



LE RÈGLEMENT EUROPÉEN « RÉGIMES MATRIMONIAUX » ET LA PRATIQUE NOTARIALE

Jean-Louis VAN BOXSTAELE

Chargé de cours à l'UCLouvain et à la KU Leuven
Notaire



1. Les époux qui se marieront après le 29 janvier 2019 ou qui exprimeront après cette date un choix de loi applicable à leur régime matrimonial seront, pour la détermination de cette loi, concernés par un nouveau règlement européen qui se substituera, à compter de cette date, aux dispositions correspondantes du Code de droit international privé⁽¹⁾. Trois enseignements principaux paraissent s'en dégager pour la pratique notariale. Le premier concerne les contrats de mariage conclus après le 29 janvier 2019 (ou dans la perspective d'un mariage célébré après cette date). Le deuxième, les modifications de régime matrimonial entreprises à compter du même moment, lorsqu'elles comprennent un changement de droit applicable. Et le troisième, la détermination du



(1) 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.U.E.*, L 183 du 8 juillet 2016, pp. 1 et s. Un autre règlement est adopté le même jour : le règlement (UE) 2016/1104 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 d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *J.O.U.E.*, L 183 du 8 juillet 2016, pp. 30 et s. Ses solutions sont substantiellement identiques à celles du premier. Il n'en sera toutefois pas question ici. Voy. not., pour de premiers commentaires, en Belgique, L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *Rev. not. b.*, 2017, pp. 146 et s. ; S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », in N. DANDOY, S. PFEIFF, Y.-H. LELEU et A.-Ch. VAN GYSEL, *États généraux du droit de la famille III, Actualités législatives et judiciaires en 2017 et 2018*, Bruxelles, Larcier, et Limal, Anthemis, 2018, pp. 127 et s. ; L. WEYTS, « Een eerste notariële 'tour d'horizon' van de Europese Verordeningen op de huwelijksvermogensstelsels en geregistreerde partnerschappen », *T. Not.*, 2017, pp. 909 et s. En France, parmi les premiers commentaires, voy. H. PÉROZ, « Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux », *JCP N*, n° 29, 22 juillet 2016, 1241, qui s'attache uniquement (comme nous) à la question de la loi applicable.

régime matrimonial des époux mariés « sans contrat » (c'est-à-dire sans choix de loi) après le 29 janvier 2019. Voici les trois sujets qu'aborde la présente *tapa* (sections 2 à 4). Ils sont précédés d'une présentation du règlement et de son champ d'application (section 1^{re}).

Section 1. Présentation

2. Le règlement s'inscrit dans la ligne des instruments européens de droit international privé qui, depuis le tournant de ce siècle, remplacent progressivement les règles nationales (en Belgique, celles contenues dans le Code de droit international privé) par des règles uniformes, identiques dans les différents États participant à l'unification. Ce n'est pas le lieu d'en faire ici le catalogue⁽²⁾. Le plus connu pour la pratique notariale est le règlement « successions » (ou règlement successoral européen)⁽³⁾, qui a véritablement fait entrer les notaires au cœur du système européen de droit international privé. Le règlement « régimes matrimoniaux » le complète aujourd'hui très heureusement. Le contrat de mariage est en effet, à côté des dispositions à cause de mort, l'un des instruments les plus usités – et les plus performants – de la structuration du patrimoine et de la programmation de sa transmission, et le décès d'une personne mariée provoque, avant l'ouverture de sa succession, la dissolution de son régime matrimonial. Les deux règlements vont ainsi de concert. Ils « s'emboîtent harmonieusement »⁽⁴⁾ l'un à l'autre, permettant à l'Europe d'occuper désormais le terrain – tout le terrain – du droit patrimonial de la famille en droit international privé⁽⁵⁾.

3. Le règlement suit le plan classique des instruments européens de droit international privé. Il contient d'abord des règles de compétence judiciaire, permettant aux époux d'identifier vers quel juge ils doivent

(2) Voy. J.-L. VAN BOXSTAELE, « DIP – Premiers commentaires », *Rép. not.*, t. XVIII, l. 0, Bruxelles, Larcier, 2018, n° 9.

(3) Règlement (UE) 650/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *J.O.U.E.*, L 201 du 27 juillet 2012 ; rect., *J.O.U.E.*, L 344 du 14 décembre 2012 et L 60 du 2 mars 2013.

(4) S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, p. 128.

(5) Les donations sont, de leur côté, principalement visées par les règlements qui s'intéressent aux contrats. Tels sont, en matière de compétence judiciaire, le règlement (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles Ibis »), *J.O.U.E.*, L 351 du 20 décembre 2012 et, en matière de loi applicable, le règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), *J.O.C.E.*, L 177 du 4 juillet 2008 (voy. notre contribution, « La donation en droit international privé. Compétence judiciaire et loi applicable », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAELE (dir.), *Tapas de droit notarial 2017. Les donations*, coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 135 et s.).

se tourner pour voir trancher les difficultés que suscitent leur régime matrimonial (art. 4 à 19, formant le chapitre 2 et remplaçant en ce domaine les articles 5 et suivants ainsi que 42 du Code de droit international privé) ; puis il énonce des règles de conflit de lois, permettant d'identifier le droit applicable au régime matrimonial (art. 20 à 35, formant le chapitre 3 et remplaçant les articles 49 et suivants du Code de droit international privé) ; enfin, il formule des règles de reconnaissance et d'exécution, destinées à faciliter la circulation internationale des décisions et des actes, sur le territoire des États participant au règlement (art. 36 à 60, formant les chapitres 4 et 5 et remplaçant en ce domaine les articles 22 et suivants du Code de droit international privé). Le règlement se montre en ces trois secteurs assez classique. Il ne surprendra guère les praticiens du droit belge, que le Code de droit international privé a préparés de longue date aux solutions qu'il propose. Il fait, comme ce dernier, la part belle à l'autonomie de la volonté (c'est-à-dire au libre choix des époux), perçue tout à la fois comme gage de sécurité et de prévisibilité des solutions (voy. à cet égard, singulièrement, le considérant 43)(6), et, faute de choix, à leur résidence habituelle, critère qu'il retient pour des raisons de proximité (voy. à cet égard, singulièrement, le considérant 49). La double option retenue, pour l'autonomie de la volonté et pour la résidence habituelle, relègue la nationalité à un rôle subsidiaire, destiné seulement à combler les lacunes que l'autonomie de la volonté et la résidence habituelle auraient laissé subsister (singulièrement, art. 22, § 1^{er}, *litt. b*, sur lequel nous reviendrons). Elle confirme, surtout – et c'est cela qui importe le plus, pour notre propos –, le rôle éminent que les notaires peuvent (ou doivent) jouer dans le conseil et l'assistance qu'ils apportent aux époux, et leur ménage une place de choix, en même temps qu'il leur confère une grande responsabilité, dans la construction de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice (7).

4. Il convient avant toutes choses, comme en présence de tout texte d'origine internationale, de cerner le champ d'application du règlement et ce, selon le triple critère de la matière, de l'espace et du temps, afin de savoir quand il faut l'appliquer et quand il faut au contraire se tourner plutôt vers d'autres règles, contenues dans d'autres règlements

(6) Elle est aussi un instrument de liberté, son but étant à cet égard de « faciliter la gestion de leurs biens par les époux » (cons. 45).

(7) Notre contribution, « Le notaire, l'Europe et le droit international privé. *Yes, we can* », *Rev. not. b.*, 2011, pp. 799 et s. L'autonomie de la volonté, au service de laquelle les notaires se trouvent, est pour le législateur européen le meilleur outil de la sécurité juridique et de la prévisibilité des solutions, objectifs de la coopération judiciaire en matière civile (voy., dans le texte du règlement commenté, les considérants 15, 36, 49 et 72, qui associent tous « sécurité juridique » et « prévisibilité des solutions », le considérant 36 y ajoutant l'« autonomie des parties » (voy. aussi considérants 43, 45 et 46)).

européens (comme les règlements « divorce », « obligations alimentaires » ou « successions ») ou, faute de règlements européens, dans des conventions internationales (comme la convention de La Haye sur la protection des enfants) ou subsidiairement dans le Code de droit international privé.

§ 1. Champ d'application matériel

5. Dans la matière, le règlement contient une définition autonome de la notion de « régime matrimonial » à laquelle il s'applique (8) : il entend par là « 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*) (9). Cette définition, empruntée à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (10) – et qui est ainsi le fruit, au niveau européen, d'une collaboration entamée il y a belle lurette entre le législateur et le juge – doit par sa généralité attirer à deux titres l'attention du juriste belge : par ses inclusions et par ses exclusions.

(8) La technique de l'interprétation autonome, surveillée par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de son pouvoir d'interprétation préjudicielle (art. 267, TFUE), est destinée à assurer l'application effective et identique des normes d'origine européenne sur le territoire de tous les États qu'elles lient : « il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause » (C.J.U.E, 16 juillet 2009, aff. C-168/08, *Hadadi* (ECLI:EU:C:2009:474), *Rec.*, 2009, I, p. 06871, pt 38). C'est là un des classiques du droit européen, depuis la signature du traité de Rome (M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *Clunet*, 2004, pp. 789 et s.).

(9) Voy. déjà le considérant 18, *in fine*.

(10) 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, et 14 juin 2017, aff. C-67/17, *Todor Iliev* (ECLI:EU:C:2017:459), *Rev. not. b.*, 2018, p. 313, obs. La Cour devait en la première espèce décider si la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, prédécesseur du règlement « Bruxelles *Ibis* », pouvait servir de base à la reconnaissance et à l'exécution en Allemagne d'une ordonnance d'apposition de scellés et de saisie prononcée par un juge français aux affaires matrimoniales dans une instance en divorce pendante entre deux Français établis en France qui possédaient des biens en Allemagne. Elle était dans la seconde invitée à déterminer si le règlement « Bruxelles *Ibis* » s'étendait dans ses dispositions relatives à la compétence judiciaire 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. Elle y répondit dans l'un et l'autre cas par la négative, soulignant que la notion de « régime matrimonial », telle qu'elle sortait du champ d'application de ces instruments, 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 ». Cette définition a été reprise par le législateur européen.

A. Inclusions

6. La définition donnée à la notion de « régime matrimonial » est englobante(11). Elle comprend deux secteurs des relations patrimoniales entre époux qui en étaient en droit international privé belge traditionnellement exclus.

1° Le régime primaire

7. La notion européenne de « régime matrimonial » s'étend d'abord à ce qu'il est convenu d'appeler le régime matrimonial « primaire », c'est-à-dire un ensemble de droits et d'obligations conçus *a minima*, présentant généralement un caractère impératif, qui s'appliquent à tous les époux du fait de leur mariage, quelles que soient les conventions qu'ils ont pu prendre par ailleurs pour régler leurs relations patrimoniales entre eux et à l'égard des tiers (quel que soit, en d'autres termes, leur régime matrimonial « secondaire »). C'est important car le « régime primaire » était, en droit international privé belge, classiquement rangé parmi les effets personnels du mariage, et non pas parmi ses effets patrimoniaux, avec la conséquence qu'il obéissait, depuis l'entrée en vigueur du Code, à une autre loi que celle qui s'appliquait au régime matrimonial secondaire(12). La loi des effets personnels (incluant le régime matrimonial primaire) était – en principe – celle de la résidence habituelle actuelle du couple, fixée au moment où le conflit surgissait, c'est-à-dire – en principe toujours – au moment de la saisine du juge (art. 48, § 1^{er}, 1^o, Codip), alors que celle des effets patrimoniaux, par ailleurs ouverte à l'autonomie de la volonté (art. 49, Codip), était à défaut de choix la loi de sa première résidence habituelle, fixée au jour du mariage (la résidence habituelle « initiale », imperméable au conflit mobile : art. 51, 1^o, Codip). Il en résultait, particulièrement pour les couples qui déménageaient, une

(11) Ce caractère est confirmé, même renforcé, par l'article 27 qui, sous les termes « [p]ortée de la loi applicable », énonce le domaine de la loi applicable au régime matrimonial : « [l]a loi applicable au régime matrimonial en vertu du présent règlement régit, entre autres : a) la classification des biens des deux époux ou de chacun d'entre eux en différentes catégories pendant et après le mariage ; b) le transfert de biens d'une catégorie à une autre ; c) les obligations d'un époux qui découlent des engagements pris par l'autre époux et des dettes de ce dernier ; d) les pouvoirs, les droits et les obligations de l'un des époux ou des deux époux à l'égard des biens ; e) la dissolution du régime matrimonial, sa liquidation ou le partage des biens ; f) les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et des tiers ; et g) la validité au fond d'une convention matrimoniale ».

(12) Voy. déjà Cass., 25 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 839 ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 938, note S. NUDELHOLC et M. LIÉNARD-LIGNY ; *T. Not.*, 1992, p. 432, note F. BOUCKAERT ; *Rev. dr. étr.*, 1992, p. 418, note M.-C. FOBLETS ; *R.W.*, 1992-1993, p. 332 ; *R.G.D.C.*, 1993, p. 455 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 181, note N. COIPEL ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 664, note N. WATTÉ, rattachant aux effets du mariage la question de la validité du cautionnement consenti par un époux mettant en péril les intérêts de la famille (art. 224, § 1^{er}, al. 2, C. civ.). Cet arrêt a suscité des commentaires en sens divers, car il n'était pas clair si la Cour entendait y unifier les effets « personnels » et « patrimoniaux » du mariage, ou tenir leur régime soigneusement distinct (N. COIPEL, « Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, pp. 141 et s.) : cette question sera résolue par le Code de droit international privé, qui optera pour une séparation radicale.

distorsion qui n'était pas toujours favorable à l'unité du régime matrimonial, et qui n'était pas nécessairement comprise des États ignorant la distinction entre les régimes « primaire » et « secondaire » – lorsqu'ils n'ignorent pas jusqu'à la notion même de « régime matrimonial ». Cette distorsion prend fin avec l'entrée en application du règlement, pour les époux qu'il concerne : le règlement introduit l'autonomie de la volonté jusqu'au cœur du régime matrimonial primaire. C'est une révolution(13), même si l'incidence pratique n'en apparaîtra pas nécessairement évidente dans la mesure où un grand nombre de règles du régime primaire méritent la qualification de « lois de police », au sens de l'article 30 du règlement(14), et continueront dès lors d'être appliquées aux époux sur la base d'un critère territorial déduit de leur résidence habituelle actuelle(15).

