pour la définition de cette notion – au «droit national des Etats membres» (considérant 17). Le problème principal qui en résulte est celui de la qualification du mariage entre personnes de même sexe, notamment dans les Etats membres qui ne le permettent pas¹¹. Peut-on déduire du principe européen de libre circulation des personnes l'obligation des Etats membres de reconnaître cette union comme un mariage à part entière, au moins en ce qui concerne ces effets patrimoniaux¹²? Ou pourront-ils se contenter de lui attribuer des effets en l'assimilant à un partenariat enregistré, comme cela se fait actuellement en Suisse et dans plusieurs Etats membres, suivant une démarche qui a pour l'heure l'aval de la Cour européenne des droits de l'homme¹³? Dans le silence des Règlements, la réponse devra venir de la jurisprudence.

- 7 Concernant le champ d'application personnelle, si des pans entiers des Règlements ne concernent que les relations entre les Etats membres de l'UE – tel est le cas des règles sur la litispendance et la connexité (articles 17 et 18) et de celles concernant les effets des décisions, des actes authentiques et des transactions – d'autres ont en revanche une portée plus large. Ainsi, les dispositions relatives à la loi applicable ont un domaine d'application universel, comme l'énonce expressément l'article 20. Il en est de même des dispositions sur la compétence: en effet, celles-ci régissent «de manière exhaustive» la compétence internationale des juridictions des Etats membres (cf. le considérant 40 du Règlement régimes et le considérant 39 du Règlement partenariats), remplaçant donc entièrement les règles de source nationale.
- 8 Dans ces deux domaines les Règlements auront également un impact indirect sur la Suisse et les autres Etats tiers.

¹¹ Outre les Etats mentionnés à la note 6, un certain nombre d'Etats membres ouvrent aux couples homosexuels le partenariat mais pas le mariage (Autriche, Croatie, Estonie, Grèce, Hongrie, Italie, République tchèque et Slovénie).

¹² Dans son récent arrêt *Coman* (CJUE, du 5 juin 2018, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385), la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que la libre circulation oblige tout Etat membre de reconnaître, **aux seules fins de l'obtention d'un titre de séjour**, un mariage valablement contracté entre personnes de même sexe dans un autre Etat membre. L'impact de cette décision sur la reconnaissance des autres effets d'un tel mariage reste à mesurer.

¹³ Cf. l'arrêt *Orlandi et autres c. Italie* (cf. *supra*, note 6).

Il convient enfin de relever qu'aux termes des dispositions transitoires de l'article 69, si les règles de nature procédurale (compétence, reconnaissance, exécution) seront immédiatement applicables aux procédures engagées ainsi qu'aux décisions rendues à compter du 29 janvier 2019, les dispositions sur le droit applicable du chapitre III ne seront applicables, en principe, qu'aux époux et aux partenaires qui auront contracté leur union à partir de cette date. A l'inverse, lorsque le mariage ou le partenariat a été contracté avant le 29 janvier 2019, le droit applicable continuera à dépendre des règles de droit international privé des Etats membres, soient-elles de source interne ou internationale¹⁴. 9

Un tempérament n'est prévu que pour les cas de choix de la loi applicable. En effet, les dispositions pertinentes des Règlements seront également applicables aux époux ou partenaires qui s'étaient mariés ou avaient enregistré leur partenariat avant le 29 janvier 2019 lorsqu'ils désignent la loi applicable à leurs relations patrimoniales après cette date. A l'inverse, un choix de loi antérieure à la date d'applicabilité demeure entièrement soumis aux règles antérieurement en vigueur et ne pourra dès lors pas bénéficier des dispositions éventuellement plus favorables prévues par les Règlements¹⁵. 10

I. Les compétences

1. Remarques liminaires

Dans les deux Règlements, le chapitre II contient les dispositions sur la compétence des juridictions, ainsi que sur la litispendance et la connexité. La structure de ces chapitres correspond à celle d'autres règlements européens, en particulier le Règlement Bruxelles I *bis*¹⁶, le Règlement Bruxelles II *bis* et le Règlement successions. Après plusieurs dispositions 11

¹⁴ Ainsi, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux restera applicable dans les trois Etats l'ayant ratifiée (France, Luxembourg et Pays-Bas).

¹⁵ Cette solution diverge de celle adoptée dans le Règlement successions, dont les règles sur le choix de loi ainsi que celle sur les actes pour cause de mort peuvent également bénéficier aux dispositions prises avant la date d'applicabilité (article 83, paragraphes 2 à 4). Cf. la critique de WAUTELET, p. 222 ss.

¹⁶ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 351 du 20 décembre 2012.

visant à déterminer la compétence des juridictions des Etats membres pour statuer sur les questions de régime matrimonial ou sur les effets patrimoniaux du partenariat enregistré (articles 4 à 13), quelques dispositions sont consacrées à la détermination du moment de la saisine (article 14), ainsi qu'à la vérification de la compétence et de la recevabilité (articles 15 et 16). Les articles 17 et 18 régissent la litispendance et la connexité. Enfin, l'article 19 règle la compétence pour l'octroi de mesures provisionnelles.

- 12 Les dispositions des Règlements ne régissent, pour la plupart, que la compétence internationale (ou «générale») des juridictions des Etats membres; en effet, elles se réfèrent généralement aux juridictions d'un Etat membre, et non au tribunal d'un lieu déterminé¹⁷. Dès lors, le tribunal spécialement compétent sur le plan interne doit être déterminé en application des règles nationales de l'Etat du juge saisi. En outre, les Règlements ne régissent pas la compétence *ratione materiae*, celle-ci étant du ressort du droit de procédure de l'Etat du for (cf. article 2)¹⁸.
- 13 Comme nous l'avons indiqué (cf. *supra*, n° 8), les dispositions relatives à la compétence internationale des juridictions des Etats membres règlent celle-ci de manière exhaustive, sans laisser aucune place aux règles de source interne¹⁹, sauf pour ce qui est des mesures provisionnelles (cf. article 19). Il convient de noter, cependant, que l'article 5 du Règlement régimes règle la compétence en se référant aux dispositions en matière de divorce, séparation de corps et annulation du mariage; du Règlement Bruxelles II *bis*; or, puisque l'article 7 de ce texte renvoie à titre résiduel à des règles nationales de compétence, celles-ci peuvent être indirectement pertinentes pour les demandes relatives au régime matrimonial (cf. *infra*, n° 22).
- 14 Les dispositions du chapitre II déterminent non seulement la compétence des autorités judiciaires, mais aussi celle de toute autre autorité (notaires, autres professionnels du droit, services de l'Etat civil) exerçant des fonctions juridictionnelles en matière de régime matrimonial ou d'effets patrimoniaux du partenariat, que ce soit en vertu de la loi d'un Etat membre ou d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction (cf. article 3, paragraphe 2, et considérant 29). Tel est le cas du notaire à qui la loi interne d'un Etat membre délègue la compétence de procéder, de manière

¹⁷ PERREAU-SAUSSINE, p. 1932; MANKOWSKI, N 3; FRANZINA, p. 162-B.

¹⁸ MANKOWSKI, N 3.

¹⁹ FRANZINA, p. 164.

autonome, à la liquidation du régime matrimonial ou des effets patrimoniaux du partenariat (cf. les considérants 30 et 31)²⁰. En revanche, la compétence d'un notaire n'exerçant pas de fonctions juridictionnelles ne dépend pas du Règlement (comme cela est expressément rappelé aux considérants 30 et 31), mais des règles régissant, dans chaque Etat, la profession notariale. Ces critères sont également déterminants pour l'application des règles sur la litispendance et la connexité.

A l'instar des règles sur les conflits de lois (cf. l'article 21, intitulé «Unité de la loi applicable»), les règles de compétence des Règlements sont l'expression d'une méthode unitaire. En principe, les juridictions compétentes peuvent statuer sur l'ensemble des biens et des questions relatives au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat²¹. Cependant, des exceptions existent; dans certaines hypothèses, la compétence est (ou peut être) limitée à certains biens (cf. les articles 10, 11 et 13) ou à certaines questions (article 19). 15

2. Les principaux chefs de compétence

a. *La compétence accessoire du juge de la succession*

En vertu de l'article 4 des Règlements, lorsqu'une juridiction d'un Etat membre est saisie d'une question relative à la succession d'un époux ou d'un partenaire conformément au Règlement successions, les juridictions de ce même Etat sont également compétentes pour statuer sur les questions relatives au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat. 16

Ce rattachement accessoire ne constitue pas une nouveauté. La même solution est expressément consacrée dans certaines lois nationales de droit international privé, telle la loi suisse²². 17

Le rattachement accessoire de l'article 4 se justifie dans la mesure où l'autorité compétente pour régler la succession doit déterminer les biens faisant partie de la masse successorale, question qui dépend, dans le cas d'un époux ou d'un partenaire, du régime matrimonial ou des effets patrimoniaux du partenariat. Afin d'éviter aux justiciables des retards et des complications inutiles, il est important que l'autorité saisie de la succes- 18

²⁰ FRANZINA, p. 162.

²¹ FRANZINA, p. 163.

²² Cf. l'art. 51 LDIP.

sion puisse également statuer sur les prétentions fondées sur le mariage ou le partenariat.

