

Le choix de la loi étrangère en droit de la famille et des successions

Colloque organisé par l'Institut rhénan de droit notarial de l'Université de Bonn

par Dr. *Jens Heinig*, LL.B., candidat notaire, Düsseldorf/Velbert*

Le 1^{er} mars 2013, l'Institut rhénan de droit notarial de l'Université de Bonn a organisé un colloque consacré au sujet « Le choix de la loi étrangère en droit de la famille et des successions » qui a eu lieu à l'Atrium Maximum de l'Université Johannes Gutenberg de Mayence.

Le professeur *Andreas Roth*, doyen de la filière « Sciences juridiques et économiques » de l'Université Johannes-Gutenberg de Mayence a salué les 40 participants et a donné une introduction au sujet. Après avoir situé la problématique dans le contexte plus large de la globalisation et du conflit entre différentes cultures et religions. Par ailleurs, il a présenté les intervenants du colloque connus, quant à eux, pour leurs nombreuses publications et présentations.

La première conférence a été tenue par le professeur *Sabine Corneloup* (Dijon) sur le sujet des « fondements du choix de la loi applicable en droit de la famille et des successions ». A titre liminaire, elle a donné un aperçu des principaux règlements européens et conventions internationales en la matière en expliquant dans quels domaines la *professio iuris* était irrecevable par principe, à savoir en cas d'adoption, dans toute affaire ayant trait aux mineurs ainsi qu'en ce qui concerne les conditions nécessaires à la conclusion d'un mariage et en cas de partenariats enregistrés. Quant aux derniers, le manque d'autonomie de la volonté des parties (*Parteiautonomie*) était dû à la nécessité d'une coïncidence entre le lieu de l'enregistrement du partenariat et la loi applicable. Dans ce sens, la proposition de la Commission de 2011 visant à harmoniser les règles de conflit applicables aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ne prévoyait pas de *professio iuris*.

Ensuite, Mme *Corneloup* a présenté les particularités du choix de loi applicable en droit de la famille et des successions par rapport à l'autonomie de la volonté en droit international des contrats. En droit de la famille et des successions, seul le choix en faveur de la loi de l'État de

* La version originale allemande de cet article a été publié dans IPRax 2013, 485.

la nationalité et de celle de l'État de la résidence habituelle était possible, sachant qu'il existe des conditions de forme et que le choix implicite de la loi applicable n'est pas admis.

Selon Mme *Corneloup*, la *professio iuris* présente un certain nombre d'avantages : gage de sécurité juridique et de prévisibilité, notamment en ce qui concerne la planification du patrimoine, la possibilité de maintenir le rattachement à la nationalité en cas de rattachement objectif à la résidence habituelle, l'application simplifiée du droit par le synchronisme du *forum* et du *ius* ainsi que de la loi applicable au régime matrimonial et à la succession et enfin, la promotion de l'autonomie de la volonté des parties. Il est plus rare que l'on mentionne l'aspect axé sur le marché inhérent à la *professio iuris* en droit de la famille et des successions, aspect également évoqué par Mme *Corneloup*, à savoir la levée possible des restrictions sur le plan du droit de la famille prévues par la loi objectivement applicable. A cet égard, la possibilité de choix de loi pourrait également engendrer une concurrence des droits de la famille. Si l'ordre public intervient, il faudra, selon Mme *Corneloup*, distinguer entre les États membres de l'UE et les pays tiers.

Globalement, les règles existantes représentaient un équilibre raisonnable entre la liberté de choix de loi, d'une part, et la limitation de celle-ci dans les matières concernées, d'autre part. Toutefois, il existait toujours le risque que le choix des parties porte sur une loi sur laquelle elles ne possèdent pas les informations nécessaires et s'effectue – s'ils choisissent ensemble la loi applicable – sous l'emprise de la partie la plus forte. La seule exigence formelle prévue pour protéger la libre formation de la volonté des parties était en règle générale celle de la forme écrite et du choix exprès ; en droit des successions, il y a lieu, selon Mme *Corneloup*, de respecter la forme d'une disposition pour cause de mort en vertu du règlement européen sur les successions internationales. Conformément à l'art. 7, par. 2 à 4 du règlement Rome III ainsi que l'art. 19, par. 3 de la proposition de règlement relatif aux régimes matrimoniaux des couples mariés, les États membres avaient toutefois la possibilité de prévoir des exigences de forme plus strictes. A ce titre, il était probable que le droit national respectif exige l'authentification dans la plupart des cas. Dans ce contexte, Mme *Corneloup* a fait savoir que la France devait encore adopter une loi d'exécution relative au règlement Rome III, le législateur allemand ayant déjà exercé son pouvoir d'adopter des règles formelles supplémentaires.

