



DIP EXPERT : Panel des difficultés liées aux divorces internationaux

Maxime EPPPLER,

avocat au barreau de Paris

Sarajoan HAMOU,

avocate au barreau de Paris

William HEALING, avocat/ solicitor à Londres

Mathieu ROUILLARD, avocat au barreau

des Pyrénées-Orientales

- 1) Le contrat de mariage international
- 2) Divorce et liquidation de régime matrimonial
- 3) Incidence d'un déplacement illicite d'enfants sur la procédure de divorce
- 4) Divorce par consentement mutuel dans un contexte international



DIP EXPERT : Panel des difficultés liées aux divorces internationaux

00

Objectifs :

- adaptation à la réalité du couple actuel : de plus en plus de couples « internationaux », de moins en moins de familles sédentaires. Nécessaire de s'adapter à l'internationalisation du droit de la famille.
- développement du conseil en droit de la famille (1) : dès le moment du mariage, les couples veulent désormais se prémunir sur les conséquences de leurs expatriations >>> problématique du contrat de mariage, de la protection du conjoint et de sa réception devant l'ordre juridique étranger (William Healing)
- sécurisation du patrimoine (2) : trop de couples se présentent à votre cabinet sans savoir sous quel régime ils sont mariés. Importance de l'aspect patrimonial en cas de séparation, il faut savoir maîtriser les différents outils existants (Mathieu Rouillard)
- couple mixte et retour au pays (3) : souvent, un des membres du couple souhaite revenir dans son pays d'origine, parfois en emmenant le ou les enfants. Incidence du déplacement illicite d'enfants dans une procédure de divorce (Maxime Eppler)
- divorce sans juge et reconnaissance à l'étranger : où en est-on ? (4) : sans langue de bois, il est nécessaire de revenir sur la pratique actuelle pour savoir si, ou ou non, vous pouvez divorcer vos clients par consentement mutuel en cas d'élément d'extranéité : quelles précautions prendre ? Quelles solutions adopter ? (Sarajoan Hamou)



Contrats de mariage en Europe – Cas Pratique 1

- Couple franco-suédois avec contrat de mariage suédois fait en 2001.
- Clause de juridiction en faveur de la Suède concernant le régime matrimonial, et toute question de liquidation du patrimoine.
- Clause de juridiction en faveur de la Suède concernant la pension alimentaire.
- Juste avant le mariage l'époux a hérité d'une somme correspondant à la moitié d'un petit appartement vendu par ses parents à Stockholm. Seul le domicile conjugal, maintenant en Angleterre, selon le contrat, sera partagé.

***William Healing, Alexiou Fisher Philipps LLP,
Avocat au Barreau de Londres***



Contrats de mariage en Europe – Cas Pratique 1

- Couple franco-britannique.
- Contrat pré-nuptial (un « *prenuptial agreement* » anglo-saxon) fait en février 2019. Le couple a vécu dix ans pacsés avant de se marier. Ils ont deux enfants nés pendant cette période de PACS.
- Clause de juridiction française. Clause d'application de droit français.

***William Healing, Alexiou Fisher Philipps LLP,
Avocat au Barreau de Londres***



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Benoit est né le 14 mai 1941 à Lille (59) en France, de nationalité française.

Maria est, quant à elle, née le 28 septembre 1953 à Buenos Aires en Argentine, de nationalité argentine.

Maria a acquis la nationalité française par mariage.

Benoit et Maria se sont mariés le 18 août 1990 à Barcelone en Espagne et ce, sans contrat de mariage préalable.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

De l'union entre Benoit et Maria, sont issus deux enfants :

- Charlotte, née le 15 novembre 1992 à Arona en Espagne, de nationalité française,
- Edouard, né le 12 mars 1996 à Barcelone en Espagne, de nationalité française.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Benoit et Maria ont divorcé suivant jugement de divorce prononcé le 15 décembre 2018 par le Tribunal de grande instance de Paris sur le fondement des dispositions de l'article 233 du Code civil (divorce accepté).

Benoit souhaite changer de Conseil et vient vous consulter quant à la suite du divorce prononcé.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Benoit vous indique que Maria et lui sont propriétaires d'immeubles en France et en Espagne et qu'ils sont titulaires de comptes bancaires dans ces deux pays.

Benoit vous précise qu'il est arrivé à Barcelone en 1989 pour y travailler. Il vous remet une attestation de son employeur de l'époque selon laquelle Benoit a travaillé pour cette société du 21 juin 1990 au 18 juin 1991.

Benoit vous remet également une attestation de résidence de la ville de Barcelone pour la période du 1^{er} mars 1991 au 1^{er} mai 1996.

Benoit vous précise qu'il réside aujourd'hui dans les Pyrénées-Orientales et son ex-femme à Paris.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Pour répondre aux questions de Benoit, il faut tout d'abord envisager les règles de conflit de juridictions (I) avant d'étudier les règles de conflit lois (II) applicables à son régime matrimonial.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

A titre liminaire, les écueils :

Le droit international privé de la famille et, particulièrement, des régimes matrimoniaux connaît un triple régime selon la date de célébration du mariage, à savoir :

- les mariages célébrés avant le 1^{er} septembre 1992,
- les mariages célébrés entre le 1^{er} septembre 1992 et le 29 janvier 2019,
- les mariages célébrés à compter du 29 janvier 2019.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

En fonction de la date de célébration du mariage, les règles relatives à la liquidation et au partage de régimes matrimoniaux internationaux varient.

En effet, coexistent les règles suivantes qu'il convient de distinguer suivant que se pose la question de la juridiction internationalement compétente ou de la loi internationalement applicable :



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Quant à la compétence :

- art. 1070 CPC : compétence territoriale du JAF
- art. 1136-1 et 1136-2 CPC et art. L.213-3 COJ : compétence matérielle du JAF
- art. 14 C. civ. : étranger cité en France pour une obligation contractée en France ou envers un français
- art. 15 C. civ. : français cité en France pour une obligation contractée à l'étranger
- Règlement n°2016/1103/UE 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



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Quant à la loi applicable :

- Consultation de DUMOULIN en 1525 + Req. 4 juin 1935, *Zelcer*
- Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux
- Règlement n°2016/1103/UE 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



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

D'où l'intérêt de vérifier systématiquement l'applicabilité des textes issus du droit de l'Union européenne et/ou des conventions internationales qu'elles soient multilatérales ou bilatérales :

- *Ratione materiae*
- *Ratione loci*
- *Ratione temporis*



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

I. La détermination de la juridiction internationalement compétente :

a) Applicabilité du Règlement n°2016/1103/UE 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 :

➤ *Ratione materiae* : (art. 1, §1)

« Le présent règlement s'applique aux régimes matrimoniaux. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières ou administratives. »



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

L'article 3, §1, a) définit un « régime matrimonial » comme étant « *l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution; »*.

