



HAL
open science

”Choix d’une loi identifiée et choix de la loi du for : une distinction à géométrie variable”

Philippine Blajan

► To cite this version:

Philippine Blajan. ”Choix d’une loi identifiée et choix de la loi du for : une distinction à géométrie variable”. *Revue de droit international d’Assas / Assas International Law Review*, 2022, 5, pp.8. hal-04719273

HAL Id: hal-04719273

<https://hal.science/hal-04719273v1>

Submitted on 3 Oct 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Libres propos - Choix d'une loi identifiée et choix de la loi du for : une distinction à géométrie variable. Quelques remarques à propos de l'arrêt Civ. 1^{re} 26 janvier 2022, n°20-21.542, publié au Bulletin - Commentaire par Philippine Blajan

[Visualiser l'article dans sa version PDF](#)

Revue de droit international d'Assas n° 5, 1 Mai 2022, 8

Choix d'une loi identifiée et choix de la loi du for : une distinction à géométrie variable. Quelques remarques à propos de l'arrêt Civ. 1^{re} 26 janvier 2022, n°20-21.542, publié au Bulletin

Commentaire par Philippine Blajan Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Libres propos

Le choix anticipé de la loi française pour régir un divorce, non valable d'après les articles 5.1 a) à c) du règlement Rome III, peut-il être validé au stade contentieux en tant que choix de la *lex foris* sur le fondement de l'article 5.1 d) ? La première chambre civile de la Cour de cassation répond positivement à cette question, éclairant ainsi le sens de la disposition en cause du règlement européen [Note 1](#). La différence, au stade précontentieux, entre le choix d'une loi déterminée et le choix de la loi d'un for indéterminé est susceptible de s'effacer au stade contentieux, lorsque le for compétemment saisi est celui dont est issue la loi qui avait été choisie, de sorte que celle-ci devient applicable en tant que loi du for.

Un homme de nationalité russe et mexicaine avait épousé une femme de nationalité russe en Russie, sans contrat de mariage. Par un acte authentique postérieur, les époux ont adopté le régime français de la séparation de biens à l'égard de leurs biens situés en France, et, par ce même acte, ont prévu que la loi française régirait leur éventuel divorce. L'épouse ayant déposé une requête en divorce devant le juge français, la question de la loi applicable se posait [Note 2](#). La réponse se trouve dans le Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération judiciaire renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (dit Règlement « Rome III ») [Note 3](#). L'article 5 de ce texte permet aux époux de choisir d'un commun accord la loi applicable à leur éventuel divorce (art. 5.1) [Note 4](#), à tout moment durant le mariage, et au plus tard au moment de la saisine de la juridiction (art. 5.2), sauf si la loi du for permet une désignation en cours de procédure (art. 5.3).

La faculté de choix de loi n'est cependant pas illimitée [Note 5](#). Le texte l'enserme dans une option entre plusieurs lois présentant un lien avec les époux. En suivant l'ordre du texte, les parties peuvent convenir de désigner la loi de l'État de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention (art. 5.1 a)), ou la loi de l'État de leur dernière résidence habituelle, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention (art. 5.1 b)), ou la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention (art. 5.1 c)) ou, enfin, la loi du for (art. 5.1 d)) [Note 6](#). En l'espèce, les parties avaient choisi la loi française, qui ne correspondait à aucune des lois désignées par les critères de rattachement retenus aux paragraphes a) à c) de l'article 5.1. En revanche, la loi française choisie en ces termes correspondait, au jour de sa saisine, à la loi du juge français compétemment saisi, autrement dit à la « loi du for », dont le choix est permis par le paragraphe d) du même article. C'est sur ce fondement que la Cour d'appel a déclaré l'applicabilité de la loi française au divorce des époux.

Pour s'y opposer, le demandeur au pourvoi faisait valoir que la Cour d'appel avait violé l'article 5 du règlement, dans la mesure où les époux avaient expressément désigné, non pas la « loi du for », mais la « loi française ». Or, il insistait sur l'importance de cette nuance, qui révèle une différence quant à la volonté sous-jacente des époux. Choisir la « loi du for », c'est nécessairement lier la compétence du juge et la loi applicable au fond, tandis que choisir la « loi française », c'est accepter une éventuelle dissociation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable au fond, tant que le droit choisi est effectivement applicable au fond.

D'après le moyen, le choix de la loi française pouvait d'autant moins s'entendre comme le choix de la loi du for que les époux n'avaient pas pris parti sur la compétence du juge apte à statuer sur le divorce. De fait, ils n'étaient guère en mesure de la fixer. Le Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit « Bruxelles II bis ») ne permet pas aux parties de conclure un accord de choix de for, laissant au demandeur le soin de sélectionner, au sein d'une option de compétences, le juge devant lequel il portera son action. D'après le demandeur au pourvoi, la juridiction saisie, française ou non, devait donc s'interroger sur l'applicabilité de la loi française choisie au regard des paragraphes a) à c) de l'article 5, et non du paragraphe d). La circonstance que la juridiction française ait été saisie ne devait pas permettre au choix de la loi française d'être validé par cette dernière disposition, puisque les parties n'avaient pas entendu choisir la « loi du for ».

Enchâssée entre ces deux points, la seconde branche du moyen affirmait que le choix de la « loi du for » suppose que les parties se soient assurées, au moment où elles se sont engagées, du *contenu* de cette loi. Pour que cette prise de connaissance soit possible, le for devait être connu préalablement au choix de la *lex fori*, de manière à permettre au consentement des époux d'être parfaitement éclairé quant à leur choix de loi, ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque, ainsi que l'on vient de le voir, le for était inconnu.

En somme, la difficulté tenait au fait que les parties avaient exprimé leur volonté que la loi française soit applicable non pas en sa qualité de « loi du for », au sens de l'article 5.1 d), mais pour des raisons d'ordre substantiel, à un moment où le for du divorce et, par conséquent, le contenu de la *lex fori* n'étaient pas déterminés, ni déterminables.

