

LE CHANGEMENT DE LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL

Jean-Louis VAN BOXSTAEL

Professeur à l'UCLouvain et à la KU Leuven

Notaire

L'article 22 du règlement (UE) n° 2016/1103 permet aux époux de changer, dans le cours de leur union, de loi applicable à leur régime matrimonial. Il s'agit là dans bien des cas de la première étape d'une planification patrimoniale réussie. La présente contribution examine les motifs pouvant amener les époux à faire cette démarche et la manière d'y parvenir, du point de vue de la pratique notariale belge.

Section 1. Les raisons du choix

Plusieurs raisons peuvent expliquer que les époux expriment, au cours de leur mariage, un choix de loi applicable à leur régime matrimonial. La principale, qui vient le plus rapidement à l'esprit, tient, pour les couples à la mobilité internationale prononcée, dans le souci de s'adapter au nouvel environnement juridique dans lesquels ils se meuvent. Il en est d'autres, que nous citons ici sans ordre de priorité, dans le souci d'inspirer les praticiens et les personnes qui ont recours à leurs conseils(1).

(1) Comme on le verra plus loin, la convention portant sur un choix de loi applicable (que l'intitulé de l'article 23 et l'article 24, § 1^{er}, du règlement européen sur les régimes matrimoniaux – plus amplement cité *infra*, note 5 – appellent « convention sur le choix de la loi applicable ») peut, lorsqu'elle intervient dans le cours du mariage, entraîner un changement effectif de droit. Ce sera la plupart du temps le cas. Elle peut aussi comporter son maintien, et prendre dès lors l'allure d'un acte de confirmation plutôt que de modification. Techniquement, cela ne change rien : l'acte, qu'il soit modificatif ou confirmatif, qu'il porte « changement » ou simple « désignation », se présente comme une convention d'élection de droit passée dans le cours du mariage. Nous traiterons également de l'une et de l'autre. Toutes deux ont, à des degrés divers, les utilités que nous détaillons ci-après.

§ 1. Le souci de s'adapter à un nouvel environnement juridique

A. Principe

Il arrive d'abord que des couples qui ont toujours vécu dans un environnement juridique déterminé s'établissent aujourd'hui dans un autre. Il est heureux qu'ils s'informent alors auprès d'un praticien du droit local, qui peut leur faire entrevoir la manière dont ce droit conçoit les régimes matrimoniaux, et les choix qui s'offrent à eux à cette occasion⁽²⁾. Ce souci est particulièrement présent dans le cas de couples mariés sous un régime de droit étranger essentiellement différent, dans son fonctionnement, du droit local, et qui peut y porter à des conséquences dont celui-ci est peu coutumier ou qui y deviennent indésirables.

Eppe et Hadeweij, tous deux de nationalité néerlandaise établis aux Pays-Bas, unis sans contrat en octobre 2017, viennent de s'installer en Belgique. Ils consultent leur notaire et l'invitent à leur expliquer leur situation patrimoniale.

La loi applicable au régime matrimonial d'Eppe et Hadeweij est la loi néerlandaise, par application de l'article 51, 1°, du Code de droit international privé, qui désigne la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat (plus précisément, sans avoir exprimé de choix quant à la loi applicable à leur régime matrimonial) sous l'empire du Code de droit international privé, c'est-à-dire entre le 1^{er} octobre 2004 et le 28 janvier 2019 inclus. Eppe et Hadeweij ayant fixé l'un et l'autre leur résidence habituelle aux Pays-Bas, « pour la première fois » après la célébration de leur union, au sens de cette disposition, sont donc soumis à la loi néerlandaise et donc, s'étant mariés avant le 1^{er} janvier 2018, au régime légal néerlandais de la communauté universelle (« volledige gemeenschap »).

Ils peuvent, s'ils le souhaitent, soumettre aujourd'hui leur régime matrimonial à la loi belge : le régime de la communauté d'acquêts (ou tout autre régime conventionnel, adopté dans le cadre de la loi belge), plus connu de l'environnement juridique belge, remplacera alors la communauté universelle sous laquelle ils étaient jusqu'à présent unis. Eppe et Hadeweij pourront ainsi notamment, à l'occasion d'un héritage, recourir à la figure du remploi de fonds propres, connue du droit belge mais ignorée du droit néerlandais d'avant le 1^{er} janvier 2018 (3).

(2) Ce souci de s'adapter à la loi locale a paru si opportun aux auteurs de la convention de La Haye du 17 mars 1978 qu'il a inspiré la clause de mutation automatique (ou « occulte ») contenue à l'article 7, alinéa 2, de la Convention qui, ignorée des époux mêmes, a causé le désamour de la Convention.

(3) Le régime légal néerlandais s'est modifié le 1^{er} janvier 2018 : les époux mariés sans contrats depuis cette date sont soumis à un régime de communauté d'acquêts (« beperkte gemeenschap ») semblable à celui du droit belge (art. 94 du livre 1^{er} du Code civil néerlandais). Peu d'États au monde maintiennent un régime de communauté universelle. C'est le cas du Rwanda (art. 2, al. 2, de la loi n° 22/99 du 12 novembre 1999 complétant le livre 1^{er} du Code civil et instituant la cinquième partie relative aux régimes matrimoniaux, aux libéralités et aux successions) et (en partie) des Philippines, dont le régime légal est celui de la communauté dite « absolue », comprenant les biens présents (art. 91 du Code philippin de la famille).

Evangelos et Sofia, tous deux ressortissants grecs, se sont mariés sans contrat en juin 1999. Ils ont toujours vécu en Grèce, mais s'établissent aujourd'hui en Belgique. Le régime légal grec sous lequel ils sont mariés – étant de nationalité grecque commune, et s'étant unis avant le 1^{er} octobre 2004, date de l'entrée en vigueur du Code de droit international privé – est celui de la séparation de biens avec participation aux acquêts. Si leur installation en Belgique présente un caractère durable ou même définitif, Evangelos et Sofia peuvent vouloir se glisser dans les catégories de la loi belge, et adopter dès lors le régime légal belge de communauté : le divorce ou le décès entraînera un partage par moitié du patrimoine qu'ils ont acquis durant leur mariage – figure juridique inconnue du droit grec.

Le traitement fiscal différent que des institutions de droit étranger peuvent recevoir sur le territoire de l'État où ils sont actuellement installés peut en particulier expliquer une modification de ce genre.

« Soit deux époux français qui se sont mariés en France et y ont vécu pendant quelques années avant de s'installer en Belgique. Après avoir pris conseil auprès d'un notaire belge, ils souhaitent supprimer la clause d'attribution de la communauté au conjoint survivant qui figure dans le contrat de mariage conclu alors qu'ils vivaient encore en France, au motif d'une part que le conjoint survivant bénéficie déjà d'une protection suffisante en droit belge et d'autre part que le traitement fiscal en Belgique d'une telle clause s'avère fort onéreux » (4).

Le souci de s'adapter au nouvel environnement de vie du couple est devenu plus important avec l'entrée en application, le 29 janvier 2019, du règlement européen sur les régimes matrimoniaux (5), dès lors qu'il est admis que le « régime matrimonial » au sens de ce règlement s'étend à toutes les relations patrimoniales des époux, en ce compris le régime primaire et l'admissibilité ainsi que la révocabilité des donations et autres contrats entre époux (cons. 18 et art. 3, § 1^{er}, litt. a)) (6).

(4) L'exemple est cité par P. WAUTELET, « Art. 27 », in A. BONOMI et P. WAUTELET (collab. I. PETRELLI, E. LEIN, G. KESSLER, S. MIGLIORINI et K. ROKAS), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n°s 2016/1103 et 2016/1104*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 891. La modification envisagée par cet auteur ne semble *a priori* pas nécessiter un changement de droit applicable : la suppression de la clause devenue indésirable pourrait fort bien se faire dans le cadre du droit français. On verra plus loin qu'un changement de droit applicable (comportant le passage préalable au droit belge) pourrait néanmoins s'indiquer dans ce cadre et même que, à moins que les époux n'aient conservé des attaches fortes avec l'État dont le droit s'applique actuellement à eux, il devrait être préféré au maintien de la loi applicable.

(5) Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *J.O.C.E.*, n° L 183/1 du 8 juillet 2016.

(6) Le régime matrimonial s'étend, au sens du règlement, à « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution » (art. 3, § 1^{er}, litt. a). Cette définition est empruntée à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Voy. C.J.U.E., 27 mars 1979, aff. C-143/78, *de Cavel* (ECLI:EU:C:1979:83), *Rec.*, 1979, p. 1055 ; *Clunet*, 1979, p. 681, obs. A. HUET ; *Rev. crit.*, 1980, p. 614, obs. G. DROZ). La Cour devait en cette espèce décider si la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, prédécesseur du règlement « Bruxelles Ibis », qui excluait de son champ d'application matériel la matière des « régimes matrimoniaux », s'appliquait néanmoins à la reconnaissance et à l'exécution en Allemagne d'une ordonnance d'apposition de scellés et de saisie prononcée par

B. Régime primaire

Sur le plan du régime primaire d'abord, le changement de loi applicable au régime matrimonial joue le rôle d'un facteur d'intégration puissant. Il permet en Belgique à des époux qui ne pouvaient autrefois y prétendre (car soumis à un régime matrimonial de droit étranger) de bénéficier de règles de protection propres au droit belge, et qui y relèvent du régime primaire.

Tel est notamment le cas de la règle contenue dans l'article 224, § 1^{er}, 4°, de l'ancien Code civil, qui s'était, dans le passé, trouvée au cœur de l'arrêt *Banque Sud Belge* rendu le 25 mai 1992 par la Cour de cassation.

L'épouse belge d'un homme de nationalité italienne cherchait en cette espèce à obtenir, sur la base de l'article 224, § 1^{er}, 4°, du Code civil belge, l'annulation d'un cautionnement que son époux avait imprudemment donné en garantie des engagements d'un club sportif entretemps tombé en faillite. Les époux n'avaient pas fait précéder ni suivre leur union d'un contrat de mariage, de sorte que la loi applicable à leur régime matrimonial était, conformément aux règles de conflit de lois en vigueur à l'époque, celle de l'État de leur premier « domicile » conjugal, au sens de l'article 102 de l'ancien Code civil, c'est-à-dire celle de leur premier établissement principal : la Belgique. La Cour jugea que « le régime de protection découlant d'une disposition comme celle de l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4 du Code civil belge » était « étroitement lié à l'institution du mariage » et soumis partant, dans le cas d'époux de nationalités différentes mariés sans contrat à la loi du « premier domicile conjugal », au même titre que l'ensemble du régime matrimonial secondaire.

La loi belge s'y appliquait donc, et les époux pouvaient en l'espèce s'en prévaloir (7). Ce qui, dans le passé, n'était qu'une supposition – déduite d'une jurisprudence au reste assez peu explicite (8) – devient, sous l'empire du règlement, une certitude : les règles du régime primaire relèvent bien des « rapports patrimoniaux entre époux », c'est-à-dire du régime matrimonial, au sens du règlement.

