

**CONSORTIUM ASSER - UCL**  
**Association momentanée**

R.C. Schimmelpennincklaan, 20-22  
NL - 2517 JN DEN HAAG  
Nederland

-----  
Collège Thomas More  
Place Montesquieu, 2, box 5  
B - 1348 LOUVAIN-LA NEUVE  
Belgique

**ETUDE SUR LES REGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS**  
**ET SUR LE PATRIMOINE DES COUPLES NON MARIÉS**  
**DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET LE DROIT INTERNE**  
**DES ETATS MEMBRES DE L'UNION EUROPEENNE**

effectuée à la demande de la  
COMMISSION EUROPÉENNE  
Direction générale Justice et Affaires intérieures  
Unité A3 Coopération judiciaire en matière civile

*(Offre n ° JAI/A3/2001/03)*

**ANALYSE COMPARATIVE**  
**DES RAPPORTS NATIONAUX**  
**ET**  
**PROPOSITIONS D'HARMONISATION**

RAPPORT FINAL  
ÉTABLI A L'INTENTION EXCLUSIVE  
DE LA  
COMMISSION EUROPÉENNE

---

TMC Asser Instituut  
Tél. 00 31 (0)70 34 20 300  
Fax 00 31 (0)70 34 20 359  
consultancy@asser.nl

Département de droit international UCL  
Tél. 00 32 (0)10 47 47 73  
Fax 00 32 (0)10 47 86 14  
verwilghen@int.ucl.ac.be

« Dans les relations privées internationales, ... seul un effort concerté peut réduire efficacement les divergences entre les systèmes juridiques et améliorer la situation des justiciables »

Georges A.L. DROZ, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1974, t. III, p. 127.

## AVANT-PROPOS

### 1. OBJET DU RAPPORT

Le présent rapport s'inscrit dans une recherche initiée par la Direction Générale « Justice et Affaires intérieures » de la Commission des Communautés européennes, réalisée à la suite de l'appel d'offre n° JAI/A3/2001/03 demandant la préparation d'une étude comparative, axée essentiellement sur le droit international privé, mais aussi – de façon plus synthétique – sur le droit interne des États membres de l'Union européenne (U.E.), dans la matière des régimes matrimoniaux et dans celle des implications patrimoniales de la séparation des couples non mariés. Cette recherche s'inscrit donc aussi dans le processus de création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » au sein de l'Union européenne, pour la réalisation des objectifs du traité CE et de ceux qui sont fixés par le Conseil européen lors de sa réunion tenue à Tampere (Finlande) les 15 et 16 octobre 1999.

Par « droit international privé » au sens du présent rapport, on comprend la discipline juridique qui a pour objet les conflits de lois, d'autorités et de juridictions dans les relations privées internationales, spécialement au sein des États membres de l'U.E. Par « droit interne », on vise les principes et les règles qui, dans chaque État membre de l'U.E., ont pour objet de régler les relations dépourvues de tout élément étranger.

Le présent rapport s'intègre dans les travaux réalisés pour rencontrer les objectifs de la recherche. Il a principalement pour objet de présenter de façon scientifique les problèmes pratiques suscités par les rapports patrimoniaux entre personnes mariées (« régimes matrimoniaux ») et entre personnes non mariées qui sont ou non liées entre elles par un partenariat enregistré. Les problèmes étudiés ici sont ceux qui apparaissent essentiellement dans les relations privées internationales, au sein des États membres de l'U.E. Toutefois, pour la clarté du rapport et sa bonne compréhension, plusieurs développements de droit interne y figurent également.

Le rapport contient aussi des propositions d'harmonisation du droit communautaire en ces matières, tant de droit international privé que de droit interne. L'étude ne s'attache toutefois pas à l'examen des bases légales sur lesquelles pourraient s'appuyer ces

propositions ni sur les options entre les types d'actes communautaires pouvant servir de supports juridiques à ces propositions.

## **2. OBJECTIFS DE LA RECHERCHE**

Aux termes de l'appel d'offre, trois objectifs particuliers devaient être atteints : la rédaction de rapports nationaux portant sur le droit des États membres de l'U.E., la rédaction d'un rapport de synthèse comparative de ces rapports nationaux et, enfin, la présentation de propositions d'harmonisation.

### **2.1. Rédaction de rapports nationaux dans les États membres**

Le premier objectif consistait en la rédaction de rapports nationaux portant sur le droit (interne et international privé) des quinze États membres de l'Union européenne (en vérité : *seize* ordres juridiques car pour le Royaume-Uni, il y en eut un pour l'Angleterre et le Pays de Galles, puis un autre pour l'Écosse)<sup>1</sup>. Afin de promouvoir l'uniformité des rapports nationaux, une double directive fut adressée aux rapporteurs nationaux par les coordonnateurs scientifiques de la recherche : elle comprenait un « plan directeur » pour assurer un examen harmonisé des problèmes de fond<sup>2</sup> et une « notice » destinée à promouvoir la présentation formelle uniforme des rapports. En outre, une réunion entre les coordonnateurs et les rapporteurs nationaux eut lieu à La Haye. Tous les rapports nationaux ont été soit rédigés en anglais ou en français, soit ultérieurement traduits en l'une de ces langues. Ils décrivent le droit en vigueur dans les États membres, en prenant appui sur la législation, la jurisprudence et la doctrine.

Les rapports nationaux sur lesquels s'appuie le présent rapport de synthèse ont été rédigés soit par des professeurs d'Universités européennes, soit par des praticiens du droit (notaires, avocats) des États membres. La liste de ces rapporteurs figure ci-dessous. Ces rapports nationaux citent abondamment, références à l'appui, les sources formelles de droit (conventions internationales, codes et lois), les décisions judiciaires ou administratives et les avis des auteurs sur lesquels ils s'appuient.

Au cours de la préparation de cette étude, le promoteur précité – la Direction générale « Justice et Affaires sociales » de la Commission européenne – manifesta son désir d'obtenir des informations de nature quantitative sur les principaux problèmes pratiques rencontrés dans les États membres en la matière étudiée. Afin de satisfaire à cette demande, plusieurs démarches ont été effectuées. Tout d'abord, les rapporteurs nationaux ont été invités à ajouter à leurs rapports des informations non seulement sur la doctrine, mais aussi sur l'expérience et les avis des praticiens. Ensuite, un questionnaire adressé à divers praticiens de l'Union européenne fut rédigé. Étant donné que ce questionnaire ambitionnait d'atteindre tous les praticiens du droit intéressés par la recherche, dans l'ensemble de l'Union européenne, il fut présenté sur un site internet, où l'on pouvait y répondre *on-line*<sup>3</sup>.

Les rapports nationaux et leurs propres annexes (notamment la copie des dispositions légales et réglementaires, de la jurisprudence, etc.), ainsi que les addenda sur les

1 Le rapport espagnol examine, quant à lui, les divers droits régionaux importants en Espagne.

2 Le texte de ce plan directeur figure en annexe 1.

3 Le texte de ce questionnaire figure en annexe 2.

données quantitatives et les opinions de praticiens concernant l'application effective du droit international privé et du droit interne) forment un dossier séparé.

## 2.2. Rédaction d'une étude comparative des droits des États membres

Le second objectif principal de l'étude fut de réaliser une étude comparative du droit interne et du droit international privé des États membres. Cette analyse devait se fonder sur l'analyse et les conclusions des rapports nationaux. Elle devait ensuite servir d'appui à la rédaction de propositions d'harmonisation, ultime objectif poursuivi.

La partie de ce rapport consacrée à l'analyse comparative du droit actuellement en vigueur dans les États membres de l'U.E. a un but précis : elle doit examiner dans quelle mesure une harmonisation de ces droits nationaux est possible, ainsi que les formes que ces règles de droit international privé harmonisées pourraient prendre.

## 2.3. Rédaction de propositions d'harmonisation

En effet, le troisième objectif principal de l'étude consista à se fonder sur les points de convergence et de divergence des droits étudiés, ainsi que sur l'analyse des difficultés juridiques et pratiques qui en résultent, pour déceler les domaines dans lesquels une harmonisation du droit international privé pourrait se révéler nécessaire et même d'établir des normes minimales matérielles, ainsi que le type d'harmonisation envisageable.

## 3. AUTEURS DE LA RECHERCHE

L'ensemble de cette étude a été réalisé sous l'égide d'une Association momentanée entre le *TMC Asser Instituut* (La Haye – Pays-Bas) (TMCAI) et le *Département de Droit international* de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve – Belgique) (UCL). Les coordonnateurs furent le M. Michiel J. de Rooij, Chercheur au TMCAI, et M. Michel Verwilghen, professeur émérite à la Faculté de Droit de l'UCL. Ces coordonnateurs ont rédigé, à l'intention des rapporteurs nationaux, le schéma directeur qui figure en annexe aux rapports nationaux.

Le présent rapport de synthèse finale groupe les résultats obtenus sur les deuxième et troisième objectifs de l'étude. Il comprend deux parties. La première (rédigée en langue française) traite des régimes matrimoniaux des couples mariés ; la seconde (rédigée en langues française ou anglaise) a pour objet les rapports patrimoniaux des couples non mariés. Cette dernière n'envisage pas seulement la classique « union libre » (concubinage), mais aussi les rapports patrimoniaux des personnes qui se sont engagées dans une des nouvelles formes de relations introduites dans le droit de certains États membres, telles que le « *geregistreerd partnershap* » néerlandais ou le « pacte civil de solidarité » français.

En guise d'introduction à l'analyse juridique qui constitue le principal élément de ce rapport, quelques informations générales seront présentées. Y seront mis en évidence les besoins sociaux quantitatifs, existants ou latents, qui peuvent être appréhendés par un futur ensemble de normes de droit international privé. Ces prolégomènes s'attacheront seulement à l'exposé des faits et des difficultés. Les solutions harmonisées envisageables qui devraient

être apportées par le législateur européen seront examinées plus loin. Déjà, à ce moment, on identifiera certains problèmes auxquels les praticiens de l'Union européenne sont confrontés quotidiennement ; ces problèmes concrets, qui rendent nécessaire un effort d'harmonisation juridique, seront présentés plus en détail en tête de chacune des deux parties du rapport.

Dans ce rapport de synthèse, les références aux sources de droit, déjà largement citées dans les rapports nationaux, n'ont pas été systématiquement répétées, pour éviter les redites ; c'est donc délibérément qu'on s'est tenu à n'y introduire ici qu'un minimum de notes de bas de page (notamment celles qui font référence à des rapports nationaux).

Ont participé à la rédaction du présent rapport de synthèse :

*- pour la première partie (dans l'ordre alphabétique)*

Marc FALLON

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain,  
Président du Département de Droit international.

Jean-Louis RENCHON

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain,  
Directeur du *Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine*,  
Avocat au Barreau de Bruxelles.

Fabienne TAINMONT

Licenciée en Droit et en Notariat,  
Assistante à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain.

Laurent VOISIN

Licencié en Droit et en Notariat, Collaborateur de notaire,  
Assistant à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain.

M<sup>e</sup> Jean-Louis VAN BOXSTAEL

Notaire à Boussu (Belgique),  
Professeur aux Facultés de Droit de l'Université catholique de Louvain  
et de l'Université de Liège.

Michel VERWILGHEN

Professeur émérite à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain,  
Président de la Commission de nomination pour le Notariat (Belgique).

*- pour la deuxième partie :*

Michiel DE ROOIJ

Chercheur au TMC Asser Instituut.

Cette deuxième partie a bénéficié du concours de

Dr. Guus E. SCHMIDT

*Senior Researcher* au TMC Asser Instituut

Les auteurs du deuxième partie ont été conseillés sur certains aspects par:

Dr. Hans Ulrich JESSURUN D'OLIVEIRA

Professeur émérite à la Faculté de Droit de l'*Universiteit van Amsterdam* et à l'Institut universitaire européen de Florence

Dr. Katharina BOELE-WOELKI  
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Utrecht

Ont participé à la rédaction des rapports nationaux :

***Allemagne***

Prof. dr. jur. Dagmar COESTER-WALTJEN LL.M. (Univ. of Michigan)  
Prof. dr. jur Michael COESTER LL.M. (Univ. of Michigan)  
Professeurs, Universität München

***Autriche***

Univ-Prof. Dr. h. c. Dr. Walter H. RECHBERGER  
Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien  
Mag. Ninel Jasmine SADJADI, LL.M  
Center of Legal Competence, Wien

***Belgique***

M. Laurent BARNICH  
Notaire à Ath  
Chargé de cours, Université Libre de Bruxelles

***Danemark***

Prof. Linda NIELSEN  
Rektor, Københavns Universitet

***Espagne***

Miguel CHECA MARTÍNEZ  
Professor of Private International Law, Universidad de Cádiz

***Finlande***

Dr Eva GOTTBERG  
Professor, University of Turku

***France***

Jérôme CASEY  
Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE  
Jean HAUSER  
Jean-Pierre LABORDE  
Professeurs au CERFAP de l'Université Montesquieu (Bordeaux IV)

***Grèce***

Elina N. MOUSTAIRA  
Assistant Professor of Comparative Law, University of Athens, Faculty of Law

***Irlande***

Mr Frank MARTIN  
National University of Ireland, Cork

***Italie***

Prof. Dr. Giovanni COMANDÉ  
Dr. Francesca CRISTIANI  
Dr. Erica PALMERINI  
Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa

***Luxembourg***

Me Christine DOERNER  
Notaire à Bettembourg

***Pays-Bas***

Dr G.E SCHMIDT  
Mr B.J. VAN HET KAAR  
T.M.C. Asser Instituut, 's-Gravenhage

***Portugal***

António FRADA DE SOUSA  
Chargé de cours de Droit International Privé  
Maria Rita LOBO XAVIER  
Professeur de Droit de la Famille et des Successions  
Faculté de Droit de l'Université Catholique Portugaise à Porto

***Royaume-Unie***

*Angleterre*  
C.M.V. CLARKSON  
Professor of Law, University of Leicester

*Ecosse*

Dr. Elizabeth B. CRAWFORD  
Janeen M. CARRUTHERS  
School of Law  
University Of Glasgow

***Suède***

Johanna SCHIRATZKI  
Associate Professor, Faculty of Law, Stockholm University

Rédigée par ces professeurs, chercheurs ou praticiens du droit à l'intention de tous ceux qui appellent de leurs vœux et attendent l'unification progressive du droit privé dans l'Union européenne, pour une libre circulation toujours plus effective des personnes et des biens, cette étude souhaite avoir contribué, fût ce modestement, au rapprochement des peuples dans la concorde.

