

Autonomie de la volonté et relations patrimoniales de couple : entre ombre et lumière

Patrick Wautelet *

I. Remarques introductives

Les régimes matrimoniaux sont le berceau de l'autonomie de la volonté en droit international privé. Depuis la fameuse consultation de Charles du Moulin dans l'affaire du don mutuel des époux *de Ganay*¹, amplifiée plus tard dans d'autres écrits de ce jurisconsulte², l'autonomie de la volonté a, malgré certaines résistances, progressivement acquis droit de cité dans les relations patrimoniales de couple. L'autonomie de la volonté s'est au départ imposée dans la jurisprudence grâce à la ruse initiale du choix tacite déduit du comportement des époux. Même si ces développements ont au départ été limité à la tradition française et ne concernaient que les relations patrimoniales, terrain « atypique » du droit familial³, la transformation progressive du droit international privé qui est intervenue à l'occasion du mouvement de codification dans les Etats nations a permis de donner un visage plus affirmé à l'autonomie de la volonté, qui a trouvé sa place en abandonnant le travestissement initial⁴.

La consécration progressive de l'autonomie de volonté des époux trouve un point d'aboutissement provisoire avec l'adoption des deux règlements européens relatifs aux relations patrimoniales de couples⁵. Depuis le 29 janvier 2019, dix-huit Etats membres partagent en effet les mêmes règles de conflit de lois. Ces règles, d'apparence classique, puisent largement dans l'acquis du droit international privé. Les règlements portent en effet la marque tant de la Convention de La Haye de 1978 que de certaines codifications nationales. A côté de ces influences importantes, les règlements s'inscrivent dans la puissante tradition européenne, en reprenant à leur compte un certain nombre de dispositions et de mécanisme propres au droit international privé européen⁶.

* Professeur à la Faculté de droit, de science politique et de criminologie de l'Université de Liège, membre de l'UR Cité.

¹ Cf. B. ANCEL et H. MUIR WATT, « Annotations sur la consultation 53 de Du Moulin traduite en français », in *Le monde du droit. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, P. COURBE et al. (éds.), Economica, 2007, pp. 1-19.

² Sur la pensée de du Moulin, cons. B. ANCEL, *Eléments d'histoire du droit international privé*, Ed. Panthéon-Assas, 2017, pp. 211-215.

³ Selon l'expression de P. KINSCH, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit national et en droit européen », in *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, H. FULCHIRON et al. (éds.) Bruylant, 2017, p. 14, n° 2.

⁴ Cons. par ex. art. 3122 Code civil Québec ; § 15 EGBGB ; art. 52, par. 1 Loi suisse de 1987.

⁵ Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *J.O.*, 8 juillet 2016, L-183/1 et Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *J.O.*, 8 juillet 2016, L-183/30.

⁶ Le thème de l'eupéanisation du droit international privé ne cesse d'intriguer. Après les premières études consacrées aux différents instrument adoptés par l'EU depuis 1997, une nouvelle génération de chercheurs s'interroge sur ce qui fait la particularité du droit international privé européen : cons. J. VON HEIN, E.-M. KIENINGER

Dans les pages qui suivent, il est proposé d'attirer l'attention sur les avancées de l'autonomie de la volonté (I), tout en évoquant également la part d'ombre (II). Cette contribution s'inscrit dans une littérature récente qui réserve une place de choix à l'autonomie de la volonté⁷.

II. La lumière – les avancées de l'autonomie de la volonté

L'article 22 des règlements prévoit que les relations patrimoniales entre membres d'un couple sont régies par la loi choisies par les époux ou partenaires. Les deux règlements donnent une place importante à l'autonomie de la volonté : alors que le règlement succession fait précéder la consécration du choix de loi (art. 22) d'une « règle générale » de nature objective (art. 21), les deux règlements relèguent la règle objective au deuxième rang. Sans doute ne faut-il pas prêter trop d'attention à cette hiérarchie purement formelle. Elle témoigne néanmoins de la place prise par l'autonomie de la volonté dans le droit positif et singulièrement dans les instruments européens⁸. L'on peut dire aujourd'hui que l'autonomie de volonté forme avec la résidence habituelle les deux piliers du droit européen des conflits de lois.

Telle qu'elle est consacrée par les règlements, l'autonomie de la volonté reçoit une portée large : elle bénéficie tant aux futurs époux et partenaires qu'aux époux et partenaires. Ceux-ci peuvent d'ailleurs choisir de donner à leur choix une portée rétroactive. Trois dimensions positives de la consécration de l'autonomie de la volonté méritent un éclairage spécifique.

1. Un rayonnement étendu

L'autonomie de la volonté a de longue date acquis droit de cité dans le droit international privé des régimes matrimoniaux. Dans son cours professé à l'Académie de La Haye en 1974, M. Droz relevait déjà qu'un grand nombre d'Etat acceptaient, dans une mesure plus ou moins large, de reconnaître aux époux la possibilité de choisir la loi applicable à leurs relations patrimoniales⁹. La vague de codification nationale a permis de confirmer la faveur dont jouit

et G. RÜHL, *How European is European Private International Law?*, Intersentia, 2019, 376 p. et F. M. WILKE, *A conceptual analysis of European Private International Law*, Intersentia, 2019, 416 p.

⁷ Voy. surtout CH. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *Rec. cours*, vol. 359, 2013, pp. XXX.

⁸ Cf. H.-P. MANSEL, "Party autonomy, legal doctrine on choice of law, and the general section of the European conflict of laws", in S. LEIBLE (ed.), *General principles of European private international law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, pp. 131-169; G. RÜHL, "Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht", in D. BAETGE, J. VON HEIN et M. VON HINDEN (éds.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 187-209 et D. HENRICH, "Zur Privatautonomie im europäisierten internationalen Familienrecht", in A.-L. VERBEKE, J.M. SCHERPE, C. DECLERCK, T. HELMS et P. SENAËVE (éds.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law: Liber Amicorum Walter Pintens*, vol. 1, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 701-713.

⁹ G. A. L. DROZ, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé », *Rec. cours*, 1974-III, vol. 143, pp. 44-48, n° 55-60.

l'autonomie de volonté dans cette matière : les lois allemande¹⁰, suisse ¹¹ et italienne par exemple ont toutes permis aux (futurs) époux de choisir la loi applicable à leurs relations patrimoniales.

La reconnaissance aux époux d'une autonomie de la volonté n'était toutefois pas unanime. Certains Etats rejetaient toute forme d'autonomie de la volonté. Ainsi, le droit grec ne permettait-il pas aux époux de choisir librement la loi applicable à leurs relations patrimoniales¹². Dans d'autres Etats, l'autonomie reconnue aux époux était dérivée : elle n'existait que pour autant que la loi objectivement applicable aux relations patrimoniales entre époux leur permette d'effectuer un choix de loi¹³. Dans certains Etats enfin, l'étendue de l'autonomie de la volonté est débattue. Ainsi, en Espagne le Code civil reconnaissait expressément une autonomie matérielle aux époux. Si un consensus se faisait parmi les commentateurs pour considérer que les dispositions légales permettent aussi aux époux d'exercer une autonomie conflictuelle, les contours de celle-ci demeuraient incertains¹⁴.

En outre, lorsque les époux bénéficiaient d'une possibilité de choix, les modalités et surtout l'ampleur du choix reconnu aux parties différaient. La Convention de La Haye de 1978 permettait aux (futurs) époux de choisir la loi de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'un d'eux. Cette palette de choix était largement accueillie en droit comparé.

La Convention permettait néanmoins d'autres possibilités, inconnues du droit commun d'autres Etats. Il en va ainsi de la possibilité de désigner la loi « du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage ». Cette

¹⁰ En Allemagne, le § 15(2) l'EGBGB permettait, depuis sa révision par la loi du 25 juillet 1986 (*Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrecht*, BGBl, 1986, I, 1142), le choix de loi par les époux.

¹¹ Art. 52 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (disposition inchangée depuis 1987).

¹² E. MOUSTAIRA, "Study on Matrimonial Property Regimes and the Property of Unmarried Couples in Private International Law and Internal Law - National Report : Greece", *Etude Consortium Asser-UCL – JAI/A3/2001/03*, 2003, p. 22.

¹³ C'est le cas notamment de la Bulgarie (Art. 79(4) du Code bulgare de droit international civil de mai 2005), de la Slovénie (Art 39(2) de la loi Slovène n° 56/99 sur le droit international privé et la procédure, adoptée en 1999) et de la Croatie (Art. 37 de la loi croate adoptée en 1991 pour régir les conflits de lois).

¹⁴ Art. 9 par. 2 et par. 3 Codice civil. Cons. C. PLANELLS DEL POZO et M. CHECA MARTINEZ, « Espagne », in *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, 3^{ème} éd, 2007, Bruylant, p. 1069, n° 18. Le droit international privé belge qui a précédé la codification de 2004 se caractérisait également par un flou certain sur le principe même de l'autonomie de la volonté. En l'absence de disposition légale ou de jurisprudence décisive sur ce point, deux tendances coexistaient en doctrine, qui accordaient une portée différente à la clause de choix de loi figurant dans un contrat de mariage. Se fondant sur le rattachement entre le régime matrimonial et le mariage, une doctrine importante concluait à l'unité de la règle de rattachement, applicable aussi bien au régime légal qu'au régime conventionnel. Selon ces commentateurs, il fallait en déduire que le régime matrimonial conventionnel demeurerait soumis au même rattachement que le régime légal applicable à défaut de convention (en ce sens, L. BARNICH, « Belgique », in M. VERWILGHEN (réd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, Bruylant, 2003, pp. 773-774, n° 47). D'autres auteurs, et non des moindres, adoptaient une approche plus favorable à l'autonomie de la volonté, en considérant que le contrat de mariage méritait d'être respecté. MM. Rigaux et Fallon expliquaient pour leur part que les futurs conjoints dont la situation présente quelque élément étranger « peuvent non seulement faire des conventions matrimoniales, mais aussi choisir l'ordre juridique qui déterminera la validité et la portée de leur contrat » (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, T. II, 1993, Larcier, 636-637, n° 1433).

possibilité présentait des avantages¹⁵. Elle était néanmoins inconnue du droit international privé de certains Etats¹⁶.

Il en allait surtout ainsi de la possibilité, reconnue par l'article 3, al. 4 de la Convention, de « désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation. » Cette possibilité d'un choix partiel était certes accueillie par certains droits, dont le droit international privé allemand (§ 15(2) EGBGB), mais répudiée par une majorité de législateurs nationaux.