- 19 Dans ces hypothèses, la règle de compétence accessoire de l'article 4 présente l'indéniable avantage de concentrer auprès des autorités d'un seul Etat membre les questions successorales et celles relatives au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat, en évitant que les juridictions d'Etats membres différents puissent revendiquer des compétences concurrentes²³.
- 20 La concentration des compétences n'est cependant pas garantie de manière absolue par les Règlements. Etant donné que ces textes ne régissent ni la compétence à raison de la matière (cf. article 2), ni la compétence interne à raison du lieu (cf. *supra*, n° 13), il est possible qu'au sein d'un Etat membre, la juridiction compétente pour les questions de régime matrimonial ou les effets du partenariat ne soit pas la même qui est saisie pour statuer sur les questions successorales. En effet, l'article 4 n'attribue pas la compétence à la *juridiction saisie* mais aux *juridictions du même Etat membre*²⁴. Dès lors, une dissociation peut se produire lorsque, au sein d'un Etat membre et selon sa loi, des juridictions distinctes sont compétentes, respectivement, en matière de succession et de régime matrimonial (ou d'effets patrimoniaux du partenariat). Il en va de même lorsqu'en vertu des règles procédurales de l'Etat membre concerné, la compétence interne à raison du lieu appartient à deux juridictions distinctes.
- 21 La compétence accessoire prévue à l'article 4 est soumise à plusieurs conditions. Tout d'abord, il faut qu'une juridiction d'un Etat membre soit bel et bien saisie, en application du Règlement successions, d'une question relative à la succession de l'un des époux.
- 22 La deuxième condition posée à l'article 4 est que la question relative au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat soulevée devant la juridiction saisie soit «en relation» avec l'affaire successorale. A cet effet, il faut bien évidemment que la juridiction soit saisie d'une affaire relevant de la succession de l'époux ou du partenaire décédé. Cela ne paraît, cependant, pas suffisant, car la compétence accessoire ne peut se justifier que si un lien de connexité existe entre la question successorale et celle relevant du régime ou des effets du partenariat. Prenons le cas d'une

²³ Cf. le considérant 32 des Règlements en question; BONOMI, *Interaction*, p. 222; MANKOWSKI, N 2; FRANZINA, p. 163.

²⁴ Cf. les remarques et critiques de MANKOWSKI, N 2 ss. Cf. aussi HEIDERHOFF, p. 9.

juridiction d'un Etat membre saisie d'une demande en annulation d'un testament: la liquidation du régime ou des effets du partenariat n'est pas «en relation» avec celle de la validité du testament. Il en ira autrement si la demande en annulation du testament est déposée conjointement avec une action en partage de la succession.

Bien que cela ne ressorte pas en toute clarté du texte, la juridiction saisie ne pourra exercer la compétence accessoire que si elle est bel et bien compétente pour la question successorale en vertu du Règlement Successions. Cela résulte de l'expression «saisie [...] *en application* du règlement (UE) n° 650/2012» (nous soulignons). En d'autres termes, la compétence accessoire suppose une compétence pour la question principale²⁵. 23

La compétence pour statuer sur la succession peut se fonder sur n'importe quelle disposition du Règlement successions. A cet égard, la compétence accessoire de l'article 4 n'est soumise à aucune restriction. En particulier, contrairement à ce qui est prévu, pour les cas de divorce, à l'article 5 du Règlement régime (cf. *infra*, n° 31 ss), aucune distinction n'est établie entre les différents chefs de compétences prévus par les Règlement successions²⁶. 24

Il convient de rappeler qu'en vertu du Règlement successions, la compétence successorale peut reposer sur plusieurs fondements. Tout d'abord, une compétence générale est attribuée aux juridictions de l'Etat de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès (article 4). En présence d'un choix de la loi applicable à la succession, cette compétence peut être exercée, à certaines conditions, par les autorités de l'Etat national du défunt dont la loi a été choisie pour régir la succession (articles 5 à 9). Enfin, lorsque la résidence habituelle du défunt au moment du décès n'était pas située dans un Etat membre lié par le Règlement successions, les juridictions d'un tel Etat peuvent néanmoins être compétentes, à titre subsidiaire, en vertu des articles 10 ou 11 du Règlement. En vertu du renvoi contenu à l'article 4, toutes ces règles de compétences sont également 25

²⁵ Dans ce sens implicitement FRANZINA, p. 166. L'interprétation contraire de MANKOWSKI, p. 14, pour qui la compétence reste acquise même si les juridictions saisies de l'affaire successorale déclinent leur compétence, est en contradiction avec l'esprit même de la compétence accessoire prévue à l'article 4: si la juridiction saisie n'est pas compétente pour statuer sur la succession, l'objectif de la concentration des procédures au sein d'un même Etat membre ne peut pas se réaliser.

²⁶ Dans le même sens, cf. MANKOWSKI, p. 15; FRANZINA, p. 166 s.

pertinentes pour le régime matrimonial et les effets patrimoniaux du partenariat enregistré.

- 26 Dans les cas prévus à l'article 10 du Règlement successions, l'étendue de la compétence subsidiaire n'est pas toujours la même. Si dans l'hypothèse du paragraphe 2, elle est limitée aux biens situés dans l'Etat de la juridiction saisie, dans celles du paragraphe 1^{er} (à savoir, lorsque le *de cujus* possédait la nationalité de l'Etat du lieu de situation des biens ou avait eu sa résidence habituelle antérieure dans cet Etat dans les cinq ans qui précèdent la saisine de la juridiction) la compétence des juridictions de l'Etat de situation s'étend à «l'ensemble de la succession»²⁷. Compte tenu du caractère accessoire de la compétence, la même distinction doit s'appliquer en ce qui concerne le régime matrimonial et les effets du partenariat.
- 27 En dépit de ces restrictions, la compétence accessoire de la juridiction saisie en vertu de l'article 10 du Règlement successions peut s'avérer, dans bien des cas, clairement excessive²⁸. Déjà critiquable en matière successorale²⁹, la compétence générale prévue à l'article 10, paragraphe 1^{er}, est encore moins légitime pour les relations patrimoniales du couple. En effet, il est difficile de concevoir à quel titre les juridictions de l'Etat du lieu de situation d'une partie des biens successoraux (à noter qu'il peut s'agir de biens propres de l'époux ou partenaire décédé) devraient être compétentes pour statuer sur la liquidation de l'ensemble du régime matrimonial ou des effets patrimoniaux du partenariat y compris pour les biens des époux ou partenaires situés à l'étranger.
- 28 La portée exorbitante de cette règle de compétence est encore plus flagrante dans l'hypothèse, fréquente en pratique, dans laquelle les conjoints ou partenaires, au moment du décès, vivaient ensemble dans un même Etat non membre (par exemple en Suisse). Dans ce cas, les autorités de l'Etat tiers de la dernière résidence habituelle sont généralement compétentes pour statuer, à la fois, sur la succession et sur la liquidation du régime matrimonial ou sur les effets patrimoniaux du partenariat³⁰. Elles sont du reste également les mieux placées pour le faire, pour d'évidentes raisons de proximité et de prévisibilité. Dans cette hypothèse, l'attribution d'une compétence subsidiaire de portée générale aux juridictions de l'Etat

²⁷ BONOMI/WAUTELET, Art. 10 N 14 ss et 19 ss.

²⁸ BONOMI, Interaction, p. 224 sv.

²⁹ BONOMI/WAUTELET, Art. 10 N 10 ss.

³⁰ En Suisse, cette compétence résulte des art. 51, *lit.* a et 86, par. 1^{er} LDIP.

membre du lieu de situation d'une partie des biens est forcément destinée à créer des conflits positifs.

Certes, dans ces cas, la juridiction saisie peut se prévaloir de l'article 13 des Règlements régimes et partenariats. A l'instar de l'article 12 du Règlement successions, cette disposition permet, à la demande d'une des parties, de ne pas statuer sur un ou plusieurs biens situés dans un Etat tiers, si l'on peut s'attendre à ce que la décision ne soit pas reconnue ou, le cas échéant, déclarée exécutoire dans cet Etat. Cette disposition permet à la cour saisie d'aligner la portée de sa décision sur le régime matrimonial ou sur les effets patrimoniaux du partenariat à celle relative à la succession³¹. En même temps, elle a le mérite de limiter la portée exorbitante de la compétence accessoire résultant du renvoi à l'article 10. Cependant, le recours à ce mécanisme est incertain, car il dépend d'une appréciation discrétionnaire de la juridiction saisie.

b. La compétence accessoire du juge de la dissolution du mariage ou du partenariat

En vertu de l'article 5 des Règlements régimes et partenariats, lorsqu'une juridiction d'un Etat membre est saisie d'une demande en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage ou encore d'une demande en dissolution ou annulation d'un partenariat³², les juridictions de ce même Etat peuvent également être compétentes pour statuer sur les questions relatives au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat en relation avec ladite affaire.

S'agissant d'un mariage «traditionnel» entre des conjoints de sexe différents, la compétence pour statuer sur la demande principale relative à la dissolution du mariage ou du partenariat dépend du Règlement Bruxelles II *bis*. Ce texte prévoit un grand nombre de critères de compétence alternatifs (articles 3 à 5); en outre, lorsque ceux-ci ne permettent pas de fonder la compétence d'un Etat membre, il renvoie à titre résiduel aux règles de compétence de l'Etat membre du for (article 7). En revanche, les règles nationales de compétence sont seules déterminantes dans le cas de mariage entre conjoints du même sexe et de partenariat enregistré, car – selon

³¹ FRANZINA, p. 168.