La conférence suivante a été tenue par le professeur *Urs Peter Gruber* (Mayence) et portait sur le choix de loi en vertu du règlement Rome III sur le droit international du divorce. *Ratione temporis* le règlement Rome III admettait toujours un choix de loi préalable à un

litige ; l'art. 5, par. 3 du règlement Rome III permettant même aux États membres d'autoriser la *professio iuris* en cours de la procédure de divorce. Conformément à l'art. 46d, al. 2 de la loi introductive au Code civil allemand (*Einführungsgesetz zum BGB ; EGBGB*), le choix de loi était possible jusqu'à la fin de la procédure orale en première instance. Le professeur *Gruber* a estimé que l'on aurait pu admettre un choix de loi à une date ultérieure également. Selon l'art. 46d, al. 1^{er} EGBGB, la *professio iuris* devait faire l'objet d'un acte reçu en la forme authentique. Pour ce qui est de l'applicabilité des différentes règles formelles nationales, il y avait lieu de respecter les dispositions différenciées prévues par l'art. 7, par. 2 à 4 du règlement Rome III.

L'art. 5, par. 1 du règlement Rome III prévoyait quelles lois peuvent être désignées par les parties. Le professeur *Gruber* a expliqué que les dispositions sous c) étaient actuellement controversées en ce qui concerne la question de savoir si les binationaux avaient toujours la possibilité de désigner la loi des deux États ou s'ils devaient en plus respecter les exigences qui leur sont imposées par les règles nationales de conflit de lois. Le professeur *Gruber* s'est prononcé en faveur de la dernière hypothèse si bien qu'en droit allemand, la nationalité effective, respectivement la nationalité allemande, serait décisive en vertu de l'art. 5, al. 1^{er} EGBGB. Cependant, le professeur *Gruber* a fait remarquer que l'opinion dominante actuellement admettait le choix des deux lois sans restrictions pour les binationaux. La *lex fori* (art. 5, par. 1 sous d du règlement Rome III) pouvait, elle aussi, être désignée avant la procédure. A ce titre, seule une loi nationale concrète pouvait faire l'objet du choix et non pas la *lex fori* respective.

Les objectifs principaux du choix de loi consistaient à rendre possible l'applicabilité de la *lex fori*, de désigner, le cas échéant, un droit favorable au divorce ainsi que de créer la sécurité juridique puisqu'un choix valable écarte toute possibilité de changement de loi applicable. L'art. 8 sous b) du règlement Rome III permettait déjà un changement de loi applicable en raison du fait qu'une année s'écoule après le départ d'un conjoint de l'État de la résidence habituelle commune.

S'agissant de l'élément d'extranéité requis selon l'art. 1, par. 1 du règlement Rome III pour son applicabilité, le professeur *Gruber* a estimé que cet élément devait être constitué ou bien au moment ou bien après le choix de loi. Il a invoqué le fait que les conjoints devaient avoir la possibilité de conserver la loi objectivement applicable, sachant que l'art. 5, par. 1 sous a) du règlement Rome III permettait de désigner la loi applicable de la résidence habituelle commune. Par ailleurs, le choix de loi était apparemment déjà possible pour les fiancés. Cette

possibilité était convenable en la matière et correspondait à l'esprit du règlement, bien qu'elle ne ressortait pas clairement du texte même.

L'art. 10, 2^{ème} alternative du règlement Rome III prévoyait une réserve d'ordre public particulière qui s'appliquait lorsque « la loi applicable n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps ». A ce stade, il existait une polémique quant à la question de savoir si cette réserve s'applique lorsque ses conditions sont réunies de manière abstraite, ce qui ressort du libellé de la disposition. En revanche il correspondait à la dogmatique habituelle relative à la réserve de l'ordre public d'exiger qu'une partie soit défavorisée *in concreto*.