L'un des premiers mérites des règlements européens est dès lors d'imposer un cadre commun aux Etats membres liés. On ne peut sous-estimer la plus-value d'une telle uniformité. Les notaires en particulier peuvent se réjouir de bénéficier d'un tel instrument. Voilà un notaire français ou espagnol, consulté par des ressortissants locaux. Il peut les rassurer en prévoyant le sort qui sera réservé à la clause de choix de loi en cas de déménagement vers un autre Etat membre. L'existence d'un cadre commun constitue une source importante de simplification et de prévisibilité.

Certes, les termes mêmes de l'article 22 laissent subsister quelques zones d'ombre (*infra*). Celles-ci doivent néanmoins être relativisées par rapport à l'avantage substantiel que procure l'uniformité.

Reste le sort des Etats non liés par les règlements. Pour certains de ces Etats, aucune difficulté ne se pose puisqu'ils ont eux-mêmes permis aux époux de sélectionner la loi applicable. C'est le cas de la Suisse notamment¹⁷. La seule question qui se pose dans cette hypothèse est celle des conséquences éventuelles d'une discordance dans la panoplie de choix offerte aux époux par les Etats en présence. Si l'on constate en effet que le droit d'un Etat tiers est plus restrictif que le règlement, parce qu'il n'accepte par exemple pas le choix pour la loi de la résidence habituelle d'un des époux, quelles conséquences faut-il en tirer ? Il revient au droit de cet Etat de se prononcer sur la validité du choix. Il n'est pas exclu que le choix de loi soit reconnu malgré son caractère exorbitant aux yeux du for. Si ce dernier décide de ne pas valider le choix de loi, il demeure encore possible de sauvegarder la convention matrimoniale en tant que telle, en faisant abstraction du choix de loi.

Une question similaire se pose lorsque l'on s'interroge dans un des Etats membres liés par les règlements sur le sort à réserver à un choix de loi effectué dans un Etat tiers, qui ne respecterait pas les limites imposées par l'article 22. Soit deux ressortissants français installés en Chine qui ont effectué un choix en faveur de la loi suisse, au motif que leurs principaux avoirs sont situés dans ce pays. Un tel choix semble valable au regard du droit chinois, qui

¹⁵ Comme l'explique. G.A.L. DROZ, « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux (Entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux) », *Rev. crit. DIP*, 1992, 631, n° 22.

¹⁶ Cette possibilité ne figurait par exemple pas au § 15(2) de l'EGBGB.

¹⁷ Art. 52 de la loi fédérale sur le droit international privé de 1987.

permet aux époux de choisir la loi du lieu de situation des biens les plus importants¹⁸. Il n'est assurément pas valable au regard des limites posées par l'article 22. Il s'impose dès lors de considérer qu'une telle clause est nulle et non avenue.

2. L'autonomie au service des partenariats

Le sort réservé aux partenaires constitue assurément un second point positif. Certes, l'on peut regretter que les institutions européennes aient cru bon de séparer les partenariats des mariages et de réserver un règlement particulier aux deux formes d'union¹⁹. Ce n'est pas tant que l'existence de deux règlements distincts conduira à des difficultés de qualification. Seules certaines situations exceptionnelles pourraient donner lieu à une hésitation entre les deux textes. Le regret tient au fait que l'existence de deux règlements va à l'encontre de l'esprit du droit international privé, qui aborde les institutions de droit interne dans un esprit fonctionnel. Or, à considérer le mariage et le partenariat non pas sous l'angle du droit matériel, mais d'un point de vue fonctionnel, il y a certainement plus qui les rassemble que ce qui les sépare²⁰. La séparation entre les deux formes d'union relève au vrai plus d'une volonté politique, fondée sur un postulat de distinction entre les deux formes d'union, que d'une nécessité absolue. L'approche suisse montre d'ailleurs qu'il aurait été possible d'aligner le régime des partenariats sur celui du mariage, en prévoyant le cas échéant quelques règles spécifiques²¹. Sans doute la complexité de négociations réunissant plusieurs dizaines d'Etat explique-t-elle le refus de sauter le pas et d'abandonner, pour le droit international privé, la distinction, aujourd'hui largement dépassée, entre partenariat et mariage.

Si l'on met de côté les regrets qu'entraîne l'existence d'une réglementation distincte, la situation des partenaires mérite assurément l'approbation. Comme pour les époux, l'article

¹⁸ Article 24 de la '*Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations*' (adoptée le 28 octobre 2010), telle que reproduite in *Chinese Journal of Comparative Law*, 2013/1, pp. 185-193 (traduction par Song Lu).

¹⁹ On notera que l'existence de deux règlements distincts n'a pas empêché les autorités européennes de considérer, tout au long de la procédure d'adoption, que les deux textes formaient un ensemble indissociable, ce qui avait pour effet d'empêcher un Etat membre d'accepter l'un en rejetant l'autre. La Commission a maintenu le jumelage entre les deux textes même lorsqu'il est apparu que seule une adoption dans le cadre de la coopération renforcée était possible. Certains Etats membres ont regretté le jumelage, cf. la déclaration de la Pologne à propos de l'article 2 du projet de décision du Conseil qui établissait un lien contraignant entre les deux règlements : Déclaration de la Pologne, Document du Conseil, 8311/1/16 REV 1 ADD 1 JUSTCIV 82 du 11 mai 2016.

²⁰ La Commission justifiait dans sa proposition de 2011 l'existence de deux textes « En raison des particularités propres au partenariat enregistré et au mariage, et des différentes conséquences juridiques qu'entraînent ces formes d'union » - Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM(2011) 127 final, p. 3.

²¹ L'article 65a de la loi fédérale suisse sur le droit international privé introduite, prévoit que les dispositions de la loi relatives au mariage « s'appliquent par analogie au partenariat enregistré », sous deux réserves. Les deux dispositions dérogatoires (art. 65b et 65c) s'expliquent par le souci de ménager une solution lorsque le partenariat enregistré n'est pas reconnu par le droit étranger.

22 du règlement 2016/1104 met en avant le principe de l'autonomie de la volonté. Cette consécration constitue une conquête importante.

Le droit international privé des Etats membres n'incitait en effet guère à l'optimisme. Dans la plupart des Etats, les relations patrimoniales des partenaires étaient laissées à l'abandon, du moins sous l'angle du droit international privé. Peu d'Etats avaient adopté des règles précises, le sort des relations patrimoniales étant en règle confondu dans un grand ensemble avec les autres conséquences du partenariat. L'article 515-7-1 du Code civil français témoigne de cette approche globale, qui soumettait à un rattachement unique tant les conditions de formation que les effets du partenariat²².

Parmi les Etats qui avaient adopté des règles spécifiques, le rattachement objectif prévalait, sans permettre un choix de loi par les partenaires. Le § 17b de l'EGBGB, tel qu'adopté en 2001²³, prévoyait par exemple que les conséquences patrimoniales du partenariat enregistré étaient soumises à la loi de l'Etat d'enregistrement²⁴. Seul quelques droits permettaient aux partenaires de choisir la loi applicable²⁵. C'était le cas du droit néerlandais,²⁶ du droit autrichien²⁷ ainsi que du droit suisse²⁸.

Dans ce contexte, il était peut surprenant que le texte proposé par la Commission en 2011 ne prévoyait pas de possibilité de choix de loi pour les partenaires²⁹. La seule justification proposée était le droit comparé, la Commission notant que les Etats membres prévoient un « recours généralisé à la loi de l'Etat de son enregistrement, et n'envisagent pas la possibilité pour les partenaires de choisir une autre loi que celle de l'Etat d'enregistrement, même s'il leur est reconnu la possibilité de conclure des conventions entre eux. »³⁰. La proposition préférait l'application de la loi de l'Etat d'enregistrement du partenariat, motif pris de la

²² La même disposition visait également les « causes et les effets » de la dissolution du partenariat enregistré.

²³ Cf. la *'Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft'* du 16 février 2001 (BGBl. 2001, I, p. 266), dont le § 25 avait introduit une disposition de droit international privé au sein de l'EGBGB.

²⁴ Cette disposition a été modifiée à l'occasion de l'entrée en vigueur des deux règlements. La version actuelle du § 17a fait référence aux « effets du partenariat qui ne sont pas visés par le Règlement 2016/1104 ».

²⁵ Le droit international privé allemand prévoyait une forme indirecte de choix de loi, qui s'offrait aux partenaires dont le partenariat avait été enregistré dans plusieurs Etats différents. Selon le § 17b, par 3 de l'EGBGB, les conséquences du partenariat sont en effet soumises à la loi de l'Etat du dernier enregistrement en cas d'enregistrements multiples. Cf. P. MANKOWSKI, Art. 17b EGBGB, in *Staundiger BGB – Internationales Eherecht*, 2011, n° 77.

²⁶ A l'origine, la question était réglée par l'article 6 par. 1 de la loi du 6 juillet 2004 sur les conflits de lois en matière de partenariats (*'Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap'*), qui prévoyait que « *Op het vermogensregime van een in Nederland of buiten Nederland aangegaan geregistreerd partnerschap is van toepassing het recht dat de partners vóór het geregistreerd partnerschap hebben aangewezen* ». Lors de la codification du droit international privé néerlandais, cette disposition a été transférée au Livre 10 (art. 70-1 du Livre 10 du Code civil néerlandais).

²⁷ Art. 27c de la loi autrichienne du 15 juin 1978.

²⁸ Art. 65c, al. 2 de la loi fédérale sur le droit international privé, qui permet aux partenaires de se prévaloir des possibilités de choix offertes aux époux par l'article 52, al. 2, tout en ajoutant une possibilité de choix additionnelle, à savoir un choix en faveur du droit de l'Etat dans lequel le partenariat a été enregistré.

²⁹ Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, COM(2011) 127 final.

³⁰ Proposition du 16 mars 2011 de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2011) 126 final, p. 8

« diversité existant entre les législations nationales des États membres prévoyant le partenariat enregistré »³¹.

L'absence de possibilité pour les partenaires de choisir la loi applicable à leurs relations patrimoniales a été abondamment critiquée³². Les critiques étaient à titre principal fondées sur l'absence de justification robuste de la différence de traitement introduite par la Commission entre les différentes formes de conjugalité. Pour objectiver quelque peu le débat, le Président du Parlement européen a sollicité l'avis de l'Agence européenne des droits fondamentaux sur le point pour savoir si l'absence d'autonomie de la volonté constituait une violation du principe d'égalité.

