

LE RÉGIME MATRIMONIAL DANS L'ESPACE-TEMPS

Brève excursion à travers les planètes (1)

Plan

<i>Introduction</i>	311
<i>Section 1. — Le temps</i>	312
§ 1 ^{er} . Les couples mariés avant le 1 ^{er} octobre 2004	313
§ 2. Les couples mariés après le 1 ^{er} octobre 2004	316
§ 3. Le régime « primaire »	322
<i>Section 2. — L'espace</i>	324
§ 1 ^{er} . Le régime belge à l'étranger	324

(1) La présente contribution reprend, sous une forme qui n'est que légèrement remaniée, le texte d'une communication faite au recyclage organisé à Louvain-la-Neuve, le 26 janvier 2006, par la licence en notariat de l'U.C.L., sous le titre « Droit international privé et pratique notariale ». L'occasion nous est ici donnée de remercier les participants à ce colloque, ainsi que tous les auteurs qui, avant nous, ont consacré à la matière que nous présentons les commentaires autorisés dont nous nous sommes simplement inspiré. Le premier fut, à notre connaissance, avant même la promulgation du Code de droit international privé, celui que M. BOUCKAERT a rédigé dans le *Liber amicorum Christian de Wulf* (« Het internationaal huwelijksvermogensrecht en het voorontwerp van IPR-wetboek : oude wijn in nieuwe zakken of jonge wijn in nieuwe zakken ? », *Liber amicorum Christian de Wulf*, Bruges, La Chartre, 2003, pp. 373 et s.). Par la suite vinrent – notamment – les publications en tous points remarquables de L. BARNICH, « Présentation du nouveau Code belge de droit international privé », cette *revue*, 2005, pp. 6 et s., et « Régimes matrimoniaux et successions », in H. BOULARBAH (éd.), « Le nouveau droit international privé belge », *J.T.*, 2005, pp. 191 et s.; P. WAUTELET, « Les aliments et les régimes matrimoniaux », in *Le nouveau Code de droit international privé*, journée d'études organisée par le Département de droit international de l'U.C.L., Louvain-la-Neuve, 22 oct. 2004, Doc., pp. 21 et s.; « Le Code de droit international privé », *Chron. dr. us. not.*, vol. XLI, 24 mars 2005, pp. 7 et s., et « Le Code de droit international privé et les relations matrimoniales internationales », *Div. Act.*, 2005, pp. 49 et s.; A. VERBEKE, « Familiaal vermogensrecht in de codex IPR », in *Notariële nieuwigheden 2004-2005*, Leuven, LNG, vol. 7, pp. 83 et s.; C. CLUMANS et K. JANSEGGERS, « Het wetboek internationaal privaatrecht en de notariële praktijk », in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, apr. 2005, deel 6, pp. 9 et s., et, plus récemment, Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions », *Rev. trim. Dr. fam.*, 2005, pp. 647 et s., ainsi que V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het huwelijksvermogensrecht in het wetboek van internationaal privaatrecht », *Not. Fisc. M.*, 2005, pp. 227 et s. La présente contribution ne pourrait avoir, au regard de celles qui l'ont précédée, de grandes ambitions. Nous formons le souhait qu'elle reste utile, pour la pratique notariale.

§ 2. Le régime étranger en Belgique	326
Section 3. — L'espace-temps	329
§ 1 ^{er} . Changer de régime matrimonial	329
§ 2. Changer de loi applicable au régime matrimonial	332
Conclusions	335

Introduction

1. — Pour qui veut, avec M. RIGAUX rapprocher le droit international privé du mouvement des planètes, marqué par une « relativité générale » (2), le régime matrimonial est un vaisseau spatial qui, depuis qu'il s'est affranchi de la tutelle de l'article 3, alinéa 3, ancien, du Code civil, aujourd'hui abrogé (3), vit et navigue d'une existence propre, emportant avec lui les époux qui ont eu l'audace, ou l'imprudence, d'y embarquer. Ce vaisseau, tel que le configure le Code de droit international privé, traverse le temps (sect. 1), puis l'espace (sect. 2), enfin, l'espace-temps (sect. 3). On le verra, avant de redescendre sur terre, pour cueillir les principaux enseignements de ce bref voyage interplanétaire (4).

(2) « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. cours*, vol. 213, 1989, t. I, pp. 9 et s.

(3) Le Code de droit international privé démantèle l'article 3 du Code civil qui, sans doute, avait, au seuil du nouveau millénaire, épuisé les virtualités que ses « vies multiples », élucidées notamment par M. FALLON (« L'application de l'article 3, alinéa 3, du Code civil par la jurisprudence belge au XIX^e siècle », *Liber memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 765 et s.), avaient révélées. C'est peut-être dommage, si l'on en croit B. ANCEL qui, en France, paraît déplorer notamment, en matière de régimes matrimoniaux, le « rapt opéré pour le compte de la Convention de La Haye de 1978 ». Il faudra, sans doute, un jour, écrire en Belgique une chronique de cette « mort annoncée », en repartant ou en reparlant de cette disposition qui, « s'écrit[van]t avec des mots » mais « se li[san]t avec l'histoire », paraît bien concentrer les « aspects philosophiques » que BATIFFOL avait décelés dans le droit international privé (« Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 1 et s.).

(4) Le « régime matrimonial » est, comme l'intitulé du chapitre III du Code de droit international privé (« Relations matrimoniales ») le donne à penser, un effet du mariage. C'est à cet « effet du mariage », en tant que tel – qu'il s'agisse d'un mariage hétérosexuel ou d'un mariage homosexuel, validé, depuis le 1^{er} juin 2003, par application des dispositions combinées des articles 46, al. 2, 126, § 2, al. 3, et 127, § 3 –, que s'adressent les règles du Code de droit international privé dont il va être question. Quant à la relation de vie commune, il faut distinguer selon qu'elle crée ou non, entre les cohabitants, le « lien équivalent au mariage » dont parle l'article 58 du Code. Dans le premier cas, les articles 49 et s. s'appliqueront aux effets patrimoniaux de cette cohabitation, comme s'il s'agissait, à proprement parler, d'un mariage; dans le second, ils ne s'y appliqueront pas, mais bien plutôt la loi qui a présidé à l'établissement de la relation elle-même, ou plus exactement celle, interne, de l'Etat sur le ter-

Section 1. — Le temps

2. — Le régime matrimonial traverse d'abord le temps car, quoique le Code de droit international privé, au contraire des travaux préparatoires, plus explicites (5), ne le dise pas expressément, le Code fait, comme la Convention de La Haye du 14 mars 1978 avant lui (6), une distinction, selon la date à laquelle les époux se sont unis. Aux couples mariés avant le 1^{er} octobre 2004, date de son entrée en vigueur, l'on applique les anciennes règles de conflit de lois. Les règles nouvelles, celles que le Code arrête, en ses articles 49 et suivants, ne s'appliquent qu'aux couples mariés après le 1^{er} octobre 2004. Fidèles à un enseignement déjà ancien de la Cour de cassation, selon lequel le régime matrimonial d'époux mariés sans contrat est fixé définitivement au jour du fait générateur de ce régime, soit le jour de la célébration du mariage (7), les auteurs du Code n'ont pas voulu en effet que son entrée en vigueur ait un effet automatique, que les parties n'auraient pas eu en vue et qu'elles n'auraient pas souhaité, sur leur régime matrimonial. Il y a là moins une dérogation au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle, que contient l'article 127, § 1^{er}, du Code de droit international privé, qu'une confirmation de sa non-rétroactivité, telle qu'elle découle de l'article 2, C. civ., auquel, sur ce point, il ne déroge pas. Cela est en principe valable, dans les limites qui seront précisées ci-dessous, que les époux aient ou non fait précéder leur union d'un contrat de mariage (8).

ritoire duquel elle a donné lieu à enregistrement pour la première fois, dans les conditions que décrit l'article 60 (sur ce thème, voy. not. J.-Y. CARLIER, « Le code belge de droit international privé », in *Le nouveau Code...*, journée d'études organisée par le Département de droit international de l'U.C.L., *op. cit.*, pp. 69-70; S. FRANCO, « Nouvelles formes de relation de couple. Mariage entre personnes du même sexe, partenariat enregistré, Pacs etc. », in P. WAUTELET (coord.), *Actualités du contentieux familial international*, C.U.P., vol. 80, Larcier, 2005, pp. 255 à 260).

(5) *Doc.*, Sénat, S.E. 2003, n° 3-27/1, p. 79.

(6) Cette convention ne détermine pas la loi applicable au régime matrimonial des époux qui se sont mariés avant son entrée en vigueur, le 1^{er} septembre 1992 (art. 21).

(7) Cass., 9 sept. 1993, *Weimberg, Pas.*, 1993, I, p. 665, concl. Av. gén. LIEKENDAELE; *Rev. not. b.*, 1993, p. 563; *R.C.J.B.*, 1994, p. 668; *J.L.M.B.*, 1994, p. 398; *A.J.T.*, 1994-1995, p. 181, note K. WAUTERS-LAMBEIN. Adde N. COPEL, « Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 141.

(8) Cette solution, présentée de longue date par la doctrine (not. L. BARNICH, « Présentation... », *op. cit.* in *Rev. not. b.*, 2005, pp. 36-37; P. WAUTELET, « Le Code... », *op. cit.* in *Chron. dr. us. not.*, vol. XLI, 24 mars 2005, pp. 77 à 79; Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois... », *op. cit.* in *Rev. trim. Dr. fam.*, 2005, pp. 677-678; C. CLIMANS et K. JANSEGGERS, « Het wetboek... », *op. cit.* in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, apr. 2005, deel 6, pp. 15, n° 6, et 30, n° 45), a reçu récemment le secours de Mons, 6 févr. 2006, *Di Meo c. Meo*, R.G. 1995/419 et 1999/1141, inédit, qui, dès l'instant que « [l']adhésion des époux à un régime légal est un acte consensuel présumé – donc d'origine contractuelle », décide avec M. DE PAGE (*loc. cit.*) que « la loi nouvelle ne s'appliquera pas aux régimes matrimoniaux issus de mariages célébrés avant le 1^{er} octobre 2004 ».

§ 1^{er}. Les couples mariés avant le 1^{er} octobre 2004

3. — Le droit ancien s'applique aux époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004 : ceux-là voyagent toujours dans un vieux modèle, aujourd'hui passé de mode, tout droit sorti des temps anciens où la loi nationale gouvernait, sans partage, les matières relevant de l'état et de la capacité des personnes (art. 3, al. 3, anc., C. civ.). Ce régime – tel qu'il se dégageait, à la fin des années '90, de quelques arrêts demeurés célèbres de la Cour de cassation (9) – faisait une distinction, selon que les époux avaient ou non fait précéder leur union d'un contrat de mariage.