³² Dans la suite de cette contribution, nous ferons uniquement référence au divorce et à la dissolution du partenariat enregistré, qui sont évidemment les cas les plus fréquents.

l'opinion majoritaire – le Règlement Bruxelles II *bis* n'est pas applicable dans ces hypothèses³³.

- 32 A l'instar de l'article 4 des Règlements, l'article 5 a manifestement pour but de permettre une concentration des procédures dans l'Etat dont les juridictions sont saisies d'une demande en dissolution du mariage ou du partenariat³⁴. Les conditions de la compétence accessoire sont également semblables (cf. *supra*, n° 22 ss): il faut, tout d'abord, qu'une juridiction soit bel et bien saisie d'une demande principale en divorce ou dissolution du partenariat. En outre, la question relative au régime matrimonial ou aux effets du partenariat doit être «en relation» avec la demande principale: dans la plupart des cas, elle portera sur la liquidation du régime ou des effets patrimoniaux du partenariat. Enfin, la juridiction saisie ne pourra exercer la compétence accessoire que si elle est bel et bien compétente pour la demande en dissolution du mariage ou du partenariat.
- 33 Cependant, contrairement à ce qui est prévu à l'article 4 en relation avec les procédures successorales, l'introduction d'une demande principale en dissolution du mariage ou du partenariat ne crée pas toujours de manière automatique la compétence accessoire pour statuer sur le régime ou les effets patrimoniaux du partenariat, celle-ci étant subordonnée, dans certains cas, au consentement des conjoints ou partenaires.
- 34 Ainsi, l'article 5, paragraphe 2, du Règlement régimes introduit une importante distinction parmi les critères de compétences prévus par le Règlement Bruxelles II *bis*. Alors que certains de ces critères fondent immédiatement une compétence accessoire pour la liquidation du régime, pour d'autres cet effet ne se produit qu'en vertu de l'accord des époux³⁵.
- 35 Les compétences du Règlement Bruxelles II *bis* qui fondent immédiatement une compétence accessoire sont celles qui reposent sur la dernière résidence habituelle commune des conjoints, sur la dernière résidence habituelle commune à condition que l'un des conjoints y réside au moment de l'introduction de l'action, sur la résidence de l'un des conjoints en cas de requête conjointe, sur la résidence habituelle de l'époux défendeur, sur la nationalité commune des conjoints, ainsi que la compétence

³³ RAUSCHER, Art. 1 Brüssel IIa-VO, N 6 à 8.

³⁴ La même règle s'applique lorsqu'une juridiction est saisie, conformément au Règlement Bruxelles II *bis*, d'une demande en séparation de corps ou en annulation du mariage.

³⁵ Cette distinction ne figurait pas à l'article 4 de la proposition de règlement du 16 mars 2011 (COM(2011) 126 final), aux termes duquel la compétence accessoire de la juridiction saisie du divorce était en tout cas subordonnée à l'accord des époux.

de celle saisie d'une demande reconventionnelle. En revanche, l'accord des époux est exigé lorsque la compétence pour l'action en divorce repose sur la résidence habituelle de l'époux demandeur, lorsqu'il s'agit d'une demande de conversion de la séparation en divorce ainsi que dans le cas de compétence résiduelle fondée sur les règles nationales des Etats membres.

Bien que le Règlement régimes ne donne aucune explication quant au fondement de cette exigence supplémentaire (cf. le considérant 34), les raisons de celle-ci sont bien compréhensibles. En effet, le Règlement Bruxelles II *bis* prévoit un grand nombre de chefs de compétence. Si certaines de ces compétences sont incontestées, d'autres jouissent d'une légitimité moindre et sont la cible de sérieuses critiques³⁶. C'est pourquoi le législateur européen n'a pas voulu offrir la même palette d'options juridictionnelles pour les demandes en matière de régimes et a préféré faire dépendre certaines compétences accessoires de l'accord des parties³⁷. Cette solution reflète clairement la volonté de garantir la proximité et la prévisibilité du for.

La solution prévue à l'article 5 du Règlement partenariats répond au même souci. En effet, en l'absence d'un texte uniforme de droit européen, les compétences pour la dissolution des partenariats enregistrés dépendent toujours des règles nationales, des règles qui peuvent prévoir des compétences très étendues. Dès lors, la compétence accessoire est toujours subordonnée à l'accord des partenaires (article 5 du Règlement partenariats).

Bien que justifiée par le souci de mieux assurer les objectifs de proximité et de prévisibilité du for, l'exigence de l'accord des époux peut avoir pour conséquence que la juridiction compétente pour l'action en divorce ou en dissolution du partenariat ne le soit pas pour les questions patrimoniales. S'il veut éviter un éclatement du contentieux, le demandeur devrait donc, à défaut d'accord de l'autre partie, veiller à ce que sa demande soit déposée devant l'une des juridictions qui bénéficient d'une compétence accessoire de manière automatique³⁸.

³⁶ Cf. BONOMI, La compétence, p. 517 ss.

³⁷ Cf. aussi MANKOWSKI, p. 18, pour qui le consentement des époux vient combler le «*Legitimationsdefizit*» de certains fors prévus en matière de divorce. Selon FRANZINA, l'article 5 «makes a distinction, among the grounds set out in the Brussels II Regulation [...] between 'strong' and 'weak' grounds».

³⁸ FRANZINA, p. 174 s.

c. Les compétences subsidiaires de l'article 6

- 39 A titre subsidiaire, l'article 6 des Règlements régimes et partenariat régit la compétence pour statuer sur le régime matrimonial ou sur les effets patrimoniaux du partenariat, «lorsque aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu des articles 4 ou 5 ou dans le cas autres que ceux prévus à l'article 4 ou 5».
- 40 L'article 6 est applicables, en premier lieu, dans tous les cas qui ne sont pas régis par les articles 4 ou 5, par exemple lorsqu'une demande relative au régime ou aux effets du partenariat est déposée en dehors des cas de décès ou de dissolution du mariage ou du partenariat. Tel est le cas lorsque, dans le cadre d'un régime de communauté ou de participation, un époux ou partenaire demande au juge l'autorisation de disposer, sans le consentement de l'autre, d'un bien commun.
- 41 L'article 6 est également applicable lorsque ~~le cas~~ tombe sous le coup des articles 4 ou 5, mais aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente à l'aune de ces dispositions. L'hypothèse principale se produit lorsqu'une juridiction saisie d'une demande en divorce ou dissolution du partenariat n'est pas compétente, en l'absence d'accord des époux ou partenaires.
- 42 Les critères de compétence de l'article 6 sont semblables à certains critères du Règlement Bruxelles II *bis*, notamment à ceux qui fondent immédiatement une compétence accessoire (dernière résidence habituelle commune des conjoints; la dernière résidence habituelle commune à condition que l'un des conjoints y réside au moment de la saisine de la juridiction; résidence habituelle de l'époux défendeur; nationalité commune des conjoints). Cependant, contrairement au Règlement Bruxelles II *bis*, ces chefs de compétence ne sont pas alternatifs mais *subsidiaires* l'un à l'autre (comme il résulte de l'expression «à défaut»). Par effet de cette hiérarchisation, les juridictions d'un seul Etat sont à chaque fois compétentes à l'exclusion de toute autre compétence concurrente, ce qui permet d'éviter le *forum shopping* et les procédures parallèles.
- 43 Une autre différence par rapport au Règlement Bruxelles II *bis* est que les époux peuvent, aux conditions et dans les limites de l'article 7, convenir d'une élection de for afin de déroger aux compétences de l'article 6, ce que le Règlement Bruxelles II *bis* ne permet pas pour l'action en divorce.
- 44 Dans le cas des partenariats, un critère additionnel est prévu, en vertu duquel la compétence est attribuée, en dernière subsidiarité, aux juridic-

tions de l'Etat «selon le droit duquel le partenariat enregistré a été créé». Ce chef de compétence prend tout son sens en matière de partenariat, dans la mesure où la loi de l'Etat d'enregistrement façonne l'institution de manière souvent déterminante et y est, du reste, applicable, à défaut de choix, en vertu de l'article 26 du même Règlement (cf. *infra*, n° 117).

d. L'élection de for

A l'instar d'autres instruments européens dans le domaine du droit de la famille et des successions, les Règlements régimes et partenariats ne se montrent pas très favorable à l'élection de for. Aux termes de l'article 7, celle-ci n'est possible, en effet, que dans les cas résiduels régis par l'article 6. En revanche, les époux ou partenaires ne peuvent pas déroger aux compétences accessoires des articles 4 et 5. 45

L'élection de for est également sujette à d'autres restrictions. D'une part, elle ne peut viser que les juridictions de l'Etat membre dont la loi est applicable en vertu des dispositions du titre III (à l'exclusion de l'Etat avec lequel les époux ont les liens les plus étroits et de celle rendue applicable par la clause d'exception) ou alors celles du pays de célébration du mariage ou du pays d'enregistrement du partenariat. Comme dans le Règlement successions³⁹, le but principal de l'élection de for est donc d'assurer un parallélisme entre compétence et droit applicable. D'autre part, l'accord des époux ou partenaires est sujet à des conditions formelles ~~assez strictes~~ (article 7, paragraphe 2). 46

e. Les autres règles de compétence

Les Règlements prévoient également d'autres règles de compétences (article 9 à 12). Outre la compétence fondée sur la comparution du défendeur (article 8) et le for de nécessité (article 11), bien connus d'autres textes, il convient de signaler la «compétence de substitution», prévue pour le cas où la juridiction initialement saisie décline la compétence au motif que son droit international privé ne reconnaît pas le mariage concerné ou l'institution du partenariat (article 9) ainsi qu'une compétence subsidiaire des juridictions de l'Etat de situation d'un bien immobilier (article 10). Compte tenu de leur rôle restreint, nous n'allons pas examiner ces règles en détail dans le cadre de cette contribution. 47

³⁹ Cf. BONOMI/WAUTELET, Art. 5 N 5.