Deux époux soumis quant à leurs biens à la loi italienne pourront, par l'adoption expresse de la loi belge, bénéficier des bienfaits du régime primaire belge.

un juge français aux affaires matrimoniales. Elle y répondit par la négative, soulignant que la notion de « régime matrimonial » au sens de l'exclusion du règlement comprenait « non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également *tous les rapports patrimoniaux résultant directement du lien conjugal ou de la dissolution de celui-ci* » (nous soulignons). L'on en déduit que le régime matrimonial primaire, de même au reste que l'admissibilité et la révocation des contrats et libéralités entre époux, relève du champ d'application matériel du règlement « régimes patrimoniaux » (*adde*, plus récemment, et dans le même sens, C.J.U.E., 14 juin 2017, aff. C-67/17, *Todor Iliev* (ECLI:EU:C:2017:459), *Rev. not. b.*, 2018, p. 313, obs., qui conclut à l'inapplication des règles de compétence judiciaire contenues dans le règlement « Bruxelles Ibis » à la demande formée par un ex-mari bulgare, établi en Bulgarie, contre son ex-épouse bulgare elle aussi, mais établie en Italie, afférente à la liquidation et au partage d'un véhicule automobile que celle-ci avait acquis dans ce pays avant le prononcé du divorce).

(7) *Pas.*, 1992, I, p. 839 ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 664, note N. WATTÉ ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 938, note S. NUDELHOLE et M. LIÉNARD-LIGNY ; *R.G.D.C.*, 1993, p. 455 ; *R.W.*, 1992-1993, p. 332, *T. Not.*, 1992, p. 432, note F. BOUCKAERT ; *Rev. dr. étr.*, 1992, p. 418, note M.-C. FOBLETS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 181, note N. COIPEL.

(8) P. WAUTELET, « Relations bancaires et dimension familiale. Questions choisies de droit international privé », in M. TISON (éd.), *Banque et famille. Bank en familie*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 187-188.

L'adoption expresse de la loi belge, dans le cas qui vient d'être décrit, permettra d'éviter toute discussion sur l'applicabilité d'une règle du régime primaire à des époux soumis, quant à leurs biens, à un régime étranger. Il n'est certes pas exclu qu'une règle du régime primaire du for s'applique de façon nécessaire, même à des époux soumis à une loi étrangère. Elle serait alors qualifiée de « loi de police » au sens de l'article 30 du règlement « régimes matrimoniaux » (9) : le tribunal de la famille néerlandophone de Bruxelles y a récemment vu l'occasion de permettre à une épouse de représenter son mari incapable d'exprimer sa volonté à la passation d'un acte de vente, sur la base de l'article 220, § 1^{er}, de l'ancien Code civil, alors même que les époux étaient, quant à leurs biens, soumis à la loi italienne (10). Mais il s'agit là d'une question d'interprétation abandonnée aux lumières du juge, et il vaut mieux, dans toute la mesure du possible, éviter l'incertitude qui y est liée et amener les époux à choisir expressément la loi belge (11).

C. Contrats et libéralités entre époux

La notion de « régime matrimonial » au sens du règlement comprend par ailleurs « l'admissibilité des contrats et libéralités entre époux, et la révocation de celles-ci » que l'article 48, § 2, 4^o, du Code de droit international privé (toujours applicable aux époux mariés avant l'entrée en application du règlement, le 29 janvier 2019) rattachait autrefois aux effets personnels du mariage : un changement de la loi applicable

(9) « 1. Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.

2. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au régime matrimonial en vertu du présent règlement ».

(10) D'après le tribunal, l'article 220, § 1^{er}, de l'ancien Code civil fait partie du régime matrimonial primaire, et s'applique dès lors à tous les époux, « quel que soit le régime matrimonial » sous lequel ils sont mariés (4 mai 2022, R.G. 22/232/B, inédit). L'on peut se demander cependant si la question posée au tribunal relevait bien en l'espèce du régime matrimonial : le règlement européen sur les régimes matrimoniaux exclut la « capacité juridique des époux » de son champ d'application matériel (art. 1^{er}, § 2, *litt. a*), alors que la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes comprend, de son côté, « l'ensemble des règles gouvernant les relations entre époux et notamment la représentation entre époux indépendamment du régime matrimonial applicable (...) dans la mesure où elles sont orientées vers la protection du conjoint malade » : « l'habilitation qu'un époux peut demander en justice pour représenter son conjoint hors d'état de manifester sa volonté (art. 219 C. civ. français) est une mesure de protection au sens de la Convention » (rapport explicatif de M. Paul Lagarde, n° 35, p. 50, souligné par l'auteur lui-même). La loi belge se serait donc de toute manière appliquée aux époux, en tant que loi de protection territoriale (art. 35, § 2, du Code de droit international privé ; art. 5, § 1^{er}, et 13, § 1^{er}, de la Convention).

(11) Il est aujourd'hui décidé qu'en dehors des dispositions relatives à la protection du logement familial, qui ont toujours constitué le noyau dur de la protection, les règles du régime primaire ne peuvent plus, en soi, revêtir la qualification de « lois de police » : ces règles sont « rentrées dans le rang », et relèvent du régime matrimonial au sens du règlement (K. ROKAS, « Art. 30 », in A. BONOMI et P. WAUTELET (collab. I. PETRELLI, E. LEIN, G. KESSLER, S. MIGLIORINI et K. ROKAS), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, op. cit., pp. 1029 à 1032).

au régime matrimonial permettra dans ce cadre de sécuriser les opérations juridiques que des époux placés dans une situation internationale réalisent entre eux, en les absorbant sous l'empire de la loi choisie et en levant à cet égard l'incertitude qui pouvait résulter pour eux de l'application des règles anciennes.

Pierre et Françoise, tous deux de nationalité française, se sont mariés sans contrat en mars 2018. Ils ont fixé leur première résidence habituelle en France et sont, depuis, établis en Belgique. Pierre consent à son épouse la donation d'un important portefeuille-titres. Une incertitude pèse sur le statut de cette donation, traditionnellement rangée, pour les époux mariés avant l'entrée en application du règlement, parmi les effets personnels du mariage. En cas de difficulté surgissant au sein du couple, tant le juge belge que le juge français pourraient être saisis. Le premier, compétent au titre de la résidence conjugale actuelle des époux, appliquera à la donation la loi belge (loi de cette résidence, applicable au titre de l'article 48, § 1^{er}, du Code de droit international privé), et conclura qu'elle est essentiellement révocable, par application de l'article 4.240, alinéa 1^{er}, du Code civil (art. 1096, anc. C. civ.) (12). Quant au second, compétent au titre de la nationalité commune du couple, il y appliquera la loi française (loi de cette nationalité, applicable en France au titre de l'article 3, alinéa 3, du Code civil), et conclura qu'elle est irrévocable, par application de l'article 1096, alinéa 2, du Code civil français (13).

Pour éviter que cette incertitude ne perdure, il peut être conseillé aux époux de soumettre expressément leur régime matrimonial (s'étendant, d'après le règlement, à tous les rapports patrimoniaux entre les époux, résultant de leur mariage, donc aussi à l'admissibilité et à la révocabilité des contrats et donations entre époux) à la loi de leur choix. Pierre et Françoise, étant de nationalité française et vivant en Belgique, peuvent choisir aussi bien la loi belge que la loi française. S'ils souhaitent bénéficier d'une révocabilité ad nutum, ils pourront opter pour la loi belge ; s'ils souhaitent au contraire que la donation soit irrévocable, ils pourront opter en faveur de la loi française. Il vaut à cet égard mieux prévenir que guérir.

§ 2. Le souci de faire coïncider la loi applicable au régime matrimonial et la loi successorale

Il est par ailleurs important qu'une continuité soit établie entre la loi applicable au régime et celle qui régira la succession. Elle permettra d'absorber sans éclat les institutions relevant du droit des régimes matrimoniaux (et auxquelles, sur le principe, les époux n'ont accès que

(12) Voy. Bruxelles, 20 septembre 2018, *Rev. not. b.*, 2021, p. 984, obs. M. SPITAEELS, faisant état de ce que le premier juge avait soumis à la loi belge, par application de l'article 48 du Code de droit international privé, la question de la révocation d'une donation intervenue entre des époux de nationalité différente établis en Belgique à l'époque de la donation (la Cour ne statue elle-même pas sur ce point, à la demande expresse des parties qui lui ont simplement demandé, à cet égard, d'acter un calendrier de mise en état : la question restait donc disputée entre elles).

(13) « La donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958 ».

par le biais de ceux-ci), mais qui ne produisent leurs effets qu'au décès d'un des conjoints, et sont en réalité destinées à déterminer les positions respectives de ce dernier et des héritiers du conjoint prédécédé dans le partage du patrimoine héréditaire.

De telles institutions, dont l'objet est moins la liquidation du patrimoine conjugal proprement dit (c'est-à-dire la détermination des droits respectifs que les conjoints peuvent faire valoir l'un à l'égard de l'autre dans le partage de ce patrimoine) que la fixation des prétentions que le conjoint survivant peut opposer à ses cohéritiers dans le partage du patrimoine du prédécédé, relèvent au jugement de la Cour de justice de l'Union européenne du champ d'application du règlement successoral européen plutôt que du règlement européen sur les régimes matrimoniaux⁽¹⁴⁾. Elles s'appliquent *post mortem* au titre de la loi successorale, et non de la loi matrimoniale, alors même que seule la loi matrimoniale les a rendus possibles. Afin de les faire triompher, sans risquer aucune contestation, il convient que les époux veillent à la continuité de la loi du régime et de la loi successorale, en faisant un choix univoque de la loi applicable à l'un et l'autre.

Il n'est pas certain que deux époux actuellement mariés sous le régime légal catalan, et qui sont aujourd'hui établis en Belgique, doivent, pour pouvoir adjoindre à leur régime matrimonial un « pacte Valkeniers » au sens de l'article 2.3.2. du Code civil, changer de loi applicable à leur régime matrimonial : un tel accord est une institution détachable du régime matrimonial, relevant de la succession plutôt que de la dissolution du régime.

Il n'empêche, cependant, qu'il emprunte en Belgique la voie de la convention matrimoniale, et que c'est le droit belge des régimes matrimoniaux qui en prévoit la conclusion : il vaudra donc mieux recommander à ces époux de soumettre leur régime matrimonial à la loi belge – loi qui s'appliquera par ailleurs à leur succession – afin qu'aucun doute ne pèse ni sur la validité du pacte, ni sur son efficacité post mortem.

Les époux ayant soumis leur régime matrimonial à la loi belge et, dans le cadre de ce dernier, réglé les droits successoraux du conjoint survivant (par exemple par la conclusion d'un pacte Valkeniers) devront, de manière générale, veiller à l'application à leur succession de la loi belge.