La Haye et Louvain-la-Neuve, le 30 avril 2003.

# SOMMAIRE

## PROLÉGOMÈNES

### ÉLÉMENTS D'ÉVALUATION QUANTITATIVE

#### 1. DONNEES GENERALES

- 1.1. Mobilité des citoyens de l'U.E. et de leurs biens dans les États membres
  - 1.1.1. Population résidente étrangère
  - 1.1.2. Patrimoine situé dans d'autres États de l'U.E.
- 1.2. Immigration des ressortissants d'États tiers dans l'U.E.

#### 2. DONNEES PARTICULIERES

- 2.1. Données statistiques sur les mariages, divorces et séparations
  - 2.1.1. Différences de critères des données statistiques nationales
  - 2.1.2. Différences de nature des données statistiques nationales
- 2.2. Données statistiques sur les couples non mariés
- 2.3. Données sur la fréquence des affaires en justice
- 2.4. Enquête auprès de praticiens spécialisés
- 2.5. Internationalisation potentielle des situations internes de tout couple

## PREMIÈRE PARTIE

### RÉGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS

#### SECTION I : NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION EUROPÉENNE

##### 1. RELEVÉ DES PRINCIPALES DIFFICULTÉS PRATIQUES DUES À LA DIVERGENCE DES DROITS

- 1.1. Divergences des droits internes
  - 1.1.1. Notions générales
  - 1.1.2. Régime primaire
  - 1.1.3. Régimes secondaires
- 1.2. Divergences des droits internationaux privés
  - 1.2.1. Compétence internationale des autorités et juridictions
  - 1.2.2. Droits applicables
  - 1.2.3. Efficacité internationale des décisions et des actes publics étrangers

##### 2. VERS UN RÈGLEMENT EUROPÉEN POUR SURMONTER CES DIFFICULTÉS

- 2.1. Portée du règlement
- 2.2. Objet du règlement
  - 2.2.1. Harmonisation globale du droit international privé régissant les régimes matrimoniaux et les relations des couples enregistrés
  - 2.2.2. Harmonisation partielle du droit interne en ces matières

- 2.3. Champ d'application du règlement
  - 2.3.1. Domaine matériel
  - 2.3.2. Domaine personnel
  - 2.3.3. Domaine territorial
  - 2.3.4. Domaine temporel
- 2.4. Sources d'inspiration du règlement
  - 2.4.1. Codifications existantes
  - 2.4.2. Acquis communautaire
  - 2.4.3. Avis doctrinaux
- 2.5. Mesures transitoires et abrogatoires à prévoir
  - 2.5.1. Sort des conventions en vigueur dans les États membres
  - 2.5.2. Sort des règles nationales existantes

## **SECTION II : ANALYSE DES RAPPORTS NATIONAUX**

### **1. REGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS EN DROIT INTERNE COMPARE**

- 1.1. Introduction
- 1.2. Généralités
  - 1.2.1. Sources
  - 1.2.2. Évolution historique
  - 1.2.3. Régime “ primaire ”
  - 1.2.4. Régimes secondaires
- 1.3. Sortes de régimes
  - 1.3.1. Régime primaire
  - 1.3.2. Régime légal
  - 1.3.3. Régimes conventionnels
- 1.4. Changements de régimes
  - 1.4.1. Principe
  - 1.4.2. Modalités du changement
- 1.5. Publicité du régime
  - 1.5.1. Principe
  - 1.5.2. Modalités
- 1.6. Administration des patrimoines
  - 1.6.1. Principe
  - 1.6.2. Dans les autres régimes de communauté de biens
  - 1.6.3. Dans les régimes de type séparatiste
  - 1.6.4. Contrats entre époux durant le mariage
- 1.7. Dissolution, liquidation et partage du régime matrimonial
  - 1.7.1. Après rupture du lien conjugal
  - 1.7.2. Au décès d'un des époux
- 1.8. Annexes : tableaux synoptiques

### **2. REGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMPARE**

- 2.1. Les sources et leur évolution historique
  - 2.1.1. Relative rareté des sources conventionnelles internationales
  - 2.1.2. Prédominance, parmi les sources nationales, des textes écrits
  - 2.1.3. Évolution des sources

- 2.1.4. Application au droit transitoire international des principes généraux régissant le conflit des lois dans le temps
- 2.1.5. Tableau récapitulatif
- 2.2. Compétence internationale
  - 2.2.1. Prédominance des sources internes
  - 2.2.2. Règles ordinaires
  - 2.2.3. Règles spécifiques
  - 2.2.4. Tableau récapitulatif
- 2.3. Loi applicable
  - 2.3.1. Difficultés générales de rattachement
  - 2.3.2. Loi applicable au régime matrimonial
  - 2.3.3. Loi applicable aux changements de régime matrimonial
- 2.4. Reconnaissance et exécution des décisions et des actes étrangers
- 2.5. Conclusions

### **SECTION III : PROPOSITIONS POUR UNE HARMONISATION**

#### **1. COMPETENCE INTERNATIONALE**

- 1.1. Compétence internationale contentieuse
  - 1.1.1. Règle générale de compétence directe des juridictions
  - 1.1.2. Compétences dérivées
  - 1.1.3. Mesures urgentes et provisoires et mesures d'exécution
  - 1.1.4. Clause attributive de juridiction dans un contrat de mariage et prorogation volontaire de juridiction
  - 1.1.5. Vérification de la recevabilité des cas de défaut
  - 1.1.6. Litispendance et connexité internationale
  - 1.1.7. For inapproprié et for de nécessité
  - 1.1.8. Compétences résiduelles
- 1.2. Compétence internationale non contentieuse
  - 1.2.1. Réception d'un contrat de mariage ou de sa modification et liquidation du régime matrimonial
  - 1.2.2. Enregistrement d'un contrat de mariage ou de sa modification

#### **2. DROITS APPLICABLES**

- 2.1. Régime primaire (droits et devoirs fondamentaux des époux)
  - 2.1.1. Détermination des droits applicables
  - 2.1.2. Domaine des droits applicables au régime primaire
- 2.2. Régimes secondaires (régime légal et régimes conventionnels)
  - 2.2.1. Détermination de la loi applicable
  - 2.2.2. Domaine de la loi applicable
  - 2.2.3. Effets du régime matrimonial à l'égard des tiers

#### **3. RECONNAISSANCE ET EXECUTION DES DECISIONS ET DES ACTES ETRANGERS**

- 3.1. Notion de « décisions étrangères »
  - 3.1.1. Transposition des solutions du règlement dit « Bruxelles I »
  - 3.1.2. Attention particulière portée au caractère volontaire de la matière des régimes matrimoniaux
  - 3.1.3. Distinction entre décisions contentieuses et gracieuses
- 3.2. Régime des décisions contentieuses

- 3.2.1. Type de décisions visées
- 3.2.2. Règle de reconnaissance de plein droit
- 3.2.3. Limitation des motifs de refus de reconnaissance
- 3.3. Régime des décisions gracieuses
  - 3.3.1. Type de décisions visées
  - 3.3.2. Exclusion du contrôle de la loi appliquée
  - 3.3.3. Rétablissement du contrôle de la compétence indirecte
- 3.4. Régime des actes publics
  - 3.4.1. Choix entre la méthode des conflits de lois et celle de la reconnaissance d'efficacité
  - 3.4.2. Spécificité de l'ordre juridique communautaire  
Option en faveur de la méthode de la reconnaissance d'efficacité
- 3.5. Publicité du régime matrimonial
  - 3.5.1. État des lieux
  - 3.4.3. Pour un registre unique
- 3.6. Résumé des propositions sur l'efficacité internationale des décisions et des actes publics

#### **4. DROIT INTERNE**

- 4.1. Régime primaire : des règles communes sur l'essentiel
  - 4.1.1. La possibilité de conclure un contrat de mariage
  - 4.1.2. La liberté d'exercice de l'activité professionnelle
  - 4.1.3. L'obligation de contribuer aux charges du mariage
  - 4.1.4. La protection du logement de la famille
  - 4.1.5. La sanction des actes frauduleux accomplis par un des époux
  - 4.1.6. La compensation des déséquilibres économiques et financiers procédant de l'organisation de la vie familiale
- 4.2. Régime secondaire : un régime matrimonial européen
  - 4.2.1. Considérations générales
  - 4.2.2. Convergences entre les régimes légaux des États membres
  - 4.2.3. Élaboration d'un modèle de régime matrimonial européen

## **DEUXIÈME PARTIE**

### **RELATIONS PATRIMONIALES DES COUPLES NON MARIÉS**

#### **SECTION I : ANALYSE COMPARATIVE DES RAPPORTS NATIONAUX**

##### **1. RELATIONS PATRIMONIALES DES COUPLES NON MARIÉS EN DROIT INTERNE COMPARÉ**

- 1.1. Évolution historique
  - 1.1.1. Aspects constitutionnels
  - 1.1.2. Principes sous-jacents de la législation et de la jurisprudence
- 1.2. Différents types de relations hors mariage
- 1.3. Le couple non marié
  - 1.3.1. Aperçu des règles concernant les couples non mariés
  - 1.3.2. autres aspects
- 1.4. Enregistrement des relations
  - 1.4.1. Sexe des partenaires
  - 1.4.2. Autorité compétente pour l'enregistrement

- 1.4.3. Caractéristiques principales du partenariat enregistré
  - 1.5. Les biens dans les relations enregistrées
    - 1.5.1. Les biens dans les partenariats enregistrés
    - 1.5.2. Les biens dans les relations enregistrées
    - 1.5.3. Les biens dans un partenariat enregistré en cas de dissolution ou de décès
    - 1.5.4. Les biens dans un contrat enregistré en cas de décès
    - 1.5.5. Les biens dans un contrat enregistré en cas de décès de l'un des partenaires
  - 1.6. Le mariage entre personnes du même sexe
- 2. RELATIONS PATRIMONIALES DES COUPLES NON MARIÉS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMPARE**
- 2.1. Introduction
  - 2.2. Problèmes généraux de droit international privé
    - 2.2.1. Qualifications
    - 2.2.2. Ordre public
    - 2.2.4. Effets du régime matrimonial à l'égard des tiers
    - 2.2.5. Fin du régime matrimonial
  - 2.3. Droit international privé des États membres qui ont adopté l'enregistrement de partenariat
    - 2.3.1. Conflits de lois
    - 2.3.2. Compétence internationale
    - 2.3.2. Reconnaissance des décisions étrangères
  - 2.4. Droit international privé des États membres qui ont introduit des contrats enregistrés
  - 2.5. Droit international privé et couples non mariés
    - 2.5.1. Conflits de lois
    - 2.5.2. Compétence internationale
    - 2.3.3. Reconnaissance et exécution
  - 2.6. Annexes : tableaux synoptiques

## **SECTION II : PROPOSITIONS POUR UNE HARMONISATION**

- 1. INTRODUCTION**
  - 1.1. Droit interne
  - 1.2. Droit international privé
- 2. POSSIBILITES D'UNE HARMONISATION PLUS POUSSEE**
  - 2.1. Relations enregistrées
    - 2.1.1. Remarques préliminaires
    - 2.1.2. Qualification et reconnaissance
    - 2.1.3. Coordination des règles de conflit de lois
    - 2.1.4. Ordre public
  - 2.2. Couples non mariés
  - 2.3. Mariages homosexuels

# PROLÉGOMÈNES

## ÉLÉMENTS D'ÉVALUATION QUANTITATIVE

### 1. DONNEES GENERALES

L'étude doit porter à la fois sur le droit interne et sur le droit international privé des régimes matrimoniaux de couples mariés et sur les rapports patrimoniaux des couples non mariés. Il est entendu que l'accent doit être mis sur le droit international privé.

Par nature, les normes de droit international privé concernent seulement les situations dites « internationales ». On peut débattre sur la signification du terme « international » mais il reste que, par nature, les normes de droit international privé interviendront uniquement lorsque le niveau d'« internationalité » a été atteint. La question qui pourrait être posée *in limine*, s'agissant de promouvoir le développement de normes uniformes de droit international privé, est la suivante : est-ce que l'étendue des problèmes à résoudre est telle qu'elle appelle une intervention législative européenne ? Pour le savoir, examinons quelques données chiffrées et donnons un aperçu des difficultés sociales les plus évidentes.

#### **1.1. Mobilité des citoyens de l'U.E. et de leurs biens dans les États membres**

Les données suivantes ont été puisées pour bonne part dans le rapport intitulé « Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union européenne », établi à Würzburg, le 8 novembre 2002. Les données *générales* relatives à la population résidente étrangère et aux ressortissants des différents pays vivant à l'étranger sont évidemment identiques pour le rapport « Successions » et pour le rapport « Régimes matrimoniaux des couples mariés et relations patrimoniales des couples non mariés ». Ces données générales démontrent que les problèmes suscités par les régimes matrimoniaux des couples mariés et par les rapports patrimoniaux des couples non mariés, compliqués par un élément étranger ne sont pas négligeables et que tous les États membres sont concernés, à des degrés divers <sup>4</sup>.