La Cour de cassation devait répondre à la question de savoir si le choix de la loi applicable au divorce désignant la loi d'un État qui n'est pas l'une de celles qu'énumèrent les points a) à c) de l'article 5 du Règlement Rome III, mais celle du juge qui a ultérieurement été saisi de la demande en divorce, pouvait être considéré comme valable au titre du point d) du même article. Autrement dit, malgré le caractère *fortuite* de la correspondance entre la loi choisie et la loi du for saisi, ce dernier pouvait-il appliquer la loi choisie en sa qualité de *lex fori*, par ce procédé, valider *a posteriori* le choix de la loi française ?

La Cour de cassation a approuvé l'application que la Cour d'appel a faite de l'article 5 du Règlement Rome III, considérant que les juges du fond avaient « déduit à bon droit » que la loi française choisie par les époux était applicable en tant que loi du for [Note 7](#). La solution nous paraît devoir être approuvée. Il ne s'agit pas seulement d'admettre un « rattrapage » judiciaire d'un choix de loi initialement non valide (car ne correspondant pas aux options ouvertes par les trois premiers

paragraphes de l'article 5) au stade contentieux, puisqu'un fondement légal (le quatrième paragraphe de cet article) est trouvé pour valider et pour fonder *a posteriori* son efficacité. Il ne s'agit pas non plus de justifier ce procédé au seul regard du respect des prévisions des parties fondées sur leur choix de loi et au détriment des limites posées par le Règlement. Il nous semble qu'au-delà de l'objectif de protection des prévisions fondées sur un choix de loi, digne de considération au demeurant, et auquel l'arrêt répond par une interprétation *in favorem validitatis* de l'article 5.1 d), cette solution corrige également un important défaut du droit international privé européen du divorce qui, d'une part, ouvre aux parties la faculté de choisir la « loi du for » mais qui, par ailleurs, ne leur permet pas de choisir d'un commun accord ce for.

L'approbation de la solution n'est toutefois pas exclusive de celle du moyen du pourvoi, et la clé de compréhension de ce paradoxe réside dans la considération du droit de la compétence juridictionnelle, d'une part, et dans la distinction entre le moment où le choix de loi est *effectué* par les parties, et celui où il est *examiné* par le juge, d'autre part. La distinction entre le choix d'une loi nationale expressément identifiée et le choix de la « loi du for », que le demandeur au pourvoi mettait en avant, est avérée, puisque chacun dénote une volonté distincte des époux *au moment du choix* (I). Néanmoins, lorsqu'*au moment de l'instance*, il apparaît que la loi du for est celle que les parties avaient choisie, la Cour de cassation admet qu'elle puisse être appliquée en tant que telle, en vertu de l'article 5.1 d) du Règlement Rome III ; solution qui peut se comprendre au regard de l'absence de faculté pour les parties de fixer le for compétent (II).

I. Le choix d'une loi déterminée et le choix de la loi du for dénotent une volonté commune bien différente de la part des époux.

Le pourvoi insistait sur la différence – bien réelle, au stade précontentieux – entre le choix de la loi française, que les parties avaient effectué (B), et le choix de la « loi du for » (A).

» A. Le choix de la « loi du for »

De manière générale, le choix, par les parties disposant d'une forme d'autonomie, de soumettre leur rapport de droit à la « loi du for » se distingue *plus ou moins* du choix d'une loi précise (la loi française, anglaise, etc.) pour régir le rapport de droit, et le degré de différence entre ces options législatives dépend d'une circonstance qui se situe sur le plan de la compétence juridictionnelle : la fixation ou non de la compétence du for dont la loi est désignée comme applicable.

Choisir la « loi du for », *alors que ce dernier est par ailleurs fixé*, dénote une double volonté commune des parties, à la fois conflictuelle et substantielle : le choix de la loi du for porte sur la configuration des rapports *forum-jus*, sans être exclusif de considérations substantielles. D'un côté, les parties choisissent une réunion *forum-jus* pour optimiser certains aspects procéduraux ou pour limiter certaines difficultés procédurales susceptibles de surgir lorsque le juge doit appliquer une loi étrangère, mais de l'autre, elles effectuent ce choix dans le but d'obtenir l'application du droit du for. Leur choix peut porter sur la *lex fori* tant que source de la règle substantielle, quel qu'en soit le contenu, ou bien, plus directement et plus substantiellement encore, sur la règle substantielle contenue dans la *lex fori*. Or, si cette dernière leur est connue, c'est précisément en raison de la compétence exclusive des juridictions d'un ordre juridique donné. Par exemple, en matière contractuelle, lorsqu'au moyen d'une clause de choix de juridiction, les parties sont à l'origine de la compétence exclusive d'un for, elles sont en mesure de connaître le contenu de la *lex fori*, et de la choisir pour régir leur rapport de droit^{Note 8}. Le cas échéant, le choix de la *lex fori* n'est ni aveugle, ni abstrait. Il est permis par la précaution préalable prise par les parties de fixer la compétence exclusive d'un for dont le droit sera applicable au fond. Les parties coupent ainsi court à l'éventualité que le juge du for applique une loi étrangère, au profit de la loi que le juge connaît le mieux et qu'il est le mieux à même d'appliquer non seulement correctement, mais aussi rapidement^{Note 9} : la *lex fori*. Le bénéfice de la célérité et de l'optimisation de la qualité du jugement à venir n'est pas exclusif d'un autre avantage, qu'elles tirent du contenu même du droit du for, dont les parties peuvent avoir connaissance, voire, lorsque cela est le cas, qui peut avoir guidé leur choix de for. De fait, il se peut encore que le choix de for trouve directement sa raison d'être dans le choix par les parties de désigner une loi donnée pour régir leur contrat. Ayant identifié la loi qu'elles entendent voir régir leur contrat, les parties élisent le juge idéalement placé pour l'appliquer : le *forum legis*. Dans un cas comme dans l'autre, le choix de juridiction n'est pas seulement procédural ; il comporte une dimension substantielle. Que des parties entendent soumettre leurs litiges exclusivement aux juridictions anglaises, et les faire régir par la loi du for, ou bien qu'elles entendent avant tout soumettre leur contrat à la loi anglaise et la voir appliquée par le juge anglais qui la connaît le mieux, il est clair qu'*au moment où elles ont formulé le choix de for*, les parties se sont aussi accordées sur l'application au fond d'une loi identifiée (en l'occurrence, la loi anglaise), en tant que source de la solution et éventuellement en raison du contenu de celle-ci.