(14) Voy., au sujet de l'augment du quart prévu pour le cas de décès par l'article 1371, § 1^{er}, du Code civil allemand, C.J.U.E., 1^{er} mars 2018, aff. C-558/16, *Mahnkopf* (ECLI:EU:C:2018:138). Une ressortissante allemande établie en Allemagne, qui venait de s'y faire reconnaître par le juge allemand aux affaires successorales l'augment auquel elle pouvait prétendre en vertu du droit allemand, cherchait en cette espèce à obtenir sur cette base la délivrance par les autorités allemandes d'un certificat successoral européen y faisant état de l'augment, afin de pouvoir s'en prévaloir sur un immeuble que le défunt possédait en Suède. Les juridictions allemandes, qui tenaient traditionnellement l'augment pour une disposition matrimoniale, et non successorale (BGH, 13.05.2015 - IV ZB 30/14 ; *NjW*, 2015, p. 2185), hésitaient à faire droit à sa demande – d'où la question préjudicielle qui fut soumise à la Cour. Celle-ci opte pour une qualification successorale de l'augment matrimonial qui peut donc, sans difficulté, figurer dans le certificat successoral dont l'intéressée sollicitait la délivrance.

Lorsque le pacte doit être établi entre des époux dont aucun n'a la nationalité belge, mais qui résident habituellement en Belgique, il est utile d'y inclure la clause suivante, destinée à confirmer l'application de la loi successorale belge au titre de loi successorale « hypothétique », c'est-à-dire loi de l'État de la résidence habituelle des intéressés au moment de la conclusion du pacte (loi qui se serait appliquée à leur succession en cas de décès à ce moment) :

« L'accord qui précède constitue un pacte successoral au sens de l'article 3, § 1^{er}, litt. b, du règlement (UE) n° 650/2012. Les époux précisent à ce sujet qu'ils résident pour l'heure habituellement en Belgique, au sens qu'ils y ont l'un et l'autre fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de leurs intérêts. Ce pacte est dès lors, dans sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants, soumis à la loi belge, conformément à l'article 25, § 2, du règlement. Il déploiera tous les effets que la loi belge y attache dans le cadre des successions futures de l'un et l'autre époux ».

Cette clause contient une simple *confessio iuris* : une confirmation du droit applicable, telle qu'il est désigné par les règles de conflit de lois.

Si l'un des époux au moins est de nationalité belge, il vaut mieux, pour lever toute incertitude, la remplacer par une authentique *professio iuris*, c'est-à-dire non pas une simple confirmation, mais un véritable choix de loi applicable :

« L'accord qui précède constitue un pacte successoral au sens de l'article 3, § 1^{er}, litt. b, du règlement (UE) n° 650/2012. Les époux en soumettent la recevabilité, la validité au fond et les effets contraignants à la loi belge, loi nationale de l'un d'eux conformément à l'article 25, § 3, du règlement. Il déploiera, dans le cadre de leurs successions futures, tous les effets que la loi belge y attache ».

Enfin, si les deux époux sont de nationalité belge, c'est toute la succession (et non seulement le pacte lui-même) qui peut être soumise à la loi belge, aux termes d'un choix exprès :

« L'accord qui précède constitue un pacte successoral au sens de l'article 3, § 1^{er}, litt. B, du règlement (UE) n° 650/2012. Les époux en soumettent la recevabilité, la validité au fond et les effets contraignants à la loi belge, loi de leur nationalité commune conformément à l'article 25, § 3, du règlement. Ils font en outre, de manière générale, l'un et l'autre choix de la loi belge pour régir leurs successions futures, le tout conformément à l'article 22, § 1^{er}, du règlement ».

Dans cette dernière configuration, il n'est plus requis que l'accord des époux, soumis à la loi belge, se glisse dans une loi successorale étrangère, où elle risque d'être mal comprise : la loi belge s'appliquera pour le tout.

§ 3. Le souci de lever toute incertitude quant à la détermination de la loi applicable au régime matrimonial

Il existe un troisième motif pour les époux d'exprimer un choix exprès quant à la loi applicable à leur régime matrimonial, même en cours de mariage. C'est qu'ils souhaitent lever toute incertitude ou difficulté de détermination, liée à la mise en œuvre des critères de désignation subsidiaires. Lorsque les époux n'ont pas fait précéder leur union d'un choix de la loi applicable à leur régime matrimonial, leur situation juridique est parfois (souvent) imprécise. La détermination de la loi applicable à leur régime matrimonial dépend (on dirait presque : « est abandonnée au hasard ») des critères que le système de droit international privé propose par défaut (faute de choix exprès), ou critères de désignation subsidiaires. En Belgique en particulier, il s'agit souvent de la première résidence des époux. Tel est le cas pour les époux de nationalité différente qui se sont unis sans contrat avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé (le 1^{er} octobre 2004), auxquelles s'applique faute de choix la loi de l'État de la première résidence conjugale⁽¹⁵⁾ ; pour les époux qui se sont unis sans choix sous l'empire du Code de droit international privé (entre le 1^{er} octobre 2004 et le 28 janvier 2019), auxquels s'applique faute de choix la loi de la résidence habituelle de l'un et l'autre époux « pour la première fois » après la célébration de leur union au sens de l'article 51, 1^o, du Code de droit international privé ; et pour les époux mariés sans choix depuis le 29 janvier 2019, date de l'entrée en application du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, auxquels s'applique la loi de l'État de la « première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage » au sens de l'article 26, § 1^{er}, litt. a, du règlement européen sur les régimes matrimoniaux.

Or le critère de la résidence est incertain, même doublement incertain.

La résidence pose en premier lieu une question de détermination, qui contraint l'interprète à sonder tout à la fois la réalité objective de la vie des époux et leur intention subjective quant à la fixation de leur lieu de vie – dans un contexte où il est parfois trop tard pour y voir clair et où, désormais, ils ne s'entendent plus à ce sujet.

(15) La Cour de cassation utilise volontiers à leur égard l'expression « premier domicile conjugal » (cf. outre l'arrêt *Banque Sud Belge* du 25 mai 1992 dont il a été question plus haut, l'arrêt *O.M. c. B.S.* du 5 mai 2008, relatif lui aussi à la détermination du régime matrimonial d'époux de nationalités différentes mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur du Code (*Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1309, note M. FALLON ; *Revue@dipr.be*, 2010/1, p. 51)). Mais comme on l'a déjà vu ci-dessus, s'agissant de la mise en œuvre des anciennes règles de conflit de lois, antérieures à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, le « domicile » doit s'entendre ici au sens du « principal établissement », tel qu'il résulte de l'article 102 de l'ancien Code civil : « [l]e domicile de tout Belge, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement ». Il s'agit donc en réalité de la « première résidence conjugale », bien davantage que d'une domiciliation administrative.

Philippe et Mathilde sont tous deux de nationalité belge. Ils viennent de se marier, sans avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage. Ils s'établissent à New York, où ils poursuivent leurs études. Ils ont par la suite l'intention de revenir en Belgique, où ils pensent faire l'essentiel de leur vie.

Une difficulté se pose ici : Philippe et Mathilde ont-ils fait de New York le lieu de leur première résidence conjugale, alors qu'ils s'y trouvent pour y poursuivre leurs études ? L'un des époux, dont le patrimoine s'est accru davantage que celui de son conjoint, pourrait avoir avantage à le soutenir : le droit new-yorkais prévoit une séparation de biens. L'autre au contraire pourrait avoir avantage à soutenir que la première résidence conjugale des époux est demeurée en Belgique malgré leur installation temporaire à New York : le droit belge prévoit un régime de communauté.

Les travaux préparatoires du Code de droit international privé contiennent à cet égard une indication donnant à penser que l'intention des époux prime la réalité matérielle, ou factuelle de leur existence : « des étudiants qui habitent à l'étranger après le mariage pour les besoins de leurs études n'acquièrent pas une résidence habituelle dans cet État au sens du Code » (16). Bien que présentée de manière péremptoire, la solution n'est pas certaine, et prête à la controverse, car on voit difficilement une résidence habituelle se fixer sur la base d'une pure intention, sans traduction concrète dans les faits. Tout dépendra donc de savoir si Philippe et Mathilde ont effectivement conservé des intérêts en Belgique durant leur séjour new-yorkais, et s'ils ont effectivement quitté cette ville dès l'achèvement de leurs études pour faire de la Belgique ce qu'elle n'avait jamais cessé d'être : le pays de leur résidence habituelle. L'incertitude pourrait être aisément levée par l'expression d'un choix de loi exprès dans le cours du mariage, prenant la forme d'une convention matrimoniale contenant un choix de la loi applicable.

La résidence habituelle pose une autre question. Elle est de savoir combien de temps peut s'écouler, au maximum, avant que, l'évidence étant donnée que le couple n'a pas fixé de première résidence habituelle commune (ou, dans le langage du Code de droit international privé, sur le territoire du même État), l'on doive passer au critère de rattachement subsidiaire : celui de la nationalité commune des époux et, faute de nationalité commune, celui du lieu de la célébration du mariage (dans le Code de droit international privé) ou celui du lieu avec lequel, « compte tenu de toutes les circonstances », « les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage » (dans le règlement européen sur les régimes matrimoniaux (17)). D'après le considérant 49 du règlement, la résidence habituelle commune des époux devrait, pour

(16) Proposition de loi portant le Code de droit international privé, Développements, *Doc. parl.*, Sén., S.E. 2003, n° 3-27/1, sous art. 51 ; voy. aussi sous art. 4, au sujet de la fixation de la résidence habituelle : « [i]l n'en va pas de même d'un étudiant qui, parti à l'étranger pour les besoins de ses études, maintient ses intérêts principaux dans son État d'origine ».

(17) Art. 26, § 1^{er}, litt. c.

pouvoir entrer en ligne de compte, être fixée « peu après le mariage ». Le critère est suffisamment imprécis pour encourager ici aussi les époux sur lesquels pèse une incertitude à exprimer un choix exprès quant à la loi applicable à leurs rapports patrimoniaux.

Ömer, citoyen belge de nationalité turque établi en Belgique, vient d'épouser la jeune Antalia, de nationalité turque. Le mariage a été célébré par procuration à Istamboul. Le jeune couple n'a pas encore cohabité, Antalia étant demeurée en Turquie pendant le temps nécessaire à l'accomplissement des formalités administratives nécessaires à sa venue en Belgique. Quelle est la loi applicable à leur régime matrimonial ?

L'on sait qu'à un moment donné Ömer et Antalia se sont rejoints en Belgique, pays sur le territoire duquel ils avaient dès l'abord l'intention de s'établir. Cela suffit-il à rendre la loi belge applicable à leurs rapports patrimoniaux, comme étant celle de « l'État sur le territoire duquel » ils ont « l'un et l'autre » fixé « pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration [de leur] mariage », au sens de l'article 51, 1^{er}, du Code droit international privé ? S'il en était ainsi, Ömer et Antalia seraient unis, faute de choix, sous le régime légal belge de communauté.

