

LES ENJEUX LIÉS À L'UNIFORMISATION DU DROIT APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL ET À LA SUCCESSION DES ÉPOUX

Marie DECHAMPS

Chargée de cours à l'UCLouvain

Collaboratrice notariale

Introduction

Deux (futurs) époux se présentent devant leur notaire en vue de planifier la transmission de leur patrimoine après leur décès. Ils s'interrogent sur les opérations pouvant être réalisées dans le cadre de leur régime matrimonial et de leur succession respective. Lorsque la situation ne présente pas d'éléments d'extranéité, le praticien peut proposer, en dialogue avec ce couple, des solutions qui tiendront compte des règles matérielles applicables à la liquidation du régime matrimonial et à la liquidation de la succession. Issues d'un même État, ces règles matérielles devraient permettre de donner à la planification successorale une certaine cohérence.

Lorsque la situation prend un caractère international, deux risques peuvent survenir.

Le premier risque réside dans le fait que le droit désigné par les règles de droit international privé, applicables par défaut, ne corresponde pas aux besoins ou aux prévisions des (futurs) époux. Ce risque peut, dans une certaine mesure, être maîtrisé par l'examen des règles de conflit de lois contenues dans les instruments de droit international privé compétents. Plus précisément, cet examen permettra d'identifier le ou les droits potentiellement applicables et de mettre ainsi en avant les différentes possibilités offertes aux parties. Dans les limites de l'autonomie

de la volonté qui leur est conférée, les (futurs) époux pourraient ainsi découvrir qu'un des droits potentiellement applicable leur offre la possibilité de se consentir des avantages matrimoniaux, ce que ne leur permettrait, par exemple pas, le droit normalement applicable. Dans le cadre du règlement relatif aux successions, le choix du droit applicable pourrait permettre au futur défunt de choisir un droit lui donnant, par exemple, davantage de liberté que le droit normalement applicable.

Le deuxième risque relève du fait que des règles matérielles issues de deux États différents s'appliquent au régime matrimonial, d'une part, et à la succession, d'autre part. En effet, les questions relatives à la loi applicable aux régimes matrimoniaux et aux successions sont aujourd'hui régies par deux instruments différents au niveau de l'Union européenne : le 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 (ci-après « règlement relatif aux régimes matrimoniaux »)(1) et le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (ci-après « règlement relatif aux successions »)(2). Or, l'interférence des droits tirés du régime matrimonial, d'une part, et de la succession, d'autre part, peut créer des difficultés si le droit d'un même État ne s'applique pas à ces deux volets. Ce second risque peut être levé lorsque, grâce à l'analyse des règles de conflit de lois des deux instruments applicables, les parties découvrent que le droit d'un même État peut s'appliquer à leur régime matrimonial et à leur succession.

L'objectif de cette contribution est de guider le praticien vers les aspects de droit international privé relatifs à la planification successorale d'un couple qui projette de se marier ou qui souhaite modifier son régime matrimonial, tout en tenant compte de leur succession respective.

La contribution se divise en trois temps. Il est question de s'interroger, en amont, sur l'utilité de soumettre, dans le cadre d'une planification successorale, le régime matrimonial et la succession au droit d'un même État (section 1). Si l'application d'un même droit matériel à ces deux

(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.*, L 183 du 8 juillet 2016, pp. 1-29.

(2) Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *J.O.*, L 201 du 27 juillet 2012, pp. 107-134.

volets se révèle utile, encore faut-il que cet objectif soit atteignable. La deuxième section de cette contribution identifie, sur la base du contenu des instruments applicables et de différents cas pratiques, si cet objectif peut être atteint et à quelles conditions (section 2). Enfin, cette contribution met en avant certains obstacles pouvant déjouer, en aval, les prévisions des parties et mettre ainsi à mal la planification successorale envisagée (section 3).

Section 1. L'utilité de soumettre le régime matrimonial et la succession futurs au droit d'un même État

La mise en place d'une planification successorale d'un couple dont la situation présente des éléments d'extranéité commence avant tout par l'étude des règles de conflit de lois contenues dans les règlements européens, afin d'identifier les droits potentiellement applicables au régime matrimonial et à la succession de chacun des (futurs) époux et de sélectionner le droit correspondant le mieux à leurs besoins.

Toutefois, pour plusieurs raisons évoquées dans cette section, il peut également s'avérer utile de faire concorder les règles matérielles applicables au régime matrimonial et celles applicables à la succession des (futurs) époux.

L'utilité de soumettre le régime matrimonial et la succession au droit d'un même État se marque, avant tout, dans la nécessité d'assurer une certaine cohérence dans le règlement de ces deux domaines intrinsèquement liés.

En droit matériel interne, les questions liées au régime matrimonial et à la succession sont, en principe, régies de manière cohérente par un seul législateur. Bien que le législateur européen ait adopté des règles de rattachement similaires dans les deux règlements européens en vue de faire correspondre, dans un certain nombre de cas, le droit applicable au régime matrimonial et à la succession, l'objectif n'est pas toujours atteint si on se limite à l'application des règles de conflit de lois applicables à défaut de choix (3).

(3) E. FONGARO, « Le notaire et le choix de loi », in E. GALLANT (dir.), *L'office du notaire en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2022, pp. 53-64, spéc. p. 56. Précisons que le règlement relatif aux successions tente de relier ces deux matières en prévoyant notamment au considérant 12, que les autorités chargées d'une succession donnée en vertu du règlement devraient, en fonction de la situation, prendre en compte la liquidation du règlement matrimonial ou d'un régime patrimonial similaire du défunt, lors du calcul de la masse successorale et des parts respectives des bénéficiaires.

Si les parties parviennent, en jonglant avec les différentes possibilités offertes par les règles de conflit de lois contenues dans les règlements, à appliquer le droit d'un même État à leur régime matrimonial et à leur succession respective, elles contribuent à assurer la cohérence de la liquidation du régime matrimonial et de la succession et, partant, à la réussite de leur planification successorale⁽⁴⁾. Par conséquent, si le choix d'un régime matrimonial en particulier par les époux s'opère dans le cadre d'une « stratégie patrimoniale », il est évidemment primordial d'informer les clients sur l'autonomie de la volonté offerte par le règlement relatif aux successions et sur la possibilité de faire coïncider les droits applicables⁽⁵⁾.

Prenons ainsi le cas des (futurs) époux qui, après avoir identifié les droits potentiellement applicables, sélectionnent un droit qui les autorise à se consentir des avantages matrimoniaux, à adopter une clause d'attribution de la communauté au survivant ou encore à opter pour un régime conventionnel de communauté universelle⁽⁶⁾. S'ils optent pour une clause d'attribution de communauté au survivant, celle-ci sera appelée à sortir ses effets au moment du décès du premier d'entre eux. La mise en œuvre de cette clause relève de la liquidation du régime matrimonial, mais est évidemment intrinsèquement liée à la succession du conjoint prédécédé. Par conséquent, en garantissant l'application d'un même droit au régime matrimonial et à la succession, les époux augmentent leur chance que les faveurs ainsi octroyées au survivant soient respectées. Ceci est d'autant plus important que la Cour de justice a considéré que certaines institutions adoptées entre époux, telle qu'un pacte Valkeniers, dont les effets ne se produisent qu'au décès du premier d'entre eux, relèvent du champ d'application du règlement relatif aux successions plutôt que du règlement relatif aux régimes matrimoniaux⁽⁷⁾. La Cour de justice a, dans son arrêt, appliqué le critère suivant : entrent dans le champ d'application du règlement relatif aux successions, les institutions adoptées par les époux dont les effets portent moins sur la détermination des droits que les époux peuvent faire valoir l'un à l'égard de l'autre au moment de la liquidation du régime matrimonial que sur les prétentions que le conjoint survivant peut opposer aux autres héritiers dans le partage du patrimoine⁽⁸⁾.

(4) I. VIARENGO, « Choice of law agreements in property regimes, divorce and succession: stress-testing the new EU Regulations », *ERA Forum*, vol. 17 (4), 2016, pp. 543-554, spéc. p. 547.