L'analyse produite par l'Agence européenne³³ ne laisse subsister aucun doute : selon l'agence, le partenariat enregistré et le mariage présentent suffisamment de similitudes qu'il n'est pas permis, sauf justification solide, de traiter ces deux institutions de façon différente. Or l'analyse très fine des justifications avancées par la Commission pour justifier l'existence de deux règles distinctes n'a pas convaincu l'Agence européenne. Selon l'Agence, ces justifications sont impuissantes à légitimer l'absence d'autonomie de la volonté pour les partenaires. Il est intéressant de noter qu'aux yeux de l'Agence, l'absence d'autonomie de la volonté reconnue aux partenariats pourrait constituer une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, dans la mesure où la grande majorité des partenariats concerne des couples de personnes de même sexe.

Face à cette analyse sans équivoque, les autorités européennes ont réagi rapidement. Dans un texte amendé, la présidence chypriote a proposé en octobre 2012 « de réfléchir à nouveau à la question de savoir si les partenaires devraient, au même titre que les époux, avoir la possibilité de choisir la loi applicable »³⁴. Le texte présenté en juin 2013 par les présidences irlandaise et lituanienne avait déjà franchi le pas et comprenait une nouvelle disposition permettant expressément aux partenaires de sélectionner la loi applicable à leurs relations patrimoniales³⁵. En substance, cette disposition n'a plus été modifiée lors des étapes ultérieures³⁶.

³¹ Idem.

³² P. ex. H. PEROZ, "Vers une réglementation européenne des régimes matrimoniaux et des effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", in *La justice civile européenne en marche*, M. DOUCHY-OU DOT et E. GUINCHARD (éds.), Dalloz, 2012, pp. 265-277, pp. 274-276 – un choix « regrettable » et « critiquable » et M. BUSCHBAUM et U. SIMON, "Die Vorschläge der EU-Kommission zur Harmonisierung des Güterkollisionsrecht für Ehen und eingetragene Partnerschaften – eine erste kritische Analyse", *GPR*, 2011, 262-267, p. 266.

³³ Avis de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, Avis 1/2012 du 31 mai 2012.

³⁴ Conseil de l'Union européenne, Doc. 15724/12, JUSTCIV 320, 31 octobre 2012, page 16, note 1.

³⁵ Conseil de l'Union européenne, Doc. 11701/13, JUSTCIV 155, 28 juin 2013.

³⁶ On la retrouve notamment dans la proposition de compromis rédigée par la présidence italienne en novembre 2014 : Conseil de l'Union européenne, Doc. 15276/14, JUSTCIV 282, 10 novembre 2014 ainsi que dans la Proposition faite par la Commission dans le cadre de la procédure de coopération renforcée en mars 2016 : Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (COM (2016) 107 final du 2 mars 2016).

Au total, l'article 22 du Règlement 2016/1104 ouvre le choix de loi aux (futurs) partenaires dans la même mesure que celle offerte par l'article 22 du Règlement 2016/1103 aux époux. Une possibilité de choix additionnelle est même prévue, puisque les partenaires peuvent choisir de soumettre leurs relations à la loi de l'Etat « selon le droit duquel le partenariat enregistré a été créé ». Cette possibilité fait écho à une limitation particulière qui figure dans le chapeau de l'article 22 : celui-ci prévoit en effet que le choix par les (futurs) partenaires ne peut se porter que sur une loi qui « attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré ». Cette réserve a pour objectif d'éviter que les partenaires ne choisissent un droit qui refuserait de considérer qu'un partenariat peut produire des effets sur la situation patrimoniale des partenaires. Les deux mesures vont dans le même sens : il s'agit de faire en sorte qu'un choix de loi puisse sortir ses effets.

3. Les plurinationaux face à l'autonomie de la volonté

Un dernier point positif est à mettre à l'acquis des règlements européens : il concerne la situation, de plus en plus fréquente, d'époux qui possèdent plusieurs nationalités. L'on sait en effet qu'un nombre sans cesse plus élevé d'Etats abandonne les résistances à la plurinationalité³⁷, en supprimant, ou au moins en nuançant³⁸, l'exigence traditionnelle de renonciation à la nationalité existante en cas d'acquisition volontaire de leur nationalité³⁹.

Puisque l'article 22 permet aux époux et aux partenaires de choisir de se soumettre à la loi de la nationalité de l'un d'eux, on peut légitimement se demander comment penser le choix de loi lorsqu'un des époux ou partenaires possède plusieurs nationalités⁴⁰.

La solution retenue par les règlements n'est pas visible à la première lecture. Il faut en effet consulter le préambule pour apercevoir l'étendue donnée. Le considérant 50 donne des précisions sur le sort des plurinationaux. Selon ce considérant, il appartient aux Etats membres de déterminer comment appréhender la situation d'une personne qui possède plusieurs nationalités lorsque la nationalité constitue un facteur de rattachement. Les Etats membres doivent néanmoins tenir compte des principes généraux de l'Union. Et en tout état de cause,

³⁷ Voy. notamment les observations de M. VINK, A. H. SCHAKEL, D. REICHEL, N. CHUN LUK et G.-R. DE GROOT, « The international diffusion of expatriate dual citizenship », *Migration Studies*, 2019, vol 7/3, 362-383.

³⁸ Comme l'a fait l'Allemagne, le § 12(2) de la *Staatsangehörigkeitsgesetz* prévoit en effet qu'il est fait exception à l'obligation pour un étranger qui veut devenir allemand, de renoncer à sa nationalité d'origine lorsqu'il s'agit d'une personne qui est un citoyen européen ou suisse (modification adoptée en 2007, cf. la *EU-Richtlinienumsetzungsgesetz* du 28 août 2007, *BGBI. I*, p. 1970 et les commentaires de F. STURM, « Die versteckte Novelle des Staatsangehörigkeitsgesetzes », *Das Standesamt*, 2008, pp. 129-139).

³⁹ Cf. les observations de P. SPIRO, *At Home in Two Countries. The Past and Future of Dual Citizenship*, spéc. pp. 56-72.

⁴⁰ La question a également été soulevée dans certains Etats membres dont le droit international privé permet le choix de loi matrimonial. En droit international privé allemand, la question de la possibilité d'effectuer un choix pour une nationalité qui n'est pas la plus effective semble controversée. *Comp.* D. HENRICH, « Artikel 15 EGBGB », in Johannsen/Henrich, *Familienrecht. Scheidung, Unterhalt, Verfahren*, 6ème éd., 2015, Beck, p. 1117, n° 10 (un choix pour la nationalité la moins effective ne peut être pris en considération) et D. MARTINY, « Artikel 15 EGBGB », in *Fachanwaltskommentar Familienrecht*, G. WEINREICH et M. KLEIN, 5ème éd., 2013, p. 2261, n° 14 (un choix est admissible même s'il porte sur la nationalité la moins effective).

cette « question ne devrait pas influencer la validité du choix de la loi applicable effectué » conformément au règlement.

La solution, qui a été introduite relativement tardivement dans le texte⁴¹, n'est pas un modèle de clarté. D'une part, on peut regretter qu'elle ne figure pas dans le corps du texte, comme c'est le cas pour le règlement successions. On se consolera en se souvenant que la Cour de justice a pris l'occasion d'évoquer fréquemment les considérants des Préambules⁴², ce qui confirme leur statut quasi-législatif. L'étude de la jurisprudence de la Cour donne à penser qu'il n'y a pas une différence de nature entre les dispositions et le préambule et que celui-ci possède un poids au moins aussi important que les conclusions des avocats-généraux.

D'autre part, la formule retenue peut paraître ambiguë : plutôt que poser de manière directe que les époux peuvent opter indifféremment pour l'une des nationalités en présence, le considérant évoque la « validité » du choix de loi⁴³. Le message est néanmoins clair : le choix peut se porter sur l'une des nationalités possédées par l'un des (futurs) époux ou partenaires, sans avoir égard à l'ampleur ou la fermeté des liens que cette personne entretient avec l'Etat dont elle est ressortissante. Toute considération liée à l'effectivité d'une nationalité, voire à la primauté qui pourrait être réservée à la nationalité locale, est exclue.

On peut certes se demander si un choix pour une nationalité est opportun lorsqu'elle est purement de papier. Les nationalités d'investissement constituent un phénomène en essor. Ces nationalités de complaisance, comparables à des pavillons que battent certains navires enregistrés dans des Etats dont la législation attire les armateurs en raison principalement de leur climat fiscal, n'ont rien d'effectif⁴⁴.

Il aurait néanmoins été fort délicat d'envisager au niveau européen des règles précises permettant de faire le tri entre le bon grain et l'ivraie. L'on sait la difficulté qui entoure la détermination de la nationalité la plus effective. Malgré l'ancienneté des concepts, il semble que la recherche de la nationalité la plus effective ne puisse se réduire à une simple opération mathématique. Elle laissera dans la plupart des cas une certaine marge d'appréciation à celui

⁴¹ Cette précision ne figurait pas dans le texte de compromis soumis aux Etats membres en 2014 par la présidence italienne : Conseil de l'Union européenne, Doc. 15275/14 JUSTCIV 281 (régimes matrimoniaux) du 10 novembre 2014. Le texte proposé dans ce Règlement prévoyait un considérant (à l'époque il s'agissait du considérant 24*quater*) consacré aux conflits de nationalité. Ce considérant ne réservait pas la validité des clauses de choix de loi. On trouve une première mention de la réserve particulière en faveur des clauses d'élection de droit dans un document présenté en novembre 2015 par la présidence luxembourgeoise : Conseil de l'Union européenne, Doc. 14651/15 JUSTCIV 276 du 26 novembre 2015.

⁴² Cf. par exemple à propos du Règlement successions, les paragraphes 34, 35, 37 et 41 de l'arrêt *Manhkopf* (CJUE, 1^{er} mars 2018, *Doris Margret Lisette Mahnkopf, en présence de Sven Manhkopf*, aff. C-558/16), les paragraphes 44, 48, 49, 53 et 56 de l'arrêt *Kubicka*, (CJUE, 12 octobre 2017, *Aleksandra Kubicka*, aff. C-218/16).

⁴³ La neutralisation des règles de conflit de nationalités est plus claire dans la codification suisse : l'article 52, al. 2 in fine de la loi sur le droit international privé prévoit en effet que l'article 23, al., « n'est pas applicable ». Cette dernière disposition prévoit justement un principe de solution lorsque la question du droit applicable se pose à l'égard d'une personne qui possède plusieurs nationalités.