4. — Les premiers avaient, dans une opinion sans doute majoritaire, mais que la Cour de cassation n'a jamais à proprement parler confirmée, le libre choix de la loi applicable à leur régime matrimonial – M^{me} WATTÉ et M. BARNICH, partisans, avec d'autres, d'une école que M. WAUTELET a qualifiée d'« unitariste » (10), l'ont contesté, arguant que dans une matière intéressant l'état et la capacité des personnes, puisque dérivant de l'article 3, al. 3, anc., C. civ., la liberté de choix n'était pas originaire mais seulement dérivée, n'existant que dans les limites qu'aurait permises la loi applicable à défaut de choix (11). Le Code intervient ici, pour rétablir la sécurité juridique, décidant en son article 127, § 2, qu'« [u]n choix d[e] droit applicable (...) antérieur à [son] entrée en vigueur est valide s'il satisfait aux conditions [qu'il édicte] ». Des époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004 ont donc pu légalement choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, quelles que

(9) Tels sont les arrêts *Eicker* (10 avr. 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 968, concl. Av. gén. J. VELU; *R.W.*, 1980-1981, col. 918, note J. ERAUW; *Rev. trim. Dr. fam.*, 1980, p. 390, note J.-L. RENCHON; *Rev. not. b.*, 1980, p. 495, note R. VANDER ELST; *Rec. gén. enr. not.*, 1981, p. 87, note, et *Rev. crit. jurispr. b.*, 1981, p. 309, obs. F. RIGAUX), *Banque Sud Belge* (25 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 839; *R.C.J.B.*, 1994, p. 664, note N. WATTÉ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 938, notes S. NUDELHOLE et M. LIÉNARD-LIGNY; *Rev. gén. dr. civ.*, 1993, p. 455; *R.W.*, 1992-1993, p. 332; *T. not.*, 1992, p. 432, note F. BOUCKAERT; *Rev. dr. étr.*, 1992, p. 418; *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 471, note N. COPEL) et *Weimberg* (9 sept. 1993, cité *supra*, note 7). Voy. not., sur le droit ancien, L. BARNICH, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé », *Rev. dr. étr.*, 1997-1998, pp. 721 et s., et « Belgique – Régimes matrimoniaux », in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, Bruxelles, Bruylant, 2003, t. I, pp. 762 et s.

(10) « Les aliments et les régimes matrimoniaux », *op. cit.* in *Le nouveau code...*, pp. 29-30.

(11) N. WATTÉ et L. BARNICH (coll.), « Les conflits de lois en matière de régime matrimonial », *Rép. not.*, t. XV, I XIV, p. 65, n° 40; L. BARNICH, « Belgique... », *op. cit.* in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, p. 774, n° 47. Adde, parmi d'autres auteurs, G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 277, n° 583; A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gand, Mys & Breesch, 3^e éd., 2001, p. 217, n° 511; K. LENAERTS, « De vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap in het internationaal privaatrecht », in W. PINTENS (éd.), *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, Anvers, Maklu, pp. 148-149.

soient les limitations que l'on y voyait sous l'ancien droit, s'ils ont désigné l'une des lois dont l'article 49 autorise aujourd'hui le choix – le sort de ceux qui auraient choisi une autre loi reste incertain.

5. — Quant aux couples – combien téméraires! – qui, parce qu'ils n'avaient pas fait précéder leur union d'un contrat de mariage (12), n'avaient fait aucun choix de loi applicable à leur régime matrimonial, ils étaient, conformément au prescrit de l'article 3, al. 3, anc., C. civ., soumis à leur loi nationale : la loi nationale commune des époux, si, le jour de leur mariage, ils étaient de nationalité commune, ou la loi de leur première résidence conjugale, si, le même jour, ils ne partageaient pas la même nationalité – à moins qu'ils ne se fussent mariés à une époque – non précisée! – où la jurisprudence préférait encore, en pareille occurrence, la nationalité du mari (12bis). Pareille réglementation était – et reste – partiellement insatisfaisante, car, comme on le voit, aucune solution n'était prévue pour les époux dont il n'était pas possible de déterminer la première résidence conjugale, parce qu'au moment où « le conflit surgi[ssai]t », au sens où l'entendait la Cour de cassation (13), ils n'avaient tout simplement pas encore résidé ensemble.

6. — Mais surtout, le régime matrimonial des époux mariés sans contrat avant le 1^{er} octobre 2004 est un modèle ancien, une sorte d'ancêtre doté d'options aujourd'hui passées de mode, que le Code de droit international privé prohibe d'ailleurs, en raison de leur dangerosité. Sous le régime ancien, d'abord, il y avait place pour le renvoi, que condamne aujourd'hui en principe l'article 16 du Code. Si la loi nationale commune des époux – la loi anglaise, par exemple, loi de la nationalité commune d'un couple dont le mari est anglais, et l'épouse, d'origine belge, est devenue anglaise par mariage – renvoyait à la loi de la résidence conjugale – la loi belge, par exemple, loi du pays où pareil couple avait toujours résidé, où il s'était fixé –, il y avait, en définitive,

(12) Sous l'ancien droit, seul un contrat de mariage permettait aux époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Choisir la loi applicable à son régime matrimonial, c'était forcément, en effet, porter atteinte à la composition des patrimoines ou aux droits et devoirs que les époux pouvaient avoir entre eux ou à l'égard des tiers – solution que l'article 1389, anc., C. civ., confirmait implicitement (voy., sur ce point, notre contribution au Congrès de l'A.L.N. de décembre 2002, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé : actualité et futuribles », in A.L.N. (éd.), *Questions de d.i.p. notarial : état présent et perspectives*, syll., Bruxelles, 7 déc. 2002, p. 9).

(12bis) Not. L. BARNICH, *op. cit.* in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, t. I, pp. 762 et s.

(13) 25 mai 1992, *Banque Sud Belge*, cité *supra*, note 9.

lieu de faire application de cette dernière loi (14). Or, dans l'ancien droit, une incertitude existait, sur le point de savoir si le renvoi, ainsi décrit, était obligatoire ou non – il semble que, dans son dernier état, la jurisprudence ait opté pour le caractère obligatoire du renvoi, qui devait être mis en œuvre, toutes les fois qu'il était possible (15). Des considérations analogues peuvent être émises, à propos de la solution fonctionnelle du conflit de nationalités, que condamne aujourd'hui expressément, lorsqu'est en cause la nationalité belge, l'article 3, § 2, 1°, du Code de droit international privé. Il était possible, sous l'ancien droit, dans le cadre qu'autorisait la Convention de La Haye du 12 avril 1930 (16), singulièrement en ses articles 3 et 5, de s'écarter de la solution à laquelle les règles de rattachement eussent porté naturellement, en tenant qu'un individu possédant deux nationalités, ou plusieurs, n'en avait qu'une seule, autre que celle du for ou de l'Etat sur le territoire duquel il résidait habituellement. La jurisprudence belge manifestait ainsi une propension, pour l'application des règles de conflit de lois en matière de régimes matrimoniaux, à privilégier la nationalité commune d'un couple, bien qu'elle ne fût en l'espèce pas la plus effective. Déjà présente dans l'arrêt *Eicker*, où était en cause, il est vrai, un conflit opposant une nationalité étrangère à celle du for (17), cette tendance fut

(14) C.E.L., Dos. n° 1 907, *Trav.*, 1989-1990, pp. 311 et s., qui cite en particulier Civ. Audenaerde, 29 juin 1982, *R.W.*, 1982-1983, col. 1.135, note J. ERAUW, décision qui aurait fait, d'après lui, une « correcte application » de la technique du renvoi. Encore, outre le fait que le *domicil of origin* ne se confond pas, en droit anglais, avec le « domicile » qu'entend l'article 102, C. civ. (raison pour laquelle, notamment, Mme WAITÉ a, dans son « Introduction au droit international privé notarial », rangé le renvoi parmi les « animaux fabuleux des bêtes du Moyen-âge » (*Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Congrès des Notaires de Tongres, Anvers, Maklu, 1995, p. 48)), pourrait-on hésiter : le droit anglo-saxon ne connaissant tout simplement pas la notion de régime matrimonial, il semble douteux qu'il puisse contenir une règle de conflit de lois soumettant cette catégorie de rattachement, qu'il ignore, à une loi déterminée. Il devrait s'agir alors du « renvoi de qualification » qu'avait identifié M. LENAERTS en matière de protection des incapables (« *Kroniek van het internationaal privaatrecht* (1980-1985), *R.W.*, 1986-1987, col. 1864-1865; H. JACOBS, « Het vervreemden van een onroerend goed geheel of gedeeltelijk toebehorend aan een vreemde minderjarige en het internationaal privaatrecht », *T. not.*, 1991, p. 434), mais il est douteux qu'il puisse s'appliquer à un régime matrimonial qui, par l'effet de la loi, ne peut être « dépecé » (art. 50, § 2, 2^e phrase, du Code de droit international privé).

(15) Cass., 17 oct. 2002, *Echts.*, 2003, p. 2, note M. TRAEST; *R.W.*, 2003, p. 1.507, note B. VOLDERS; *Rev. trim. Dr. fam.*, 2003, p. 341, note M. FALLON, qui, sur ce point, dans une espèce intéressant les obligations alimentaires contractées par un ressortissant portugais à l'endroit de son ex-épouse belge, résidant en Belgique, condamne la solution, exactement inverse, qui paraissait se dégager implicitement de l'arrêt *Roch c. Glynn* (29 sept. 1994, *Pav.*, 1994, I, p. 778).

(16) Convention pour la codification du droit international en matière de nationalité, *Mon.*, 13 août 1939.

(17) Cass., 10 avr. 1980, cité *supra*, note 9, qui concernait le régime matrimonial d'un couple belgo-autrichien dont l'épouse, d'origine autrichienne, était devenue belge par mariage.

confirmée dans l'arrêt *Montanari*, qui privilégia la nationalité italienne d'une dame française devenue italienne par son mariage avec un ressortissant italien, alors même que la nationalité française de l'intéressée paraissait plus effective (18). Le régime ancien ne permettait notamment pas de répondre de manière satisfaisante à la question de la détermination du régime matrimonial d'un couple unissant une ressortissante belgo-marocaine à un ressortissant marocain, uni au Maroc sans avoir fait précéder son union d'un contrat de mariage, alors que le couple n'avait pas encore cohabité. Ce couple était-il marié sous le régime marocain, et donc séparé de biens, puisque partageant une nationalité marocaine commune, ou était-il marié plutôt sous un autre régime, car de nationalité différente, et, en ce cas, sous quel régime, puisque n'ayant encore fixé nulle part sa première résidence conjugale (19)?