(5) En ce sens également, voy. S. BENQUET, *Le notaire et la succession du conjoint ou du partenaire en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 131.

(6) M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9^e éd., coll. Expertise notariale, Paris, Defrénois, 2018, p. 695.

(7) C.J.U.E., 1^{er} mars 2018, *Doris Margret Lisette Mahnkopf*, aff. C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138.

(8) J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le changement de loi applicable au régime matrimonial », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL (dir.), *Tapas de droit notarial 2022*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 61-88, spéc. p. 67.

La frontière entre ce qui relève du champ d'application de l'un ou l'autre de ces règlements n'est donc pas toujours évidente à tracer.

L'application du droit d'un même État à la liquidation du régime matrimonial et à la succession facilite également le règlement de la procédure en tant que tel dès lors que les autorités chargées de cette liquidation appliqueront le droit d'un même État. Si celles-ci sont appelées à jongler avec le droit de deux États différents, cela augmente les délais de procédure et l'on ne peut exclure que certains aspects ne soient régis par aucun des droits en présence ou, au contraire, soient régis de manière contradictoire par chacun de ces droits. Enfin, il ne faut bien entendu pas exclure les difficultés que peuvent rencontrer les praticiens dans l'accès au contenu du droit étranger et dans son application, ce qui arrivera nécessairement si le droit de deux États différents s'applique.

Section 2. La possibilité de soumettre le régime matrimonial et la succession au droit d'un même État

Si, aux termes de l'analyse proposée dans la première section, le praticien et les (futurs) époux concluent à l'utilité de soumettre au droit d'un même État leur régime matrimonial et leur succession respective, encore faut-il déterminer si, au regard de la situation donnée, cet objectif peut être atteint. Après avoir abordé les règles reprises dans le règlement relatif aux régimes matrimoniaux et dans le règlement relatif aux successions (§ 1), différents cas pratiques permettent de mettre en avant les situations dans lesquelles il est possible – ou non – de soumettre au droit d'un même État le régime matrimonial et la succession respective de chacun des (futurs) époux (§ 2).

§ 1. Les règles de conflit de lois contenues dans le règlement relatif aux régimes matrimoniaux et dans le règlement relatif aux successions

Ce sont d'abord les règles de conflit de lois applicables aux régimes matrimoniaux qui sont présentées (A) avant d'aborder les règles de conflit de lois applicables en matière de succession (B).

A. La désignation du droit applicable au régime matrimonial

Pour tous les mariages célébrés après le 29 janvier 2019 ou pour toutes les modifications du droit applicable au régime matrimonial survenant après cette date, c'est le règlement relatif aux régimes matrimoniaux qui s'applique.

Après une brève analyse du champ d'application du règlement (1), nous abordons la règle de rattachement objective applicable à défaut de choix (2). Nous analysons ensuite les dispositions du règlement encadrant le choix de loi par les (futurs) époux (3), avant de mettre en avant l'hypothèse spécifique de la modification du droit applicable au régime matrimonial en cours de mariage (4).

À titre préalable, soulignons le fait que ce règlement a été adopté sous la forme d'une coopération renforcée. Il n'a donc pas force obligatoire dans tous les États membres. Seuls dix-huit États membres sont actuellement participants au règlement (9).

1. Le champ d'application du règlement

D'un point de vue matériel, le règlement s'applique « aux régimes matrimoniaux » (art. 1^{er}).

Cette notion est définie à l'article 3 comme visant « l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec les tiers qui résultent du mariage ou de sa dissolution ».

Le considérant 18 du règlement précise que la notion de régime matrimonial doit être interprétée de manière autonome, c'est-à-dire commune à tous les États membres, et englober les règles auxquelles les futurs époux ne peuvent pas déroger, ainsi que les règles facultatives qu'ils peuvent fixer conformément au droit applicable. La loi applicable au régime matrimonial englobe donc tant le régime primaire impératif que le régime secondaire.

L'article 1^{er}, § 2, du règlement contient une série d'exclusions. Ne sont ainsi pas régis par le règlement : « a) la capacité 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

(9) Les États participants au règlement relatif aux régimes matrimoniaux sont actuellement l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République tchèque, la Slovaquie et la Suède.

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 ».

Le champ d'application spatial du règlement est universel. Il n'exige donc pas que la situation présente un lien particulier avec un État membre participant et permet la désignation d'un droit qui n'est pas celui d'un État membre participant à la coopération renforcée (art. 20).

Enfin, le règlement s'applique, d'un point de vue temporel, à tous les mariages célébrés après le 29 janvier 2019 ainsi qu'aux modifications du droit applicable au régime matrimonial survenues après cette date (art. 69).

2. Le recours à la règle de rattachement objective

Conformément à l'article 26 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux, la loi applicable au régime matrimonial, à défaut de choix formulé par les parties, est celle :

- « a) de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ; ou, à défaut,
- b) de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage ; ou, à défaut,
- c) avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances ».

Les critères de rattachement de l'article 26 sont donc énoncés sous la forme de critères subsidiaires.

Quelques difficultés d'interprétation soulevées dans le cadre de cette disposition sont ici analysées dans la mesure où elles peuvent orienter le choix des époux dans l'analyse du droit applicable à leur régime matrimonial.

- a) Le rattachement de la résidence habituelle au moment de la célébration du mariage

L'article 26, § 1, a), du règlement désigne le droit de la première résidence habituelle après la célébration du mariage.

Le premier élément sur lequel il peut être utile d'attirer l'attention des parties est relatif à la définition de la résidence habituelle.

Comme la plupart des notions reprises dans les règlements européens, cette notion, reçoit une interprétation autonome. La Cour de justice s'est déjà attelée à en dresser les contours dans différents arrêts⁽¹⁰⁾. Il ressort de ces arrêts que, pour conclure à la résidence habituelle du couple dans un État donné, il y a lieu de procéder à une analyse *in concreto* de la situation, tenant compte d'éléments factuels et de l'intention subjective du couple de s'établir dans cet État. En vue d'anticiper les litiges pouvant survenir des années plus tard au moment de la liquidation du régime matrimonial, il peut être utile de reprendre ce lieu dans les conventions matrimoniales.

Les difficultés liées à l'identification de la résidence habituelle peuvent être accentuées par le fait que l'article 26 du règlement vise la *première* résidence habituelle et que le considérant 43 du règlement prévoit que la résidence habituelle doit être établie « peu après le mariage ».

Pour comprendre les enjeux, prenons le cas d'un couple dans lequel Madame est belge et a sa résidence habituelle en Belgique et Monsieur est congolais et a sa résidence habituelle au Congo. Ils veulent se marier en Belgique mais ne savent pas encore où et quand ils établiront leur résidence habituelle commune. Si le couple en question n'établit pas sa résidence habituelle commune dans un État avant une certaine période, le risque est qu'au moment de la liquidation du régime matrimonial, on considère que le premier critère de l'article 26 n'était pas rempli et que l'on recourt, comme le veut le prescrit de la disposition, à l'article 26, § 1, b) ou c) pour identifier le droit applicable.

Le risque de discussions est d'autant plus réel que des débats sont nés en doctrine sur l'interprétation à donner aux termes « peu après le mariage ». Certains auteurs considèrent que le délai à retenir est un délai d'un mois alors que d'autres estiment qu'il peut s'étendre à un an⁽¹¹⁾.

(10) Voy. not. C.J.C.E., 15 septembre 1994, *Pedro Magdalena Fernández contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-452/93, ECLI:EU:C:1994:332 ; C.J.C.E., 25 février 1999, *Robin Swaddling contre Adjudication Officer*, aff. C-90/97, ECLI:EU:C:1999:96 ; C.J.C.E., 11 novembre 2004, *Roberto Adanez-Vega contre Bundesanstalt für Arbeit*, aff. C-372/02, ECLI:EU:C:2004:705 ; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Barbara Mercedi contre Richard Chaffe*, aff. C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829 ; C.J.U.E., 09 octobre 2014, *C. c. M.*, aff. C-376/14, ECLI:EU:C:2014:2268.