2° Les contrats et libéralités entre époux

8. Le second point d'inclusion – plus important peut-être encore pour la pratique notariale – est que, comme en témoigne la jurisprudence de la Cour de justice consacrée aux régimes matrimoniaux, dont est issue la définition du règlement(16), la matière des régimes matrimoniaux s'étend à la capacité spéciale et aux pouvoirs des époux de conclure entre eux des contrats et libéralités. Or cette question était elle aussi, en droit international privé belge, considérée comme un effet personnel du mariage, avec la conséquence qu'elle n'obéissait pas à la loi du régime : l'article 48, § 3, 4°, du Code de droit international privé incluait dans le domaine d'application de la loi des effets personnels « l'admissibilité des contrats et libéralités entre époux, et la révocation de celles-ci », qui se trouvait ainsi soumise en principe au « droit de l'État sur le territoire duquel l'un et l'autre époux [avaie]nt leur résidence habituelle (...) au moment où [l'acte] a été passé » (*id.*, § 1^{er}, 1°). La question de la

(13) L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, p. 168 ; S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, p. 138.

(14) « 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 » (art. 30, § 2, le § 1^{er} de la disposition sauvegardant l'application par chaque juge de « ses » lois de police – celles du *for*).

(15) Voy. expressément, dans ce sens, le considérant n° 53 qui précise, à titre exemplatif – et tout en insistant sur leur caractère exceptionnel –, que la notion de « lois de police » « devrait englober des règles à caractère impératif *telles que celles* relatives à la protection du logement familial » (nous soulignons). Dans le même sens, L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, p. 169 ; S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, pp. 167-168.

(16) *Supra*, note 10.

vente entre époux (dont la prohibition a disparu, en droit belge, depuis l'abrogation de l'article 1595 du Code civil par la loi du 22 juillet 2018) et surtout celle des donations entre époux – toujours essentiellement révocables, en droit belge, en vertu de l'article 1096, alinéa 1^{er}, du Code civil – échappaient en d'autres termes à l'autonomie de la volonté et suivaient nécessairement la loi des effets personnels. À titre d'exemple, la donation que pouvaient se consentir deux Français établis en Belgique était, du point de vue du droit belge, soumise au principe de la libre révocabilité du droit belge même s'ils étaient Français, mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur du Code, et que leur régime matrimonial était pour cette raison soumis au droit français. Et, pire encore, leur situation de ce point de vue était analysée tout à fait différemment outre-Quévrain, où les donations entre époux demeuraient soumises à la loi nationale commune des époux et étaient partant, si elles étaient réalisées entre vifs, frappées d'irrévocabilité au même titre que les autres donations, par application des dispositions du droit français (art. 1096, al. 2, C. civ. français, étendant aux donations entre vifs entre époux le droit commun des articles 953 à 958 du même Code)(17). La matière des contrats et libéralités entre époux rentre désormais dans le rang et est considérée comme un élément du régime matrimonial, soumise dès lors à l'autonomie de la volonté qui caractérise celui-ci : si les deux Français de notre exemple veulent échapper à l'application de la loi belge, il leur suffira de veiller, au besoin par un acte modificatif de régime matrimonial, à soumettre celui-ci au droit français – ce qu'ils pourront faire à compter du 30 janvier 2019 (18)-(19).

B. Exclusions

9. Selon une technique régulièrement employée par les règlements européens de droit international privé, l'article 1^{er}, § 2, du règlement contient un certain nombre d'exclusions de son champ d'application matériel. La plupart sont classiques, et correspondent à ce qui se rencontre habituellement dans des instruments de ce genre. C'est ainsi que sont exclus du champ d'application du règlement « a) la capacité

(17) Voy. à ce sujet M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, 6^e éd., Paris, Defrénois, 2006, n° 653, ex. 161, p. 357, précisant qu'une donation de biens présents intervenus entre époux suisses est irrévocable en vertu du droit suisse, même si les époux ont entretemps divorcé et que la donation portait sur un immeuble situé en France – pays qui, jusqu'au 1^{er} février 2005, connaissait la révocabilité *ad nutum* des donations entre époux.

(18) *Infra*, n^{os} 30-31.

(19) Les incidences successorales des donations sont bien entendu soumises, par exception, aux dispositions du règlement successoral européen (voy. not. les articles 1^{er}, § 2, *litt. g*, et 23, § 2, *litt. i*, de ce règlement). Voy. à ce propos notre contribution, « La donation en droit international privé. Compétence judiciaire et loi applicable », *op. cit.*, pp. 195 et s., spéc. pp. 153 et s.

juridique des époux ; *b*) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage ; *c*) les obligations alimentaires ; *d*) la succession du conjoint décédé ; *e*) la sécurité sociale ; *f*) le droit au transfert ou à l'adaptation entre époux, en cas de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, des droits à la pension de retraite ou d'invalidité acquis au cours du mariage et qui n'ont pas produit des revenus de retraite au cours du mariage ; *g*) la nature des droits réels portant sur un bien ; et *h*) toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre ».

10. Ces exclusions ne comportent pour la plupart rien que de très classique, et correspondent substantiellement à ce que pouvait prévoir déjà le règlement successoral européen (art. 1^{er}, § 2). L'on notera en particulier, sans prétendre à l'exhaustivité, que :

- l'exclusion de « la capacité juridique des époux » (*litt. a*) vise seulement, selon toute vraisemblance, la capacité générale de jouissance et d'exercice des époux en leur qualité de personnes physiques, et non des incapacités spéciales de disposer ou de recevoir, ou des limitations de pouvoirs des époux, liées à leur état de mariage : celles-ci sont bel et bien incluses dans le champ d'application du règlement, lequel s'étend à toutes « les incapacités spéciales d'ordre patrimonial qui découlent du statut d'époux » (20) ;
- l'exclusion de « l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage » (*litt. b*) laisse chaque législateur national libre de déterminer, d'après ses propres règles de conflit de lois, s'il est en présence d'un mariage ou non (cons. 17), de sorte qu'un mariage homosexuel, considéré en Belgique comme valable sur la base de l'article 46, alinéa 2, du Code de droit international privé, y produira des effets patrimoniaux selon les dispositions du règlement, alors qu'un tel mariage, n'étant pas considéré comme valable en Autriche, en Italie ou en Pologne, n'y produira que les effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré, soumis aux dispositions d'un autre règlement, adopté le même jour que celui que nous commentons : le règlement (UE) 2016/1104 (21) ;

(20) S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, p. 140 (voy. à ce propos le considérant 20).

(21) De ce point de vue, la règle de l'article 9, § 1^{er}, du règlement 2016/1103, d'après laquelle la juridiction saisie sur la base des règles de compétence du règlement peut décliner sa compétence lorsqu'elle estime que « son droit international privé ne reconnaît pas le mariage concerné aux fins d'une procédure en matière de régimes matrimoniaux » – contraignant alors les parties à s'adresser à un autre juge – nous paraît superflue. Il n'est pas clair en effet pourquoi il est permis à des juridictions de décliner leur compétence alors qu'elles ne peuvent être rendues compétentes sur la base d'un règlement qui ne se veut pas applicable. Voy. pour plus de détails L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de

- l'exclusion des « obligations alimentaires » (*litt. c*) renvoie à la soumission de ces dernières à des instruments qui leur sont propres : le règlement (CE) 4/2009 dans le domaine de la compétence judiciaire (22), et le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 dans celui de la loi applicable (23).

11. C'est surtout l'exclusion du champ d'application du règlement de la « succession du conjoint décédé » (art. 1^{er}, § 2, *litt. d*), correspondant substantiellement à l'exclusion, dans le texte du règlement « successions », de la matière des « régimes matrimoniaux » (art. 1^{er}, § 2, *litt. d* également), qui mérite de retenir l'attention. Dans la détermination du statut du conjoint survivant, et des droits, notamment d'ordre patrimonial, qu'il peut faire valoir à l'endroit des autres héritiers du défunt, le « régime matrimonial » et la « succession » se sont toujours regardés en chiens de faïence car le décès n'est pas seulement l'occasion de l'ouverture de la succession : il est aussi, et avant cela, celle de la dissolution du régime matrimonial. Or certains systèmes juridiques – non des moindres – mettent à profit la dissolution du régime matrimonial et le partage du patrimoine conjugal pour fixer, peu ou prou, le statut patrimonial du conjoint survivant à l'égard des autres héritiers (ceux de sang) du conjoint prédécédé. Il n'est que de songer à l'exemple fameux du § 1371 du Code civil allemand, qui, en son paragraphe 1^{er}, prévoit l'augmentation d'un quart de la part *ab intestat* du conjoint survivant, par prélèvement sur le patrimoine successoral, en cas de dissolution du régime légal par décès – et ce, avant que le surplus de la succession ne soit distribué selon les dispositions successorales en vigueur – (24), ou, plus près de nous encore, aux dispositions du Code civil qui organisent la distribution des acquêts constitués pendant le mariage en permettant l'insertion dans le contrat de mariage ou un acte modificatif du régime matrimonial d'un avantage matrimonial qui viendra renforcer, à cet égard, la position patrimoniale du conjoint survivant (25).

régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, pp. 150 et s. ; S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, pp. 134 et s.

(22) Règlement (CE) 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *J.O.U.E.*, L 7 du 10 janvier 2009.

(23) Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, dont le texte est disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net).

(24) Le régime légal allemand, dit de la communauté différée des augmentations (*Zugewinngemeinschaft*), repose sur une participation aux acquêts, modalisée par une augmentation forfaitaire de la part du survivant en cas de dissolution par décès : il n'y a pas lieu, en cas de décès, d'établir des comptes détaillés entre les patrimoines respectifs des époux, l'augment du quart dont profite le survivant étant forfaitaire.

(25) Les limites respectives du régime matrimonial et de la succession, pour des questions de ce genre, furent, depuis la fin du XIX^e siècle, au cœur de la question dite des qualifications (J.-L. VAN BOXSTAEL, « DIP – Premiers commentaires », *op. cit.*, n° 181).

La Cour de justice de l'Union européenne a été amenée récemment à préciser à ce propos les champs d'application respectifs des règlements « régimes matrimoniaux » et « successions », à l'occasion d'une affaire mettant en cause les dispositions du droit allemand qui empruntent la voie du « régime matrimonial » pour fixer – partiellement au moins – la position patrimoniale dont peut se prévaloir le conjoint survivant (26). Une ressortissante allemande établie en Allemagne, qui venait de s'y faire reconnaître par le juge allemand aux affaires successorales l'augment du quart auquel elle pouvait prétendre en vertu du droit allemand, cherchait à obtenir sur ces bases la délivrance en Allemagne d'un certificat successoral européen afin de faire valoir ses droits sur un immeuble que le défunt possédait en Suède. Les juridictions allemandes, qui tiennent l'augment du quart pour une disposition matrimoniale (27), hésitaient à intégrer celui-ci dans le CSE qu'il leur était demandé de délivrer. Elles posèrent à la Cour de justice la question de savoir si elles étaient autorisées à le faire. La Cour y répondit par l'affirmative : compte tenu des termes du règlement successoral européen, du contexte dans lequel il s'inscrit et des objectifs qu'il poursuit, une disposition telle que le § 1371, BGB entre, décida-t-elle, dans le champ d'application de celui-ci, car elle a moins pour objet de liquider le patrimoine conjugal proprement dit (c'est-à-dire de déterminer les parts respectives auxquelles les conjoints peuvent prétendre dans sa distribution) que de fixer la position patrimoniale respective du conjoint survivant et de ses cohéritiers dans le patrimoine successoral du conjoint prédécédé, après que la composition de ce patrimoine ait été fixée (28). Il en résulte, par ricochet, que le règlement « régimes matrimoniaux » n'a de son côté, aucun titre à s'appliquer : la Cour rappelle d'ailleurs que ce règlement exclut expressément « la succession de l'époux prédécédé » de son domaine d'application, et elle y trouve un argument à l'appui de sa décision (29).

(26) CJUE, 1^{er} mars 2018, aff. C-558/16, *Mahnkopf* (ECLI:EU:C:2018:138). Voy. pour de premiers commentaires C. NOURISSAT, « Premières interprétations du règlement Successions : entre fonctionnalisme et adaptation », *Defrénois*, 21 juin 2018, n° 24, p. 46 ; M. FARGE, « La Cour de justice tranche entre la matière matrimoniale ou successorale : note sous CJUE, 1^{er} mars 2018, aff. C-558/16, *Mahnkopf* », *Droit de la famille*, Ed. du Juris-Classeur, 2018, pp. comm. 144 ; F. MELIN, « Certificat successoral européen : précision sur le champ d'application du règlement européen sur les successions », note sous CJUE, 1^{er} mars 2018, *Doris Mahnkopf*, aff. C-558/16, *Dalloz actualité*, 12 mars 2018.

(27) BGH, 13.05.2015 - IV ZB 30/14, *NjW*, 2015, p. 2185.

(28) « [L'article 1371, paragraphe 1, du BGB porte, selon les informations dont dispose la Cour, non pas sur le partage d'éléments patrimoniaux entre les conjoints, mais sur la question des droits du conjoint survivant quant aux éléments déjà comptabilisés au sein de la masse successorale. Dans ces conditions, cette disposition n'apparaît pas avoir pour finalité principale la répartition des éléments du patrimoine ou la liquidation du régime matrimonial, mais plutôt la détermination du quantum de la part de la succession à attribuer au conjoint survivant par rapport aux autres héritiers. Une telle disposition concerne, dès lors, principalement la succession du conjoint décédé et non pas le régime matrimonial » (arrêt *Mahnkopf*, pt 40).

(29) *Id.*, pt 41.

12. La qualification de l'augment du quart retenue par la Cour, qualifiée par C. Nourissat de « fonctionnaliste si ce n'est finaliste », ou « téléologique », est destinée à sauvegarder les « objectifs du règlement » et « le contexte dans lequel il s'inscrit » (30) : « la réalisation des objectifs du certificat successoral européen serait considérablement entravée dans une situation telle que celle en cause au principal, si ledit certificat ne comportait pas l'information complète relative aux droits de l'époux survivant concernant la masse successorale » (31). La jurisprudence ainsi fixée, et le raisonnement qui l'inspire, commandent à notre sens de considérer que toute disposition contenue dans un contrat de mariage ou un acte modificatif de régime matrimonial dont l'objectif principal n'est pas de régler la position patrimoniale des époux entre eux, dans le partage de leurs biens, mais de fixer les droits auxquels le conjoint survivant peut prétendre à l'égard des autres héritiers du prédécédé dans le partage du patrimoine successoral de ce dernier est un pacte successoral, détachable du contrat de mariage, et susceptible de la désignation de loi visée tant par l'article 25, § 3, que, lorsqu'elle est possible, par l'article 22, § 1^{er} du règlement successoral européen (32). L'avantage matrimonial de droit belge deviendrait ainsi un pacte successoral détachable du reste du régime matrimonial, au même titre que les droits à cause de mort pouvant être liés légalement à la dissolution du régime matrimonial pour cause de décès (voy. en Belgique l'article 745*bis*, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, au reste classé au titre des successions qui, « [l]orsque le défunt laisse des ascendants ou des frères, sœurs ou descendants de ceux-ci », précise que « le conjoint survivant recueille (...) la pleine propriété de la part du prémourant dans le patrimoine commun et dans le patrimoine en indivision exclusivement entre les époux (...) », sa part sur « [l]es autres biens du patrimoine propre du défunt » étant réduite à l'usufruit). Ces institutions, quoiqu'empruntant la voie du régime matrimonial ou s'y référant, en sont en réalité détachables. Elles tombent sous l'empire du règlement « successions » et suivent la loi applicable à celles-ci, et il en est ainsi aussi, très certainement, du « pacte Valkeniers » (art. 1388, al. 2, C. civ.), qui est un « pacte successoral » non seulement au sens du droit belge (*id.*, al. 3) mais aussi – et c'est ce qui importe pour notre propos – au sens de l'article 3, § 1^{er}, *litt. b*, du règlement « successions ».