En l'absence de manifestation de volonté des parties en faveur de la compétence exclusive d'une juridiction donnée, et lorsque la compétence exclusive d'un for ne résulte pas non plus d'un choix du législateur, en revanche, le choix de la loi du for ne permet pas, au stade précontentieux, d'identifier la loi applicable.

Choisir la « loi du for », *alors que ce dernier n'est pas encore déterminé*, ce n'est donc pas présélectionner une source de droit matériel, voire, en son sein, une règle matérielle identifiée dont l'application est jugée désirable au fond, mais seulement fixer le *mode de désignation* de la loi applicable. Les parties manifestent une intention principalement conflictuelle : elles se bornent à indiquer leur intention que la loi applicable soit celle du juge compétemment saisi, autrement dit, la *lex fori*, et que toutes les autres règles de désignation de la loi applicable soient exclues. Le choix de la loi du for correspond alors à la volonté des parties que la loi applicable suive la compétence juridictionnelle, sur le mode de la jonction. Mais puisque, comme dans l'hypothèse ici étudiée et ainsi que le demandeur au pourvoi l'avait, les parties ne connaissent pas par avance la juridiction qui sera saisie, elles se trouvent dans l'impossibilité d'identifier la source législative compétente et de prendre connaissance de son contenu.

La différence entre le choix de la *lex fori* en présence ou en l'absence d'une compétence juridictionnelle exclusive apparaît ainsi clairement. À défaut de compétence exclusive du for, éventuellement voulue par les parties, le choix de la loi du for ne porte pas sur une loi précisément identifiée (la loi française, la loi anglaise, etc.), ni sur le contenu de celle-ci puisque, par hypothèse, tant qu'un juge, parmi tous ceux susceptibles de l'être, n'est pas compétemment saisi, les parties ignorent quelle est cette loi. Dans ce contexte, bien que le choix de la loi du for comporte une dimension substantielle, sous l'angle de l'optimisation de l'application de la loi par le juge qui la connaît le mieux, l'objet du choix de la loi du for apparaît principalement procédural et distinct de la désignation d'une loi identifiée, dans la mesure où il porte seulement sur la configuration des rapports *forum-jus*. Pour les parties, choisir la loi du for signifie qu'elles entendent donner les conséquences que peut porter l'extranéité de leur rapport juridique sur la nature des rapports entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, quelle que soit cette dernière. Les parties peuvent ainsi souhaiter renoncer aux avantages de l'applicabilité d'une loi étrangère, et remédier à ces inconvénients, en réunissant volontairement le *forum et le jus*, c'est-à-dire en assimilant, autant que possible, leur rapport juridique international à un rapport juridique interne. Pour le redire autrement, en l'absence de clause fixant la compétence exclusive d'une juridiction, le choix *précontentieux* de la *lex fori* permet de

fixer le *mode de désignation* de la loi applicable, mais ne permet pas l'identification précise de celle-ci. Le choix de la loi du for n'anticipe pas l'identification précise de la loi applicable, qui reste dépendante de la saisine ultérieure d'un juge compétent, et non identifiée au moment où le choix de loi ainsi libellé est effectué. En somme, la certitude que la fixation de la compétence juridictionnelle déterminera corrélativement l'applicabilité de la loi du for n'enlève pas au choix de loi son caractère « flottant » [Note 10](#). Dans l'attente de ce moment, les parties ne sont pas en mesure d'identifier le droit applicable à leur différend. Par conséquent, un tel choix n'améliore la prévisibilité de la loi applicable que très partiellement [Note 11](#).

L'instabilité dans laquelle le choix de la loi du for laisse le rapport de droit, dans un contexte où la compétence juridictionnelle n'était pas fixée, comme en l'espèce, le relègue à la catégorie des hypothèses d'école [Note 12](#). C'est au demeurant ce que le demandeur au pourvoi faisait valoir, à juste titre. Il insistait sur le fait que le choix de la loi « du for » à un moment où ce for restait inconnu de manière à s'assurer d'une jonction *forum-jus* n'était manifestement pas la volonté des époux, qui, au demeurant, avaient bien stipulé qu'elles entendaient soumettre leur divorce « à la loi française », quelle que soit la juridiction saisie.

» B. Le choix de la « loi française »

Il ressort de l'argumentation de l'époux demandeur au pourvoi qu'en choisissant la loi française, les parties exprimaient leur volonté que leur divorce soit régi par cette loi *quelle que soit la juridiction compétemment saisie* par le demandeur. Or, cette volonté est incontestablement différente de celle des parties qui choisissent la loi du for en ayant préalablement ou concomitamment réglé la question de la compétence juridictionnelle. Tandis que le choix de la loi française ne porte pas sur la configuration des rapports entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, puisque tant que le juge saisi (français, ou étranger) applique la loi française, la volonté des parties est respectée, celui de la loi du for témoigne d'une volonté de lier ces deux composantes puisque le juge saisi (français ou étranger) doit alors appliquer sa propre loi (française ou étrangère).