⁴⁴ Même si la possibilité d'acheter une nationalité est défendue par certains, cons. D. KOCHENOV, "Citizenship for Real: Its Hypocrisy, Its Randomness, Its Price", in *Debating Transformations of National Citizenship*, R. BAUBÖCK (éd.), Springer, 2018, pp. 51-56. Selon M. Kochenov, "To insist that citizenship is not for sale is to ensure the perpetuation of the outright randomness of its conferral as well as hypocritical and self-righteous excuses lurking behind fundamental mechanisms of exclusions" (p. 51).

qui porte le jugement⁴⁵. Or le besoin de sécurité juridique se fait sentir de manière aigüe lorsque les parties souhaitent effectuer un choix de loi. Il est essentiel qu'elles puissent obtenir la garantie la plus forte possible que leur choix pourra sortir ses effets. S'il était nécessaire de nuancer cette garantie au gré des appréciations liées à l'effectivité d'une nationalité, ceci nuirait aux attentes légitimes des parties.

Au total, l'autonomie de la volonté sort renforcée de la longue période de gestation des deux règlements et ce malgré les nombreux rebondissements et péripéties qui ont émaillé le processus d'adoption des deux textes. Les époux et partenaires disposent d'une base solide qui leur permet de choisir la loi qu'ils estiment être la plus adéquate, sans craindre une remise en question dans les autres Etats membres liés par les textes. La neutralisation des conflits de nationalité ajoute un surcroît de sécurité juridique à l'ensemble.

Tout n'est pas rose pour autant. La consécration de l'autonomie de volonté laisse subsister des zones d'ombre qu'il convient maintenant d'aborder.

III. Les zones d'ombre

Les règlements représentent une avancée considérable qui facilite la mission des praticiens et singulièrement des notaires. Ces avancées ne doivent pas cacher l'existence de quelques zones d'ombre. Entendons-nous bien : l'objet de la section qui suit n'est pas de tirer à bout portant sur l'entreprise d'unification en soulignant ses défauts. Certes, ces défauts existent et diminuent l'attrait de l'édifice européen. Pour bien mesurer la plus-value des instruments européens, il faut toutefois se souvenir que la réglementation nationale des questions de droit international privé souffre aussi d'imperfections. L'évaluation du droit international privé uniforme nécessite dès lors d'adopter une perspective globale qui prend en compte les vertus et les défauts tant des efforts isolés des législateurs nationaux que du résultat de leur tentative d'entente. Plus modestement, les paragraphes qui suivent entendent attirer l'attention sur certaines sources de préoccupation face aux textes européens.

L'adoption des deux règlements a suscité une littérature déjà abondante. Celle-ci a permis d'identifier certaines imperfections des textes. Certaines paraissent plus pertinentes que d'autres. Ainsi, la question de savoir si des époux peuvent, lors d'un changement de loi, opter pour le régime qui leur convient le mieux parmi les régimes proposés par la loi choisie ou s'ils sont condamnés au régime légal de la loi nouvellement choisie, nous semble sans objet. L'on sait que cette question avait défrayé la chronique en France à l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1978⁴⁶. Le législateur français était intervenu pour clarifier la

⁴⁵ Sur les critères à mettre en œuvre, spécialement dans le cadre de l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930, cf. M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *Rec. cours*, 1999, vol. 277, pp. 417-427.

⁴⁶ Selon Mme Revillard, il s'agit d'une « difficulté majeure d'interprétation » : M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9^{ème} éd., Defrénois, 2018, p. 296, n° 507.

situation et imposer la solution la plus favorable à l'autonomie des époux⁴⁷. La question n'a pas lieu d'être lorsque le choix de loi est effectué conformément aux articles 22 des règlements. Ces dispositions ouvrent en effet la possibilité pour les époux ou partenaires de se soumettre à une loi donnée. Dès lors qu'un tel choix est effectué, les époux ou partenaires disposent de l'ensemble des possibilités de choix qu'offre la loi choisie. On ne peut donc voir dans le silence du législateur européen sur cette question une quelconque lacune ou zone d'ombre⁴⁸.

D'autres imperfections ont été relevées, qui sont malheureusement quasiment inhérentes à l'œuvre législative. On a ainsi pu noter que certaines règles liées à l'exercice par les époux ou partenaires de leur autonomie de la volonté manquaient de précision. C'est ainsi que le mécanisme visant à protéger les tiers en cas de choix de loi avec portée rétroactive (art. 22 (3)) laisse certaines questions ouvertes, dont celle de la nature des « droits » des tiers visés à l'article 22(3)⁴⁹.

Certains regrets exprimés à propos des solutions adoptées par le législateur européen sont enfin induits par la perspective adoptée par le commentateur. Ceci vaut particulièrement lorsque l'on évoque le caractère prétendument trop restrictif de la possibilité de choix laissée aux époux. Les règlements ne permettent en effet pas aux époux de se soumettre à la loi de l'Etat où ils s'installeront après le mariage. Ceci contraste avec la plus grande générosité dont font preuve tant la Convention de La Haye que certaines codifications nationales⁵⁰. On ne peut toutefois oublier que d'autres codifications nationales n'autorisent qu'un choix restreint, qui n'est pas plus large que celui toléré par l'article 22⁵¹. Il s'agit donc moins d'un défaut rédhibitoire affectant les textes européens que d'une question de perspective : si l'on prend d'autres points de comparaison⁵², celle-ci tourne à l'avantage des règlements. On peut faire le même commentaire à propos de la possibilité offerte par certains droits aux époux de se soumettre à la loi du lieu de situation d'un immeuble ou, comme le permet la loi chinoise, de choisir la loi du lieu de situation des biens les plus importants⁵³.

⁴⁷ Cf. la loi n° 97-987 du 28 octobre 1997 modifiant le Code civil pour l'adapter aux stipulations de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, qui a modifié l'article 1397 du Code civil. L'article 1397-3, al. 3 C. civ. précise depuis lors que, « [à] l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux ».

⁴⁸ *Comp.* H. PEREZ, « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N* 2016/29, pp. 34-35.

⁴⁹ Sur cette question, L. RADEMACHER, « Changing the Past : Retroactive Choice of Law and the Protection of Third Parties in the European Regulations on Patrimonial Consequences of Marriages and Registered Partnerships », *Cuadernos Der. Transnacional*, 2018, pp. 7-18, p. 17-18, n° 29-31.

⁵⁰ L'article 52, al. 2 de la loi Suisse permet par exemple aux futurs époux de choisir la loi de l'Etat dans lequel ils « seront domiciliés après la célébration du mariage [...] ». Cf. aussi l'article 49 du Code belge de droit international privé.

⁵¹ Cf. l'article 26(2) de la loi japonaise qui ne permet le choix qu'en faveur du droit de la nationalité ou de la résidence habituelle d'un des époux (loi n° 78 du 21 juin 2006, reproduite in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007, p. 921).

⁵² Comme par exemple le droit international privé béninois, qui ne permet le choix de loi qu'en faveur de la seule loi nationale d'un des époux (art. 987, al. 4 du Code des personnes et de la famille du 6 juillet 2002).

⁵³ Article 24 de la 'Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations' précitée.

Si l'on examine plus en profondeur les contours et la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté telle qu'elle est encadrée par les règlements 2016/1103 et 2016/1104, l'on aperçoit plusieurs zones d'ombre qui contribuent à diminuer l'attrait de l'autonomie de la volonté.

1. La coordination avec la *professio iuris*

Des liens importants existent entre la réglementation des relations patrimoniales au sein des couples et l'appréhension par le droit des conséquences du décès de l'un des époux. L'ouverture d'une succession constitue l'un des éléments déclencheurs de la liquidation du régime matrimonial. Ces liens se traduisent par l'existence de mécanismes qui empruntent aux deux disciplines et suscitent depuis toujours d'importantes difficultés de qualification. La véritable saga qui a entouré l'appréhension du mécanisme de péréquation forfaitaire prévu en droit allemand en cas de décès d'un époux marié sous le régime légal a démontré la difficulté de séparer liquidation du régime matrimonial et succession⁵⁴.

Ces liens jouent également un rôle important lorsque les époux organisent leurs relations patrimoniales : en règle, ils auront soin d'adopter des dispositions qui visent tant la dissolution en cas de divorce que la dissolution à cause de mort. Les droits nationaux offrent des ressources diverses qui permettent aux époux d'aménager les modalités de la liquidation du régime matrimonial en tenant compte du sort qui sera réservé au conjoint survivant. Dans la tradition française, les avantages matrimoniaux constituent un instrument privilégié pour réaliser cette ambition.

Le législateur européen était bien conscient de l'importance des relations entre les relations patrimoniales et les successions. Il a dès lors tenu compte, lors de la rédaction des règlements visant les couples, de l'important acquis que constitue le règlement succession⁵⁵. Ceci se traduit d'abord et avant tout par une grande proximité des textes : les termes utilisés et la structure même des règlements relatifs aux couples suit de près l'exemple du règlement succession. Certaines dispositions ont été littéralement empruntées à ce dernier sans modification notable. Il en va ainsi du mécanisme d'adaptation des droits réels, qui se retrouve à l'identique dans les trois règlements⁵⁶.

⁵⁴ *Comp.* la décision du BGH (BGH, 13 mai 2015, IV ZB 30/14, BGHZ 205, 289, NJW, 2015, 2185, spécialement n° 20 à 35), avec l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Manhkopf*, précité.

⁵⁵ Ceci lui était d'autant plus facile que les travaux sur ces deux importants chantiers se sont déroulés pour partie de manière parallèle : la proposition initiale de la Commission visant à l'adoption du Règlement successions a été publiée en octobre 2009 (Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil 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) et le règlement adopté en juillet 2012, alors que la proposition initiale de la Commission visant à l'adoption du Règlement Régimes matrimoniaux a été publiée en mars 2011 (Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM(2011) 126 final). En outre la phase préparatoire qui a précédé les négociations en tant que telles a largement coïncidé, puisque le Livre Vert relatif aux relations de couple (COM(2006) 400 final) a été publié en juillet 2006 et le Livre Vert sur les successions (COM(2005) 65 final) date de mars 2005.

⁵⁶ Art. 31 du règlement 650/2012 ; art. 29 des règlements 2016/1103 et 2016/1104.

Cette attention pour la coordination se traduit par l'existence de ponts importants entre les différents textes. Ainsi, en cas de décès de l'un des membres du couple, l'article 4 des règlements greffe directement la compétence pour statuer sur les effets patrimoniaux d'une relation de couple, sur les différentes règles de compétence prévues par le règlement succession. Ceci permet d'assurer un traitement cohérent et efficace des conséquences patrimoniales du décès d'un époux ou partenaire.

Un point faible demeure néanmoins, qui concerne directement l'autonomie de la volonté. Si les différents règlements permettent en effet le choix de loi, les restrictions imposées par les différentes dispositions ne permettront pas de garantir une coïncidence parfaite des lois choisies. Cette difficulté concerne en particulier les couples binationaux. Dès lors que les époux ne possèdent pas la même nationalité, ils ne pourront en effet pas soumettre l'ensemble des relations à une seule et même loi.