(30) « Certificat successoral européen : quelle part pour le conjoint survivant ? », *JCP N*, n° 13, 30 mars 2018, 340.

(31) Arrêt *Mahnkopf*, pt 43.

(32) Ces dispositions règlent respectivement le choix de droit limité à la disposition et celui qui s'étend à l'ensemble de la succession : il nous paraît, dans toute la mesure du possible, souhaitable que les deux lois (celle qui règle la disposition et celle qui règle la succession) correspondent (voy. notre contribution, « Successions internationales : trois questions de pratique notariale », à paraître prochainement dans la revue *Notamus*, point 2).

§ 2. Champ d'application spatial

13. Le règlement « régimes matrimoniaux » ne concerne pas tous les États membres de l'Union européenne. Non seulement le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande (qui traditionnellement ne participent pas aux règlements adoptés dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile⁽³³⁾) en sont exclus, mais aussi d'autres États qui n'ont pas souhaité participer à son élaboration. À l'instar du règlement « Rome III » ((UE) 1259/2010) qui définit la loi applicable au divorce et à la séparation de corps⁽³⁴⁾, le règlement « régimes matrimoniaux » est un règlement dit « de coopération forcée », qui ne réunit que les États qui, conformément aux articles 326 et s., TFUE ont souhaité participer à son élaboration. C'est le cas de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de la Bulgarie, de Chypre, de la Croatie, de l'Espagne, de la Finlande, de la France, de la Grèce, de l'Italie, du Luxembourg, de Malte, des Pays-Bas, du Portugal, de la Slovénie, de la Suède et de la Tchéquie. Mais ce n'est pas le cas de l'Estonie, de la Hongrie, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Pologne, de la Roumanie et de la Slovaquie qui ne sont pas liés par cet instrument et doivent pour son application être tenus pour des États tiers. Pour la pratique notariale belge cela n'a pas trop d'importance. Le champ d'application spatial concerne en effet surtout la définition de la compétence judiciaire ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes : les règles de compétence judiciaire s'adressent uniquement aux juges des États membres (en ce sens qu'elles permettent seulement de déterminer la compétence internationale de ces juges), et les règles de reconnaissance et d'exécution concernent uniquement les décisions et les actes émanant des États membres. Ceux qui émanent des États tiers, non parties au règlement, continuent d'être régis par les règles de reconnaissance et d'exécution du droit commun⁽³⁵⁾. Mais, sur le plan de la loi applicable – celui qui intéresse de plus près les notaires – le règlement est d'application universelle : les règles de conflit de lois qu'il contient concernent les lois de tous les pays du monde⁽³⁶⁾, et comme aucun renvoi n'est prévu (il est interdit par l'article 32), il importe peu de savoir si

(33) Protocoles numéros 21 et 22 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande ainsi que du Danemark annexés aux traités sur l'Union européenne (TUE) et sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

(34) Règlement (UE) 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.U.E.*, L 343 du 29 décembre 2010.

(35) Celles qui sont en Belgique contenues, sous réserve de l'application des conventions internationales « bilatérales », aux articles 22 et suivants du Code de droit international privé (J.-L. VAN BOXSTAEL, « DIP – Premiers commentaires », *op. cit.*, n^{os} 130 et 170).

(36) Article 20, correspondant mot pour mot à l'article 20 du règlement « successions » : « [l]a loi désignée comme la loi applicable par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre ».

elles sont celles d'un État membre ou d'un État tiers (37). Si un Suisse, un Roumain ou un Letton et une Japonaise mariés sans contrat à Singapour achètent un immeuble en Belgique, c'est vers le règlement qu'il conviendra de se tourner pour déterminer quelle loi s'applique à leur régime matrimonial, pourvu qu'ils se soient mariés après le 29 janvier 2019 (ou qu'ils aient, après cette date, choisi la loi applicable à leur régime matrimonial).

§ 3. Champ d'application temporel

14. Car – c'est la troisième limitation du champ d'application du règlement – le règlement n'est, en ses règles de conflit de lois, pas de portée rétroactive. Il ne concerne que les époux qui se marieront après son entrée en application (après le 29 janvier 2019 donc) ou – il est important de le souligner – qui exprimeront, après cette date, un choix de loi applicable à leur régime matrimonial (en clair, qui procéderont, après cette date, à la modification de leur régime matrimonial avec changement du droit applicable) (38). L'absence de portée rétroactive du règlement, qui ne concerne pas les époux qui se sont mariés avant son entrée en application, à moins qu'ils ne s'y soumettent volontairement après cette date, correspond à une solution largement répandue en droit comparé (39), qui en Belgique a été confirmée par la Cour de cassation, dans son arrêt *Weimberg* du 9 septembre 1993. La Cour y décide que « le régime matrimonial légal auquel sont soumis les époux mariés sans contrat est si étroitement lié au mariage et à ses effets patrimoniaux que la détermination de la loi [qui y est] applicable doit être considérée comme définitivement acquise au moment où est consommé le fait générateur de ceux-ci », c'est-à-dire le jour de la célébration du mariage (40). La détermination de la loi applicable au régime matrimo-

(37) Comp. à cet égard la solution contenue dans l'article 34 du règlement « successions », qui prévoit quant à lui un renvoi conditionnel en cas d'application de la loi d'un État tiers fondées sur les dispositions générales du règlement.

(38) Art. 69, § 3, fixant le champ d'application dans le temps des dispositions relatives à la loi applicable : « [l]e chapitre III » (qui y est consacré) « n'est applicable qu'aux époux qui se sont mariés ou qui ont désigné la loi applicable à leur régime matrimonial après le 29 janvier 2019 ». Les règles relatives à la compétence judiciaire ainsi qu'à la reconnaissance et à l'exécution des décisions et des actes s'appliquent « aux procédures engagées, aux actes authentiques formellement dressés ou enregistrés et aux transactions judiciaires approuvées ou conclues à sa date de mise en application [le 29 janvier 2019] ou après le 29 janvier 2019 » (art. 69, § 1^{er}).

(39) Voy. à ce propos F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 12.71, pp. 547-548, qui précisent qu'il s'agit d'une tendance « dominante » : le droit applicable s'y trouve « pétrifié » au jour de la célébration du mariage, « dans un souci de sécurité juridique ».

(40) *Pas.*, 1993, I, p. 665, concl. av. gén. E. LIEKENDAEL ; *Arr. Cass.*, 1993, p. 678 ; *Rev. not. b.*, 1993, p. 563 ; *R.W.*, 1993-1994, p. 778 ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 668 ; *J.L.M.B.*, 1994, p. 398 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 471, note N. COIPEL ; *T. Not.*, 1994, p. 5232 ; *A.J.T.*, 1994-1995, p. 181, note K. WAUTERS-LAMBEIN.

nial « légal » suit ainsi les règles qui étaient en vigueur au jour du mariage : cette solution est celle aussi que prévoit la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (41), en son article 21, alinéa 1^{er} (42). Il en résulte, en Belgique, que le notaire confronté à la détermination du régime matrimonial d'époux mariés sans contrat (plus précisément, sans avoir fait un choix de droit applicable à leur régime matrimonial) mettra en œuvre trois corps de règles distincts selon la date à laquelle les époux se sont mariés :

- les époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004, date de l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, demeurent soumis aux règles anciennes, déduites de l'article 3, aliéna 3, du Code civil tel qu'interprété par la Cour de cassation en divers arrêts rendus depuis l'arrêt *Eicker* du 10 avril 1980 (43) : ils sont soumis à la loi de l'État de leur nationalité commune au jour de la célébration du mariage et, à défaut de nationalité commune, à la loi de leur premier « domicile » conjugal, le terme « domicile » devant être compris, à la lumière de l'article 102 du Code civil, comme étant celui du principal établissement du couple – le tout, sauf application du « renvoi » qui, sous l'empire des anciennes règles de conflit de lois, présentait un caractère obligatoire (44) ;
- les époux mariés entre le 1^{er} octobre 2004 et le 29 janvier 2019 (cette date comprise) sont soumis aux règles contenues dans le Code de droit international privé, et plus précisément dans son article 51 : faute de choix de loi, les époux sont soumis au droit de l'État de leur première résidence habituelle et, faute de résidence habituelle sur le territoire d'un même État « pour la première fois » après la célébration du mariage, au droit de l'État de leur nationalité commune ou, à défaut de nationalité commune, au droit de l'État sur le territoire duquel le

(41) www.hcch.net.

(42) « La Convention ne s'applique, dans chaque État contractant, qu'aux époux qui se sont mariés ou qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet États ». L'alinéa 2 de la disposition précise que « [t]out État contractant pourra, par déclaration, étendre l'application de la Convention à d'autres époux », mais cette possibilité n'est pas advenue.

(43) *Pas.*, 1980, I, p. 968, concl. Av. gén. J. VELU ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 390, note J.-L. RENCHON ; *Rev. not. b.*, 1980, p. 495, note R. VANDER ELST ; *R.W.*, 1980-1981, col. 918, note J. ERAUW ; *Rec. gén.*, 1981, n° 22.579, p. 87, note ; *R.C.J.B.*, 1981, p. 309, obs. Fr. RIGAUX.

(44) Cass., 17 octobre 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 341, note M. FALLON ; *ECHTS. J.*, 2003, p. 2, note M. TRAEST ; *Revue@dipr.be*, 2003/1, p. 27, note M. FALLON, pp. 38 et s., qui concernait une question de pension alimentaire entre époux après divorce. Pour une application, en matière de régime matrimonial, voy. Anvers, 17 décembre 2014, *Notamus*, 2015/1, obs. G. VAN CALSTER et S. BERTE, décidant qu'un couple de Néerlandais établis en Belgique, soumis au droit néerlandais comme étant celui de leur nationalité commune, y sont en réalité soumis à la loi belge du fait de leur établissement de plus de dix ans dans ce pays, circonstance à laquelle l'article 7, § 2, de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, en vigueur aux Pays-Bas, attache l'application de la loi belge (Anvers, 17 décembre 2014, *Notamus*, 2015/1, p. 23, obs. G. VAN CALSTER et S. BERTE).

mariage a été célébré – cette fois sans possibilité de renvoi, lequel est interdit par l'article 16 du Code de droit international privé ;

- les époux mariés après le 29 janvier 2019 sont (comme ceux qui exprimeront un choix de droit applicable à leur régime matrimonial après cette date) soumis aux règles contenues dans le règlement, que nous allons à présent détailler.

Section 2. Le contrat de mariage

15. Les relations internationales ont besoin de sécurité. Le contrat de mariage, qui « fixe le statut patrimonial de la famille qui va naître du mariage » (45), en est l'instrument par excellence, certainement lors du passage de la frontière : sous la réserve du pouvoir d'appréciation que le juge pourra y exercer, plus étendu dans les pays de *common law* que dans d'autres (46), il est généralement admis que les époux qui s'établissent à l'étranger verront les conventions qu'ils se sont eux-mêmes données globalement respectées. C'est dans cette perspective – celui d'un encouragement à la conclusion d'un contrat de mariage – que le règlement s'inscrit. Il incite les notaires à recommander aux futurs époux la conclusion d'un contrat de mariage (§ 1^{er}), étant précisé, toutefois, que la liberté de choix qu'il offre aux époux contient des limitations, aussi bien dans le fond que dans la forme (§ 2).

§ 1. Incitation

16. L'incitation a deux leviers, le premier relevant de l'*instrumentum*, et le deuxième du *negotium*.

Sur le plan de l'*instrumentum*, le règlement facilite grandement la circulation internationale des contrats de mariage. Non seulement il les dispense désormais de toute légalisation ou apostille – alors que l'apostille s'imposait encore, jusqu'aujourd'hui, pour un grand nombre d'États membres de l'Union européenne (47) – (art. 61), mais il assoit en outre

(45) L. RAUCENT, *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*, t. I, Leuven, Collège du Faucon, 1976, p. 41.

(46) J. SCHERPE, « Régime matrimonial et contrats de mariage en droit anglais. Qui a peur de la *Common Law* ? », *Rev. not. b.*, 2018, pp. 487 et s. Le contrat de mariage n'est pas regardé avec méfiance par le juge anglais pour des raisons de forme ou parce que le droit anglais ignore l'institution du notariat latin, mais afin de conserver le pouvoir de celui-ci de « reconstruire » le contrat en équité.

(47) J.-L. VAN BOXSTAEL, « DIP – Premiers commentaires », *op. cit.*, nos 161 à 163.

leur force probante, en prévoyant que tout acte authentique émanant d'un État membre déploie sur le territoire des autres une même force probante que celle dont il est revêtu sur le territoire de l'État d'origine, ou y déploie de ce point de vue les effets les plus similaires, sur la seule base d'un formulaire que le notaire est invité à joindre à l'expédition qu'il délivre du contrat de mariage (art. 58, § 1^{er}) (48). Il y a là la source d'une grande sécurité : le notaire invité par de futurs époux à conclure un contrat de mariage pourra leur en garantir l'efficacité, en la forme, sur le territoire de tous les États membres, comme il pourra accueillir sans autre exigence que celle du formulaire dont il vient d'être question un contrat de mariage provenant d'un de ces États. Lorsqu'on franchit les frontières du règlement, par contre, il faut, pour parvenir au même résultat, une légalisation ou une apostille, et la force probante de l'instrument dégénère en une force probante simple, susceptible de preuve contraire par toute voie de droit. Elle n'a plus de caractère authentique (art. 30 et 28, respectivement, Codip).