§ 2. Les couples mariés après le 1^{er} octobre 2004

7. — Une bonne part de ces incertitudes a disparu, pour les couples qui, ayant patienté pour s'unir jusqu'au 1^{er} octobre 2004, se trouvent soumis aux nouvelles règles de conflit. La loi nouvelle permet aux époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial (art. 49, § 1^{er}), pourvu qu'ils le fassent dans les limites que trace le § 2 du même article : ils ne peuvent choisir que « 1° le droit de l'Etat sur le territoire duquel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage; 2° le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle au moment du choix, ou 3° le droit de l'Etat dont l'un d'eux a la nationalité au moment du choix ». Le « dépeçage », qui porte parfois le nom moins sanguinaire de « panachage » – soit la soumission du régime matrimonial, par les parties, à des lois différentes –, est interdit expressément (art. 50, § 2, al. 2). Quant à la forme en laquelle doit être exprimé ce choix, elle est libre : c'est, dans une application alternative de l'adage *locus regit actum*, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel ce choix est exprimé, soit la loi destinée à régir le régime matrimonial au fond, donc celle que les par-

(18) Bruxelles, 22 avr. 1988. *J.T.*, 1988, p. 664, qui n'a pas encouru, sur ce point, la censure de la Cour de cassation (16 juin 1994, *Rev. not. b.*, 1994, p. 397, concl. Proc. gén. LIEKENDAEL; *Rev. trim. Dr. fam.*, 1994, p. 505, note M. FALLON; *J.L.M.B.*, 1995, p. 509, note M. LIÉNARD-LIGNY; *Rev. crit. jurisp. b.*, 1996, p. 5, note M. WATTÉ). Voy. sur cette solution M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie », *Rec. cours*, t. 277 (1999), pp. 435 et s.

(19) Il n'est pas certain que la solution qui se dégage de l'arrêt *Montanari* puisse aboutir à rendre inopérante la nationalité belge d'une des parties. Voy. en général, sur ce thème, P. LAGARDE, « Vers une approche fonctionnelle du conflit de nationalités », *Rev. crit.*, 1989, pp. 29 et s.

ties choisiront (20), dans les limites que trace l'article 49, § 2, du Code – toujours faut-il cependant, aux termes de l'article 52, al. 1^{er}, « un écrit daté et signé des deux époux » (21). Voici pourquoi un couple désireux de contracter mariage en Belgique et de soumettre son régime matrimonial à la loi italienne pourrait fort bien adopter le régime légal italien, ou le régime italien de la séparation de biens, dans les formes qu'autorise le droit italien, c'est-à-dire par une simple déclaration faite à l'officier d'état civil qui les marie. Un contrat de mariage notarié, « en bonne et due forme », si l'on peut dire, n'est à cet égard plus nécessaire (22) (23). Par exception cependant, si les époux ont eu recours à un écrit sous seing privé, et qu'ils souhaitent se marier en Belgique, ils feront bien, avant la célébration de leur mariage, de le déposer au rang des minutes d'un notaire du Royaume – ce, en vertu des dispositions de l'art. 76, 10°, C. civ., modifié, qui subordonne l'opposabilité des dérogations apportées par les époux au régime légal belge à la mention, dans l'acte de mariage, de « [l]a date du contrat de mariage, [du] nom et [de] la résidence du notaire qui l'a reçu et [de] l'indication du régime matrimonial des époux » ainsi que, « dans une situation internationale, [du] choix éventuel par les époux du droit national applicable à leur régime matrimonial » (24) (25).

(20) M. WAUTELET explique, à la suite de M. BOUCKAERT (« Het internationaal huwelijksvermogensrecht... », *op. cit.*, p. 381), qu'à peine de priver certains époux de la possibilité prévue par l'article 49 d'opter pour une loi déterminée, la validité de pareil choix dépend de la loi choisie (« Les aliments et les régimes matrimoniaux », *op. cit.* in *Le nouveau code...*, pp. 32-33).

(21) L'art. 1389, C. civ., règle de forme du droit belge, est à cet égard abrogé, en ce qu'il disposait que « [l]es époux ne peuvent établir leurs conventions matrimoniales par simple référence [...] si l'un d'eux est Belge à une législation étrangère [...] » (art. 132 – voy. à ce sujet, à propos de la validité d'un contrat de mariage dressé en Belgique entre une Belge et un Italien, adoptant le régime de la séparation de biens, C.E.L., dos n° 1.949, *Trav.*, 1997-1998, pp. 139 et s.).

(22) Voy., sur le droit italien, F. SALERNO CARDILLO et D. DAMASCELLI, « Italie », in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, *op. cit.*, t. II, p. 1.608.

(23) L'exigence, empruntée de la Convention de La Haye, d'« un écrit daté et signé des deux époux » (art. 52, al. 1^{er}, *in fine*) ne paraît pas prohiber la simple déclaration faite à l'officier d'état civil (ou, en cas de mariage concordataire, au ministre du culte) qui célèbre l'union, même si pareille déclaration ne s'accompagne pas de la signature formelle, au bas d'un document, des époux déclarants (comp. V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het huwelijksvermogensrecht... », *op. cit.*, pp. 232-233, n° 26, pour lesquelles le notaire doit en Belgique jouer fonctionnellement le rôle de l'officier d'état civil italien).

(24) Depuis sa modification par la loi-programme du 27 déc. 2004 (*Mon.*, 31 déc.), cette disposition prévoit également, en son 11°, que l'officier de l'état-civil mentionne dans l'acte de mariage le nom choisi par un des époux à l'occasion du mariage conformément au droit de l'Etat dont il a la nationalité, par application de l'art. 38, al. 2, du Code de droit international privé.

(25) Sans doute, la sanction que prescrit l'article 76, 10°, C. civ., à défaut de mention – c'est-à-dire l'inopposabilité aux tiers des dérogations convenues au régime légal – n'est-elle à proprement parler pas applicable, puisque l'article 54, § 1^{er}, du Code de droit international

8. — Pour les couples n'ayant fait choix d'aucune loi, l'article 51 du Code arrête les facteurs de rattachement subsidiaires sous la forme d'une échelle de KEGEL inversée, assez analogue à celle que l'article 48, § 1^{er}, propose à l'endroit des effets du mariage – sous la réserve que la solution donnée au conflit mobile est profondément différente : « [à] défaut de choix du droit applicable par les époux, le régime matrimonial est régi : 1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux fixent pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité au moment de la célébration du mariage; 3° dans les autres cas, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le mariage a été célébré ».

9. — Le premier facteur de rattachement retenu, celui de la résidence, est assurément le plus attendu. Les jeunes mariés ne sont pas tenus, à proprement parler, de cohabiter. Il suffit que l'un et l'autre fixent leur résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat « pour la première fois » après la célébration de leur mariage, cette résidence fût-elle séparée, pour emporter l'application du droit de cet Etat – avec la conséquence, à titre d'exemple, que, sauf l'application, incertaine, de la clause d'exception (26), si deux jeunes Belges résident habituellement l'un et l'autre en Allemagne, quoique dans des villes séparées, après s'être mariés, avant de déménager en Belgique pour y cohabiter, c'est bien sous le régime allemand qu'ils seront mariés ! Quant à savoir ce que les termes « résidence habituelle » recouvrent, il s'agit d'une question de théorie générale, pour laquelle il convient de se reporter au texte de l'article 4, § 2, 1°. Mais les développements de la proposition de loi consacrés à l'article 51 s'y attardent quelque peu. L'on y lit, par une manière de rappel des principes généraux, que, pour acquérir un carac-

privé subordonne en règle l'opposabilité du régime matrimonial aux tiers à la loi du régime. Mais l'article 76, C. civ., est aussi une règle fonctionnelle qui régit, en vertu de la règle *auctor regit actum*, la célébration de tout mariage en Belgique. Dans cette mesure, elle s'applique, quelles que soient par ailleurs les variations de la loi applicable à l'opposabilité du régime matrimonial. Cette disposition ne s'applique qu'aux mariages célébrés en Belgique, mais il est loisible aux époux belges, lors de leur retour en Belgique, d'y obtenir la transcription dans les registres de l'état civil de leur acte de mariage étranger (art. 48, § 1^{er}, nouv., C. civ.). A cette occasion, selon une pratique administrative ancienne, l'officier d'état civil pourra faire en son acte mention marginale du régime matrimonial, ou du choix du droit applicable à ce régime, effectué à l'étranger.

(26) Art. 19 du Code de droit international privé. Voy. not., sur cette disposition, qui forme l'une des nouveautés les plus radicales et, partant, les plus controversées du Code, L. BARNICH, « La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé », *Mélanges offerts à John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 59 et s., ainsi que la contribution du même auteur au recyclage évoqué plus haut, note 1, et, dans un sens plus approuvateur, P. WAUTELET, « Le Code de droit international privé ou l'avènement d'un droit international privé « flexible » », *Rev. Fac. dr. Univ. Liège*, 2006, pp. 347 et s.

tère « habituel », la résidence « doit s'accompagner d'une localisation des intérêts principaux *ou* d'une intention d'établissement stable » (27). La notion de résidence habituelle est ainsi d'abord une question de fait, qui doit être résolue, comme l'écrit M. BARNICH, à la lumière « des innombrables documents administratifs qui s'abattent sur les époux au moment de leur installation » (28). Les faits, cependant, ne suffisent pas. La fixation de la résidence habituelle, que l'on pourrait penser indépendante de tout élément intentionnel ou volitif, puisque étrangère à toute formalité d'inscription, d'enregistrement ou de signalement aux autorités (29), est au contraire fortement influencée par l'intention. Celle-ci suffit à concrétiser la résidence habituelle, si une personne s'est fixée en un endroit, fût-ce un bref instant, avec la volonté d'y vivre durablement; son défaut détruit à l'inverse toute notion de résidence habituelle, dans le chef d'une personne qui s'est fixée longuement en un endroit, en sachant qu'elle ne s'y trouvait que par obligation, scolaire, professionnelle, ou autre, et qu'elle finirait, un jour, par le quitter (30). Il pourra s'avérer délicat d'apprécier, parfois vingt ans plus tard, une volonté, réalisée ou non, de nouer des liens durables en un endroit déterminé (31) – raison pour laquelle l'on ne saurait trop conseiller aux jeunes mariés d'exprimer un choix quant à la loi applicable à leur régime matrimonial (art. 49 et 50), voire, tout simplement, de manifester, par écrit, leur volonté ou leur intention quant à la fixation de leur première résidence habituelle. L'expression « pour la première fois » après la célébration du mariage, accolée aux termes « résidence habituelle », est, enfin, clairement destinée à exclure la problématique du conflit mobile : la résidence commune sur le territoire du même Etat, qui désigne la loi applicable au régime matrimonial est la première suivant le moment de la célébration du mariage. Pareille imperméabilité au conflit mobile, qui éloigne quelque peu le Code de

(27) Développements de la proposition de loi, in M. FALLON et J. ERAUW (éd.), *La nouvelle loi sur le droit international privé. La loi du 16 juillet 2004*, coll. Lois actuelles, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 132 (nous soulignons).