Soit une ressortissante suisse qui a épousé un ressortissant français. Le couple vit en France, même s'il effectue de fréquents séjours en Suisse où l'épouse est copropriétaire en indivision, avec sa sœur, d'un chalet. Les époux pourront choisir de soumettre leurs relations patrimoniales au droit suisse ou au droit français, conformément à l'article 22 du règlement 2016/1103. Que le choix porte sur l'un ou l'autre droit, ils ne pourront pour autant soumettre chacun leur succession à la loi choisie. Seul l'un des époux pourra choisir, pour régir sa succession, la loi applicable aux relations patrimoniales.

Pour bien mesurer l'ampleur de cette difficulté, il faut se souvenir que la situation des époux n'était pas nécessairement meilleure avant l'intervention européenne. Si l'on tient compte de la situation qui existait avant l'adoption des règlements, il apparaît en effet que le problème de coordination n'est pas nouveau. La *professio iuris* n'était permise que par un nombre limité d'Etats. Parmi ceux-ci, seul un Etat autorisait, pour régir la succession, le choix de la loi applicable au régime matrimonial⁵⁷. Il était dès lors déjà difficile pour les membres d'un couple d'organiser leurs relations sous l'empire d'une seule et même loi.

En outre, des expédients existent, qui permettent de pallier l'absence de possibilité de faire coïncider les choix de loi. Le règlement succession permet par exemple aux époux qui se lient par un pacte successoral, de soumettre ce dernier à la loi de la nationalité de l'un d'entre eux⁵⁸. Comme on l'a noté⁵⁹, ceci peut s'avérer avantageux lorsque les époux ne possèdent pas la même nationalité et que leur régime matrimonial est précisément soumis à la loi de la nationalité de l'un d'entre eux⁶⁰.

⁵⁷ Il s'agit du droit finlandais, cons. A. BONOMI, « Successions internationales : conflits de lois et de juridictions », *Rec. cours*, 2010, t. 350, p. 242, n° 131.

⁵⁸ Art. 25 par. 3 Règlement successions.

⁵⁹ S. GHOZLAN, *La professio iuris comme instrument de planification successorale internationale. Droit québécois et comparé*, Themis, 2017, p. 99.

⁶⁰ Le choix de loi fondé sur l'article 25 par. 3 demeure néanmoins un choix partiel, qui introduit une scission fonctionnelle entre plusieurs aspects d'une même succession, cf. A. BONOMI, « Article 25 », in *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, A. BONOMI et P. WAUTELET, 2^{ème} éd., Bruylant 2016, p. 447, n° 35.

Une autre solution, moins sécurisante, consiste à conseiller aux époux de sélectionner, au titre de loi successorale, la loi de la nationalité de celui d'entre eux qui coïncide avec leur résidence habituelle, cette même loi pouvant être choisie par les époux pour régir leurs relations patrimoniales. Ce faisant, seul l'époux qui réside sur le territoire de l'Etat dont il est ressortissant effectuera une *professio iuris*. La succession de l'autre époux sera liquidée sans *professio iuris*. L'édifice ne résistera pas à un éventuel déménagement des époux. Il appartient au notaire ou au professionnel du droit qui conseille les époux, de les avertir de cette importante limite.

2. Le brouillard du choix de loi implicite

L'autonomie de la volonté est un acquis ancien tant du droit interne des régimes matrimoniaux que du droit international privé. Pour autant, la pratique apprend que de nombreux contrats de mariage ne contiennent pas de clause de choix de loi. Les modèles et autres exemples proposés par certaines institutions ne favorisent d'ailleurs pas toujours l'exercice du choix de loi.

En l'absence de stipulation expresse portant sur le choix de loi, de nombreux Etats permettent au juge ou au notaire de déduire des dispositions du contrat de mariage l'existence d'un choix de loi implicite⁶¹. Bien souvent, on enseigne à cet égard qu'un choix de loi peut se déduire de l'existence dans le contrat de mariage de références à des dispositions légales empruntées à un droit national⁶².

Compte tenu de l'importance que revêt le choix de loi implicite dans la pratique des régimes matrimoniaux, on aurait pu s'attendre à que les règlements prennent expressément position sur la question. Pourtant il n'en est rien : les règlements 2016/1103 et 2016/1104 n'évoquent pas la possibilité d'un choix de loi implicite. On ne retrouve aucune mention d'un tel choix ni dans le corps des règlements, ni dans les préambules qui les accompagnent.

Certes, on peut penser que l'absence de toute mention relative au choix exprimé tacitement n'exclut pas la prise en compte d'une volonté exprimée implicitement par les (futurs) époux ou partenaires. La comparaison avec le règlement succession jette néanmoins le doute : l'article 22 de ce règlement permet en effet de déduire l'existence d'un choix de loi des « termes » d'une disposition à cause de mort. La consécration expresse du choix de loi implicite en matière successorale contraste avec le silence des règlements portant sur les relations patrimoniales. Un doute est dès lors permis : le législateur européen aurait-il entendu répudier la possibilité de tenir compte d'une volonté exprimée indirectement ?

Ces doutes n'ont pas manqué de se refléter dans l'appréciation par les commentateurs. Si certains regrettent le manque de clarté du législateur européen, d'autres estiment qu'un choix

⁶¹ En droit international privé allemand par ex. cf. D. LOOSCHELDERS, « Artikel 15 EGBGB », in *MünchKo BGB*, vol. 11 : *Internationales Privatrecht I*, J. VON HEIN (éd.), 7^{ème} éd., Beck, 2018, p. 1085, n° 96.

⁶² Par ex. aux Pays-Bas, M. H. TEN WOLDE, « Huwelijk, persoonlijke betrekkingen tussen echtgenoten, huwelijksvermogensrecht », in *Nederlands internationaal personen- en familierecht. Wegwijzer voor de praktijk*, TH. M. DE BOER et F. IBILI (éds.), Kluwer, 2012, p. 122; I. JOPPE, *Huwelijksvermogensrecht*, 3^{ème} éd., Maklu, 2010, p. 51, n°31.

de loi implicite doit pouvoir être accepté même en l'absence de référence dans les textes à une telle possibilité⁶³. D'autres enfin avancent qu'à défaut de précision dans le texte, et compte tenu du fait qu'une clause de choix de loi doit être exprimée au moyen d'un écrit daté et signé, il n'y aurait pas de place pour le choix de loi implicite sous l'empire des règlements⁶⁴.

L'absence de clarté sur une question qui n'est pas marginale, est regrettable. Elle nourrira sans doute des controverses dans les années à venir. Il est certes facile de se prémunir contre les conséquences fâcheuses de cette zone d'ombre : les époux et les partenaires peuvent se protéger en prenant soin d'insérer de manière expresse un choix de loi dans la convention qui les lie. L'expérience apprend néanmoins qu'un nombre substantiel de contrats sera dépourvu d'une telle clause.

Au-delà de l'absence d'une quelconque indication dans les instruments européens sur l'admissibilité du choix de loi implicite, on peut également regretter que le législateur européen n'ait pas saisi l'occasion pour encadrer la possibilité de déduire un choix de loi des circonstances. Il faut en effet éviter les tentatives de divination et de reconstruction *a posteriori* de la volonté des époux. Pour ce faire, il aurait été fort utile de fournir des indications sur les éléments qui peuvent être pris en considération pour apprécier l'existence d'une volonté dans le chef des époux ou des partenaires. L'expérience montre en effet que les cours et tribunaux éprouvent des difficultés à préciser dans quelles circonstances un choix de loi implicite peut être reçu.

Dans certains cas, l'appréciation laisse peu de place au doute. Ainsi le BGH a-t-il estimé que la circonstance que le contrat de mariage conclu entre deux époux prévoyait le paiement d'une dot, fût-elle élevée, au bénéfice de l'épouse, ne signifiait pas que les époux avaient entendu se placer sous l'empire d'une loi donnée. Pour justifier cette décision le BGH a relevé que la dot n'est pas une institution spécifique à un pays, mais qu'elle est bien connue du droit des pays de tradition musulmane⁶⁵.

Dans d'autres hypothèses, l'appréciation est plus délicate. Ce sera le cas lorsqu'est en cause un contrat de mariage qui ne prévoit aucune clause de choix de loi, mais comporte bien un choix d'un régime conventionnel. Le plus souvent, un tel choix ira de pair avec des références à l'une ou l'autre disposition légale particulière qui donne une assise au régime choisi par les

⁶³ Les commentateurs allemands vont majoritairement dans ce sens, cf. J. WEBER, "Die Europäischen Güterrechtsverordnungen : Eine erste Annäherung", *DNotZ*, 2016, (659), p. 680-681 ; A. DUTTA, "Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union – ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen", *FamRZ*, 2016/23, p. 1981 ; CH. DÖBEREINER, « Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht », in *Die europäischen Güterrechtsverordnungen*, A. DUTTA & J. WEBER (éds.), Beck, 2017, p. 78, n° 52 ; C. DÖBEREINER et S. FRANCK, *Internationales Güterrecht für die Praxis. Die neuen EU-Güterrechtsverordnungen*, Gieseking Verlag, 2019, p. 83, n° 279-280.

⁶⁴ P. ex. S. GODECHOT-PATRIS, "Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité", *D.*, 2016, (2292), p. 2295 qui semble exclure tout choix de loi implicite et S. MARINO, "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation : the Patrimonial Effects of Family Relationships", *Cuadernos Dr. Transn.*, 2017, pp. 265-287, p. 278, note 44 (excluant toute admissibilité d'un choix de loi tacite).

⁶⁵ BGH, 28 janvier 1987, *NJW*, 197, 2161 ; *FamRZ*, 1987, 463. En l'espèce, le BGH a ajouté que la stipulation d'une dot était encore moins pertinente puisque l'époux était originaire d'Israël (même si au moment du mariage il était considéré comme apatride par les autorités allemandes), et que la dot ne joue qu'un rôle secondaire dans le droit de l'Etat d'Israël.

deux époux. Ceci permettra de déduire, avec prudence néanmoins, que les époux ont entendu se placer sous l'empire de cette loi. Dans certaines circonstances néanmoins, le choix se fera de manière sèche, sans autre forme d'encadrement. Soit deux époux français qui se marient au Sénégal. Lors de la cérémonie de mariage, l'officier d'état civil les interroge, conformément au droit sénégalais, sur leurs souhaits⁶⁶. Les époux déclarent vouloir adopter un régime de séparation de biens, sans autre précision. Faut-il comprendre qu'ils ont entendu se soumettre au régime de séparation de biens tel qu'organisé par le droit sénégalais ? Ou doit-on déduire de leur déclaration que compte tenu de leur nationalité commune, c'est au droit français qu'ils ont entendu se soumettre ? La question est délicate et peut donner lieu à des approches divergentes⁶⁷. Dans une espèce concernant deux ressortissants belges mariés au Sénégal, la Cour d'appel de Liège a estimé que « le seul fait pour les parties d'avoir déclaré à l'officier de l'état civil 'opter pour le régime : séparation de biens' ne peut être interprété comme un choix du droit applicable à leur régime matrimonial. En effet, ce faisant, les parties n'ont nullement indiqué faire choix d'un système juridique quelconque, comme par exemple le système juridique sénégalais ou le système juridique belge. Elles ont uniquement entendu faire choix d'un type de régime matrimonial, sans préciser de quel système juridique elles entendaient faire relever ce régime matrimonial. Elles ont en quelque sorte choisi leur régime matrimonial sans choisir le droit y applicable »⁶⁸.