Mais beaucoup de temps s'est écoulé avant que les deux époux se rejoignent en Belgique. N'est-il pas raisonnable que, si ce temps a excédé deux ou trois, voire six mois ou un an, il faille passer au critère subsidiaire ? Ömer et Antalia, mariés sans choix, seraient en ce cas mariés sous le régime légal turc de la séparation de biens avec participation aux acquêts.

Il serait heureux que, devant l'incertitude qui en résulte, Ömer et Antalia fassent dans le cours de leur union un choix exprès de la loi qui s'applique à leur régime matrimonial – c'est-à-dire désignent précisément la loi qui, dans leur volonté, s'y applique (18).

Il n'y a du reste pas que le critère de la première résidence habituelle qui soit imprécis : d'après l'article 26, § 1^{er}, litt. c, du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, qui vient d'être cité, les époux qui, n'ayant fixé aucune résidence habituelle commune, ne partagent pas non plus la même nationalité, sont soumis au droit de l'État « avec lequel [ils] ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances ». Ce critère étant particulièrement imprécis, un choix exprès fait dans le cours

(18) A. Bonomi plaide pour une « approche flexible » du délai de fixation de la résidence habituelle, « le processus tendant à l'établissement de [celle-ci] [pouvant] s'étendre sur plusieurs mois » : « [l']élément déterminant est l'intention des époux d'établir une résidence habituelle commune comme conséquence immédiate du mariage, pourvu qu'elle soit objectivement reconnaissable par les tiers (...). Bien évidemment, il faut également que cette volonté se matérialise réellement, dans un délai raisonnable, par le transfert de la résidence habituelle (...) dans l'État de la nouvelle résidence habituelle "commune". Cependant, ce délai ne peut pas être fixé à l'avance de manière générale et rigide, car il dépend des circonstances de l'espèce (...). [U]n délai de trois mois est, dans bien des cas, très peu réaliste : suivant les circonstances, un délai de six mois ou parfois même d'une année paraît bien plus raisonnable » (« Art. 26 », in A. BONOMI et P. WAUTELET (collab. I. PETRELLI, E. LEIN, G. KESSLER, S. MIGLIORINI et K. ROKAS), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, op. cit., pp. 786 à 788). La Cour de cassation avait, sous l'empire des règles de conflit de lois antérieures à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, fait preuve de souplesse dans un cas où, quoique concrétisée plus d'une année après le mariage, l'intention commune des époux de fixer leur première résidence habituelle (ou, dans le langage de la Cour de cassation, leur premier « domicile conjugal ») en Belgique ne faisait pas de doute (voy. l'arrêt déjà cité du 5 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1309, note M. FALLON ; *Revue@dipr.be*, 2010/1, p. 51).

de l'union est fort à recommander, pour accroître ce que les internationalistes appellent de leurs vœux comme étant la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions (19).

Le choix posé par les époux en cours de mariage ne comportera pas nécessairement un changement de loi applicable au régime matrimonial. Peut-être s'agira-t-il simplement de confirmer l'application d'un droit vers lequel mènent actuellement les critères applicables à défaut de choix. Mais un choix exprès de ce droit permettra ici, à nouveau, de lever les incertitudes auxquelles pourrait mener l'application des critères légaux : il est plus confortable pour les époux qu'interrogent les tiers (et notamment les banques) sur la teneur de leur régime matrimonial, de disposer d'un acte notarié en bonne et due forme, constatant un accord, que d'invoquer l'application des règles légales.

Antoine, de nationalité belge, et Grace, de nationalité nigériane, se sont mariés en avril 2006 au Nigéria, sans avoir fait précéder ni suivre leur union d'un contrat de mariage. Ils ont vécu quelques mois au Nigéria avant de s'établir en Belgique. Le régime matrimonial légal au Nigéria étant celui de la séparation de biens, Antoine et Grace se trouvent mariés sous ce régime. La première résidence conjugale fixée au Nigéria n'ayant cependant duré que peu de temps, il serait heureux que les époux concluent en cours de mariage un contrat confirmant l'application de la loi nigériane, ainsi que sa teneur voire, si les époux se savent définitivement destinés à vivre en Belgique, adoptent la loi belge et, dans le cadre de celle-ci, un régime de séparation de biens. Il s'agira, dans le premier des cas, d'une simple « désignation », c'est-à-dire d'une énonciation ou d'une confirmation du droit applicable, intervenant en cours de mariage, et, dans le second, d'un changement. Techniquement cependant, cela importe peu : il s'agira toujours bien d'une « convention sur le choix de la loi applicable » au sens de l'intitulé de l'article 23 ainsi que de l'article 24, § 1^{er}, du règlement, adoptée selon la même procédure et ayant la même fonction et la même utilité au fond (20).

(19) Une désignation expresse permettra également de neutraliser le risque que l'un ou l'autre des époux ne soulève, à l'occasion d'un divorce, la clause d'exception visée à l'article 26, § 3, du règlement : lorsque les époux se sont, après avoir brièvement résidé sur le territoire d'un premier État, fixés, « pendant une période significativement plus longue », sur le territoire d'un autre, il est possible que l'un des époux demande au juge de substituer la loi de ce second État à celle du premier, pour autant que « les deux époux [se soient par ailleurs] fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux ». C'est possible mais toutefois pas certain, et il vaut bien mieux lever tout doute à cet égard, par l'expression d'un choix exprès : la clause d'exception ne s'applique pas « lorsque les époux ont conclu une convention matrimoniale avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État » (art. 26, § 3, dern. al.) – ni, bien entendu, de manière générale, lorsque, du fait de l'expression d'un choix exprès, il n'est pas requis de recourir aux critères de rattachement subsidiaires.

(20) Voy. à ce sujet P. WAUTELET, « Art. 22 », in A. BONOMI et P. WAUTELET (collab. I. PETRELLI, E. LEIN, G. KESSLER, S. MIGLIORINI et K. ROKAS), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, op. cit., p. 651, qui évoque expressément la possibilité d'une confirmation : « [l]e choix de loi n'est pas réservé aux époux qui souhaitent modifier la loi qui régit leurs relations. Cet instrument peut également être mis à profit pour confirmer l'application d'une loi [à laquelle] les époux (...) sont par ailleurs déjà soumis » (déjà *supra*, note 1).

Dans le même ordre d'idées, une désignation expresse de droit applicable s'impose pour asseoir, en cours de mariage, un choix exprimé dans le passé, mais dans des conditions de validité douteuses : il s'agit alors, en quelque manière, d'un acte refait.

Paul et Marguerite, tous deux de nationalité belge, se sont unis en mars 2001 au Sénégal, où ils étaient établis. Ils ont, à l'occasion de leur mariage, déclaré à l'officier d'état civil qu'ils optaient pour le régime de la séparation des biens, en conformité à l'article 370 du Code sénégalais de la famille. Ils doutent aujourd'hui de la validité du choix exprimé à l'époque, car selon une jurisprudence qui leur a été rapportée ce choix n'a pas porté à proprement parler sur la loi applicable au régime mais, directement, sur le régime lui-même : étant de nationalité belge commune et s'étant unis avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, ils risquent d'être considérés comme mariés sous le régime légal belge de communauté (21). Un choix exprès, en cours de mariage, permettra de confirmer le choix opéré à l'époque, dans des conditions de pleine sécurité juridique.

§ 4. Le souci de mettre fin à la relativité des solutions en droit international privé

Il existe encore une raison, plus technique, d'exprimer un choix de la loi applicable au régime matrimonial dans le cours du mariage. Il est, pour les époux qui se sont mariés avant le 29 janvier 2019 (date de l'entrée en application du règlement européen sur les régimes matrimoniaux), de mettre fin à la relativité des solutions dans laquelle ils se trouvent du fait de l'application, dans les différents pays avec lesquels ils se rattachent, de critères différents de désignation de la loi applicable.

Konrad et Angela, tous deux de nationalité allemande, unis sans contrat en avril 2007, ont fixé leur première résidence habituelle en Belgique. Ils s'interrogent sur leur situation patrimoniale. Les deux époux s'étant unis avant l'entrée en application du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, la réponse qui leur sera faite sera différente en Belgique et en Allemagne. Du point de vue des règles belges de conflit de lois, ils sont unis sous le régime légal belge de communauté, ayant fait de la Belgique le pays de leur première résidence habituelle (art. 51, 1°, Codip).

(21) La cour d'appel de Liège a considéré ainsi, dans le cas d'un couple de Belges unis au Sénégal, et dont le certificat de mariage portait que « les époux ont déclaré opter pour le régime : séparation de biens », qu'il n'y avait eu là aucun choix de loi : « [i]l apparaît que les époux ont déclaré opter pour un certain régime sans déterminer au préalable le système juridique auquel il devait être rattaché ». Aussi la Cour a-t-elle considéré que, faute de choix de loi « conscient » ou « en bonne et due forme », pourrait-on dire, ce couple (marié avant l'entrée en vigueur du Code) était soumis à la loi – belge – de leur nationalité commune (22 octobre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 557 ; *Notamus*, 1/2015, p. 30, obs. G. VAN CALSTER).

Mais du point de vue des règles allemandes, étant tous deux de nationalité allemande, ils sont unis sous le régime allemand de la communauté différée des augmentations qui, pendant le temps du mariage, fonctionne comme une séparation de biens (anc. art. 15, BGB).

Si Konrad et Angela possèdent encore des intérêts dans les deux pays, ou s'ils ignorent sur le territoire duquel ils résideront habituellement au jour de leur décès, ils ont intérêt à exprimer un choix exprès dans le cours de leur union. Ils échapperont ainsi à la relativité des solutions, et imposeront le même résultat de part et d'autre de la frontière.

Si leur choix se porte sur la loi belge, il s'agira en Belgique d'un acte de confirmation et en Allemagne d'un acte de modification ; s'il se porte sur la loi allemande, il s'agira en Belgique d'un acte de modification et en Allemagne d'un acte de confirmation.

La chose importe peu, car dans l'un et l'autre cas (simple « confirmation » ou « changement ») il s'agit d'un acte de désignation de droit intervenant durant le mariage, soumis comme on l'a déjà vu à la même procédure et présentant la même utilité au fond.

Evangelos et Sofia, tous deux de nationalité grecque, unis sans contrat en juillet 2015, ont fixé leur première résidence habituelle en Belgique.

Leur situation est identique à celle de Klaus et Angela : ils sont en Belgique considérés comme mariés sous le régime légal belge de communauté (art. 51, 1^o, Codip) et en Grèce sous le régime légal grec de séparation des biens avec participation aux acquêts (art. 15, C. civ. grec).

Il leur sera fait le même conseil.

La relativité des solutions subsiste même pour les époux mariés depuis le 29 janvier 2019 en dehors du cercle des États liés par le règlement européen sur les régimes matrimoniaux. Un choix de droit exprès pendant le mariage permettra ici aussi de rétablir la continuité des solutions.