##### *1.1.1. Population résidente étrangère*

Présentons d'abord le nombre de citoyens de l'U.E. dans les différents États membres :

- a) Environ 1,5 % en moyenne de la population résidente dans les États de l'U.E. sont des ressortissants d'autres États membres ;
- b) Le pourcentage d'étrangers de l'U.E. est le plus élevé au Luxembourg (presque 20 %<sup>5</sup>), suivi par la Belgique (5,5 %), l'Irlande (2,43 %), l'Allemagne (2,26 %) et la Suède (2 %). L'Italie (0,26 %), la Grèce (0,27 %) et le Portugal (0,51 %) ont les pourcentages les moins élevés ;
- c) En chiffres, 1,858 million d'étrangers de l'U.E. vivent en Allemagne, 1,014 million en France, 859.000 en Grande-Bretagne et 563.000 en Belgique.

Les autres États de l'U.E. sont, par rapport à la mobilité au sein de l'U.E., plutôt des États d'origine que des États d'accueil :

- a) 11,7 % des Irlandais vivent dans d'autres pays de l'U.E. ; 8,2 % des Portugais et 4,2 % des Grecs ;
- b) En chiffres absolus, le nombre le plus important de nationaux dans d'autres États membres proviennent d'Italie (environ un million), suivi par le Portugal (839.000) ainsi que l'Irlande (444.000), la Grèce (441.000), l'Espagne (434.000) et la France (415.000) ;

Le nombre de ressortissants d'étrangers ressortissants de pays membres dans la population nationale des États de l'U.E. se situerait aux alentours de 5,63 millions de personnes

### *1.1.2. Patrimoine situé dans d'autres États de l'U.E.*

Il n'existe pas de chiffres fiables relatifs au patrimoine des citoyens de l'U.E. dans d'autres États membres ; on ne possède que des données approximatives :

- a) On estime qu'environ 800.000 à un million d'Allemands possèdent des immeubles dans un autre État membre (dont environ 300.000 en Espagne et 150.000 respectivement en Italie et en France) ; le nombre d'immeubles de ressortissants britanniques et néerlandais situés dans d'autres États membres semble également élevé ;
- b) En outre, il est notoire que beaucoup de ressortissants d'États membres possèdent des comptes bancaires ou ont loué des coffres bancaires au Luxembourg ; il n'y a toutefois pas d'éléments chiffrés fiables à ce sujet.

Si l'on se base sur ces données fragmentaires, on peut avoir une idée approximative du volume virtuel des seuls immeubles qui, dans la plupart des cas, appartiennent aux deux époux : environ 2,5 millions d'immeubles. Cela donne déjà une certaine idée de l'importance quantitative des problèmes suscités par les régimes matrimoniaux dans les relations internationales. Mais si l'on y ajoute les biens mobiliers situés dans un autre État de l'U.E., ce nombre peut assurément être doublé, voire triplé.

## **1.2. Immigration des ressortissants d'États tiers dans l'U.E.**

Les problèmes qui seront examinés dans le présent rapport peuvent concerner aussi les ressortissants des États tiers qui ont fixé leur demeure dans l'U.E. Il est établi que le

<sup>5</sup> Une autre source d'information cite un pourcentage de 32 % : Voir Portrait économique de l'Union européenne, Luxembourg, OPOCE, 2002, p. 136.

nombre de ces étrangers non citoyens de l'U.E. (c'est-à-dire dépourvus de la nationalité d'un État membre) s'élèverait aujourd'hui à près de quatorze millions de personnes. On lit, en effet, dans une publication officielle récente de l'U.E. : « La part des non nationaux dans la population européenne a connu une augmentation lente, mais régulière durant les dernières décennies. Leur nombre est passé de 13,6 millions en 1985 à 19,4 millions en 2000. Les ressortissants d'autres pays de l'Union européenne représenteraient 29 % du total de non nationaux en 2000, les ressortissants des États tiers, 71 % »<sup>6</sup>, soit 13,77 millions en 2000. Parmi eux, il y a évidemment un grand nombre de gens mariés, soit avec des citoyens européens, soit avec des ressortissants d'États tiers (voir *infra*, point 2). Chacun de ces couples pose nécessairement un problème de conflits de lois, d'autorités ou de juridictions dans le domaine des régimes matrimoniaux, même en dehors de tout litige entre époux.

Voici une observation concernant les données statistiques disponibles, relative à la répartition au sein de l'U.E. des étrangers, provenant tant de l'U.E. que des pays E.E.E. ou de pays tiers. Des cartes publiées par *Eurostat* en 2000 révèlent que la plus large proportion d'étrangers vit dans la partie occidentale de l'Europe, essentiellement au Benelux, en Allemagne, en France et en Angleterre (notamment à Londres)<sup>7</sup>. Dans les pays méditerranéens et scandinaves (à l'exception de la Suède), la proportion d'étrangers dans la population totale est infime. À cet égard, il n'est pas surprenant que, lors de la recherche d'informations sur la fréquence des affaires en justice et sur l'expérience pratique relatives au droit international privé en matière de régimes matrimoniaux de couples mariés ou de rapports patrimoniaux de couples non mariés, de telles informations furent principalement obtenues dans des pays qui ont la plus grande proportion de résidents étrangers.

## 2. DONNEES PARTICULIERES

### 2.1. **Données statistiques sur les mariages, divorces et séparations**

#### 2.1.1. *Différences de critères des données statistiques nationales*

Afin d'avoir une idée du nombre de relations transfrontalières qui seraient soumises aux normes de droit international privé, des recherches ont été menées pour réunir des données statistiques collectées par les organismes nationaux de statistiques. Le problème, dans l'évaluation de ces données aux fins de la présente étude, est que celles qui sont publiées ne fournissent pas nécessairement des informations pertinentes pour une analyse réalisée dans une perspective de droit international privé.

Ainsi au Royaume-Uni *the Office for National Statistics* publie de nombreuses données se rapportant aux mariages et aux divorces en Angleterre et au Pays de Galles. Cependant, ces données ne mentionnent pas si un élément international est impliqué, tel que la nationalité ou le domicile des époux. En Belgique, l'*Institut national des statistiques* publie chaque année des données intéressantes sur les mariages entre Belges et les mariages internationaux. Il en ressort que, sur environ 50.000 mariages célébrés dans le pays en l'an 2000, on comptait environ 8.000 mariages avec élément d'extranéité dans la nationalité des conjoints ou de l'un d'eux. En moyenne, sur les vingt dernières années, le pourcentage des mariages internationaux, par rapport aux unions nationales, oscille aux alentours de 15 %.

6 Loc. cit.

7 Voy. Eurostat Yearbook, Edition 2000, pp. 112 et 114.

Pour les mariages mixtes belgo-étrangers, il apparaît d'évidence que les plus nombreux sont ceux dans lesquels l'épouse est de nationalité belge (environ 60 % en moyenne, sur les vingt dernières années). Mais d'autres données pertinentes (par exemple sur les mariages de Belges à l'étranger) font défaut.

Quant aux autres États membres, certaines données disponibles donnent parfois des indications sur le caractère international éventuel d'un mariage ou d'un divorce, mais ces données ne sont souvent pas concluantes pour une analyse réalisée dans une perspective de droit international privé. Ainsi aux Pays-Bas le *Centraal Bureau voor Statistiek* publie de nombreuses informations concernant les mariages et les divorces, qui contiennent quelques références à un élément international<sup>8</sup>. Les données disponibles pour les Pays-Bas indiquent notamment si un mariage a été célébré dans le pays ou à l'étranger ; elles précisent dans quel pays les époux sont nés. En Allemagne, les données indiquent la nationalité des époux<sup>9</sup>. Tel est aussi le cas au Danemark<sup>10</sup>.

Outre les données sur la fréquence des mariages et la référence éventuelle à celles d'un élément international dans ces mariages, il y a le fait que les questions de régime matrimonial peuvent survenir dans des procédures en divorce. Cependant, il est à nouveau difficile de déceler l'élément international dans de telles données. Par exemple, pour l'Espagne, il existe de nombreuses statistiques concernant le nombre de divorces et de séparations de corps prononcés chaque année, mais les statistiques publiées ne prennent pas en compte l'élément international<sup>11</sup>. Dans d'autres États membres, l'approche suivie en matière de mariage est reprise pour les divorces et les séparations de corps. Ainsi, aux Pays-Bas, des informations sont disponibles concernant le pays natal des époux en instance de divorce ou de séparation. Pour l'Italie, l'*Istituto Nazionale di Statistica* fournit des renseignements sur le nombre de divorces et il indique le pays de résidence des époux, en précisant s'ils sont domiciliés en Italie ou à l'étranger. Au Danemark, il y a d'importantes données concernant la population danoise et un aperçu de toutes ou de certaines nationalités est fourni. Un tel souci du détail ne peut pas toujours être trouvé dans les statistiques d'autres États membres, où l'on trouve seulement des chiffres relatifs au nombre de résidents étrangers, sans qu'aucune information sur leur nationalité exacte ne soit disponible.

Bien que les statistiques disponibles soient loin d'être suffisantes pour une étude poussée des problèmes juridiques, quelques observations intéressantes peuvent être faites ici. Par exemple, on peut supposer que la détermination de la loi applicable au régime matrimonial se présentera quasi toujours durant les procédures en divorce, à l'exception éventuellement de celles initiées dans les pays liés à la tradition *de Common Law*, où cette question pourrait présenter peu d'intérêt pratique. Les renseignements disponibles pour les Pays-Bas et l'Italie sont, à cet égard, intéressants. En Italie, de 1998 à 2000, le nombre de divorces par an est passé de 33.510 en 1998 à 33.573 en l'an 2000. Le nombre de divorces concernant les deux époux ou l'un d'eux, vivant hors d'Italie, variait de 805 en 1998 à 751 en l'an 2000. Cela signifierait que, approximativement, 2% de toutes les affaires de divorces traitées par an en Italie présenteraient un élément international. Aux Pays-Bas, bien que la population soit moindre qu'en Italie, le nombre de divorces est comparable. En 1998, on comptait 32.459 divorces, pour un total de 34.650 en 2000. Les données disponibles pour les Pays-Bas ne mentionnent pas le pays de résidence des époux au moment de la procédure en

8 Voy. la base de données Statline à l'adresse suivante : <http://statline.cbs.nl/>.

9 *Zeitschrift für Standesamtswesen*, 2003, p. 27.

10 On peut consulter ces données sur [http://www.dst.dk/dst/dstframeset\\_1024.asp](http://www.dst.dk/dst/dstframeset_1024.asp)

11 On peut consulter ces données sur <http://www.ine.es/>.

divorce, mais bien le pays natal des époux. En 1998, sur 22.808 divorces, les deux époux étaient nés aux Pays-Bas ; en 2000, pour 25.499 divorces, les deux époux étaient nés en ce pays. Ceci implique qu'en 1998, au moins un des époux était né hors des Pays-Bas dans 9.651 cas de divorces et qu'en 2000, au moins un des époux était né hors de ce pays dans 9.151 divorces.

Bien que le critère soit différent de celui disponible en Italie et bien qu'il ne soit pas certain que le pays natal soit significatif dans l'analyse d'un conflit de lois (par exemple, parce que les deux époux pourraient avoir été des citoyens néerlandais résidant aux Pays-Bas lors du divorce), il y a un élément d'extranéité, au moins d'un point de vue sociologique, dans approximativement 30% des cas de divorces traités par les cours et tribunaux hollandais. Une autre caractéristique intéressante des données disponibles pour les Pays-Bas est que, dans approximativement 10% des cas de divorces, les deux époux étaient nés hors de cet État. S'agissant des divorces où seulement un époux était né aux Pays-Bas, davantage de femmes que d'hommes natifs de ce pays ont tendance à divorcer de leur époux né à l'étranger.

Une autre comparaison peut être réalisée concernant le nombre de mariages sur base des chiffres disponibles pour les Pays-Bas et l'Allemagne. Comparons le nombre de mariages aux Pays-Bas avec les données disponibles pour l'Allemagne. En l'an 2000 furent conclus 88.074 mariages qui impliquaient au moins un époux inscrit dans les registres de l'état civil néerlandais. Comme approximativement 10% de ces mariages furent célébrés hors des Pays-Bas, le nombre de mariages conclus dans ce pays s'élève à 79.526. Dans la même année, 418.550 mariages furent célébrés en Allemagne, dont 16% furent internationaux, impliquant au moins un époux non étranger. Aux Pays-Bas, il n'y a pas d'indication de la nationalité des époux, mais bien sur le pays natal. En 2000, pour 67.697 mariages, les deux époux étaient nés aux Pays-Bas, ceci impliquant que, dans 20.377 mariages, au moins un des époux était né hors de ce pays. Les données disponibles ne peuvent pas être aisément comparées car les critères utilisés dans chacun d'eux s'avèrent très différents. Les données allemandes se réfèrent aux mariages conclus en Allemagne et à la nationalité des époux, tandis que les données néerlandaises se réfèrent aux mariages conclus par au moins un époux qui est inscrit aux Pays-Bas et au pays natal, et pas nécessairement à la nationalité de l'époux. Néanmoins, il existe des indications selon lesquelles, dans ces deux pays voisins, une proportion considérable de mariages, c'est-à-dire 16% pour l'Allemagne et 23% pour les Pays-Bas, présente un élément international ou, à tout le moins, un élément interculturel.

### 2.1.2. *Différences de nature des données statistiques nationales*

Ces observations révèlent également une autre difficulté de traitement des données collectées par des agences nationales de statistiques. La comparaison entre données est difficile car le contenu des données publiées diffère de nature.