On peut être confronté à la même difficulté lorsque des futurs époux adoptent un régime donné dans un contrat de mariage sans que celui-ci ne contienne de précisions particulières sur la loi applicable. Soit deux époux ressortissants turcs qui se marient en Turquie. Le contrat de séparation de biens reçu par un notaire turc peut ne contenir aucune référence à une disposition légale quelconque. Dans ce cas, on peut se demander s'il est permis de déduire l'existence d'un choix de loi dans le chef des époux. La Cour de cassation française a estimé que ce n'était pas le cas, l'acte portant adoption du régime de la séparation de biens n'ayant pas, selon la Cour, « pour objet de choisir une loi pour régir leur régime matrimonial... »⁶⁹. Une autre interprétation n'est toutefois pas exclue.

Ces quelques exemples montrent qu'au-delà même de la question de principe, l'absence de tout encadrement du choix de loi implicite laisse subsister une trop grande incertitude sur la

⁶⁶ L'article 116 al. 3 du Code de la famille du Sénégal prévoit que l'officier d'état civil doit interpellier les époux « sur le régime matrimonial qu'ils entendent choisir ». L'officier est tenu de leur expliquer « qu'en l'absence de toute option contraire ils seront placés sous le régime du droit commun de la séparation des biens mais qu'ils peuvent adopter irrévocablement le régime dotal ou, si le mari a souscrit l'option de monogamie, le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts ». Dans d'autres Etats, il est prévu que l'autorité qui célèbre le mariage interpelle les futurs époux non seulement pour que ceux-ci indiquent s'ils ont conclu un contrat de mariage, mais également, si l'un des deux futurs époux est étranger, s'ils souhaitent se soumettre au régime légal d'un Etat dont l'un des futurs époux possède la nationalité ou est domicilié. Cf. l'article 141 du Code civil de Monaco.

⁶⁷ Sur l'ensemble de la question, cons. l'analyse de E. FROHN, « Regimekeuze tevens (stilzwingende) rechtskeuze? », *FJR* 2014, 330 et suiv.

⁶⁸ Belgique, Liège, 22 oct. 2014, *R.T.D.F.*, 2015, p. 557 ; *Notamus*, 1/2015, p. 30, obs. G. VAN CALSTER (en l'espèce, le certificat de mariage dressé par un officier d'état civil sénégalais à l'occasion du mariage de deux ressortissants belges indiquait que « les époux ont déclaré opter pour le régime : séparation de biens »).

⁶⁹ Cass. 1ère civ., 21 sept. 2016, n° 15-23383, *Gaz. Pal.*, 3 janv. 2017, p. 69.

suite à réserver aux non-dits des époux et partenaires. Il s'agit là au minimum d'une belle occasion manquée d'apporter plus de clarté sur un sujet obscur.

3. L'illusion de l'autonomie et le poids des inégalités

Un dernier point doit retenir l'attention. Il concerne l'encadrement de l'exercice par les époux ou les partenaires de leur autonomie de la volonté. Le choix de loi exprimé à l'occasion du mariage ou du partenariat ou en cours de route n'a sans doute pas la même importance qu'un choix de régime en tant que tel. C'est en effet le choix d'un système, qu'il tende plus vers une séparation ou au contraire vers une communauté, qui façonnera véritablement les relations patrimoniales au sein du couple.

Le choix de loi n'en demeure pas moins un élément important de l'architecture des relations de couples. Avec un choix de loi, les membres du couple peuvent en effet stabiliser le choix matériel qu'ils effectuent. En ancrant le choix de régime dans un système juridique, l'élection de droit permet de tracer les lignes à l'intérieur desquelles le régime choisi par les époux ou les partenaires va se déployer. C'est à l'intérieur de ces lignes que vont être débattues les éventuelles questions de validité du choix de régime ou que le choix exprimé par les époux ou partenaires va être complété.

Le choix de loi est, au même titre que le choix de régime, un ingrédient essentiel de la construction, par les époux ou partenaires, de l'organisation de l'économie du couple. Or l'on sait bien que malgré les progrès de l'information et l'attention soutenue donnée par les professionnels à leur devoir de conseil, le jeu de l'autonomie de la volonté peut dans cette matière désavantager un époux ou un partenaire. Le cadre mis en place par les époux ou partenaires doit en effet être confronté, sur la durée, aux choix de vie que font les membres du couple. Il doit aussi composer avec des situations patrimoniales initiales potentiellement différentes. Les progrès réalisés dans l'accès des membres du couple au marché du travail et dans l'évolution des carrières professionnelles ne peuvent masquer les profondes inégalités qui subsistent en raison de divers facteurs, dont certains sont très peu visibles. L'évolution des mentalités n'a pas non plus fait disparaître certains réflexes et habitudes qui peuvent être préjudiciables à un groupe. Une étude récente a montré que les stratégies familiales de reproduction et les habitudes adoptées par certains milieux professionnels pouvaient nuire à l'égalité entre femmes et hommes sous l'angle de l'appropriation du capital⁷⁰.

Il est vrai qu'une tendance de fond semble émerger qui conduit à faire de l'existence d'une communauté de biens entre époux le noyau central des régimes matrimoniaux, que ce soit directement ou par l'adoption d'un mécanisme de péréquation des acquêts, voire par l'intermédiaire d'un dispositif impératif s'appliquant à tous les époux⁷¹. Ces développements intéressent néanmoins la situation d'époux mariés sans contrat de mariage.

⁷⁰ Cf. C. BESSIÈRE et S. GOLLAC, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, La Découverte, 2020, 336 p.

⁷¹ Par. ex. le 'patrimoine familial' tel qu'il existe au Québec : art. 414 et suiv. du Code civil du Québec.

Lorsque l'on se penche sur cette dernière catégorie, d'autres éléments permettent d'envisager l'autonomie de la volonté avec plus de sérénité. On constate en effet une tendance à renforcer le devoir de conseil des professionnels qui accompagnent les futurs époux. Ce renforcement peut prendre différentes formes. En droit belge par exemple, le notaire est tenu, depuis la réforme de 2018, d'attirer l'attention de chacun des époux sur les conséquences de l'adoption ou non d'une clause de participation aux acquêts lorsqu'ils optent pour un contrat de mariage de séparation de biens⁷².

Ces innovations ne doivent pas cacher que le contrat de mariage ou de partenariat peut constituer un facteur d'inégalité entre époux ou partenaires⁷³. L'évolution récente vers une plus grande ingénierie contractuelle renforcent le risque. Comme dans d'autres domaines en effet, les contrats de mariage tendent à se complexifier, notamment pour proposer des solutions adaptées à l'environnement fiscal dans lequel les époux vont évoluer⁷⁴. Cette complexité accrue peut jouer au désavantage du conjoint le moins informé.

Dans ce contexte, on conçoit qu'il est important de s'interroger sur l'encadrement de la clause de choix de loi. L'approche des règlements sur ce point constitue dans une très large mesure un recyclage de recettes déjà utilisées dans le cadre d'autres instruments du droit international privé européen. C'est une constante, parfois frustrante, de la construction d'un droit international privé par les institutions européennes, qui s'explique sans doute par la difficulté d'obtenir l'accord de tous les Etats concernés sur des solutions nouvelles ou différentes : la solution provient souvent d'un texte antérieur que l'on ressert sans modification substantielle.

Dans le cas des régimes matrimoniaux, c'est le Règlement Rome III qui a manifestement servi de source d'inspiration. Le dispositif mis en place par les articles 23 à 25 puise en effet directement son inspiration aux articles 6 et 7 du Règlement Rome III.

En substance, les règlements prévoient plusieurs mécanismes cumulatifs qui visent à garantir qu'un consentement à la clause de choix de loi sera éclairé.

⁷² Art. 1469 par. 3 C. civ. Un nouvel article 1474/1, par. 2, al. 2 du même code civil impose un autre devoir d'information particulier au notaire qui doit attirer l'attention des époux sur la possibilité d'insérer dans le contrat de séparation de biens une clause de correction judiciaire en équité.

⁷³ Comme l'a reconnu le législateur belge à propos du contrat de séparation de biens. Selon le législateur, « Si les époux n'ont pas inclus conventionnellement de solidarité dans une séparation de biens, le partage patrimonial après la dissolution du régime peut avoir des conséquences injustes. C'est le cas en particulier lorsque les conjoints se constituent pendant le mariage un patrimoine dans une mesure inégale, par exemple parce que l'un des conjoints a réduit ses activités professionnelles pour s'occuper du ménage ou pour cause de maladie. En effet, en cas de séparation de biens pure et simple, ce conjoint ne participe pas au patrimoine que l'autre conjoint a constitué, même si cela n'était possible que par ses efforts ou son soutien. La conséquence en est qu'après un divorce, le partenaire économiquement plus faible peut se retrouver quasiment les mains vides (hormis une créance alimentaire), alors que le partenaire économiquement plus fort a pu largement s'enrichir grâce à la séparation de biens. » (Proposition de loi du 13 décembre 2017 modifiant le Code civil en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Chambre, session 2017-2018, no 54-2848/001, p. 26).

⁷⁴ Voy., toujours en droit belge, à propos de la clause dite de la 'mortuaire' qui, insérée dans un contrat de mariage, prévoit une clause de partage inégal du patrimoine commun en faveur d'un des époux déterminé, sans condition de survie, PH. DE PAGE, « La clause de la 'mortuaire', vivante mais fragile », *Rec. gén. enr. Not.*, 2017, 36-39.