La Pologne par exemple n'est pas partie au règlement. L'exemple suivant peut dès lors être donné. « Deux ressortissants polonais résident en Allemagne. Ils possèdent un bien immobilier en Pologne. À défaut de convention matrimoniale, ils sont soumis au régime légal prévu par le droit allemand. Le droit international privé polonais retient par contre l'application de la loi nationale commune et donc du droit polonais. Pour éviter toute incohérence entre les deux ordres juridiques, il peut être suggéré aux deux époux de se soumettre expressément à la loi allemande. Un tel choix est autorisé par le droit international privé polonais. Le choix de loi permettra de garantir que le sort des époux sera identique dans les deux ordres juridiques » (22).

(22) L'exemple est donné par P. WAUTELET, « Art. 22 », *op. cit.*, p. 669, qui précise le tenir de Ch. DÖBEREINER et S. FRANK, *Internationales Güterrecht für die Praxis : Die neuen EU-Güterrechtsverordnungen*, Bielefeld, Giesecking Verlag, 2019, p. 94, n^{os} 321-322.

Ou encore : Pierre et Éléonore sont tous deux de nationalité belge. Ils se sont mariés sans contrat et, après avoir longtemps vécu en Belgique, ils viennent de s'établir en Suisse. Ils sont, du point de vue des règles belges de conflit de lois, mariés sous le régime légal belge de communauté. Mais, du point de vue des règles suisses ils sont soumis à la loi suisse, qui prévoit plutôt un régime de participation aux acquêts : l'article 54, § 1^{er}, de la loi fédérale suisse sur le droit international privé prévoit, faute de choix, l'application de la loi du dernier domicile commun des époux. Comme tant le droit belge (contenu dans le règlement) que le droit suisse permettent aux époux d'exprimer un choix de loi en cours de mariage (voy. en Suisse les articles 52 et 53 de la LDIP), Pierre et Éléonore pourront choisir expressément l'une ou l'autre loi, de sorte que leur situation sera traitée également en Belgique et en Suisse.

§ 5. Le souci d'apporter au régime matrimonial une modification interdite par la loi actuellement applicable

La dernière raison pour les époux de changer de loi applicable au régime matrimonial est peut-être la meilleure, et sans doute la plus fréquente dans la pratique. Il s'agit de permettre aux époux d'apporter à leur régime matrimonial une modification (par exemple, le passage à un régime de séparation de biens ou une attribution de tout le patrimoine commun au conjoint survivant) que le droit actuellement applicable au régime leur interdit : ils n'ont donc d'autre choix que de changer de loi pour apporter à leur régime la modification qu'ils souhaitent.

Il est rare que des droits étrangers interdisent purement et simplement toute modification de régime pendant le mariage. Tel est toujours, sur le continent européen, le cas du droit slovaque, la Slovaquie n'étant actuellement pas partie au règlement européen sur les régimes matrimoniaux. Deux époux de nationalité slovaque sont, du point de vue du droit slovaque, nécessairement soumis au régime de communauté, les seuls changements qu'ils peuvent y apporter, en cours de régime, résidant dans l'étendue de la communauté, auxquels certains biens peuvent être apportés ou dont ils peuvent être au contraire retranchés (23).

Benjamin et Candice, tous deux de nationalité belge, viennent de se marier sans contrat. Ils ont fixé leur première résidence habituelle en Slovaquie, et sont donc soumis au régime légal slovaque. Ils ne pourraient aujourd'hui adopter un régime de séparation de biens qu'à la faveur d'une modification du droit applicable à leur régime. Il en serait de même d'Andrea et Kamila, tous deux ressortissants slovaques qui se seraient unis avant le 1^{er} octobre 2004, date de l'entrée en vigueur du Code de droit international privé.

(23) https://psfes.euro-family.eu/atlas_scheda-sk, consulté à la date du 10 octobre 2022.

La plupart du temps, la loi applicable au régime matrimonial des époux leur permet d'en changer, mais leur interdit de faire le changement qu'ils envisagent : ils doivent alors nécessairement changer de loi applicable à leur régime matrimonial pour pouvoir pratiquer ce changement.

Charles et Astrid sont tous deux de nationalité luxembourgeoise. Ils se sont mariés sans contrat, et ont fixé leur première résidence habituelle à Luxembourg. Ils sont mariés sous le régime légal luxembourgeois de la communauté réduite aux acquêts. Charles voudrait aujourd'hui entamer une activité professionnelle indépendante, et les époux aimeraient pour ce motif adopter le régime de la séparation de biens. Le Code civil luxembourgeois ne permet cependant aux époux de changer de régime matrimonial qu'après deux années d'application du régime ancien (art. 1397, al. 1^{er}, C. civ. luxembourgeois). Si Charles et Astrid sont mariés depuis moins de deux années, seul un changement préalable de droit applicable à leur régime matrimonial leur permettra de procéder à la modification qu'ils envisagent.

L'exemple le plus connu reste celui de l'attribution de communauté dont veulent convenir entre eux deux époux soumis à la loi italienne.

Romeo et Giulia, tous deux de nationalité italienne, se sont mariés en 1974 à Ciney, sans avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage. Ils ont quatre enfants avec lesquels ils ne s'entendent que moyennement. Ils souhaitent s'attribuer mutuellement toute la communauté pour le cas de décès. Ils possèdent deux immeubles : l'un acquis en 1974, et l'autre en 1986.

Le Code civil italien interdit l'attribution de communauté au conjoint survivant, faisant du partage par moitié du patrimoine commun une disposition impérative (art. 194 et 210, al. 3, C. civ. italien) : Romeo et Giulia doivent donc nécessairement changer de loi applicable à leur régime matrimonial. Une attribution de communauté pratiquée sous l'empire de la loi italienne (non précédée d'un changement de la loi applicable au régime) serait nulle (24).

Il faut par ailleurs être attentif à la circonstance que le Code civil italien s'est modifié dans le temps, à la faveur de l'entrée en vigueur, le 20 septembre 1975, de la loi n° 151 du 19 mai 1975 portant réforme du droit de la famille, prévoyant le passage d'un régime légal de séparation de biens à un régime de communauté d'acquêts. D'après les dispositions transitoires de cette loi, les époux mariés sous l'ancien régime qui n'auraient, avant le 20 septembre 1977 (deux années après l'entrée en vigueur de la loi), manifesté aucune volonté contraire, passent automatiquement au régime nouveau. Leurs biens acquis avant le 20 septembre 1977 restent en ce cas soumis au régime ancien de la séparation de biens ; seuls les biens acquis après cette date tombent dans la communauté nouvelle (art. 228 de la loi).

La modification que Romeo et Giulia envisagent implique donc nécessairement de donner à leur changement de loi un caractère rétroactif avec, pour toute clarté à l'égard des tiers, apport au patrimoine commun des biens acquis avant le 20 septembre 1977.

(24) Mons, 21 janvier 1998, *J.T.*, 1998, p. 456 ; Mons, 20 mars 2018, *Rev. not. b.*, 2018, p. 624, obs.

Section 2. Les modalités du choix

Toute convention matrimoniale intervenant dans le cours du régime devrait, lorsque les époux se trouvent dans une situation internationale, contenir un choix de loi exprès (§ 1^{er}), recevant une portée rétroactive (§ 2). Elle implique le respect des exigences de forme de la loi de l'État de la résidence habituelle des époux ainsi que de la loi qu'ils choisissent au fond comme loi applicable à leur régime matrimonial (§ 3). Quant au fond, les époux doivent se conformer à la loi de leur nouveau choix (§ 4). Ils devraient en outre, idéalement, donner à cette modification la plus large publicité (§ 5).

§ 1. Utilité d'un choix exprès

L'exemple de Romeo et Giulia, par quoi s'est achevée la première section, est particulièrement explicite, car il rassemble toutes les raisons qui pourraient conduire des époux à exprimer un choix de loi applicable dans le cours de leur mariage : outre la possibilité d'apporter à leur régime une modification interdite par la loi qui leur est actuellement applicable, il s'agit (dans le désordre) d'augmenter la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions, d'assurer l'unité de la loi applicable au régime et à la succession, de renforcer l'intégration des époux dans l'ordre juridique belge (car pourquoi Romeo et Giulia, qui ont toujours vécu en Belgique, ne pourraient-ils procéder à une modification qui est parfaitement accessible à leurs voisins ?), et enfin, grâce au règlement européen, d'assurer la validité de la solution décidée en Belgique dans l'ordre juridique italien.

De ce dernier point de vue, une modification de loi applicable durant le régime est un *must*, car elle crée une unité de solution sur le territoire des dix-huit États parties au règlement⁽²⁵⁾ en ce compris – et c'est là le point principal – pour les époux mariés avant l'entrée en application de celui-ci.

Le règlement, en effet, maintient la distinction traditionnelle entre la convention matrimoniale (art. 25) et la convention portant sur le choix de la loi applicable au régime matrimonial (art. 22 à 24), donc entre le changement de régime matrimonial et le changement de la loi qui y est applicable. Or les règles de conflit de lois qu'il prévoit ne s'appliquent pas lorsque le changement porte sur le régime lui-même, sans changement de loi applicable, même si ce dernier intervient à compter du 29 janvier 2019 (art. 69, § 3) : seule en ce cas la circulation des actes

(25) Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Slovaquie et Suède.

est concernée (art. 69, § 1^{er}), mais pas leur validité au regard des règles de conflit de lois (art. 58, § 3). Il en résulte que, saisi d'une simple question de changement de régime, sans changement de loi, chaque juriste continuera de raisonner dans son cadre national : les solutions de droit international privé resteront relatives.

La bonne pratique voudrait dès lors que tout changement de régime matrimonial soit précédé d'un changement de loi, pour que le règlement s'applique et que les solutions soient uniformes sur le territoire de tous les États membres.

Reprenons un exemple italien : Andrea et Maria-Rosa, tous deux de nationalité italienne se sont mariés sans contrat en janvier 2006 et ont fixé leur première résidence habituelle en Belgique.

Ils souhaitent aujourd'hui modifier leur régime matrimonial à l'effet d'attribuer tout le patrimoine commun au conjoint survivant.

Du point de vue des règles belges de conflit de lois, ces époux, mariés avant l'entrée en application du règlement, sont d'ores et déjà soumis au droit belge, puisque, s'étant mariés après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, ils ont fixé en Belgique le lieu de leur première résidence habituelle (art. 51, 1^o, Codip). Ils peuvent donc procéder au changement qu'ils envisagent dans le cadre de la loi belge qui, du point de vue du droit belge, leur est d'ores et déjà applicable. Un changement préalable de loi n'est dans leur cas pas requis.