17. Sur le plan du *negotium*, le contrat de mariage apparaît comme le meilleur instrument pour « permettre aux époux de connaître à l'avance la loi applicable à leur régime matrimonial » (considérant 43). Il est d'abord et avant tout le lieu du choix par les futurs époux de la loi applicable à leur régime matrimonial – lequel peut être exprès, bien sûr, ou même, d'après nous, résulter tacitement ou implicitement des termes des dispositions prises : il n'est pas de raison de s'écarter ici des solutions traditionnelles admises tant par le droit international privé belge (art. 49, § 1^{er}, Codip) que, dans le contexte successoral, par le droit réglementaire européen (art. 22, § 2, règlement successoral européen), pour autant bien entendu que les conditions de forme qui encadrent le choix, et sur lesquelles nous nous arrêterons plus loin, aient été respectées. Un choix exprès est en toute hypothèse assurément préférable. Il devrait à notre estime figurer dans tout contrat de mariage, dont il devrait former la première clause, même si, conclu entre des Belges résidant habituellement en Belgique qui ne possèdent (ou ne possèdent encore) que des biens en Belgique, le contrat intéresse *a priori* des relations purement internes. On ne peut exclure en effet qu'une situation qui, au jour du mariage, se localise exclusivement dans un ordre juridique puisse à l'avenir en intéresser d'autres : les époux peuvent déménager et s'établir à l'étranger ou y acquérir un immeuble, notamment. Si donc deux Belges, résidant en Belgique, se présentent au notaire en vue de conclure un contrat de mariage, il est

(48) La force exécutoire du contrat de mariage authentique reste dépendante d'une procédure d'*exequatur* (art. 59, § 1^{er}, et 44 à 57), mais simplifiée.

bon de confirmer l'application de la loi belge, par une clause d'option expresse en faveur de cette loi :

« Les futurs époux font choix de la loi belge pour régir leur régime matrimonial. Ils confirment, pour autant que de besoin, être tous deux de nationalité belge et résider habituellement en Belgique ».

L'option expresse en faveur de la loi belge, dans la situation qui vient d'être décrite, permettra de lever toute incertitude car il n'y aura pas besoin, à l'avenir, de faire des conjectures sur un éventuel choix implicite ou tacite ni, surtout, de mettre en œuvre les règles de conflit subsidiaires – celles qui s'appliquent aux époux qui n'ont pas choisi la loi applicable à leur régime matrimonial. En particulier il n'y aura pas besoin de se demander si les époux ont fixé une résidence habituelle commune « peu après le mariage » (considérant 49) ou quel est l'État de cette résidence habituelle (art. 26, § 1^{er}, *litt. a*). Que la situation soit purement interne – et sorte donc du champ d'application d'un règlement européen qui s'adresse aux seules matières « ayant une incidence transfrontière » (art. 81, § 1^{er} et § 2, *litt. c*, TFUE, constituant la base juridique du règlement) – a pour le reste à notre estime peu d'importance : le droit belge lui-même prévoit que « [l]es époux règlent leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne contiennent aucune disposition contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » (art. 1387, C. civ.). Le choix de la loi belge, entrant dans la liberté des conventions, produira ses effets « transfrontières » dès que le contrat de mariage franchira les limites de l'État belge.

§ 2. Limitations

18. Le choix par les futurs époux de la loi applicable à leur régime matrimonial connaît aussi des limitations. Celles-ci sont de fond et de forme.

A. Fond

19. Au fond, le règlement restreint doublement (comme le Code de droit international privé le faisait avant lui) la liberté qui s'offre aux époux : il limite le nombre des droits dont les époux peuvent faire choix et il interdit le dépeçage de la loi applicable au régime matrimonial.

1° Option de législation

20. Le règlement restreint l'étendue du choix des époux à deux catégories de lois seulement, « ayant [avec eux] un lien étroit » (considérant

45) : *a*) « la loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention » ou *b*) « la loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention » (art. 22, § 1^{er}) (49) :

« Les futurs époux précisent être à ce jour de nationalité X (ou : « le futur époux de nationalité X et la future épouse de nationalité Y », ou : « de nationalités X et Y »). Ils font choix de la loi X (ou Y) pour régir leur régime matrimonial » ; ou

« Les futurs époux précisent qu'ils résident habituellement en X (ou : « le futur époux en X et la future épouse en Y »). Ils font choix de la loi X (ou Y) pour régir leur régime matrimonial ».

Deux Belges résidant habituellement en Belgique ne pourront choisir que la loi belge, car ils sont tous deux de nationalité belge, et résident tous deux habituellement en Belgique. L'option en faveur d'une loi étrangère ne deviendra possible que si l'un d'eux est, au moment de la rédaction de la disposition, de nationalité étrangère, ou réside habituellement à l'étranger. Au regard des dispositions actuelles du Code de droit international privé (qui sera de ce point de vue privé d'efficacité pour tous les mariages célébrés ou les choix de loi exprimés à compter du 30 janvier 2019) en effet, le règlement supprime la possibilité qui était offerte aux futurs époux de choisir la loi de l'État « sur le territoire duquel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage » (art. 49, § 2, 1^o, Codip). C'était une possibilité intéressante, qui permettait à deux Belges établis en Belgique, mais qui envisageaient de s'installer à l'étranger d'opter d'ores et déjà pour la loi de cet État : ils devront désormais, s'ils souhaitent adapter leur régime matrimonial à leur nouvel environnement juridique, procéder à la modification de leur contrat de mariage, avec changement de la loi qui y est applicable (50).

2^o Interdiction du dépeçage

21. Le règlement prohibe, comme le Code de droit international privé le faisait avant lui, le dépeçage de la loi applicable au régime matrimonial : « [L]a loi applicable au régime matrimonial (...) s'applique à l'ensemble des biens relevant de ce régime, quel que soit le lieu où les biens se trouvent ». Il y a là, précise le considérant 43, un impératif de « sécurité juridique ». Il ne surprendra pas le notaire belge, déjà tenu à cette exigence d'unité (art. 50, § 2, al. 2, Codip). Les notaires français,

(49) C'est la situation au jour de la conclusion de la convention qui compte ici, et non celle qui pourra se présenter au jour du mariage.

(50) *Infra*, n^{os} 30-31.

néerlandais ou luxembourgeois, par contre, devront s’y accoutumer : ils ne pourront plus recommander à leurs clients étrangers qui acquièrent un immeuble dans l’État dont ils ressortent de soumettre cet immeuble à la loi du pays de sa situation – possibilité actuellement offerte par l’article 6, alinéa 4, de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, qui est en vigueur dans ces États (51).

B. *Forme*

22. Le Code admettait que le contrat de mariage réponde en la forme soit à la loi du pays où il était conclu (la *lex loci actus*), soit à la loi que les époux choisissaient au fond pour régir leur régime matrimonial (la *lex causae*) (art. 50, § 2, al. 1^{er}, et 52, al. 1^{er}), de sorte – à titre d’exemple – que deux Danois résidant en Belgique ou deux Belges résidant au Danemark pouvaient fort bien conclure en Belgique un contrat de mariage de droit danois en la forme privée, puisque celle-ci est admise au Danemark, moyennant – si les époux veulent s’y prévaloir dans ce pays – l’enregistrement du contrat auprès du tribunal de Hobro (52). Cette liberté de forme était assortie d’une réserve : le contrat devait faire minimalement « l’objet d’un écrit daté et signé des deux époux » (art. 52, al. 1^{er}, *in fine*), de sorte que le contrat purement verbal ou résultant d’un formulaire imprimé ou disponible en ligne, mais non revêtu de la signature des époux, n’était pas admis. Ces règles étaient très libérales : elles conduisaient à admettre la validité en la forme du choix d’un régime matrimonial fait par des époux dans leur acte de mariage, sans passage devant un notaire, s’ils s’étaient unis sur le territoire d’un État admettant une telle forme – pourvu toutefois que l’on puisse y lire un véritable choix, posé sous le couvert de la loi applicable, et non l’adoption désincarnée – et partant privée de validité – d’un régime détaché de toute loi (53).

(51) Il était semble-t-il de tradition que les notaires français, confrontés à l’acquisition d’un immeuble en France par un couple d’étrangers – par exemple des Anglais – leur recommandent la conclusion d’un contrat de mariage de droit français, limité à ce seul immeuble, avec attribution du patrimoine commun au conjoint survivant. La solution ainsi offerte était difficilement importable en Belgique, le choix de la loi française exprimé par deux Belges établis en Belgique mais acquérant un immeuble en France y étant invalidé s’il se limitait à leur immeuble français (J.-L. VAN BOXSTAEL, « DIP – Premiers commentaires », *op. cit.*, n° 368). Le règlement résout cette difficulté pour les couples unis (ou exprimant un choix de loi) après le 29 janvier 2019 : un choix de loi partiel est désormais exclu. (52) La même solution existe en Finlande, en Suède et en Norvège, pays qui, pas plus que le Danemark, ne connaissent le notariat latin. L’enregistrement du contrat de mariage a lieu, en Finlande, auprès du tribunal de la résidence des époux ou, faute de résidence en Finlande, auprès du tribunal d’Helsinki. Il a lieu, en Suède et en Norvège, auprès du ministère des Finances (pour le Danemark, la Finlande et la Suède, voy. www.coupleseurope.eu).

(53) La cour d’appel de Liège n’a lu, dans la mention de l’acte de mariage de deux Belges mariés au Sénégal, selon lequel « les époux ont déclaré opter pour le régime : séparation de biens », aucun choix de loi valable : « [il] apparaît que les époux ont déclaré opter pour un certain régime sans

Le règlement prévoit lui aussi que « la convention matrimoniale » ou celle ayant pour objet le choix de la loi applicable au régime matrimonial « est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux » (art. 23, § 1^{er}, et 25, § 1^{er}, précisant *in fine* que « [t]oute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite »). Mais, ajoutant qu'il est soucieux d'introduire « certaines garanties (...) afin de s'assurer que les époux sont conscients des conséquences de leur choix » (cons. 47) – insistant donc sur l'importance substantielle du contrat de mariage et des conventions qu'il contient, et jetant à cet égard clairement son dévolu sur le ministère notarial, dans les pays qui le connaissent (54) –, il en resserre les exigences de forme. Car il commande aux époux de se conformer, outre l'exigence d'un écrit daté et signé, aux « règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales » que prévoit la loi de l'État dans lequel ils résident habituellement l'un et l'autre lors de la conclusion de la convention ou celle de l'État membre dans lequel l'un des deux réside habituellement à ce moment, alors que l'autre réside habituellement sur le territoire d'un État tiers (art. 23, §§ 2 et 4, et 25, § 2, al. 1 et 3). Ainsi, si deux Danois résident habituellement en Belgique, et qu'ils sont désireux de conclure un contrat de mariage, ils devront nécessairement le faire devant notaire, par application du droit belge (art. 1392, C. civ.), car il y a là une « exigence formelle supplémentaire » prévue par la loi du pays de leur résidence habituelle (55). De même, si un Belge épouse une Danoise, et que le Belge réside en Belgique et la Danoise au Danemark, ils devront recourir au ministère d'un notaire du Royaume, car la Belgique est un État membre et le Danemark, un État tiers, et que le droit de l'État membre en question contient pour les contrats de mariage une « règle formelle supplémentaire » que ne prévoit pas celui de l'État tiers. Si, au moment de la conclusion de la convention, l'un des futurs époux réside habituellement en Belgique et l'autre en Finlande ou en Suède, le contrat de mariage sera par contre valable en la forme aussi bien s'il est conclu en la forme notariée (forme prévue par le droit belge) qu'en la forme privée (forme prévue par les lois finlandaise et suédoise), puisque tant la Belgique que la Finlande et la Suède sont des États membres : il suffit en

déterminer au préalable le système juridique auquel il devait être rattaché ». Aussi la cour a-t-elle considéré que, faute de choix de loi, ce couple (marié avant l'entrée en vigueur du Code) était soumis, par application des règles légales, à la loi de sa nationalité commune (22 octobre 2014, *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 557 ; *Notamus*, 2015/1, p. 30, obs. G. VAN CALSTER).

(54) *Supra*, note 7.

(55) Deux Anglais résidant habituellement en Belgique, et qui souhaitent opter pour leur loi nationale, devront de même le faire par un acte notarié de droit belge s'ils souhaitent que ce choix s'impose aux autorités belges (voy. en France, où la solution est identique, S. GODECHOT-PATRIS, « Commentaire du Règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité », *Rec. Dalloz*, 2016, 2296).

pareil cas que les futurs époux se soient conformés, en la forme, « aux conditions fixées par l'une [des] lois » des États de leur résidence habituelle (art. 23, § 3, et 25, § 2, al. 2).

23. Les mêmes principes s'appliquent dans le cas des États qui autorisent la conclusion d'un contrat de mariage par simple déclaration à l'autorité civile, voire religieuse, qui célèbre l'union. Il y a ici aussi lieu de distinguer selon que les époux résident habituellement, au moment de la déclaration, tous deux sur le territoire de cet État – auquel cas aucune difficulté ne se présente, et la loi de cet État s'applique, pourvu qu'elle prévoie minimalement que l'acte de mariage, établi par écrit, soit daté et signé par les deux époux – ou s'ils ont leur résidence habituelle sur le territoire de deux États différents. Si ces deux États participent au règlement, la forme « simplifiée » que l'un d'eux prévoit peut être admise, même si l'autre « prévoit des règles formelles supplémentaires ». Ainsi, si l'un des futurs époux réside habituellement en Italie, et que le mariage y est célébré, une simple déclaration à l'officier d'état civil ou au prêtre du culte catholique qui célèbre l'union suffira pour adopter le régime italien de la séparation de biens, même si l'autre réside habituellement en Belgique (art. 23, § 3, et 25, § 2, al. 2 ; art. 162, al. 2, C. civ. it.). Mais si la même situation se présente à Monaco, au Sénégal ou à l'Île Maurice par exemple – tous États admettant la simple déclaration dans l'acte de mariage –, qui sont des États tiers, et que l'autre État, qui « prévoit des règles formelles supplémentaires », est un État membre, celles-ci s'imposeront. Seule la forme authentique sera admise : les articles 23, § 3, et 25, § 2, al. 3, soumettent en pareil cas la validité formelle du contrat à la loi de l'État membre qui « prévoit des règles formelles supplémentaires ».

24. Il ne sera en somme plus permis à un Belge, établi en Belgique, épousant une Mauricienne établie à l'Île Maurice, et se mariant à l'Île Maurice, de se satisfaire de la déclaration à l'officier d'état civil que prévoit le droit mauricien⁽⁵⁶⁾, puisque l'exigence de la forme notariée du droit belge s'imposera nécessairement en ce cas. De même, il ne sera plus permis à un Belge et à une Anglaise établis en Belgique et se mariant à Londres, de procéder par un simple document privé, même avec l'assistance d'un avocat. Ils devront nécessairement recourir à l'acte notarié de droit belge, ou du moins – mais cela reste à voir – obtenir la légalisation d'un *notary public* anglais, si tant est que celle-ci puisse être assimilée à l'authentification du droit belge⁽⁵⁷⁾. Il y a là un recul par rapport aux

(56) Art. 1475, C. civ. mauricien.

