

# Fiche 4

## Déterminer la loi applicable à un divorce dans un contexte international

Alain DEVERS

### Sommaire

<b>I</b>	<b>Aperçu rapide</b> .....	21	<b>III</b>	<b>Procédure</b> .....	25
	<b>A</b> Caractéristiques générales.....	21		<b>A</b> Assistance et représentation.....	25
	1 Choix de la loi applicable par les époux.....	22		<b>B</b> Matières.....	25
	2 Loi applicable à défaut de choix.....	22		<b>C</b> Compétence (matérielle et/ou territoriale).....	25
	<b>B</b> Conditions d'utilisation .....	22		1 Compétence matérielle .....	25
	<b>C</b> Avis du professionnel.....	22		2 Compétence internationale.....	25
	<b>D</b> Textes.....	23		3 Compétence territoriale.....	25
	1 Textes codifiés.....	23		<b>D</b> Parties .....	25
	2 Règlement européen .....	23		<b>E</b> Rédaction de l'acte de saisine (forme et contenu).....	25
	3 Conventions bilatérales .....	23		<b>F</b> Audience (convocation, comparution, déroulement).....	25
	<b>E</b> Schéma procédural.....	23		<b>G</b> Décision (forme, contenu, caractères, effets, suite).....	26
<b>II</b>	<b>Préparation</b> .....	24		<b>H</b> Recours ou contestation (parties ou tiers).....	26
	<b>A</b> Informations préalables.....	24		<b>I</b> Actes de procédure.....	26
	<b>B</b> Contrôles préalables.....	24			
	<b>C</b> Pièces nécessaires.....	24			
	<b>D</b> Phase précontentieuse.....	24			
	<b>E</b> Coût de la procédure.....	24			

### I

## Aperçu rapide

### A Caractéristiques générales

**47** Hors convention bilatérale, la loi applicable au divorce est déterminée sur la base du règlement Rome III (Cons. UE, règl. [UE] n° 1259/2010, 20 déc. 2010, mettant en œuvre une coopération

renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps : *JOUE* n° L 343, 29 déc. 2010, p. 10). Ce règlement a un caractère universel si bien qu'il s'applique quels que soient la nationalité des époux, leur domicile, leur résidence habituelle (d'un/dans un État membre

participant, État membre non participant ou État tiers) et quelle que soit la loi applicable (loi choisie par les époux ou loi objectivement applicable / loi d'un État membre participant, d'un État membre non participant ou d'un État tiers).

## 1 Choix de la loi applicable par les époux

**48** Les époux peuvent conclure une convention sur le choix de la loi applicable en vertu de l'article 5 du règlement Rome III.

À ce titre, les époux peuvent choisir l'une des lois suivantes :

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

La convention sur le choix de la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction : autrement dit, en France, au plus tard au jour du dépôt de la requête en divorce (pour les procédures engagées **jusqu'au 31 décembre 2020**) ou au jour de la délivrance de l'assignation en divorce ou de la requête conjointe (pour les procédures engagées **à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021**). Pour mémoire, la date du 1<sup>er</sup> janvier 2021 correspond à la nouvelle date d'entrée de la réforme de la procédure applicable aux divorces contentieux (en application du décret n° 2020-950 du 30 juillet 2020 relatif aux conditions de l'élection des bâtonniers du conseil de l'ordre des avocats et au report de la réforme de la saisie conservatoire des comptes bancaires, de l'extension de l'assignation à date et de la réforme de la procédure applicable aux divorces contentieux : JO 1<sup>er</sup> août 2020).

**ATTENTION** Pour les procédures engagées **jusqu'au 31 décembre 2020**, le procès-verbal d'acceptation du principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine, dressé lors de l'audience de conciliation, ne constitue pas une convention sur le choix de la loi applicable au sens du règlement Rome III.

Pour les procédures engagées **à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021**, l'acceptation du principe de la rupture du mariage par acte sous signature privée contresigné

par avocats, conclu avant l'introduction de l'instance, pourra constituer une convention sur le choix de la loi applicable au sens du règlement Rome III. Les avocats feront toutefois attention à l'indiquer expressément et à viser l'article 5 du règlement Rome III.

La convention sur le choix de la loi applicable est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Même si ce n'est pas prévu le règlement Rome III, il est conseillé de préciser le lieu de conclusion de la convention.