(28) « Présentation... », *op. cit.* in cette revue, 2005, p. 35.

(29) Les développements de la proposition de loi précisent qu'à l'endroit de la résidence, « l'intention ne joue pas un rôle déterminant dans tous les cas alors que, pour le domicile, la formalité d'inscription suppose nécessairement une démarche volontaire de la personne (...) » (M. FALLON et J. ERAUW (éd.), *La nouvelle loi...*, *op. cit.*, p. 80).

(30) Voilà pourquoi, d'après les développements de la proposition de loi, « des étudiants qui habitent à l'étranger après le mariage pour les besoins de leurs études, n'acquièrent pas une résidence habituelle dans cet Etat au sens du [C]ode » (M. FALLON et J. ERAUW (éd.), *La nouvelle loi...*, *op. cit.*, p. 132).

(31) L. BARNICH, « Présentation... », *op. cit.* in cette revue, 2005, pp. 34-35; « Régimes matrimoniaux et successions », in H. BOULARBAH (éd.), « Le nouveau droit... », *op. cit.* in *J.T.*, 2005, p. 192.

l'état du droit qui le précédait (32), peut laisser songeur, au regard du principe de proximité que ses auteurs ont entendu promouvoir. Deux époux qui ont fixé leur première résidence sur le territoire d'un Etat exotique resteront soumis à la loi de cet Etat, même si, quelques temps plus tard, ils s'installent durablement sur le territoire d'un nouvel Etat – peut-être celui de leur nationalité – qui devient celui où, pour paraphraser la loi italienne sur le droit international privé, leur « vie matrimoniale » se localise principalement (33). La loi de ce nouvel Etat n'aura, sauf application de la clause d'exception, aucun titre à s'appliquer, à moins que, comme l'article 50, § 1^{er}, les autorise à le faire, les époux en fassent le choix exprès (34). Le critère de la première résidence habituelle est ainsi affecté d'une sorte de rigidité congénitale, que complique encore le rejet de principe, par le Code, de la théorie du renvoi.

10. — L'on ne passe au rattachement subsidiaire, celui à la loi nationale commune des époux, au moment de la célébration du mariage, que faute pour les époux d'avoir résidé habituellement sur le territoire du même Etat après la célébration de leur mariage. A proprement parler, ce critère ne devrait donc s'appliquer qu'aux époux qui n'ont jamais, avant la dissolution de leur union, fixé leur résidence habituelle sur le territoire du même Etat, ce qui supposerait que l'un ou l'autre est décédé, ou qu'ils ont divorcé, avant même d'avoir cohabité. Comme dans le cas de couples mariés par procuration à l'étranger, et qui n'ont jamais pu se rejoindre, par la faute de tracasseries administratives ou d'obligations professionnelles dont ils n'ont pu se dégager. Par contre, dès l'instant que les époux fixent l'un et l'autre leur résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, fût-ce plusieurs années après la célébration de leur mariage, le droit de cet Etat devient applicable, de façon, croyons-nous, rétroactive puisqu'il n'y a, dans le système du Code, ni dépeçage, ni succession silencieuse, dans le temps, de la loi applicable au régime matrimonial. Il faudrait donc, littéralement, attendre qu'un jour, les époux fixent leur résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, « pour la première fois », après la célébration de leur mariage, où qu'ils ne le fassent pas du tout, pour pouvoir se prononcer définitivement sur leur régime matrimonial. Cette solution serait impraticable, cependant – raison pour laquelle l'on doit admettre,

(32) M. VERWILGHEN, « Les rapports patrimoniaux dans le couple en droit international privé belge. Du droit positif actuel vers une révision codifiée », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives*, Colloque en hommage à Michel Grégoire, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 287-288.

(33) Art. 29 (voy. F. SALERNO CARDILLO et D. DAMASCELLI, « Italie », in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, op. cit., t. II, p. 1.547).

(34) Ci-après, n° 22, et singulièrement la note 72.

avec M. BARNICH (35), que les critères de rattachement subsidiaires s'appliquent à la solution des difficultés qui surgissent alors que les époux n'ont pas encore résidé habituellement sur le territoire d'un même Etat, même s'il apparaît ultérieurement qu'ils le font, emportant ainsi l'application de la loi de leur première résidence habituelle : il ne semble pas y avoir de place, ici, pour la résidence habituelle « d'intention », « de vœu » ou « d'élection ». La question de savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par nationalité commune « au moment de la célébration du mariage » n'est pour le surplus pas résolue. Nous ne croyons pas qu'il faille ici s'écarter de la solution que préconisait l'arrêt *Eicker*, rendu par la Cour de cassation le 10 avril 1980 (36), qui tenait pour pertinente la nationalité acquise par le fait du mariage, tout autant que celle que l'un et l'autre époux possédaient avant celui-ci (37). L'on rappellerait simplement que toute solution fonctionnelle du conflit de nationalités, du genre de celle que la Cour de Bruxelles avait présentée dans l'arrêt *Montanari* (38), est désormais exclue, si l'un des époux possède la nationalité belge et l'autre non. Pareils époux devront être tenus pour de nationalité différente, même s'ils partagent par ailleurs une nationalité étrangère commune (art. 3, § 2, 1^o) (39).

11. — Le dernier critère retenu, celui du lieu de célébration du mariage, est enfin une sorte de *curiosum* – d'application il est vrai tout à fait exceptionnelle. Sans doute les auteurs du Code ont-ils vu dans ce critère d'un maniement particulièrement commode une manière de se sortir d'une sorte de quadrature du cercle dans laquelle ils étaient enfermés : plus que l'application systématique, en ordre subsidiaire, de la loi belge, proposée par plusieurs parlementaires (40), le critère du lieu de célébration leur a paru conforme aux attentes légitimes des époux, censés, s'ils se sont mariés à l'étranger, « y avoir demandé les informations nécessaires », notamment sur la nature du régime matrimonial en

(35) « Présentation... », *op. cit.* in cette revue, 2005, p. 35; dans le même sens, Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois... », *op. cit.*, p. 667, qui insiste sur les incertitudes, en pareille occurrence, de la notion de « résidence habituelle ».

(36) Cité *supra*, note 9.

(37) En ce sens, L. BARNICH, « Présentation... », *op. cit.* in cette revue, 2005, p. 35, note 52; comp. P. WAUTELET, « Le Code... », *op. cit.* in *Chron. dr. us. not.*, vol. XLI, 24 mars 2005, p. 72, qui tirent l'un et l'autre argument – le premier, *a pari*, le second, *a contrario* – de l'article 15 de la Convention de La Haye.

(38) *Supra*, note 18.

(39) La porte ne paraît demeurer ouverte d'une solution fonctionnelle du conflit de nationalités – celle qui privilégierait, pour la fixation du régime matrimonial, la nationalité commune des époux, par préférence à celle qui les oppose – que si les nationalités en cause sont toutes étrangères (*id.*, 2^o).

(40) Voy. l'intervention de Mme NYSENS, en Commission de la Justice du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2003-2004, n° 3-27/7, p. 110, et l'amendement n° 5, déposé devant la même Commission par MM. WILLEMS et COVELIERS, *ibid.*, p. 309.

vigueur (41). « Il n'est pas exclu », lit-on d'ailleurs dans les développements de la proposition de loi, que les époux, en choisissant le lieu de la célébration de leur mariage, « aient entendu être régis, quant à leur régime, par le droit de cet Etat » (42). Il n'empêche. C'est, bien au delà des principes d'autonomie ou de proximité, le souci d'objectivation ou de sécurité juridique qui paraît ici avoir prévalu. La loi retenue pourrait dès lors se révéler par trop éloignée des parties, née du hasard, ou du tourisme matrimonial, si prisé par les jeunes générations, sans évoquer les amoureux intrépides qui auront choisi de se marier dans un aéronef survolant l'Antarctique ou à bord d'un navire en haute mer. La jurisprudence ancienne des magistrats du fond qui écartait le rattachement lorsqu'il désignait le droit d'un Etat avec lequel les époux avaient perdu tout contact (43), montrerait alors son étonnante actualité, et les juges pourraient revenir, sous couvert de la clause d'exception, vers la loi de l'Etat sur le territoire duquel les époux vivent depuis de longues années, que la Cour d'appel de Mons appelait, dans son arrêt *Beddini*, celui de leur « intégration prépondérante » (44).

§ 3. Le régime primaire

12. — La succession dans le temps de deux corps de règles de conflit que les praticiens doivent tout aussi bien mettre en œuvre et maîtriser ne s'applique qu'à ce qu'il est convenu d'appeler le régime matrimonial secondaire. Le régime « primaire » obéit en effet à des règles bien distinctes. Il est, en règle, soumis à la loi applicable aux effets du mariage, que décrit l'article 48, § 1^{er} – lequel est, sans réserve, soumis au principe de l'application immédiate que contient l'article 127, § 1^{er}. La loi applicable est celle de la résidence habituelle des époux « au moment où ces effets sont invoqués ou, lorsque l'effet invoqué affecte un acte juridique, au moment où celui-ci a été passé »; à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, la loi de leur nationalité commune au même moment; à défaut de nationalité commune, enfin, la loi belge. Cette loi régit tout ce que la doctrine et la jurisprudence étaient convenus d'appeler autrefois le « régime matrimonial primaire » – vocable désormais inconnu, à proprement parler, du droit

(41) Selon l'observation faite par M. ERAUW, en réponse aux parlementaires qui l'interpellaient, devant la Commission de la Justice du Sénat, *ibid.*, p. 309.

(42) M. FALLON et J. ERAUW (éd.), *La nouvelle loi...*, *op. cit.*, p. 132. Adde F. BOUCKAERT, « Het internationaal huwelijksvermogensrecht... », *op. cit.* p. 377, n° 8, qui, en approuvant le choix de ce dernier critère, précise qu'il témoigne nécessairement de quelque « préférence » (*willekeur*).

(43) Not. Civ. Anvers, 18 juin 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1982, p. 94.