3. Comparaison avec le droit international privé suisse

- 48 A l'instar des Règlements, le droit international privé suisse fait également dépendre la compétence pour statuer sur les régimes matrimoniaux des compétences prévues en matière de succession et de divorce (cf. article 51 LDIP). En dépit de cette approche similaire, on peut envisager plusieurs cas dans lesquels les juridictions suisses et européennes seront compétentes de manière concurrente.
- 49 Dans le cas de liquidation après décès, le critère principal de compétence prévu par la LDIP, celui du dernier domicile du défunt, est assez similaire à la dernière résidence habituelle, utilisée dans le Règlement successions, ce qui devrait minimiser les conflits. Un conflit positif pourrait néanmoins se produire lorsque le dernier domicile du défunt était en Suisse et que les juridictions européennes fondent leur compétence sur l'article 10 du Règlement succession.
- 50 Dans les cas de divorce, la compétence des juridictions suisses – fondée sur le domicile de l'un ou de l'autre des époux (article 59 LDIP) – peut facilement entrer en concurrence avec celle des juridictions d'un Etat membre, car celle-ci est définie de manière très large par le Règlement Bruxelles II *bis*. L'accord des époux, exigé dans certains cas par l'article 5, paragraphe 2, du Règlement régimes réduit certes ce risque, mais ne l'exclut pas entièrement.
- 51 Le risque de conflit est plus réduit dans les cas de dissolution du partenariat ainsi que dans les hypothèses régies par la règle de compétence subsidiaire de l'article 6.
- 52 Il convient enfin de noter que les conflits potentiels ne pourront pas être évités par le biais d'une élection de for, car celle-ci – bien qu'admise pour les questions patrimoniales par l'article 5 LDIP – ne sera souvent pas reconnue dans les Etats liés par les Règlements européens. En outre, les situations de litispendance avec les Etats tiers ne sont pas réglées dans ces textes et restent donc soumises aux dispositions nationales.

II. Le droit applicable

1. Remarques liminaires

- 53 Le chapitre III des deux Règlements est consacré à la détermination du droit applicable au régime matrimonial et aux effets patrimoniaux des

partenariats. Après deux dispositions énonçant l'application universelle des dispositions des Règlements (article 20) ainsi que le principe d'unité de la loi applicable (article 21), ce chapitre contient des dispositions sur le choix de la loi applicable (articles 22 à 24) et sur la loi applicable à défaut de choix (article 26). L'article 27 définit avec largesse la portée de la loi applicable; des rattachements spéciaux sont néanmoins prévus pour la validité formelle des conventions matrimoniales et partenariales (article 25), l'opposabilité aux tiers (article 28) ainsi que l'adaptation des droits réels (article 29). Les articles 30 à 32 règlent les lois de police, l'ordre public et le renvoi. Enfin, les articles 33 à 36 contiennent des règles spécifiques pour les systèmes juridiques non-unifiés.

Le principe d'unité, en vertu duquel la loi applicable régit l'ensemble des biens des époux ou des partenaires, quel que soit le lieu où ils se trouvent (article 21) est strictement respecté. Cependant, comme nous l'avons vu, des dérogations peuvent se produire en raison des certaines limitations à la compétence juridictionnelle (cf. *supra*, n° 16). En outre, dans de rares cas de changement de la loi applicable au cours du mariage ou du partenariat, des dérogations au principe d'unité peuvent résulter de l'application non-rétroactive de la nouvelle loi (article 22, paragraphes 2 et 3, article 26, paragraphe 3). 54

Un autre principe important mis en œuvre dans le cadre du chapitre III est celui de l'immutabilité de la loi applicable au régime matrimonial. Ainsi, un changement de la résidence habituelle ou de la nationalité des époux au cours du mariage ne se traduit généralement pas en un changement de la loi applicable. Deux cas doivent toutefois être réservés: celui de choix de la loi applicable au cours du mariage ou du partenariat (article 22, paragraphe 2) et celui d'application de la clause d'exception (articles 26, paragraphe 3 du Règlement régimes et 26, paragraphe 2 du Règlement partenariats). 55

Il convient, enfin, de noter qu'à l'instar de la plupart des règlements européens, mais contrairement au Règlement successions (article 34), le renvoi est exclu sans exceptions (article 32). Dès lors, la loi désignée par les dispositions du chapitre III est toujours la loi interne de l'Etat concerné. 56

2. Le choix de la loi applicable

a. *L'admission et la portée du choix*

- 57 A l'instar de la plupart des systèmes nationaux de droit international privé⁴⁰, les Règlements permettent assez largement le choix de la loi applicable. Ainsi, aux termes de l'article 22 les époux et les partenaires peuvent convenir de désigner ou modifier la loi applicable à leur régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux de leur partenariat.
- 58 Le choix peut être effectué au moment du mariage mais également avant celui-ci: en effet, l'article 22, paragraphe 1^{er}, reconnaît expressément cette faculté aux futurs époux ou partenaires. En outre, le choix de loi peut également intervenir au cours du mariage ou du partenariat; dans ce cas, il n'a en principe d'effet que pour l'avenir, sauf convention contraire des époux (article 22, paragraphe 2). En outre, si ceux-ci s'accordent pour un changement rétroactif de la loi applicable, les droits que les tiers ont acquis en vertu de la loi antérieurement applicable sont en tout cas réservés (article 22, paragraphe 3).
- 59 Le choix de loi n'est pas entièrement libre. Il peut porter soit sur la loi de l'Etat dans lequel au moins l'un des époux ou partenaires a sa résidence habituelle, soit sur celle d'un Etat dont l'un des époux ou partenaire possède la nationalité.
- 60 Le moment déterminant pour établir l'existence de ces liens est celui de la conclusion de la convention d'élection de la loi applicable. Il en résulte que les époux et les partenaires ne peuvent pas choisir, par anticipation, la loi de l'Etat où ils envisagent de fixer leur résidence habituelle après le mariage ou l'enregistrement du partenariat, sauf si l'un d'eux possède la nationalité de cet Etat ou y a déjà établi sa résidence habituelle au moment du choix. L'exclusion de cette option paraît regrettable.
- 61 Dans le cas de partenaires, l'article 22, paragraphe 1^{er}, *lit. c*), du Règlement partenariats prévoit également la possibilité de désigner la loi de l'Etat «selon le droit duquel le partenariat a été créé», autrement dit la loi de l'Etat d'enregistrement. Certes, cette loi est de toute manière applicable à défaut de choix (cf. l'article 26, paragraphe 1^{er}): sa désignation est néanmoins utile si les partenaires souhaitent écarter l'application de la clause d'exception de l'article 26, paragraphe 2.

⁴⁰ BONOMI, *Les régimes*, p. 62 ss.

b. La forme de la convention de choix de loi

Au plan formel, la convention de choix de loi doit être formulée par écrit, datée et signée par les deux époux ou partenaires (article 23, paragraphe 1^{er}). 62

Ces mêmes formalités sont exigées, à l'article 25, pour la validité formelle d'une convention matrimoniale ou partenariale. Cependant, il n'est pas exigé que le choix de loi soit inséré dans une telle convention: il peut faire l'objet d'une convention autonome, portant uniquement sur la désignation de la loi applicable. En l'absence de convention matrimoniale ou partenariale par laquelle les époux ou les partenaires se soumettent à un régime conventionnel, leurs relations patrimoniales seront déterminées par le régime légal établi par la loi qu'ils auront désignée. 63

Les Règlements permettent à l'Etat membre dans lequel les époux ou partenaires ont leur résidence habituelle au moment de la convention de choix de loi, de prescrire des formalités supplémentaires (article 23, paragraphe 2), en exigeant par exemple la forme authentique. Lorsque les époux ou partenaires ont leur résidence habituelle dans deux Etats membres distincts dont les lois prescrivent des formalités différentes, il suffira, pour la validité de la convention, que celle-ci respecte les exigences fixées par la loi de l'un de ces Etats (article 23, paragraphe 3). En revanche, si seul l'un des époux ou partenaires a sa résidence habituelle dans un Etat lié par le Règlement, les formalités prévues par la loi de cet Etat devront en tout cas être respectées (article 23, paragraphe 4). Aucune référence n'est faite, dans le Règlement, aux conditions de forme prévues par la loi d'un Etat tiers. 64

Les Règlements sont également silencieux quant à l'admission d'un choix tacite, résultant de manière concluante des termes d'une convention matrimoniale ou partenariale. Ni l'article 23, ni les considérants n'y font allusion. Si dans la proposition de 2011 il était prévu que le choix devait se faire de manière expresse⁴¹, cette précision a disparu du texte finalement adopté. Contrairement à ce qui a été soutenu par certains commentateurs, il n'est pas certain que l'exigence d'un texte écrit, daté et signé soit incompatible avec le choix tacite: en effet, un tel choix résultera souvent, de manière implicite, d'une disposition «formulée par écrit, datée et signée»⁴². 65

⁴¹ COM(2011) 126 final (art. 19, par. 1^{er}).