**REMARQUE** Une convention sur le choix de la loi applicable peut avoir été insérée dans le contrat de mariage que les époux ont régularisé devant notaire avant leur mariage.

## 2 Loi applicable à défaut de choix

**49** À défaut de choix de la loi applicable par les parties, l'article 8 du règlement Rome III affirme que le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :

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

**REMARQUE** L'article 8 propose une cascade de rattachements qui sont **hiérarchisés**.

## B Conditions d'utilisation

**50** La question de la loi applicable au divorce se pose chaque fois que la procédure de divorce est internationale, autrement dit lorsqu'elle présente des éléments d'extranéité : nationalité étrangère de l'une des parties, résidence habituelle à l'étranger du demandeur ou du défendeur, célébration à l'étranger du mariage, localisation de biens (notamment un immeuble) à l'étranger...

## C Avis du professionnel

**51** Le divorce étant un droit indisponible, déterminer la loi applicable au divorce est une

obligation pour le juge aux affaires familiales. Les conseils des parties ne peuvent donc pas faire l'économie de s'interroger sur cette question. Si les parties souhaitent divorcer en application de la loi française, la conclusion d'une convention sur le choix de la loi applicable devra être évoquée avant le dépôt de la requête en divorce (pour les procédures engagées **jusqu'au 31 décembre 2020**) ou avant la délivrance de l'assignation en divorce (pour les procédures engagées **à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021**).

**REMARQUE** Déterminer la loi applicable au divorce doit être fait avant l'introduction de l'instance en divorce pour s'assurer que, en vertu de cette loi, une cause permettra effectivement le prononcé du divorce.

**REMARQUE** Eu égard aux très grandes incertitudes qui demeurent sur la reconnaissance et l'exécution à l'étranger du divorce par consentement mutuel par acte sous seing privé contresigné par avocats, il semble de bonne pratique de privilégier un divorce accepté. Pour ceux qui, malgré tout, s'essaieront au consentement mutuel par acte sous seing privé contresigné par avocats, il convient de s'assurer de la compétence de la loi française pour régir le divorce. L'applicabilité du règlement Rome III (pour insérer dans la convention de divorce une clause de choix de la loi française pour régir le divorce) est très incertaine, s'agissant d'un divorce qui pourrait être qualifié de « divorce privé » au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (V. CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 20 déc. 2017, aff. C-372/16, *Sahyouni c/ Mamisch* : *JurisData* n° 2017-027300). Il semble qu'il faille en revenir à l'article 309 du Code civil.

Le règlement Bruxelles II bis (refonte) (Cons. UE, règl. [UE] n° 2019/1111, 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 [refonte] : *JOUE* n° L 178, 2 juill. 2019, p. 1), qui entrera en vigueur **le 1<sup>er</sup> août 2022**, favorisera quant à lui la circulation des divorces privés au sein de l'Union européenne.

Pour connaître les causes de divorce selon la loi étrangère applicable, plusieurs outils sont à votre disposition : les fascicules pays du *Juris-Classeur Droit comparé* et quelques sites Internet de confiance :

<http://jafbase.fr>

[www.coupleseurope.eu/fr](http://www.coupleseurope.eu/fr)

[https://e-justice.europa.eu/content\\_divorce-45-fr.do](https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-fr.do)

**REMARQUE** Il sera parfois nécessaire de demander une consultation à un confrère étranger pour s'assurer que la situation du client entre réellement dans l'une des causes de divorce prévues par la loi étrangère.

## D Textes

### 1 Textes codifiés

- C. civ., art. 309.

### 2 Règlement européen

- Cons. UE, règl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dit « Rome III » : *JOUE* n° L 343, 29 déc. 2010, p. 10.

### 3 Conventions bilatérales

- Conv. franco-polonaise, 5 avr. 1967, relative à la loi applicable, à la compétence et l'*exequatur* dans le droit des personnes et de la famille (D. n° 69-176, 13 févr. 1969 : *JO* 22 févr. 1969).
- Conv. franco-yougoslave, 18 mai 1971, relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille (D. n° 73-492, 15 mai 1973 : *JO* 24 mai 1973).
- Conv. franco-marocaine, 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire (D. n° 83-435, 27 mai 1983 : *JO* 1<sup>er</sup> juin 1983).