Pour autant, Andrea et Maria-Rosa se trouvent dans une situation internationale, et le point de vue de l'ordre juridique italien ne peut être ignoré (particulièrement s'ils possèdent encore des intérêts en Italie ou envisagent, à l'avenir, de s'établir dans ce pays). Or du point de vue du droit italien, étant tous deux de nationalité italienne, ils sont mariés sous le régime légal italien de la communauté d'acquêts qui, comme nous l'avons vu, n'est pas susceptible d'attribution au conjoint survivant (art. 29 et 30 de la loi n° 218 du 31 mai 1995 portant réforme du système italien de droit international privé, qui retiennent la nationalité commune des époux comme critère de rattachement du régime matrimonial d'époux mariés sans contrat).

Seule la désignation expresse du droit belge (confirmant, du point de vue belge, l'application du droit de ce dernier État, et modifiant, du point de vue italien, la loi applicable jusqu'alors) garantira à Andrea et Maria-Rosa l'efficacité de la modification à laquelle ils auront procédé en Italie : en désignant le droit applicable après l'entrée en application du règlement, les époux se placent sous l'empire des règles de conflit de lois que celui-ci contient, et qui sont identiques en Belgique et en Italie (art. 69, § 3, du règlement).

Si l'on veut s'assurer que la modification de régime matrimonial à laquelle des époux qui se trouvent dans une situation internationale procèdent soit reconnue et acceptée sur le territoire de tous les États parties au règlement il est à recommander que l'acte modificatif comporte un premier article portant désignation expresse de la loi applicable, même si pareille désignation porte du point de vue de l'autorité qui la reçoit à une simple



confirmation de la loi qui s'appliquait d'ores et déjà dans le passé, compte tenu de l'application des règles de conflit subsidiaires :

« Article 1^{er}. Les époux désignent la loi belge comme loi applicable à leur régime matrimonial, et ce, conformément à l'article 22 du règlement (UE) n° 2016/1103 ». [éventuellement : « Ils précisent, pour autant que de besoin, et pour toute clarté, que cette loi s'appliquait déjà à leur régime matrimonial, en vertu des règles nationales belges de conflit de lois qui s'appliquaient jusqu'à présent à eux, de sorte que la désignation de la loi belge ne comporte, du point de vue de ces règles, aucun changement actuel de la loi applicable à leur régime matrimonial, mais plutôt une confirmation de celle-ci »].

§ 2. Portée rétroactive

D'après l'article 22, § 2, du règlement, « le changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage n'a d'effet que pour l'avenir », et ce, « sauf convention contraire des époux ». La bonne pratique voudra sans doute que la loi du nouveau choix reçoive une portée rétroactive : les époux éviteront ainsi les affres d'une double liquidation – l'une portant sur le patrimoine constitué sous l'empire de la loi ancienne, l'autre sur celui acquis sous l'empire de la nouvelle. La plupart du temps, les époux qui changent de loi applicable à leur régime matrimonial le font du reste par une option consciente en faveur de la loi nouvelle, parce que celle-ci correspond mieux à leurs besoins que celle qui leur était jusqu'alors applicable. Il est dès lors naturel qu'ils donnent à ce choix une portée rétroactive, comme le révèle l'exemple suivant, cité par Patrick Wautelet :

« Un couple composé d'un ressortissant belge et d'une ressortissante portugaise s'est marié en Belgique en février 2019. Immédiatement après leur mariage, ils se sont installés à Singapour, ils ont tous les deux travaillé pendant quelques années. En 2024, ils rejoignent la Belgique où les attendent de nouveaux défis professionnels. L'achat d'une maison leur a fait prendre conscience de l'importance des questions liées aux relations patrimoniales. Ils découvrent également à cette occasion qu'ils sont mariés sous le droit de l'État de Singapour (26). Ces époux souhaitent adopter un régime de communauté tel que prévu par le droit belge et faire rétroagir ce régime au premier jour de leur union » (27).

(26) Bien qu'en soi considéré comme une séparation de biens, ce régime s'avère assez complexe à mettre en œuvre pour le cas de dissolution du mariage par divorce : les « avoirs matrimoniaux » s'étendent alors non seulement aux acquêts mais encore aux biens présents ou hérités qui auraient été substantiellement améliorés pendant le mariage ou auraient été affectés aux besoins du couple ou de leurs enfants ; ils font l'objet d'un partage ordonné en équité par le juge, sur la base de pas moins de sept critères factuels, dont l'aptitude de chacune des parties à accéder à une parfaite indépendance financière après le divorce (<https://singaporelegaladvice.com/law-articles/how-does-the-court-divide-matrimonial-assets-in-a-divorce/>, consulté à la date du 10 octobre 2022). Patrick Wautelet n'a donc pas choisi cet exemple au hasard.

(27) L'exemple est cité par P. WAUTELET, « Art. 22 », *op. cit.*, p. 660.



Le deuxième article de la convention modificative donnera donc, idéalement, une portée rétroactive au choix de la loi nouvelle :

« Article 2. Ils donnent à la désignation qui précède une portée rétroactive, de sorte que la loi désignée s'applique à l'ensemble de leurs relations patrimoniales, nouées entre eux et à l'égard des tiers, depuis le jour de leur mariage [éventuellement, en cas de changement effectif : et remplace à cet égard pour le tout la loi qui s'y appliquait jusqu'à ce jour] » (28).

§ 3. Forme de la modification

Le règlement impose à la désignation du droit applicable intervenant en cours de régime les mêmes exigences de forme qu'au choix de loi ou à la convention matrimoniale antérieurs au mariage. Celles-ci ne paraissent de prime abord guère problématiques, puisqu'un simple écrit, daté et signé par les deux époux, paraît suffire, même coulé en un document électronique (29). La sévérité du règlement se renforce cependant doublement, à la lecture des articles 23, §§ 2 à 4, et 25, § 3, du règlement. La première de ces dispositions prescrit le respect des « règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales » que prévoit le droit de l'État membre de la résidence habituelle des deux époux (ou de l'un d'eux, si l'autre réside habituellement sur le territoire d'un État tiers) (30). La seconde, celui des « règles formelles supplémentaires » prévues par la loi qui s'applique, au fond, au régime matrimonial.

Il en résulte que si les parties qui s'adressent au notaire en vue de la désignation du droit applicable à leur régime matrimonial, en cours de mariage, résident habituellement en Belgique (ou que l'une d'elles réside habituellement en Belgique, alors que l'autre réside sur le territoire d'un État tiers), la règle de droit belge qui prescrit la forme notariée (art. 2.3.6. C. civ.) doit impérativement être suivie, et ce, même si les parties font le choix d'une loi qui les dispenserait de recourir à pareille forme.

(28) Comme le relève Patrick Wautelet, le choix d'une loi nouvelle peut, s'il reçoit une portée rétroactive, affecter profondément les droits et obligations des parties, que ceux-ci pensaient définitivement acquis. Tel serait le cas si la loi nouvelle prévoyait un régime de communauté universelle, auquel cas il serait heureux de préciser en toutes lettres dans la convention que telle est bien l'intention des parties (« Art. 22 », in A. BONOMI et P. WAUTELET (collab. I. PETRELLI, E. LEIN, G. KESSLER, S. MIGLIORINI et K. ROKAS), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, op. cit., p. 662, à propos de l'adoption du droit rwandais, qui prévoit un tel régime).

(29) Cf. l'article 23, § 1^{er}, du règlement : « La convention visée à l'article 22 est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

(30) Cette règle s'applique, non seulement pour la convention portant sur la loi applicable, mais aussi pour la convention matrimoniale elle-même, même si elle ne comporte aucune désignation du droit applicable (art. 25, § 2, du règlement).

Stephen et Astrid sont tous deux de nationalité danoise. Ils résident à Bruxelles. S'ils désignent la loi danoise comme loi applicable à leur régime matrimonial, ils devront le faire en la forme notariée, car ils résident l'un et l'autre en Belgique, même si le droit danois ignore quant à lui pareille forme.

Il en serait de même si un seul des deux époux résidait habituellement en Belgique, et l'autre au Danemark (étant précisé que le Danemark est considéré comme un État tiers pour l'application du règlement « régimes matrimoniaux ») : il suffit qu'un seul des époux réside habituellement sur le territoire d'un État membre, et l'autre sur le territoire d'un État tiers, pour que les « règles formelles supplémentaires » prescrites par la loi de l'État membre doivent être respectées (31).

Il en résulte de même que si les époux résident habituellement sur le territoire d'un État qui permet la conclusion de conventions matrimoniales en la forme privée (comme les États-Unis ou le Danemark, qui ignorent le notariat latin), mais qu'ils soumettent au fond leur régime matrimonial à la loi belge, ils auront à suivre la règle du droit belge qui prescrit la forme notariée pour toute convention matrimoniale.

Armand et Florence sont tous deux de nationalité belge. Ils vivent à New York. S'ils souhaitent conclure une convention matrimoniale soumise à la loi belge, ils auront à le faire en la forme notariée.

Ils devront donc comparaître devant un notaire du Royaume (le cas échéant par le biais d'une procuration digitale, telle que prévue à l'article 18quinquies de la loi contenant organisation du notariat) ou devant le consul général de Belgique à New York, possédant les compétences notariales.

S'ils choisissent de s'adresser à une autorité locale, ils devront veiller à ce que les services du notary public auxquels ils s'adresseront pour la certification de leurs signatures soient accompagnés des conseils juridiques d'un sollicitor capable de « les conseiller[r] en toute impartialité », de leur lire et commenter le document, et de les informer « des droits, des obligations et des charges découlant des actes juridiques dans lesquels il intervient » au sens des articles 1^{er}, alinéa 3, et 9, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi contenant organisation du notariat, comme l'aurait fait un notaire de droit belge.

L'application des règles qui précèdent a encore pour conséquence que la convention matrimoniale conclue par une personne résidant en Belgique, concluant un mariage avec une ressortissante mauricienne à l'Île Maurice, par simple déclaration à l'officier d'état civil de ce pays, comme l'autorise la loi mauricienne, sera nulle : dès l'instant que l'un des époux réside habituellement en Belgique, une telle convention doit impérativement revêtir la forme notariée, rendant insuffisante l'intervention de l'officier d'état civil, et obligatoire celle d'un notaire (belge ou mauricien).

Il est difficile de mesurer avec précision ce que représentent les « règles formelles supplémentaires » qui s'ajoutent à l'exigence d'un écrit daté

(31) Lorsque les époux résident habituellement sur le territoire de deux États membres différents, et que la législation de ces États prévoit « des règles formelles différentes pour les conventions matrimoniales », la convention « valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par l'une de ces lois ». Si Marc, établi en Belgique, épouse Tiziana, établie en Italie, et que le mariage est célébré en Italie, la convention sera valable si elle se fait par déclaration à l'officier d'état civil, comme le prévoit la loi italienne, même si la loi belge prescrit, de son côté, la forme notariée.

et signé par les deux époux et qui doivent impérativement être suivies lorsque les deux époux résident habituellement sur le territoire d'un État membre (ou que l'un d'eux y réside habituellement et l'autre sur le territoire d'un État tiers) ou lorsqu'ils choisissent, au fond, la loi d'un État prescrivant pareilles formes (art. 23, §§ 2 à 4, et 25, § 3, du règlement). Les exigences de forme peuvent minimalement comprendre, outre l'intervention d'un notaire, les solennités entourant cette intervention, l'insertion de certaines clauses pouvant avoir une portée d'information ou d'avertissement (32), la présence de témoins, ou le respect de certains délais, séparant singulièrement l'envoi d'un projet, la tenue d'une réunion et la signature de l'acte lui-même (33).