(11) Sur cette controverse, voy. not. D. MARTINY, « Applicable law in the absence of choice by the Parties », in I. VIARENGO et P. FRANZINA (eds.), *The EU regulations on the property Regimes of international couples. A commentary*, coll. Elgar Commentaries in Private International Law, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 241-270, spéc. p. 250 ; B. HEIDERHOFF, « Die EU-Güterrechtsverordnungen », *IPRax*, 1/2018, pp. 1-10, spéc. p. 5 ; P. WAUTELET, « Relations patrimoniales au sein du couple : les régimes matrimoniaux en droit international privé », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 70, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 155-208, spéc. p. 180 renvoyant à P. WAUTELET, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé. Autour de trois questions d'actualité », in *Droit familial sans frontières*, Institut de Formation judiciaire/ Mijnetboek.be, 2013, pp. 183-201, spéc. pp. 190-195.

Le deuxième élément sur lequel le praticien devrait attirer l'attention des parties est relatif au changement de résidence habituelle en cours de mariage. Compte tenu du prescrit de la disposition, c'est le droit de la première résidence habituelle qui s'applique, même si, en cours de mariage, le couple modifie sa résidence habituelle.

Prenons le cas d'époux qui avaient, au moment de la célébration de leur mariage, leur résidence habituelle en Belgique. Ils n'ont pas adopté de clause de choix de loi. Leur régime matrimonial est donc soumis au droit belge, conformément à l'article 26, § 1, a), du règlement. En cours de mariage, ils établissent leur résidence habituelle en Italie. À la suite du décès de Monsieur survenu quelques années plus tard, la liquidation du régime matrimonial est soumise au droit belge, malgré le fait que le couple ait modifié sa résidence habituelle. Or, le droit belge ne présente peut-être plus de liens avec la situation. Comme nous le verrons, la succession sera quant à elle en principe régie par le droit italien, ce qui ajoutera un élément de complexité aux opérations de liquidation et pourrait déjouer les prévisions des parties si une planification successorale avait été mise en place. Ce sera notamment le cas si les époux avaient, dans le cadre de leurs conventions matrimoniales, prévu de s'accorder certains avantages en cas de décès et que ceux-ci ne sont pas reconnus par le droit applicable à la succession.

Pour éviter ces difficultés, il peut être conseillé au couple, en cas de déménagement, de modifier le droit applicable à son régime matrimonial. Le considérant 46 du règlement européen rappelle en effet qu'« aucun changement de loi applicable au régime matrimonial ne devrait intervenir sans demande expresse des parties ».

b) Le critère de rattachement de la nationalité

Le deuxième critère inscrit à l'article 26, § 1, b), du règlement s'applique uniquement si le premier critère de cette disposition, relatif à la première résidence habituelle, ne s'applique pas.

Ce sera le cas des époux de nationalité belge qui, au moment de la célébration de leur mariage, avaient chacun leur résidence habituelle dans un État différent et qui ont établi leur résidence habituelle commune plus d'un an après la célébration de leur mariage. Dans ce cas, leur régime matrimonial sera a priori soumis au droit belge conformément à l'article 26, § 1, b), le critère de l'article 26, § 1, a), du règlement n'étant pas rempli.

Compte tenu du caractère subsidiaire de ce critère, les futurs époux qui entendent soumettre leur régime matrimonial au droit de leur nationalité commune parce que, par exemple, ce critère présente un caractère

plus stable, mais qui ont une résidence habituelle commune, devront opter pour une clause de choix de loi (12).

Si les futurs époux ont d'ores et déjà la certitude que le premier critère de rattachement ne sera pas rempli car ils n'établiront pas leur résidence habituelle dans le même État « peu de temps après le mariage », il y a lieu d'attirer leur attention sur le fait que c'est le droit de la nationalité commune qui s'applique et non celui d'un des deux époux. Par ailleurs, l'article 26 du règlement vise la nationalité commune existant au moment de la célébration du mariage. Par conséquent, en cas de changement de nationalité en cours de mariage, il est utile de conseiller aux parties, à l'instar de ce qui a été dit ci-avant, de s'interroger en temps utile sur la possibilité de modifier le droit applicable à leur régime matrimonial.

c) Les liens les plus étroits

Si aucun des deux critères mentionnés ci-avant s'appliquent, l'article 26, § 1, c), du règlement prévoit qu'« [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 :

- 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.

La loi de cet autre État s'applique 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, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de la dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

L'application de la loi de l'autre État ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu du paragraphe 1, point a).

Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque les époux ont conclu une convention matrimoniale avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État ».

(12) I. VIARENGO, « Choice of law agreements in property regimes, divorce and succession: stress-testing the new EU Regulations », *ERA Forum*, 17 (4), p. 546. Voy. *infra*, section 1, § 1, A), 3.

Le considérant 51 ajoute : « Pour 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. Quel que soit le cas de figure, il ne saurait être porté atteinte aux droits des tiers ».

Afin d'éviter tout débat pouvant survenir, au moment de la liquidation du régime matrimonial, sur la notion de « liens les plus étroits », et s'il est prévisible, dès le départ, que les deux premiers critères de l'article 26 du règlement ne seront pas remplis, il semble raisonnable de conseiller aux parties d'adopter une clause de choix de loi dont il est question dans le point suivant.

3. Le recours à la clause de choix de loi

Si les futurs époux ne souhaitent pas se référer au droit désigné par l'article 26 du règlement, l'article 22 du règlement offre à ceux-ci une certaine liberté de choix (a). Pour être valide, ce choix doit néanmoins respecter certaines règles de forme et de fond (b).

a) La clause de choix de loi

L'article 22 du règlement permet aux futurs époux de désigner la loi de l'État dans lequel au moins l'un des futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention, ou la loi d'un État dont l'un des futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention.

Le conflit mobile est ici réglé différemment de ce que prévoit l'article 26 du règlement puisque le critère de rattachement à prendre en compte, qu'il s'agisse de la résidence habituelle ou de la nationalité, est celui qui existe au moment de la conclusion de la convention sur le droit applicable et non au moment de la célébration du mariage.

Comme exposé ci-avant, l'attention des parties devra être attirée sur le fait qu'en cas de changement de résidence habituelle ou de nationalité, il pourrait être opportun de modifier le droit applicable au régime matrimonial afin d'assurer l'application d'un droit présentant des liens avec la situation des époux et de faire concorder, le cas échéant, le droit applicable au régime matrimonial et à la succession respective des époux.

Le considérant 43 du règlement européen stipule enfin que le droit applicable est voué à « régir le régime dans son ensemble, c'est-à-dire l'intégralité

du patrimoine couvert par ledit régime, quelle que soit la nature des biens et indépendamment du fait que ceux-ci sont situés dans un autre État membre ou dans un État tiers ». En consacrant ce principe d'unicité, le législateur européen a voulu éviter le dépeçage du régime matrimonial. Les futurs époux ne peuvent donc pas, par exemple, soumettre à deux droits distincts le sort des biens immeubles et le sort des biens meubles.

b) Validité de la clause de choix de loi quant à la forme et au fond

L'article 23 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux porte sur la validité quant à la forme de la clause de choix de loi (13). Cette disposition prévoit une règle minimale, à laquelle peuvent s'ajouter des règles formelles supplémentaires (14).

La règle minimale prévoit que la convention portant sur le choix du droit applicable doit être écrite, datée et signée par les deux époux. La convention peut prendre la forme d'un acte authentique ou d'un acte sous signature privée (15). L'article 23 du règlement prévoit enfin que toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention peut être considérée comme revêtant une forme écrite.

Des règles formelles supplémentaires pourront dans certains cas s'imposer. Si les futurs époux ont leur résidence habituelle dans le même État membre, la convention devra respecter les conditions de forme de la loi de cet État. Si les futurs époux ont leur résidence habituelle dans deux États membres différents, la convention sera valable quant à la forme si elle respecte les exigences formelles supplémentaires du droit d'un de ces États. Enfin, si l'un des futurs époux a sa résidence habituelle dans un État membre uniquement, seules les exigences formelles supplémentaires de cet État doivent être respectées.