« Le champ d'application du présent règlement devrait s'étendre à tous les aspects de droit civil des régimes matrimoniaux, concernant tant la gestion quotidienne des biens des époux que la liquidation du régime, survenant notamment du fait de la séparation du couple ou du décès d'un de ses membres. Aux fins du présent règlement, la notion de « régime matrimonial » devrait être interprétée de manière autonome et devrait englober non seulement les règles auxquelles les époux ne peuvent pas déroger, mais aussi toutes les règles facultatives qui peuvent être fixées par les époux conformément à la loi applicable, ainsi que les règles supplétives de la loi applicable. Elle comprend non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également tous les rapports patrimoniaux entre les époux et dans les relations de ceux-ci avec des tiers résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci. » (cons. 18)



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

/! Le § 2 prévoit des exclusions :

« Sont exclus du champ d'application du présent règlement :

a) la capacité juridique des époux;

b) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage;

c) les obligations alimentaires;

d) la succession du conjoint décédé;

e) la sécurité sociale;

f) le droit au transfert ou à l'adaptation entre époux, en cas de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, des droits à la pension de retraite ou d'invalidité acquis au cours du mariage et qui n'ont pas produit des revenus de retraite au cours du mariage;

g) la nature des droits réels portant sur un bien; et

h) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre. »



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

➤ *Ratione loci* : (art. 70)

« 1. Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne.

2. **Le présent règlement est applicable dans les États membres qui participent à 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 patrimoniaux des couples internationaux, concernant les questions relatives tant aux régimes matrimoniaux qu'aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, tels qu'ils sont autorisés par la décision (UE) 2016/954.

Il est applicable à partir du 29 janvier 2019, sauf en ce qui concerne les articles 63 et 64, qui s'appliquent à partir du 29 avril 2018, et les articles 65, 66 et 67, qui s'appliquent à partir du 29 juillet 2016. Pour les États membres qui participent à une coopération renforcée en vertu d'une décision adoptée conformément à l'article 331, paragraphe 1, deuxième ou troisième alinéa, du TFUE, le présent règlement est applicable à partir de la date indiquée dans la décision concernée. »

Les 18 pays participant à la coopération renforcée sont la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'**Espagne**, la **France**, la Croatie, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal, la Slovénie, la Finlande et la Suède, comme l'autorise la décision n°2016/954/UE du Conseil.

Les autres pays sont libres d'y participer à tout moment après l'adoption du règlement. À cet égard, l'Estonie a annoncé son intérêt, et qu'elle envisagerait de prendre part à la coopération après son adoption.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

➤ *Ratione temporis* : (art. 69)

- « 1. Le présent règlement ne s'applique qu'aux **procédures engagées**, aux actes authentiques formellement dressés ou enregistrés et aux transactions judiciaires approuvées ou conclues à sa date de mise en application ou **après le 29 janvier 2019**, sous réserve des paragraphes 2 et 3.
2. Si l'action engagée dans l'État membre d'origine a été intentée avant le 29 janvier 2019, les décisions rendues après cette date sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du chapitre IV, dès lors que les règles de compétence appliquées sont conformes à celles prévues par le chapitre II.
3. Le chapitre III [loi applicable] n'est applicable qu'aux époux qui se sont mariés ou qui ont désigné la loi applicable à leur régime matrimonial après le 29 janvier 2019. »



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

En l'espèce, le Règlement régimes matrimoniaux dans le domaine de la compétence internationale est applicable *ratione materiae*, *ratione loci* et *ratione temporis* au cas de Benoit.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

b) Application du Règlement n°2016/1103/UE 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 :



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

L'article 5 du Règlement régimes matrimoniaux intitulé « *Compétence dans des affaires de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage* » stipule que:

« 1. *Sans préjudice du paragraphe 2, lorsqu'une juridiction d'un État membre est saisie pour statuer sur une demande en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage en application du règlement (CE) no 2201/2003, les juridictions dudit État membre sont compétentes pour statuer sur les questions de régime matrimonial en relation avec ladite demande.*

2. *La compétence en matière de régimes matrimoniaux prévue au paragraphe 1 est subordonnée à l'accord des époux lorsque la juridiction qui est saisie afin de statuer sur la demande en divorce, séparation de corps ou annulation du mariage:*

a) *est la juridiction d'un État membre sur le territoire duquel le demandeur a sa résidence habituelle et a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, conformément à l'article 3, paragraphe 1, point a), cinquième tiret, du règlement (CE) no 2201/2003;*

b) *est la juridiction d'un État membre dont le demandeur est ressortissant et sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle et a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande, conformément à l'article 3, paragraphe 1, point a), sixième tiret, du règlement (CE) no 2201/2003;*

c) *est saisie en vertu de l'article 5 du règlement (CE) no 2201/2003 en cas de conversion de la séparation de corps en divorce; ou*

d) *est saisie en vertu de l'article 7 du règlement (CE) no 2201/2003 en cas de compétences résiduelles.*

3. *Si l'accord visé au paragraphe 2 du présent article est conclu avant que la juridiction ne soit saisie pour statuer en matière de régimes matrimoniaux, l'accord doit être conforme à l'article 7, paragraphe 2. »*



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

En l'espèce, le jugement de divorce ne dit rien quant au caractère international de cette affaire.

En raison de l'absence de saisine du juge du divorce en application du Règlement Bruxelles II Bis, il ne peut pas être fait application du principe de **l'automaticité de la concentration du contentieux**.

Il ne peut donc pas non plus être fait application du §2 qui exige un accord écrit, signé et daté des parties.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Il convient dès lors de se reporter aux stipulations de l'article 6 qui prévoit :

« Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu de l'article 4 [décès] ou 5 ou dans des cas autres que ceux prévus à ces articles, sont compétentes pour statuer sur le régime matrimonial des époux les juridictions de l'État membre:

*a) **sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction;** ou, à défaut,*

b) sur le territoire duquel est située la dernière résidence habituelle des époux, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

c) sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,

d) dont les deux époux ont la nationalité au moment de la saisine de la juridiction. »



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

En l'espèce, Benoit vous a précisé qu'il réside aujourd'hui dans les Pyrénées-Orientales et son ex-femme à Paris.

Dès lors, les Juridictions françaises sont compétentes pour connaître de la liquidation et du partage du régime matrimonial de Benoit et de Maria en application de l'article 6 du Règlement régimes matrimoniaux.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

II. La détermination de la loi applicable :

a) Applicabilité du Règlement n°2016/1103/UE 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 :

➤ *Ratione materiae* : (art. 1, §1)

« Le présent règlement s'applique aux régimes matrimoniaux. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières ou administratives. »



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

L'article 3, §1, a) définit un « régime matrimonial » comme étant « *l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution; »*.