Les données statistiques disponibles, bien qu'intéressantes d'un point de vue sociologique, indiquent seulement le sommet de l'iceberg quand le problème est analysé sous l'angle traditionnel du droit international privé. Bien que les deux époux aient la même nationalité, la question du droit applicable pourrait se poser lorsqu'ils résident dans un autre pays que le pays de leur nationalité commune ou lorsqu'ils résident dans différents pays. Une différence de nationalité qui aurait existé lors de la célébration du mariage peut disparaître durant le mariage. Elle pourrait être remplacée par d'autres éléments pertinents pour le droit

international privé, tels que le lieu de résidence. Cependant, les conflits de compétence juridictionnelle ou de reconnaissance des décisions étrangères pourraient ne pas poser de gros problèmes si deux étrangers se marient et vivent dans le même pays durant toute la durée de leur mariage, tandis qu'ils peuvent être très irritants pour le couple qui partage la même nationalité (et le même pays natal), mais qui s'est déplacé dans un autre pays.

### 2.1.3. *Données statistiques sur les couples non mariés*

Des observations similaires peuvent être formulées concernant les couples non mariés ou les couples qui se sont engagés dans un partenariat enregistré. Le Danemark dispose de nombreuses données sur le statut des étrangers liés par un partenariat enregistré ou dont le partenariat enregistré a pris fin. De l'examen de ces données, il ressort que la grande majorité de la population danoise qui a conclu un partenariat enregistré est de nationalité danoise. Leur nombre a augmenté de 3.000 en 1997 à 5.000 en 2002. Les chiffres concernant les autres citoyens européens habitant au Danemark sont peu élevés, le plus grand groupe étant les Suédois (40 en 2003) et les Britanniques (28 en 2003). Il est intéressant de noter que quelques citoyens des États membres qui ne connaissent pas le partenariat enregistré dans leur droit national habitent au Danemark, bien que leur nombre soit fort restreint (les données mentionnent 28 citoyens britanniques, 2 citoyens irlandais, 2 autrichiens et 7 espagnols en 2003). Des chiffres peu élevés similaires sont disponibles concernant les citoyens européens qui ont mis fin à leur partenariat et habitent au Danemark (4 citoyens britanniques, 2 citoyens espagnols, 4 citoyens néerlandais et 12 citoyens suédois ont été dénombrés en 2003 jusqu'à ce jour). Concernant les citoyens des autres États membres qui appartiennent à l'E.E.E. ou à des pays candidats, le plus grand groupe de partenariats enregistrés au Danemark provient de l'Islande (22 en 2003), de la Norvège (45 en 2003) et de la Pologne (17 en 2003). Les citoyens norvégiens et polonais figurent aussi parmi les habitants dont le partenariat enregistré a été dissous (9 citoyens polonais et 6 norvégiens habitant au Danemark en 2003 ont mis fin à leur partenariat enregistré).

De ces chiffres, on peut au moins déduire que la problématique des couples non mariés mais enregistrés est encore si récente qu'elle ne constitue guère une réalité sociale significative par rapport au grand nombre de couples mariés. Face à l'ampleur des problèmes juridiques suscités par les régimes matrimoniaux, ceux qui touchent les relations patrimoniales de partenaires enregistrés, encore que fort aigus de par la nouveauté, demeurent quantitativement mineurs. Divers indices – diminution généralisée du nombre des mariages depuis une dizaine d'années en Europe et progression relativement rapide du nombre des partenariats enregistrés – laissent deviner une évolution prochaine partiellement inversée des réalités sociales à cet égard. Quant au phénomène du concubinage, par nature hors la loi et donc hors statistiques fiables, il ne peut aisément être quantifié au niveau européen.

Pour coller à la réalité contemporaine, le présent rapport se doit donc de consacrer davantage de place aux régimes matrimoniaux des couples mariés, par rapport aux problèmes patrimoniaux des couples non mariés, sans cependant négliger ceux-ci.

### 2.3. Données sur la fréquence des affaires en justice

Il apparaît que, lorsque les agences de statistiques fournissent des indications concernant le nombre d'affaires en justice, ces données concernent seulement le nombre de divorces et/ou de séparations de corps qui ont été accordés. Les données sur le nombre de cas traitant des questions de régimes matrimoniaux comme tels n'ont pas pu être obtenues. Les efforts effectués en vue d'évaluer la fréquence des cas sur base des décisions de justice publiées ne donnent qu'une vague indication. Ainsi, en Allemagne, État membre marqué par une longue tradition juridique académique dans le domaine du droit international privé, il y a très peu d'affaires internationales publiées qui concernent réellement les questions de régimes matrimoniaux. Par contre, on y décèle beaucoup d'affaires internationales impliquant d'autres aspects du droit familial, particulièrement au moment du divorce. La plupart des procédures judiciaires en Allemagne traitant des questions de régimes matrimoniaux concernent des cas nationaux. En Italie, il apparaît aussi qu'il y a peu de litiges concernant les régimes matrimoniaux internationaux et, lorsqu'il y en a, l'accent est mis, en jurisprudence, sur l'exécution des décisions, non sur la loi applicable. En Espagne, la majorité des décisions dans lesquelles la question du droit applicable fut résolue concernait des cas internes impliquant des époux appartenant à différentes régions (droit foral). En Suède, la jurisprudence récente sur des questions typiques de régimes matrimoniaux présentant un élément d'extranéité est extrêmement peu fournie. En Irlande, il y a peu de cas publiés, mais en droit national, beaucoup de problèmes existent qui sont résolus sans recours à la justice.

Un autre aspect important est que, dans certains États membres, la loi a été récemment revue et une nouvelle législation a été introduite. La meilleure illustration en est la création récente de nouvelles institutions, telles que le « pacs » en France. Bien que cette législation soit critiquée en doctrine, dans la pratique, une jurisprudence apparaît. Des réactions similaires ont été exprimées par la doctrine en Irlande, où une législation a été introduite concernant les régimes matrimoniaux. Les praticiens se montrèrent réticents à mettre en œuvre des procédures dont l'issue demeurerait incertaine. Selon un adage irlandais, « aucun époux ne peut être sûr de ses droits jusqu'à ce que la Cour ait statué »<sup>12</sup>.

Pour un État membre, des indications existent selon lesquelles les questions de régimes matrimoniaux surviennent fréquemment en jurisprudence. Aux Pays-Bas, beaucoup de décisions internationales sont publiées en droit des régimes matrimoniaux<sup>13</sup>.

Une explication plausible de ce phénomène réside dans le fait de la communauté universelle du régime matrimonial légal, où des intérêts financiers considérables peuvent être en jeu. Un époux peut bénéficier considérablement de l'application de la loi néerlandaise, en lieu et place d'une loi qui laisserait intact le patrimoine propre des époux.<sup>14</sup>

Une autre explication résiderait dans les changements importants qui ont eu lieu dans les règles des conflits de loi pour les régimes matrimoniaux au cours des trente dernières années aux Pays-Bas.

12 L.-A. Buckley, « Matrimonial property and Irish law : a case for community », *Irish Journal of Family Law*, 2002, p.58.

13 Depuis 1982, le *Nederlands Internationaal Privaatrecht* a publié 473 décisions traitant de questions de régimes matrimoniaux (sur un total de 5.143 décisions publiées).

14 Il faut mentionner que le projet de loi datant du 7 mai 2003 du gouvernement Néerlandais propose une modernisation importante du régime légal (*Tweede Kamer*, 2002-2003, no. 28 867). Selon ce projet de loi, la communauté sera plus réduite que la communauté universelle actuelle.

Concernant les autres types de relations, les partenariats enregistrés ou les couples non mariés, la jurisprudence publiée demeure encore fort rare dans tous les États membres.

#### 2.4. Enquête auprès de praticiens spécialisés

On l'a dit : dans beaucoup d'États membres, des praticiens ont été interrogés au cours de cette recherche, même par des procédés informatisés. Les coordonnateurs scientifiques de la recherche, avec l'assistance des rapporteurs nationaux, se sont efforcés de réunir des informations quantitatives et factuelles auprès de ces praticiens.

La diffusion des questionnaires *on-line* s'est effectuée soit « de bouche à oreille », grâce à l'intervention des rapporteurs nationaux, soit en contactant directement des praticiens réputés. Sur le continent européen, une organisation internationale de juristes s'occupant de droit familial fut consultée, de même que des associations nationales de professionnels, comme des associations d'avocats ou de notaires. Les résultats des efforts réalisés démontrent une grande réticence des praticiens à être impliqués dans ce type d'étude. Le questionnaire *on-line* apporta beaucoup de réponses en provenance de Finlande <sup>15</sup>, mais n'intéressa guère les juristes des autres États membres. Les résultats recueillis ont été décevants. Même dans les États membres où une approche plus personnelle d'enquête fut adoptée, les interlocuteurs ne se montrèrent pas vraiment enclins à s'impliquer.

Faut-il s'en étonner ? Déjà dans le passé (c'est-à-dire avant les premières ratifications de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux), il y eut une opposition de certains milieux académiques et de praticiens, dans divers États membres, à l'égard de cette tentative d'unification en matière de régimes matrimoniaux <sup>16</sup>. Trois États seulement ratifièrent cette Convention et, depuis 1992, la ratification de cet instrument diplomatique paraît n'avoir plus été envisagée par les autres États.

En dehors du cercle des États qui ont ratifié la Convention de La Haye de 1978, les codifications récentes du droit international privé semblent acceptées par les praticiens. En Allemagne, par exemple, aucun des experts interrogés n'a évoqué de difficultés majeures dans l'application de la règle de conflit de lois qui fut introduite dans la législation allemande en 1986 pour régir les régimes matrimoniaux. La possibilité offerte par la législation allemande de désigner la loi applicable est largement utilisée. En Espagne, les règles de conflit de lois sont, en pratique, appliquées plus souvent dans des cas interrégionaux que dans des situations internationales. Dans d'autres États, concrètement, l'accent n'est pas nécessairement placé sur les questions de droit applicable. En Italie, l'attention de la pratique juridique se porte davantage sur la problématique de la compétence des autorités et des juridictions. Dans certains autres États membres de l'U.E., où la problématique des conflits de lois est présente, l'incertitude des règles de conflits de lois, d'autorités et de juridictions est mal ressentie.

Un problème particulier, qui concerne les praticiens mais qui devrait également intéresser le législateur, est l'application temporelle de toute règle de conflit de lois. Au moins

<sup>15</sup> Ceci est dû probablement à l'intervention de l'association d'avocats finlandais, qui a apparemment placé le questionnaire sur son site Internet.

<sup>16</sup> Voy. par exemple, aux Pays-Bas: Th. M. de Boer, « Stop de ratificatie van het Haags Huwelijksgoederenverdrag 1978! ('Arrêtez la ratification de la convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux') », *Nederlands Juristenblad*, NJB 1990 p. 783.

dans deux États membres (aux Pays-Bas et en Espagne), la question est importante dans la pratique. La solution la plus suivie indique que les nouvelles règles s'appliqueront uniquement aux mariages célébrés après leur adoption. Cela signifiera que ces nouvelles règles n'auront au départ qu'un impact limité ; elles ne vont acquérir de l'importance qu'avec les années. Cet aspect rend difficile l'évaluation actuelle de la réelle valeur pratique de la Convention de La Haye de 1978.

Concernant les autres formes de relations familiales, les questions patrimoniales en droit international privé sont précédées d'une question tout à fait différente, qui n'intervient pas vraiment pour les mariages traditionnels. Le premier problème à envisager est la reconnaissance d'une nouvelle forme de relation de droit familial, qui peut exister entre partenaires de même sexe ou de sexes opposés<sup>17</sup>. Ce problème est généralement identifié en pratique, particulièrement dans le cas d'une relation homosexuelle. Comme cela sera exposé en détail dans la deuxième partie du rapport, il y a une différence profonde entre les types de relations familiales introduites dans les pays scandinaves et aux Pays-Bas (partenariat enregistré), d'une part, et ceux créés en droit français et belge. Concernant la France, la législation actuelle, considérée comme ambiguë, est critiquée. La pratique française exprime le désir que, dans l'U.E., les droits matériels relatifs à ces institutions convergent davantage entre eux. Sans cette convergence, une harmonisation dans le domaine du droit international privé serait difficile à entreprendre, pense-t-on.

La pratique tend aussi à démontrer un problème particulier concernant les États membres liés à la tradition de *Common Law*, à savoir le Royaume-Uni et l'Irlande. Tant le droit international privé que le droit national de ces États adoptent des positions très différentes de celles des États membres continentaux. Ici, la différence est plus structurelle que quantifiable.

Concernant les couples non mariés et les nouvelles formes de relations familiales, la pratique juridique est inexpérimentée et les statistiques encore peu fournies. Concernant les nouvelles formes de relations (y compris les récents développements du mariage homosexuel), il semble que la question la plus courante soit la suivante : cette relation sera-t-elle reconnue à l'étranger et, dans ce cas, dans quelle mesure les règles ordinaires du régime matrimonial pourront-elles lui être appliquées ?

## **2.5. Internationalisation potentielle des situations internes de tout couple**

Cette longue entrée en matière a tenté de fournir quelques points de repère quantitatifs et de présenter certaines préoccupations pratiques qui interviennent dans l'examen des questions de droit international privé concernant les régimes matrimoniaux et les rapports patrimoniaux des couples non mariés.

Dans la perspective d'une harmonisation éventuelle au sein de l'U.E., une question majeure est certes de savoir approximativement combien de personnes ont un intérêt à la sécurité juridique qui pourrait résulter d'une telle harmonisation. La réponse s'avère délicate,

---

<sup>17</sup> Sur ce problème relatif aux couples homosexuels, voy. le récent ouvrage de Boele-Woelki and Fuchs, eds., *Legal Recognition of Same-Sex Couples*, Intersentia, Anvers-New-York-Oxford, 2003.

vu la faiblesse des données quantitatives et les avis parfois divergents des praticiens. Mais une chose est claire : il existe des éléments indiquant qu'un grand nombre de personnes mariées habitent à l'étranger, c'est-à-dire dans un pays qui n'est pas le pays de la nationalité commune des époux. Pour les autres formes de relations familiales, il y a des indications moins évidentes à propos de la mobilité internationale des personnes s'étant engagées dans de telles relations.