⁴² WAUTELET, p. 221; BONOMI, Interaction, p. 230.

66 Ce silence est regrettable. En effet, les conventions matrimoniales sont souvent rédigées par référence à une loi nationale et contiennent fréquemment des indications non équivoques en ce sens. Tel est notamment le cas lorsque les époux optent pour un régime conventionnel prévu par une loi nationale. En dépit de l'absence d'un choix exprès de la loi applicable, il est souvent possible, dans ces hypothèses, de déduire des termes de l'acte la volonté de désigner la loi applicable. Cette possibilité est reconnue à l'article 11 de la Convention de La Haye de 1978 ainsi que dans plusieurs systèmes nationaux de droit international privé: l'art. 53 LDIP la prévoit expressément⁴³. En outre, le choix tacite est également admis dans plusieurs autres instruments européens, tels les règlements Rome I, Rome II et le Règlement successions.

c. Coordination avec la loi applicable à la succession

67 L'admission du choix de la loi applicable au régime et aux effets patrimoniaux des partenariats, conjuguée à la possibilité de choisir la loi applicable à la succession (article 22 du Règlement successions), permettra souvent aux époux et aux partenaires de soumettre à une seule loi l'ensemble des questions patrimoniales se posant après le décès.

68 Toutefois, cette coordination, très souhaitable en pratique, ne sera pas toujours réalisable. En effet, le choix de la loi applicable à la succession n'est permis par le Règlement n° 650/2012 qu'en faveur de la loi nationale; cette restriction limite la possibilité pour les conjoints de se prévaloir de la large palette d'options prévues par les Règlements régimes et partenariat. Ainsi, les époux et partenaires pourront choisir, pour leurs relations patrimoniales, la loi de leur Etat de résidence habituelle mais ils ne pourront pas désigner cette même loi pour leurs successions. En outre, lorsqu'ils n'ont pas une nationalité commune, le choix de la loi nationale de l'un des époux ou partenaires – possible pour les relations patrimoniales – pourra certes s'étendre à la validité d'un pacte successoral ou d'un testament mutuel⁴⁴, mais n'aura pas d'effet pour la succession de l'autre époux ou partenaire⁴⁵.

⁴³ Selon l'article 53, alinéa 1^{er} LDIP, «[l]'élection de droit doit faire l'objet d'une convention écrite ou ressortir d'une façon certaine des dispositions du contrat de mariage [...]». En Allemagne, le choix tacite a été admis par la jurisprudence; BGH 1992, BGHZ 119, 400 and OLG Köln, FamRZ 1996, 1479 f.

⁴⁴ Comme le permet l'art. 25, par. 3 du Règlement successions; cf. BONOMI/WAUTELET, Art. 25 N 36.

⁴⁵ WAUTELET, p. 217; BONOMI/WAUTELET, Art. 1^{er} N 30.

d. Comparaison avec le droit international privé suisse

Le choix de la loi applicable au régime est régi en Suisse par les articles 52 et 53 LDIP. Rappelons que ces dispositions, rédigées pour le régime matrimonial, sont également applicables, par analogie, aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré (article 65a LDIP). 69

Les options ouvertes par les Règlements de 2016 sont similaires à celles prévues à l'article 52, alinéa 2 LDIP. En outre, l'article 65c, alinéa 2 LDIP permet aux partenaires – à l'instar du Règlement partenariat – de désigner la loi de l'Etat d'enregistrement. Dès lors, dans bien des cas, un choix valable selon les Règlements sera également reconnu en Suisse, et vice-versa. Cependant, quelques différences subsistent. 70

Si les deux textes permettent de désigner le droit national de l'un des époux ou des partenaires, les Règlements ouvrent également le choix du droit de la résidence habituelle de l'un d'eux; en revanche, la LDIP se réfère uniquement au droit de l'Etat dans lequel les époux ou les partenaires sont *tous deux* domiciliés. A l'inverse, le droit suisse est plus large en permettant de choisir également le droit du domicile commun après la célébration du mariage (ou, par analogie) l'enregistrement du partenariat. 71

Au plan des effets, l'article 53, alinéa 2 LDIP confère à une élection de droit consentie au cours du mariage ou du partenariat un effet rétroactif, sauf convention contraire des parties, tandis que l'article 22 du Règlement consacre, comme indiqué, la solution inverse. 72

Enfin, l'article 53, alinéa 1^{er} LDIP admet l'élection de droit tacite à condition qu'elle ressorte de façon certaine des dispositions du contrat du mariage, tandis que celle-ci n'est pas mentionnée dans les Règlements. 73

En raison de ces disparités, un choix de loi conforme aux Règlements européens pourrait, dans certains cas, s'avérer nul en Suisse, ou vice versa. 74

3. La loi applicable à défaut de choix

a. Remarques liminaires

Dans les deux Règlement européens, l'article 26 détermine le droit applicable, respectivement, au régime matrimonial ou aux effets patrimoniaux du partenariat, à défaut de convention entre les époux sur le choix de la loi applicable. Cette disposition est centrale dans l'économie de ces textes. 75

- 76 A l'instar des Règlements Rome I et Rome III, et contrairement à d'autres instruments européens⁴⁶, les règles de rattachement objectif suivent ici celles concernant le choix de la loi applicable. En dépit de ce choix législatif, il ne faut pas se leurrer: l'importance pratique des rattachements objectifs est, dans cette matière, largement supérieure à celle du choix de loi par les époux ou partenaires. En effet, dans tous les pays européens, la grande majorité des couples ne conclut pas de convention et vit sous le régime patrimonial prévu par la loi.
- 77 Puisque le rattachement objectif est subsidiaire au choix de la loi applicable, l'article 26 est applicable si et dans la mesure où les époux ou partenaires n'ont pas choisi la loi applicable à leur régime matrimonial ou aux effets de leur partenariat. Il l'est également lorsqu'une convention sur la loi applicable conclue entre les époux ou partenaires s'avère invalide quant au fond ou à la forme.
- 78 On relèvera aussi que, lorsque les époux ou partenaires ont, pour la première fois, effectué un choix de loi valable au cours du mariage, sans pourtant lui attribuer d'effet rétroactif (article 22, paragraphe 2), la loi désignée à l'article 26 demeure applicable pour la période antérieure au choix. Et même si les époux ou partenaires ont voulu conférer à leur choix de loi des effets rétroactifs, la loi désignée par l'article 26 continue à régir les droits acquis par des tiers (article 22, paragraphe 3).
- 79 Les rattachements prévus par le Règlement régimes sont différents de celui prévu par le Règlement partenariats. Nous les traiterons donc séparément. Cependant, la clause d'exception prévue par ces textes est largement similaire.

b. La loi applicable au régime matrimonial

- 80 L'article 26 du Règlement sur les régimes matrimoniaux prévoit trois rattachements «en cascade», dont chacun s'applique à défaut de l'autre. Il s'agit: a) de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ou, à défaut, b) de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage, ou, en dernier ressort, c) de la loi de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, les

⁴⁶ Cf. notamment le Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles «Rome II» (art. 4 ss et 14) et le Règlement successions (art. 21 et 22).

époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage.

Les systèmes de droit international privé de plusieurs Etats (membres et non membres) prévoient de tels rattachements «en cascade», que ce soit pour les effets du mariage en général ou spécifiquement pour les régimes matrimoniaux. Cependant, les critères retenus ainsi que leur ordre varient sensiblement d'un pays à l'autre. Les solutions nationales diffèrent également quant aux solutions prévues en cas de changement de domicile, de résidence habituelle ou de nationalité des époux en cours de mariage. Alors que certains systèmes suivent le principe de l'immutabilité de la loi applicable au régime, d'autres optent pour la mutabilité, avec effet *ex nunc* ou *ex tunc*⁴⁷.

Face à une telle variété de solutions, la tâche du législateur européen n'était pas aisée. Parmi les solutions finalement retenues, certaines sont entièrement convaincantes (telle la primauté de la résidence habituelle par rapport à la nationalité ainsi que l'utilisation subsidiaire du critère des liens les plus étroits) alors que d'autres soulèvent davantage de perplexités (le choix de principe en faveur de l'immutabilité, bien qu'assorti d'une clause d'exception de portée restreinte et d'application peu aisée; l'utilisation de la nationalité commune comme critère subsidiaire).

1° La loi de la première résidence habituelle

Le critère de rattachement principal retenu à l'article 26, paragraphe 1^{er}, *lit. a*), est celui de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage.

Contrairement à l'article 6, *lit. a*), lequel se réfère, pour la compétence, aux juridictions de l'Etat «sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle», l'article 26, paragraphe 1^{er}, *lit. a*) (comme du reste le considérant 49) utilise l'expression «résidence habituelle commune des époux». Faut-il en déduire que seule une résidence habituelle proprement *commune* est pertinente, avec la conséquence que ce critère de rattachement ne serait pas réalisé lorsque les deux époux, tout en ayant leur résidence habituelle dans le même Etat, ne vivent pas ensemble ? En dépit du texte du Règlement, une telle lecture serait dépourvue de toute justification et doit dès lors être écartée: l'application de la loi de la résidence

⁴⁷ BONOMI, Les régimes, p. 44 ss.

habituelle doit s'imposer dans tous les cas où les époux sont établis sur le territoire du même Etat, et ce même s'ils ne vivent pas ensemble⁴⁸.

