

RÈGLEMENT EUROPÉEN SUR LES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET PRATIQUE NOTARIALE : DE NOUVEAUX RÉFLEXES

par Anne Guichard
Notaire

Les notaires appliqueront le Règlement (UE) n° 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux aux époux mariés à compter du 29 janv. 2019 ou mariés antérieurement mais ayant désigné la loi applicable à leur régime matrimonial à compter du 29 janv. 2019. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 ou les règles de droit commun continueront à s'appliquer aux autres époux. Les notaires devront donc maîtriser trois corps de règles (droit commun, Convention de La Haye et Règlement) ¹.

La question de la loi applicable n'est qu'un des aspects couverts par le Règlement qui traite aussi de la compétence des tribunaux, de la reconnaissance et de la circulation des décisions ². Seule la question de la loi applicable sera traitée dans cet article. Mais les notaires doivent maîtriser les règles de compétence internationale.

Attention - Aucun conseil utile ne peut être donné sans savoir quel tribunal sera amené à trancher un litige, car c'est ce tribunal qui appliquera sa règle de droit international privé pour désigner la loi interne applicable au régime matrimonial. Il faut donc d'abord connaître les règles de compétence avant de conseiller une stratégie basée sur la loi applicable. Au surplus, le Règlement (UE) n° 2016/1103 permet, dans son art. 7, de choisir les tribunaux d'un État membre. Même si le champ d'application de cette élection de for est très restreint, cette possibilité existe et la pratique ne pourra pas l'ignorer.

Pour ce qui est de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial, le Règlement adopte une distinction très classique entre détermination objective (art. 26) et détermination subjective (art. 22). Les nouveautés les plus marquantes pour la pratique concernent les époux désignant la loi applicable à leur régime matrimonial et c'est pourquoi elles seront évoquées en premier.

■ Époux désignant la loi applicable à leur régime matrimonial : nouveaux réflexes

En apparence, le Règlement semble être dans la continuité de la Convention de La Haye, avec quelques différences que l'on détecte tout de suite :

- il n'est plus possible de procéder à un dépeçage et de soumettre les immeubles à la loi de situation. Une seule loi régit l'ensemble des biens des époux ;
- il n'est plus possible de désigner avant le mariage la loi d'une résidence habituelle commune que les époux établiront après le mariage.

En réalité, le Règlement recèle quelques chausse-trappes pour les praticiens. Nous n'en évoquerons que deux ici qui doivent susciter de nouvelles pratiques notariales.

Désignation systématique de la loi applicable

Un contrat de mariage reçu par un notaire français faisant référence au code civil français vaut-il choix de la loi française pour régir le régime matrimonial alors qu'il ne contient aucune désignation expresse de la loi applicable ?

L'art. 11 de la Convention de La Haye prévoit que « la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou **résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.** » Pour la majorité de la doctrine, si le contrat de mariage fait référence à des textes de droit interne alors les époux ont entendu sans aucun doute être soumis à cette loi.

Exemple - Dans l'hypothèse où le contrat de mariage indique que les époux ont choisi la séparation de biens telle qu'elle est prévue par les art. 1536 s. c. civ., que le contrat de mariage a été reçu en France, il n'y a pas de doute que les époux se sont référés au code civil français et ont souhaité être soumis à la loi française.

Par contre, aucune disposition du Règlement ne peut être invoquée pour répondre à cette même question. Il appartiendra aux tribunaux de trancher cette question. Il faut donc inclure **systématiquement** une désignation de loi applicable dans tous les contrats de mariage et cela dès maintenant, car c'est la date du mariage et non celle du contrat qui détermine l'applicabilité du Règlement ; or, un mariage que l'on pense intervenir avant le 29 janvier peut être retardé pour de multiples raisons.

Conseil pratique - En attendant que la question soit tranchée par les tribunaux, il est impératif de prévoir dans tous les contrats de mariage reçus en France, même s'il n'y a, au moment du contrat de mariage, aucun élément d'extranéité, une désignation de la loi applicable. À défaut, pour le cas où les époux établiraient hors de France leur résidence habituelle après la célébration du mariage, le contrat de mariage reçu par le notaire français pourrait se trouver soumis, faute de désignation de loi applicable valable, à une loi étrangère (loi de la première résidence habituelle). Cette loi étrangère peut méconnaître les dispositions

(1) V. *supra* p. 653.