L'article 24, § 1, du règlement relatif aux régimes matrimoniaux prévoit que les conditions de consentement ou d'existence et de validité de la convention sont soumises au droit choisi par les parties. L'article 24, § 2, admet toutefois que « pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie s'il ressort des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1 ».

(13) La validité quant à la forme des conventions matrimoniales est quant à elle régie par l'article 25 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux.

(14) H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 3^e éd., coll. Pratique notariale, Paris, LexisNexis, 2022, p. 213.

(15) En ce sens également, voy. A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, art. 23, n°s 16 et s.

4. La modification du droit applicable au régime matrimonial

Les réflexions relatives à une planification successorale peuvent se présenter dans le cadre d'une modification du régime matrimonial. Dans un contexte comportant des éléments d'extranéité, il peut s'avérer opportun, pour les époux, de s'interroger sur les droits potentiellement applicables à leur régime et sur la possibilité de modifier ce droit.

Prenons ainsi l'exemple d'un couple qui avait sa résidence habituelle en Italie au moment de la célébration de son mariage mais qui est installé en Belgique depuis de nombreuses années. Si les époux n'ont pas choisi le droit applicable à leur régime matrimonial, ce dernier est soumis au droit italien, conformément à l'article 26, § 1, du règlement (16). Comme expliqué plus haut, il peut être opportun dans ce cas de modifier le droit applicable et de soumettre le régime matrimonial au droit belge qui présente plus de liens avec la situation.

Les époux peuvent aussi décider de soumettre leur régime matrimonial à un autre droit prévu par l'article 22 du règlement car le contenu de ce droit correspond mieux à leurs besoins.

La modification du droit applicable au régime matrimonial peut encore être justifiée par la volonté de faire correspondre le droit applicable au régime matrimonial et à la succession, dès lors que cette question n'avait pas été envisagée lors de la célébration du mariage.

Si la modification du droit applicable au régime matrimonial survient après le 29 janvier 2019, c'est le règlement relatif aux régimes matrimoniaux qui s'applique, sans considération de la date à laquelle les époux se sont mariés (17).

L'article 22, § 1, du règlement s'applique à la modification du droit applicable en cours de mariage. Les règles de forme et de fond prévues aux articles 23 et 24 du règlement sont également applicables. Ces dispositions ont déjà été étudiées dans le cadre de cette contribution (18).

Notons que l'article 22 du règlement prévoit que le choix des parties n'a d'effet que pour l'avenir. Les parties peuvent toutefois prévoir de donner à cette modification un effet rétroactif mais elles doivent le

(16) Nous prenons ici l'hypothèse dans laquelle le couple en question s'est marié après le 29 janvier 2019. Si ce n'était pas le cas, il y aurait lieu de se référer aux instruments applicables avant cette date pour identifier le droit applicable à leur régime matrimonial.

(17) Néanmoins, pour connaître le droit initialement applicable au régime matrimonial, il y aura lieu de tenir compte de la date de célébration du mariage. Le droit applicable au régime matrimonial du couple marié après le 29 janvier 2019 est défini par le règlement relatif aux régimes matrimoniaux. Le droit applicable au régime matrimonial du couple marié entre le 1^{er} octobre 2004 et le 29 janvier 2019 est défini, en Belgique, par le Code de droit international privé. Le droit applicable au régime matrimonial du couple marié avant le 1^{er} octobre 2004 est défini, en Belgique, par l'ancien article 3 du Code civil.

(18) Voy. *supra*, Section 1, A), 3, b).

mentionner expressément. Cela permet de faire en sorte que le changement de régime matrimonial couvre l'ancien régime, c'est-à-dire les biens que les époux ont acquis dans le passé (19). L'effet rétroactif ainsi donné ne peut évidemment pas avoir pour effet de porter atteinte aux droits que des tiers auraient acquis sur ces biens (art. 22, § 3, du règlement). La doctrine majoritaire considère qu'un inventaire est nécessaire dès que le changement de loi est réalisé avec effet rétroactif (20).

B. *Le droit applicable à la succession*

Le droit applicable aux successions ouvertes après le 17 janvier 2015 est déterminé par le règlement relatif aux successions. Après avoir rappelé le champ d'application de cet instrument (i), nous analysons la règle de rattachement objective (ii) avant de nous intéresser à l'autonomie de la volonté laissée au futur défunt (iii) et à l'hypothèse particulière du pacte successoral (iv).

1. Champ d'application du règlement relatif aux successions

Dans la majorité des cas, le droit applicable à une succession est aujourd'hui désigné par le règlement relatif aux successions. Ce règlement a force obligatoire dans tous les États membres de l'Union européenne, sauf au Danemark et en Irlande.

Cet instrument s'applique aux successions à cause de mort. L'article 1^{er} du règlement précise qu'il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières ou administratives et contient toute une série d'exclusions dont les questions liées aux régimes matrimoniaux et aux régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputées avoir des effets comparables au mariage (voy. art. 1^{er}, § 2, d). Pour ces aspects, il y aura donc lieu de se référer au règlement relatif aux régimes matrimoniaux ou au 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

(19) C. KOHLER, « Article 22. Choice of the applicable law », in I. VIARENGO et P. FRANZINA (eds.), *The EU regulations on the property Regimes of international couples. A commentary*, coll. Elgar Commentaries in Private International Law, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2020 pp. 195-211, spéc. p. 209.

(20) Voy. not. en ce sens P. WAUTELET, « Article 22 », in A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales du couple. Commentaire des Règlements (UE) n°s 2016/1103 et 2016/1104*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 655 ; J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le changement de loi applicable au régime matrimonial », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL (dir.), *Tapas de droit notarial 2022*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 84.

de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (21).

D'un point de vue temporel, le règlement relatif aux successions s'applique à toutes les successions ouvertes après le 17 août 2015 (art. 83, § 1, du règlement).

D'un point de vue spatial, l'article 20 consacre un champ d'application spatial universel du point de vue du droit applicable en indiquant que « toute loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre ».

2. Loi applicable à défaut de choix

L'article 21, § 1^{er}, du règlement relatif aux successions prévoit que « la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès ».

Ce droit s'applique à l'ensemble de la succession, c'est-à-dire l'intégralité du patrimoine composant la succession, quelle que soit la nature des biens et indépendamment du fait que ceux-ci soient situés dans un autre État membre ou dans un État tiers. Autrement dit, le droit choisi s'applique, d'une part, à tous les biens successoraux – tant meubles qu'immeubles et quelle que soit leur localisation – et d'autre part, à tous les aspects de la succession, de son ouverture jusqu'au partage (22).

Tout comme dans le règlement relatif aux régimes matrimoniaux, la notion de résidence habituelle reçoit une interprétation autonome. Au-delà des contours déjà dressés par la Cour de justice et abordés dans le cadre de l'analyse du règlement relatif aux régimes matrimoniaux, les considérants 23 et 24 du règlement relatif aux successions donnent des pistes d'interprétation de cette notion (23).

(21) 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.*, L 183 du 8 juillet 2016, pp. 30-56.

(22) P. LAGARDE, « Loi applicable », in U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODESKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE, B. REINHARTZ, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 107-159, spéc. p. 117 ; H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 3^e éd., coll. Pratique notariale, Paris, LexisNexis, 2022, p. 326. Le considérant 42 indique par ailleurs que « la loi désignée comme la loi applicable à la succession devrait régir la succession depuis son ouverture jusqu'au transfert de la propriété des biens composant la succession aux bénéficiaires, tels que déterminés par ladite loi ».