« Le champ d'application du présent règlement devrait s'étendre à tous les aspects de droit civil des régimes matrimoniaux, concernant tant la gestion quotidienne des biens des époux que la liquidation du régime, survenant notamment du fait de la séparation du couple ou du décès d'un de ses membres. Aux fins du présent règlement, la notion de « régime matrimonial » devrait être interprétée de manière autonome et devrait englober non seulement les règles auxquelles les époux ne peuvent pas déroger, mais aussi toutes les règles facultatives qui peuvent être fixées par les époux conformément à la loi applicable, ainsi que les règles supplétives de la loi applicable. Elle comprend non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également tous les rapports patrimoniaux entre les époux et dans les relations de ceux-ci avec des tiers résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci. » (cons. 18)



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

/!\ Le § 2 prévoit des exclusions :

« Sont exclus du champ d'application du présent règlement :

a) la capacité juridique des époux;

b) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage;

c) les obligations alimentaires;

d) la succession du conjoint décédé;

e) la sécurité sociale;

f) le droit au transfert ou à l'adaptation entre époux, en cas de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, des droits à la pension de retraite ou d'invalidité acquis au cours du mariage et qui n'ont pas produit des revenus de retraite au cours du mariage;

g) la nature des droits réels portant sur un bien; et

h) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre. »



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

➤ *Ratione loci* : (art. 20)

« La loi désignée comme la loi applicable par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre. »

Le Règlement régimes matrimoniaux est donc d'application **universelle**.

Toutefois, il n'est applicable que dans les Etats membres ayant participé à la coopération renforcée.

Les 18 pays participant à la coopération renforcée sont la Belgique, la Bulgarie, la République tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la France, la Croatie, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, l'Autriche, le Portugal, la Slovénie, la Finlande et la Suède, comme l'autorise la décision n°2016/954/UE du Conseil.

Les autres pays sont libres d'y participer à tout moment après l'adoption du règlement. À cet égard, l'Estonie a annoncé son intérêt, et qu'elle envisagerait de prendre part à la coopération après son adoption.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

➤ *Ratione temporis* : (art. 69)

« 1. *Le présent règlement ne s'applique qu'aux procédures engagées, aux actes authentiques formellement dressés ou enregistrés et aux transactions judiciaires approuvées ou conclues à sa date de mise en application ou après le 29 janvier 2019, sous réserve des paragraphes 2 et 3.*

2. *Si l'action engagée dans l'État membre d'origine a été intentée avant le 29 janvier 2019, les décisions rendues après cette date sont reconnues et exécutées conformément aux dispositions du chapitre IV, dès lors que les règles de compétence appliquées sont conformes à celles prévues par le chapitre II.*

3. ***Le chapitre III [loi applicable] n'est applicable qu'aux époux qui se sont mariés ou qui ont désigné la loi applicable à leur régime matrimonial après le 29 janvier 2019. »***



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

En l'espèce, le Règlement régimes matrimoniaux dans le domaine de la loi applicable internationalement est applicable *ratione materiae* et *ratione loci* au cas de Benoit mais pas *ratione temporis*.

Le Règlement régimes matrimoniaux n'étant pas applicable au cas de Benoit, il convient donc de vérifier l'applicabilité de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

b) Applicabilité de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux :

➤ *Ratione materiae* : (art. 1)

« La présente Convention détermine la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

Elle ne s'applique pas :

- 1. aux obligations alimentaires entre époux ;*
- 2. aux droits successoraux du conjoint survivant ;*
- 3. à la capacité des époux. »*



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

➤ *Ratione loci* : (art. 2)

« La Convention s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un Etat contractant. »

La Convention de La Haye a ainsi un caractère **universel**.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

➤ *Ratione temporis* : (art. 21)

*« La Convention ne s'applique, dans chaque Etat contractant, qu'**aux époux qui se sont mariés ou qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet Etat.** Tout Etat contractant pourra, par déclaration, étendre l'application de la Convention à d'autres époux. »*

La France a signé cette Convention le 26 septembre 1978 et l'a ratifiée le 26 septembre 1979. Cette Convention est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1992.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Dans la mesure où Benoit et Maria se sont mariés le 18 août 1990 à Barcelone en Espagne et ce, sans contrat de mariage préalable, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1992 ne s'applique pas *ratione temporis* au cas de Benoit.

Ainsi ni le Règlement régimes matrimoniaux ni la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ne sont applicables au cas de Benoit, il convient donc de se référer aux règles prétoriennes du droit international privé françaises.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

c) Application du droit international privé français :

Depuis la consultation rédigée par DUMOULIN au profit des époux DE GAMAY en 1525, l'idée de laisser la place à l'autonomie de la volonté pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial s'est imposée en France.

La Cour de cassation a consacré ce principe de liberté de choix dès 1935 (Req., 4 juin 1935, *Zelcer*).



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

La jurisprudence française a donc reconnu la volonté des époux dans la détermination de la loi applicable à leur régime matrimonial dans un contexte international, ce choix pouvant être **exprès** ou **implicite**.

Il est à noter au cas soumis de Benoit qu'il s'est marié avec Maria le 18 août 1990 à Barcelone en Espagne et ce, **sans contrat de mariage préalable**.

Ainsi, aucun choix exprès n'a été exercé en l'espèce, celui-ci pouvant, notamment, résulter d'une clause particulière du contrat de mariage, d'un acte autonome ou d'une déclaration des époux consignée dans l'acte de mariage.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Il convient, par conséquent, de se reporter au choix implicite.

L'hypothèse est celle où les époux n'ont pas choisi la loi applicable à leur régime matrimonial avant la célébration du mariage, *i.e.* lorsqu'ils se sont mariés sans contrat préalable.

La Cour de cassation impose alors de rechercher, d'après les faits et circonstances, le statut matrimonial que les époux ont implicitement eu la volonté commune d'adopter au jour de leur mariage (Req., 4 juin 1935, *Zelcer*).

Différents éléments, même postérieurs au mariage, peuvent être pris en compte pour éclairer la volonté des époux :

- lieu du premier domicile conjugal,
- lieu de célébration du mariage,
- nationalité des époux,
- déclarations des époux postérieures au mariage,
- transcription du mariage dans les registres de l'état civil,
- lieu de naissance des enfants, etc.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

La Cour de cassation accorde une place prépondérante à l'indice fondé sur le **premier domicile matrimonial des époux**.

Voir par exemple :

Civ. 1^e, 22 mai 2007, n°05-20953 ;

Civ. 1^e, 5 novembre 1996, n°94-21603 ;

Civ. 1^e, 2 décembre 1997, n°95-20308 ;

Civ. 1^e, 14 novembre 2006, n°05-12253.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Selon la Cour de cassation :

*« il appartient aux juges du fond de déterminer souverainement, d'après les circonstances concomitantes ou postérieures au mariage, et en tenant compte, **notamment**, du **premier domicile des époux après la célébration de leur union**, le lieu où les époux ont eu, lors du mariage, la volonté de localiser leurs intérêts pécuniaires et dont la loi régira ces intérêts ».*

(Civ. 1^e, 12 janvier 1982, n°80-15176)

Dans cette décision, la Cour de cassation prend, notamment, en considération :

- le lieu d'acquisition d'un appartement,
- le lieu du versement du traitement du mari et de ses frais de mission,
- le domicile indiqué sur la carte d'identité de l'épouse.