Un point reste controversé, à savoir si davantage de poids devrait être accordé aux chiffres qui sont disponibles à propos du nombre de relations transfrontalières, quelle que soit la manière dont celles-ci sont définies. Or, potentiellement, chaque mariage, chaque partenariat enregistré ou chaque couple non marié, national au départ, peut acquérir une dimension internationale par après. Encore faudrait-il qu'il n'y ait point d'obstacles au déplacement de ces époux ou partenaires, à leur installation, de manière permanente ou temporaire, dans d'autres États, à la conclusion par eux de contrats (de mariage, de donation entre époux ou partenaires...) avec des personnes originaires d'autres États, à l'accès à la propriété de biens situés à l'étranger...

Peut-être existe-t-il encore certains États dans lesquels le concept de mariage purement national, protégé d'influences internationales durant toute son existence, reste la norme ? On peut en douter. Quoi qu'il en soit, nul ne pourrait garantir qu'un mariage ou une autre relation moderne similaire, purement « interne » au début, sera toujours exempté d'influences internationales. Par conséquent, le seul élément quantitatif dont il conviendrait de tenir compte ici serait, en définitive, celui du nombre de mariages, du nombre d'autres types de relations enregistrées de couples, ainsi que du nombre d'unions libres dans l'U.E. Nul doute que ce nombre soit élevé, très élevé !

# PREMIÈRE PARTIE

## RÉGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS

### SECTION I

#### NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION EUROPÉENNE

#### 1. RELEVÉ DES PRINCIPALES DIFFICULTÉS PRATIQUES DUES À LA DIVERGENCE DES DROITS

##### 1.1. Divergences des droits internes

##### 1.1.1. Notions générales

##### 1.1.1.1. Problèmes similaires, mais solutions différentes

Il ressort de la comparaison des droits nationaux<sup>18</sup> que les difficultés juridiques que connaissent les citoyens européens et les ressortissants d'États tiers à l'Union européenne vivant dans un État membre sont, somme toute, assez semblables. Celles-ci apparaissent avec une acuité particulière en cas de crise dans la famille, lorsque le couple marié se disloque et que le lien conjugal se relâche en fait ou est rompu en droit par une décision judiciaire ou administrative de divorce. Mais les difficultés peuvent tout aussi bien apparaître en dehors de tout contentieux entre époux, dès lors que l'évolution patrimoniale du ménage conduit celui-ci, pour des raisons bien diverses, à vouloir procéder à des acquisitions immobilières, à des placements de valeurs mobilières importantes, à des donations ou des ventes entre époux, à recevoir un capital d'assurance ou une rente, voire à vouloir modifier entre conjoints, de commun accord, les règles régissant leurs relations patrimoniales. En outre, ces difficultés surgissent naturellement en cas de décès de l'un des époux, lorsqu'il devient indispensable de déterminer ce qui entre dans l'actif et le passif successoral du défunt, alors que, jusqu'à ce décès, les biens ont, *de facto*, été « mélangés » car mis à la disposition du ménage, qui le gèrait plus ou moins par accord tacite et récurrent entre conjoints.

Dans ces trois types de situation se pose la question : quel est le régime matrimonial (ou, si l'on préfère une expression plus neutre, les droits patrimoniaux des époux (*matrimonial property rights*<sup>19</sup>) du couple en cause ?

S'il existe donc apparemment une large identité de vues dans l'énoncé des problèmes à résoudre, la comparaison des règles de droit interne (appelées parfois par certains auteurs « règles de droit matériel ») souffrent, dans cette matière touchant le patrimoine des conjoints et de leur ménage, de profondes divergences dans leurs solutions juridiques. Certes,

---

18 Voy. infra, section 2, une synthèse des rapports nationaux des États membres réalisée dans le cadre de cette recherche (en particulier le point 1 : Régimes matrimoniaux des couples mariés en droit interne comparé).

19 Voy. Le titre de T.C. Hartley, « Matrimonial (marital) property rights in conflict of laws : a reconsideration », Reform and development of Private international law – Essays in honour of Sir Peter North, Oxford University Press, 2002, p. 216. L'auteur observe que l'expression courante anglaise « matrimonial property rights » devient « marital property rights » aux USA.

les États qui se rattachent à une même « famille de droit » (celle du droit romano-germanique ou celle du droit de la *Common Law*) adoptent une approche méthodologique similaire pour régler ces problèmes. Mais ces familles de droit – il faut le dire d'emblée – divergent profondément entre elles et, par ailleurs, le droit des États scandinaves ne paraît pas s'attacher complètement à l'une ou à l'autre d'entre elles, formant un peu une branche familiale propre.

Cela dit, il reste que dans des options législatives essentielles (comme l'organisation d'un régime légal dans les pays qui connaissent la notion même de « régimes matrimoniaux ») ou dans des objectifs fondamentaux (comme l'idée de la participation nécessaire de chaque époux dans les revenus et les acquisitions durant le mariage), il existe dans la majorité des États membres de l'U.E. un large consensus. Même dans des mesures plus techniques, d'ordre procédural (comme la réglementation régissant le changement volontaire, par les époux, de leur régime matrimonial), il y a parfois des convergences manifestes.

Si l'on veut favoriser la libre circulation des personnes et des capitaux au sein de l'U.E., il convient de tenter de bâtir sur les convergences constatées une harmonisation du droit suffisante pour abolir les divergences les plus irritantes, celles dont les habitants de l'Europe communautaire peuvent ressentir le plus les effets désagréables ou pervers.

Pour démontrer la nécessité de cette harmonisation, il suffit de passer en revue les principales difficultés juridiques et pratiques dues à la diversité des droits nationaux. Commençons par l'exposé de celles qui prévalent en droit interne (1.1) pour examiner ensuite celles qui émaillent le droit international privé des États membres (1.2).

#### 1.1.1.2. Divergences dans la connaissance du concept « régime matrimonial »

Les États membres de l'Union Européenne localisés sur le continent ont légiféré pour régler, dans un corpus législatif plus ou moins élaboré – tel un Code, une loi organique – l'ensemble des rapports patrimoniaux entre époux. Ces règles figurent le plus souvent dans une subdivision du Code civil, sous l'appellation « Régimes matrimoniaux ».

Dans quelques États membres, sous l'impulsion de la doctrine, cette notion a été découpée pour viser deux grands ensembles. Il y a d'abord les dispositions d'ordre patrimonial fixant les droits et devoirs essentiels des conjoints, dispositions constitutives d'un « régime primaire » impératif en ce sens qu'il n'est pas permis aux époux ou futurs époux d'y déroger par conventions particulières. Ces dispositions sont parfois qualifiées d'ordre public. Il y a ensuite les dispositions régissant les questions classiques de répartition des biens entre époux et celles du pouvoir de gestion des conjoints sur les biens qu'ils possèdent chacun ou qui sont mis à la disposition du ménage pour faire face aux charges du mariage. Ces dispositions s'ordonnent autour de divers axes, que de nombreux législateurs proposent au choix des époux. Ce sont les « régimes secondaires », tantôt de communauté de biens, tantôt de séparation de biens, tantôt de participation...

Même si les lois n'utilisent pas toujours les expressions « régime primaire » et « régimes secondaires », ce sont là des réalités que la doctrine juridique, dans les États membres qui connaissent ces ensembles législatifs, a identifié à juste titre.

D'autres États, à savoir ceux qui se rattachent au système de droit anglo-saxon, ignorent la notion même de « régime matrimonial » et, *a fortiori*, la distinction entre régime primaire et régimes secondaires. Pour définir les « *property rights resulting from marriage* », l'on utilise l'expression « *matrimonial property rights* ». Il est clair que, dans ces États, il existe beaucoup de dispositions législatives ou réglementaires et bien davantage de droit jurisprudentiel dont l'objet est d'organiser les rapports patrimoniaux entre époux et vis-à-vis des tiers (enfants du couple, créancier d'un époux, administrations publiques...). Mais ces normes ne forment pas un ensemble organisé de façon systématique, sous l'aspect de « régimes matrimoniaux ». Les praticiens de droit britannique ou de droit irlandais, tout comme les particuliers vivant en Angleterre ou en Écosse et ceux qui habitent en Irlande, peuvent donc se référer à ces normes et les appliquer sans toutefois devoir les considérer conceptuellement « à la manière » de régimes matrimoniaux, au sens donné à ce terme dans les droits civils continentaux.

Cette différence d'approche, fondamentale, ne peut être niée ou contournée. Lors des discussions préparatoires à la Convention d'adhésion du Royaume-Uni et de l'Irlande à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, elle est apparue avec évidence dès le début des discussions, à propos de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, qui cite « les régimes matrimoniaux » parmi les matières exclues de la Convention. Les délégations anglaise et irlandaise (et, dans une moindre mesure, l'expert écossais) ont de suite souligné le problème suscité par cette expression conventionnelle. Nul doute qu'il en ira de même si la Commission européenne devait décider de proposer une harmonisation dans ce secteur du droit.

Cela dit, l'expression « régimes matrimoniaux » est consacrée par le droit positif de la majorité des États membres. Elle figure dans des textes de droit dérivé européen<sup>20</sup> et dans des Conventions internationales, même préparées sous l'égide du Conseil européen<sup>21</sup>. La Cour de justice des Communautés européennes a rendu des arrêts dans lesquels figure l'expression « régime matrimonial »<sup>22</sup>. Utiliser l'expression dans un nouveau règlement européen ne devrait donc pas poser problème, dès lors qu'un accord suffisant pourrait être atteint sur la teneur de ce concept.

Or, tel est bien là le défi à relever ! De la différence de base relevée ci-dessus résultent, en effet, maintes difficultés pratiques pour les particuliers dont les relations familiales se situent de part et d'autre de la Manche. Voyons cela de façon plus détaillée en entrant plus avant dans le détail des réglementations juridiques.

### 1.1.2. Régime primaire

#### 1.1.2.1. Convergence sur la nécessité de prévoir une réglementation sur les droits et devoirs fondamentaux des époux

20 Voy. le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I), article 1er, alinéa 2, lettre a).

21 Voy. la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome, le 19 juin 1980, article 1er, alinéa 2, lettre b), premier tiret.

22 C.J.C.E., 6 mars 1980, aff. 120/79, de Cavel, Recueil, 1980, p. 731; Rev. crit. dr. internat. privé, 1980, p. 618. Voy. déjà aussi, C.J.C.E., 27 mars 1979, aff. 163/78, de Cavel, Recueil, 1979, p. 1055; Rev. crit. dr. internat. privé, 1980, p. 614 et Clunet, 1979, p. 681, note A. Huet.

Comme on le verra plus loin dans l'analyse synthétique des rapports nationaux (partie « droit interne »), il existe dans tous les États membres des règles juridiques destinées à fixer les *obligations* fondamentales pesant sur chacun des époux, tant dans leurs relations personnelles (comme le devoir de fidélité) que patrimoniale (comme l'obligation de contribuer aux charges du mariage). Ces règles déterminent aussi les *droits* fondamentaux des époux l'un vis-à-vis de l'autre, fondés sur le principe d'égalité des sexes et de solidarité nécessaire entre les conjoints. Que ces normes figurent dans un corpus unique ou soient éparpillées dans des lois différentes importe peu, sauf pour les particuliers qui tentent de les connaître. De même, et sous une réserve similaire, il importe peu que soit ou non donnée à ces règles l'appellation de « régime primaire » par souci de logique juridique ou de facilité terminologique, ou encore que ces règles soient incorporées dans un Code civil ou placées dans une loi exclusivement consacrée au mariage et à ses effets.

#### 1.1.2.2. Divergences dans la réglementation sur les droits et devoirs fondamentaux des époux

Il importe de relever d'abord que ces réglementations divergent considérablement d'un pays à l'autre. Donnons-en trois illustrations qui démontrent combien les particuliers peuvent pâtir de ces divergences.

##### *a) Sur la contribution aux charges du mariage*

Si tous les États membres de l'U.E. consacrent légalement ce principe de solidarité, ils ne lui confèrent point la même teneur. Dès lors, en cas de mésentente dans le couple, il advient que chaque conjoint a tendance à se réfugier sous « son » droit (celui de sa nationalité, celui de son domicile ou de sa résidence...). Que faire si les époux, ressortissants d'un État qui consacre de façon impérative le principe selon lequel la contribution doit être proportionnelle aux facultés des époux, résident dans un État où il est laissé aux conjoints la faculté de régler entre eux les modalités de leur participation ?

##### *b) Sûretés personnelles mettant en péril l'intérêt de la famille*

L'exemple suivant est tiré de la jurisprudence belge. Selon l'article 224 du Code civil, un époux peut demander au tribunal l'annulation des sûretés consenties à son issu par l'autre époux, lorsque cette sûreté (une caution bancaire, par exemple), met en péril les intérêts de la famille. Pareille clause n'existe pas comme telle en droit italien. Que décider si un Italien demeurant en Belgique – et ils sont plusieurs dizaines de milliers à y vivre – a consenti une caution sans en parler à sa femme belge ?<sup>23</sup>

##### *c) Protection du logement familial principal*

Tous les droits internes des États membres de l'U.E., et bien d'autres pays, ont été attentifs à prévoir une protection légale d'un conjoint contre les actes de l'autre tendant à bouleverser le cadre de vie principal de la famille<sup>24</sup>. Mais il y a beaucoup de lois internes, de par le monde, qui ignorent cette protection. Et ceux qui la prévoient en fixent les modalités d'exercice de façon tellement variable qu'il peut évidemment arriver, surtout dans les couples « mixtes », que les deux législations applicables s'avèrent inconciliables.