(23) Le considérant 23 prévoit que : « Compte tenu de la mobilité croissante des citoyens et afin d'assurer une bonne administration de la justice au sein de l'Union et de veiller à ce qu'un lien de rattachement réel existe entre la succession et l'État membre dans lequel la compétence est exercée, le présent règlement devrait prévoir que le facteur général de rattachement aux fins de la détermination, tant de la compétence que de la loi applicable, est la résidence habituelle du défunt au moment du décès. Afin de déterminer la résidence habituelle, l'autorité chargée de la succession devrait procéder à une évaluation d'ensemble des circonstances de la vie du défunt au cours des

3. Le choix du futur défunt

Dans le cadre d'une planification successorale, il peut être intéressant d'analyser la liberté que donne le règlement relatif aux successions en termes de choix du droit applicable (a), tout en rappelant les règles de forme à respecter pour que le choix soit valide (b).

a) Le choix de loi

Le règlement relatif aux successions prévoit, à l'article 22, § 1, que le futur défunt peut désigner lui-même le droit applicable à sa succession. Ce choix est toutefois limité étant donné qu'il se cantonne au choix de la nationalité du défunt. La nationalité en question peut être celle que le futur défunt possède le jour où il pose ce choix ou la nationalité qu'il aura au jour de son décès. Si le défunt possède plusieurs nationalités, il peut choisir l'une d'entre elles.

En vertu du principe d'unicité, le droit choisi par le défunt s'applique à l'ensemble de la succession.

b) Conditions de forme du choix

En ce qui concerne la forme du choix, le choix peut être exprès ou tacite.

Il est exprès lorsque le futur défunt désigne spécifiquement la loi appelée à régir sa succession. Quant au choix tacite, qui doit nécessairement résulter d'une disposition à cause de mort ou des termes d'une telle disposition, le considérant 39 fournit des précisions : « [...] Le choix de la loi pourrait être considéré comme résultant d'une disposition à cause de mort dans le cas où, par exemple, dans sa disposition, le défunt avait fait référence à des dispositions spécifiques de la loi de l'État de sa nationalité ou dans le cas où il avait mentionné cette loi d'une autre manière ».

années précédant son décès et au moment de son décès, prenant en compte tous les éléments de fait pertinents, notamment la durée et la régularité de la présence du défunt dans l'État concerné ainsi que les conditions et les raisons de cette présence. La résidence habituelle ainsi déterminée devrait révéler un lien étroit et stable avec l'État concerné, compte tenu des objectifs spécifiques du présent règlement ». Le considérant 24 stipule que : « Dans certains cas, il peut s'avérer complexe de déterminer la résidence habituelle du défunt. Un tel cas peut se présenter, en particulier, lorsque, pour des raisons professionnelles ou économiques, le défunt était parti vivre dans un autre État pour y travailler, parfois pendant une longue période, tout en ayant conservé un lien étroit et stable avec son État d'origine. Dans un tel cas, le défunt pourrait, en fonction des circonstances de l'espèce, être considéré comme ayant toujours sa résidence habituelle dans son État d'origine, dans lequel se trouvait le centre des intérêts de sa vie familiale et sociale. D'autres cas complexes peuvent se présenter lorsque le défunt vivait de façon alternée dans plusieurs États ou voyageait d'un État à un autre sans s'être installé de façon permanente dans un État. Si le défunt était ressortissant de l'un de ces États ou y avait l'ensemble de ses principaux biens, sa nationalité ou le lieu de situation de ces biens pourraient constituer un critère particulier pour l'appréciation globale de toutes les circonstances de fait ».

Le choix tacite devrait être admis lorsque le défunt a, dans un testament, fait référence à des dispositions de la loi de sa nationalité (24) ou à des institutions spécifiques de sa loi nationale, inconnues de la loi de sa résidence habituelle, telle que la référence à l'établissement d'un trust anglo-saxon (25). Le choix tacite devrait également être admis lorsqu'une personne de nationalité belge rédige un testament aux termes duquel elle institue légataire universel une ASBL tout en veillant à respecter la réserve héréditaire de ses enfants. On pourrait déduire des dispositions de ce testament que cette personne a souhaité désigner le droit belge (26). Il faudra bien entendu être attentif aux risques de ce choix tacite et aux discussions auxquelles il pourrait aboutir au moment de l'ouverture de la succession.

Qu'il soit exprès ou tacite, ce choix doit résulter d'une disposition à cause de mort. Ce dernier terme est défini à l'article 3, § 1, d), du règlement qui indique que les termes « disposition à cause de mort », visent « un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral ».

4. Le droit applicable au pacte successoral

Le droit applicable au pacte successoral fait l'objet d'une règle de conflit de lois distincte, inscrite à l'article 25 du règlement relatif aux successions. Ce dernier prévoit ce qui suit :

« 1. Un pacte successoral qui concerne la succession d'une seule personne est régi, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, par la loi qui, en vertu du présent règlement, aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu.

2. Un pacte successoral qui concerne la succession de plusieurs personnes n'est recevable que s'il l'est en vertu de chacune des lois qui, conformément au présent règlement, aurait régi la succession de chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte a été conclu.

Un pacte successoral qui est recevable en vertu du premier alinéa est régi, quant à sa validité au fond et à ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa

(24) H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 3^e éd., coll. Pratique notariale, Paris, LexisNexis, 2022, p. 327.

(25) A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 60.

(26) S. BENQUET, *Le notaire et la succession du conjoint ou du partenaire en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 196.

dissolution, par celle des lois visées au premier alinéa avec laquelle il présente les liens les plus étroits.

3. Nonobstant les paragraphes 1 et 2, les parties peuvent choisir comme loi régissant leur pacte successoral, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, la loi que la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées ».

Les deux premiers paragraphes de l'article 25 du règlement portent sur les règles déterminant le droit applicable à défaut de choix (a). L'article 25, § 3, porte sur une possibilité de choix de loi (b).

a) Le droit applicable au pacte successoral à défaut de choix

Lorsqu'aucun choix n'a été posé par les parties sur le droit applicable au pacte successoral, l'article 25 du règlement opère une distinction entre le pacte qui concerne la succession d'une seule personne, et le pacte qui concerne la succession de plusieurs personnes.

Lorsque le pacte concerne la succession d'une seule personne, ce dernier est régi par la loi qui, en vertu du règlement lui-même, aurait été applicable à la succession de cette personne si elle était décédée le jour où le pacte a été conclu (art. 25, § 1, du règlement).

Si un pacte successoral est conclu en 2020 et qu'il concerne la succession future d'une personne ayant sa résidence habituelle en Belgique, le pacte sera donc régi par le droit belge même si cette personne établit par la suite sa résidence habituelle en France.

Lorsqu'une pluralité de successions est concernée par le pacte, un raisonnement en deux temps s'applique, conformément à l'article 25, § 2, du règlement. Il y a lieu, dans un premier temps, de vérifier la recevabilité du pacte au regard du droit qui aurait été appliqué à chacune des personnes concernées si elles étaient décédées le jour où le pacte successoral a été conclu.

Prenons ainsi l'exemple d'un pacte concernant deux époux ayant leur résidence habituelle respective en Belgique et en France. La recevabilité du pacte doit être vérifiée au regard du droit de ces deux États.

Dans un second temps, le règlement prévoit que le pacte, dont on a conclu à la recevabilité, est régi par le droit qui, parmi les droits visés dans la première étape, présente les liens les plus étroits avec le pacte.

Dans l'exemple dont question ci-avant, il y aura donc lieu de déterminer lequel des droits, parmi le droit français et le droit belge, présente les liens les plus étroits avec le pacte. C'est ce droit qui sera appelé à régir le pacte.

b) Le choix du droit applicable au pacte successoral

L'article 25, § 3, du règlement prévoit que « les parties peuvent choisir comme loi régissant leur pacte successoral, quant à sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets contraignants entre les parties, y compris en ce qui concerne les conditions de sa dissolution, la loi que la personne ou l'une des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de l'article 22, selon les conditions qui y sont fixées ».

Si le pacte successoral concerne la succession d'une seule personne, cette dernière pourra donc choisir de le soumettre au droit dont elle a la nationalité au moment du pacte ou au moment de son décès.

Lorsque le pacte successoral concerne la succession de plusieurs personnes, ces dernières pourront choisir le droit dont l'une d'elles a la nationalité au moment de la conclusion du pacte ou au moment de son décès.