- 85 La résidence habituelle déterminante aux fins de l'article 26, paragraphe 1^{er}, *lit. a*), est la première résidence habituelle commune «après la célébration du mariage». Autrement dit, si au jour du mariage les époux ont leurs résidences habituelles dans deux Etats distincts, la loi applicable sera celle de l'Etat sur le territoire duquel les époux s'établissent après le mariage. Prise à la lettre, cette formulation n'implique aucune limitation temporelle. Si tel était le cas, la loi applicable au régime devrait être déterminée, au moment du mariage, en application des critères subsidiaires de l'article 26, paragraphe 2 (nationalité commune ou, à défaut, liens les plus étroits), mais elle serait ensuite remplacée par la loi de la première résidence habituelle commune, lorsque ce critère devient pertinent. Il y aurait donc une mutabilité de la loi applicable au régime, en contradiction avec la philosophie générale du Règlement. Il convient donc d'admettre que l'expression «après le mariage» doit être comprise – comme l'indique du reste le considérant 49 – dans le sens de «peu après le mariage». Le cas visé est donc celui d'époux qui vivent dans deux pays distincts, mais qui s'établissent dans le même pays comme conséquence immédiate du mariage.
- 86 La détermination exacte de ce que signifie «peu après» n'est pas possible en abstrait. Parmi les premiers commentateurs, certains proposent de retenir un délai de trois mois après le mariage⁴⁹. Si cela peut donner une indication, il nous semble qu'il faut faire preuve d'une plus grande souplesse, en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier. Les démarches que les époux entreprennent dans le but de fixer leur première résidence conjugale (la recherche d'un logement, d'un travail, d'une école pour les enfants, etc.) revêtent une importance primordiale: ce processus peut prendre quelques mois, pendant lesquels la loi applicable au régime demeurera incertaine. Cependant, cette incertitude doit être acceptée, ce d'autant que la loi applicable au régime, une fois déterminée, ne changera plus par la suite pendant toute la durée du mariage. Compte tenu de ces effets sur le long terme, un flou initial de quelques mois paraît acceptable afin d'éviter d'aboutir à des conclusions hâtives et de rendre applicable une loi qui ne correspond pas aux objectifs de proximité et de prévisibilité. N'oublions que si les époux veulent dissiper l'incertitude, ils peuvent, à tout moment, effectuer un choix de la loi applicable (article 22).

⁴⁸ COESTER-WALTJEN, p. 203.

⁴⁹ COESTER-WALTJEN, p. 203; WEBER, p. 671.

Si une résidence habituelle commune des époux est bel et bien établie «peu après» le mariage, celle-ci détermine la loi applicable au régime matrimonial pour toute la durée du mariage. Tout transfert subséquent de la résidence habituelle de la part des époux (ou de l'un d'eux) à l'étranger reste sans effet sur la loi applicable, sous réserve de la clause échappatoire de l'article 26, paragraphe 3, et d'un éventuel choix de la loi applicable en cours de mariage (article 22, paragraphe 2). 87

L'immutabilité présente sans doute des avantages en termes de prévisibilité et de stabilité de la loi applicable au régime. En termes de proximité, cette solution est, cependant, moins satisfaisante. Si un lien fort existe initialement entre les époux et l'Etat de leur première résidence habituelle, ce lien peu se relâcher lors d'un transfert subséquent de leur résidence habituelle, notamment si celui-ci se produit déjà dans les premières années du mariage. 88

Un autre inconvénient lié à l'immutabilité est la dissociation fréquente qu'elle comporte entre compétence juridictionnelle et loi applicable. En effet, lorsque des questions relatives au régime ou à sa dissolution sont portées devant une juridiction, la compétence de celle-ci se détermine souvent en fonction de la résidence habituelle *actuelle* des époux ou de l'un d'eux, et non pas de leur *première* résidence habituelle: la juridiction saisie devra donc souvent appliquer une loi étrangère, avec tous les inconvénients qui en découlent. 89

Enfin, l'application de la loi de la première résidence habituelle commune aboutit également à une dissociation entre la loi applicable au régime et celle régissant d'autres questions connexes⁵⁰. Ainsi, la succession d'un époux est régie, en principe, par la loi de sa dernière résidence habituelle⁵¹. Le divorce est souvent régi, dans les Etats concernés, par la loi de la résidence habituelle des époux au moment du dépôt de la demande ou, à défaut, par la loi de leur dernière résidence habituelle commune⁵². Quant aux obligations alimentaires après divorce, elles sont régies soit par la loi de la résidence habituelle actuelle de l'époux créancier, soit par celle de la 90

⁵⁰ BONOMI, *Interaction*, p. 228.

⁵¹ Cf. l'art. 21, par. 1^{er} du Règlement successions.

⁵² Cf. l'art. 8 du Règlement Rome III. Cet instrument est applicable dans plusieurs Etats membres qui sont également liés par le Règlement régimes.

dernière résidence habituelle des époux⁵³. Dans tous ces cas, la loi applicable au régime selon le Règlement peut être différente de celle régissant ces questions connexes.

2° La loi nationale commune

- 91 A défaut de résidence habituelle commune établie «peu après» la célébration du mariage, la loi applicable au régime matrimonial sera, en principe, celle de l'Etat de la nationalité commune des époux.
- 92 Le moment déterminant pour établir l'existence d'une nationalité commune est celui de la célébration du mariage. Contrairement à ce qui est prévu pour la résidence habituelle, l'acquisition d'une nationalité commune «peu après» la célébration du mariage n'a pas d'impact sur la loi applicable. De même, toute modification successive de la nationalité de l'un ou de l'autre des conjoints demeure sans effet sur la loi applicable.
- 93 Le principal défaut de la nationalité commune est son possible défaut d'effectivité et donc de proximité. Le Règlement ne prévoit malheureusement aucun mécanisme permettant d'écarter la nationalité commune lorsque celle-ci conduit à l'application de la loi d'un Etat avec lequel les époux n'ont que peu de liens.
- 94 Il faut aussi considérer que, si les époux n'établissent pas de résidence habituelle dans le même Etat dans les mois qui suivent le mariage, la loi nationale commune régira, pour toujours, leur régime matrimonial. En effet, une résidence habituelle commune établie par la suite n'aura plus aucun impact sur la loi applicable au régime, quelle que soit sa durée. En effet, la clause échappatoire de l'article 26, paragraphe 3 (cf. *infra*, n° 101 ss) ne peut pas être invoquée lorsque le régime matrimonial est régi par la loi de la nationalité commune des époux.
- 95 Aux termes de l'article 26, paragraphe 2, le critère de rattachement de la nationalité commune est inapplicable lorsque les époux ont *plus d'une nationalité commune* au moment de la célébration du mariage. Cette solution vise à éviter les complications qui peuvent surgir lorsque les époux ont plusieurs nationalités en commun. En revanche, le rattachement à la nationalité demeure pertinent lorsque l'un des époux ou les deux possè-

⁵³ Cf. les art. 3 et 5 du Protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, un texte qui est applicable dans tous les Etats liés par le Règlement régimes.

dent – en plus de la nationalité commune – une ou plusieurs autres nationalités *non communes*.

3° Les liens les plus étroits

Lorsque le critère de la résidence habituelle commune et celui de la nationalité commune ne peuvent pas être utilisés, la loi applicable au régime est celle de l'Etat avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances (article 26, paragraphe 1^{er}, *lit. c*). 96

Afin que ce critère puisse s'appliquer, il faut, en premier lieu, que les époux n'aient pas de résidence habituelle commune au moment du mariage et qu'ils n'en établissent pas une «peu après» le mariage (cf. *supra*, n° 86). Deuxièmement, il faut que les époux n'aient pas, au jour du mariage, de nationalité en commun ou qu'ils en possèdent plusieurs (cf. *supra*, n° 96). 97

Le moment déterminant pour établir l'existence des liens les plus étroits est celui de la célébration du mariage. Dès lors, les liens établis par les époux avec un Etat après le mariage sont dépourvus de toute pertinence, sous réserve de la clause d'exception de l'article 26, paragraphe 3. Bien qu'inspirée du principe d'immutabilité, cette solution paraît peu cohérente avec l'idée de proximité sous-jacente à la notion de liens les plus étroits. 98

Le Règlement précise qu'il doit s'agir des liens les plus étroits que les époux ont «ensemble» avec un Etat déterminé. Par ce terme, le Règlement entend manifestement éviter que les liens individuels que l'un des conjoints possède avec un Etat – même s'ils sont très étroits – puissent être retenus pour déterminer la loi applicable au régime, en l'absence de liens entre cet Etat et l'autre conjoint. 99

4° La clause d'exception

Aux termes de l'article 26, paragraphe 3, la juridiction compétente pour statuer sur une question relative au régime matrimonial peut décider, à titre exceptionnel et à la demande de l'un des époux, de déroger au critère de rattachement de la résidence habituelle commune et de soumettre le régime matrimonial à la loi de la dernière résidence habituelle commune des époux. 100

Cette clause d'exception est le fruit d'un compromis entre les partisans de l'immutabilité et de la mutabilité de la loi applicable. Si le Règlement 101

repose, dans son ensemble, sur le principe d'immutabilité, la clause d'exception devrait permettre de pallier certains de ses inconvénients. Elle vise notamment à tenir compte des effets d'un changement de la résidence habituelle des époux en cours de mariage dans la mesure où celui-ci témoigne d'un «déplacement du centre de gravité» de leurs relations patrimoniales⁵⁴. En même temps, la prise en compte de cette modification est assortie de conditions très restrictives, afin d'éviter les effets «dévastateurs»⁵⁵ du changement automatique de la loi applicable tel que prévu par la Convention de La Haye de 1978. Malheureusement, le résultat de ce compromis n'est pas très heureux⁵⁶, la clause d'exception étant, à la fois, trop incertaine et trop restrictive.