(2) V. *supra* p. 646.

prises par les parties dans leur contrat de mariage parce qu'elle n'autorise pas les choix qu'ils y ont fait. Les prévisions contractuelles des époux seront ainsi mises à mal³.

Vérification systématique de la résidence habituelle des futurs époux ou des époux

La désignation de la loi applicable doit aujourd'hui s'accompagner systématiquement d'une vérification de la résidence habituelle des futurs époux ou des époux.

Il s'agit ici de souligner les difficultés induites par la rédaction des art. 23 (conditions de forme de la désignation de la loi applicable), 24 (relatif à la protection du consentement) et 25 du Règlement (conditions de forme de la convention matrimoniale, notre contrat de mariage de droit interne étant une convention matrimoniale). Il faudrait y consacrer une étude plus longue. Mais pour résumer, les art. 23 et 25 posent les conditions de forme respectivement de l'acte de désignation de la loi applicable et de la convention matrimoniale. Les deux articles exigent *a minima* une formulation écrite, datée et signée par les deux époux. Cette condition minimale devra être respectée dans tous les cas⁴. Mais selon le lieu de résidence des futurs époux ou des époux, d'autres conditions de forme peuvent s'y ajouter.

En effet :

■ si les deux époux ou futurs époux résident au moment de la conclusion de leur convention dans le même État membre⁵, alors il faudra au surplus respecter les conditions de forme imposées par la loi interne de cet État membre aux conventions matrimoniales ;

Exemple - Si les deux époux ont leur résidence habituelle en France, il faudra respecter l'obligation formelle française d'un acte notarié et l'obligation de la présence simultanée à l'acte de toutes les parties ou de leurs mandataires.

■ si les deux époux résident tous les deux dans un État membre au moment de la conclusion de leur convention mais qu'il ne s'agit pas du même État membre, il faudra respecter au surplus au moins les conditions de forme imposées par la loi interne d'un de ces deux États membres (mais il ne sera pas nécessaire de respecter les conditions de forme imposées par les lois internes des deux États membres) ;

Exemple - Si l'un des époux a sa résidence habituelle en France et l'autre dans un État membre qui n'exige pas de forme particulière, alors un

écrit daté et signé des deux époux sera suffisant ; il ne sera pas nécessaire d'avoir recours à la forme notariée imposée par le droit français.

■ si l'un seulement des époux réside dans un État membre, il faudra respecter au surplus au moins les conditions de forme imposées par la loi interne de cet État membre ;

Exemple - Si l'un des époux a sa résidence habituelle en France et l'autre aux États-Unis, il faudra respecter les règles formelles imposées par le droit interne français (acte notarié et présence simultanée des époux).

■ et enfin s'agissant d'une convention matrimoniale (et non d'un simple choix de la loi applicable), l'art. 25 impose de respecter, au surplus de tout ce qui a été dit ci-dessus, les règles de forme de la loi applicable au régime matrimonial.

Nous pouvons constater que ces règles sont beaucoup plus complexes que celles qui existaient jusqu'à maintenant. Sous l'empire de la Convention de La Haye, une fois la condition *a minima* d'un écrit daté et signé par les deux époux remplie, il suffisait de respecter soit les règles de forme de la loi interne désignée par les époux, soit la loi interne du lieu d'établissement de la convention. Or, dans l'immense majorité des cas, les futurs époux auront consulté un juriste local (en France, un notaire) pour établir leur convention et, par conséquent, celle-ci respectera les formes de la loi du lieu où elle a été passée. Il était statistiquement très rare qu'une désignation de loi applicable soit nulle en la forme. Par contre, pour les époux mariés à compter du 29 janv. 2019 mais aussi pour les conventions établies à compter de cette date, une fois la condition d'un écrit daté et signé par les deux époux remplie, lorsqu'au moins un des époux aura sa résidence habituelle au moment de la convention dans un État membre, il faudra respecter les conditions de forme de la loi interne du lieu de résidence de cet époux (ou d'un autre État membre si l'autre époux ou futur époux y a sa résidence habituelle) et, si la convention a la nature d'une « convention matrimoniale », respecter au surplus les conditions de forme de la loi interne applicable au régime matrimonial⁶.