Le choix peut être intéressant en vue d'échapper à l'application d'un droit qui n'autorise pas l'adoption d'un tel pacte ou pour anticiper les discussions qui pourraient découler de l'application de l'article 25, § 2, alinéa 2, du règlement (27).

§ 2. La possibilité de faire concorder le droit applicable au régime matrimonial et à la succession au regard de différents cas pratiques

Les règles de rattachement des deux instruments applicables aux régimes matrimoniaux et aux successions étant présentées, nous poursuivons notre analyse en examinant la possibilité de soumettre, au droit d'un même État, ces deux volets en partant de différents cas pratiques.

A. La situation des futurs époux ayant une résidence habituelle commune et une nationalité commune

Pour comprendre les enjeux que présente cette première situation, nous partons de l'exemple d'un couple ayant sa résidence habituelle en Belgique mais dans lequel chacun a la nationalité française. Ils consultent le notaire belge pour qu'il rédige leurs conventions matrimoniales et y insère une clause d'attribution au conjoint survivant. Pour que

(27) P. LAGARDE, « Loi applicable », in U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE, B. REINHARTZ, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Paris, Dalloz, 2015, p. 115.

l'ensemble de leur planification successorale soit respecté, ils ont intérêt à ce que le droit applicable à leur régime matrimonial et à leur succession soit le droit d'un même État.

1. Application de la règle de rattachement, à défaut de choix

Si le couple décide de se référer à la règle de rattachement objective, ce sera le droit belge qui régira leur régime matrimonial en vertu de l'article 26, § 1, a), du règlement relatif aux régimes matrimoniaux. S'il maintient par ailleurs sa résidence habituelle en Belgique jusqu'au décès du premier d'entre eux, ce sera également le droit belge qui s'appliquera à la succession de celui-ci en vertu de l'article 21 du règlement relatif aux successions.

L'attention des époux devra néanmoins être attirée sur l'impact d'une modification de leur résidence habituelle en cours de mariage. En effet, si le couple établit quelques années plus tard sa résidence habituelle en France, leur régime matrimonial continuera d'être régi par le droit belge (28). La succession du conjoint prédécédé sera quant à elle soumise au droit français dès lors que l'article 21 du règlement relatif aux successions désigne le droit de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès.

2. Les (futurs) époux formulent un choix de loi applicable à leur régime matrimonial et à leur succession respective

Comme exposé précédemment, les futurs époux peuvent également choisir le droit applicable à leur régime matrimonial conformément à l'article 22 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux. Il en va de même pour les époux qui, en cours de régime, souhaitent modifier le droit applicable à leur régime matrimonial. En ce qui concerne le droit applicable à leur succession, chacun des époux peut désigner le droit de la nationalité qu'il possède au moment où il formule le choix ou au moment du décès (article 22). Nous analysons successivement les choix que peuvent poser les parties.

a) Le droit de la résidence habituelle

Si les (futurs) époux ont leur résidence habituelle dans le même État et que, dans le cadre d'une clause de choix de loi, ils optent pour l'application de ce droit à leur régime matrimonial, les éléments d'attention

(28) Voy. *supra* l'analyse de l'article 26 du règlement qui précise que le droit applicable au régime matrimonial, à défaut de choix, est le droit de la première résidence habituelle des époux au moment de la célébration du mariage.

sont identiques à ceux exposés ci-avant, que ce soit en ce qui concerne le droit applicable à leur régime matrimonial ou à leur succession (29).

L'intérêt de consigner ce choix dans une clause reprise dans les conventions matrimoniales plutôt que de se référer à la règle de rattachement objective est double : d'une part, il permet d'anticiper les discussions relatives à la résidence habituelle des époux dès lors que les époux s'accordent sur celle-ci dès le départ. D'autre part, cette clause est utile dans le cadre d'une modification du droit applicable au régime matrimonial en cours de mariage. Dans l'hypothèse d'un changement de résidence habituelle, il peut en effet être pertinent de modifier le droit applicable afin que le droit applicable au régime matrimonial présente des liens avec la situation des époux et en vue d'assurer une concordance entre le droit applicable au régime matrimonial et à la succession.

Notons toutefois que si les (futurs) époux souhaitent faire concorder le droit applicable à leur régime matrimonial, d'une part, et à leur succession, d'autre part, ils devront s'en remettre à la règle de rattachement objective du règlement relatif aux successions, ce dernier n'autorisant pas le choix de la loi de la résidence habituelle. Tant que les (futurs) époux maintiennent leur résidence habituelle dans cet État, il y aura bien une concordance entre ces deux droits.

Ainsi, les époux ayant leur résidence habituelle en Belgique adoptent une clause de choix de loi désignant le droit belge à leur régime matrimonial conformément à l'article 22 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux. S'ils maintiennent leur résidence habituelle en Belgique jusqu'au décès du premier d'entre eux, la liquidation du régime matrimonial sera soumise au droit belge. La liquidation de la succession sera quant à elle également régie par le droit belge conformément à l'article 21 du règlement relatif aux successions.

b) Le choix du droit de la nationalité

1° Le choix du droit de la nationalité commune

Lorsque les (futurs) époux ont une nationalité commune, ils peuvent choisir que le droit de cet État régie leur régime matrimonial. S'ils souhaitent que le droit applicable à leur régime matrimonial soit le même que le droit applicable à leur succession respective, ils devront chacun rédiger des dispositions de dernières volontés aux termes

(29) Nous analysons plus loin dans la contribution l'hypothèse dans laquelle les époux n'ont pas leur résidence habituelle dans le même État et choisissent, comme le permet l'article 22 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux, de se soumettre au droit de la résidence habituelle de l'un d'eux.

desquelles ils désignent le droit de leur nationalité pour régir leur succession respective, comme l'autorise l'article 22 du règlement relatif aux successions.

2° Le conflit mobile

Bien que le changement de nationalité soit moins courant que le changement de résidence habituelle, l'attention des (futurs) époux devra être une nouvelle fois attirée sur l'impact d'un changement de nationalité. En effet, l'article 22 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux tient compte de la nationalité qui existe au moment de la conclusion des conventions. L'article 22 du règlement relatif aux successions prévoit, quant à lui, qu'on tienne compte de la nationalité qui existe au moment où le futur défunt a opéré son choix, ou au moment de son décès. Il appartient au futur défunt de préciser son choix dans ses dispositions de dernières volontés.

Si les époux possèdent la nationalité française au moment de la conclusion de leurs conventions matrimoniales et de la rédaction, chacun en ce qui les concerne, de leurs dispositions de dernières volontés, le droit français s'appliquera à la dissolution de leur régime matrimonial et de la liquidation de la succession du conjoint prédécédé.

Si l'un d'eux change de nationalité en cours de mariage et acquiert, par exemple, la nationalité belge, le régime matrimonial continuera d'être régi par le droit français. En revanche, sa succession sera régie par le droit français uniquement s'il a, dans ses dispositions de dernières volontés, précisé qu'il soumettait sa succession au droit de l'État dont il avait la nationalité au moment où il a posé ce choix. Cette solution s'applique même si le défunt avait perdu la nationalité française au moment de son décès⁽³⁰⁾. S'il avait indiqué, dans ses dispositions à cause de mort, que le droit applicable à sa succession était le droit de l'État dont il avait la nationalité au moment de son décès, c'est le droit belge qui s'appliquera à la liquidation de la succession alors que le régime matrimonial sera liquidé conformément au droit français.

3. L'hypothèse particulière du pacte successoral

Admettons cette fois que les parties, qui partagent une résidence habituelle commune (Belgique) et ont une nationalité commune (française) aient adopté un pacte successoral.

(30) En ce sens, voy. P. LAGARDE, « Loi applicable », in U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODERSKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE, B. REINHARTZ, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Paris, Dalloz, 2015, p. 115 ; M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9^e éd., coll. Expertise notariale, Paris, Defrénois, 2018, p. 646.

Si le pacte successoral concerne les deux époux, ce pacte devra, en ce qui concerne sa recevabilité, respecter le droit belge qui est le droit qui aurait été applicable à leur succession si les parties étaient décédées le jour de son adoption. Il sera par ailleurs régi par le droit belge.