En l'espèce, *au jour de la conclusion de la convention de choix de la loi française*, et en l'absence de compétence exclusive d'un for, légale ou prévue par une convention de choix de juridiction, les époux ne pouvaient pas prévoir le for qui aurait à connaître de leur procédure de divorce. Le choix d'une loi déterminée devait donc empêcher que le facteur contentieux, et plus précisément la faculté unilatérale du demandeur de saisir un for, fasse varier la loi applicable, qui devait demeurer la loi française.

Le demandeur au pourvoi entendait donc montrer que le choix de la loi française, contrairement au choix de la loi du for, correspond avant tout à une option de fond. C'est en considération du contenu du droit français du divorce que les parties ont opté pour la loi française et non pour une autre législation. La configuration des rapports entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable n'était, d'après le demandeur au pourvoi, manifestement pas entrée en ligne de compte au jour où les époux avaient opté pour la loi française, de sorte que le juge français ne pouvait fonder l'applicabilité de la loi française sur une disposition (l'article 5.1 d) du Règlement Rome III) permettant aux parties d'opter pour la loi du for.

Compte tenu du bienfondé de l'argumentation du demandeur, que penser, dès lors, de l'analyse faite par la juridiction française ayant assimilé le choix de la loi française à la loi du for au moment du procès ?

II. La Cour de cassation approuve néanmoins la Cour d'appel d'avoir appliqué la loi française choisie en tant que loi du for.

L'applicabilité de la loi française en sa qualité de *lex fori* traduit un effacement, au jour du procès, de la distinction entre le choix de la loi française et le choix de la loi du for (A) et redonne à l'article 5.1 d) une utilité dont le Règlement Bruxelles II *bis* le privat (B).

» A. L'effacement de la distinction entre le choix de la loi française et le choix de la *lex fori* au jour du procès

La solution livrée par la Cour de cassation confronte le lecteur à un paradoxe : c'est en méconnaissant la volonté des parties *telle qu'elle était exprimée au jour de la convention de choix de loi* que les juges du fond ont pu « à bon droit » la concrétiser *au jour du procès*. La méconnaissance de la volonté initiale des parties tient au fait qu'elles n'avaient effectivement pas entendu choisir la « loi du for », entendue dans le sens ci-dessus exposé, mais la loi française, ces deux options traduisant, ainsi que nous l'avons montré, des volontés fort différentes. Dans le même temps, c'est en analysant le choix de la loi française comme celui de la *lex fori* que le juge français donne effet à la volonté commune des parties, la loi française n'étant désignée par aucune autre branche de l'option ouverte par l'article 5 du Règlement Rome III. Pour rappel, cette disposition permet aux époux de choisir la loi de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention, la loi de leur dernière résidence habituelle si l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention, la loi de la nationalité de l'un des époux, ou la loi du for. La précision que l'identification de la loi choisie doit se faire *au moment de la conclusion de la convention* concerne les trois premières options, mais pas la dernière, qui ouvre aux parties la faculté de choisir la loi du for. Rien de plus logique : tandis qu'au jour de la conclusion de la convention de choix de loi, l'État de la résidence habituelle des époux, de leur dernière résidence habituelle ou de celle d'un des époux est connu, la juridiction compétente ne l'est guère puisque par hypothèse, le demandeur n'a pas encore exercé l'option offerte par le Règlement Bruxelles II *bis*, fixant ainsi le for, et l'applicabilité de la *lex fori*.

L'arrêt sous commentaire répond donc à une question laissée dans un angle mort par cette disposition : celle de savoir si le choix d'une loi qui n'est pas valable au jour de sa conclusion, car cette loi n'est désignée par aucune des trois premières branches de l'option, peut l'être ultérieurement, au stade du contentieux, sur le fondement de la quatrième voie, si elle correspond à la loi du for. La Cour de cassation laisse entendre que l'esprit de la clause de choix de loi peut prévaloir sur sa lettre, à condition que le choix de la loi française soit valable du point de vue français, ce qui sera le cas non seulement lorsqu'il correspondra aux options ouvertes par les paragraphes a) à c) de l'article 5 du Règlement Rome III, mais aussi lorsque, les juridictions françaises étant compétentes, la loi française peut être choisie comme loi du for en vertu du paragraphe d) du même texte.

Pour approuver la cour d'appel, puis la Cour de cassation, d'avoir ainsi jugé, il convient sans doute d'avoir à l'esprit le droit européen de la compétence juridictionnelle en matière de divorce. En effet, cet arrêt a pour mérite de redonner à l'article 5.1 d) du Règlement Rome III une certaine utilité dont le Règlement Bruxelles II *bis* le privat.

» B. L'utilité de la solution au regard des carences du droit européen de la compétence juridictionnelle

La faculté de choisir la loi du for, offerte aux parties par l'article 5 du Règlement Rome III apparaît en effet largement privée d'intérêt, dans la mesure où ni le Règlement Bruxelles II *bis*, ni le Règlement Bruxelles II *bis*refondu (parfois aussi désigné comme Bruxelles II *ter* [Note 13](#)) n'offrent aux parties la faculté de fixer par avance le for exclusivement compétent, et dont la loi sera applicable en vertu de l'article 5.1 d) [Note 14](#). En ne permettant pas aux époux de conclure un accord de choix de juridiction, le législateur européen condamne le choix de la « loi du for » à n'être qu'un choix de loi flottant, fort peu attractif, alors qu'associé à une règle de compétence permettant de fixer le for, il peut présenter de nombreux avantages pratiques et substantiels [Note 15](#).