Le professeur *Gruber* a également attiré l'attention sur le nouvel art. 17, al. 3 EGBGB. Ce dernier prévoyait toujours un rattachement accessoire à la loi applicable au divorce pour ce qui est de la péréquation des pensions (*Versorgungsausgleich*). La péréquation des pensions n'avait pas lieu par principe en vertu de l'art. 17, al. 3, 2^{ème} partie de la première phrase EGBGB lorsque les deux parties abandonnent le droit allemand. M. *Gruber* a estimé qu'il était douteux en cas de choix de loi si le fait de réaliser, malgré tout, la péréquation répondait au principe d'équité au sens de l'art. 17, al. 3, phr. 2 EGBGB. L'on pourrait éventuellement nuancer selon que les parties étaient conscientes de l'exclusion de la péréquation au moment de leur choix de loi. Il était également concevable que les parties précisent déjà lors du choix de loi que la réalisation de la péréquation correspond à l'équité selon elles. Si les parties avaient désigné le droit allemand comme loi applicable au divorce, il serait possible, selon le professeur *Gruber*, de renoncer à l'exigence supplémentaire prévue pour la mise en œuvre de la péréquation aux termes de l'art. 17, par. 3, (fin de la) première phrase EGBGB. Plus concrètement, cette disposition partait du principe que le droit d'un des États dont les conjoints sont ressortissants connaît également l'institut de la péréquation des pensions. Cette exigence destinée à protéger les conjoints ne s'avérait en effet pas nécessaire lorsque les conjoints avaient déjà opéré un choix délibéré en faveur du droit allemand. A l'heure actuelle, la possibilité d'un choix partiel de la loi applicable aux seules fins de péréquation des pensions n'était pas claire non plus. M. *Gruber* s'est montré critique à l'égard du fait que le projet du règlement relatif aux régimes matrimoniaux couvrait également cette péréquation.

Le professeur *Dieter Henrich* (Regensburg) a consacré son exposé aux possibilités de choix de loi selon le Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci après : le Protocole). Tandis que l'art. 7 du Protocole permettait le choix de loi aux fins d'une seule procédure concrète, les dispositions de l'article 8 du Protocole admettaient un choix de

loi à titre prévisionnel. Ce choix pouvait être opéré dans le cadre d'un contrat de mariage ou à titre isolé. Vu que l'art. 8 du Protocole ne comportait pas l'exigence du choix exprès, à la différence de l'art. 7, la possibilité d'un choix de loi implicite sur la base de l'art. 8 du Protocole trouverait en partie un écho favorable. L'art. 7 s'appliquait à tout type de litige, alors que l'art. 8 prévoyait une exception d'application pour les personnes âgées de moins de 18 ans ou les adultes qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en mesure de pourvoir à leurs intérêts.

Le professeur *Henrich* a ensuite présenté les lois qui peuvent être choisies selon l'art. 8, par. 1 du Protocole. Un choix de loi s'avèrerait particulièrement judicieux lorsque les conjoints s'attendaient à la possibilité que le divorce aura lieu à l'étranger ou qu'un conjoint retournera dans son pays d'origine. En règle générale, le choix de loi n'était reconnu que dans les pays dans lesquels le Protocole de La Haye est en vigueur, à savoir dans tous les États membres de l'UE, à l'exception du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande. Le professeur *Henrich* a fait remarquer qu'en dehors de ce Protocole, un choix de loi en matière d'obligations alimentaires n'était en général pas reconnu.

M. *Henrich* a alors abordé l'étendue et les effets du renvoi. Il s'est penché sur la question de savoir si un juge français pouvait accorder une prestation compensatoire selon le droit français malgré l'application du régime allemand des obligations alimentaires. La prestation compensatoire pouvait être ordonnée en cas de divorce en faveur d'un conjoint sous forme d'un paiement unique ou échelonné. La prestation compensatoire relevait de la loi applicable aux obligations alimentaires. Cependant, non seulement avait-elle une fonction de soutien à l'égard du conjoint concerné, mais aussi celle d'une compensation pour la rupture du mariage. Dans le cas d'espèce, le juge pouvait dissocier ces fonctions et ordonner, outre la pension alimentaire, une prestation compensatoire au titre d'une compensation du préjudice. Ceci entraînait en ligne de compte notamment lorsque le débiteur de la créance alimentaire possède une grande fortune et que la séparation des biens a été convenue comme régime matrimonial.

L'art. 8, par. 5 du Protocole comportait une réserve d'ordre public spécifique qui stipule : « À moins que les parties n'aient été pleinement informées et [qu'elles soient] conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsqu'elle entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties. » Une information complète des parties doit donc être assurée selon le professeur *Henrich* – notamment par le notaire instrumentaire – au moment où elles choisissent la loi applicable aux obligations alimentaires. Pour ce qui concerne cette nouvelle

règlementation, il est douteux que la jurisprudence actuelle relative à l'ordre public dans le domaine des obligations alimentaires puisse être maintenue telle quelle. En effet, si les parties optent en faveur de l'application d'une loi après avoir été pleinement informées, une partie ne pourrait plus se prévaloir ultérieurement d'un désavantage déraisonnable en raison de l'application de la loi choisie. D'un point de vue objectif, une violation de l'ordre public pouvait cependant toujours être constatée, notamment lorsque la loi applicable a des effets négatifs sur l'aide sociale.