Il résulte des critères de la jurisprudence constante qu'il faut, notamment, prendre en considération le premier domicile conjugal, les circonstances postérieures au mariage, le premier établissement stable et durable outre la volonté des époux, au jour du mariage, de localiser dans un Etat leur intérêt pécuniaire.

Autrement dit, la règle de conflit en matière de régime matrimonial est fondée sur l'autonomie de la volonté, choix **présumé** des époux en faveur de la loi de leur premier domicile matrimonial en l'absence de contrat de mariage.

(Civ. 1^e, 19 septembre 2007, n°06-15.295)



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Selon la Cour de cassation :

« Mais attendu que la détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat, avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, doit être faite principalement, en considération de la fixation de leur premier domicile matrimonial ; »

(Civ. 1^e, 22 octobre 2008, n°07-16385)

Il s'agit du lieu où les époux entendent fixer et fixent effectivement de manière stable et durable le siège de leurs intérêts pécuniaires après le mariage.

(Civ. 1^e, 26 octobre 2011, n°10-23298 ;

Civ. 1^e, 23 novembre 2016, n°15-24445)



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

En l'espèce, Benoit et Maria se sont mariés à Barcelone le 18 août 1990.

Le premier domicile matrimonial du couple est à Barcelone en Espagne.

Benoit, qui travaillait pour diverses entreprises internationales de travaux publics, était domicilié à Barcelone.

Il est à souligner que leur fils est né à Barcelone le 2 février 1996 (6 ans après la célébration du mariage), ce qui permet encore de démontrer que le premier domicile des époux était à Barcelone.

Leur fille est née le 15 novembre 1992 aux Iles Canaries.

Aussi, les époux disposaient de comptes bancaires ouverts en Espagne.

Benoit et Maria échangeaient la plupart du temps en espagnol, langue maternelle de Maria.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Ils ont acquis aux îles Baléares un bien immobilier.

La vie des époux démontre la permanence du rattachement à Barcelone puis aux îles Baléares.

L'ensemble de ces nombreux éléments conforte le choix initial des époux de se fixer à Barcelone et aux Iles Baléares et illustre le principe de permanence du rattachement des époux **aux territoires catalans**.

Il convient de préciser que le régime légal catalan, en l'absence de contrat, est celui de la séparation des biens conformément aux dispositions de l'article 231-10 du Code civil catalan, selon lesquelles :

« S'il n'existe pas de pacte ou si le contrat de mariage est inefficace, le régime économique est celui de la séparation de biens »

Il convient également de préciser que la théorie du renvoi étant exclu (Civ. 1^e, 1^e février 1972, *Gouthertz*), le droit catalan substantiel s'appliquera.

En l'état de ces éléments, le régime matrimonial à liquider, est soumis au régime légal catalan de la séparation des biens.



Cas pratique n°2 : La liquidation du régime matrimonial de Benoit et Maria en droit international privé

Pour conclure :

Les Juridictions françaises sont compétentes pour connaître de la liquidation et du partage du régime matrimonial de Benoit et de Maria en application de l'article 6 du Règlement régimes matrimoniaux.

Le régime matrimonial de Benoit et Maria à liquider est soumis au régime légal catalan de la séparation des biens en vertu des règles prétorienne du droit international privé françaises.



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Jean-Edouard a 38 ans et c'est un « franco-français » : commercial en produits électroniques, il est de nationalité française et n'a jamais vécu à l'étranger.

Joanna a 38 ans et est de nationalité allemande. Conseillère en finance reconvertie dans la traduction juridique, elle a rencontré Jean-Edouard lorsqu'ils avaient tous les deux 20 ans et qu'elle était jeune fille au pair à Paris pendant ses études.

Le couple se marie en 2009 à Paris, et leur fille Heidi nait en octobre 2013 alors que le couple vient d'emménager à Garches (92).

A partir de septembre 2018, la vie de la famille se délite : Joanna effectue de plus en plus de séjours en Allemagne avec Heidi, qui ne fréquente que très peu l'école franco-allemande de Saint-Cloud.



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Joanna presse Jean-Edouard de chercher du travail en Allemagne, près de Köln, où la famille pourrait s'installer dans un premier temps chez les parents de Joanna. Jean-Edouard tient bon : il ne parle pas l'allemande et n'apprécie que très modérément ses beaux-parents, qui le lui rendent bien.

A la fin du mois d'août 2019, Joanna part passer deux semaines à Köln avec Heidi, Jean-Edouard insiste pour qu'elles reviennent à temps pour que Heidi puisse faire sa rentrée en CP.

Le 15 octobre, Jean-Edouard vient vous consulter, affolé car :

Joanna refuse de rentrer en France, et a même inscrit Heidi à l'école à Köln

Lorsqu'il est venu en Allemagne pour tenter d'arranger la situation, les parents de Joanna ont appelé la police



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Il a également reçu le 14 octobre le courrier d'un avocat allemand l'informant que Joanna a déposé une requête afin de divorce, l'accusant des pires maux et sollicitant l'autorité parentale exclusive et la résidence de Heidi à son nouveau domicile en Allemagne.

Conseillez-le utilement tout en sachant que :

Bien qu'il n'ait pas été très actif jusqu'à présent dans l'éducation de sa fille, il souhaite que Heidi revienne vivre avec lui en France,

Il veut absolument que le divorce soit prononcé en France, et souhaite faire tomber la procédure introduite en Allemagne

Seuls les éléments de DIP relatifs au prononcé au divorce et à la responsabilité parentale seront envisagés, ni Joanna ni Jean-Edouard ne souhaitent solliciter de pension alimentaire pour eux-mêmes ou de contribution à l'entretien et à l'éducation de Heidi



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Points de droit international privé

I/ Déplacement illicite d'enfant à l'étranger et procédure de retour : droit matériel prévu par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et par le Règlement Bruxelles II bis

II/ Procédure de divorce et de responsabilité parentale en Allemagne : comment soulever l'incompétence sur le prononcé du divorce et la responsabilité parentale

III/ Procédure de divorce et de responsabilité parentale en France : compétence, loi applicable



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

I/ Procédure de retour en cas de déplacement illicite d'un enfant :

A/ Généralités :

Texte de référence : CLH du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

En vigueur en France comme en Allemagne.