Ce pacte pourrait aussi être soumis au droit français si les parties entrent dans les conditions fixées par l'article 25, § 3, du règlement.

Dans un cas comme dans l'autre, il sera possible d'aligner le droit applicable au régime matrimonial et le droit applicable à ce pacte. Cependant, s'il est possible, en cas de changement de résidence habituelle ou de nationalité en cours de mariage, de modifier le droit applicable au régime matrimonial et à la succession, une telle modification n'est pas possible en ce qui concerne le pacte successoral. Le droit désigné par l'article 25 est en effet celui qui existait au moment de l'adoption du pacte successoral. Par conséquent, une modification du droit applicable au régime matrimonial ou à la succession pourrait mettre à mal la planification successorale contenue dans le pacte.

Si les époux veulent maintenir une concordance dans l'application des droits, ils ne peuvent plus modifier le droit applicable à leur régime matrimonial, ni aux autres aspects de leur succession, une fois le pacte conclu.

B. La situation des (futurs) époux n'ayant pas de nationalité commune mais ayant leur résidence habituelle dans le même État

Afin de proposer une analyse complète des cas de figure pouvant se présenter, trois hypothèses sont distinguées.

Dans la première hypothèse, les (futurs) époux ont chacun la nationalité d'un État participant au règlement relatif aux régimes matrimoniaux : Monsieur a la nationalité luxembourgeoise et Madame a la nationalité néerlandaise. Ils ont leur résidence habituelle en Belgique.

Dans la deuxième hypothèse, un des (futurs) époux a la nationalité d'un État participant au règlement relatif aux régimes matrimoniaux et l'autre époux a la nationalité d'un État n'y participant pas : Monsieur a la nationalité belge mais Madame a la nationalité américaine. Ils ont leur résidence habituelle en Belgique.

Dans la troisième hypothèse, un des (futurs) époux (ou les deux) ont plusieurs nationalités : Monsieur est belgo-français et Madame est espagnole. Ils ont leur résidence habituelle en Belgique.

1. Les (futurs) époux sont chacun ressortissants d'un État membre participant au règlement relatif aux régimes matrimoniaux

a) Le critère de rattachement de la résidence habituelle

Dans cette hypothèse, les (futurs) époux pourraient soumettre leur régime matrimonial à l'application du droit de l'État de leur résidence habituelle conformément à l'article 26, § 1, du règlement relatif aux régimes matrimoniaux, en tenant compte des réserves que l'on a mentionnées plus haut. Ils pourraient également, en ce qui concerne le volet succession, se référer à la règle de rattachement objective qui désigne, rappelons-le, le droit de l'État de la résidence habituelle du défunt.

Prenons la situation d'un couple ayant sa résidence habituelle en Belgique. Madame est de nationalité néerlandaise et Monsieur est de nationalité luxembourgeoise. Si les époux ne modifient pas leur résidence habituelle en cours de mariage, le droit belge s'appliquera à la liquidation du régime matrimonial et de la succession.

Les (futurs) époux pourraient également, conformément à l'article 22 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux, opter pour le droit de leur résidence habituelle, à savoir le droit belge et se référer à la règle de rattachement objective du règlement relatif aux successions pour que le droit belge s'applique également à leur succession (art. 21).

b) Le critère de rattachement de la nationalité

Le couple pourrait encore opter pour le critère de la nationalité qui est un critère souvent plus stable, même s'il ne garantit pas toujours qu'un lien existe entre la situation et le droit de l'État dont la personne a la nationalité. Cependant, si les futurs époux sont de nationalité différente, la possibilité d'uniformiser le droit applicable au régime matrimonial et à la succession relèvera du hasard de l'ordre des décès.

Prenons un couple ayant sa résidence habituelle en Belgique. Madame est de nationalité néerlandaise et Monsieur est de nationalité luxembourgeoise. Les époux pourraient opter pour le droit luxembourgeois afin de régir leur régime matrimonial. Rappelons en effet que l'article 22 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux autorise les époux à choisir le droit dont l'un d'eux a la nationalité. En revanche, dans le cadre du règlement relatif aux successions, seul le droit dont le défunt a la nationalité peut être choisi. Si chacun des époux choisit le droit de sa nationalité, ils acceptent le risque que si Madame décède en premier, la liquidation du régime matrimonial soit régie par le droit luxembourgeois alors que la liquidation de la succession sera soumise au droit néerlandais.

2. Les (futurs) époux ont la nationalité de deux États différents, dont un État tiers

Le fait qu'un des (futurs) époux ait la nationalité d'un État membre ne participant pas au règlement relatif aux régimes matrimoniaux ou d'un État tiers ne limite pas, en tant que tel, le choix des parties. Les deux règlements ont en effet un champ d'application universel.

Ainsi, prenons le cas d'un couple qui a sa résidence habituelle en Belgique. Monsieur a la nationalité française alors que Madame a la nationalité américaine. Ceux-ci peuvent choisir de soumettre leur régime matrimonial au droit américain. En revanche, comme démontré dans le premier point, la concordance du droit applicable à la liquidation du régime matrimonial et de la succession dépendra de l'ordre des décès, Monsieur ne pouvant pas choisir le droit américain dont il n'a pas la nationalité.

Cette hypothèse pourrait également soulever des difficultés en termes de reconnaissance de la clause de choix de loi qui sont analysées dans la troisième section.

3. L'hypothèse dans laquelle un des (futurs) époux (ou les deux) a plusieurs nationalités

Les enjeux liés au choix du critère de la nationalité ne diffèrent pas de ce qui a été expliqué ci-avant lorsqu'un des époux a plusieurs nationalités. En cas de pluralité de nationalités, les parties peuvent choisir le droit de la nationalité qu'elles souhaitent, que celle-ci soit celle d'un État tiers ou d'un État membre⁽³¹⁾. Les règlements ne donnent pas priorité à la loi du for, ni à celle d'un État membre⁽³²⁾, ni à la nationalité la plus effective⁽³³⁾.

(31) En ce sens, voy. not. H. PEROZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 3^e éd., coll. Pratique notariale, Paris, LexisNexis, 2022, p. 212 ; E. GALLANT, « Union européenne – Règlement n° 2016/1103 et 2016/1104 sur les régimes matrimoniaux et les régimes partenariaux », *JCl. Procédure civile*, fasc. n 3000-80, n° 107 ; M. REVILLARD, *Droit international privé et européen : pratique notariale*, 9^e éd., coll. Expertise notariale, Paris, Defrénois, 2018, p. 338.

(32) P. LAGARDE, « Loi applicable », in U. BERGQUIST, R. FRIMSTON, F. ODESKY, D. DAMASCELLI, P. LAGARDE, B. REINHARTZ, *Commentaire du règlement européen sur les successions*, Paris, Dalloz, 2015, spéc. p. 115.

(33) A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, *Droit international privé et droit notarial*, Paris, Ellipses, 2017, p. 108.

Section 3. Les obstacles empêchant de soumettre le régime matrimonial et la succession au droit d'un même État

Dans l'hypothèse où les parties parviennent, en tenant compte des particularités de leur situation, à faire concorder le droit applicable à leur régime matrimonial et à leur succession, plusieurs obstacles peuvent, en aval, déjouer leurs prévisions et ainsi nuire à la planification successorale mise en place. Dans le cadre de cette contribution, nous en analysons deux d'entre eux : l'efficacité de la planification successorale peut être mise à mal par l'application de certains mécanismes correcteurs de droit international privé (§ 1) ; les prévisions des parties peuvent également être mises à mal lorsque la liquidation du régime matrimonial et de la succession est confiée aux autorités d'un État dans lequel les instruments étudiés n'ont pas force obligatoire (§ 2).

§ 1. Les mécanismes correcteurs de droit international privé

Plusieurs mécanismes de droit international privé repris dans les règlements ont pour effet, dans certaines hypothèses, d'écarter le droit applicable, qu'il ait été ou non choisi par les parties. L'intervention de ces mécanismes peut être de nature à déjouer les prévisions des parties et à mettre à mal la planification successorale envisagée. L'examen détaillé de ces mécanismes dépasserait le cadre de cette contribution. Nous nous limitons donc à les énoncer. Il s'agit, notamment, des lois de police (34), de l'exception d'ordre public (35) et de la fraude à la loi.