102 Comme il ressort de son texte, la clause d'exception permet uniquement d'écarter le rattachement à la première résidence habituelle commune des époux au sens de l'article 26, paragraphe 1^{er}, *lit.* a). En revanche, elle ne peut pas s'appliquer lorsque – à défaut d'une résidence habituelle commune établie au moment ou peu après le mariage – le régime est régi, en vertu de l'article 26, paragraphe 1^{er}, *lit.* b) ou c), par la loi de la nationalité commune des époux au moment du mariage ou par celle de l'Etat avec lequel les époux ont les liens les plus étroits au moment du mariage. Cette limitation est très regrettable⁵⁷. En effet, puisque le but de la clause d'exception est d'assurer, dans des cas particuliers, la proximité et la prévisibilité de la loi applicable, elle devrait également pouvoir s'appliquer lorsque les critères subsidiaires désignent une loi qui ne répond pas à ces objectifs.

103 Il est également regrettable que la clause d'exception ne puisse conduire qu'à l'application de la loi de la *dernière* résidence habituelle⁵⁸. En effet, il peut arriver que les époux aient vécu la partie la plus importante de leur vie dans un Etat qui n'est ni celui de leur première, ni celui de leur dernière résidence habituelle commune, et qu'ils se soient fondés sur cette loi pour organiser ou planifier leurs relations patrimoniales. Or la loi de cet Etat ne sera pas pertinente puisqu'il ne s'agit pas de l'Etat de la dernière résidence habituelle des époux.



104

⁵⁴ PERREAU-SAUSSINE, p. 1120.

⁵⁵ GODECHOT-PATRIS, p. 31.

⁵⁶ Selon HEIDERHOFF, p. 6, la clause est «*missglückt*»; COESTER-WALTJEN, p. 208 sv.

⁵⁷ HEIDERHOFF, p. 6 (avec d'autres exemples).

⁵⁸ COESTER-WALTJEN, p. 207.

La clause d'exception est sujette à plusieurs conditions, dont la première est la demande de l'un des époux. Il s'agit d'une condition peu usuelle pour les clauses d'exception, dont l'application est soumise, le plus souvent, à une décision pouvant être prise d'office par le juge⁵⁹. Qui plus est, l'époux qui fait la demande doit «démontrer» l'existence des autres conditions requises à l'article 26, paragraphe 3, *lit.* a) et b). Or ces conditions (durée significativement plus longue de la dernière résidence habituelle par rapport à la première, expectatives des époux) comportent une marge d'appréciation de la part du juge et ne peuvent donc pas faire l'objet du fardeau de la preuve au sens technique.

La clause d'exception ne peut être appliquée que si la dernière résidence habituelle commune des époux a duré pendant une période «significativement plus longue» que leur première résidence habituelle commune. Comme dans d'autres cas, le Règlement utilise ici une expression vague, suggérant une certaine flexibilité. On peut se demander si la durée absolue de la résidence habituelle dans les deux pays ainsi que la durée du mariage jouent un rôle dans cette appréciation. 105

L'époux qui invoque la clause d'exception doit également démontrer que les époux «s'étaient fondés» sur la loi de leur dernière résidence habituelle «pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux» (article 26, paragraphe 3, *lit.* b). Le but de cette condition est d'éviter l'effet de surprise se produisant lors d'un changement automatique de la loi applicable, tel que prévu par la Convention de La Haye de 1978. 106

Cette condition est sans doute remplie lorsque les époux ont conclu une convention matrimoniale en se fondant sur la loi de leur résidence habituelle actuelle, sans pour autant déclarer leur volonté de choisir cette loi comme applicable au régime. 107

A défaut de convention matrimoniale, on pourra également démontrer que les époux ont organisé ou planifié leurs rapports patrimoniaux en se fondant sur la loi de leur dernière résidence habituelle commune. Tel est, par exemple, le cas lorsque les époux, sans organiser leur régime, ont néanmoins planifié leurs successions, en partant clairement de l'idée que la loi de leur dernière résidence habituelle était applicable à leur régime matrimonial. On peut se demander si l'article 26, paragraphe 3, permet également de prendre en considération le comportement des époux, notamment 108

⁵⁹ Pour un autre exemple, cf. l'art. 5 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

leurs décisions concernant la répartition des rôles au sein du couple. Celles-ci sont souvent prises en tenant compte de règles applicables au régime matrimonial. Tel est le cas lorsque, dans un ménage ayant suffisamment de moyens financiers, l'un des époux renonce à exercer une activité lucrative pour se consacrer à l'organisation familiale sachant qu'en cas de difficultés (séparation, divorce, décès) il/elle aura droit à une part des acquêts du couple (ou à une créance de participation sur le bénéfice réalisé).

La clause d'exception est inapplicable lorsque les époux ont conclu une convention matrimoniale avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune. Cette règle vise à respecter les attentes des parties et à éviter que leur convention matrimoniale ne soit en tout ou en partie invalidée suite au changement de la loi applicable⁶⁰.

109 Lorsque la juridiction saisie estime que les conditions légales sont réunies (ce qui implique déjà souvent une appréciation de sa part), elle peut appliquer la clause d'exception, mais elle n'est pas obligée de le faire. Comme il est propre des clauses d'exception, celle de l'article 26, paragraphe 3, laisse en effet au juge une marge d'appréciation.

110 Il convient, enfin, de souligner qu'à l'instar des clauses échappatoires prévues dans d'autres règlements européens, celle-ci n'est applicable qu'«à titre exceptionnel». Les juridictions des Etats liés par le Règlement ne sont donc pas encouragées à s'en servir, mais plutôt invitées à faire preuve de retenue.

111 En cas d'application de la clause d'exception, la loi de la dernière résidence habituelle commune s'applique, en principe, de manière rétroactive, à partir de la date de la célébration du mariage (mutabilité *ex tunc*), en conformité au principe d'unité de la loi applicable au régime, énoncé à l'art. 21. La rétroactivité facilite la liquidation du régime, car une seule loi s'appliquera à l'ensemble des biens des époux dès la célébration du mariage jusqu'à la dissolution du régime.

112 Cependant, l'un des époux peut s'opposer à la rétroactivité. Dans ce cas, la clause d'exception aboutira à une mutabilité non rétroactive (*ex nunc*) du régime matrimonial. Cette solution est critiquable, dans la mesure où elle déroge au principe d'unité de la loi applicable au régime (article 21) et

⁶⁰ Des considérations semblables ont conduit le législateur suisse à écarter la mutabilité lorsque les époux, au moment d'un changement de domicile, «sont liés par un contrat de mariage» (art. 55 al. 2 LDIP *in fine*).

complique considérablement la liquidation de celui-ci. En effet, la mutabilité *ex nunc* va de pair avec l'application du système dit «des wagons», par effet duquel le régime applicable en vertu de la loi de la première résidence habituelle doit être liquidé au jour de la modification de la loi applicable, le résultat de cette liquidation étant ensuite soumis au nouveau régime.

Dans tous les cas, l'application de la clause d'exception ne peut porter atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu de l'article 26, paragraphe 1^{er}, *lit. a*). ⁺¹³

Etant donné que la clause d'exception ne devient applicable qu'*a posteriori*, par décision du juge, les époux, au moment où ils s'établissent dans un Etat, ne peuvent pas savoir si la loi de cet Etat s'appliquera à leur régime. Cette incertitude est intrinsèquement liée au mécanisme choisi, qui ne repose pas sur un changement automatique de la loi applicable mais sur l'application de la clause d'exception. En dépit des critiques souvent adressées à la mutabilité automatique du régime, on peut douter que le système adopté par le Règlement soit réellement préférable à cet égard. ⁺¹⁴

c. La loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat

Des règles en partie différentes sont prévues pour la détermination de la loi applicable aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré. En lieu et place des rattachements «en cascade» prévu pour les régimes matrimoniaux, l'article 26, paragraphe 1^{er} du Règlement partenariats prévoit, tout simplement, l'application de la loi de l'Etat selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé – autrement dit, la loi de l'Etat d'enregistrement. ⁺¹⁵

Ce rattachement est également déterminant dans le droit international privé de plusieurs pays européens ayant légiféré en matière de partenariat⁶¹. Son principal avantage est d'assurer une cohérence entre le type de partenariat qui a été constitué conformément à la loi de l'Etat d'enregistrement, d'une part, et les effets patrimoniaux qui lui sont attribués dans les Etats liés par le Règlement, de l'autre. Ainsi, un PACS français, qui ne donne pas lieu à un véritable régime patrimonial, ne se verra pas attribuer, dans les autres Etats, des effets allant au-delà de ceux qui sont prévus dans l'Etat où il a été créé. De même, un «*strong partnership*» constitué dans un autre Etat ne risque pas d'être amputé à l'étranger d'une partie de ses effets patrimoniaux. ⁺¹⁶

⁶¹ La loi de l'Etat d'enregistrement est applicable, entre autres, en Allemagne, Belgique, France et Italie.