Le professeur *Henrich* a ensuite abordé les problèmes provoqués par le fait que le Protocole de La Haye autorise aussi le choix de la loi nationale d'États non contractants. Selon lui, cela peut engendrer des conflits avec des États dans lesquels le Protocole n'est pas appliqué mais qui sont des États contractants de la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ; cela vaut par exemple pour la Turquie. L'art. 8, par. 1 de la Convention de 1973 prévoyait que la loi applicable au divorce est aussi applicable aux obligations alimentaires entre les conjoints. Il n'était par exemple pas certain qu'un couple turc qui a divorcé en Allemagne puisse effectuer un choix de loi selon le Protocole de La Haye. Selon M. *Henrich*, il serait en tous cas possible de désigner la loi nationale en tant que loi applicable vu qu'un État contractant ne s'opposera certainement pas à l'application de sa propre loi.

Le professeur *Henrich* a enfin abordé des questions liées au manque et au cumul de normes dans le cadre du choix de la loi applicable. Le droit de divorce et le droit des obligations alimentaires après le divorce étaient alignés dans de nombreux ordres juridiques. M. *Henrich* a cité comme exemple le droit roumain dans lequel la responsabilité pour l'échec du mariage devait être constatée avant de pouvoir ordonner le paiement d'obligations alimentaires. Le droit italien, lui, exigeait la prononciation d'une *separazione* comme condition préalable à l'entretien alimentaire en cas de vie séparé. Ceci démontrait l'opportunité générale d'une concertation entre la loi applicable au divorce et celle applicable aux obligations alimentaires lors du choix de loi pour éviter des problèmes liés au manque et au cumul de normes.

Le quatrième et dernier exposé du professeur *Christopher Keim* (notaire à Bingen) était consacré au choix de la loi applicable en vertu du règlement européen sur les successions internationales (règlement « successions »), applicable aux successions à partir du 17 août 2015. L'art. 22, par. 1 du règlement « successions » autorisait le choix de la loi nationale comme loi applicable à la succession à cause de mort. M. *Keim* a expliqué que seule une loi nationale concrète pouvait être choisie. Il n'était cependant pas possible de choisir la loi

nationale *respective* en vue d'un changement ultérieur de la nationalité. Toute personne ayant la double nationalité pouvait choisir entre les droits des États dont elle possède la nationalité (art. 22, par. 1, sous-par. 2 du règlement « successions »). L'art. 22, par. 2, 2^{ème} alternative du règlement autorisait également le choix implicite de la loi applicable. L'utilisation d'instituts juridiques typiques tels que la substitution fidéicommissaire (*Vor- und Nacherbschaft*) peut, selon M. *Keim*, constituer l'indice qu'un choix implicite a été fait. Cependant, en raison de la conclusion inverse qui pouvait être tirée de l'art. 83, par. 4 du règlement « successions », des exigences plus strictes devraient s'appliquer aux choix de loi implicites. Selon l'art. 83, par. 4 du règlement, une disposition à cause de mort établie avant le 17 août 2015 est considérée comme incluant un choix de loi à condition que celle-ci ait été « rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent règlement ». D'après le professeur *Keim*, cette disposition s'applique aussi lorsque la disposition est établie avant l'adoption resp. l'entrée en vigueur du règlement « successions ».

La scission de la succession était moins fréquente dans le champ d'application du règlement en raison du rattachement uniforme à la résidence habituelle. Il pouvait cependant toujours y avoir des problèmes de concertation entre la loi successorale et la loi applicable au régime matrimonial. En revanche, ces problèmes diminueraient également car dans les deux domaines, la loi applicable serait de plus en plus souvent celle de l'État de la résidence habituelle. Pour ce qui concerne le droit des biens, le traitement du legs particulier avec effet *in rem* immédiat (*Vindikationslegat*) susciterait des controverses. Il avait parfois été avancé que celui-ci devait être reconnu en Allemagne vu que le règlement a pour objet également le transfert des biens successoraux dans son art. 23, par. 2 sous e). Or, l'art. 1 sous k) et l) du règlement (en liaison avec le considérant 18, phrase 2 en ce qui concerne les immeubles) plaidait contre cette argumentation. En effet, aux fins de cet article, la nature des droits réels ainsi que des inscriptions au registre et leurs conditions et effets (y compris les effets d'inscriptions non effectuées) ne relevaient pas du règlement.