L'article 26, § 3, du règlement relatif aux régimes matrimoniaux et l'article 21, § 2, du règlement relatif aux successions contiennent également une clause d'exception, de nature à écarter, à certaines conditions, le droit normalement applicable. Précisons que cette clause n'a toutefois pas vocation à s'appliquer lorsque les parties ou le défunt avaient choisi le droit applicable.

(34) Art. 30 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux et du règlement relatif aux successions.

(35) Art. 31 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux et art. 35 du règlement relatif aux successions.

Enfin, le règlement relatif aux successions a également introduit une hypothèse de renvoi, à l'article 34, applicable à certaines conditions lorsque le droit d'un État tiers est désigné (36).

§ 2. La reconnaissance

Bien que les époux aient veillé, en jonglant avec les différentes règles de rattachement tirées des deux règlements européens, à soumettre leur régime matrimonial et leur succession respective au droit d'un même État, encore faut-il que ces choix soient reconnus dans les États où ils sont susceptibles d'être invoqués (37). Deux hypothèses sont distinguées : celle dans laquelle la succession s'ouvre dans un État dans lequel les deux instruments étudiés ont force obligatoire, et celle dans laquelle la succession s'ouvre dans un État dans lequel les règlements européens étudiés n'ont pas force obligatoire.

A. La succession s'ouvre dans un État dans lequel les deux règlements ont force obligatoire

Lorsque la succession s'ouvre dans un État membre dans lequel le règlement relatif aux régimes matrimoniaux et le règlement relatif aux successions ont force obligatoire, le droit applicable à la liquidation du régime matrimonial et à la succession devrait être celui que les parties avaient anticipé, que ce soit en se référant aux règles de rattachement objectives ou en adoptant une clause de choix de loi dans leurs conventions matrimoniales et/ou dans leurs dispositions de dernières volontés respectives (38).

Prenons ainsi l'hypothèse d'un couple de nationalité française, ayant sa résidence habituelle en Belgique. Au moment de la conclusion de leurs conventions matrimoniales, le couple avait choisi de se référer à l'article 26 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux et de ne pas prendre de dispositions de dernières volontés en ce qui concerne le

(36) L'article 34 du règlement relatif aux successions prévoit ainsi que « 1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient :
a) à la loi d'un État membre ; ou
b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi.

2. Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22, à l'article 27, à l'article 28, point b), et à l'article 30 ».

(37) E. FONGARO, « Le notaire et le choix de loi », in E. GALLANT (dir.), *L'office du notaire en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2022, pp. 53-64, spéc. p. 57.

(38) Sous réserve de l'application des mécanismes correcteurs de droit international privé dont question ci-avant.

droit applicable à leur succession future. Si la succession s'ouvre en Belgique, la liquidation de leur régime matrimonial et de la succession se fera conformément au droit belge, telle que les parties ont pu l'anticiper puisque les autorités belges appliqueront les deux règlements.

Admettons que ce couple ait souhaité soumettre son régime matrimonial au droit français, comme l'y autorise l'article 22 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux. Ils avaient également chacun rédigé un testament dans lequel ils avaient chacun opté pour l'application du droit français à leur succession conformément à l'article 22 du règlement relatif aux successions. Madame décède. Si sa succession s'ouvre en Belgique, qui est l'État dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ce sera, conformément aux souhaits du couple, le droit français qui s'appliquera à la liquidation de leur régime matrimonial et de la succession. La solution serait la même si la succession s'ouvrait en France dès lors que ces deux règlements y ont force obligatoire.

B. *La succession s'ouvre dans un État dans lequel les instruments n'ont pas force obligatoire*

Si la liquidation du régime matrimonial et de la succession est confiée aux autorités d'un État dans lequel les deux règlements n'ont pas force obligatoire, les prévisions des parties, qu'elles aient ou non adopté une clause de choix de loi, pourraient être mises à mal.

En effet, le choix pourrait se révéler inefficace si le couple et/ou le défunt avait désigné le droit d'un État tiers qui ne reconnaît pas ce choix et dont les autorités ont été saisies (39). En matière de régimes matrimoniaux, la plupart des États admettent qu'en cours de mariage, les époux modifient leur régime matrimonial. En revanche, la reconnaissance de la modification du droit applicable au régime matrimonial en cours de mariage est moins répandue (40). En matière de succession, il apparaît qu'au-delà des frontières, la possibilité de choisir le droit applicable à une succession future n'est pas (encore) fort répandue (41).

Prenons l'hypothèse d'un couple qui a sa résidence habituelle en Belgique. Monsieur a la nationalité belge et Madame a la nationalité américaine. Conformément à l'article 22 du règlement relatif aux

(39) E. FONGARO, « Le notaire et le choix de loi », in E. GALLANT (dir.), *L'office du notaire en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2022, spéc. p. 57.

(40) E. FONGARO, « Le notaire et le choix de loi », in E. GALLANT (dir.), *L'office du notaire en droit international privé*, Paris, Dalloz, 2022, p. 58.

(41) H. PEREZ et E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 3^e éd., coll. Pratique notariale, Paris, LexisNexis, 2022, p. 332.

régimes matrimoniaux, ils choisissent de soumettre leur régime matrimonial au droit américain. Madame rédige de son côté un testament dans lequel elle désigne le droit américain pour régir sa succession. Elle décède en premier. Au moment de l'ouverture de la succession, si les héritiers de la défunte s'adressent à un juriste américain, il n'est pas certain que le juriste américain reconnaisse ce choix. Ceci est d'autant plus risqué que le droit américain soumet, dans le cadre des successions, les immeubles au droit de l'État dans lequel ils sont situés. Autrement dit, si la défunte était propriétaire d'un immeuble en Belgique, le juriste américain va considérer que le droit belge s'applique au sort de cet immeuble.

Il en va de même du ressortissant belge qui établit sa résidence habituelle aux États-Unis. S'il choisit le droit belge pour régir sa succession mais qu'il décède aux États-Unis, ses héritiers s'adresseront probablement à un juriste américain pour liquider la succession et ce juriste pourrait ne pas reconnaître ce choix, comme expliqué ci-avant.

En vue d'anticiper ces difficultés, il peut être opportun, en amont, d'identifier les autorités susceptibles d'être chargées des opérations de liquidation du régime matrimonial et de la succession afin de mesurer le risque de refus de reconnaissance des dispositions prises par les parties (42).

Conclusion

Bien que l'adoption d'instruments européens de droit international privé tende à améliorer la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions, la mise en œuvre efficace d'une planification successorale dans un contexte international suppose l'examen de trois questions préalables : au regard des opérations envisagées par les parties, est-il utile de faire coïncider le droit applicable au régime matrimonial et à la succession ? Dans l'affirmative, est-il possible, au regard des spécificités de la situation, d'atteindre cet objectif ? Et enfin, au moment de la liquidation du régime matrimonial et de la succession, les choix posés par les parties seront-ils efficaces ?

Le notaire est appelé à jouer un rôle tout au long de ces trois étapes. D'abord, en s'interrogeant sur les différents droits applicables et sur les

(42) I. VIARENGO, « Choice of law agreements in property regimes, divorce and succession: stress-testing the new EU Regulations », *ERA Forum*, vol. 17 (4), 2016, p. 550 ; P. WAUTELET, « Relations patrimoniales au sein du couple : les régimes matrimoniaux en droit international privé », in Y.-H. LELEU (coord.), *Chroniques notariales*, vol. 70, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 155-208, spéc. p. 197.

options ouvertes aux parties. Ensuite, en attirant l'attention des parties sur les risques liés à la définition de certaines notions ou à l'impact d'un changement de résidence habituelle ou de nationalité en cours de mariage. Enfin, en les informant des obstacles pouvant se présenter dans la mise en œuvre effective de leur planification successorale.