117. Cependant, ce rattachement comporte également les inconvénients qui sont liés à son immutabilité (cf. *supra*, n° 89 ss). Afin de les tempérer, une clause d'exception correspondante à celle prévue en matière de régime matrimonial est également prévue dans le cas de partenariat (article 26, paragraphe 2). A l'instar de son homologue «matrimonial», cette clause d'exception ne peut aboutir qu'à l'application de la loi de la dernière résidence habituelle commune des partenaires. Les conditions pour son application sont également les mêmes (la demande d'un partenaire, une période de résidence habituelle de durée significative, le respect des attentes des partenaires).

d. Comparaison avec le droit suisse

118. Les solutions consacrées par les Règlements pour la détermination de la loi applicable en l'absence de choix sont très différentes de celles de la LDIP.

119. Certes, l'article 54 LDIP prévoit, lui aussi, des rattachements «en cascade», en donnant la priorité au domicile des époux par rapport à leur nationalité. Cependant, cette disposition se focalise sur le domicile commun des époux au moment de la saisine de la juridiction ou, à défaut, sur leur dernier domicile commun (article 54, alinéa 1^{er} LDIP). Ce choix est réaffirmé à l'article 55 LDIP, lequel consacre – pour le cas de changement de domicile des époux – le principe de mutabilité rétroactive de la loi applicable au régime, tout en prévoyant quelques tempéraments⁶². Dans ce contexte, la nationalité commune des époux ne devient pertinente, comme critère subsidiaire, que lorsque les époux «n'ont jamais été domiciliés dans le même Etat» (article 54, alinéa 2). Enfin, à défaut de domicile et de nationalité commune, l'article 54, alinéa 3 LDIP prévoit – par une règle de droit international privé matériel – l'application du régime suisse de la séparation des biens.

120. Ces mêmes règles s'appliquent, par analogie, aux partenaires enregistrés (article 65a LDIP). A l'instar des époux, leurs relations patrimoniales sont

⁶² Aux termes de l'art. 55 LDIP, les époux peuvent opter pour une mutabilité *ex nunc* ou pour l'immutabilité. En outre, comme déjà mentionné, la loi applicable ne change pas lorsque – au moment du transfert de leur domicile – ils étaient liés par un contrat de mariage.

donc souvent régies par le droit de leur domicile commun (ou de leur dernier domicile commun), quel que soit l'Etat de l'enregistrement⁶³.

Ces approches très différentes conduiront souvent à des conflits. Ainsi, lorsqu'un couple d'époux ou partenaires vient s'établir en Suisse, le droit suisse de leur nouveau domicile devient applicable à leurs relations patrimoniales du point de vue de la LDIP, tandis que dans les Etats liés par le Règlement, celles-ci resteront soumises à la loi de leur première résidence habituelle ou à celle de l'Etat d'enregistrement du partenariat. A l'inverse, en cas de déménagement de la Suisse vers un Etat lié par le Règlement, le droit de cet Etat deviendra applicable du point de vue suisse, tandis que le droit suisse restera déterminant dans la perspective européenne. Seules la volonté commune des époux ou, si les conditions en sont réunies, l'application de la clause d'exception permettront, dans de tels cas, de parvenir à des solutions harmonieuses. +21

Conclusion

Les Règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés seront bientôt applicables dans dix-sept Etats membres de l'UE. L'uniformisation des règles de droit international privé régissant ces matières – bien que limitée à un nombre restreint d'Etats européens – constitue sans doute un progrès y compris dans la perspective suisse. +22

Particulièrement appréciable est l'admission à large échelle de l'autonomie des époux et des partenaires, bien que le régime de l'élection de droit soit, à certains égards, différent de celui mis en place par la LDIP. +23

Cependant, les dispositions consacrées à la loi applicable à défaut de choix présentent plusieurs inconvénients. En particulier, le principe d'immutabilité et la clause d'exception sont, à la fois, critiquables et très éloignés des règles applicables en Suisse. En outre, les compétences étendues conférées aux juridictions des Etats membres de l'UE aboutiront souvent à des conflits positifs avec les Etats tiers. +24

Il est difficile à ce stade d'envisager des mécanismes de coordination. Non seulement la voie d'une convention bilatérale paraît fermée, mais une adaptation spontanée des dispositions de la LDIP – telle qu'elle est actuel- +25

⁶³ Certes, des adaptations s'imposent dans certains cas, notamment lorsque le droit applicable ne connaît pas de dispositions applicables au partenariat enregistré (art. 65a, al. 2 LDIP).

lement à juste titre poursuivie dans le domaine successoral⁶⁴ – ne paraît pas très attractive compte tenu des faiblesses de ces nouveaux textes européens.

¹²⁶ En l'état, une planification avisée des relations patrimoniales du couple s'avère donc indispensable pour éviter les mauvaises surprises. Malheureusement, elle reste pour l'heure l'apanage d'un nombre limité de personnes bien conseillées et attentives aux aléas des situations transfrontières.

⁶⁴ Sur le projet de révision du chap. 6 LDIP, cf. BONOMI, *Die geplante Revision*, p. 159 ss; ROMANO, p. 213 ss.

Bibliographie

- I. BARRIERE BROUSSE, Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *JDI (Clunet) 2017*, doct. 6, p. 485 ss.
- A. BONOMI, Die geplante Revision des schweizerischen Internationalen Erbrechts: Erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten und Koordination mit der Europäischen Erbrechtsverordnung, *SRIEL 2018* 159 ss (cité: BONOMI, Die geplante Revision);
- La compétence internationale en matière de divorce – Quelques suggestions pour une (improbable) révision du règlement Bruxelles II bis, *RCDIP 2017* 511 ss (cité: BONOMI, La compétence);
 - Fragen des allgemeinen Teils: Qualifikation, Vorfrage, Renvoi und ordre public, in A. Dutta/J. Weber (éd.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen*, München 2017, p. 123 ss (cité: BONOMI, Fragen);
 - The Interaction among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions, *YPIL 2011*, p. 217 ss (cité: BONOMI, Interaction);
 - Les régimes matrimoniaux en droit international privé, in A. Bonomi/M. Steiner (éd.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Genève 2006, p. 35 ss (cité: BONOMI, Les régimes).
- A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions*, 2^{ème} éd. Bruxelles 2015.
- D. COESTER-WALTJEN, Connecting Factor to Determine The Law Applicable to Matrimonial Property Regimes, *YPIL 2018*, p. 195 ss.
- A. DEVERS, La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *JCP N n°16*, 20 avril 2018, p. 1168.
- A. DUTTA, Beyond Husband and Wife – New Couple Regimes and The European Matrimonial Property Regulations, *YPIL 2018*, p. 145 ss.
- V. EGEEA, Droit international privé européen: vers des coopérations renforcées en matière de patrimoine des couples, *Revue juridique personnes et famille 5/2016* 25 ss.
- C. FARGE/ R. CRÔNE, Les règlements du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux: Le changement dans la continuité..., *JCP N n°16*, 20 avril 2018, p. 1169.
- E. FONGARO, Le choix de la loi applicable au régime matrimonial, *JCP N n°16*, 20 avril 2018, p. 1166.

- P. FRANZINA, Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law, YPIL 2018, p. 159 ss.
- E. GALLANT, Les règles de compétence judiciaire des règlements 'régimes matrimoniaux' et 'régimes partenariaux', JCP N n°16, 20 avril 2018, p. 1165.
- S. GODECHOT-PATRIS, Le nouveau règlement européen en matière de régimes matrimoniaux: quoi de neuf?, Revue juridique personnes et famille 2016 30 ss.
- B. HEIDERHOFF, Die EU-Güterrechtsverordnungen, IPRax 2018 1 ss.
- N. JOUBERT, La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale, Revue critique de droit international privé, 2017, p. 1 ss.
- P. MANKOWSKI, Internationale Zuständigkeit nach EuGüVo und EuPartVo, in A. Dutta/J. Weber (éd.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen*, München, 2017, p. 11 ss.
- C. NOURISSAT et M. REVILLARD, Les Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, Rép. Defrénois 2016 n° 12494, p. 878 ss.
- L. PERREAU-SAUSSINE, Le nouveau Règlement européen régimes matrimoniaux, JCP Ed. G. 2016/42, doct. 1116.
- H. PEROZ, Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux, JCP Ed. Not. 2016/29, doct. 1241.
- G. P. ROMANO, Successions internationales et (sémi-)loi fédérale sur le droit international privé: quelques défis, SRIEL 2018 183 ss.
- T. RAUSCHER, *EuZPR-EuIPR, Kommentar*, T. IV, 4^{ème} éd., Cologne 2015.
- F. VISMARA, Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi, RDIPP 2017, p. 356.
- P. WAUTELET, What's wrong with Article 22? The unsolved mysteries of choice of law for matrimonial property, YPIL 2018, p. 213 ss.
- J. WEBER, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen: Eine erste Annäherung, DNotZ 2016 659 ss.