(57) Sur l'équivalence fonctionnelle de l'authenticité pouvant être reconnu à l'intervention d'un *notary public* de *Common law*, voy. notre contribution avec C. ROUSSIEAU, « Mariage, divorce, authenticité. Trois questions de droit international privé », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAELE (dir.), *Tapas de droit notarial* 2016, coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 174 et s.

possibilités qu'ouvrirait le Code de droit international privé, mais il semble somme toute salutaire : la jurisprudence avait éprouvé dans le passé des difficultés à reconnaître si une déclaration faite à l'étranger à l'occasion de la célébration d'un mariage contenait ou non une option de législation et partant un choix valable de régime matrimonial (58). Et, comme on y reviendra ci-dessous, il était de toute manière conseillé à des époux s'installant en Belgique, y contractant des obligations ou y possédant des biens, de déposer leurs conventions au rang des minutes d'un notaire belge, afin de les faire enregistrer au CRH et de s'assurer ainsi de l'opposabilité aux tiers que cet enregistrement permet en Belgique (59). Autant dès lors, lorsque l'un des deux époux au moins réside habituellement en Belgique, se présenter directement devant un notaire du Royaume, ou (si l'autre réside sur le territoire d'un État tiers à l'Union européenne) un fonctionnaire du corps consulaire belge en poste à l'étranger.

25. Le resserrement des exigences de forme est d'autant plus sévère que l'article 25, § 3, du règlement soumet le contrat de mariage aux règles de forme de la loi qui s'y applique au fond lorsqu'elles vont au-delà de l'écrit daté et signé : « [s]i la loi applicable au régime matrimonial prévoit des règles formelles supplémentaires, ces règles s'appliquent ». Il suffit donc que les parties optent, au fond, pour une loi qui en ses dispositions substantielles soumet la forme des contrats de mariage à des exigences formelles allant au-delà du simple écrit sous seing privé pour que ces exigences s'appliquent. Toute option en faveur de la loi belge accomplie même sur le territoire d'un État qui ignore le notariat latin impliquera dès lors, pour être reconnue en Belgique, la forme notariée. Le notaire devra y être attentif. Ses clients qui résident habituellement au Danemark ou au Royaume-Uni (pays qui ignorent le notariat latin) et qui souhaiteraient y conclure un contrat de mariage de droit belge devront y comparaître devant une autorité qui remplit fonctionnellement le rôle de notaire ou, mieux encore, revenir en Belgique pour y conclure devant notaire un contrat de mariage « en bonne et due forme » (60). De même, le notaire devra informer ses clients résidant à Monaco, au Sénégal ou à l'Île Maurice qu'il ne leur suffit pas, s'ils choisissent la loi belge et ce, même si la loi locale le leur permet, de faire une déclaration à l'officier de l'état civil qui célèbre leur union pour conclure un contrat

(58) *Supra*, note 53.

(59) Nous ne souhaitons pas entrer ici dans le détail de l'article 28 du règlement, qui précise les conditions de l'opposabilité du régime matrimonial aux tiers (voy. à ce sujet L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, pp. 172 et s., spéc. pp. 174-175).

(60) L'on sait que le Code consulaire a supprimé la compétence notariale des agents du corps consulaire belge en poste sur le territoire d'un État membre, « condamnant » dès lors les parties qui y sont domiciliées mais souhaiteraient bénéficier de l'authenticité du droit belge à comparaître devant un notaire du Royaume (art. 19, C. cons.).

de mariage valable en la forme : ils devront comparaître pour ce faire devant un notaire belge ou un agent du corps consulaire belge en poste à l'étranger, qui y exerce les fonctions notariales (61).

26. L'option du législateur européen pour un resserrement des exigences de forme applicables au contrat de mariage comporte un avantage collatéral. Seuls les actes reçus par un notaire belge (ou un agent du corps consulaire belge en poste à l'étranger) étant, pour des impératifs techniques, admissibles à la publicité au registre central des contrats de mariage (62), le choix en faveur de la loi belge fera idéalement l'objet d'un acte notarié de droit belge. C'est en effet en principe sur la loi applicable au régime matrimonial que repose l'opposabilité du contrat de mariage aux tiers (art. 27, *litt. f* du règlement) et comme, en vertu du droit belge, le contrat de mariage n'est opposable aux tiers que moyennant son inscription au CRH, il faudra que cette formalité s'accomplisse si les époux veulent opposer avec succès leur régime matrimonial aux tiers (63). Si un contrat de mariage comportant une option en faveur du droit belge a été passé à l'étranger, il est de toute manière à conseiller de le déposer au rang des minutes d'un notaire belge pour que s'accomplissent les formalités prévues par les articles 1391, alinéa 2, du Code civil et 4, § 2, 1^o, de la loi du 13 janvier 1977 (64).

(61) L. Barnich juge avec sévérité les exigences de forme nouvelles (« Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, pp. 170 et s.) : l'invalidation du contrat de mariage d'un Belge établi en Belgique épousant une étrangère demeurée dans son pays d'origine pour des questions de forme pourrait en surprendre plus d'un et le soumettre, contre son gré, au régime légal belge de communauté si son épouse le rejoint finalement en Belgique quelques mois ou quelques années après la célébration du mariage (p. 171).

(62) A.R. du 25 septembre 2016 concernant la gestion du registre central des testaments et du registre central des contrats de mariage, qui en confie la responsabilité à la Fédération royale du notariat belge (art. 2) et prévoit que les inscriptions sont faites soit par le notaire « qui a passé l'acte ou qui a pris l'acte en dépôt » (tels sont les termes du rapport au Roi), soit, si le contrat de mariage a été reçu par un agent du corps consulaire belge en poste à l'étranger, par les services du SPF Affaires étrangères (art. 5, § 1^{er}).

(63) Nous n'entrons pas ici, comme déjà précisé, dans le détail de la règle de protection des tiers cocontractants contenue à l'article 28 du règlement qui, pour l'essentiel, rétablit, dans la ligne de la célèbre jurisprudence *Lizardi* (Cass. fr., 16 janvier 1861, *D.P.*, I, 193 ; *S.*, I, 105), le primat de la loi de la résidence habituelle commune du tiers et de l'époux qui lui oppose son régime matrimonial. L'affaire *Lizardi*, qui a percolé jusqu'au cœur du DIP européen des contrats (art. 13 du règlement (CE) 593/2008 (« Rome I ») sur la loi applicable aux obligations contractuelles), concernait la souscription par un étranger mineur d'après sa loi nationale – la loi mexicaine, qui fixait alors l'âge de la majorité civile à 25 ans, tandis que la loi française le fixait à 21 –, alors qu'il se trouvait à Paris, de billets à ordre et lettres de change en paiement de bijoux pour près de 700.000 francs « germinal » (soit l'équivalent, de nos jours, de près de 2 millions d'euros) ! L'acheteur impécunieux cherchait à se réfugier derrière les prescriptions de sa loi nationale pour échapper à ses obligations, ce que les juges français n'ont pas accepté, jugeant que les marchands parisiens avaient pu croire de bonne foi à l'application des lois françaises, qui devaient donc l'emporter.

(64) Sans compter la transcription dans les registres de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale, impliquant elle aussi l'authenticité, obligatoire lorsque l'acte contient la mutation d'un droit réel immobilier localisé en Belgique.

Section 3. La modification du régime matrimonial

27. L'entrée en application du règlement n'aura pas d'incidence seulement sur les contrats de mariage conclus après le 29 janvier 2019 (ou dans la perspective d'un mariage célébré après cette date). Il influera aussi sur les modifications de régime matrimonial, si elles comportent un changement de loi applicable : le règlement ne s'applique en effet pas seulement, en ses règles de conflit de lois, aux époux mariés après le 29 janvier 2019, mais aussi à ceux qui, après cette date, choisissent la loi applicable à leur régime matrimonial (art. 69, § 3), ce qu'il permet aux époux de faire aussi bien avant que pendant leur mariage (art. 22, § 1^{er} *initio*, ainsi que §§ 2 et 3). Il est ainsi (avant comme après l'entrée en application du règlement) permis aux époux de changer de régime matrimonial, soit dans le cadre de la loi qui leur est actuellement applicable, soit même en changeant de loi applicable à leur régime matrimonial.

§ 1. Sans changement de loi

28. Le changement de régime dans le cadre de la loi actuellement applicable ne connaît aucune modification, ou peu s'en faut, par rapport aux règles anciennes. Il faut ici rappeler que si la loi applicable au régime autorise les époux à procéder au changement qu'ils envisagent, c'est cette loi qui s'applique au fond tandis que, sur la forme, c'est la loi de l'État sur le territoire duquel le changement est pratiqué qui s'applique. Ici aussi, les « règles formelles supplémentaires » prévues par la loi de l'État membre sur le territoire duquel les époux résident (ou, si l'un d'eux réside habituellement sur le territoire d'un État tiers, la loi de l'État membre sur le territoire duquel l'autre réside) s'appliquent nécessairement. Tout changement intervenant en Belgique, alors que les époux ou l'un d'eux réside habituellement dans ce pays, impliquera donc l'intervention d'un notaire (art. 1392, C. civ.) avec la conséquence, déjà aperçue, qu'elle donnera lieu à publicité au CRH, par application combinée des articles 1395, § 1^{er}, et 4, § 2, 1^o, de la loi du 13 janvier 1977, et ce, même si la modification a lieu sous l'empire d'une loi étrangère.

Deux points d'attention doivent être relevés pour qui procède à un changement de régime matrimonial sans modification de la loi applicable. Le premier concerne les lois étrangères prévoyant que la modification de régime matrimonial est soumise à l'homologation du juge. La cour d'appel de Mons a décidé, dans un arrêt qui a fait l'unanimité de la doctrine, que cette exigence relevait du fond – de la loi applicable au

régime donc – et non de la forme, de sorte qu’elle s’impose aujourd’hui encore en Belgique aux époux soumis à une loi étrangère qui la prescrit même si cette exigence a été supprimée en droit belge. Par exemple, deux époux soumis à la loi française et qui modifient leur régime matrimonial en Belgique, par application du droit français, devront requérir l’homologation judiciaire s’ils ont des enfants mineurs à l’époque de la modification ou si, dans les trois mois de l’information qui leur en est donnée ou de la publication qui est faite de la modification envisagée « dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l’arrondissement ou le département du domicile des époux », leurs enfants majeurs ou leurs créanciers s’y opposent (art. 1397, al. 2, 3 et 5, C. civ. français) (65).

29. Le deuxième point d’attention concerne la publicité à donner à la modification. Outre la publicité au CRH, qui sera automatique puisque l’acte aura été reçu par un notaire belge, il paraît conseillé de procéder aussi, en sus, aux formalités prévues par le droit étranger applicable au régime matrimonial et ceci, pour la raison déjà citée que l’opposabilité du régime matrimonial aux tiers est en principe, et sous réserve de l’application de l’article 28, soumise à la loi applicable au régime lui-même (art. 27, *litt. f*, du règlement) (66). Ainsi si deux Français unis sous un régime de droit français procèdent en Belgique à un changement de régime matrimonial conforme au droit français, il sera bon que le notaire suive les règles prévues par le Code de procédure civile français : l’article 1300-2, qui prescrit la notification à l’officier d’état civil qui a célébré le mariage d’un extrait de l’acte modificatif et d’un certificat précisant la date de réalisation des formalités d’information et de publication de l’avis et attestant de l’absence d’opposition, pour que

(65) Mons, 15 juin 2009, *Rec. gén.*, 2009, n° 26.106, obs. V. VANDERCAM et V. LELUBRE. La Cour y réforme un jugement du tribunal de première instance de Tournai (30 janvier 2009, *Rev. not. b.*, 2009, p. 334, obs. ; *R.G.D.C.*, 2009, p. 492), 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. Voy. à ce sujet V. VANDERCAM, « Quelles sont les formalités actuelles que doit respecter le notaire belge quand il veut modifier le contrat de mariage de résidents français ? », *Rec. gén.*, 2008, n° 25.868. La condition de l’homologation du tribunal relevant du fond, et non de la forme, il semble indiqué que le notaire belge procède à la publication prescrite par le droit français en amont de l’intervention du juge, tout à la fois au *Moniteur belge* (équivalent fonctionnel, en Belgique, du « journal d’annonces légales » français) et dans un « journal d’annonces légales » du département du dernier domicile des époux en France ou, à défaut de pareil domicile, de Paris. On trouve les coordonnées des « journaux d’annonces légales » sur le site <https://actulegales.fr/journaux-annonces-legales>. L’information adressée aux enfants majeurs du couple ainsi que la publication légale seront relatées dans l’acte : tel est à notre sens le meilleur moyen de respecter la loi française.

(66) Les formalités de publicité se trouveraient ainsi incluses à la fois dans le fond et dans la forme de l’acte : elles obéiraient à la fois à la loi du régime, comme loi applicable au fond, et à la loi belge, comme loi de l’État sur le territoire duquel la mutation est effectuée (voy. à ce propos F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 12.75, pp. 551-552, qui retient la qualification de fond, et 12.77, p. 554, qui, dans le cas d’une modification de régime matrimonial, retient celle de la forme).

l'officier d'état civil fasse mention du changement de régime matrimonial en marge de l'acte de mariage (67), et l'article 1300-5, qui prescrit une notification identique au notaire détenteur de la minute du contrat de mariage modifié, pour que celui-ci en fasse mention au pied de ce dernier et qu'il la reproduise dans toutes les copies ou extraits qu'il en délivrera à l'avenir. De même, si deux époux soumis au droit luxembourgeois changent de régime matrimonial en Belgique par application du droit luxembourgeois, il sera utile que le notaire se conforme aux dispositions du Code civil et du Nouveau Code de procédure civile luxembourgeois : les articles 1397, alinéa 2, du Code civil et 1026, du Nouveau Code de procédure civile, qui prescrivent la notification d'un extrait du contrat de mariage modificatif au Parquet Général de Luxembourg, « à fin de conservation au répertoire civil et d'inscription au fichier », et l'article 1027 du Nouveau Code de procédure civile, qui en prescrit la notification au notaire détenteur de la minute du contrat de mariage initial, pour qu'il en fasse mention sur la minute du contrat de mariage modifié. Si la modification intervenue en Belgique a par ailleurs pour objet le transfert d'un droit réel immobilier localisé à l'étranger, il conviendra aussi de veiller à l'accomplissement des formalités locales de publicité foncière. L'implication d'un notaire étranger, jusque-là simplement souhaitable, devient ici indispensable (68).