## E Schéma procédural

**52** La loi applicable au divorce peut être déterminée au stade :

- des mesures provisoires : dans l'ordonnance sur tentative de conciliation (procédures engagées jusqu'au 31 décembre 2020) ou dans l'ordonnance JME sur les mesures provisoires (procédures engagées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021) ; ou,
- au fond : dans le jugement de divorce.

Lorsqu'elle est tranchée à l'occasion des mesures provisoires, la question de la loi applicable au divorce a l'autorité de la chose jugée au provisoire. C'est pourquoi, en pratique, cette question n'est le plus souvent abordée qu'au stade du fond.

**REMARQUE** Aucun accord procédural n'est possible sur la loi applicable au divorce. Un accord entre les parties n'est possible qu'avant l'introduction de l'instance en divorce par le biais de la conclusion d'une convention sur le choix de la loi applicable.

## II

## Préparation

## A Informations préalables

53

Il faut informer le client :

- de la teneur de la loi applicable au divorce à défaut de conclusion d'une convention sur le choix de la loi applicable ;
- de la possibilité ou de l'impossibilité de divorcer en France en application de cette loi ;
- de la possibilité de choisir la loi française dans le cadre d'une convention sur le choix de la loi applicable ;
- de la possibilité de divorcer en France en application de la loi française du for.

## B Contrôles préalables

54

• Rechercher les éléments d'extranéité.

- Vérifier la ou les nationalités des époux.
- Vérifier le lieu de la résidence habituelle commune des époux, celui de leur dernière résidence habituelle et celui de leur résidence habituelle depuis la séparation.
- Vérifier qu'aucune convention bilatérale n'est applicable (Conv. franco-polonaise, 5 avr. 1967 ; Conv. franco-yougoslave, 18 mai 1971 ; Conv. franco-marocaine, 10 août 1981 : sur lesquelles, V. H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Droit international*, Fasc. 547-40, § 21-27).
- Vérifier que le règlement Rome III est applicable (V. H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Droit international*, Fasc. 547-20, § 26).
- Demander au client si les époux ont précédemment conclu une convention sur le choix de la loi applicable au divorce.
- Vérifier qu'en vertu de la loi applicable le divorce pourra effectivement être prononcé en France.
- Vérifier si la loi applicable accorde 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.
- Vérifier que selon la loi applicable le divorce n'est pas contraire à l'ordre public français en matière internationale.
- Vérifier que le mariage, lorsqu'il a été célébré à l'étranger, a été transcrit sur les registres français d'état civil.

55

Délais pour agir.

- **Délai pour conclure une convention de choix de la loi applicable au divorce** : jusqu'à la date de saisine du juge aux affaires familiales. La convention peut être conclue et modifiée à tout moment mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction, autrement dit au plus tard au jour du dépôt de la requête en divorce.
- **Délai pour saisir le juge aux affaires familiales** : aucun, mais il faut être très attentif au risque de saisine d'un juge étranger par l'époux défendeur (risque de litispendance) qui viendrait faire obstacle à la procédure française de divorce.

## C Pièces nécessaires

56

• Copie intégrale de moins de trois mois

- des actes de naissance des époux et des enfants.
- Copie intégrale de moins de trois mois de l'acte de mariage.
- Carte nationale d'identité et/ou passeport des époux et des enfants.
- Copie du livret de famille (toutes les pages).
- Justificatifs de résidence habituelle des époux et des enfants (au jour du mariage et au jour du divorce).

## D Phase précontentieuse

57

Une convention sur le choix de la loi appli-

- cable doit impérativement être conclue avant l'introduction de l'instance en divorce. Elle ne peut en effet pas être conclue pendant la procédure. Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel judiciaire, la convention peut être insérée dans la convention portant règlement complet des effets du divorce.

## E Coût de la procédure

58

Les honoraires libres de l'avocat.

- Les frais de signification de l'huissier (assignation aux fins de tentative de conciliation, assignation en divorce...).
- Les frais de traduction du traducteur (des pièces et/ou des actes).

## III

## Procédure

## A Assistance et représentation

**59** Le ministère d'avocat est en principe obligatoire (C. civ., art. 250, pour le consentement mutuel judiciaire. – C. civ., art. 251, art. 253 et 751 pour les autres procédures de divorce).