23 Cass., 3e Ch., 25 mai 1992, Banque Sud-Belge c. Ilardo et autres, Pas., 1992, I, p. 839 et concl. Av. gén. J.F. Leclercq.

24 Cette protection est assurée soit par des règles spécifiques à l'hypothèse du logement (ex. : France, Belgique), soit par une disposition plus générale (ex. : Suède).

### 1.1.3. Régimes secondaires

#### 1.1.3.1. Conceptions différentes sur la notion « contrat de mariage »

Les rares données statistiques disponibles suffisent à démontrer que la pratique des contrats de mariage demeure assez peu répandue en Europe communautaire. Sans doute les proportions varient-elles d'un État à l'autre : ainsi, il y aurait de 30 % à 40 % de couples liés par conventions matrimoniales dans certains États membres, alors que la moyenne se situerait aux alentours de 10 % dans d'autres et moins encore dans l'un d'eux (la Grèce).

L'ampleur des problèmes pratiques suscités par ces contrats est donc faible, par comparaison avec d'autres, comme celui de la détermination du régime matrimonial d'époux de nationalités différentes mariés sans contrat.

Cela observé, il reste néanmoins que les réglementations sur les contrats de mariage, qui varient fort d'un État membre à l'autre, posent parfois problèmes, de sérieux problèmes.

Entre le « contrat de mariage » continental, tel qu'organisé par les Codes civils allemand, autrichien, belge, espagnol, français, italien, etc. et les « *marriages settlements* » ou « *marriage contracts* » du droit anglo-saxon, il semble bien qu'au-delà des apparentes ressemblances, il y ait des différences de nature très profondes. Comme les droits continentaux, le droit anglais et le droit irlandais connaissent des conventions préalables à la célébration du mariage, conclues pour organiser la vie patrimoniale du couple. Tous ces droits connaissent aussi, sauf rares exceptions, des contrats modificatifs de régimes matrimoniaux ou des *marriages settlements post nuptias*. Mais alors que jamais un juge continental ne pourrait *motu proprio* modifier des conventions matrimoniales valablement conclues, le juge anglais puise dans son système de droit la faculté d'adapter le *marriage settlement* si, à l'estime dudit juge, les conditions nouvelles dans lesquelles se trouve un couple commande cette adaptation, qu'il définit alors en se fondant sur l'article 35 du *Matrimonial Causes Act 1973*. Bien plus : il n'est pas rare qu'un contrat de mariage continental soit dépourvu d'effets en Angleterre au motif que le juge anglais décide de ne pas le reconnaître en se fondant sur l'exception d'ordre public. Le rapport anglais<sup>25</sup> relève même cette appréciation d'un juge britannique vis-à-vis d'un contrat de mariage conclu en Allemagne (et parfaitement valable

dans ce pays) par un couple d'Allemands : ce contrat, estime le juge anglais, doit être considéré comme d'importance très limitée (*very limited significance*) en Angleterre.

Ainsi, au-delà des points de convergence entre les droits internes des États membres, notamment par la consécration du principe de l'autonomie des époux, par la ressemblance des conditions générales de validité des contrats de mariage et même par l'exigence assez généralisée d'une publicité à apporter à ces conventions, il y a, sur ce point, des approches parfois peu conciliables sur l'essentiel : les effets concrets de ces contrats matrimoniaux. D'où les mauvaises surprises que rencontrent certains couples ou époux confrontés à la contestation judiciaire de leurs volontés légalement exprimées.

25 Voy. le rapport anglais, n° 1.2.3.2 et n° 2.3.1.1.

### 1.1.3.2. Divergences dans les réglementations des contrats de mariage

Comme chaque État légifère en toute souveraineté dans le but d'organiser la vie familiale et qu'en cette matière, les accords internationaux demeurent rares (surtout ceux portant unification du droit matériel), on ne doit pas s'étonner des différences qui existent dans la réglementation des contrats de mariage. La plus connue de ces différences concerne la forme des contrats. Beaucoup d'États membres de l'U.E. exigent une certaine solennité et vont jusqu'à imposer la forme notariée. D'autres prévoient des formes simplifiées (ainsi, en Italie, les époux désireux d'être séparés de biens peuvent simplement le signaler à l'officier de l'état civil qui reçoit leur consentement au mariage<sup>26</sup>). Des États anglo-saxons admettent même les conventions matrimoniales par acte sous seing privé<sup>27</sup>.

Qu'en résulte-t-il ? Donnons un exemple. Un Américain d'origine belge, domicilié dans l'État de New York, a épousé une Française. Avant le mariage, les époux ont signé, par acte sous seing privé, un contrat de mariage dans lequel figure une clause selon laquelle les biens acquis à titre onéreux durant le mariage, par l'un ou par l'autre des époux, formeront leur « propriété commune ». Vingt ans plus tard, l'époux souhaite offrir à son épouse un immeuble situé en France. Il entend que cette villa, acquise avec ses revenus professionnels, soit un bien qui appartienne « exclusivement » à sa femme. Un *layer* new-yorkais, expert en droit fiscal américain, a conseillé au couple de conclure un nouveau contrat, modificatif de leurs volontés anténuptiales. Les époux ont suivi ce conseil et ont signé, toujours en la forme privée, un accord dans lequel ils affirment qu'à l'avenir, les immeubles achetés avec les revenus de l'un d'eux pourront appartenir en propre à l'autre, si tel est leur désir. Le notaire français appelé à recevoir l'acte d'acquisition de la villa sise en France, par l'épouse agissant « en son nom personnel avec l'accord de son mari » s'interroge sur la validité de cette opération et sur les réactions probables du receveur de l'enregistrement...

Autre exemple de cas vécus confrontés à la divergence des droits internes, lorsque l'affaire, au départ purement interne, suscite plus tard des conflits de lois. Une veuve d'un Italien très fortuné, elle-même de nationalité italienne, a reçu en héritage le patrimoine de feu son époux en 1989. Cinq ans plus tard, elle se remarie avec un Américain domicilié en Californie mais séjournant souvent en Europe pour affaires. Le mariage ayant eu lieu à

Vienne, les futurs époux se sont rendus chez un notaire autrichien la veille du mariage. L'épouse a exigé que soit signé un contrat de mariage prévoyant une séparation des biens. Le notaire viennois s'est borné à écrire sur une feuille blanche ces seuls mots : « Convention : Régime de séparation de biens ». Ce document fut signé par les deux époux et par le notaire, qui y a apposé son sceau et a daté la convention avec un cachet à date.

Quelques mois plus tard, un notaire italien est consulté par l'épouse, dont l'essentiel du patrimoine se situe en Italie. Il apparaît alors que l'époux américain nie la validité formelle du contrat de mariage et se considère comme régi par la communauté d'acquêts, régime légal italien...

Ces deux exemples portent sur la validité formelle des conventions matrimoniales. Des problèmes similaires peuvent résulter des réglementations différentes concernant les

26 Art. 162, al. 2 C.civ.it. : « Le choix du régime de séparation peut aussi être déclaré dans l'acte de célébration du mariage ».

27 Tel est le cas dans l'État de New York, aux États-Unis d'Amérique.

conditions de validité intrinsèque ou de capacité des signataires, des effets du contrat initial ou de contrats modificatifs...

### 1.1.3.3. Divergences dans l'organisation d'un régime légal

Formulons une observation préliminaire sur ce point, pour ne plus devoir y revenir. Il est évident que dans les États de l'U.E. ou dans les États tiers qui ignorent la notion même de « régimes matrimoniaux », il n'existe forcément aucun « régime légal » organisé. Contrairement à une pensée répandue, cela ne signifie pas pour autant que les époux régis par la loi de ces États (comme les pays anglo-saxons ou la plupart des pays musulmans...) se retrouvent *ipso facto*, en vertu des principes généraux du droit des obligations, dans la situation d'époux séparés en biens. Comme l'observe Georges Droz : « Quant à la fameuse séparation de biens connue dans les pays anglo-américains, elle n'est plus qu'un légende... »<sup>28</sup>.

Même en se tenant aux seuls États de l'U.E. qui connaissent et organisent un régime légal, on se doit de relever – comme le font quotidiennement notaires et *solicitors* ou autres *scriveners* – que les droits internes varient considérablement en la matière, ce qui attise l'acuité des conflits de lois. Il n'est pas rare, dès lors, qu'un couple mixte soit considéré dans un pays comme tombant dans un régime de communauté et, de l'autre côté de la frontière, comme vivant en séparations de biens. C'est assurément là, dans la pratique, la solution la plus énervante et hélas, assez répandue.

Dessinons à grands traits l'éventail fort large des divergences dans le choix par les législateurs européens de leur régime légal. Il est vrai que celui de la communauté d'acquêts est parvenu à réunir un nombre non négligeable d'États membres (huit pays y sont favorables), mais la notion même d'acquêts n'y est pas comprise de façon uniforme. L'harmonie apparente s'estompe lorsqu'il s'agit de savoir si tel bien est ou non acquêt, donc commun. Parfois, le doute existe, en raison d'hésitations jurisprudentielles et doctrinales. Il se fait aussi que l'on peut classer six États membres dans le camp des législations favorables à un régime légal de type séparatiste. Et pour être complet, il faut affirmer que le régime légal de participation aux acquêts est assurément fort répandu puisque c'est celui de l'Allemagne (le plus peuplé et le plus vaste des États membres de l'U.E.), ainsi que celui de certains futurs États membres, dont l'adhésion très prochaine est déjà décidée ou en voie de l'être.

Mettre le doigt sur ces différences, c'est montrer la difficulté juridique qui suscite le plus de problèmes pratiques, dès lors que la grande majorité des couples européens sont régis, à défaut de conventions matrimoniales, par un régime légal. Si l'on sort du cadre de l'examen des seuls droits internes des États membres de l'U.E. pour voir ce qu'il en est dans les États tiers, d'où sont originaires bien des habitants des États membres, le constat de la rupture entre divers camps – communautaire, séparatiste, participationniste... – est tout aussi édifiant, annonciateur de nombreuses difficultés pratiques.

#### 1.1.3.4. Divergences dans la réglementation du changement volontaire de régime matrimonial par les époux

Autrefois très répandu, le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux a progressivement laissé place, dans les droits internes des États membres de l'U.E. comme dans celui des États non-membres, à un système caractérisé par un système de mutabilité plus ou moins contrôlée. Aujourd'hui, en effet, une écrasante majorité des États ont abandonné l'ancien système rigide pour accepter que les époux puissent changer de régime matrimonial dans certaines limites. Encore faut-il, bien entendu, que les époux le décident ensemble et qu'ils respectent diverses conditions, tant de fond que de forme et de procédure. Un seul État membre de l'U.E. demeure fidèle au rejet de toute mutabilité du régime, celui-ci étant définitivement fixé lors du mariage.

Mais cette convergence apparente voile en fait de profondes divergences car les modalités du changement varient à l'extrême. Les praticiens du droit que sont les notaires peuvent en témoigner comme ils peuvent décrire les nombreux inconvénients pratiques qui en découlent pour les couples désireux de changer de régime. C'est surtout lorsque les époux sont de nationalités différentes ou vivent dans un autre État que celui de leur origine que les obstacles apparaissent à propos des demandes de modifications de régime matrimonial en cours de mariage. L'admissibilité, les conditions de fond, les formes et les procédures ne coïncidant quasi sur aucun point, on en revient en vérité à une situation fort proche de l'immutabilité. Vu que cela apparaît avec évidence dans les relations privées internationales, on en traitera plus loin. Relevons toutefois, dès à présent, quelques points sur lesquels les divergences des droits internes s'avèrent profondes.

Ces différences apparaissent d'abord dans l'exigence ou non, en droit interne, d'un délai d'attente, le changement de régime ne pouvant être demandé qu'après un délai suivant la célébration du mariage (délai variable d'État à État, lorsqu'il est prévu). Elles sont dues aussi à l'exigence ou non d'un contrôle judiciaire et aux différences marquées dans les modalités de ce contrôle s'il est requis. Elles sont encore observées dans l'exigence ou non du respect de formalités destinées à protéger les époux l'un vis-à-vis de l'autre (comme l'obligation de dresser inventaire des biens du ménage), dans l'obligation ou non de prouver que le projet modificatif ne nuira ni à la famille (en particulier aux enfants nés du couple) ni aux tiers (les créanciers d'un des époux, par exemple). Et ce, sans parler du coût de l'opération, variable notamment en raison du degré plus ou moins élevé d'exigence de publicités.

L'opposabilité de ces contrats modificatifs à l'égard des tiers peut aussi poser problème en raison des règles nationales parfois inconciliables. Prévoir dans la loi interne une publicité nécessaire qui ne peut qu'être effectuée à l'étranger, dans l'État où les époux se sont mariés ou ont conclu leur premier contrat de mariage porte indirectement atteinte au principe de souveraineté législative étatique<sup>29</sup>. Mais comment rendre public un contrat modificatif dans tel État si ce dernier ne prévoit pas cette possibilité dans son droit interne ?

---

29 Ainsi, le notaire qui, au Grand-Duché de Luxembourg, reçoit le contrat modificatif doit, selon l'article 1397, alinéa 4 du Code civil luxembourgeois (Loi du 16 août 1975), le faire mentionner sur la minute du contrat modifié. Or il ne peut pas exiger du notaire étranger détenteur de cette minute, si le contrat initial fut passé à l'étranger, que cette mention soit ainsi apportée.

## 1.2. Divergences des droits internationaux privés

### 1.2.1. *Compétence internationale des autorités et juridictions*

#### 1.2.1.1. Quelles compétences ?

Comme chaque État détermine souverainement les attributions de ses autorités publiques et de ses juridictions, les hésitations sur les compétences internationales abondent en raison de la grande diversité qui existe dans la définition de ces attributions.