Le risque d'invalidation d'une convention matrimoniale qui n'aurait pas suivi strictement ces exigences est tel qu'un notaire aux prises avec des époux résidant habituellement à l'étranger, sur le territoire d'un autre État membre (ou dont l'un y réside, alors que l'autre réside habituellement sur le territoire d'un État tiers), ou avec des époux qui choisissent, au fond, une loi étrangère comme loi applicable à leur régime matrimonial, devra veiller à s'entourer des conseils d'un juriste formé au droit étranger. Le cas échéant, en cas de doute, il pourra être préférable de référer les parties qui résideraient habituellement à l'étranger à un notaire (ou à une autorité équivalente) du pays de leur résidence, sauf si le lien avec la Belgique est assez significatif pour justifier l'intervention du notaire belge (mais en ce cas, toujours moyennant les conseils préalables d'un juriste formé au droit étranger).

§ 4. Application, au fond, de la loi du nouveau choix

Malgré les termes du considérant 47, *initio* (34), le règlement est muet sur la loi applicable à l'admissibilité, au fond, d'un changement de loi applicable au régime matrimonial. La précision de l'article 24, § 1^{er}, du

(32) Telles que prévues, en cas d'adoption d'un régime de séparation de biens de droit belge, par les articles 2.3.64, § 3, du Code civil (participation aux acquêts), et 2.3.81, § 2, alinéa 2, du Code civil (correction judiciaire en équité).

(33) L'on peut faire ici un rapprochement avec les formalités à suivre pour la conclusion d'un pacte successoral, telles que prévues aux articles 4.249 à 4.251 du Code civil : si l'on s'en tient à la circonstance qu'un pacte Valkeniers, tel que prévu à l'article 2.3.2 du Code civil, n'est accessible que par le biais d'une convention matrimoniale, l'on peut conclure qu'il ne peut être conclu valablement qu'après que le cérémonial prévu par la loi belge a été suivi lorsque les deux époux résident habituellement en Belgique (ou l'un d'eux en Belgique et l'autre sur le territoire d'un État tiers) ou lorsqu'ils soumettent, au fond, leur convention matrimoniale à la loi belge (ce qui est à recommander, comme on l'a vu plus haut, s'ils veulent bénéficier des effets de la loi belge – et ce, même si le pacte Valkeniers a une visée successorale).

(34) D'après lequel « [i]l convient de définir les règles relatives à la validité au fond et quant à la forme de la convention sur le choix de la loi applicable de manière à faciliter le choix éclairé des époux et assurer le respect de leur consentement, en vue de garantir la sécurité juridique ainsi qu'un meilleur accès à la justice ».

règlement, selon laquelle « [l']existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu de l'article 22 si la convention ou la clause était valable » permet certes de soumettre avec certitude la convention des époux portant sur le choix de la loi applicable à leur régime matrimonial, conclue avant la célébration du mariage, aux conditions de fond prévues par la loi de leur choix. Par exemple : de futurs époux soumettant leur régime matrimonial à la loi belge disposeront de la liberté contractuelle que leur ouvre l'article 2.3.1 Code civil, et leurs conventions seront valables, dans le cadre de la loi belge, « pourvu qu'ils ne stipulent rien qui soit contraire à une règle impérative ou d'ordre public, ou à l'exigence de cohérence de leur régime matrimonial ». Mais, dans le contexte d'un changement de loi applicable au régime matrimonial, cette précision n'est pas suffisante pour délimiter avec précision les domaines respectifs de la loi ancienne (celle que les époux quittent) et de la loi nouvelle (celle qu'ils adoptent) : la modification de la loi applicable au régime matrimonial apparaît bien ici comme le « parent pauvre » du règlement alors même que, comme on l'a vu plus haut, elle est un instrument privilégié de l'unification effective, active, de l'espace judiciaire européen et de l'accroissement de la continuité des solutions en droit international privé. L'option faite en faveur de l'autonomie de la volonté devrait permettre de conclure que c'est la loi du nouveau choix qui s'applique, à l'exclusion de la loi ancienne, en quelque manière disqualifiée, de sorte que les époux ne seront plus jamais prisonniers de la loi qui s'appliquait à défaut de choix.

Dusan et Tatiana, tous deux Slovaques établis en Slovaquie, unis sans contrat en septembre 2009, sont à présent fixés en Belgique. Ils pourront adopter la loi belge comme base de leur union, puisque ce changement est permis en Belgique, sans avoir à se préoccuper de la circonstance qu'il est interdit par le droit slovaque. Le notaire qui les assiste devra cependant attirer leur attention sur la circonstance que le changement auquel ils procèdent en Belgique risque de ne pas être reconnu en Slovaquie, du fait que cet État n'est (pour l'heure) pas partie au règlement européen sur les régimes matrimoniaux. Un tel changement ne sera donc conseillé qu'avec prudence à des ressortissants slovaques qui conserveraient des intérêts en Slovaquie, par exemple qui y posséderaient des biens ou envisageraient de s'y établir à nouveau à l'avenir.

« La règle », précise à cet égard Patrick Wautelet, « est qu'il s'impose de tenir compte des dispositions de la loi nouvelle choisie pour déterminer à quelles conditions un changement de régime peut avoir lieu » (35).

(35) P. WAUTELET, « Art. 22 », in A. BONOMI et P. WAUTELET (collab. I. PRETELLI, E. LEIN, G. KESSLER, S. MIGLIORINI et K. ROKAS), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, op. cit., p. 655 (voy. aussi p. 654 : « [d]ans la mesure où la modification du régime s'effectue une fois la loi nouvelle choisie, il paraît cohérent de soumettre la modification du régime aux exigences posées par la nouvelle loi »).

Lorsque les parties font le choix du droit belge, toutes les conditions de fond de celui-ci doivent être respectées. Elles comprennent la confection d'un inventaire notarié « de tous les biens meubles et immeubles et des dettes des époux » prescrite par l'article 2.3.8, § 2, du Code civil, chaque fois que « la modification du régime matrimonial entraîne la liquidation du régime préexistant ». Tel est à notre estime le cas lorsque la loi du nouveau choix est appelée à opérer de manière rétroactive (et à se substituer donc, depuis le jour du mariage, à la loi ancienne) ainsi que lorsque, même sans opération rétroactive, son adoption provoque le passage d'un régime de communauté à un régime de séparation de biens (36).

L'obligation faite aux parties de se conformer aux prescriptions de fond de la loi du nouveau choix augmente par ailleurs la prudence, déjà aperçue ci-dessus, à laquelle le notaire belge est invité lorsque les parties font le choix d'une loi étrangère : le conseil d'un juriste formé au droit étranger s'impose absolument, puisqu'il faudra se conformer à la fois aux conditions de forme et de fond qu'il prescrit (37).

Si les époux font choix d'une loi qui, préalablement à son établissement, requiert une homologation judiciaire (comme c'est le cas du droit français, en cas d'opposition des enfants du couple ou de leurs créanciers à la modification envisagée, dans les trois mois de la notification qui leur en est faite), il y aura lieu de s'y conformer, en considérant que le tribunal de première instance exerce en Belgique une compétence résiduaire qui lui permettra d'y rencontrer, au besoin, les exigences de l'ordre juridique étranger (38). L'on y reviendra plus en détail ci-dessous.

§ 5. Publicité de la modification

L'article 27, f, du règlement régimes matrimoniaux soumet en principe l'opposabilité du régime à la loi qui lui est applicable : les époux optant pour une loi doivent donc, *a minima*, se conformer aux règles de publicité qu'elle prescrit. Une règle particulière de protection des tiers, inscrite à l'article 28, permet en outre à ceux-ci de se prévaloir de leur ignorance de cette loi, à moins (notamment) qu'aient été accomplies

(36) Voy. pour plus d'explications notre contribution in *Rép. not.*, t. XVIII, l. 0, Bruxelles, Larcier, éd. 2018, n°s 388 à 391.

(37) Not. P. WAUTELET, « Art. 25 », in A. BONOMI et P. WAUTELET (collab. I. PETRELLI, E. LEIN, G. KESSLER, S. MIGLIORINI et K. ROKAS), *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, op. cit., p. 762 : « [l]a solution retenue par l'article 25 rend (...) plus nécessaire encore la réflexion sur l'adoption d'actes véritables transnationaux, fondés sur une connaissance intime du droit comparé ».

(38) En ce sens P. WAUTELET, « Art. 25 », op. cit., pp. 749-750, qui précise que la nécessité d'une homologation judiciaire, étant indissociable du contenu même de la convention des parties, est une règle de fond, et non de forme : elle s'impose, dès l'instant où les parties veulent adopter une loi étrangère qui la prévoit.

les formalités de publicité prévues par la loi de l'État (i) dont le droit s'applique à la convention qu'ils ont conclue avec les époux ou l'un d'eux ; (ii) où l'époux contractant et le tiers intéressé ont leur résidence habituelle et (iii) « dans des dossiers portant sur des immeubles, de l'État dans lequel le bien est situé » : les tiers sont en pareille hypothèse censés connaître la loi applicable au régime matrimonial (§ 2, en sa deuxième partie). Il est pour cette raison utile, dans tous les cas de modification de loi applicable portant adoption de la loi belge, et qui serait accomplie en Belgique, de recommander aux époux de se conformer, outre les formalités de publicité propres à la loi belge, aux formalités de publicité prévues par le droit de l'État de leur résidence habituelle, s'il est différent de la Belgique, et par celui de l'État (ou des États) sur le territoire duquel ils possèdent (ou l'un d'eux possède) en outre des immeubles. Le notaire belge ne pouvant naturellement accomplir ces formalités, nous pensons qu'il s'acquittera de sa tâche, à suffisance de droit, en remettant aux parties une expédition ou un extrait de l'acte qu'il a reçu (voire une attestation semblable à celle que l'on établissait autrefois, en Belgique, à destination de l'administration communale et du notaire détenteur de la minute du contrat de mariage modifié), permettant aux époux de veiller eux-mêmes à l'accomplissement des formalités de publicité désirées.

La clause suivante pourrait dès lors figurer dans un acte modificatif :

Le notaire soussigné procédera à l'inscription du présent acte au registre central des conventions matrimoniales, comme le prescrivent les articles 2.3.9, alinéa 1^{er}, et 2.3.83, § 1^{er}, 1^o, du Code civil. Il remet par ailleurs à l'instant aux époux une attestation de signature du présent acte, de manière à leur permettre d'accomplir dans le pays de leur résidence habituelle et dans tous ceux sur le territoire desquels ils possèdent des biens immeubles les formalités de publicité qui y seraient prescrites par la loi locale, et ce, dans le but d'accroître la connaissance que les tiers pourront avoir du présent acte.