## B Matières

**60** Le divorce par consentement mutuel judiciaire relève de la matière gracieuse (CPC, art. 1088).

Les autres procédures de divorce relèvent de la matière contentieuse (CPC, art. 1114).

## C Compétence (matérielle et/ou territoriale)

## 1 Compétence matérielle

**61** Le juge aux affaires familiales est compétent (COJ, art. L. 213-3).

## 2 Compétence internationale

**62** La compétence internationale du juge aux affaires familiales est en principe déterminée sur la base du règlement Bruxelles II bis (Cons. UE, régl. [CE] n° 2201/2003, 27 nov. 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement [CE] n° 1347/2000. – Sur lequel, V. H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Droit international*, Fasc. 547-10, § 32-41).

## 3 Compétence territoriale

**63** La compétence territoriale du juge aux affaires familiales est en principe déterminée sur la base de l'article 1070 du Code de procédure civile. Dans l'hypothèse où l'article 1070 du Code de procédure civile ne permet pas de déterminer le juge aux affaires familiales territorialement compétent, le demandeur « peut valablement saisir le Tribunal qu'il choisit en raison d'un lien de rattachement de l'instance au territoire français ou à défaut, selon les exigences d'une bonne administration de la

justice » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 juin 1978, n° 77-11.610 : *JurisData* n° 1978-799001 ; *Bull. civ.* 1978, I, n° 223. – V. égal. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 janv. 1980, n° 78-13.146 : *JurisData* n° 1980-000038 ; *Bull. civ.* 1980, I, n° 38).

**EXEMPLE** Pour un couple de Français vivant l'un et l'autre à l'étranger, l'instance en divorce peut être introduite devant le tribunal du lieu de célébration du mariage ou de la dernière résidence habituelle commune en France.

## D Parties

**64** Les époux.

## E Rédaction de l'acte de saisine (forme et contenu)

**65** La demande en divorce par consentement mutuel judiciaire est formée par une requête unique des époux (CPC, art. 1089). La requête est présentée par les avocats respectifs des parties ou par un avocat choisi d'un commun accord (C. civ., art. 250).

Pour les autres procédures de divorce (engagées **jusqu'au 31 décembre 2020**), la demande en divorce est formée par une requête unilatérale de l'un des époux (CPC, art. 1106). La demande en divorce sera formée par assignation en divorce ou par requête conjointe en divorce pour les procédures engagées **à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021**.

## F Audience (convocation, comparution, déroulement)

**66** Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel judiciaire, les époux sont convoqués pour leur audition par le juge aux affaires familiales (CPC, art. 1098). Au terme de cette audition, il rend en principe sur-le-champ un jugement par lequel il homologue la convention et prononce le divorce (CPC, art. 1099).

Pour les autres procédures de divorce (engagées **jusqu'au 31 décembre 2020**), les époux sont convoqués pour la tentative de conciliation (CPC, art. 1108). L'ordonnance sur tentative de conciliation autorise ensuite les époux à assigner en

divorce. Pour les procédures engagées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021, la première audience sera une audience d'orientation et sur mesures provisoires. Lors de cette audience, les époux seront en principe présents. Il n'y aura plus d'entretiens individuels avec le juge aux affaires familiales. Les avocats des époux présenteront leurs demandes de mesures provisoires.

## G Décision (forme, contenu, caractères, effets, suite)

**67** Dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire, le jugement peut rejeter la demande ou prononcer le divorce et homologuer la convention.

Dans les autres procédures de divorce (engagées jusqu'au 31 décembre 2020), le juge conciliateur rend une ordonnance sur tentative de conciliation qui fixe les mesures provisoires. Après l'assignation en divorce, le jugement peut rejeter la demande ou prononcer le divorce et statuer sur les mesures accessoires (prestation compensatoire, autorité parentale, résidence habituelle des enfants, droit de visite et d'hébergement du parent « non gardien », contribution à l'entretien et l'éducation des enfants...).

Pour les procédures engagées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021, la décision du juge sur les mesures provisoires aura en principe un caractère rétroactif au jour de l'assignation en divorce. Le jugement qui sera ensuite rendu au fond pourra rejeter la demande ou prononcer le divorce et statuer sur les mesures accessoires (prestation compensatoire, autorité parentale, résidence habituelle des enfants, droit de visite et d'hébergement du parent « non gardien », contribution à l'entretien et l'éducation des enfants...).