Certes, la plupart des États (membres ou non de l'U.E.) reconnaissent aux époux ou à l'un d'eux le droit de s'adresser, en cas d'urgence ou pour des mesures provisoires, aux autorités ou juridictions de l'État dans lequel se trouvent les demandeurs. En revanche, la compétence pour connaître du fond des litiges matrimoniaux est réglée de façon plus restrictive et, dès lors, peu uniforme. D'où l'émergence de fait de problèmes pratiques inextricables.

La liquidation et le partage d'un régime matrimonial peut alors s'apparenter à un vrai parcours de combattant. Lorsqu'un immeuble à partager, voire plusieurs, se situe dans un État autre que celui de la résidence conjugale habituelle, il advient assez souvent que, selon le système étranger du lieu de situation des biens, soit requise l'intervention de telle autorité publique (un notaire, par exemple) ou de telle juridiction, seule habilitée à autoriser le transfert de propriété. Or le juge qui commet un notaire pour procéder à un partage ne peut pas donner d'injonction à une autorité ou juridiction étrangère. Les parties au partage devront nécessairement agir elles-mêmes dans chacun des pays où se localisent les biens à partager. Il suffit que l'un des copartageants fasse preuve de mauvaise volonté pour que se bloque et s'éternise la procédure de partage. La jurisprudence des États membres démontre que certains partages ne posant au départ aucun autre problème qu'un simple élément d'extranéité, peuvent prendre plusieurs années, parfois même des dizaines d'années.

#### 1.2.1.2. Quelles autorités ou juridictions ?

En Europe communautaire, en raison de la libre circulation des personnes et des capitaux, ainsi que des brassages de population provoqués par les bouleversements politiques et économiques, les relations pécuniaires entre époux – et parmi elles, les régimes matrimoniaux – prennent de plus en plus fréquemment un caractère international<sup>30</sup>.

Une personne qui a conscience des éléments d'extranéité de sa situation a intérêt à signer un contrat de mariage avec son futur conjoint, pour permettre une meilleure prévisibilité du droit qui régira les rapports patrimoniaux entre époux. Pour y parvenir, elle s'interrogera d'abord, à juste titre, sur les autorités ou juridictions internationalement compétentes pour recevoir ce contrat de mariage, avant ou après la célébration nuptiale. Elle se posera la même question en cas de relâchement du lien conjugal dans son couple ou lorsqu'il s'agira pour les époux ou l'un d'eux d'acquérir ou d'aliéner un bien important, comme un immeuble. En cas de décès d'un des époux, le conjoint survivant – qui,

30 En ce sens : G. Droz, « L'activité notariale internationale », op. cit., p. 68.

statistiquement, sera le plus souvent l'épouse, puisqu'en Europe, l'on compte environ cinq veuves pour un veuf – devra savoir à qui s'adresser pour obtenir la liquidation du régime matrimonial.

À qui s'adresser ? À un notaire ou un *solicitor* ? À une autorité administrative ou à un tribunal ? Et dans quel pays ? Celui du lieu dans lequel le couple vit ou vivra habituellement (autrement dit : celui de leur « résidence conjugale habituelle ») ? Ou l'État dont un des conjoints est le national ? Ou encore, celui dans lequel se localisent les éléments les plus importants du patrimoine conjugal ?

Contrairement à l'opinion de celles et ceux qui considèrent que les problèmes pratiques suscités par les régimes matrimoniaux dans les relations internationales sont surtout de nature contentieuse, il faut affirmer que l'essentiel des difficultés se situe en dehors de tout litige entre particuliers, dans le domaine qu'il est permis de qualifier de « gracieux ». La question de compétence internationale se pose donc tout autant pour les autorités que pour les juridictions.

Dans l'état actuel du droit international privé européen, il n'existe aucune disposition claire déterminant de façon prévisible et certaine l'autorité ou la juridiction compétente pour connaître des questions soulevées plus haut. Dès lors, c'est au droit de chaque État membre qu'il appartient d'y répondre. Comme ces droits utilisent des critères de compétence territoriale qui ne sont pas coordonnés entre eux, il advient souvent que des autorités ou juridictions appartenant à plusieurs États se voient simultanément reconnaître compétence internationale pour intervenir à titre gracieux (lors d'une liquidation de régime, par exemple) ou pour trancher un litige. Cela permet aux particuliers astucieux de spéculer sur le chemin à suivre, en essayant de deviner laquelle de ces autorités ou juridictions lui sera la plus favorable. Elle se livre ainsi au *forum shopping*. En cas de conflit entre époux, l'un d'eux s'adresse ainsi à telle autorité alors que son conjoint saisit de la même affaire la juridiction d'un autre État. Deux décisions, vraisemblablement contradictoires, sont ainsi rendues. Elles ne pourront recevoir exécution que dans l'État où elles auront été prises, sur les biens situés dans cet État, ainsi que dans d'autres ordres juridiques où l'un ou l'autre époux s'empressera de tenter d'obtenir force exécutoire (par la procédure d'exequatur ou toute autre similaire), sur la base d'un éventuel traité ou en se fondant sur le droit international privé de cet État tiers.

On le voit : pareille situation n'est ni propice à une sereine liberté de circulation des personnes au sein de l'U.E. ni favorable à la prévisibilité du droit régissant les situations patrimoniales dans les ménages ni davantage à la sécurité juridique.

#### 1.2.1.3. Litispendance et connexité internationale

Dans l'état actuel du droit international privé européen, il n'existe aucune règle commune pour surmonter, en matière de régimes matrimoniaux, les problèmes classiques de litispendance et de connexité. Certes, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, de même que les Conventions d'adhésion ou d'extension qui y firent suite et les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II » contiennent des dispositions à cet égard, mais on sait que celles-ci ne sont pas applicables aux régimes matrimoniaux en raison de l'exclusion de cette matière du champ d'application de ces instruments.

Les difficultés pratiques de cette carence de réglementation naissent surtout en cas de procédures de liquidation-partage de régime matrimonial consécutives à un divorce. Chaque ex-époux pouvant s'adresser à l'autorité ou à la juridiction jugée par lui comme probablement la plus favorable à son intérêt, c'est à qui ira le plus rapidement saisir celle-ci, puis à faire hâter la procédure pour obtenir satisfaction. L'âpreté du conflit conjugal transparait alors dans cette course à la décision, puis dans le souci d'en obtenir le plus vite possible l'exécution dans d'autres États où se situent les biens du ménage. Si l'autre conjoint agit avec autant de zèle, les décisions rendues, forcément inconciliables, sauf hasard extraordinaire, bloquent la situation. Les biens du ménage seront partagés de façon peu cohérente, en fonction de lois applicables non harmonisées et des aléas de doubles ou multiples procédures initiées dans les divers États de situation des biens.

#### 1.2.1.4. Multiplicité des sources applicables

Même lorsque l'entente dans le couple est harmonieuse ou en cas de décès d'un conjoint, c'est-à-dire en dehors de tout litige né de l'évolution négative des sentiments réciproques dans le couple, les particuliers dont la situation familiale présente des éléments d'extranéité sont quasi toujours confrontés à une difficulté classique inhérente à la réglementation de droit international privé : la multiplicité des sources de droit à mettre en œuvre. Les dispositions auxquelles il faut se référer pour résoudre un problème banal sont abondantes. Elles se situent dans des conventions internationales, multilatérales ou bilatérales, dans des codes (code civil, code de procédure civile, code de la famille...) et des lois particulières présentant souvent beaucoup de complexité technique, voire dans la jurisprudence, elle aussi pouvant être abondante et parfois incertaine. Seuls des praticiens du droit spécialisés et chevronnés sont en mesure de connaître et de maîtriser ces sources formelles. Le recours à ces juristes (avocats, notaires, professeurs d'Université...), pour l'élaboration de conventions matrimoniales ou de projets de liquidation-partage préventifs de conflits d'intérêts futurs, s'avère le plus souvent indispensable lorsqu'il y a un ou plusieurs éléments étrangers dans la situation du couple.

Comme on le verra plus loin, aux règles ordinaires de compétence internationale viennent s'ajouter des mesures spéciales, spécifiques à la matière des régimes matrimoniaux, ce qui vient compliquer davantage la situation internationale privée. À cet égard, le critère de compétence exclusive que consacrent certains États en matière de régimes matrimoniaux a pour effet de perturber sérieusement les époux ou l'un d'eux en cas de procédure judiciaire de liquidation-partage.

Une harmonisation de droit des États membres conduirait évidemment à réduire les sources juridiques à rechercher et à appliquer. Cette simplification serait déjà en soi un progrès.

#### 1.2.1.5. Lourdeurs et insécurité des procédures

Ce qui vient d'être dit conduit naturellement à évoquer un autre obstacle, à la fois juridique et pratique, dont se plaignent souvent les couples confrontés à des conflits d'autorités et de juridictions dans les affaires matrimoniales : les lenteurs des procédures, leur opacité, leur coût et leur mobilité excessive. On y a déjà fait allusion. Il faut insister sur ce

point car il engendre d'autres effets pervers, comme le manque de transparence dans le déroulement des procédures. Les gens ordinaires confrontés à de pareilles difficultés n'y comprennent pas grand-chose.

Cette incompréhension s'explique d'abord par les différences d'ordre linguistique. Souvent, il y a nécessité de passer par des traducteurs et des interprètes, ce qui ne facilite pas le dialogue entre époux et augmente le coût des procédures, parfois de façon considérable. Mais l'incompréhension procède aussi et surtout de la différence entre les cultures juridiques, tout aussi prononcées. Un époux originaire du continent européen, même s'il n'est pas juriste, peut comprendre certaines explications sur le droit positif d'un État étranger lié à sa « famille de droit ». En revanche, il se perd dans des notions inconnues de celle-ci. Cet époux, s'il est appelé à saisir une juridiction anglaise sera, par exemple, fort surpris lorsqu'un *barrister* lui apprendra qu'en vertu de la notion de *forum non conveniens*, le juge anglais a refusé de se déclarer compétent pour connaître de sa demande en partage. Des exemples en sens inverse peuvent évidemment être imaginés.

Il ressort de certains témoignages que les particuliers sont parfois désagréablement surpris de constater de profondes différences dans les possibilités d'accès effectif à la justice, pour régler des questions simples touchant le patrimoine familial. Parmi les obstacles les plus souvent cités, il y a le coût prohibitif de certains litiges dans certains États membres. Sans parler des frais de justice *sensu stricto* (le coût strictement procédural), il y a les honoraires d'avocats, qui peuvent constituer un réel obstacle. Pour réduire ceux-ci à un niveau raisonnable, il conviendrait de diminuer les prestations nécessaires à ces litiges matrimoniaux et la durée des procédures. Seule une harmonisation du droit dans les États membres de l'U.E., qui s'accompagnera d'une réduction des sources formelles de droit à consulter, serait en mesure d'y parvenir dans une certaine mesure.

### 1.2.2. Droits applicables

#### 1.2.2.1. Complexité et incertitude des règles nationales de conflits de lois

Les praticiens du droit – dont les notaires – qui sont confrontés à des affaires privées touchant le patrimoine familial ont le sentiment que le surnom donné à la discipline du droit international privé, en particulier dans sa branche des conflits de lois, est justifiée : la « science des broussailles ». De même, ils comprennent pourquoi la question de la loi applicable au régime matrimonial fut qualifiée jadis, par les postglossateurs italiens qui mirent au point la technique des conflits de lois, de « *famosissima questio* ».

Appelés à traiter des affaires de régimes matrimoniaux pimentés d'éléments étrangers, ces praticiens savent que les lois internes des États étrangers sont différentes de la leur et que la détermination des droits applicables à une situation simple – *a fortiori* à une situation complexe – postulera la mise en œuvre de mécanismes juridiques délicats. Or il est notoire que, même lorsque les solutions se situent dans des sources de droit écrit, voire codifiées, l'appel à des théories savantes et quelque peu ésotériques viendra assombrir les quelques clartés du droit positif. L'évocation de l'exception d'ordre public international aura pour effet d'évincer le droit normalement désigné par la règle de conflit. Le fait de retenir la technique du renvoi au premier degré, voire au second, supprimera la prévision initiale sur l'applicabilité du droit matériel auquel conduisait normalement la norme de rattachement.

Pour autant que le juge chargé de partager un régime matrimonial décide de s'appuyer sur telle théorie savante de la discipline – comme celle du concept préjudiciel, de la question préalable ou des qualifications – la solution du cas risque bien de changer du tout au tout. Et dans cette branche du droit où chaque spécialiste échafaude théorie sur théorie, le raisonnement du notaire se voit réduit à peu de choses lorsque le juge décide de retenir telle thèse doctrinale plutôt que telle autre, telle jurisprudence plutôt que celle qui semblait jusqu'alors la plus suivie.

Sans doute serait-il illusoire d'espérer, par une harmonisation des droits, juguler radicalement les incertitudes concrètes découlant de la nature même de la discipline du droit international privé. Mais les réduire par ce biais est assurément réalisable.

Donnons un exemple de ces incertitudes, inspiré de la jurisprudence de la Cour de cassation de France dans une affaire relative à un couple franco-suisse marié sous l'empire de l'ancienne union des biens de droit suisse, considéré comme leur régime légal<sup>31</sup>. Dans ce régime, la femme restait propriétaire de ses apports, mais tous les biens acquis pendant le mariage devenaient la propriété du mari, même s'ils avaient été acquis par la femme. À la dissolution du mariage, chaque époux reprenait ses biens propres et le surplus de biens formant « le bénéfice de l'union », était partagé un tiers pour la femme et deux tiers pour le mari. Pendant des années, jamais il n'avait été prétendu en France que ce système heurtait l'ordre public international par son caractère inégalitaire. En 1998, la Cour de cassation de France rendit un arrêt selon lequel le régime légal suisse de l'union des biens était contraire à l'ordre public français car il violait la Convention européenne des droits de l'homme dans sa clause prohibant les discriminations fondées sur le sexe. Prenant les devants, le législateur suisse avait décidé, peu auparavant, de réformer son droit des régimes matrimoniaux pour adopter comme régime légal celui de la participation aux acquêts. Mais comme il existe de par le monde des régimes matrimoniaux ignorant le principe d'égalité patrimoniale et personnelle des époux, la question examinée dans cet arrêt demeure d'actualité.