(44) 22 oct. 1975, *Rev. not. b.*, 1976, p. 520, note R. VANDER ELST; *Rec. gén.*, 1975, n° 22.117; Civ. Bruxelles, 12 juin 1978, *Pas.*, 1978, III, p. 44; *Rev. trim. Dr. fam.*, 1979, p. 317, note B. HANOTIAU.

international privé belge – singulièrement, dit le Code, la contribution des époux aux charges du mariage (art. 48, § 2, 2°), la perception des revenus par chaque époux et leur affectation (*id.*, 3°) – il faut, selon les développements de la proposition de loi, entendre par là « les modalités d'ouverture d'un compte de dépôt ou de location d'un coffre » seulement (45) –, les modalités de la représentation d'un des époux par l'autre (*id.*, 5°), ou la validité à l'égard d'un époux d'un acte passé par l'autre qui affecte les intérêts de la famille, ainsi que la réparation des conséquences dommageables d'un tel acte à l'égard de cet époux (*id.*, 6°). Seule la protection des tiers – et singulièrement le point de savoir « si et dans quelle mesure une dette contractée par l'un des époux pour les besoins du ménage ou l'éducation des enfants oblige l'autre époux » – échappe à la loi des effets du mariage, pour appartenir, aux termes de l'article 54, § 2, à la loi du régime matrimonial (46). Quant à la protection du logement principal de la famille et des meubles qui le garnissent, elle relève elle aussi des « effets du mariage », mais est, par exception, abandonnée au droit de l'Etat de la situation de l'immeuble (art. 48, § 3) (47).

(45) *Doc.*, Sénat, S.E. 2003, n° 3-27/1, p. 43.

(46) « Toutefois, lorsque le tiers et l'époux dont il est le créancier avaient leur résidence habituelle sur le territoire du même Etat lors de la naissance de la dette, le droit de cet Etat est applicable » (art. 54, § 2, al. 2). L'article 54, d'application immédiate, d'après la doctrine, contient en son § 1^{er} une règle compliquée qui soumet l'opposabilité du régime matrimonial aux tiers à la loi applicable à ce régime. « Toutefois, lorsque le tiers et l'époux dont il est le créancier avaient leur résidence habituelle sur le territoire du même Etat lors de la naissance de la dette, le droit de cet Etat est applicable, à moins que : 1° les conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par le droit applicable au régime matrimonial aient été remplies; ou 2° le tiers connaissait le régime matrimonial lors de la naissance de la dette ou ne l'a ignoré qu'en raison d'une imprudence de sa part; ou 3° les règles de publicité prévues en matière de droits réels immobiliers par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'immeuble est situé aient été respectées ».

(47) La loi des effets du mariage – et non plus, comme on avait pu le décider autrefois, la loi du régime matrimonial – régit enfin « l'admissibilité des contrats et libéralités entre époux, et la révocation de celles-ci » (art. 48, § 2, 4°). Le statut des donations entre époux se voit ainsi clarifié. L'accès aux donations (ou à leur révocation) relève de la loi des effets du mariage, mais quant à leur efficacité, les donations à cause de mort n'échapperont pas à la censure de la loi successorale, qui régit notamment, aux termes de l'article 80, § 1^{er}, « la validité au fond des dispositions à cause de mort » (5°) ainsi que « la quotité disponible, la réserve et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort » (6°). Le sort des libéralités entre époux rejoint ainsi, partiellement au moins, celui des avantages matrimoniaux (voy. notre contribution, « L'avantage matrimonial et le conflit de lois », in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer, à l'occasion du 125^e anniversaire de la Revue du notariat belge*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 485 et s.).

Section 2. — L'espace

13. — « La Belgique est un petit pays », notait M. BARNICH, en s'interrogeant, avec le Conseil d'Etat, sur les bienfaits de la codification (48). Le régime matrimonial traverse ainsi l'espace – où il est question de l'efficacité à l'étranger d'un régime matrimonial arrêté en Belgique, et inversement.

§ 1^{er}. Le régime belge à l'étranger

14. — Il est assez difficile, en l'absence quasi-totale de convention internationale, de savoir comment un régime matrimonial arrêté en Belgique, conformément aux règles du droit international privé belge, sera reçu à l'étranger. De manière générale, l'on peut penser qu'en tous les pays qui connaissent une catégorie de rattachement « régime matrimonial », c'est-à-dire qui isolent les relations patrimoniales que les époux nouent entre eux comme un ensemble de règles complet et cohérent, pertinent pour l'application des règles de conflits de lois, ce régime sera reçu comme tel, et qu'il ne sera pas, pour reprendre une expression déjà rencontrée, « dépecé » – ce qui sera le cas, par contre, si le droit étranger en cause ignore la notion même, et donc la catégorie « régime matrimonial ». Encore faut-il voir si la loi que désignent les règles belges de conflit de lois sera, comme telle, mise en œuvre. Il faut faire ici une double réserve – l'une pour les couples qui ont fait choix d'une loi applicable à leur régime matrimonial, l'autre pour ceux qui n'ont fait aucun choix.

15. — Si des futurs époux ont fait choix de la loi applicable à leur régime matrimonial, et qu'ils l'ont fait en Belgique, il est fort à parier, en premier lieu – et sous réserve de ce qui est dit ci-dessus –, qu'ils l'auront fait par un contrat de mariage, donc, par un acte notarié. L'on rappellera, à cet égard, que les actes notariés belges ne déploient à l'étranger leur effet à proprement parler « authentique », au sens de leur force probante extrinsèque – celle que définit l'article 30, § 1^{er}, al. 2, du Code de droit international privé (49) –, que pour autant qu'ils soient légalisés, ou pour les pays liés par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, qu'ils soient revêtus de l'apostille (50). Ils ne seront pratiquement dispensés de formalités, conformément aux dispositions de la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987, qu'au Danemark, en

(48) « Présentation... », *op. cit.* in cette revue, 2005, p. 7.

(49) Aux termes de cette disposition, « [l]a légalisation n'atteste que la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont l'acte est revêtu » (voy. H. BORN, et al., « Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence 1991-1998 », in *Dossiers du Journal des Tribunaux*, n° 28, Larcier, 2001, p. 628).

(50) Conv. de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, approuvée par la loi du 5 juin 1975, *Mon.*, 7 févr. 1976. La liste des Etats liés par cette Convention est notamment disponible sur <http://www.hcch.net>.

Italie, en France, en Irlande, en Lettonie et à Chypre (51). Mais tout cela ne suffira pas. Il faudra encore, au fond, et plus fondamentalement, que l'Etat de « réception » connaisse lui-même un principe de libre choix du droit applicable au régime matrimonial. A défaut, le choix exprimé par les époux devant un notaire belge risque d'être privé d'effet, et les autorités locales leur substitueront d'autorité le régime que désignent les règles de rattachement impératives – ainsi, entre autres exemples, des droits grec ou portugais, qui l'un et l'autre limitent en leurs dispositions internes l'autonomie contractuelle des époux, et l'ignore dans les relations internationales (52).

16. — La situation des couples qui n'ont pas exprimé de choix quant à la loi applicable à leur régime matrimonial est encore pire, cependant : les facteurs de rattachement n'étant pas cohérents, et même pas unifiés à l'échelle européenne, il est possible qu'en certains pays, la substitution des facteurs de rattachement prévus par loi locale aux facteurs subsidiaires qu'indiquait le droit belge provoque une rupture dans la continuité ou l'« harmonie » internationales du traitement des époux qui soit irrémédiable, puisque le renvoi est désormais prohibé par le Code de droit international privé. A titre d'exemple, deux allemands ayant fixé en Belgique leur première résidence conjugale seront tenus en Belgique pour mariés sous le régime légal belge de communauté. Cette solution sera reconnue en France, ou dans les autres pays – le Grand-Duché de Luxembourg et les Pays-Bas – où est en vigueur la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, puisqu'aux termes de l'article 4, alinéa 1^{er}, de cette Convention, ces époux sont pareillement soumis à la loi de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage (53). Mais si les époux se déplacent, par la suite, en

(51) Conv. de Bruxelles du 25 mai 1987 relative à la suppression de la légalisation d'actes publics dans les Etats membres des Communautés européennes, approuvée par la loi du 27 novembre 1996, *Mon. b.*, 18 avr. 1997, *err.*, 10 juin 1997. La liste des Etats liés par cette convention figure notamment sur <http://www.diplomatie.be/fr/treaties>. Une étude récente fait, d'une manière générale, le point sur cette question : I. DUPRÉ, « Het vrij verkeer van authentieke akten in de Europese Unie : een geïntegreerd overzicht voor de rechtspraak », *Not. Fisc. M.*, 2005, pp. 1 et s.

(52) V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het huwelijksvermogensrecht... », *op.cit.*, p. 232, n° 22. Voy. en particulier, sur le droit grec, E. MOUSTAIRA, C. TSCOUCA et A. VARDAKA-MARTINI, « Grèce », in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, *op. cit.*, t. II, pp. 1.340 et s., et, sur le droit portugais, A. FRADA DE SOUSA, L. MOREIRA DE ALMEIDA et M. de F. COSTA BARREIRA, « Portugal », *ibid.*, t. III, pp. 2.102 et s.

(53) Notons que, dans l'exemple choisi, cette dernière loi n'aurait pas été applicable, et qu'on lui aurait préféré la loi allemande – loi nationale commune des parties –, par application du renvoi, si elles avaient fixé leur première résidence conjugale sur le territoire d'un Etat partie à la Convention qui, tel les Pays-Bas, a sauvegardé l'application à ses nationaux de sa loi nationale commune, ou d'un Etat non partie à la Convention qui, tel l'Italie, soumet le régime matrimonial d'époux de nationalité commune à la loi de leur nationalité commune (voy. l'art. 4, al. 2, de la Convention).

Italie ou, plus vraisemblablement, en Allemagne, pour y faire par exemple l'acquisition d'un immeuble, ils y seront tenus pour mariés sous le régime légal allemand de la *zugewinnegemeinschaft*, quelle que divergente que fut l'appréciation portée par les autorités belges sur leur régime matrimonial. Or, tous ces inconvénients auraient été évités si les époux en cause avaient pris le soin de choisir, préalablement à leur union, la loi applicable à leur régime matrimonial, puisque tous les pays cités reconnaissent, en pareille hypothèse, une liberté de choix, fût-elle limitée.