Il pourrait à l'inverse s'indiquer que des époux qui ont modifié leur régime matrimonial à l'étranger accomplissent en Belgique les formalités de publicité que prescrit la loi belge, par exemple parce qu'ils y résident habituellement (ou que l'un d'eux y réside habituellement) ou qu'ils y possèdent un ou des immeuble(s).

L'article 2.3.9, alinéa 2, du Code civil y pourvoit. Cette disposition prévoit qu'« [u]n acte étranger portant modification du régime matrimonial peut, s'il remplit les conditions requises pour sa reconnaissance en Belgique⁽³⁹⁾, être mentionné en marge d'un acte établi par un notaire belge et être joint à cet acte. Cette formalité est effectuée à titre de publicité

(39) La reconnaissance est de plein droit, pourvu que la loi applicable au régime ait été respectée.

de la modification et n'a pas pour effet de rendre celle-ci opposable aux tiers ». Le notaire accomplira, à l'occasion du dépôt d'une expédition ou d'un extrait de l'acte notarié étranger, les formalités de l'inscription au registre central des conventions matrimoniales que prévoit la loi belge : les tiers seront ainsi informés, à suffisance de droit, de la modification intervenue, et ne pourront y opposer leur ignorance (40).

*

* *

Un changement de loi applicable au régime matrimonial n'est pas toujours opportun, car il représente pour les époux – particulièrement s'ils possèdent encore des intérêts à l'étranger, ou envisagent d'y retourner à l'avenir, avec le risque fort qu'ils y décèdent en y laissant leur résidence habituelle – une opération invasive, qui peut notamment perturber une programmation patrimoniale à laquelle ils auraient procédé dans le passé. Aussi peut-on admettre que les époux qui désirent apporter une modification à leur régime matrimonial ne changent pas de loi si celle qui s'applique actuellement à leur régime matrimonial autorise la modification qu'ils envisagent.

C'est à une hypothèse de ce genre que nous voudrions, en guise d'appendice, consacrer la conclusion de la présente contribution.

Nicolas et Carla, de nationalité française commune, se sont mariés en 2007. Ils ont fait précéder leur union d'un contrat de mariage, passé devant M^e Jean-Frédéric Mitterrand, notaire à Solutré (France). Le contrat contient adoption du régime français de la communauté universelle. Ils viennent de s'établir en Belgique, avec leurs deux enfants mineurs, Jean et Emmanuel, pour fuir les foudres du fisc français. Jean fait des bêtises. Nicolas et Carla peuvent-ils modifier leur régime matrimonial, à l'effet d'attribuer toute la communauté au conjoint survivant ? Si oui, selon quelle procédure ?

Le changement que Nicolas et Carla envisagent est permis par le droit français, actuellement applicable à leur régime matrimonial. Un changement de loi applicable n'est donc pas requis. Il faut toutefois – c'est le point sur lequel nous aimerions insister – être prudent : la modification d'un régime de droit français opérée en Belgique sans modification de la loi applicable au régime (c'est-à-dire dans le cadre de la loi française) doit s'opérer, au fond, conformément au droit français qui y est actuellement applicable : s'il n'y a pas de changement de la loi

(40) Le dernier membre de phrase de l'article 2.3.9, alinéa 2, relativement énigmatique, ne retrace rien à la présomption de connaissance que contient l'article 28, § 2, du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, du fait que les formalités de publicité prévues par la loi de l'État de la résidence habituelle commune des époux et du tiers intéressé, ou, en matière immobilière, de l'État de situation de l'immeuble, ont été accomplies.

applicable, « [c]'est (...) la loi applicable au régime *actuel* qui détermine la possibilité pour les époux de modifier leur régime et d'en adopter un autre » (41). La loi belge a certes quelque titre à s'appliquer, mais elle ne s'étend qu'aux conditions de forme de la modification, et elle ne le fait du reste que si les époux (ou du moins l'un d'eux) ont actuellement leur résidence habituelle en Belgique (42).

Or le droit français est plus complexe, sur le plan des formalités à respecter pour une modification de régime matrimonial, que le droit belge. L'article 1397 du Code civil français prescrit en effet que l'intention des époux de procéder à la modification de leur régime matrimonial soit portée, ainsi que la teneur de la modification qu'ils envisagent, à la connaissance de leurs enfants majeurs (ou, en cas d'incapacité, des représentants de ceux-ci), par la voie d'une notification, de même qu'à la connaissance de leurs créanciers, par la voie d'une publication dans un journal d'annonces légales. Les destinataires de la notification ou de la publication disposent alors d'un délai de trois mois pour s'opposer à la modification envisagée, auquel cas les époux ont à poursuivre en justice l'homologation de celle-ci : l'acte n'est alors passé que sous la condition de cette homologation (43).

La jurisprudence de première instance a longtemps considéré que la question de l'homologation à donner par un juge relevait de la forme, de sorte qu'elle n'était pas prescrite si la modification se passait en Belgique, même si elle se faisait sous l'empire d'une loi (la loi française) qui continue de prescrire l'homologation judiciaire (44). Se rangeant à une

(41) P. WAUTELET, « L'ingénierie patrimoniale dans les relations franco-belges : perspectives de droit international privé belge », in F. DERÈME (dir.), *Ingénierie patrimoniale. Questions particulières dans un contexte franco-belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 31 (souligné par l'auteur lui-même). Cette solution, qui était de doctrine traditionnelle (N. WATTÉ et L. BARNICH (collab.), « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. XVIII, I. II, Bruxelles, Larcier, éd. 1997, n° 139, p. 126, et n° 143, pp. 129-130), a reçu une confirmation expresse dans l'article 56, § 1^{er}, 4^e, du Code de droit international privé, en vertu duquel il revenait à la loi du régime de déterminer « si et dans quelle mesure les époux peuvent changer de régime, et si le nouveau régime agit de manière rétroactive ou si les époux peuvent le faire agir de manière rétroactive ». Elle paraît aujourd'hui toujours de droit positif, car elle n'est pas condamnée par l'entrée en application (le 29 janvier 2019) du règlement européen sur les régimes matrimoniaux : celui-ci prévoit au contraire que « [l]a loi applicable au régime matrimonial en vertu du présent règlement régit, entre autres : (...) g) la validité au fond d'une convention matrimoniale », confirmant ainsi, à notre sens, l'enseignement traditionnel.

(42) S'ils ont actuellement l'un et l'autre leur résidence habituelle en France, ce sont les conditions de forme du droit français qui doivent être suivies : il vaut mieux alors, pour le notaire belge, les orienter vers un notaire français. Si l'un de deux réside habituellement en Belgique, et l'autre en France, la forme du droit belge ou celle du droit français peuvent indifféremment être suivies : il est alors légitime que le notaire belge intervienne, à pied d'égalité avec le notaire français.

(43) Lorsque l'un ou l'autre époux a des enfants mineurs, c'est le notaire lui-même qui apprécie s'il y a lieu de saisir le juge des tutelles, en vue d'une opposition, si l'acte envisagé « compromet[...] » manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur ou d'une situation de nature à porter un préjudice grave à ceux-ci » (art. 387-3 C. civ. français).

(44) Civ. Termonde, 27 juin 1997, *T. Not.*, 1997, p. 410, note F. BOUCKAERT ; R.G.D.C., 1998, p. 140, note C. DE BUSSCHERE ; Civ. Mons, 26 avril 1999, *Rev. not.*, 2000, p. 215, note C. DE BUSSCHERE.

opinion présentée de longue date en doctrine notariale (45), la cour d'appel de Mons, réformant le jugement de première instance, a cependant jugé par un arrêt du 15 juin 2009 que la question de l'homologation judiciaire relevait du fond, et devait donc être respectée en Belgique si la loi applicable au régime la prescrivait (46).

Les formalités d'avertissement et de publicité préalables imposées par l'article 1397 du Code civil français étant destinées à permettre au tribunal d'exercer son contrôle, lequel relève du fond, puisqu'il a pour objet la protection des intérêts de la famille et des tiers, on ne saurait trop recommander à un notaire belge qui pratique une modification de régime matrimonial dans le cadre du droit français (sans modification de la loi applicable) d'agir en deux temps, comme le ferait un notaire français : un premier acte annoncerait la modification envisagée, en vue de l'accomplissement des formalités de notification et de publicité, et un second clôturerait la procédure, après avoir constaté l'absence d'opposition dans le délai imparti ou, en cas d'opposition, l'homologation octroyée par le juge (47). Ici aussi, comme le relève Patrick Wautelet, une réflexion s'impose sur « l'adoption d'actes véritables transnationaux, fondés sur une connaissance intime du droit comparé » (48) : le droit international privé est à ce prix.

(45) C. DE BUSSCHERE, « La modification conventionnelle du régime matrimonial pendant le mariage : quelques aspects du droit international privé belge », *J.T.*, 1996, p. 93 ; « La loi du 9 juillet 1998 relative à la procédure de modification conventionnelle du régime matrimonial au cours du mariage », *R.G.D.C.*, 1999, pp. 117 et s.

(46) Mons, 15 juin 2009, *Rec. gén.*, 2009, n° 26.106, obs. V. VANDERCAM et V. LELUBRE. Réformant un jugement du tribunal de première instance de Tournai, qui avait jugé n'y avoir pas lieu à l'homologation d'une modification de régime matrimonial pratiquée par des époux soumis à la loi française qui avaient, à l'époque de la modification, des enfants mineurs, la Cour a jugé que l'homologation – prescrite à l'époque par la loi française dans tous les cas de minorité – s'imposait en Belgique, « même si le droit belge ne l'exige[ait] p[lus] ». La Cour invoqua à cet égard des « raisons de sécurité juridique et d'opposabilité de la modification dans les deux pays, spécialement si les époux poss[édaient] des biens des deux côtés de la frontière », mais l'on peut songer, plus fondamentalement, que derrière cette préoccupation internationaliste se cache une volonté de délimiter au mieux les domaines d'application respectifs des deux législations. L'enseignement de la cour d'appel de Mons nous paraît devoir subsister sous l'empire du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, qui n'a pas autrement clarifié la question (P. WAUTELET, « Relations patrimoniales au sein du couple : les régimes matrimoniaux en droit international privé », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 70, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 205).

(47) Voy. à ce sujet P. WAUTELET, « L'ingénierie patrimoniale dans les relations franco-belges : perspectives de droit international privé belge », *op. cit.*, p. 34, note 66, qui relève que le traitement réservé aux obligations d'avertissement et de publicité « doit être identique à celui réservé à l'exigence d'homologation par le tribunal » : « si l'on estime que le principe de l'exigence d'homologation constitue une condition de fond, il devrait en aller de même pour les obligations de publicité, que l'on ne pourrait considérer comme des formalités (...) » (*ibid.*).

(48) *Supra*, note 37.