Dans ces 2 pays membres de l'UE, en complément, il faut appliquer :

-jusqu'au 1^{er} août 2022 : art. 11 du Règlement CE n°2201/2003 du 27 novembre 2003 (Bruxelles II bis)

-À compter du 1^{er} août 2022 : Règlement CE n°2019/1111 du 25 juin 2019 dit « Bruxelles II ter », et son chapitre 3 dédié aux déplacements illicites d'enfants dans l'espace européen (articles 22 à 29)



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

L'article 1^{er} de la CLH énonce que cet instrument a pour objet

- d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout Etat contractant ;
- de faire respecter effectivement dans les autres Etats contractants les droits de garde et de visite existant dans un Etat contractant.

Selon l'article 2, les Etats contractants *«prennent toutes mesures appropriées pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs de la Convention. A cet effet, ils doivent recourir à leurs procédures d'urgence. »*

La convention est en vigueur actuellement dans 101 Etats, dont l'intégralité des EM de l'UE. Afin d'en garantir l'efficacité, chaque Etat contractant dispose d'une Autorité centrale (en France = BDIP) >>> art 6 de la CLH



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Quand parle t'on de déplacement illicite ?

Article 3 de la CLH : Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

- a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ; et
- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat.

Enfants concernés = ceux âgés de moins de 16 ans et ayant leur RH dans un Etat contractant

3 phases dans l'application de la CLH de 1980 : phase administrative, phase amiable, phase judiciaire



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

B/ La phase administrative :

En l'espèce, Jean-Edouard va devoir remplir une demande afin de saisir le BDIP en France, conformément à l'article 8 de la CLH.

La demande contient :

- a) des informations portant sur l'identité du demandeur, de l'enfant et de la personne dont il est allégué qu'elle a emmené ou retenu l'enfant ;
- b) la date de naissance de l'enfant ;
- c) les motifs sur lesquels se base le demandeur pour réclamer le retour de l'enfant ; **(selon le droit de la RH de l'enfant juste avant son déplacement)**
- d) toutes informations disponibles concernant la localisation de l'enfant et l'identité de la personne avec laquelle l'enfant est présumé se trouver.
- e) une copie authentifiée de toute décision ou de tout accord utiles ; **(aucune décision en l'espèce)**
- f) une attestation ou une déclaration avec affirmation émanant de l'Autorité centrale, ou d'une autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle, ou d'une personne qualifiée, concernant le droit de l'Etat en la matière ; **(généralement une annexe, personne qualifiée peut être un avocat)**



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Cette demande doit être adressée le plus rapidement possible en LRAR à l'AC française. Celle-ci, une fois la demande enregistrée, transmet à l'AC de l'Etat où se trouve l'enfant.

>>> Vous rédigez le formulaire et les annexes avec Jean-Edouard et l'envoyez au BDIP

Problème : délais de traitement, qui peuvent paraître long surtout vu du contexte. L'Avocat ne doit pas hésiter à relancer l'AC française, et l'avocat correspondant à l'étranger doit en faire de même avec l'AC étrangère.

A partir de 2022 : article 23.2 du Règlement Bruxelles II ter >>> l'AC de l'Etat requis accuse réception de la demande dans les 5 jours, et informe le demandeur et l'AC de l'Etat requérant de toute démarche effectuée



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

C/ La phase amiable :

Article 10 de la CLH : L'Autorité centrale de l'Etat où se trouve l'enfant prendra ou fera prendre toute mesure propre à assurer **sa remise volontaire**.

En pratique, l'AC allemande va, conformément à l'article 7 de la CLH :

-Vérifier la localisation de Heidi

-Faire intervenir les services de police en vue de demander si Joanna accepte de faire revenir volontairement sa fille en France

Possibilité de mettre en place une médiation (ex : en France, mission d'aide à la médiation familiale internationale). Renforcement à partir de 2022 avec l'article 25 du Règlement Bruxelles II ter

En cas d'échec, il faut recourir à la phase judiciaire (***en l'espèce, Joanna refuse catégoriquement tout retour amiable de Heidi***)



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

D/ La phase judiciaire :

Article 11 de la CLH : les AC procèdent d'urgence en vue du retour de l'enfant >> procédures les plus rapides du droit national

- **En France** : en priorité, action du PG à jour fixe devant le JAF, le parent demandeur se constitue intervenant volontaire ; mais il peut également agir directement (Attention à la compétence judiciaire : décret 29/10/2004, 1 JAF par ressort de CA)
- **En Allemagne** : on admet plus facilement le recours direct du parent demandeur devant une juridiction spécialisée dite « Tribunal international » (1 seul par länder)

Si la procédure dure plus de six semaines pour obtenir une décision définitive, l'AC de l'Etat requis doit justifier des raisons du retard à l'AC de l'Etat requérant.

A rapprocher : article 11.3 du Règlement Bruxelles II bis (6 semaines sauf circonstances exceptionnelles).

A venir : article 24 du Règlement Bruxelles II ter, qui assouplit la règle de Bruxelles II bis (6 semaines pour une décision de 1^{ère} instance, idem pour la procédure d'appel)



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Jean-Edouard pourra évidemment être entendu, le juge allemand ne pourra refuser le retour s'il n'a pas entendu Jean-Edouard (art. 11.5 Bruxelles II bis, art. 27.1 Bruxelles II ter)

Article 12 CLH : automaticité du retour de l'enfant, dès lors que l'autorité judiciaire de l'EC requis est saisie moins d'un an après le déplacement ou le non retour.

En l'espèce, Heidi est partie à la fin du mois d'août : on est encore dans les temps (cela n'est pas toujours le cas...)

Si plus d'un an s'est écoulé entre le déplacement et la saisine de l'autorité judiciaire, le juge ordonne néanmoins le retour, sauf s'il est établi que l'enfant s'est adapté à son nouveau milieu...

Autres exceptions prévues à l'article 13 ?

Article 13 a) : le droit de garde n'était pas effectivement exercé ou il y a eu acquiescement au départ.

En l'espèce, Jean-Edouard a pris soin de confirmer ses mails de refus d'installation en Allemagne depuis 2018 + a déposé une plainte pénale à son retour infructueux d'Allemagne début octobre



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Jean-Edouard pourra évidemment être entendu, le juge allemand ne pourra refuser le retour s'il n'a pas entendu Jean-Edouard (art. 11.5 Bruxelles II bis, art. 27.1 Bruxelles II ter)

Attention : le juge saisi d'une demande de retour peut exiger la production par le parent demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite au sens de l'article 3 de la Convention, dans la mesure où cette décision ou cette attestation peut être obtenue dans cet Etat (article 15 de la CLH).

Comment obtenir ce document ? (*obligatoire en Allemagne*)

- l'attestation peut être délivrée par l'autorité centrale sur demande du parent victime,
- Possible également d'obtenir une ordonnance sur requête du JAF sur le fondement de l'article 15 de la CLH (ordonnance insusceptible de recours)



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Article 13 b) : il existe un risque de danger physique ou psychologique de l'enfant le plaçant dans une situation intolérable en cas de retour dans l'Etat de sa RH.