§ 2. Le régime étranger en Belgique

17. — Quant à la réception, en Belgique, du régime matrimonial étranger, elle représente exactement la face inversée de ce qu'on vient de dire. Prenons le cas d'abord d'un contrat de mariage conclu en pays étranger. Le Code de droit international privé contient – c'est une nouveauté importante – des règles très précises sur la réception, dans l'ordre juridique belge, des actes authentiques étrangers (art. 27 et s.). L'on sait ainsi que les actes français, italiens, danois, irlandais, lettons et chypriotes déploient leur force authentique en Belgique, sans qu'il soit besoin de formalité, en vertu des dispositions de la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 relative à la suppression de la légalisation d'actes dans les Etats membres des Communautés européennes (54), et que les actes émanant des Etats qui, comme la Belgique, sont parties à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, doivent seulement, pour cela, être revêtus d'une apostille (55). Ailleurs, les actes authentiques étrangers, singulièrement un contrat de mariage notarié, doivent être légalisés pour être produits en Belgique (art. 30, § 1^{er}, al. 1^{er}, du Code de droit international privé). Mais au fond, ces règles ne changent rien. Le choix d'un régime matrimonial est un acte juridique privé, un acte de volonté, dont la validité est en Belgique soumise, selon la méthode des règles, à l'opération des règles de conflit de lois – que le contrat de mariage ait été reçu en la forme authentique ou non importe à cet égard peu (art. 27, § 1^{er}, al. 1^{er}, du Code, qui, par la référence qu'il contient à l'article 18, renforce singulièrement l'autorité qu'il confère aux règles de conflit de lois).

L'effet perturbateur que l'application au contrat de mariage « étranger » des règles de conflit belges pourra engendrer est en réalité relativement limité, en raison de la nature même de la règle de conflit,

(54) *Supra*, note 51.

(55) *Supra*, note 50.

contenue à l'article 49, du Code. La plupart du temps, la volonté que les époux ont exprimée à l'étranger sera jaugée à l'aune de la loi qu'ils auront eux-mêmes choisie, ce qui conduira, *ipso facto*, à valider leurs conventions (56). Il n'en irait autrement que dans l'hypothèse, sans doute exceptionnelle, où les époux auraient fait choix d'une autre loi que celles dont l'article 49, § 2, les autorise à faire choix. Ainsi, lorsque deux époux auraient choisi la loi d'un Etat, sur le territoire duquel, sans y avoir fixé effectivement leur première résidence conjugale, ils projetaient, dans l'avenir, de résider – cela pourrait être le cas d'un couple d'anglo-saxons, qui projette de s'installer définitivement dans le pays dont ils ont choisi la loi, mais n'y ont pas encore résidé effectivement. Pareil choix serait inopérant – le comble serait de sanctionner le choix du droit belge! –, au regard de l'article 49, § 2, du Code, et il paraît assez difficile d'y opposer le jeu de la clause d'exception, puisque la loi désignée à défaut de choix – celle qu'impose l'article 51 – est elle-même en ce cas censée présenter avec la situation les liens les plus étroits.

18. — La substitution d'office des règles de conflit du droit belge aux règles de conflit étrangères, qui ont présidé, à l'étranger, à la détermination du régime matrimonial d'époux mariés sans contrat, dénote plus encore la relativité générale en laquelle est plongé le droit international privé : une même situation – celle, à titre d'exemple, de deux époux allemands ayant fixé en Italie leur première résidence habituelle – sera appréciée différemment, selon l'ordre juridique auquel elle est soumise (57). Alors qu'en Allemagne et en Italie – qui sont à première vue les deux ordres juridiques les plus intéressés à cette relation –, ces époux seront tenus pour mariés sous le régime allemand de la *zugesamengemeinschaft* – celui de leur nationalité commune –, ils seront plutôt, en Belgique, tenus pour mariés sous un régime, le régime légal italien de la *comunione legale*, qui ne prétendait pourtant en aucun cas les régir. Cette rupture de l'harmonie internationale des solutions est la conséquence de l'abandon, par le Code, de la théorie du renvoi, qui,

(56) D'après V. DE BACKER et H. JACOBS, le régime matrimonial d'époux unis en France ou aux Pays-Bas, et qui y ont fait précéder leur union d'un contrat de mariage, pourra, à titre d'exemple, être partiellement « dépecé », dans les conditions que prévoit l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, en dépit du prescrit formel de l'article 50, § 2, al. 2, du Code de droit international privé. C'est qu'en Belgique, bien que le renvoi soit à proprement parler interdit, il faudra respecter, s'il est conforme à l'article 49, § 2, le choix que les époux auront fait à l'étranger, conformément aux règles de conflit de lois qui y sont en vigueur, de soumettre leur régime matrimonial à une autre loi que celle que prévoit le droit belge (« Het huwelijksvermogensrecht... », *op. cit.*, p. 233, n° 29).

(57) Voy., sur ce thème, notre communication, « Vers une harmonisation du droit international privé régissant le patrimoine des couples en Europe. Première partie : divergences et convergences », faite à Louvain-la-Neuve, le 11 mars 2004, lors d'une journée d'études organisée par la section belge de l'Idef.

dans la forme du renvoi au second degré, aurait pu s'appliquer dans ce cas (58). La clause d'exception pourrait certes intervenir, pour rétablir en quelque manière le droit acquis que représente pour ces époux l'application du droit allemand, droit de leur nationalité commune, mais il faudrait pour cela que le droit allemand présente en l'espèce des liens plus étroits avec la situation que le droit italien – ce qui sera difficile puisque, l'article 51 étant lui-même inspiré par le principe de proximité, l'Italie est le pays de la première résidence habituelle de ces époux. L'on pourrait, *mutatis mutandis*, faire des considérations analogues à propos d'époux de nationalité belge commune qui, pendant les premières années de leur mariage, auraient résidé habituellement en Allemagne et qui se trouveraient ainsi prisonniers de la loi allemande, ou contraints d'accomplir un acte juridique pour en changer, alors que la loi allemande ne prétendait nullement, quant à elle, s'appliquer à leur situation. Il ne resterait plus qu'à compter sur l'opération directe des principes européens de libre circulation des personnes pour juger – ce qui serait tout de même improbable – que l'application au régime matrimonial d'une loi différente de celle que les parties ont toujours eue en vue, du fait de l'opération de règles divergentes de conflit de lois, serait comme telle contraire au droit européen (59).

19. — Ce qui vient d'être dit de la reconnaissance, en Belgique, d'un contrat de mariage étranger peut l'être tout aussi bien – par quelque anticipation sur la section 3 – à propos de la reconnaissance en Belgique d'une modification de régime matrimonial intervenue à l'étranger. Celle-ci, même autorisée ou homologuée par justice, procède, puisqu'il s'agit d'une juridiction gracieuse, d'un acte de volonté, dont la validité internationale dépend de l'opération des règles de conflit de lois. Pour le notaire, la clause d'exception que règle l'article 19, du Code de droit international privé, revêt à cet égard une signification particulière. L'éviction de la loi normalement compétente doit lui permettre de prendre acte des droits régulièrement acquis à l'étranger, lorsque la mise en œuvre de la règle de conflit sert à apprécier la validité internationale de la situation. Ainsi, une modification de régime matrimonial accomplie en conformité avec la loi locale et sans fraude, alors que toutes les exigences de la loi applicable au fond n'ont pas été rencontrées. Tel est le sens de l'art. 19, § 1^{er}, al. 2, qui cite parmi les critères

(58) Dans un premier commentaire, fait à l'occasion du colloque de Louvain-la-Neuve, le 22 octobre 2004 (doc. cités *supra*, note 1), M. LAGARDE, que l'on sait très attaché au principe de proximité, montrait en ce sens l'effet pervers que le rejet du renvoi pouvait avoir, dans la matière des régimes matrimoniaux, en termes d'harmonie internationale des solutions.

(59) Voy. sur ce thème M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience des Communautés européennes », *Rec. cours*, vol. 253, 1995, pp. 9 et s.; « Droit familial et droit des communautés européennes », *Rev. trim. Dr. fam.*, 1998, pp. 361 et s.

d'application de la clause « la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement ». Cette solution était, d'une certaine manière, déjà connue de l'ancien droit, mais elle y était douteuse (60). Une règle spéciale – contenue dans un § 6, nouv., de l'article 1395, C. civ., dispose qu'« [u]n acte étranger portant modification du régime matrimonial peut, s'il remplit les conditions requises pour sa reconnaissance en Belgique » – circonstance que le notaire appréciera sous sa propre responsabilité – « être mentionné en marge d'un acte établi par un notaire belge et être joint à cet acte ». « Cette formalité », précise la disposition, « est effectuée à titre de publicité de la mutation et n'a pas pour effet de rendre celle-ci opposable aux tiers ».

Section 3. — L'espace-temps

20. — Le régime matrimonial croise enfin l'« espace-temps » car, destiné à durer, comme le mariage lui-même, il est soumis aux vicissitudes de la vie du couple. Les époux peuvent éprouver le besoin, parfois, d'en changer. Ce changement peut prendre deux formes, opérer à deux niveaux, car il peut consister, pour les époux, à modifier le régime matrimonial dans le cadre de la loi qui les régit actuellement, ou à changer plutôt de loi applicable à leur régime matrimonial (61). Entre les deux, la différence n'est pas que de degré. Il s'agit au contraire de deux procédures différentes, dont l'étude doit être séparée. Le choix entre ces deux procédures est guidé par le principe de l'économie de moyens : un changement de loi applicable est une opération invasive, qui risque d'accentuer les difficultés de liquidation auxquelles les époux – ou leurs héritiers – se trouveront dans le futur confrontés. Bien qu'autorisé par le Code, il doit être utilisé avec parcimonie – pareil changement, s'il intervient, « n'a d'effet que pour l'avenir » et, si les parties en disposent autrement, il ne peut « porter atteinte aux droits des tiers » (art. 50, § 3).

§ 1^{er}. Changer de régime matrimonial

21. — L'article 53 du Code de droit international privé, relatif au domaine du droit applicable au régime matrimonial, confirme, à l'endroit de sa mutabilité, une solution traditionnelle : « (...) le droit appli-

(60) Not. M. VERWILGHEN, « Les rapports patrimoniaux dans le couple... », *op. cit.*, pp. 291 et s.; de manière plus catégorique, semble-t-il, L. BARNICH, « Belgique - Régimes matrimoniaux », *op. cit.* in M. VERWILGHEN (Éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, t. I, pp. 779-780.