De surcroît, choisir la loi du for alors que l'époux demandeur aura l'avantage de pouvoir choisir ce for et ainsi, corrélativement, choisir unilatéralement la loi applicable, prive sans doute de portée l'article 5.1 d), du moins pour des parties bien avisées [Note 16](#). En effet, en l'absence de convention de choix de juridiction, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt et, plus généralement, comme en matière de désunion [Note 17](#), la détermination de la compétence juridictionnelle est le fruit de la décision unilatérale du demandeur. C'est l'exercice par ce dernier de l'option de compétence juridictionnelle [Note 18](#) qui détermine la loi applicable. Cet avantage, non seulement procédural mais également substantiel, dont dispose le demandeur présente le risque évident d'encourager la course à la première saisine, et le *forum shopping*. En effet, en cas de pluralité de juridictions compétentes, le choix de la loi du for confère au demandeur l'avantage de pouvoir saisir la juridiction dont la loi lui paraît la plus favorable à sa prétention. Pourtant, l'un des effets recherchés par la stipulation d'une clause de choix de loi réside précisément dans le fait de rétablir l'équilibre entre les parties dans la détermination de la loi applicable, et de limiter le *forum shopping* [Note 19](#), quelle que soit leur position procédurale à venir.

Dans ce contexte, il était légitime de penser que l'article 5.1 d) du Règlement Rome III n'améliorerait guère la situation des parties, parce qu'il ne leur offrirait pas davantage de prévisibilité et de sécurité juridiques, voire qu'il leur nuisait, en ajoutant au profit du futur demandeur un avantage substantiel à un avantage procédural : choisir unilatéralement la loi applicable en choisissant le for du divorce. Ainsi était-il légitime de se demander quel intérêt les parties pouvaient trouver à exercer la faculté que leur offre l'article 5.1 d) du Règlement Rome III relatif à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps de choisir la « loi du for », quand ce for est indéterminable. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 26 janvier dernier fournit indirectement une réponse à cette question, en permettant au juge français de se fonder sur la faculté de choisir la « loi du for » pour valider au stade contentieux un choix de la « loi française » qui n'était antérieurement pas valable. Cette solution donne ainsi une utilité pratique à l'article 5.1 d) du Règlement Rome III.

En somme, au stade contentieux, l'assimilation entre le choix de la loi française et le choix de la loi du for est rendue possible par une interprétation fonctionnelle de l'article 5.1 d) du Règlement Rome III, ainsi que par la correspondance entre la déclaration d'applicabilité de la loi du for par le juge français et le choix par les parties de soumettre leur rapport de droit à la loi française. Cette solution est digne d'approbation non seulement parce qu'elle redonne un sens à l'article 5.1 d), mais également parce qu'elle correspond à l'esprit des textes européens de droit international privé en matière de désunion. En effet, les règles européennes de compétence juridictionnelle internationale et de conflits de lois sont coordonnées en matière de divorce, et il en résulte un certain parallélisme des compétences : les lois que les parties peuvent choisir sont désignées en fonction de critères identiques, pour l'essentiel, à ceux qui sont susceptibles de fonder la compétence juridictionnelle en vertu du Règlement Bruxelles II *bis*. Le législateur européen favorise ainsi la concordance entre le *forum* et le *ius* au moyen des règles de rattachement contenues dans les Règlements Bruxelles II *bis* (désormais, II *ter*) et Rome III. La solution livrée par la Cour de cassation dans l'arrêt sous commentaire œuvre en ce sens.

De lege ferenda, si une nouvelle mouture du Règlement Bruxelles II (un Règlement Bruxelles II *quater* ?) consacrait la faculté de choisir la juridiction compétente pour le divorce [Note 20](#), la solution ici présentée deviendrait-elle caduque ? Autrement dit, la faculté pour les parties de déterminer le for du divorce ferait-elle obstacle à ce qu'un juge, par hypothèse non désigné comme for exclusivement compétent, admette l'applicabilité de sa propre loi en tant que « loi du for », sur le fondement de l'article 5.1 d) du Règlement Rome III alors qu'elle n'était pas désignée comme telle et qu'elle n'était pas l'une de celles proposées au choix par les paragraphes a) à c) du même article ? On pourrait d'abord le penser car, le cas échéant, une justification centrale de la solution présentée, tenant à l'impossibilité pour les parties de fixer d'un commun accord le for dont elles ont élu la loi, disparaîtrait. Les parties étant en mesure de couper court à l'aléa pesant sur la compétence d'un for tant que le demandeur ne l'aura pas unilatéralement choisi et, parallèlement, de choisir la « loi du for », l'interprétation fonctionnelle de l'article 5.1 d), assimilant le choix d'une loi déterminée non prévue par les paragraphes a) à c) de l'article 5 au choix de la loi du for afin de lui faire produire ses effets, n'aurait plus lieu d'être. Un retour à une interprétation stricte de l'option ouverte par l'article 5 pourrait s'imposer.

À la réflexion toutefois, même en présence d'une faculté de choisir conventionnellement le for, l'intérêt de cet arrêt ne disparaîtrait pas. Le contentieux international des contrats montre en effet que la stipulation d'une clause exclusive de choix de for ne coupe pas court au risque, dont la réalisation n'est au demeurant pas rarissime, qu'une partie saisisse un autre juge, en violation de cette clause. Deux principales séries de raisons peuvent conduire le juge saisi mais non élu à écarter la clause de choix de juridiction et à se déclarer compétent. Premièrement, dans un contexte international fortement empreint de particularisme, chaque ordre juridique ayant sa propre conception des conditions de validité et des conditions d'applicabilité (ou du champ d'application) des clauses de choix de for, il se peut que le juge écarte la clause de choix de juridiction et se reconnaisse compétent, si son droit lui indique qu'à défaut de compétence exclusive étrangère, il peut l'être pour le litige qui lui est présenté [Note 21](#). Deuxièmement, dans un contexte moins particulariste en raison de l'existence de règles de compétence internationale harmonisées, comme dans le cadre de l'Union européenne, il est encore possible que la clause de choix de for soit privée d'effet si elle ne respecte pas les conditions de validité posées par les textes européens (par exemple, si elle désigne un juge qui n'est pas prévu dans l'option si le choix de for est limité). L'éventualité qu'un juge non élu accepte sa compétence, quelle qu'en soit la raison, montre bien que *l'aléa de la compétence juridictionnelle, c'est-à-dire non seulement l'aléa du comportement procédural du demandeur au moment de la saisine d'un juge mais aussi la diversité des points de vue étatiques sur la compétence juridictionnelle, est une donnée constante du contentieux international, quelle que soit la matière et quelle que soit l'admissibilité ou non du choix conventionnel de for*. Dans ce contexte, où la compétence juridictionnelle relève encore, même seulement à titre d'hypothèse secondaire, d'une sorte de surprise réservée à l'autre partie par le demandeur et par le droit de la compétence internationale du juge saisi par ce dernier, la mise en œuvre de la clause de choix de loi peut soulever des difficultés proches de celle à laquelle la Cour d'appel et la Cour de cassation étaient confrontées dans l'affaire commentée.