Exemple - Un notaire français chargé d'établir un contrat de mariage entre une Française résidente au Portugal et un Français résident au Brésil, désignant la loi française, devra vérifier les conditions de forme de la loi portugaise et les respecter (si, comme le texte du Règlement l'indique, il s'agit de conditions formelles supplémentaires).

L'application pratique des art. 23 et 25 ne sera pas aisée pour les notaires français. Cela nécessite en tout état de cause une grande vigilance dès lors que l'un des époux n'a pas sa résidence habituelle en France au moment de la signature du contrat de mariage.

S'y ajoute le défi posé par l'art. 24 du Règlement qui a trait notamment au consentement des époux et qui permet, dans certaines circonstances, de soumettre la validité du consentement d'un des époux à la loi de la résidence habituelle de cet époux. Mais cette résidence habituelle est déterminée au moment de la saisine de la juridiction et donc forcément inconnue au moment de la signature de l'acte de désignation.

Lorsque les époux n'ont pas désigné de loi applicable, le Règlement européen, doit-il induire de nouvelles pratiques ?

■ Époux n'ayant pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial

Le Règlement européen simplifie considérablement la pratique notariale française lorsque les époux n'ont pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial⁷. C'est un vrai progrès. Mais le Règlement

³ Contra P. Lagarde, comm. § 23.4, in U. Bergquist, D. Damascelli, R. Frimston, P. Lagarde et B. Reinhartz, Commentaire des règlements européens sur la liquidation des régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés, Dalloz, nov. 2018.

⁴ V. sur ces points, A. Boiché, *supra* p. 653.

⁵ Par État membre, on peut entendre les dix-huit États tenus par le Règlement ou tous les États de l'Union européenne. La question n'est pas tranchée expressément par le Règlement.

⁶ V. tableau, *infra* p. 668.

⁷ À la condition que le mariage soit intervenu à compter du 29 janv. 2019. S'il est intervenu entre le 1^{er} sept. 1992 et le 29 janv. 2019, la Convention de La Haye continue à s'appliquer.

créé une nouvelle forme de mutabilité subie de la loi applicable que la pratique notariale doit connaître et prévenir.

Une réelle simplification pour la pratique notariale française

Le Règlement européen simplifie considérablement la pratique notariale française lorsque les époux n'ont pas désigné la loi applicable à leur régime matrimonial. L'art. 26, 1, du Règlement fait l'objet de commentaires dans le présent dossier⁽⁸⁾.

Avec le Règlement, les facteurs de rattachement sont connus et maîtrisés par les praticiens (résidence habituelle et nationalité). Ils doivent être appliqués subsidiairement et dans l'ordre prévu par l'art. 26. Dès lors que les époux ont établi une première résidence habituelle commune après la célébration du mariage, il est devenu inutile de déterminer leurs nationalités. Sous l'empire de la Convention de La Haye, la détermination objective de la loi applicable était bien plus complexe puisque les critères de rattachement de la première résidence habituelle commune et de la nationalité commune pouvaient s'appliquer concurremment. Dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'art. 4 de la Convention de La Haye, la loi de la nationalité commune venait supplanter celle de la première résidence habituelle commune. Il fallait se livrer à une gymnastique compliquée qui nécessitait de connaître les règles de droit international privé du lieu de résidence des époux. Il y avait là une source d'erreur pour les praticiens et d'insécurité pour les époux qui disparaît sous l'empire du Règlement.