S'intéressant aux exigences formelles, l'article 23 impose tout d'abord le respect d'un 'noyau dur' européen : le choix de loi doit faire l'objet d'un écrit, daté et signé

L'exigence d'un écrit remplit certes une fonction de protection. En règle, une personne sera en effet attentive au contenu de l'écrit qu'elle est appelée à signer. On conviendra néanmoins qu'il s'agit d'un mécanisme rudimentaire, qui n'est pas de nature à garantir que les parties auront pris la pleine mesure de la portée de leur engagement. L'exigence d'un écrit constitue au mieux une première étape permettant de s'assurer que les époux/partenaires « sont conscients des conséquences de leur choix » (cons. 47).

Au-delà de ce noyau dur, l'article 23 met en place un dispositif pour le moins complexe qui repose en grande partie sur une délégation importante aux Etats membres. Il revient en effet à ceux-ci de déterminer les exigences formelles particulières que doivent respecter les conventions de choix de loi. L'identification de l'Etat dont les exigences formelles s'impose est fonction de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention.

Enfin, l'article 24 reprend à son compte la formule classique qui soumet la validité substantielle de la convention sur le choix de loi à la loi qui serait applicable si le choix de loi l'était. Le procédé n'est pas nouveau. On en trouve des traces dans certaines anciennes conventions de La Haye⁷⁵.

Le procédé a pour lui les vertus de la simplicité. Il permet au professionnel qui conseille les époux de vérifier aisément les exigences auxquelles il importe de se conformer pour garantir la solidité du choix de loi⁷⁶.

Le classicisme des solutions retenues par les règlements permet une appropriation aisée par les praticiens chargés de la mise en œuvre des instruments européens.

Plusieurs constats peuvent néanmoins être faits qui font naître autant d'interrogations sur l'efficacité du dispositif, sous l'angle de la nécessité de garantir un consentement de qualité des époux.

Le premier constat tient à la complexité du dispositif. Complexe, le dispositif l'est parce qu'il impose de tenir compte de plusieurs niveaux différents. A l'exigence de base d'un écrit daté et signé, il faut ajouter les exigences formelles de la loi nationale pertinente. La complexité est encore augmentée par le constat que les exigences ne sont pas nécessairement identiques pour la clause de choix de loi et pour la convention matrimoniale dans son ensemble. L'article 25, qui vise la convention matrimoniale, s'écarte en effet de l'article 23, en ce qu'il impose également le respect des exigences formelles prévues par la loi applicable au régime matrimonial (art. 25, par. 3). Certes, en cas de divergence entre les deux dispositions,

⁷⁵ Par ex. l'article 2 de la Convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable à la vente, qui contenait déjà une variante de ce mécanisme, puisque cette disposition soumettait les « conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable » à cette loi.

⁷⁶ Comme dans d'autres contextes, un époux ou un partenaire peut, pour établir son absence de consentement, se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. On est toutefois surpris de lire que cette résidence habituelle doit être appréciée « au moment où la juridiction est saisie », c'est-à-dire bien après la conclusion du choix de loi.

il suffirait de respecter les exigences les plus strictes. L'ensemble peut néanmoins nécessiter une bonne dose de dextérité.

Le deuxième constat concerne le caractère discriminatoire du dispositif. Tant l'article 23 que l'article 25 se limitent à prescrire la prise en compte des seules exigences prévues par la législation des États membre⁷⁷. Ne peuvent en effet être prises en considération les règles du droit d'États tiers. Dès lors que les deux époux ou partenaires résident dans un Etat tiers, un choix de loi sera valable, aux yeux des règlements, s'il répond aux exigences du socle minimal européen, sans qu'il soit nécessaire de satisfaire aux exigences de la loi d'un Etat membre. Ce libéralisme peut étonner. Certes, la convention de choix de loi fera le plus souvent partie d'une convention matrimoniale ou partenariale. A ce titre, la convention dans son ensemble devra satisfaire aux exigences posées par l'article 25, dont celles imposées par la loi applicable au régime matrimonial. Il reste interpellant que lorsque les (futurs) époux ou partenaires résident par exemple en Australie, les règlements répudient d'emblée la prise en compte des exigences du droit local⁷⁸.

Sans doute le législateur européen part-il du principe que si les deux (futurs) époux ou partenaires résident dans un Etat tiers et que la convention est conclue dans cet Etat, celui-ci imposera le respect des exigences qu'il estime essentielles. L'absence de prise en compte des exigences étrangères constituerait alors une forme de confiance exprimée à l'égard de l'Etat où la convention a été conclue. Il reste d'une part qu'il n'est pas certain que l'Etat tiers impose effectivement le respect de ses propres exigences. On peut en effet penser que certains Etats continueront à appliquer l'approche libérale traditionnelle qui permet de valider un contrat de mariage lorsque celui-ci répond soit aux exigences locales, soit aux exigences posées par la *lex causae*⁷⁹. Le droit international privé suisse prévoit par exemple qu'un contrat de mariage est valable quant à la forme s'il répond aux conditions du droit applicable au fond ou du lieu où l'acte a été passé⁸⁰.

D'autre part, des professionnels du droit d'un Etat membre lié par les règlements peuvent être appelés à conseiller des (futurs) époux ou partenaires qui résident dans un Etat tiers et souhaitent conclure une convention matrimoniale. Soit deux futurs époux français installés en Corée. Avant de se marier, ils font appel à un notaire français qu'il charge de rédiger un projet de contrat de mariage. Dans la mesure où les règlements revendiquent pleinement application dans cette situation, le professionnel n'examinera la validité de la convention de choix de loi qu'à la lumière de l'article 23, sans être tenu de vérifier quelles exigences sont le

⁷⁷ Il en va autrement pour la clause de sauvegarde qui figure à l'article 24, par. 2 : un époux ou partenaire peut tenter de démontrer qu'il n'a pas consenti en faisant appel à la loi du pays dans lequel il réside habituellement, même s'il s'agit d'un Etat tiers. Au vrai, la prise en compte du droit des Etats tiers au titre de l'article 24, par. 2 est un facteur additionnel de complexité.

⁷⁸ Cf. P. LAGARDE, « Règlement no 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux », *Rép. Dalloz*, § 105. Selon M. Lagarde, "Il aurait été logique d'étendre la règle dans les cas où ces exigences supplémentaires de forme sont prévues par la loi d'un Etat non membre dans lequel les époux ou l'un d'eux ont leur résidence habituelle."

⁷⁹ Cons. par ex. l'article 68 de la loi tunisienne n° 98-97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du Code de droit international privé (qui vise les contrats en général).

⁸⁰ Art. 56 Loi fédérale suisse de droit international privé. Cette règle est applicable à la clause d'*electio iuris*. Cf. B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn, 1997, p. 151, n° 1. [nouvelle édition ? ou Commentaire Romand ?]

cas échéant posées par la loi de l'Etat où les futurs époux résident. Certes, son devoir de prudence devrait l'inciter à s'interroger sur l'accueil que cet Etat réservera à la convention et dès lors à tenir compte des exigences formelles posées par la loi de cet Etat. Il s'agit là néanmoins d'une simple mesure de prudence et non d'une obligation en bonne et due forme.

Enfin, le procédé peut surprendre dans la mesure où la règle posée à l'article 23 sert non seulement lorsqu'une convention est rédigée par un professionnel du droit d'un Etat membre lié par les règlements, mais aussi pour apprécier la validité d'une convention reçue dans un Etat tiers. Or dans ce cas, les règlements n'imposent pas de vérifier que la convention de choix de loi répond aux exigences posées par la loi de l'Etat où la convention a été conclue. Il est encore moins nécessaire de s'interroger sur les exigences posées par la loi déclarée applicable par les règles de conflit de cet Etat tiers.

Bref, le mécanisme de l'article 23 souffre d'une cécité certaine. L'indifférence marquée à l'égard des exigences formelles posées par les Etats non liés par les règlements est remarquable.

Troisième et dernier constat : les articles 23, 24 et 25 reposent en grande partie sur un mécanisme de délégation aux Etats membres. Il leur revient de déterminer quelles sont les exigences formelles qui peuvent s'ajouter au socle européen de base. Les règlements sont à cet égard pleinement respectueux de l'impératif de subsidiarité. Sans doute une tentative d'aller plus loin et d'introduire dans le texte européen des exigences matérielles dépassant le socle minimum se serait-elle heurtée à un obstacle lié à la base légale de l'intervention européenne. L'on rappellera que l'article 81, par. 2 point c du TFUE permet à l'Union d'intervenir pour améliorer la « compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois ... ». Ceci ne constitue assurément pas une base solide pour l'adoption de dispositions matérielles.

Il reste que ceci n'a pas empêché l'adoption du socle minimal européen, qui n'est rien d'autre qu'une règle matérielle. En outre, l'ordre juridique européen est également nourri par certains principes généraux comme l'interdiction de l'abus de droit et surtout par les droits garantis par la Charte des droits fondamentaux. Avec M. Kohler, on peut penser que ces principes et ces droits fondamentaux auraient pu servir d'appui au développement de principes européens encadrant plus fermement l'exercice du choix de loi par les (futurs) époux ou partenaires⁸¹.

Certes, l'obligation de respecter les exigences de l'Etat membre où les époux résident permet d'éviter des comportements stratégiques par des époux désireux d'échapper à certaines contraintes formelles⁸². Certes encore, les exigences dont la loi des Etats membres impose le respect ont principalement comme objectif de protéger les époux et partenaires des conséquences d'un choix irréfléchi.

Le dispositif ne semble néanmoins pas prendre la mesure de l'enjeu. On est en effet loin, avec les contrats de mariage, du choix de loi prévu par le règlement Rome III. Dans le contexte de

⁸¹ CH. KOHLER, *op. cit.*, p. 206, n° 109.

⁸² P. FRANZINA, « Article 23 », in *Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples. Commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104*, S. CORNELOUP et al. (éds.), Société de législation comparée, 2018, p. 230-231, n° 26.

ce dernier règlement, l'enjeu concret est au mieux d'assurer un divorce rapide et sans obstacle. Comme l'a bien noté Mme Heiderhoff, les conséquences du choix de loi appelé à régir les relations patrimoniales d'un couple sont autrement plus lourdes⁸³.