## H Recours ou contestation (parties ou tiers)

**68** Le jugement qui rejette la demande de divorce par consentement mutuel est susceptible d'appel dans les quinze jours à compter de la date de la décision (CPC, art. 1102). Le jugement qui

prononce le divorce par consentement mutuel n'est pas susceptible d'appel, mais il peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai de quinze jours à compter de la décision qui homologue la convention et prononce le divorce (CPC, art. 1103).

Dans les autres procédures de divorce (engagées jusqu'au 31 décembre 2020), l'ordonnance sur tentative de conciliation est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa signification, mais seulement quant à la compétence et aux mesures provisoires (CPC, art. 1112 et 1119). Dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner en divorce (CPC, art. 1113, al. 1). Au plus tard, l'assignation en divorce doit être délivrée dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance (CPC, art. 1113, al. 1). Passé ce délai, les dispositions de l'ordonnance sont caduques dont l'autorisation d'assigner. Le jugement de divorce est susceptible d'appel dans le mois de sa signification.

### CHECK-LIST • Rassembler les pièces nécessaires :

- copie intégrale de moins de trois mois des actes de naissance des époux et des enfants ;
  - copie intégrale de moins de trois mois de l'acte de mariage ;
  - carte nationale d'identité et/ou passeport des époux et des enfants ;
  - copie du livret de famille (toutes les pages) ;
  - justificatifs de résidence habituelle des époux et des enfants.
- Faire traduire en français les pièces rédigées en langue étrangère.

## I Actes de procédure

Avant l'introduction de l'instance en divorce, les époux peuvent conclure une convention sur le choix de la loi applicable au divorce. Le plus souvent, il s'agira en pratique du choix de la loi française du for.

Cette convention peut être rédigée comme suit :

**CONVENTION DE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE ET À LA SÉPARATION DE CORPS**

..... (Identification complète du premier époux)  
Ayant pour avocat..... (désignation de l'avocat du premier époux)  
D'une part,

Et  
..... (identification complète du second époux)  
Ayant pour avocat..... (désignation de l'avocat du second époux)  
D'autre part,  
Il est rappelé ce qui suit :

..... (identification du premier époux) est de nationalité.....  
..... (identification du second époux) est de nationalité.....  
Les époux..... (noms) ont contracté mariage le..... (date du mariage) à..... (pays/ville du lieu de mariage).  
Ils avaient établi leur dernière résidence habituelle commune en/à/au..... (pays de résidence habituelle).  
Ils vivent séparément depuis le (date de la séparation).  
Depuis leur séparation, ..... (identification du premier époux) réside habituellement en/à/au..... (pays de résidence habituelle) et..... (identification du second époux) réside habituellement en/à/au..... (pays de résidence habituelle).  
Il est convenu ce qui suit :  
En application de l'article 5, § 1 (précisez la lettre visée) du règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, les époux désignent la loi (précisez la loi choisie) pour régir leur divorce et leur séparation de corps.

Fait à..... (lieu)  
Le..... (date)  
(Signature du premier époux)  
(Signature du second époux)  
(Signature du ou des avocat[s])

**POUR ALLER PLUS LOIN****Fascicules JurisClasseur**

- H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Droit international*, Fasc. 547-10, *Divorce*. – *Divorce prononcé en France*. – *Introduction*. – *Compétence des tribunaux français*. – *Particularités de l'instance*.
- H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Droit international*, Fasc. 547-20, *Divorce*. – *Divorce prononcé en France*. – *Loi applicable*. – *Effets*. – *Conversion de la séparation de corps en divorce*.
- H. Gaudemet-Tallon : *JCl. Droit international*, Fasc. 547-40, *Divorce*. – *Conventions internationales*.
- V. les fascicules par pays : *JCl. Droit comparé*.

**Synthèse JurisClasseur**

- *JCl. Droit international*, Synthèse 120, *Divorce, séparation de corps*, par H. Fulchiron.

**Revues**

- A. Devers, *Choisir la loi applicable au divorce et à la séparation de corps en vertu du règlement « Rome III »* : *Procédures* 2012, alerte 34.
- A. Devers et M. Farge, *Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce* : *JCP G* 2012, doct. 778.
- X. Guédé et F. Letellier, *Désignation de loi applicable au divorce : quand et comment en toute sécurité juridique ?* : *JCP N* 2015, 1109.