§ 2. Avec changement de loi

30. Un changement de droit applicable s'impose lorsque le droit étranger auquel les époux sont actuellement soumis ne prévoit pas le changement qu'ils souhaitent. L'exemple le plus fréquent à cet égard est celui des époux soumis à la loi italienne et qui souhaitent s'attribuer mutuellement tout le patrimoine commun en cas de décès : cette modification est interdite en droit italien (art. 194 et 210, al. 3, C. civ. it.). L'on peut aussi songer à la situation des époux soumis aux droits vénézuélien, brésilien ou japonais, qui connaissent l'immutabilité du régime matrimonial et privent donc les époux de tout choix dès après le moment de la célébration de leur union (69).

(67) Si le mariage n'a pas été célébré en France, la notification sera faite au répertoire civil annexe mentionné à l'article 4-1 du décret n° 65-422 du 1^{er} juin 1965 portant création d'un service central d'état civil au ministère des affaires étrangères.

(68) J.-L. VAN BOXSTAEL, « DIP – Premiers commentaires », *op. cit.*, n° 94.

(69) Selon les indications de S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, p. 160, n° 147. M. Revillard y ajoute les droits argentin, cubain, bolivien et uruguayen (« Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international », *Trav. com. fr. dr. intern. priv.*, 2000, vol. 13, nos 265 et s., ici p. 266).

Le règlement n'est pas très disert sur le changement de loi applicable intervenant durant le mariage : il se borne à l'autoriser, sans en préciser les modalités concrètes, et laisse donc celles-ci à chaque droit interne dans le cadre duquel la modification est opérée. Lorsque les époux soumettent la modification qu'ils envisagent à un notaire belge et que celui-ci leur recommande l'adoption de la loi belge, celui-ci semble avoir un double titre à s'appliquer : elle est à la fois la loi de la forme et celle du fond, car, par application des principes examinés ci-dessus, tout acte accompli par des époux résidant en Belgique, ou dont l'un des deux au moins y réside si l'autre est établi sur le territoire d'un État tiers (art. 23, §§ 2 et 4, et 25, § 2, al. 1^{er} et 3), et toute application au fond de la loi belge (art. 25, § 3), impliquent le respect des « règles formelles supplémentaires » prévues par cette loi, allant au-delà de la simple convention écrite, datée et signée par les deux époux (art. 23, § 1^{er}, et 25, § 1^{er}) (70). L'intervention d'un notaire (ou, si la modification a lieu à l'étranger, d'une autorité qui lui est fonctionnellement équivalente) s'impose donc, par application de l'article 1392 du Code civil. Quant à savoir si l'exigence d'un inventaire prescrite par l'article 1394, § 2, alinéa 2, du Code civil relève du fond ou de la forme, cela importe en définitive peu. L'inventaire s'imposera dès l'instant que la loi belge s'applique, aussi bien à la forme qu'au fond, ou l'un à défaut de l'autre, dès que ses conditions sont réunies, c'est-à-dire dès que la modification envisagée « 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 (71).

31. Comme par le passé, le choix des époux n'a d'effet que pour l'avenir (art. 22, § 2, du règlement). Il est donc très important pour le notaire qui assiste les époux dans le changement de leur régime matrimonial de préciser en toutes lettres, si telle est bien leur intention, que le changement de régime matrimonial couvre le régime ancien, c'est-à-dire les biens que les époux ont acquis dans le passé – sans qu'ils puissent, en toute hypothèse, porter atteinte aux droits que des tiers, et notamment des héritiers réservataires ou ceux avec lesquels un pacte successoral aurait été conclu, auraient acquis sur ces biens (*ibid.*, art. 22, § 3).

(70) Nos obs. sous Mons, 20 mars 2018, *Rev. not. b.*, 2018, p. 625.

(71) J.-L. VAN BOXSTAEL, « DIP – Premiers commentaires », *op. cit.*, nos 388 à 391.

Section 4. Les époux mariés sans contrat

32. Les règles de conflit de lois subsidiaires, applicables aux époux mariés « sans contrat » – sans avoir, plus précisément, choisi la loi applicable à leur régime matrimonial – sont contenues à l'article 26, § 1^{er} du règlement. Elles ressemblent de très près à celles que le Code de droit international privé avait mises en place en son article 51, le rapprochement de ces dispositions ayant quelque chose du jeu des « sept erreurs » par lequel on compare deux dessins quasiment identiques dans lesquels le dessinateur a glissé des différences subreptices. Aussi les règles subsidiaires ne devraient-elles susciter pas d'autres difficultés que celles qui se posent déjà actuellement, sous l'empire du Code. Ces difficultés, somme toutes peu nombreuses, semblent devoir subsister, car le règlement ne les résout pas (§ 1^{er}). Il propose par ailleurs une clause d'exception d'un genre nouveau, faite pour des époux ayant quitté le pays de leur première résidence habituelle et s'étant fixés de longue date en un autre État et qui, selon les termes de l'article 26, § 3, y ont posé des actes d'« organis[ation] ou [de] planifi[cation] [de] leurs rapports patrimoniaux » placés sous le couvert de la loi de cet État (§ 2).

§ 1. Le rattachement

33. Les époux mariés « sans contrat » (sans avoir fait de choix quant à la loi applicable à leur régime matrimonial) sont soumis à une règle de rattachement en cascade, selon un système bien connu des praticiens du droit belge.

A. *La première résidence habituelle commune*

34. La règle retient d'abord, en ordre principal, la loi de l'État « de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage » (art. 26, § 1^{er}, *litt. a*). L'on retrouve ici les deux tendances lourdes qui caractérisaient déjà les solutions du droit belge : le primat de la résidence habituelle et sa fixation au jour de la célébration du mariage. Ces solutions ont leur lot de difficultés traditionnelles, que le règlement ne résout pas. La première revient à savoir ce qu'est la résidence habituelle et la deuxième, plus épineuse, à quel moment, c'est-à-dire dans quel laps de temps après la célébration du mariage elle doit être fixée pour que ce critère s'applique.

Pour déterminer, d'abord, la résidence habituelle, l'interprète ne pourra plus se référer comme il le faisait sous l'empire des règles anciennes à l'article 4, § 2, 1^o, du Code de droit international privé. La « résidence habituelle » reçoit en droit international privé européen une définition autonome (72) qu'ont contribué à forger des arrêts de la Cour de justice des Communautés puis de l'Union européenne rendus dans le cadre de la fonction publique européenne et de la sécurité sociale des travailleurs migrants (73). On y lit que la résidence habituelle est « le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts » (74). Cette définition – qui ne reçoit à notre connaissance d'adaptation que dans le cadre particulier de la protection des enfants mineurs, soumise aux dispositions du règlement « Bruxelles IIbis » (75) – n'est pas éclairée par le considérant 49 du règlement, qui reste muet sur les difficultés de détermination qu'elle suscite. Mais l'on ne voit pas de raison de s'écarter ici des considérations contenues dans les considérants 23 et 24 du règlement successoral européen, qui précisent que la résidence habituelle retenue doit « révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné », « prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence [des intéressés] dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence » (cons. 23), et qui donnent de ce point de vue la priorité au « centre des intérêts de [leur] vie familiale et sociale » sur des éléments relevant plutôt de leur vie professionnelle ou économique (cons. 24). L'on retrouve pour le reste dans la définition proposée ci-dessus les trois critères qui font de la résidence habituelle une question de fait davantage que de droit : le fait de l'établissement principal de la personne, doublé de la volonté et de la stabilité de cet établissement. En pratique, et dans toute la mesure du possible, l'on invitera les époux à préciser par écrit l'endroit sur lequel ils s'accordent comme étant celui de

(72) *Supra*, note 8.

(73) Not., dans une affaire intéressant la fonction publique européenne, 15 septembre 1994, aff. C-452/93, *Magdalena Fernández* (ECLI:EU:C:1994:332), *Rec.*, 1994, I, p. 4295.

(74) *Ibid.*, point 22. Voy. aussi, en matière de sécurité sociale des travailleurs migrants, 12 juillet 1973, aff. 13/73, *Angenieux* (ECLI:EU:C:1973:92), *Rec.*, 1973, p. 935, pt 32 ; 17 février 1977, aff. 76/76, *Di Paolo* (ECLI:EU:C:1977:32), *Rec.*, 1977, p. 315, pt 17 ; 25 février 1999, aff. C-90/97, *Swaddling* (ECLI:EU:C:1999:96), *Rec.*, 1999, I, p. 1090, pt 29 ; 11 novembre 2004, aff. C-372/02, *Adanez-Vega* (ECLI:EU:C:2004:705), *Rec.*, 2004, I, p. 10761, pt 37. Rapp., dans le cadre de la mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen, 17 juillet 2008, aff. C-66/08, *Kozłowski* (ECLI:EU:C:2008:437), pt 46, insistant sur une exigence d'effectivité.

(75) Dans le cadre duquel la Cour fixe la résidence habituelle « au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial », « en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières de chaque cas » (2 avril 2009, aff. C-523/07, A. (ECLI:EU:C:2009:225), *Rec.*, 2009, I, p. 2805, pt 44, et 22 décembre 2010, aff. C-497/10, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829), *Rec.*, 2010, I, p. 14309, pt 47). Il y a là une précision, plus qu'une exception à la jurisprudence *Magdalena Fernández*, faite pour que la résidence de l'enfant corresponde, dans son plus grand intérêt, au « centre de sa vie » (28 juin 2018, aff. C-512/17, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513), pts 42 et 45).

leur résidence habituelle, au sens décrit ci-dessus, après la célébration du mariage. Cela pourrait par exemple se faire à l'occasion de la passation d'un acte d'achat ou d'emprunt (76).

35. Une précision est apportée au regard des règles actuelles de droit international privé belge : la résidence habituelle du couple doit être « commune » (art. 26, § 1^{er}, *litt. a* et cons. 49), de sorte qu'il ne paraît plus suffisant – comme sous l'empire du Code de droit international privé – que les époux résident habituellement sur le territoire du même État, de manière séparée l'un de l'autre, pour emporter l'application de la loi de cet État, mais qu'il convient réellement, pour que ce critère soit réuni, qu'ils cohabitent, « la résidence habituelle commune » devant selon nous être comprise au sens de « résidence conjointe », comme c'était le cas sous l'empire des règles qui avaient précédé l'entrée en vigueur du Code de droit international privé (77).

36. Pas plus qu'avant il n'est précisé dans quel laps de temps la résidence habituelle commune doit être fixée après la célébration du mariage pour former la « première » résidence habituelle, permettant d'éviter d'avoir à se tourner vers les critères de rattachement subsidiaires. Aucune difficulté ne se présente lorsque le couple cohabite déjà, pourvu qu'en pareil cas il ne déménage pas sur le territoire d'un autre État immédiatement après la célébration du mariage, auquel cas il pourrait être permis d'hésiter entre l'État de l'ancienne et de la nouvelle résidences, selon le laps de temps qui s'est écoulé entre la célébration du mariage et le déménagement (78). La question se

(76) L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, p. 158 ; L. WEYTS, « Een eerste notariële 'tour d'horizon' van de Europese Verordeningen op de huwelijksvermogensstelsels en geregistreerde partnerschappen », *op. cit.*, p. 915. Le premier auteur souligne que le notaire ne devrait pas se contenter de mentionner le domicile des parties, comme la loi l'y oblige, mais encore leur « résidence », au sens du droit international privé européen. Rapp. à ce sujet, dans le contexte des dispositions à cause de mort, H. ROSOUX et P. WAUTELET, « Rédaction de dispositions à cause de mort dans un contexte international », in *Le testament. De sa rédaction à son interprétation*, coll. ALN, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 68, qui voient dans la déclaration préalable par le testateur du lieu où se trouve sa résidence habituelle une « solution » aux questions de détermination de celle-ci, pouvant apporter de ce point de vue « un surcroît de sécurité juridique ».

(77) L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, p. 159. Comp. S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, p. 166, qui juge au contraire que « ce qui importe est la proximité des parties avec un État concerné » et « qu'il devrait dès lors être suffisant que les deux époux résident habituellement sur le territoire d'un même État » sans vivre nécessairement sous le même toit. Les textes anglais (« *common habitual residence* ») et néerlandais (« *gewone gemeenschappelijke verblijfplaats* ») semblent porter plutôt à la conclusion d'une résidence conjointe.

(78) Hypothèse que l'article 49, § 2, 1^o, Codip, permettrait de rencontrer adéquatement, mais qui n'est plus aujourd'hui considérée par le DIP européen.

posera plus souvent lorsque pour des raisons familiales, personnelles ou de santé, et surtout professionnelles ou administratives – le temps que s’accomplissent, notamment, les formalités d’immigration permettant aux époux de se rejoindre dans le pays de l’un deux –, la résidence commune ne se fixe qu’un certain temps – un, deux, ou trois mois par exemple – après la célébration de l’union. Cette question classique n’avait pas sa solution sous l’empire du Code de droit international privé (79). Il est probable qu’elle ne l’aura pas davantage sous celui du règlement. La précision contenue au considérant 49, selon lequel la première résidence habituelle commune des époux devrait être fixée « peu après le mariage » fournit du moins une indication précieuse : elle induit une « exigence de célérité » s’expliquant par la circonstance que « le régime matrimonial ne peut rester indéterminé trop longtemps » (80). Nous pensons dès lors devoir resserrer la durée de six mois que nous avons suggérée comme étant à notre estime acceptable sous l’empire des règles du Code de droit international privé, à la lumière d’une jurisprudence qui n’aura sans doute plus cours dans le contexte du règlement (81) : celui-ci demande une décision plus rapide. Et nous croyons à cet égard pouvoir nous ranger à l’opinion de P. Wautelet qui, dans le cadre du Code, a considéré qu’« une période d’un mois (...) semble constituer une limite supérieure » (82).

(79) J.-L. VAN BOXSTAEL, « DIP – Premiers commentaires », *op. cit.*, n° 377.

(80) S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, p. 163, note 159.

(81) J.-L. VAN BOXSTAEL, « DIP – Premiers commentaires », *op. cit.*, n° 377 *in fine*. L’arrêt sur lequel nous pensions pouvoir fonder notre opinion a été rendu le 5 mai 2008 par la Cour de cassation (*Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1.309 ; *Revue@dipr.be*, 2010/1, p. 51.). Il décide, dans une espèce où une dame de nationalité marocaine avait dû patienter quelques mois, le temps de l’accomplissement des formalités du regroupement familial, avant de rejoindre son mari algérien en Belgique, que ce dernier État était celui du premier « domicile commun » des époux. Nous pensions pouvoir en déduire qu’une durée de quelques mois était admissible si, dès la célébration du mariage, l’intention des époux de se rejoindre en un endroit déterminé était hors de doute, et que cette intention s’était par la suite concrétisée. Nous précisions cependant – et cela diminuait sa force – que l’arrêt concernait la mise en œuvre des règles de conflit de lois antérieures à l’entrée en vigueur du Code de droit international privé, qui ne prévoyaient rien pour la situation des époux de nationalités différentes qui n’avaient pas encore cohabité. La solution de la Cour était donc expédiente.