Sans chercher l'exhaustivité, deux hypothèses peuvent être envisagées pour l'illustrer.

Admettons en premier lieu que les parties, *ayant fixé conventionnellement un for, avaient convenu de l'applicabilité de la « loi du for »*. Comment le juge étranger, non élu et se reconnaissant néanmoins compétent, doit-il interpréter et mettre en œuvre la clause de choix de la « loi du for » *au jour du contentieux*? Si le juge

saisi en déduit l'applicabilité de sa propre loi, il respecte la lettre de la clause de choix de loi qui désigne la « loi du for », mais ne méconnaît-il pas la volonté des parties que la loi *du juge initialement élu* régisse leur litige, cette volonté résultant clairement de la *combinaison* de la clause de choix de la loi du for avec une clause désignant ce for ? Pourrait-il retranscrire cette clause de choix de la loi du for en clause de choix d'une loi déterminée, celle du for étranger initialement élu – si ce juge était le juge français, en choix de la « loi française » quitte, alors, à dissocier la compétence juridictionnelle et la compétence législative ?

Admettons en second lieu que les parties, *ayant fixé conventionnellement un for, français par exemple, avaient convenu de l'applicabilité de la « loi française »*. Le juge étranger saisi en violation d'une clause désignant le juge français, en appliquant la « loi française », respecterait la lettre du contrat, mais n'ignorerait-il pas possiblement leur volonté de lier le *jus au forum*, quel que soit ce dernier (français ou étranger), et même s'il s'avère qu'il n'est pas celui (français) qu'elles avaient désigné d'un commun accord ? Il est vrai que la difficulté pourrait être résolue par la voie d'une modification de la clause de choix de loi ou d'un accord procédural en faveur de la loi du for, éventuellement sur invitation faite aux parties par le juge de se prononcer sur ce point, mais rien ne garantit que les parties parviennent à s'entendre sur cette question en cours de procédure. Dans ce cas, le juge se retrouve bien face à une hésitation entre la lettre et l'esprit de la clause de choix de loi. L'arrêt sous commentaire lui apporte peut-être un début de réponse, en privilégiant l'esprit du choix sur la lettre de la clause au jour du procès.

En somme, cette décision pourrait contribuer à mieux cerner le régime du choix de loi *largo sensu*, c'est-à-dire y compris dans d'autres champs du droit international privé, comme en matière contractuelle. En effet, elle témoigne du pouvoir d'interprétation constructive du juge s'agissant de la clause de choix de loi en présence d'un facteur contentieux aléatoire ; or ce dernier est transversal, ce qui pourrait conférer à cette décision une portée au-delà du seul champ du Règlement Rome III.

[Note 1](#)¹ Le domaine de la solution semble, de prime abord, limité au Règlement Rome III puisque, dans les instruments européens adoptant en matière familiale un *modus operandi* similaire s'agissant du choix de la loi applicable, c'est-à-dire répertoriant les lois mises à disposition des parties, la loi du for ne figure pas dans l'option. V. par exemple l'article 22 du Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (« Successions »). La disposition intitulée « Choix de loi » permet à une personne de choisir comme loi régissant sa succession celle dont elle possède la nationalité, par dérogation à la loi applicable à défaut de choix qui est celle de sa résidence habituelle (article 21). V. également l'article 22 du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, qui ouvre aux époux une *optio legis* uniquement délimitée par le critère de la résidence habituelle et de la nationalité des époux. Nous suggérerons néanmoins une possible extension de la solution, notamment en matière contractuelle et au regard de considérations tirées du droit de la compétence juridictionnelle (v. *infra*).

[Note 2](#)² La question préalable de la validité du mariage sous-jacent, qui peut se poser dans le cadre d'une procédure de divorce n'était pas en cause. Sur ce thème, v. S. CORNELOUP, « Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des Règlements européens de droit international privé », *Trav. com. fr. DIP*2010-2012, p. 189 et s.

[Note 3](#)³ Depuis son entrée en vigueur le 21 juin 2012, ce Règlement fournit au juge français la règle de conflit de lois en matière (notamment) de désunion, et supprime l'article 309 du Code civil qui avait été adopté en 1975 (par la [Loi n°75-617 du 11 juillet 1975](#) portant réforme du divorce) pour fournir la solution du conflit de lois en matière de divorce. Le Règlement constitue depuis lors, pour le juge français, l'instrument de détermination de la loi applicable. À propos de ce texte, v. également S. CORNELOUP (éd.), *The Rome III Regulation. A Commentary on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, Elgar, 2020, p. 13 ; J. GRAY, *Party Autonomy in EU Private International Law. Choice of court and choice of law in family matters and succession*, Intersentia, European Family Law Series, 2021, p. 74-76.