(61) Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois... », *op. cit.* in *Rev. trim. Dr. fam.*, 2005, p. 673.

cable au régime matrimonial détermine, notamment : (...) 4° si et dans quelle mesure les époux peuvent changer de régime, et si le nouveau régime agit de manière rétroactive ou si les époux peuvent le faire agir de manière rétroactive » (62). Ainsi, des époux soumis à la loi française ou à la loi luxembourgeoise, ou encore, à la loi néerlandaise – qui toutes, admettent, en leurs dispositions substantielles, la mutabilité du régime matrimonial – pourront en changer à leur guise, dans les limites que ces lois tracent (63). La question est ici de forme, plus que de fond : quelle procédure faudra-t-il suivre, lorsque les époux ont leur résidence principale en Belgique ? L'article 52, al. 2, abandonne à cet égard le rattachement alternatif de la forme du contrat de mariage que proposait l'article 52, al. 1^{er}, au profit d'un rattachement impératif, ou encore « exclusif » (64), à la loi territoriale : « [L]a mutation de régime matrimonial a lieu selon les formalités prévues par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la mutation est effectuée ». Encore faut-il savoir – c'est une question de qualification – ce qui relève de la forme ou du fond. Car s'il ne paraît pas douteux que l'homologation judiciaire, en tant que telle, est une « formalité » abandonnée à la loi territoriale, son principe, c'est-à-dire son exigence, pourrait bien, à l'instar de ces *formae habilitantes* mises en lumière, en matière de protection des incapables, par la Cour de cassation de France dans l'affaire dite du château de Chambord (65), relever plutôt du fond : elle s'imposerait donc, dans

(62) Voy. not. C. DE BUSSCHERE, « La modification du régime matrimonial d'un couple italien en Belgique », obs. sous Civ. Tournai, 26 mars 1992, *J.T.*, 1992, p. 460, et les auteurs cités, dont les remarques, toutes pertinentes pour la pratique notariale, demeurent d'actualité.

(63) Voy. en particulier, sur la loi française, G. DURANTON, « France », in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, op. cit., t. II, pp. 1.288 et s., et sur la loi néerlandaise, M. H. TEN WOLDE et M. R. MEIJER, « Pays-Bas », *ibid.*, t. II, p. 1.929. Ces deux lois présentent la particularité de suspendre, dans tous les cas, la modification du régime matrimonial pendant le mariage à un contrôle judiciaire : une homologation dans le premier; une approbation préalable dans le second. Cette persistance d'un contrôle judiciaire est, en droit comparé, en perte de vitesse – les lois luxembourgeoise, suisse ou italienne, à titre d'exemple, l'ignorent, pourvu que la modification intervienne par acte authentique (voy. respectivement les rapports de R. DE VALKENEEER et E. VAN LAETHEM, mis à jour par C. DOERNER, M. WATGEN et J.-C. WIWINIUS, « Luxembourg », *ibid.*, t. II, pp. 1.669 et s.; W. STOFFEL, R. LORÉTAN et P. NATURAL, « Suisse », *ibid.*, t. III, p. 2.430, et F. SALERNO CARDILLO et D. DAMASCELLI, « Italie », *ibid.*, t. II, p. 1.608 – ces derniers auteurs précisent, en note, que l'autorisation judiciaire reste en droit italien requise pour la modification de conventions matrimoniales conclues avant l'entrée en vigueur de la loi n° 142 du 10 avril 1981, qui a supprimé cette formalité).

(64) F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n° 12.77, p. 554.

(65) Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 13 avr. 1932, *D.P.*, 1932, I, p. 89, note BASDEVANT; S., 1934, p. 338, note NIBOYET, et B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2001, pp. 122 et s., dont l'enseignement fut présenté pour la première fois, en Belgique, par F. RIGAUX, « Le rôle social du notaire vis-à-vis de l'étranger », Congrès des notaires d'Ostende, Gembloux, Duculot, 1957, pp. 110 et s.

les conditions que la loi étrangère applicable au régime prévoit, sans égard aux prescriptions plus libérales, en la forme, du droit belge. Aux auteurs, non des moindres, qui optent pour la forme, et soumettent dès lors le principe de l'homologation judiciaire au domaine des « formalités » (66), M. DE BUSSCHERE oppose que le contrôle attendu du juge, par le législateur étranger, porte sur le fondement même de la modification, de sorte qu'il y aurait lieu, en toute hypothèse, de se conformer aux prescriptions de la loi applicable au fond (67). Cette dernière opinion n'est certes pas majoritaire, mais, confortée, sous l'empire de l'ancien droit par un jugement rendu par le tribunal de Tournai (68), elle vient de recevoir, sous l'empire du même droit, le secours d'un arrêt de la Cour d'Anvers, qu'on pourra lire dans la présente livraison de la *revue* (69). Elle implique que si la loi applicable au régime matrimonial prévoit, pour sa modification, l'homologation judiciaire, celle-ci s'imposera, quoique le droit belge n'en prévoit plus, pour le type de modification envisagé – l'efficacité de la modification opérée, sur le for étranger, est sans doute du reste à ce prix (70). Mais si, à l'inverse, la loi applicable au régime matrimonial ne prévoit aucune homologation, il n'y en aura pas besoin, quoique la modification se produise en Belgique, puisqu'il ne s'agirait pas, ici, d'une « formalité » (71).

(66) En ce sens, sous l'empire du nouveau Code, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, op. cit., n° 12.77, p. 554, qui précisent que cette solution ressort des développements de la proposition de loi (*Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/1, p. 83); L. BARNICH, « Présentation... », op. cit. in cette *revue*, p. 40, note 61; Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois... », op. cit. in *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 674.

(67) Not. « IPR-aspecten van de minnelijke wijziging van het huwelijksvermogensrecht tijdens het huwelijk », in *De internationale contractuele relaties. De rol van de notaris*, Actes du Congrès des Notaires, Anvers, Maklu, 1995, pp. 134 et s.; « De wet van 9 juli 1998 betreffende de procedure inzake de minnelijke wijziging van het huwelijksvermogensstelsel tijdens het huwelijk », *T. not.*, 1999, pp. 55 et s.; « La loi du 9 juillet 1998 relative à la procédure de modification conventionnelle du régime matrimonial au cours du mariage », *cette revue*, 1999, pp. 117 et s.

(68) 3 mai 2001, *cette revue*, 2001, p. 598, et *Rev. gén. dr. civ.*, 2002, p. 295, note C. DE BUSSCHERE, *contra* Civ. Mons, 26 avr. 1999, *cette revue*, 2000, p. 215, note du même auteur. Voy. plus généralement, sur les hésitations de la jurisprudence ancienne, H. BORN, *et al.*, « Droit judiciaire international... », op. cit., 2001, pp. 530 et s.

(69) 9 août 2004, *Blankestijn et Lambermont*, R.G. 2004 EV 28, publié ci-après, p. 354.

(70) Se rangeant à l'évidence, présentée par L. BARNICH (*supra*, note 66) que le principe de l'homologation judiciaire est une « formalité », au sens de l'article 52, al. 2, du Code, Ph. DE PAGE souligne qu'il serait bon, pour des raisons de « sécurité juridique », que des époux français résidant en Belgique, et qui y ont pratiqué une modification de régime matrimonial, obtiennent par la suite en France la « confirmation », ou même la « réitération » de l'acte intervenu en Belgique (« Les règles de conflit de lois... », op. cit. in *Rev. trim. Dr. fam.*, 2005, p. 674). Nous croyons pour notre part, avec M. DE BUSSCHERE, qu'il serait plus simple que ces époux français résidant en Belgique y aillent jusqu'au bout de la procédure, en y obtenant l'homologation judiciaire que prescrit le droit français, même si, aujourd'hui, la loi belge les en dispense.

(71) Not. A. VERBEKE, « Familiaal vermogensrecht... », op. cit., pp. 91 et s., n° 124.

§ 2. *Changer de loi applicable au régime matrimonial*

22. — Le classicisme de la solution que présente l'article 53, § 1^{er}, 4^o — lequel soumet en règle la possibilité, pour les époux, de changer de régime matrimonial à la loi du régime — n'est pour le surplus qu'apparent. L'art. 50 décide, en son § 1^{er}, que les époux peuvent à tout moment choisir la loi applicable à leur régime matrimonial : « [l]e choix du droit applicable peut être fait avant la célébration du mariage ou au cours du mariage. Il peut modifier un choix antérieur ». D'où il découle que les époux ne pourront plus, du point de vue du droit belge, rester, comme cela pouvait advenir dans le passé, « prisonniers » de la loi qui leur était initialement appliquée — que cette loi résulte d'un choix conscient ou de l'application subsidiaire des critères de l'article 51, voire, avant l'entrée en vigueur du Code, de ceux que la Cour de cassation avait dégagés au départ de l'article 3, al. 3, anc., C. civ. Il leur suffira, dans les limites que pose l'article 49, d'en choisir une nouvelle — celle, par exemple, de leur résidence habituelle actuelle, qui régira, en principe pour l'avenir, leurs relations matrimoniales (72). Cette possibilité est offerte à tous les couples, qu'ils se soient unis avant ou après l'entrée en vigueur du Code, et qu'ils aient ou non déjà exprimé un choix de loi applicable à leur régime matrimonial. Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle s'applique ici à plein, puisqu'il s'agit de poser, sous l'empire du Code, un acte juridique nouveau (art. 127, § 1^{er}) (73). Soucieux de répondre aux souhaits qu'expriment des couples mariés sous le régime légal italien, portugais ou roumain, d'inclure une clause de partage inégal du patrimoine commun, le notaire pourra ainsi leur conseiller d'adopter la loi belge, dans le cadre de laquelle ils pourront agir, libérés du carcan de l'ancien droit (74) (75). Reste à savoir quelle procédure adopter :

(72) La possibilité offerte aux époux de choisir, dans le cours de leur union, la loi applicable à leur régime matrimonial doit leur permettre, en particulier, de s'adapter à leur environnement juridique actuel. Sur ce thème, voy. not. Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois... », *op. cit.* in *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 674; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op. cit.*, n° 12.76, p. 553, qui évoquent, pour les époux, une forme d'« actualisation » de leur régime matrimonial.

(73) Nol. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op. cit.*, n° 12.76, p. 553 *in fine*.

(74) Bien qu'aménageant la mutabilité conventionnelle du régime matrimonial, le droit italien ignore la dérogation au partage par moitié du patrimoine commun (F. SALERNO CARDILLO et D. DAMASCELLI, « Italie », in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, *op. cit.*, t. II, pp. 1.607 et 1.611). Le droit portugais prohibe toute modification de régime matrimonial, après la célébration du mariage (A. FRADA DE SOUSA, L. MOREIRA DE ALMEIDA et M. d. F. COSTA BARREIRA, *ibid.*, t. III, p. 2.142). Quant au droit roumain, il interdit carrément aux époux qui s'y trouvent soumis de déroger par contrat au régime légal qu'il aménage (D. V. MANESCU, M. IONESCU et S. A. DAVID, « Roumanie », *ibid.*, t. III, p. 2.201).