Attention : le retour n'affectant pas le fond du droit de garde, le retour de l'enfant n'interdit pas le retour du parent auteur >>> si le juge allemand ordonne le retour de Heidi, il n'empêche pas Joanna de revenir également en France, le juge du divorce tranchera les modalités d'exercice de l'AP.

Condition progressivement vidée de sa substance par la JP disponible sur Incadat.

Mais aussi avec l'art. 11.4 de Bruxelles II bis (renforcé par art. 27.3 à 27.5 Bruxelles II ter) : Une juridiction ne peut pas refuser le retour de l'enfant en vertu de l'article 13, point b), de la convention de La Haye de 1980 s'il est établi que des dispositions adéquates ont été prises pour assurer la protection de l'enfant après son retour.



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Quid de l'audition de l'enfant ? 1 régime plus souple que celui de 388-1 CC, car en pratique le JAF va entendre l'enfant de manière plus systématique.

Audition encore + systématique en Allemagne, où un avocat, faisant office également d'administrateur ad hoc, a été désigné pour Heidi dans le cadre de la demande de divorce, mais aussi dans celui de la demande de retour.

L'article 13 de la CLH prévoit la possibilité de refuser le retour si l'enfant, suffisamment âgé et doué de maturité, s'y oppose.

L'art. 11.2 Bruxelles II bis prévoit l'audition de l'enfant dans le cadre de l'enlèvement.

Avec Bruxelles II ter, le nouvel article 26 va renvoyer à la règle générale de l'article 21 du même règlement, qui érige en principe général la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans les procédures qui le concerne, eu égard à son âge et à son degré de maturité.



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

La décision du juge saisi d'une demande de retour :

➤ S'il accède à la demande : ordonne le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa RH. Attention : si la France a généralisé depuis 2011 le recours à l'exécution provisoire de ce type de décisions, en Allemagne il ne s'agit pas d'une exécution provisoire de droit >>> si Jean-Edouard obtient le retour de Heidi en France, il devra attendre l'issue d'une éventuelle procédure d'appel

L'article 27.6 de Bruxelles II ter prévoit la possibilité de l'exécution provisoire pour une décision de retour.

L'article 28 de Bruxelles II ter impose que l'exécution (qui nécessite le recours à la force publique en cas de dernier recours) dans un délai de 6 semaines à compter de la décision



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

➤ Si le juge rend une décision de non-retour

Dans l'espace européen, système prévu par les articles 11.6 à 11.8 (repris à l'article 29 de Bruxelles II ter)

1/ le juge qui a rendu une décision de non-retour transmet une copie de la décision et des éléments pertinents, directement ou par l'intermédiaire de son AC, à la juridiction compétente de l'EM requérant ou à l'AC requérante. Délai d'1 mois à compter de la décision

2/ le juge de l'AC requérante, s'il n'est pas saisi (***ce n'est pas le cas de Jean-Edouard, voir III***), notifie la décision aux parties et leur demande des observations dans un délai de 3 mois. La juridiction envisage alors la question du fond du droit de garde

3/ Nonobstant la décision de non-retour, le juge de l'ancienne RH de l'enfant peut rendre une décision sur le droit de garde impliquant le retour de l'enfant. Cette décision sera alors exécutoire dans les conditions du droit commun de Bruxelles II bis



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

II/ Les exceptions à soulever devant le juge allemand du divorce :

Par l'intermédiaire de son avocat allemand, Jean-Edouard peut former une exception d'incompétence du juge de Köln, tant ne ce qui concerne le divorce que la responsabilité parentale :

Sur la responsabilité parentale :

L'article 10 du Règlement Bruxelles II bis dispose qu'en cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État membre.

Il faut également que le parent n'ait pas acquiescé au déplacement ou au non-retour (ce n'est pas le cas de Jean-Edouard) et qu'une décision de retour réussisse.



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

En outre, l'article 16 de la CLH de 1980 permet à Jean-Edouard de solliciter le sursis à statuer du Juge allemand, dans la mesure où « après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'Etat contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies, ou jusqu'à ce qu'une période raisonnable ne se soit écoulée sans qu'une demande en application de la Convention n'ait été faite. »

Le juge allemand ne pourra donc recouvrer sa compétence en matière de responsabilité parentale qu'à l'issue d'une décision de non-retour.



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Sur le divorce :

Article 3 du Règlement Bruxelles II bis : sont compétentes pour statuer sur le divorce les juridictions des Etats-membres :

- De la résidence habituelle des époux >>> NON : en l'espèce, Jean-Edouard a sa RH en France et, désormais, Joanna a sa RH en Allemagne
- De leur dernière RH, si l'un d'eux y réside encore >>> NON : la dernière RH des époux n'a jamais été située en Allemagne, mais en France
- De la RH du défendeur >>> NON, car Jean-Edouard a sa RH en France
- De la RH de l'un ou l'autre en cas de demande conjointe >>> NON : il s'agit d'un divorce contentieux
- De la RH du demandeur si RH > 1 an >>> NON, car Joanna a saisi le juge allemand le 14 octobre après son arrivée en Allemagne fin août
- De la RH du demandeur si RH > 6 mois + nationalité >>> NON, pour les mêmes raisons
- De la nationalité commune des 2 époux >>> NON car seule Joanna est allemande

Le juge allemand ne peut donc retenir sa compétence sur le divorce : Jean-Edouard peut donc valablement former une exception d'incompétence sur ce point,



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

III/ L'introduction d'une procédure de divorce en France :

Opportunité et moment de la saisine : Jean-Edouard a tout intérêt à saisir dès que possible le JAF de NANTERRE d'une demande de divorce avec des mesures provisoires concernant la RP.

Problème : il s'agira nécessairement d'une ONC, où la présence des deux époux est requise. Mieux vaut dans ce cas attendre une décision de retour de Heidi, au moins en première instance, pour être certain que Joanna soit de retour au moment où le JAF statuera sur l'ONC.

Quid avec la réforme du divorce à intervenir au 1^{er} septembre ???