[Note 4](#)⁴ Cette solution, lors de son adoption, est apparue comme une « *innovation majeure* » (D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 2 – Partie spéciale*, PUF, 5e éd., 2021, n°758-2, p. 181 et dans le même sens, v. S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le Règlement Rome III », in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté en droit des personnes et de la famille dans les règles de droit international privé européen*, Bruylant, 2017, p. 179). En effet, dans une conception classique (et désormais caduque), le divorce est rangé dans la catégorie des droits indisponibles et, en conséquence, hors de portée de l'autonomie de la volonté. En outre, bien que certains droits nationaux ouvrent quelques options aux parties, aucun ne reconnaît aux époux un éventail de choix aussi large que le Règlement Rome III (évoquant ce point, v. C. GONZALEZ BEILFUSS, « Article 5 » in S. CORNELOUP (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, LexisNexis, 2013, n°3 p. 545-546 ; S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le Règlement Rome III », *op.cit.*). Le considérant 15 du Règlement indique que le renforcement de l'autonomie des parties en matière de divorce répond à la nécessité, tirée de la mobilité accrue des citoyens, d'introduire davantage de souplesse et d'améliorer la sécurité juridique. Or, à défaut de choix des parties, la loi applicable à la désunion n'est pas toujours prévisible, et ce d'autant moins que les rattachements sont appréciés au jour de la saisine d'une juridiction. Pour remédier à cette insécurité, les parties peuvent sélectionner par anticipation la loi qui sera applicable à leur désunion. En ce sens, v. également C. GONZALEZ BEILFUSS, in S. CORNELOUP (dir.), *The Rome III Regulation, op. cit.*, Elgar, 2020, n°5.03 à 5.05, p. 66-67 ; P. CALLE, « Les fondements de l'autonomie de la volonté en droit de l'Union européenne (droit des personnes et de la famille) », in H. FULCHIRON, A. PANET, P. WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruylant, 2017, p. 38.

[Note 5](#)⁵ « Il s'agit là de concilier la prévisibilité et la sécurité juridique avec le souci d'éviter le choix d'une législation n'entretenant aucun lien avec la situation. » : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé. Tome 2 – Partie spéciale*, PUF, 5e éd., 2021, p. 182.

[Note 6](#)⁶ L'applicabilité du Règlement Rome III au nouveau divorce extrajudiciaire, introduit en droit français à l'article 229-1 du Code civil par la loi n°2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle et par le [Décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016](#) relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale, reste discutée, dans la mesure où aucune « juridiction » ne rend de décision. Or, cette circonstance est un critère d'applicabilité matérielle du Règlement, qui a justifié l'inapplicabilité de ce dernier à des divorces religieux (v. *supra* l'arrêt *Sahyouni*). Cependant, la Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel semble tenir pour acquis que les Règlements Bruxelles II bis et Rome III lui sont applicables. S'agissant de la compétence juridictionnelle, le Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 (dit « Bruxelles II ter »)

tranche le débat puisque son article 2.2 §3 indique qu'il sera applicable aux actes conclus par les parties et enregistrés par une autorité publique. À supposer que le divorce extrajudiciaire entre dans le champ d'application du Règlement Rome III, il convient de préciser que l'option de choix ouverte par l'article 5 sera alors limitée. En effet, la Circulaire écarte, pour le divorce sans juge, certaines dispositions, notamment l'article 5 § 1 d), de sorte que le choix des parties ne pourra pas se porter sur « la loi du for » : « *si les époux souhaitent divorcer en utilisant le mécanisme de l'article 229-1 du code civil, il est préférable qu'elles désignent expressément la loi française comme loi applicable à leur divorce, pour autant qu'il s'agisse de : – la loi de l'Etat de leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention; ou – la loi de l'Etat de leur dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou – la loi de l'Etat de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention.* ».

[Note 7](#)⁷L'arrêt est cependant cassé pour contradiction entre les moyens et le dispositif, au visa de l'[article 455 du Code de procédure civile](#). En effet, après avoir fait ressortir, dans ses motifs, que les biens situés en Russie étaient soumis à la loi russe tandis que ceux situés en France relevaient de la loi française, la Cour d'appel a pourtant déclaré dans son dispositif que la loi française était *seule* applicable à la liquidation du régime matrimonial. Or, d'après la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable au régime matrimonial, la loi française n'était applicable qu'aux immeubles situés en France, le reste des biens mobiliers et immobiliers relevant pour leur part de la loi russe. La Cour d'appel de renvoi devra statuer à nouveau sur la loi applicable à la liquidation du régime matrimonial et sur la possible extension à cette question de la loi choisie pour régir le divorce.

[Note 8](#)⁸L'article 25.1 du Règlement Bruxelles I *bis* (Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) permet aux parties de choisir le for exclusivement compétent pour leurs litiges, et l'article 3.1 du Règlement Rome I (Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles) leur offre la possibilité de choisir librement la loi applicable au contrat, y compris, donc, celle du for désigné. Il est toutefois rare que le choix de loi soit libellé au profit de la « loi du for ». Des parties ayant élu la juridiction anglaise comme exclusivement compétente préféreront désigner « la loi anglaise » et non « la loi du for ». L'intention des parties est toutefois bien que *la loi du juge* élu soit applicable. Une fois compétemment saisi, et la validité du choix de loi vérifiée, ce juge appliquera la loi désignée, qui correspondra à la loi du for. À propos des difficultés d'interprétation de cette clause de choix de loi lorsque la clause de choix de for a été violée, v. *infra*.