Mais mieux encore pour les praticiens, avec le Règlement il n'y a plus de mutabilité automatique de la loi applicable. Au contraire, l'art. 7 de la Convention de La Haye prévoyait trois cas de mutabilité automatique de la loi applicable. Pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial de ses clients, le notaire devait établir une frise chronologique couvrant la totalité de la vie conjugale des époux. Il devait y faire figurer chaque changement de résidence et de nationalité. Le changement d'un seul de ces facteurs de rattachement (nationalité, résidence) était susceptible d'entraîner un changement subi et automatique de la loi applicable au régime matrimonial. Ce système d'une très grande complexité⁽⁹⁾ était unanimement décrié et n'a pas été repris par le Règlement européen. Ce sera donc généralement la loi de l'État dans lequel les époux ont établi leur première résidence habituelle qui régira leur régime matrimonial et cela pour toute la durée du mariage. Malheureusement, le Règlement prévoit dans son art. 26, § 3, une exception qui réintroduit un cas de mutabilité subie de la loi applicable que la pratique notariale ne doit pas éluder.

La mutabilité subie de l'article 26, § 3

Aux termes de l'art. 26, § 3, à **titre exceptionnel** et **à la demande de l'un des époux**, un juge peut décider que la loi applicable au régime matrimonial des époux sera non la loi de la première résidence habituelle commune mais, au contraire, la loi de la dernière résidence habituelle commune. Le juge substitue alors la loi de la dernière résidence habituelle à celle de la première résidence habituelle. Ce texte doit induire trois nouveaux réflexes dans la pratique notariale.

Détecter les époux pour lesquels la substitution de la loi de la dernière résidence habituelle pourrait être décidée

Le notaire français doit savoir détecter les époux pour lesquels cette substitution de la loi de la dernière résidence habituelle pourrait être décidée par le juge à la demande de l'un d'eux. Pour les époux mariés à compter du 29 janv. 2019, il ne pourra pas se contenter d'établir la résidence habituelle commune établie après

le mariage. Il devra, si les époux ont depuis changé de résidence habituelle commune, s'intéresser à la résidence habituelle commune actuelle des époux.

Dès lors que cette résidence actuelle aura duré ou sera susceptible de durer plus longtemps que la première résidence habituelle des époux, le notaire devra s'interroger sur la possibilité pour l'un des époux de convaincre le juge que les deux époux se sont fondés sur la loi de l'État de la dernière résidence habituelle pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux. Si c'est le cas, un des époux pourra tenter d'obtenir du juge une substitution de loi applicable en faveur de la loi de la dernière résidence habituelle. Cet époux pourra alors ainsi remettre en cause les prévisions de son conjoint.

Il y a bien deux critères cumulatifs à remplir, une première condition de durée puisque la dernière résidence habituelle doit avoir été significativement plus longue que la première résidence habituelle, et une seconde condition d'intégration des époux dans l'État de dernière résidence habituelle.

Mise en garde - Il y aura là pour le notaire un exercice très périlleux. Lorsque le notaire cherche à déterminer la loi applicable au régime matrimonial parce que les époux ont divorcé ou sont sur le point de divorcer, ou lorsque l'un des époux est décédé, son analyse est faite au moment où le juge est susceptible d'être saisi. Le notaire dispose donc des mêmes éléments que le juge, mais il ne sait pas si l'un des époux va saisir ce juge. L'exercice est encore plus difficile et pratiquement divinatoire lorsque le notaire doit déterminer la loi applicable en cours de mariage – par exemple parce que l'un des époux emprunte ou acquiert seul et qu'il faut déterminer le gage des créanciers ou le statut du bien (propre ou commun) – ou qu'il s'agit de préparer une future succession. En effet, au moment où le notaire se place, il n'a aucun moyen de savoir où les époux résideront dans le futur et quelles seront les durées de leurs différentes résidences habituelles communes. Voilà de quoi effrayer les praticiens et les époux.

Ne pas fournir à un époux les armes lui permettant d'obtenir une substitution de loi applicable

Les notaires doivent être attentifs dans leur pratique quotidienne à ne pas fournir à un époux les armes lui permettant d'obtenir une substitution de loi applicable.

Certains notaires établissent encore des actes de vente ou même des donations entre époux portant des indications hâtives sur le régime matrimonial.

Exemple - Il est indiqué qu'un époux ou que les époux sont soumis au régime légal français à défaut de contrat de mariage préalable à leur union, alors que ces époux sont en réalité

(8) V. *supra* p. 653, spéc. p. 656.