La loi applicable à l'établissement de dispositions à cause de mort était la loi hypothétiquement applicable à la succession au moment de l'établissement (art. 24, par. 1 du règlement « successions »). Si, dans le cadre d'un pacte successoral, plusieurs personnes disposent, le pacte successoral devait être recevable en vertu de chacune des lois nationales applicables (art. 25, par. 2, sous-par. 1 du règlement « successions »). Les parties pouvaient cependant choisir une loi nationale d'une des personnes concernées en tant que loi régissant seule le pacte successoral (art. 25, par. 3). Le choix de loi devrait selon le professeur *Keim*

toujours couvrir expressément la recevabilité et la validité au fond ainsi que, dans le cas des pactes successoraux, leurs effets contraignants entre les parties. Les avis étaient partagés quant à la question de savoir si la *professio iuris* faite dans le cadre d'un pacte successoral est susceptible de produire des effets contraignants. De surcroît, le statut des testaments conjonctifs n'avait pas été clarifié. Selon M. *Keim*, ces derniers doivent être traités au même titre que le pacte successoral étant donné que, d'après la définition de l'art. 3, par. 1^{er} sous b), le terme « pacte successoral » couvre également « un accord résultant de testaments mutuels ». Cette équivalence devrait s'appliquer d'autant plus aux dispositions mutuelles établies par un seul acte.

Le professeur *Keim* a ensuite abordé la disposition transitoire visée à l'art. 83 du règlement « successions ». Des choix de loi conformément à l'art. 25, par. 2 de la loi d'introduction au Code civil allemand (EGBGB) resteraient, certes, possibles pour des biens immeubles situés en Allemagne jusqu'à l'application du règlement le 17 août 2015. Ils ne seraient cependant plus valables lorsque le défunt n'avait ni sa résidence habituelle en Allemagne ni la nationalité allemande au moment du choix de loi (cf. art. 83, par. 2 du règlement « successions »). Des étrangers habitant en Allemagne pourraient à l'avenir valablement conclure un pacte successoral indépendamment de leur loi nationale ; malgré l'invalidité d'un tel pacte successoral aujourd'hui, celui-ci deviendrait valable à partir du 17 août 2015 (cf. art. 83, par. 3 du règlement « successions »). Par contre, si les personnes retournaient après dans leur pays d'origine, elles hériteraient néanmoins selon la loi en vigueur dans ce pays. Dans le cadre de dispositions à cause de mort notariées, il conviendrait à l'avenir de documenter le lieu de résidence en présence d'un élément (potentiel) d'extranéité, d'opérer un choix de loi, le cas échéant, ou bien de déclarer que ce dernier n'est pas souhaité.

Pour conclure, le professeur *Keim* a finalement adressé des problèmes liés à la réserve successorale. Jusqu'à présent, il était possible de réduire la réserve successorale en ayant recours à la scission de la succession admissible selon les règles de conflit de certains pays. A titre d'exemple, du point de vue allemand, la loi successorale anglaise était actuellement applicable aux immeubles situés en Angleterre où la réserve successorale n'existe pas. En vertu du règlement « successions », la loi de la résidence habituelle serait dès lors le point de rattachement universel. Il serait encore possible de réduire la réserve successorale suite à un déménagement en Angleterre, par exemple, mais des renvois partiels en vertu des règles de DIP étrangères devraient bien entendu toujours être pris en considération (cf. art. 34 du règlement « successions »). Selon les dispositions de l'art. 27, par. 2 du projet de règlement

initial de la Commission, les réserves successorales divergentes ne suffisaient pas pour justifier le recours à la réserve de l'ordre public. Ces dispositions avaient été supprimées dans la version finale du règlement. D'après le professeur *Keim*, la question de savoir si une juridiction peut faire abstraction de la loi étant en principe applicable à la succession lorsqu'il s'agit de dispositions manquantes ou inadéquates relatives à la réserve successorale, reste donc ouverte actuellement. La compétence juridictionnelle était rattachée, tout comme la loi applicable à la succession, à la dernière résidence habituelle du défunt (art. 4 du règlement « successions ») ; un choix de loi qui est inséré dans une disposition à cause de mort n'affectait en général pas la compétence juridictionnelle (cf. art. 5 à 7 du règlement « successions »). Le professeur *Keim* a estimé que la renonciation à la réserve successorale tombait, elle aussi, sous la notion du « pacte successoral » visée à l'art. 3, par. 1 sous b), laquelle devait être interprétée de manière large et autonome dans le cadre du règlement.