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Compétence du JAF en matière de divorce :

Article 3 du Règlement Bruxelles II bis : sont compétentes pour statuer sur le divorce les juridictions des États-membres :

- De la résidence habituelle des époux >>> NON : en l'espèce, les époux résident dans 2 États différents, Jean-Edouard en France et Joanna en Allemagne
- De leur dernière RH, si l'un d'eux y réside encore >>> OUI : la dernière RH des époux est située en France, et Jean-Edouard y réside encore
- De la RH du défendeur : NON, car Joanna a désormais sa RH en Allemagne
- De la RH de l'un ou l'autre en cas de demande conjointe >> NON, car divorce contentieux
- De la RH du demandeur si RH > 1 an >>> OUI, car Jean-Edouard a sa RH en France depuis toujours
- De la RH du demandeur si RH > 6 mois + nationalité >>> OUI, car Jean-Edouard est ressortissant français et vit en France
- De la nationalité commune des 2 époux >>> NON car seul Jean-Edouard est français



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Compétence du JAF en matière de responsabilité parentale :

Le JAF français est compétent sur le fondement de l'article 10 du Règlement Bruxelles II bis, car pour rappel : « En cas de déplacement ou de non-retour illicites d'un enfant, les juridictions de l'État membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicites conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre État membre. »



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Loi applicable au prononcé du divorce :

Texte de référence : Règlement CE n°1259/2010 du 20 décembre 2010 (Rome III)

En l'espèce, pas d'accord écrit entre les époux pour appliquer la loi française (art 5)

Article 8 Rome III :

-Loi de la RH des époux : non car pas de RH commune

-Loi de la dernière RH si fin < 1an + l'un d'eux y réside encore : OUI, car la dernière RH des époux était fixée en France, a pris fin il y a moins d'un an, et constitue toujours la RH de Jean-Edouard >>>> **application de la loi française au prononcé du divorce**



Cas pratique n°3 : Jean-Edouard et Joanna

Loi applicable à la responsabilité parentale :

Application de la CLH du 19/10/1996 relative à la protection des enfants, articles 15 et suivants.

Article 15 : les autorités saisies de la responsabilité parentale appliquent leur propre loi
>>> le juge français valablement saisi pourra appliquer la loi française.

4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

Etude qui a été faite au sein de l'Institut du Droit de la Famille et du Patrimoine – IDFP (groupe de travail droit international)

Restitution publiée dans la revue Droit de la Famille – Février 2020

Idée de regrouper les « bonnes idées » de chacun pour pouvoir pallier les difficultés auxquelles nous sommes confrontés dans les divorces internationaux s'agissant du nouveau divorce par consentement mutuel



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

Observations liminaires

- 1er janvier 2017, date d'entrée en vigueur de la loi J21 sans disposition de DIP
- circulaire du 26 janvier 2017 n° CIV/02/17 (NOR: JUSC1638274C) – notamment fiche n°6
- La difficulté majeure tient au fait que la convention de divorce n'est ni une décision judiciaire ni un acte authentique. Il s'agit donc d'un acte hybride qui ne rentre pas dans les catégories mentionnées dans les instruments européens



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

- Prononcé du divorce

- décret d'application loi J21 prévoit la délivrance, par le notaire dépositaire de la convention, du certificat prévu à l'article 39 du règlement Bruxelles II bis
- article 46 de BII bis : « les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi que les accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que les décisions »
- Mais arrêt CJUE, 1^{re} ch., 20 déc. 2017, no C-372/16, ECLI:EU:C:2017:988, Soha Sahyouni c/ Raja Mamisch est venu jeter le trouble dans l'attente de l'entrée en vigueur de BII ter.

- Obligations alimentaires

Règlement européen n° 4/2009, art. 48 prévoit la reconnaissance et la force exécutoire des « transactions judiciaires » et des « actes authentiques », mais non celles de simples « accords exécutoires »

- Régimes matrimoniaux

Pas de dispositions du nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux prévoyant la « reconnaissance » des actes authentiques, mais leur donne simplement « force probante » dans les autres États membres, tant que les accords consignés dans ces actes ne font pas l'objet d'une contestation devant les juridictions compétentes

Hors UE, la situation est encore plus compliquée, chacun des états appliquant son propre droit international privé.



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

Face à ces difficultés, réflexion quant aux moyens de continuer à utiliser le divorce par consentement mutuel dans un contexte international.

Travail chorologique :

- Points à analyser en amont de la rédaction de la convention
- Rédaction de la convention
- Envoi de la convention et délais
- Reconnaissance et circulation



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

§1 – Analyse en amont de la rédaction de la convention de divorce

A – Vérifications préalables

- Vérifier si notre divorce sans juge est susceptible d’être reconnu dans les Etats dans lesquels il peut être amené à circuler et produire des effets, c’est-à-dire principalement :
 - L’Etat de célébration du mariage,
 - Le ou les Etats des nationalités respectives des parties,
 - Le ou les Etats de résidence des parties
- Solliciter une consultation à un confrère local soit auprès du consulat de l’état concerné qui rendra un certificat de coutume
- Travail de compilation des informations obtenues pour créer une base de données répertoriant les Etats qui reconnaissent le divorce conventionnel ou non. Attention, cela peut évoluer.
- Une fois ces informations récoltées ou à défaut d’avoir pu les obtenir, il apparait indispensable d’informer les clients quel que soit le contenu de la loi étrangère, afin de:
 - leur expliquer les risques et dangers liés à la possible non-reconnaissance du divorce sans juge à l’étranger,
 - leur proposer le cas échéant la solution plus sûre mais plus longue d’un divorce judiciaire.



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

§1 – Analyse en amont de la rédaction de la convention de divorce

B – Alerter sur les risques liés à la non-reconnaissance du divorce par consentement mutuel à l'étranger

- Eviter d'engager notre responsabilité, surtout en cas d'obligations qui devront être exécutées après la signature
- Risques plus limités si enfants majeurs / aucune obligation alimentaire / pays où pas de transcription sur l'état civil (ex Royaume-Uni /USA)
- Solution divorce accepté judiciaire

- Afin de montrer que nous avons rempli cette obligation, nous conseillons d'adresser un courrier au client.



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

Exemple de modèle de lettre

Chère Madame / Cher Monsieur

Vous avez souhaité recourir au divorce par consentement mutuel sans Juge, qui constitue un acte sous seing privé, contresigné par avocat, et déposé au rang des minutes d'un notaire, tel que prévu par l'article 229-1 du Code civil.

Comme je vous l'avais expliqué, je tiens à attirer votre attention sur la reconnaissance à l'étranger de ce divorce sans Juge.

En effet, de nombreux Etats ne reconnaissent pas le divorce lorsqu'il n'est pas prononcé par un juge. Ainsi, si la convention de divorce soit s'appliquer dans un autre Etat que la France ou qu'il faut transcrire le divorce dans un autre Etat, il peut être risqué de recourir au divorce par consentement mutuel français, s'il n'est pas certain que ce type de divorce est bien reconnu.

En effet, cela pourrait aboutir à deux difficultés :

Si le divorce n'est pas reconnu à l'étranger, vous pourriez vous retrouver divorcé en France mais toujours marié à l'étranger,

En cas de non-exécution des conséquences du divorce qui devraient s'exécuter à l'étranger (versement de pension alimentaire, exercice du droit de visite et d'hébergement), il serait très difficile pour les parties de procéder à une exécution forcée.

Il faut donc impérativement rechercher si l'Etat dont vous avez la nationalité, l'Etat où vous résidez, où votre enfant réside, ou plus généralement l'Etat où le divorce devrait trouver à s'appliquer, reconnaît le divorce prononcé non judiciairement. A défaut, il est sans doute préférable de ne pas recourir à un tel divorce.