(9) V., pour des exemples de pratique notariale, le rapport du 49^e Congrès du mouvement jeune notariat, « Les conflits successoraux » p. 39 à 47, consultable en ligne www.mjn.fr/wp-content/uploads/2018/09/MJN_2018-v2.pdf

soumis à une loi étrangère pour avoir fixé leur première résidence habituelle hors de France. Ces notaires prennent ainsi le risque que ces déclarations servent de base à la demande d'un époux qui voudrait imposer à l'autre une mutation de la loi applicable pour la dernière résidence habituelle commune et qui utiliserait ces indications de l'acte pour convaincre le juge que, non seulement la dernière résidence habituelle en France a duré significativement plus longtemps que la première résidence habituelle à l'étranger, mais aussi que les époux se sont fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux puisqu'un acte authentique le confirme !

Il faut donc aujourd'hui et au moment de chaque acte prendre le temps d'interroger les clients sur leur résidence habituelle après le mariage et définir correctement la loi interne applicable et ensuite le régime matrimonial.

Conseiller aux clients la désignation expresse de la loi applicable à leur régime matrimonial

Les notaires doivent plus que jamais conseiller à leur client de désigner expressément la loi applicable à leur régime matrimonial.

Les époux peuvent le faire tant avant que pendant le mariage. Une telle désignation fait basculer les époux sous l'art. 22 du Règlement. L'art. 26 et, par suite, l'art. 26, § 3, et sa mutabilité subie se trouvent écartés.

* * *

Pour conclure, les notaires, y compris ceux qui se targuent de ne pas pratiquer le droit de la famille, doivent connaître l'art. 28 du Règlement lorsqu'ils établissent des actes engageant des époux vis-à-vis de tiers (vente d'immeuble, emprunt) dans une situation internationale. L'art. 28 peut avoir pour effet de rendre le régime matrimonial de certains époux inopposables à certains tiers, modifiant ainsi le gage

que ces époux peuvent penser donner à leurs créanciers. Il faudra donc dans la rédaction de ces actes, en particulier d'emprunt, que le notaire informe clairement le créancier de la loi applicable au régime matrimonial du couple emprunteur par une clause expresse. Celui-ci ne pourra plus alors tenter de substituer une loi qui lui serait plus favorable à la loi normalement applicable à leur régime matrimonial.

Règlement « régimes matrimoniaux », art. 28

Art. 28 « Opposabilité aux tiers »

1. Nonobstant l'art. 27, point f), la loi applicable au régime matrimonial entre les époux ne peut pas être opposée par un époux à un tiers lors d'un différend entre le tiers et les deux époux ou l'un d'entre eux, sauf si le tiers a eu connaissance de cette loi ou aurait dû en avoir connaissance en faisant preuve de la diligence voulue.

2. Le tiers est réputé avoir cette connaissance de la loi applicable au régime matrimonial si :

a) ladite loi est la loi :

i) de l'État dont la loi est applicable à la convention conclue entre l'un des époux et le tiers ;

ii) de l'État où l'époux contractant et le tiers ont leur résidence habituelle ;

ou iii) dans des dossiers portant sur des biens immeubles, de l'État dans lequel le bien est situé ;

ou b) l'un des époux s'est conformé aux obligations en matière de publicité ou d'enregistrement du régime matrimonial prévues par la loi :

i) de l'État dont la loi est applicable à la convention conclue entre l'un des époux et le tiers ;

ii) de l'État où l'époux contractant et le tiers ont leur résidence habituelle ;

ou iii) dans des dossiers portant sur des biens immeubles, de l'État dans lequel le bien est situé.

3. Lorsque la loi applicable au régime matrimonial entre les époux ne peut être opposée par un époux à un tiers en vertu du § 1, les effets du régime matrimonial à l'égard du tiers sont régis :

a) par la loi de l'État dont la loi est applicable à la convention conclue entre l'un des époux et le tiers ;

ou b) dans des dossiers portant sur des biens immeubles ou des biens ou des droits enregistrés, par la loi de l'État dans lequel le bien immeuble est situé ou dans lequel les biens ou les droits sont enregistrés.