(82) « Les régimes matrimoniaux en droit international privé – Autour de trois questions d’actualité », *Revue@dip.be*, 2012/1, pp. 29 et s., ici, p. 37, et E. VAN DEN BROECK (éd.), *Familierecht zonder grenzen – Droit familial sans frontières*, Gand, Mijn Wetboek.be, 2013, pp. 130 et s., ici, p. 114. Cette opinion est très tranchée, mais elle paraît seule de nature à créer la sécurité juridique que souhaitent les auteurs du règlement – ceci sous réserve du mécanisme d’exception dont il sera question plus loin.

B. *La nationalité commune*

37. Les époux qui n'ont pas résidé ensemble « peu » après la célébration de leur mariage sont soumis à la loi de leur nationalité commune « au moment de la célébration du mariage » (art. 26, § 1^{er}, *litt. b*). Ici aussi, l'on retrouve les tendances lourdes du droit international privé belge. Celle d'abord, héritée de l'arrêt *Eicker* (83) et confirmée par l'arrêt *Weimberg* (84), qui fixe la nationalité des époux à la date de la célébration du mariage (l'arrêt *Eicker* précisant à cet égard que la nationalité acquise de plein droit le jour de la célébration du mariage, par le fait du mariage lui-même, est tout aussi pertinente à cet égard qu'une nationalité préexistante (85)). Celle ensuite, contenue dans des arrêts plus récents, selon lequel préférence doit être donnée, en présence d'un conflit de nationalités surgissant dans le chef d'un époux bi- ou plurinational(-aux), à celle des nationalités en présence qui réalise la communauté de nationalités au sein du couple. Il y a là sans doute une option quelque peu arbitraire, car la nationalité retenue ne sera pas nécessairement celle qui, dans le chef de l'époux bi- ou plurinational, est la plus effective – et peut-être même sera-t-elle éloignée du centre de vie du couple. Un arrêt de la Cour de cassation de Belgique, rendu dans une affaire intéressant l'application des règles de conflit anciennes en témoigne, qui décide qu'il n'y a pas lieu d'examiner si un ressortissant marocain ayant épousé une marocaine possédait par ailleurs la nationalité belge, dès l'instant que la règle de conflit de lois demandait seulement d'examiner, en ordre principal, si le couple partageait une nationalité commune : que l'épouse possède ou non une autre nationalité, fût-elle celle du for, était donc à cet égard privé de pertinence (86). La solution conduit à exclure toute autre nationalité que celle commune aux deux époux, même si la nationalité exclue, outre d'être celle du for, apparaît comme étant la plus effective (en l'espèce, le couple avait toujours vécu en Belgique, où il était établi depuis la célébration de l'union) (87). Mais, quoique laissant la décision du conflit de lois

(83) 10 avril 1980, *préc.*, note 43.

(84) 9 septembre 1993, *préc.*, note 40.

(85) Comp. S. PFEIFF, « La nouvelle réglementation européenne relative aux régimes matrimoniaux. Étude des règles de compétence et de conflit de lois », *op. cit.*, p. 166, note 170, pour laquelle l'usage par le législateur européen des termes « au moment de la célébration du mariage » conduit à exclure la nationalité acquise « grâce au mariage ». La Cour de justice de l'Union européenne pourra seule prendre à cet égard une position définitive.

(86) 4 décembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 2.885 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 718, obs. J.-L. VAN BOXSTAELE ; *T. Fam.*, 2011, p. 4, obs. J. VERHELLEN ; *Revue@dipr.be*, 2010/1, p. 46 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 308, *somm.*

(87) Dans le même sens *Cass.*, 21 mars 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 780, qui soumet le régime matrimonial d'un couple partageant une nationalité italienne commune à la loi italienne, alors que l'épouse était par ailleurs de nationalité belge. Ici non plus, la circonstance que le couple avait toujours



à un relatif arbitraire, les époux n'ayant pour la plupart pas choisi leur nationalité, cette solution semble s'imposer pour procurer un effet utile au critère de la nationalité commune : à quoi servirait-il de retenir celui-ci, comme alternative à celui de la résidence habituelle, si c'est pour l'écarter dans les cas problématiques (ceux de bi- ou de plurinationalité), chaque fois que la solution à laquelle il porte ne paraît pas opportune (88) ?

38. Le critère de la nationalité commune porte par contre à faux, et ne permet pas de résoudre la difficulté, lorsque les époux partagent plus d'une nationalité commune (par exemple, s'ils sont tous deux Français et tous deux Hongrois, comme dans le cas qui se présentait à la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Hadadi* (89)). Afin d'éviter d'avoir à résoudre en ce cas un (double) conflit de nationalités – ce à quoi la Cour se refuse lorsque les nationalités en présence émanent toutes d'États membres de l'Union européenne, aucune ne pouvant être préférée à l'autre (90) – le règlement retient une solution expédiente : il écarte le critère de la nationalité, et invite à passer au critère suivant : « [l]orsque les époux ont plus d'une nationalité commune au moment de la célébration du mariage, seuls les points a) et c) du paragraphe 1 s'appliquent » (art. 26, § 2). La situation n'est pas à souhaiter, car le troisième critère ne s'annonce pas d'un manie-ment fort aisé.



vécu en Belgique n'a pas influencé la Cour. Comp. Civ. Gand, 24 février 2011, *Revue@dipr.be*, 2011/1, p. 120, jugeant dans les mêmes circonstances que le couple unissant un Turc ayant épousé une Belge devenue turque « par suite de son mariage », doit être considéré comme de nationalité différente, la nationalité belge de l'intéressée l'emportant sur sa nationalité turque par application de l'article 3 de la Convention de La Haye. Ce jugement aurait sans doute été réformé si un appel avait été formé.

(88) Voy. toutefois, de manière plus nuancée, L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, p. 160, pour lequel la solution de la Cour de cassation de Belgique, consistant à privilégier dans tous les cas la nationalité commune du couple, quelle(s) soit(en)t l'autre (les autres) nationalité(s) dont l'un des époux est pourvu, semble « permise » dans le contexte du règlement, sans toutefois devoir « s'[y] impose[r] comme une évidence ».

(89) L'arrêt est cité *supra*, note 8. Deux époux partageant l'un et l'autre les nationalités française et hongroise avaient en cette espèce choisi chacun de porter leur action en divorce devant le juge d'un des États dont ils possèdent la nationalité. Un concours de compétences opposait ainsi, pour connaître de la même action, les juges français et hongrois.

(90) *Id.*, qui, pour l'application du règlement Bruxelles IIbis (et, plus particulièrement, des critères qu'il propose en son article 3 pour fixer la compétence du juge en cas de divorce), décide que les nationalités française et hongroise sont toutes deux pertinentes, et que la première ne peut conduire à préférer les juridictions françaises même devant le juge français et alors que le couple était établi en France (voy. L. D'AVOUT, « Le droit international privé de l'UE et ses solutions autonomes du conflit de nationalités », *Clunet*, 2010, pp. 157 et s.).



C. *La loi des liens les plus étroits*

39. Le dernier échelon du rattachement plongera sans doute les notaires dans un abîme de perplexité : l'article 26, § 1^{er}, *litt. c*, prévoit qu'à défaut de première résidence habituelle et de nationalité commune, la loi applicable au régime est celle de l'État « avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances ». Le critère retenu, emprunté à la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (91), semble aux antipodes du rattachement objectif, arbitraire peut-être mais combien plus commode, que propose l'article 51, 3^o, du Code de droit international privé, lequel soumet les couples qui n'ont pas encore résidé habituellement sur le territoire d'un même État et ne partagent pas la même nationalité à la loi du pays de la célébration de leur union. Ici, le raisonnement deviendra plus complexe. Il faudra décider par exemple à quel ordre juridique un Belge établi en Belgique et une Japonaise vivant au Japon qui ont contracté mariage à Bali, à Las Vegas ou à l'Île Maurice présentent « ensemble » les liens les plus étroits au moment même de la célébration de celui-ci. L'on peut gager que si la question se pose devant un juge ou une autorité belge, c'est que le couple présente, selon les règles de compétence du règlement (articles 4 et s.), quelque rattachement judiciaire ou administratif avec la Belgique, et que cela pourrait suffire pour soumettre le cas, au titre des « liens étroits », au droit belge. Mais, placé dans la même situation, et à supposer qu'il doive mettre en œuvre des règles identiques, un juriste japonais ne raisonnera-t-il pas, pour sa part, exactement à l'inverse, et n'appliquera-t-il dès lors pas le droit japonais ? Le critère retenu nous semble en somme attirer par trop la solution vers l'ordre juridique où la question se pose, ce qui n'est pas favorable à l'harmonie internationale des solutions. Le critère des « liens étroits » – sur lequel la Cour de justice se prononcera très certainement à l'avenir – devrait dans toute la mesure du possible être objectivé, et une piste pourrait être à cet égard offerte par la jurisprudence développée par la cour d'appel de Mons dans son arrêt *Beddini* du 22 octobre 1975, qui fait application du pays d'« intégration prépondérante » des époux (92). Il est vrai

(91) « À défaut de résidence habituelle des époux sur le territoire du même État et à défaut de nationalité commune, leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits » (art. 4, al. 3). Le règlement ajoute la précision que cette appréciation doit se faire « au moment de la célébration du mariage », ce qui n'est pas évident dans le cas d'un couple qui ne cohabite pas et ne partage pas la même nationalité.

(92) *Rev. not. b.*, 1976, p. 520, note R. VANDER ELST ; *Rec. gén.*, 1975, n° 22.117. *Adde*, dans le même sens, Civ. Liège, 6 janvier 1978, *J.L.*, 1977-1978, p. 285, et Civ. Bruxelles, 12 juin 1978, *Pas.*, 1978, III, p. 44 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 317, note B. HANOTIAU. La loi italienne sur le droit international privé évoque à ce propos la loi du pays dans lequel la vie matrimoniale est

qu'ainsi que le souligne L. Barnich ce critère est peu adapté au statut des couples qui n'ont pas eu de première résidence commune, et qui ne partagent pas la même nationalité – l'auteur suggérant en pareil cas, mais avec prudence, que c'est en définitive... la loi du pays de la célébration qui pourrait l'emporter (93) ! Fort heureusement des situations de ce genre seront rares sinon exceptionnelles : la plupart des époux qui se marient cohabitent, ou cohabiteront très rapidement, et il se trouve donc, pour la plupart d'entre eux, une résidence habituelle commune au sens du *littera a* de l'article 26, § 1^{er}, sans compter – nous y venons – qu'un rattachement trop éloigné du centre de vie actuel des époux sera de nature à déclencher l'application de la clause d'exception que nous allons appeler, plutôt, le rattachement dérogatoire.

§ 2. L'exception

40. La mise en œuvre du rattachement est traditionnellement susceptible d'« accidents » ou d'« incidents » qui en perturbent le fonctionnement. Le règlement ménage à cet égard les dérogations classiques qui sont apportées à sa mise en œuvre. En voici trois :

- l'exception d'ordre public d'abord, réservée par l'article 31, qui pourrait être mise en œuvre à l'égard d'une législation étrangère qui romprait l'égalité de pouvoir des époux voire même, et à un certain point, leur égalité de richesse dans le partage patrimonial auquel ils peuvent prétendre en cas de dissolution du régime (94) ;

localisée principalement : « *lo Stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata* » (Loi n° 218 du 31 mai 1995 portant réforme du système italien de droit international privé, art. 29, § 2, et 30, § 1^{er}).

(93) L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, p. 161.

(94) L'on pourrait peut-être se demander, à ce propos, si la correction judiciaire en équité de l'article 1474/1 du Code civil, ou plus exactement l'obligation dans laquelle se trouve le fonctionnaire instrumentant d'attirer l'attention des parties sur son existence, ne relève pas de l'ordre public international, avec la conséquence que, s'il est compétent, le juge belge pourrait toujours y recourir si les parties n'en ont pas été informées, alors même qu'elles sont soumises à une loi étrangère qui ne la prévoit pas. Mais il faut ici être très prudent : il ne pourrait s'agir ici, au mieux, que de conjectures. Car l'application de l'exception d'ordre public à la matière des régimes matrimoniaux est exceptionnelle. L'on recense deux arrêts de la cour d'appel de Mons, prononcés dans la même espèce, ayant écarté pour cause de rupture de l'égalité des époux des dispositions coutumières de droit rwandais selon lesquels les biens acquis par l'épouse pendant le temps de l'union deviendraient *ipso facto* la propriété du mari (16 décembre et 19 mai 2009, R.G. n° 2007/188, inédits, rapportés par P. WAUTELET, « Droit international privé (2005-2013) », *Chroniques notariales*, vol. 57, Bruxelles, Larcier, avril 2013, p. 342 et « Les régimes matrimoniaux en droit international privé – Autour de trois questions d'actualité », *op. cit.*, pp. 39 et s. et E. VAN DEN BROECK (éd.), *Familierecht zonder grenzen – Droit familial sans frontières*, *op. cit.*, pp. 103 et s., ici, pp. 115 et s.). Les règles techniques du droit des régimes matrimoniaux ne paraissent pour le reste, quelle que soit leur impérativité en droit belge, pas de nature à provoquer le déclenchement de l'exception. Cette matière ne comporte, au contraire de l'état des personnes, que des enjeux financiers ou patrimoniaux qui la rapproche du

- les lois de police ensuite, définies par l'article 30 comme des « disposition[s] impérative[s] 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 (...) ». Il pourrait en aller ainsi, comme on l'a déjà vu, de règles relevant du régime primaire, comme l'article 215 du Code civil qui – selon une solution du reste classique – s'appliquerait nécessairement à tous les couples dont le logement familial est établi en Belgique, quelles que soient par ailleurs les dispositions de la loi applicable à leur régime matrimonial⁽⁹⁵⁾ ;
- le conflit interpersonnel ou interterritorial étranger, enfin, propre aux États dont le système juridique n'est pas unifié, et qui suscitent eux-mêmes des conflits de lois internes. L'Espagne en est un exemple, chaque communauté autonome y disposant d'un système propre de droit civil qui, dans la matière des régimes matrimoniaux, induit des différences substantielles entre elles⁽⁹⁶⁾. Toute application du droit espagnol imposera de ce point de vue de rechercher la « résidence civile » (*vecindad civil*) des intéressés, au sens du droit espagnol, afin de déterminer, à la lumière des règles de conflit internes de celui-ci, lequel des droits communautaires s'applique. L'article 33 du règlement prescrit en effet, en son paragraphe 1^{er}, que « [l]orsque la loi désignée par le présent règlement est celle d'un État qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de régimes matrimoniaux, ce sont les règles internes de conflits de lois de cet État qui déterminent

droit des biens et des obligations, traditionnellement ouverts aux conventions et à l'autonomie de la volonté. On est loin de la condamnation qu'avait autrefois encourue, pour violation de l'ordre public, une loi étrangère autorisant les époux à changer de régime matrimonial, à une époque où le droit belge ne connaissait pas cette figure juridique (Bruxelles, 16 juin 1926, *Pas.*, 1927, II, p. 77, affirmant que la mutabilité du régime matrimonial était contraire à l'ordre public ; comp. un arrêt plus tardif permettant la mutation de deux époux soumis au droit allemand, à une époque où le droit belge l'ignorait : Bruxelles, 24 mai 1954, *R.C.J.B.*, 1955, p. 107, note G. VAN HECKE ; *Rev. crit.*, 1955, p. 701, note H. BATTIFOL).