Dans cette hypothèse, et dans la mesure où vous souhaitez parvenir à un divorce amiable, il est possible de divorcer judiciairement par le biais du divorce accepté. Cela prendra davantage de temps qu'un divorce par consentement mutuel mais cette solution me paraît plus protectrice de vos intérêts.

Restant à votre disposition pour évoquer plus amplement ces points,

Votre bien dévoué(e),



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

C - Sécuriser la compétence des autorités françaises en attendant la signature de la convention de divorce

- Déposer une requête en divorce à titre conservatoire pendant les négociations pour bloquer la compétence si finalement les négociations échouent
- Ou alternativement, signer une convention de procédure participative dans laquelle les deux parties s'engagent à ne saisir aucune juridiction pendant une période donnée.

Extrait d'une convention de procédure participative

DUREE DE LA CONVENTION ou TERME

Elle est prévue pour une durée de 3 mois à compter de sa signature.

Les parties pourront convenir par un avenant écrit et d'un commun accord de la prolongation de la présente convention de procédure participative pour une nouvelle durée déterminée.

À compter de la signature de la présente convention et pendant toute la durée de son exécution, le cours de la prescription extinctive est suspendu conformément à l'article 2238 du Code civil.

La prescription reprendra son cours au terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige objet de la convention, sous réserve de l'inexécution par l'une des parties de la présente convention.

Les parties s'engagent notamment à ne saisir aucun Juge étranger.

En cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient fixées par les parties.



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

§2 – Rédaction de la convention

A – Compétence des autorités françaises et la loi applicable

- circulaire 26 janvier 2017 n°CIV/02/17 fondée sur l'article 46 BII bis pour la compétence liée au divorce et sur Rome III pour la loi applicable
 - mentionner les critères de compétence et de loi applicable quant au principe du divorce au regard des règlements européens
- Mais Arrêt CJUE du 20 décembre 2017 : « *L'article 1er du règlement 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, doit être interprété en ce sens qu'un divorce résultant d'une déclaration unilatérale d'un des époux devant un tribunal religieux ne relève pas du champ d'application matériel de ce règlement.* »
 - Intérêt de justifier de la compétence et de la loi applicable sur le fondement de textes européens ?
- Règlement (UE) n° 2019/1111 du 25 juin 2019, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants dit « Bruxelles II ter »
 - article 2: l'accord est un acte enregistré par une autorité publique notifiée à cet effet par les Etats membres à la commission
 - Quid en attendant?



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

B – Clauses à insérer dans la convention pour en renforcer l'efficacité à l'étranger

- Clause sur le contexte de vie de nos clients, leurs projets en termes de déménagement etc...afin de cadrer les Etats dans lesquels l'acte pourrait devoir circuler
- Clause sur les démarches entreprises pour assurer la reconnaissance et la circulation de la convention

C- Dans quelle langue faut-il rédiger la convention ?

- hypothèse où l'une des parties ne parle pas français : toujours rédigé en français avec une traduction assermentée
- si les deux parties parlent français et qu'aucune traduction dans la langue maternelle des parties n'est annexée à la convention : attestation de bonne compréhension de la langue française en français et dans sa langue d'origine ou avec une traduction dans sa langue d'origine.



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

04

Modèle d'attestation de bonne compréhension de la langue française

Je soussigné(e), Madame, Monsieur _____, épouse de Monsieur _____, née le _____ à _____, de nationalité _____ et _____, exerçant la profession de _____, déclare avoir été pleinement informé(e) par mon conseil, Maître _____, des conséquences familiales, patrimoniales, financières et fiscales de toutes les options qui s'offraient à moi, des risques et des conséquences associées à chacune des options, ainsi que des dispositions prises dans la convention de divorce qui sera déposée au rang des minutes d'un notaire.

Je déclare avoir compris tous les termes de la convention de divorce et n'avoir pas eu besoin d'une traduction de celle-ci dans ma langue maternelle, _____, par un traducteur assermenté, pour en prendre pleinement connaissance et en accepter tous les termes.

Je déclare en outre, avoir fait état en français et en toute compréhension ainsi qu'en toute transparence, de l'intégralité des éléments nécessaires à l'établissement de la convention de divorce, et avoir été informée des sanctions légales qui découleraient de l'inexactitude de mes déclarations.

Pour faire valoir ce que de droit.

Fait à PARIS,

Le



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

§3 – Envoi de la convention – délais

- Difficultés : délais envoi à l'étranger + pays qui ne connaissent pas la LRAR
- RAR électronique – décret 9 mai 2018 en vigueur 1^{er} janvier 2019 – seul prestataire = AR24 avec une LRE qualifiée (IDAS)
- prévoir dans nos conventions la précision selon laquelle les clients reconnaissent avoir ouvert et lu personnellement le courrier recommandé électronique à la date indiquée et / ou attestation du client acceptant ce mode de communication, à annexer à la convention.
- envoi préalable Notaire pour éviter toute difficulté ultérieure
- Certains ont eu recours à une signification à personne par huissier



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

§4 – Reconnaissance et circulation

A - Circulation hors UE

- Art. 1369 du Code civil rappelle que les actes reçus par un officier d'état civil sont considérés comme des actes authentiques, ce qui pourrait suffire pour une autorité étrangère reconnaissant leur valeur. Et donc obtenir la transcription.
- A défaut d'un acte d'état civil français (si le mariage a été célébré à l'étranger et/ou lorsque les époux sont étrangers), il pourrait être envisagé de solliciter auprès du service central de l'état civil du Ministère des Affaires étrangères un certificat « attestant de l'inscription au répertoire civil annexe d'actes, certificats, décisions et extraits » (article 4-1 du décret n°65-422 du 1er juin 1965 sur le service central d'état civil du Ministère des affaires étrangères).



4 : Bonnes pratiques du divorce par consentement mutuel dans un contexte international

B - Circulation intra-européenne

- Prononcé du divorce : solliciter délivrance certificat article 39 BII bis
- Autorité parentale :
Circulaire de 2017 ne prévoit pas que le Notaire puisse délivrer le certificat de l'article 41 du règlement Bruxelles II bis permettant une exécution transfrontalière des mesures relatives aux enfants
 - convention parentale à homologuer en parallèle pour disposer d'un titre exécutoire (articles 373-2-7 Code civil et 1143 CPC)
- Obligations alimentaires :
Exclusion du champs application Règlement obligations alimentaires par la circulaire de 2016 (fiche 10) dès lors qu'il ne s'agit pas d'un acte authentique
 - Idée « d'authentifier » les dispositions des obligations alimentaires
 - Dans l'acte liquidatif
 - Ou à défaut, dans un autre acte authentique en sus de la convention de divorce