[Note 9](#)⁹La recherche du contenu du droit étranger, par exemple, peut s'avérer longue, coûteuse, et approximative. Le temps de rassembler les preuves sur le contenu du droit étranger applicable, puis de résoudre d'éventuelles difficultés d'application ou d'interprétation peut être fort long. Le préjudice subi par les parties n'est alors pas seulement matériel (frais de procédure et de conseils juridiques) mais aussi substantiel : la qualité de la décision peut en pâtir. À la lumière de ces éléments, choisir la loi du for se présente comme une option intéressante. En ce sens, et à propos précisément de l'article 5 du Règlement Rome III, v. C. GONZALEZ BEILFUSS, in S. CORNELOUP (dir.), *The Rome III Regulation*, op. cit., Elgar, 2020, n°5.41, p. 75 : "*Even in jurisdictions where courts are bound to apply foreign law ex officio, the application of foreign law always implies greater expense and is likely to cause delay. By contrast, the competent authority will find it easier to apply its own law. The selection of the law of the forum has the primary advantage of facilitating proceedings*"; *addu* même auteur, "Article 5" in S. CORNELOUP (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, LexisNexis, 2013, n°24, p. 552 : "*Spouses are also free to choose the law of the forum, which has considerable advantages from the point of view of cost-effectiveness.*"

[Note 10](#)¹⁰Employant l'expression de « *floating choice of law* », v. S. CORNELOUP, N. JOUBERT, « Autonomie de la volonté et divorce : le Règlement Rome III », *op.cit.*, n°5, p. 186.

[Note 11](#)¹¹Montrant que le choix de la loi du for pour régir le divorce a pour caractéristique de lier avec certitude le *forum* et le *jus*, mais risque de contrevenir à l'objectif de sécurité affiché par le Règlement Rome III, v. C. PONS, *La concordance des compétences juridictionnelle et législative. Étude des liens entre forum et jus en droit international privé européen*, thèse dactyl. Bordeaux, 2020, n°538.

[Note 12](#)¹²C. GONZALEZ BEILFUSS, in S. CORNELOUP (dir.), *The Rome III Regulation*, op. cit., Elgar, 2020, n°5.08, p. 67 : "*The limited empirical research on choice of law agreements in this area suggests that the main motivation of parties when selecting the applicable law is the content of such law. Spouses who are in agreement about wishing to divorce select the legal system that provides an easier, faster and cheaper marriage dissolution.*" v. également, et en conséquence, du même auteur : « Article 5 », in S. CORNELOUP (dir.), *Droit européen du divorce. European Divorce Law*, LexisNexis, 2013, n°25, p. 552 : "*The law of the forum is therefore not an option if the agreement is concluded prior to the actual decision to divorce or separate, since under Regulation 2201/2003 it is not possible to conclude a choice of court agreement.*"

[Note 13](#)¹³À propos des défauts de cette dénomination, compte tenu de la continuité des objectifs poursuivis et des règles adoptées par les deux textes, qui invitent plutôt à retenir la dénomination « Bruxelles II *bis* refondu », v. C. NOURISSAT, « Règlement Bruxelles II ter : quelques éléments d'introduction », *Droit de la famille* n°7-8, juill. 2022, dossier 13.

[Note 14](#)¹⁴C. GONZALEZ BEILFUSS, « Jurisdiction rules in matrimonial matters under Regulation « Brussels II bis » », in H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, p. 53 et s., spéc. p. 60-61. Le Règlement Bruxelles II *bis* refondu (ou Bruxelles II *ter*), qui prendra le relais de son prédécesseur pour toutes les actions intentées à compter du 1er août 2022, n'apporte pas de modification sur ce point, bien que l'ouverture d'un choix de for aux époux ait été proposée par le Groupe européen de droit international privé : v. les Travaux du groupe européen de droit international privé sur la proposition de Règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière de divorce et de séparation de corps (Anvers, 21-23 septembre 2018). Un article 5 intitulé « Prorogation volontaire de compétence » avait été proposé (v. p. 18 du rapport, accessible ici : <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2018/09/PV-TRAV-v4-7.02.19-1.pdf>). Doctrine et praticiens le regrettent, ainsi que le relève encore tout récemment C. NOURISSAT, art. préc., *Droit de la famille* n°7-8, juill. 2022, dossier 13.

[Note 15](#)¹⁵À propos desquels, v. nos développements *supra*.

[Note 16](#)¹⁶Ce serait pousser à l'extrême l'avantage dont bénéficie le demandeur, et qui s'est déjà attiré des critiques. Sur ce point, v. not. P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, Montchrestien, 12e éd., 2019, n°604, p. 418 : « *puisque du choix du tribunal dépend la règle de conflit, et donc, dans une large mesure, le droit applicable au fond, ces options de compétence confèrent à celui qui prend l'initiative de l'action en divorce un avantage injustifiable dans ses*

rapports avec son conjoint, en même temps qu'elles contribuent gravement à saper l'autorité des lois nationales, dont le respect est ainsi grandement abandonné à sa discrétion. ».

[Note 17](#)¹⁷ Sur l'absence de possibilité de conclure une clause de choix de juridiction en matière de désunion, v. *supra*.

[Note 18](#)¹⁸ L'article 3 du Règlement Bruxelles II refondu offre actuellement au demandeur la faculté de choisir le juge du pays de résidence habituelle des époux (article 3 a i)), de la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore (article 3 a ii)), de la résidence habituelle du défendeur (article 3 a iii)), en cas de demande conjointe, de la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux (article 3 a iv)), de la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande (article 3 a v)), et s'il est ressortissant de l'État membre en question (article 3 a vi)) ou de la nationalité des époux (article 3 b)).

[Note 19](#)¹⁹ V. en ce sens le considérant 9 du préambule du Règlement Rome III.

[Note 20](#)²⁰ Sur l'opportunité qu'il y aurait d'ouvrir un choix de for dans le cadre du règlement Bruxelles II *bis*, v. A. BOICHE, « Pratique judiciaire des règlements européens en droit de la famille », *TCFDIP*2014-2016, p. 17-36.

[Note 21](#)²¹ Pour des exemples où un juge anglais saisi en violation d'une clause de choix de for désignant un juge étranger, ou en violation d'une clause compromissoire, s'est reconnu compétent, v. *A/S D/S Svendborg v. Wansa*[1997] Lloyd's Rep 183 (CA) ; *The El Amria*[1981] 2 Lloyd's Rep 119 ; *Accentuate Ltd v Asigra Inc*[2010] 2 All ER (Comm) 738.