(95) *Supra*, n° 7, et en particulier note n° 15.

(96) Notre contribution, « Droit comparé et droit international privé. Régimes matrimoniaux en Europe », *Rev. not. b.*, 2014, pp. 680 et s., ici, pp. 686 et s.

l'unité territoriale concernée dont les règles de droit doivent s'appliquer » (97). L'article 34 retient une solution identique pour le conflit interpersonnel (98).

41. Aux accidents « classiques » du rattachement, l'article 26, § 3, du règlement ajoute un dernier, qui n'avait autrefois pas la cote en droit international privé d'origine européenne, mais qui y a fait une apparition remarquée à l'occasion du règlement successoral européen. Il s'agit de la clause d'exception, laquelle – selon les termes classiques que nous empruntons à l'article 19 du Code de droit international privé – permet au juge de déroger à l'application de la loi normalement applicable s'il apparaît manifestement que les époux n'ont qu'un lien très faible avec l'État dont elle émane, tandis qu'ils présentent des liens très étroits avec un autre État, dont le droit est, pour cette raison, déclaré applicable.

Plus précisément, l'article 26, § 3, du règlement présente l'exception dans les termes suivants :

« À titre exceptionnel et à la demande de l'un des époux, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1, point a), régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que :

(97) L'article 16, § 3, du Code civil espagnol rend applicable aux conflits entre les citoyens espagnols les règles de conflit de lois prévues à l'article 9, § 2, dans les rapports avec les étrangers : la loi applicable sera celle de la « résidence civile » que les époux partagent et, s'ils résident sur le territoire de communautés différentes, celle sur laquelle ils se seront accordés, préalablement à la célébration du mariage, dans un acte authentique ou, faute de pareil acte, celle sur laquelle ils ont fixé leur première résidence conjugale après la célébration du mariage ou, à défaut encore, celle de la célébration du mariage. Si ces règles ne permettent pas de résoudre le conflit – ce qui est le cas si, en cas d'application du dernier critère, le mariage a eu lieu à l'étranger –, il y a lieu de faire application du Code civil espagnol, étant précisé par l'article 16, § 3, alinéa 2, que si les deux lois personnelles en présence connaissent un régime de séparation de biens, c'est la séparation de biens du Code civil qui s'appliquera. La « résidence civile » s'acquiert par une résidence de deux ans (si la volonté en a été manifestée) ou de dix ans (faute de manifestation de volonté) sur le territoire de la communauté concernée. « En cas de doute », elle correspond au lieu de la naissance (art. 14, §§ 5 et 6, C. civ. espagnol).

(98) Ainsi lorsque sont désignés les droits marocain, égyptien ou libanais, ordres juridiques au sein desquels coexistent des lois distinctes pour des communautés différentes de personnes, sur la base de leur appartenance confessionnelle. Ce sont les règles internes des droits concernés qui seront mises en œuvre pour décider de tels conflits, le juge belge ayant à suivre le point de vue du juge étranger et à décider le conflit comme ce dernier l'aurait fait lui-même. En l'absence de règles étrangères, il mettra en œuvre le système de droit étranger avec lequel les époux « présentent les liens les plus étroits ». Des Belges expatriés au Liban s'y verront, à titre d'exemple, appliquer le droit régissant la communauté chrétienne, à moins qu'ils ne soient de confession musulmane, ou juive (F. TOBICH, *Le statut personnel dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, coll. Droit et religion, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, pp. 161 et s. qui, reprenant l'expression d'un auteur français, précise que « le Liban n'est pas une nation, mais une « association de communautés » résolues à conserver un maximum d'avantages et de libertés civiles en maintenant leurs spécificités religieuses et juridiques sur un seul territoire »).

- a) les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État désigné en vertu du paragraphe 1, point a) ; et*
- b) les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux » (99).*

42. L'article 26, § 3, du règlement diffère très largement du mécanisme que contient l'article 19 du Code de droit international privé. Il y va moins, à la réflexion, d'une « exception » que d'un « rattachement exceptionnel », ou « dérogoire », à la loi d'un État identifié par un critère objectif (celui de la dernière résidence), venant tout à la fois perfectionner et compléter le rattachement de droit commun. Il n'est pas de portée générale, mais est spécifique à la matière des régimes matrimoniaux, pour laquelle – ainsi que ses termes le révèlent – il a été spécialement conçu. Surtout, son régime procédural et les conditions de sa mise en œuvre sont très clairement précisés :

- sur le plan procédural, le moyen ne peut être soulevé qu'en justice (ou, en droit belge, devant le notaire liquidateur, qui y a le statut d'auxiliaire de justice), afin d'être décidé par le juge, et il ne peut l'être d'office par celui-ci : il doit être demandé par l'un des époux, lequel peut à notre sens le faire à tout moment de la procédure, pourvu que la question du droit applicable n'ait pas encore été définitivement tranchée et qu'elle ressorte encore aux contredits soumis au juge (100) ;
- au fond, il requiert la réunion de deux conditions cumulatives, dont la preuve incombe à l'époux demandeur qui doit établir, pour obtenir le changement de la loi applicable, 1° que les époux ont résidé habituellement, et en commun, pendant une période « significativement plus longue » dans un autre État que celui dont les règles étaient précédemment applicables, et 2° que les époux s'étaient (ensemble à nouveau) « fondés sur la loi de cet autre État pour

(99) Cette disposition est éclairée par le considérant 51 : « [p]our ce qui est de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix de la loi et de convention matrimoniale, l'autorité judiciaire d'un État membre devrait, à la demande de l'un des époux, dans des cas exceptionnels, lorsque les époux ont déménagé de longue date dans l'État de leur résidence habituelle, parvenir à la conclusion que la loi de cet État peut s'appliquer si les époux se sont fondés sur cette loi ».

(100) Voy. à ce propos Bruxelles, 8 septembre 2016, *Rev. not. b.*, 2017, p. 502, décidant qu'il convient d'appliquer la loi belge à la liquidation et au partage du régime matrimonial de droit français auquel étaient soumis deux ex-époux de nationalité française, pour le motif qu'aucun des deux n'avait soulevé en temps utile de contredit à l'état liquidatif dressé par les notaires liquidateurs qui avait fait application du droit belge. La cour y voit tout à la fois l'application du principe d'autonomie de la volonté applicable en matière de liquidation-partage (« il s'avère que les parties ont choisi d'appliquer le droit belge à la liquidation-partage ») et de l'irrecevabilité des contestations soulevées après l'établissement du procès-verbal des dires et difficultés, le juge étant uniquement saisi, après le dépôt de celui-ci, des contredits ayant été soumis à l'avis des notaires liquidateurs (« la contestation actuelle sur le droit applicable à la liquidation est tardive » et frappée de forclusion).

organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux » : c'est alors la loi de cet « autre État » – celle donc de l'État de la dernière résidence habituelle du couple – qui s'appliquera (101).

43. La deuxième condition présentée ci-dessus (celle que les époux se soient « fondés sur la loi de cet (...) État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux ») est sans doute la plus difficile à appréhender. La simple énonciation de leur régime matrimonial par des époux dans un acte de portée patrimoniale, accompli de leur vivant, mais qui n'a pas directement pour objet d'organiser ou de planifier le partage sur la transmission de leur patrimoine, comme un crédit bancaire, une déclaration de succession, une acquisition immobilière ou la constitution d'une société, ne peut à notre estime suffire. Une telle énonciation, outre qu'elle n'est pas toujours consciente et raisonnée dans le chef des époux, n'a pas pour objet l'« organisation » ou la « planification » directe de leur vie patrimoniale ou, du moins, l'on ne peut y trouver la preuve que les époux se sont « fondés » sur la loi évoquée pour construire leurs rapports patrimoniaux (102). Le règlement commande plutôt, à notre sens, de s'attacher aux « véritables » actes d'organisation ou de planification patrimoniale, accomplis par les époux dans l'intention de régler leur vie patrimoniale ou de programmer leur succession, comme c'est le cas d'une donation, d'un acte modificatif de régime matrimonial, d'un testament conjonctif ou conjoint ou d'un pacte successoral (103).

44. Deux indices pourraient à notre sens guider l'interprète dans le maniement du rattachement dérogatoire. Ils sont l'un et l'autre fonctions de l'objectif qu'il poursuit :

- en premier lieu, ce n'est pas au moment de la célébration du mariage, mais après que les époux aient déménagé, et pour une longue durée,

(101) Les conditions fixées par l'article 26, § 3, alinéa 1^{er}, du règlement sont cumulatives (D. PORCHERON, « La loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix et mise en œuvre », *JCP N*, n° 16, 20 avril 2018, 1167). Comp. L. BARNICH, « Deux nouveaux règlements européens de droit international privé : quelques changements à venir en matière de régimes matrimoniaux et de partenariats », *op. cit.*, pp. 162-163 ; L. WEYTS, « Een eerste notariële 'tour d'horizon' van de Europese Verordeningen op de huwelijksvermogensstelsels en geregistreerde partnerschappen », *op. cit.*, p. 917, qui y voient plutôt des conditions alternatives.

(102) Cf. Mons, 20 novembre 2007, *Fitzgerald c. Lhoir*, *Rev. not.*, 2008, p. 71, refusant de tenir pour un choix valable de régime matrimonial la simple énonciation, incidente, dans un acte d'acquisition que « les époux [étaient] mariés sous le régime de la séparation de biens conformément au droit anglais ». Quoique rendu sous l'empire des règles ayant précédé l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, cet arrêt nous paraît fixer encore adéquatement, aujourd'hui, l'état de la jurisprudence (dans le même sens, à propos des énonciations incidentes d'un acte reconnaissant de mariage établi au Maroc, et refusant d'y voir l'expression d'un choix de loi, Civ. Mons, 9 juin 2011, *Rev. not. b.*, 2012, p. 290, obs.).

(103) Un testament unilatéral ne peut à notre sens suffire : l'on n'y lit pas que les époux y organisent ou planifient leurs rapports patrimoniaux, puisqu'il n'émane que de la volonté d'un époux – et ce, à moins peut-être que les époux n'établissent de concert, et le même jour, deux testaments identiques.

- sur le territoire d'un État « autre » que celui de leur première résidence habituelle, qu'il faut se placer. Le rattachement dérogatoire doit ainsi permettre d'adapter la loi applicable aux mouvements du couple, et de coller de plus près au centre de sa vie, en lui permettant, dans un souci de proximité, de s'intégrer au pays de sa nouvelle résidence ;
- l'application de la loi nouvelle étant par ailleurs conditionnée à la circonstance que les époux se sont « fondés » sur elle pour « organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux », le rattachement dérogatoire apparaît comme un instrument de coordination ou d'unification qui, pour les époux imprévoyants qui n'auraient pas veillé, par une clause de choix circonstanciée, à faire correspondre la loi de leur régime matrimonial et celle de leur succession, permet d'assurer la continuité juridique des solutions entre ces deux secteurs de la vie patrimoniale des époux. La loi à appliquer au régime matrimonial serait ainsi celle qui s'applique à la succession, ou vice versa, le rattachement dérogatoire apparaissant ainsi comme l'outil ultime de la programmation patrimoniale (104).

45. La vérité n'est pour autant pas dite sur l'article 26, § 3 du règlement. Les conséquences de sa mise en œuvre, en particulier, demeurent énigmatiques : d'après l'alinéa 2 de la disposition, la loi nouvelle devrait, si le juge fait droit au moyen, « s'applique[r] à partir de la date de la célébration du mariage, à moins que l'un des époux ne s'y oppose ». « Dans ce dernier cas, [cette] loi [ne] produit ses effets [qu']à partir de la date de l'établissement de la dernière résidence habituelle commune dans [l']État » dont la loi est désignée. La succession des lois applicables à un même régime matrimonial qui se profile ici, sur la simple « opposition » d'un des époux, n'est pas autrement réglée par le règlement, pas davantage que celui-ci ne donne de détails sur la sauvegarde des droits des tiers que contient l'alinéa 3 : la question nous semble en particulier se poser de savoir s'il faut y inclure les héritiers, notamment réservataires, qui pourraient trouver un avantage patrimonial à l'adoption d'un régime plutôt que d'un autre. Enfin, contrairement à une solution généralement répandue (art. 19, § 2, Codip, et 21, § 2, règlement successoral européen), qui exclut l'application de la clause d'exception en cas de choix de loi, la conclusion d'un contrat de mariage et l'expression d'un choix de loi applicable ne mettront pas nécessairement les époux à l'abri du rattachement dérogatoire. L'alinéa 4 de l'article 26, § 3 précise en effet qu'il faut, pour que les époux y échappent, qu'« [ils] [aie]nt conclu une convention matrimoniale avant la date d'établissement

(104) D. Porcheron (« La loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix et mise en œuvre », *op. cit.*, note 99) évoque, pour désigner le rattachement dérogatoire, un rattachement alternatif au pays de la « dernière résidence habituelle » du couple, lequel correspond au rattachement que retient l'article 21, § 1^{er}, du règlement successoral européen pour régir les successions.

de leur dernière résidence habituelle commune dans » l'État dont la loi est, sur sa base, déclarée applicable. Une convention matrimoniale établie devant un notaire belge par des Français récemment installés en Belgique, et qui confirme l'application du droit français, ne les mettrait ainsi pas à l'abri de l'invocation du rattachement dérogatoire s'il apparaît, au jour où le conflit surgit, qu'ils sont installés en Belgique depuis « une période significativement plus longue » que dans leur État d'origine, et qu'ils se sont depuis lors fondés sur la loi belge pour accomplir d'autres actes d'organisation ou de planification de leur vie patrimoniale. Il y a là nous semble-t-il – et sauf mauvaise compréhension de notre part – un élément d'incertitude supplémentaire qui offrira sa conclusion à la présente contribution, tout enrobée des mystères de la « science des broussailles » qu'est le droit international privé (105) !

(105) Selon le mot de M. VERWILGHEN, qui, empruntant à THALER, aimait à présenter ainsi, avec un brin de malice, la discipline qu'il enseignait.