(75) Voy. en particulier, sur cet aspect purement instrumentaire du changement de loi applicable au régime matrimonial, qui semble contredire, ou à tout le moins doubler, l'objectif d'adaptation présenté *supra*, note 72, P. WAUTELET, « Les aliments et les régimes matrimoniaux », *op. cit.* in *Le nouveau code...*, pp. 30-31.

23. — Il ne fait pas de doute, à cet égard que, si la modification a lieu en Belgique, les époux auront à se conformer aux « formalités » que le droit belge commande – la modification ne pourra procéder, dès lors, que d'un acte notarié. Quant à savoir si l'homologation judiciaire, précédée le cas échéant d'un inventaire ou d'un règlement transactionnel, est également prescrite, cette question ne doit pas être soumise, comme l'article 53, § 1^{er}, 4^o, pourrait le donner à penser, à la loi dont les époux changent : cette loi ignore précisément ou prohibe la modification que les époux envisagent. C'est la loi nouvelle, celle que les époux adoptent, qu'il faut interroger : les époux qui envisagent en Belgique de changer de loi applicable à leur régime matrimonial ne doivent pas seulement se soumettre aux formalités que prescrit le droit belge; ils doivent aussi se conformer aux conditions de fond que la loi de leur nouveau choix met à son établissement (76). Si pareille loi prescrit l'homologation judiciaire (précédée, le cas échéant, de l'établissement d'un inventaire et règlement transactionnel), comme c'est le cas, en Belgique, lorsque la modification envisagée entraîne un « changement actuel dans la composition des patrimoines » ou la « liquidation du régime préexistant » (art. 1394, al. 4, et 1395, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. civ. (77)), cette exigence s'imposera. A défaut, elle ne s'imposera pas. M. BOUCKAERT voit à cet égard, dans une contribution qui nous paraît décisive, une virtualité dans l'article 50, § 3, du Code de droit international privé, lequel, posant une règle de droit international privé matériel, décide que « [l]e changement de droit applicable résultant d'un choix effectué par les époux n'a d'effet que pour l'avenir. Les époux peuvent en disposer autrement, sans pouvoir porter atteinte aux droits des tiers » (78) (79). Il n'y a, écrit M. BOUCKAERT, aucune liquidation du régime préexistant, ni davantage de changement actuel dans la composition des patrimoines, au sens du droit belge, si, se conformant au prescrit de cette disposition, les époux qui changent de loi applicable à leur régime

(76) Dictée par la philosophie du Code (Not. L. BARNICH, « Présentation... », *op. cit.* in cette *revue*, 2005, pp. 39-40; plus implicitement, P. WAUTELET, « Les aliments et les régimes matrimoniaux », *op. cit.* in *Le nouveau code...*, pp. 29-30), la solution est conforme aux principes de solution traditionnellement adoptés à l'endroit des situations juridiques « boîteuses », que BATIFFOL appelle, dans ses *Aspects philosophiques*, « à validité géographiquement limitée » (rééd., Paris, Dalloz, 2002, n° 96, p. 213), c'est-à-dire que ne permet pas l'une des lois, au moins, qui leur est normalement ou potentiellement applicable (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 12.10, pp. 496-497).

(77) L'inventaire et le règlement transactionnel ne sont pas requis, mais seulement l'homologation judiciaire, lorsque le changement opéré n'est pas tel que le patrimoine commun « doit être entièrement liquidé » (art. 1394, al. 5, et 1395, § 1^{er}, C. civ.).

(78) « Het internationaal huwelijksvermogensrecht... », *op. cit.*, n° 11 et s., pp. 379 et s.

(79) Sur l'apparente contradiction des art. 50, § 3, selon lequel « le changement de droit applicable (...) n'a d'effet que pour l'avenir », et 50, § 2, al. 2, selon lequel le choix des époux « doit porter sur l'ensemble de [leurs] biens », voy. P. WAUTELET, « Les aliments et les régimes matrimoniaux », in *Le nouveau Code...*, *op. cit.*, pp. 36-37.

matrimonial ne le font que *pour l'avenir*. Deux régimes coexistent alors : le régime ancien, soumis à la loi ancienne, et le régime nouveau, soumis à la nouvelle. Comme il n'y a pas liquidation *actuelle* du régime ancien, la grande procédure n'est pas requise. Il en irait différemment si, dérogeant au prescrit de l'article 50, § 3, les époux donnaient au choix nouveau qu'ils expriment un effet rétroactif, c'est-à-dire s'ils prétendaient « rattraper » et soumettre à la loi nouvelle un patrimoine acquis dans le passé, sous l'empire de la loi ancienne. Le remplacement du régime ancien par le régime nouveau entraînerait alors, nécessairement, la liquidation du régime préexistant et, avec elle, l'obligation de recourir à la « grande » procédure (80). Si l'on reprend l'exemple d'époux soumis à la loi italienne qui envisagent une attribution de communauté, il est fort à parier que s'ils adoptent la loi belge, ce n'est pas seulement pour l'avenir mais aussi – peut-être surtout – pour le passé : ils voudront que l'attribution de communauté qu'ils envisagent ne porte pas seulement sur les biens qu'ils acquerront encore, mais sur les biens qu'ils ont déjà acquis. Il semble que, dans ce cas, la grande procédure s'impose. La raison, l'on y insiste, n'en est pas dans le fait qu'il y aurait changement actuel dans la composition des patrimoines – il n'y en aura pas, si la loi ancienne prévoyait déjà, à l'instar de la loi belge, une communauté d'acquêts. Mais à nouveau, le remplacement rétroactif de la loi ancienne par la loi belge ou, si l'on préfère, d'une communauté ancienne par une communauté nouvelle, semble entraîner la liquidation de la première (81) (82).

(80) *Op. cit.*, note 55, spéc. p. 380, n° 15. Cette opinion, que semblent partager M^{mes} DE BACKER et JACOBS, « Het huwelijksvermogensrecht... », *op. cit.*, p. 234, n° 30, note 40, et pp. 242 et s., n° 67 et s. – qui précisent cependant, *in fine*, que la prudence commande dans tous les cas la « grande » procédure –, est critiquée par M. BARNICH qui, à l'instar de M. DE BUSSCHERE, dans le passé (not. « IPR-aspecten van de minnelijke wijziging... », *op. cit.* in *De internationale contractuele relaties...*, p. 168, n° 55), semble décider que l'état liquidatif s'imposerait dans tous les cas, en raison du « bouleversement » qu'entraînerait l'adoption de la loi belge (« Présentation... », *op. cit.* in *Rev. not.*, 1995, p. 40). Comp. l'opinion originale, mais en apparence isolée, de M. DE PAGE, pour lequel la « grande » procédure ne s'imposerait précisément pas si les époux entendaient donner un effet rétroactif au choix de la loi nouvelle, car il n'y aurait en ce cas pas de liquidation du régime préexistant (« Les règles de conflit de lois... », *op. cit.* in *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 676).

(81) Il paraît délicat de « greffer » purement et simplement, sur une communauté existante, régie par le droit italien, une modification que seul le droit belge connaît, et que le droit italien prohibe, sans substituer d'abord une communauté de droit belge à la communauté italienne ou polonaise (*cf.* Art. 50, § 2, al. 2, du Code). Voy. sur ce thème, not. A. VERBEKE, « Familiaal vermogensrecht... », *op. cit.*, pp. 93-94, n° 125. Comp. V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het huwelijksvermogensrecht... », *op. cit.*, p. 235, n° 32 *in fine*.

(82) En cas d'adoption de la loi belge et, dans le cadre de cette loi, d'un avantage matrimonial consistant en une attribution de communauté au conjoint survivant, il semble utile que les parties fassent choix aussi, par testament, de la loi belge pour régler leur succession (art. 79) – ce qui, en cas de variation ultérieure des facteurs de rattachement successoraux, aura peut-être pour effet de garantir mieux l'efficacité des dispositions qu'ils auront prises par contrat de mariage.

24. — Se trouve-t-il enfin un juge compétent, en Belgique, pour homologuer l'acte, reçu par un notaire belge, portant modification du régime matrimonial d'époux ayant leur résidence habituelle à l'étranger ? La compétence internationale des juridictions belges était autrefois assez largement admise, au moins lorsque l'un des époux avait la nationalité belge. Quant au tribunal compétent, l'on décidait, par analogie avec la solution retenue, en matière de mention marginale, par l'art. 1395, § 2, al. 2, C. civ., que c'était celui de Bruxelles (83). L'article 42 du Code n'apporte guère de réponse à la question posée — encore qu'il s'applique à « toute demande concernant le mariage ou ses effets, le régime matrimonial, le divorce ou la séparation de corps ». Pour justifier la compétence du juge belge, il faut se tourner plutôt vers les dispositions générales — et singulièrement, la prorogation volontaire de juridiction des tribunaux belges lorsque les époux ont la libre disposition de leurs droits (art. 6). Une autre règle prévoit, sous l'intitulé « attribution exceptionnelle de compétence internationale », que « les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger » (art. 11). A défaut de pouvoir identifier le juge compétent, dans les relations internes, « le demandeur peut saisir le juge de l'arrondissement de Bruxelles » (art. 13, al. 2).

Conclusions

25. — Si l'on veut à présent revenir sur terre et cueillir les enseignements de ce bref voyage interplanétaire, l'on retiendra avec prudence ce qui suit :

1° Il est loisible aux époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Cette liberté de choix existe, dans les limites que décrit l'article 49, § 2, du Code de droit international privé.

2° Les règles « subsidiaires », applicables au régime matrimonial d'époux qui n'ont exprimé aucun choix, sont différentes, selon que les époux se sont mariés avant ou après le 1^{er} octobre 2004.

3° Si les époux souhaitent changer de régime matrimonial, ils peuvent le faire dans les limites qu'autorise la loi applicable à leur régime matrimonial, en se conformant alors, si la modification a lieu en Belgique, aux formalités que prévoit le droit belge.

(83) C.E.L., dos. 6.202, *Trav.*, 1991-1992, pp. 506 et s.

4° Si la modification que les époux envisagent est interdite par la loi qui leur est applicable, ils pourront changer de loi applicable à leur régime matrimonial. A l'occasion de ce changement de loi, les époux se conformeront aux conditions que la loi dont ils font choix met à son établissement. Si les époux font choix du droit belge et si, du point de vue du droit belge, ce changement entraîne la liquidation du régime préexistant ou un changement actuel dans la composition des patrimoines, ils devront se conformer à la « grande » procédure.

5° Tel sera le cas, si le choix en faveur du droit belge reçoit, dans la volonté des parties, un caractère rétroactif.

Jean-Louis VAN BOXSTAEL