Cette relative indifférence aux enjeux particuliers des contrats de mariage se reflétait déjà dans la phase d'élaboration des règlements. Aucune des questions posées par les autorités européennes dans le Livre vert publié en 2006 ne concernait la question d'un déséquilibre potentiel entre époux causé par le choix d'un régime⁸⁴. En particulier les questions liées au choix de loi (questions 5 et 6) s'intéressaient uniquement aux aspects classiques de l'autonomie de la volonté en droit international privé, à savoir la possibilité du choix de loi, son étendue et son caractère potentiellement rétroactif⁸⁵. La Commission s'interrogeait uniquement sur l'opportunité d'harmoniser les « conditions de forme de l'accord » de choix de loi⁸⁶. L'imposante étude d'impact publiée en 2010 n'évoquait pas non plus la nécessité de protéger les époux contre des choix non réfléchis ou qui pourraient avoir des conséquences néfastes en raison de choix de vie⁸⁷. L'étude d'impact recensait une série de difficultés liées aux aspects internationaux des relations patrimoniales de couples⁸⁸. L'existence d'une éventuelle discrimination entre les membres du couple était certes évoquée, mais uniquement au regard de la difficulté pour un conjoint ou partenaire de s'adjoindre les services d'un expert en droit étranger dans le cadre d'un litige⁸⁹.

L'indifférence relative à la question de l'impact de l'autonomie de la volonté étonne. Le problème est en effet bien connu. Déjà lors de la codification du droit international privé suisse, des voix s'étaient fait entendre pour dénoncer les risques de l'autonomie de la volonté. Une association féministe avait émis des réserves sur le projet publié par le conseil fédéral, indiquant que « le choix entre quatre droits différents va trop loin » et que « [l]'élection de droit qui peut être faite simplement par écrit et en tout temps risque de rendre les rapports obscurs »⁹⁰. Selon cette association, cette proposition était d'autant plus regrettable « qu'une grande partie des personnes confrontées au DIP n'ont aucune formation juridique et qu'elles

⁸³ B. HEIDERHOFF, "Die EU-Güterrechtsverordnungen", *IPRax*, 2018, p 7.

⁸⁴ Livre vert présenté le 17 juillet 2006 par la Commission sur le Règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle, COM(2006) 400 final. Les questions 5 et 6 avaient trait à l'autonomie de la volonté.

⁸⁵ Livre vert présenté le 17 juillet 2006 par la Commission sur le Règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle, COM(2006) 400 final. Cf. les questions 5 et 6 du Livre Vert.

⁸⁶ Livre vert précité, question 6. Le 'document de travail' publié par la Commission avec le Livre vert ne renseignait, au titre de l'autonomie de la volonté, aucune question ou préoccupation portant sur l'égalité entre époux ou le risque de déséquilibre entre époux (Document de travail des services de la Commission, Annexe au Livre vert sur le Règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle, SEC(2006) 952, pp. 19-20.

⁸⁷ EPEC, 'Impact Assessment Study on Community Instruments concerning matrimonial property regimes and property of unmarried couples with transnational elements - Final report', 2010, 373 p.

⁸⁸ Etude d'impact précitée, pp. 88-117.

⁸⁹ Etude d'impact précitée, p. 99.

⁹⁰ Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP), du 10 novembre 1982, FF 1983, I, p. 255, p. 273, n° 124.28.

ont davantage besoin d'une protection directe assurée par des règles légales que de liberté dans le choix d'une loi applicable »⁹¹.

Depuis lors, de nombreuses voix ont exploré la nécessité de maintenir l'équilibre entre autonomie de la volonté et protection des époux⁹². Dans son cours professé à l'Académie de La Haye, M. Kohler s'est longuement interrogé, à la suite de la doctrine allemande, sur la possibilité de garantir une protection suffisante de l'équilibre entre époux tout en préservant l'acquis de l'autonomie de la volonté⁹³. Selon M Kohler, « la mise en œuvre de l'autonomie de la volonté dans des secteurs sensibles comme celui des relations entre époux justifie en principe un contrôle tant du contenu de l'accord des parties que de l'exercice des droits que celui-ci confère »⁹⁴.

L'exemple du Protocole relatif aux aliments montre qu'une autre voie était possible. Si l'article 8 de ce Protocole ouvre largement aux parties concernées la possibilité de sélectionner la loi applicable à leur accord, il contient d'importants garde-fous. Outre l'exclusion de l'autonomie de la volonté à l'égard des personnes âgées de moins de 18 ans et des adultes ne possédant pas une maîtrise suffisante de leurs facultés intellectuelles (art.8, par. 3), le Protocole prévoit d'une part une mesure particulière visant à encadrer la renonciation par un créancier à son droit à des aliments (art. 8, par. 4) et d'autre part une possibilité pour une partie de remettre en cause un consentement donné à un choix de loi lorsque la mise en œuvre de la loi désignée « entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties » (art. 8, par. 5).

Il est frappant de constater que, selon le Rapport explicatif, cette clause échappatoire fondée sur des considérations de justice matérielle, fait écho au pouvoir que certains droits nationaux accordent au juge de corriger les accords alimentaires⁹⁵. Or l'on sait que certains systèmes juridiques accordent aussi un pouvoir modérateur au juge lors de la dissolution du régime matrimonial⁹⁶. L'Allemagne occupe une place de choix en droit comparé, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande ayant estimé que les juridictions civiles sont tenues « *von Verfassungs wegen* » de procéder à un contrôle du contenu des conventions maritales⁹⁷.

Le passage d'un contrôle matériel à un contrôle des effets du choix de loi représenterait une évolution modeste, mais bien dans la ligne d'une meilleure prise en compte par le droit international privé des considérations de justice matérielle. Certes, il faudrait encore s'interroger sur la meilleure voie à retenir pour parvenir à ce résultat. On peut notamment se demander s'il suffit d'intervenir en amont, en renforçant considérablement les exigences

⁹¹ *Id.*

⁹² Cf. par ex. N. DETHLOFF, « Contracting in Family Law : a European Perspective », in K. BOELE WOELKI (ed.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, 2011, p. 67-94.

⁹³ CH. KOHLER, *op. cit.*, pp. 230-236.

⁹⁴ CH. KOHLER, *op. cit.*, p. 236, n° 124.

⁹⁵ A. BONOMI, « Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Rapport explicatif », Conférence de La Haye, 2013, p. 63, n° 151.

⁹⁶ Cf. l'aperçu de droit comparé in K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. CURRY-SUMNER (éds.), *European Family Law in Action. Vol. IV : Property Relations between Spouses*, Intersentia, 2009, pp 1227-1242 et, spécialement en ce qui concerne le contrat de separation de biens, pp. 1047-1051.

⁹⁷ BVerfG, 6 février 2001, *FamRZ*, 2001, 343.

posées pour la validité du choix de loi – par exemple en imposant le respect d’un délai de réflexion ou encore en subordonnant la validité du choix de loi à la démonstration que chacun des époux ou partenaires ait pu obtenir l’avis d’un professionnel du droit⁹⁸. Le développement d’un « socle de principes communs afin d’assurer la réalité et la sérénité du consentement des époux »⁹⁹ constituerait une première¹⁰⁰. Une autre voie pourrait aussi être envisagée, qui permettrait au juge, lors de la liquidation, d’intervenir au nom de l’équité pour corriger un résultat jugé trop déséquilibré. Cette option prolongerait en quelque sorte la clause échappatoire qui existe déjà en matière alimentaire.

L’absence de réflexion sur ces points conduit en tout cas à une impasse. L’existence d’une réglementation européenne portant sur le choix de loi empêche en effet un Etat membre d’avoir recours à un éventuel mécanisme correcteur mis en place dans son droit national¹⁰¹. La seule hypothèse dans laquelle le recours à un tel mécanisme est permis, est précisément lorsque le choix de loi s’est porté sur la loi de l’Etat qui permet au juge de procéder à un contrôle substantiel de la loi choisie. Il est facile de voir que cette construction est bancal, puisque les règlements délèguent aux époux ou partenaires le soin de choisir la loi pertinente.

A bien considérer le dispositif mis en place par les règlements, on ne peut se défaire de l’idée qu’il vise plus à protéger la capacité des Etats membres à imposer le respect des règles qu’ils mettent en place qu’à garantir que les (futurs) époux ou partenaires ont pleine conscience des conséquences des choix qu’ils posent. Avec Mme Heiderhoff, on peut donc parler d’un « *Schutzdefizite* » qui tempère l’enthousiasme que suscite la consécration de l’autonomie de la volonté en matière patrimoniale¹⁰².

En guise de conclusion

Les règlements 2016/1103 et 2016/1104 représentent une avancée considérable pour les couples de personnes mariées et de partenaires. L’adoption de règles de conflit de lois communes, même si elle est limitée aux Etats qui participent à la coopération renforcée, clarifie et renforce la position de ces couples, qu’ils aient ou non conclu une convention matrimoniale.

⁹⁸ Le droit comparé offre une très grande diversité de mécanismes qui permettent de renforcer l’autonomie de la volonté, cf. J. M. SCHERPE, « Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective », in J. M. SCHERPE (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Intersentia, 2012, (443), pp. 489-501.

⁹⁹ CH. KOHLER, *op. cit.*, p. 231, n° 123.

¹⁰⁰ On peut noter que l’accord franco-allemand sur le choix du régime matrimonial (Accord entre la République fédérale d’Allemagne et la République Française instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts du 4 février 2010, *JO* 2013, p. 9733) demeure silencieux à propos des exigences formelles, se contentant d’imposer l’utilisation d’un « contrat de mariage » (article 3).

¹⁰¹ En ce sens à propos du Règlement Rome III, CH. KOHLER, *op. cit.*, p. 206, n° 109.

¹⁰² B. HEIDERHOFF, “Die EU-Güterrechtsverordnungen”, *IPRax*, 2018, p 7.

La plus-value des règlements est encore plus nette lorsque l'on s'intéresse à la position des époux ou partenaires qui ont convenu d'un choix de loi. L'existence d'un tel choix est garant d'une stabilité accrue et d'une solidité renforcée de l'accord conclu au sein du couple. On peut gager qu'à l'instar de l'effet qu'a eu l'adoption du Règlement successions sur la *professio iuris*, les articles 22 des règlements permettront de populariser le choix de loi pour en faire une disposition incontournable des contrats de mariage.

Il reste que la consécration de l'autonomie de volonté par le législateur européen s'est faite de manière relativement prudente : les deux règlements n'innovent guère, se contentant de reprendre à leur compte ce qui faisait déjà partie de l'acquis tant conventionnel que national. A cet égard, le législateur européen se contente trop souvent de copier des solutions déjà utilisées par ailleurs, sans fournir une réflexion approfondie au regard des enjeux spécifiques que suscite le terrain qu'il laboure. Ceci le conduit à négliger certaines zones d'ombre, voire des angles morts des mécanismes qu'il met en place. Si dans l'ensemble le bilan du droit international privé européen est plus que positif, l'existence de ces zones d'ombre devrait conduire à terme à un puissant effort de réflexion et d'adaptation de solutions afin de ramener la lumière dans toutes les dimensions de l'autonomie de la volonté.