On conçoit que dans l'affaire citée, l'une des parties aura été surprise, car elle pouvait s'attendre au respect de son régime matrimonial, d'autant plus que la Convention européenne était entrée en vigueur en France depuis près de quarante ans !

#### 1.2.2.2. Divergences dans le choix des facteurs de rattachement

Sur ce point, les rapports nationaux réalisés dans le cadre de cette recherche à propos, notamment, des règles de conflits de lois régissant les régimes matrimoniaux sont édifiants : que de facteurs de rattachement différents ! Et ces différences apparaissent à un double niveau, ce qui complique dès lors davantage les systèmes juridiques et les rendent incompatibles entre eux.

Tels États membres considèrent le choix de la loi applicable comme essentiel et ils prennent donc soin de définir, par leurs normes de rattachement, les critères permettant de la désigner. D'autres mettent surtout l'accent sur la question de compétence internationale et décident qu'en principe, si les autorités ou juridictions de l'État sont compétentes, elles ont à appliquer la *lex fori*, exclusivement.

31 Cass., 1<sup>er</sup> Ch. Civ., 24 février 1998, Consorts Vialaron c. M. Guillermin, Rev. crit. dr. internat. pr., 1998, p. 638, note G. Droz.

Tels États membres se montrent partisans d'un système unique – unitaire – pour régir tous les effets du mariage, tant à l'égard de la personne des époux que de tous leurs biens, alors que d'autres admettent de soumettre ces effets à des lois différentes, en distinguant d'abord les effets personnels des effets patrimoniaux et, ensuite, au sein de ces derniers, en admettant que les immeubles puissent être régis par d'autres lois (celles de leur situation, par exemple), ce qui aboutit à un système de « dépeçage » de la loi en principe applicable au régime.

Dès lors, les règles de conflits de lois régissant les rapports patrimoniaux entre époux mariés sans contrat de mariage varient fort d'État à État. Il en résulte qu'un époux, selon qu'il s'adressera à l'autorité ou la juridiction de tel État plutôt que de tel autre, sera considéré comme marié sous un régime « légal » différent. Ici il sera réputé commun en biens avec son conjoint ; là, il se trouvera apprécié comme séparé de biens. Et si l'autre époux, en riposte, agit de même, il se peut fort bien que le résultat inverse se produise. Ainsi, au sein du même couple, le régime matrimonial des époux ne coïncide pas de part et d'autre d'une frontière. Il est facile d'imaginer les désagréments pratiques qui peuvent en résulter, notamment pour les tiers (créanciers, enfants nés de ce couple...) et même pour les époux.

Si l'on passe à l'examen des critères de rattachements eux-mêmes, les différences se remarquent davantage.

Plusieurs États membres de l'U.E. demeurent encore aujourd'hui favorables, dans ce domaine, à l'application de la loi nationale commune des époux. Comme les lois sur la nationalité de nombreux pays d'Europe ont été réformées au cours du dernier quart de siècle, pour respecter le principe d'égalité des sexes, l'ancien automatisme du changement de la nationalité de la femme mariée (qui « suivait » la nationalité du mari par le seul fait du mariage) a été progressivement abandonné. L'existence d'une nationalité commune dans le couple apparaît donc plus rare qu'autrefois. Mais si elle prévaut en fait, cela signifie qu'il y a eu acquisition volontaire par l'épouse de la nationalité du mari (ou, plus exceptionnellement, l'inverse). Cette décision, on peut le croire, fut le fruit d'un désir de « proximité juridique » avec son milieu de vie, d'une volonté d'intégration dans l'État où se localise le plus souvent le ménage, qui est souvent celui dans lequel les conjoints exercent leur profession. Le critère de la nationalité commune n'est donc pas – comme le pensent trop rapidement certains bons esprits – désuet et archaïque. Au contraire : l'évolution du droit de la nationalité dans les États d'Europe lui confère une pertinence nouvelle.

D'autres États membres, comme ceux liés par la Convention de La Haye de 1978, ont préféré retenir comme principal facteur de rattachement du régime matrimonial d'époux mariés sans contrat ni choix de loi applicable celui de la résidence habituelle commune au moment du mariage. Ce critère intervient aussi dans le cas où il n'y a pas de nationalité commune dans le couple, au titre de critère subsidiaire.

Le manque d'harmonisation dans le choix, par les législateurs ou les juridictions, du facteur de rattachement régissant les rapports patrimoniaux d'époux mariés sans contrat (c'est-à-dire la grande majorité des couples en Europe) constitue d'évidence la source essentielle des difficultés pratiques rencontrées en ce domaine. C'est donc l'un des principaux obstacles à la libre circulation des personnes et de leurs capitaux, au plan de leur situation patrimoniale privée. Les conséquences désagréables qui en découlent se ressentent surtout dans les couples qui ne s'entendent plus et lorsque la procédure de leur divorce s'accompagne d'opposition irréductible entre conjoints.

### 1.2.2.3. Différences dans la place laissée à l'autonomie des époux

Partons d'un double constat. D'une part, la grande majorité des couples qui se marient ne songent pas à conclure un contrat de mariage, même s'il existe *ab initio* des éléments étrangers dans leur situation et, donc, des conflits potentiels de lois. D'autre part, lorsque les futurs époux ou des époux se décident à signer un contrat de mariage, c'est qu'ils ont l'intention d'y mentionner leur choix d'un régime matrimonial qui leur convient, et non pas simplement d'y déclarer la loi applicable à leur régime sans préciser celui-ci.

Le plus souvent, c'est un praticien du droit (notaire, officier de l'état civil...) qui attire leur attention sur l'opportunité de trancher le conflit de lois. En d'autres termes, les parties veillent le plus souvent à choisir simultanément tel régime et à fixer la loi le régissant. Et « si les époux n'ont pas expressément déclaré dans leur contrat à quelle loi ils entendaient se soumettre, la détermination de leurs volontés implicites est plus aisée que pour la plupart des autres contrats, puisque les conventions matrimoniales font généralement référence à un régime type, souvent désigné par des articles du code ou de la loi auquel il est emprunté »<sup>32</sup>.

Cela dit, force est d'ajouter à ces deux constats un troisième, les règles de droit international privé des États membres de l'U.E. relatives à la place accordée à la volonté des époux dans le choix d'un régime matrimonial ou, accessoirement, dans celui de la loi applicable au régime, n'ont rien d'un concert harmonieux.

Certains États, peu nombreux, admettent qu'à la liberté contractuelle reconnue en ce domaine dans l'ordre interne, correspond la loi d'autonomie pleine et entière en droit international privé. La solution libérale retenue en droit interne semble justifier, à plus forte raison, qu'en présence d'éléments étrangers, les époux puissent choisir n'importe quel régime type, même si celui-ci ne présente aucun lien objectif avec leur situation lors de la conclusion du contrat. Ce libéralisme, à première vue excessif, ne l'est qu'en apparence, car les (futurs) époux ne se placent pas sous l'empire d'un régime exotique sans raison pertinente. C'est pourquoi les réels abus dans l'usage de l'autonomie de la volonté ne se rencontrent qu'exceptionnellement.

D'autres États consacrent l'autonomie de la volonté de façon plus restrictive. Les époux se voient reconnaître le droit de choisir un régime matrimonial, mais leur choix est circonscrit à quelques lois limitativement mentionnées par le législateur. L'idée qui prévaut est d'obliger les futurs époux (ou les époux) à demeurer dans une option « objective », en liaison avec les éléments de leur situation de fait lors de la conclusion du contrat de mariage. Dans cette logique, l'autonomie des conjoints ne peut aller au-delà des ordres juridiques « de proximité », c'est-à-dire porter sur d'autres lois que celles qui gouverneraient leurs relations patrimoniales s'ils ne signaient pas de contrat de mariage (comme la loi nationale commune, la loi de la résidence future des époux au moment du mariage, la loi nationale d'un des conjoints...). De même, les contractants ne peuvent opter pour d'autres régimes que ceux prévus par ces lois.

32 F. Rigaux et M. Fallon, Droit international privé, Bruxelles, Larcier, t. II, 1993, pp. 436-437, n° 1249.

Enfin, il y a des États qui rejettent l'idée même de l'autonomie de la volonté dans les régimes matrimoniaux. Dans l'Union européenne, on ne connaît que l'exemple de la Grèce.

Signalons au passage que, dans certains pays, il y a des doutes sur la portée de l'autonomie. En Belgique, par exemple, certains auteurs soutiennent que celle-ci joue sans limite, alors que d'autres enseignent que le choix de la loi applicable est restreint à certaines lois auxquelles les époux se rattachent de façon objective au moment du mariage (ou du contrat signé après le mariage). Qui a raison ? Que doivent décider les notaires confrontés à la demande des clients désireux de certitudes juridiques ?

Ce simple énoncé des divergences profondes et des hésitations doctrinales ou jurisprudentielles démontre à suffisance l'incohérence et l'incertitude juridique qui prévalent dans ce domaine. Les désagréments qui en résultent pour les particuliers sont considérables. Comment les éviter, sinon par une harmonisation des normes de rattachement ? Car il faut le dire avec force : en cette matière des régimes matrimoniaux, se contenter d'harmoniser les règles de compétence internationales et de reconnaissance et exécution des décisions judiciaires et actes publics étrangers ne supprimerait en rien les problèmes évoqués ci-dessus.

#### 1.2.2.4. Différences dans l'admissibilité, les conditions et les procédures de changement de régime durant le mariage

Un Italien immigré en Belgique a épousé une de ses compatriotes en 1970. Ils se sont mariés sans conclure de conventions matrimoniales. En 1976, ils ont confirmé, conformément à la loi italienne, vouloir demeurer en séparation de biens. Très intégrés dans leur pays d'adoption, les époux y ont acquis volontairement la nationalité belge après une vingtaine d'années de séjour. La situation patrimoniale du mari est florissante et l'entente entre époux demeure excellente. Assez naturellement, ils désirent se rattacher davantage à leur nouvelle patrie et, pour y parvenir, ils envisagent notamment de soumettre leur régime matrimonial à la loi belge. Consulté par eux, un notaire du royaume relève que, selon le droit international privé des deux pays concernés, les époux sont mariés sous l'ancien régime légal italien de séparation de biens. Il leur apprend ensuite qu'il revient à la loi italienne de dire si leur projet de changement est admissible et à quelles conditions de fond il pourrait se réaliser. Quant au nouveau contrat de mariage, il serait régi par la loi d'autonomie quant à ses conditions de validité intrinsèque et à ses effets, mais par la loi du lieu de sa conclusion pour ce qui relève des formes et de la procédure à suivre. Prudents et sages, les époux décident de ne pas changer de régime matrimonial – ils acceptent donc de demeurer en séparation de biens –, mais seulement de changer la loi qui lui est applicable, en passant de la loi italienne à la loi belge.

Cette banale demande va engendrer une procédure qui durera plus de deux ans, donnera lieu à un jugement du tribunal de première instance, puis d'une cour d'appel. Des spécialistes de droit international privé (professeurs d'université) seront appelés en renfort. Une consultation d'un expert en droit international italien sera produite...<sup>33</sup>

33 Bruxelles, 3e Ch., 24 mars 1998, Jurispr. Liège, Mons, Bruxelles, 1999, p. 799, note C. Couquelet.

Ainsi donc, les systèmes de conflits de lois d'États membres appartenant à une même « famille de droit » peuvent créer « comme à plaisir des difficultés particulières pour les notaires ou leurs homologues »<sup>34</sup>. L'expérience démontre que les affaires de changement de régime matrimonial durant le mariage occupent une place importante dans l'inventaire des obstacles pratiques, des incertitudes juridiques et des procédures irritantes.

Une bonne part de ces difficultés procède de la divergence des règles de conflits de lois régissant l'admissibilité et les conditions (de fond, de forme, de procédure...) des changements volontaires de régime. Ici encore, les rapports nationaux reçus sont assez édifiants. En raison de la rigidité de certaines normes de rattachement (et, il faut le dire, de celles de certaines lois internes déclarées applicables), des époux se trouvent privés du droit d'adapter les règles régissant leur situation patrimoniale aux nouvelles circonstances de leur vie. Les voilà empêchés de s'assimiler juridiquement à leur nouveau « cadre de vie », celui qui est devenu le leur dans un État autre que celui d'origine des époux ou de l'un d'eux. Et ces époux comprennent d'autant moins que l'on puisse leur refuser ce droit lorsque l'État dans lequel ils vivent reconnaît cette faculté à ses nationaux. Ils ressentent cela comme une discrimination intolérable fondée sur leur ancienne nationalité.

#### 1.2.2.5. Insécurité juridique résultant des positions différentes sur les conflits mobiles

Généralement, les lois des États, membres ou non de l'U.E., considèrent que le régime matrimonial d'époux mariés sans contrat est définitivement fixé dès le moment du mariage et qu'il ne peut être modifié, si la loi le régissant l'admet, que par décision commune des époux, formulée aux conditions édictées par la loi du régime et dans les formes du lieu de conclusion du changement. En d'autres termes, la modification par un époux ou par les deux conjoints du facteur de rattachement (changement de nationalité, transfert de domicile ou de résidence d'un pays à l'autre...) n'a aucune incidence automatique sur leur patrimoine. Il y a, selon l'expression consacrée, « pétrification » de droit régissant le statut matrimonial. La sécurité juridique des époux et des tiers est ainsi garantie.

Mais dans certains pays, notamment ceux liés par la Convention de La Haye de 1978 et ceux qui s'attachent à la tradition juridique anglo-saxonne, il en est autrement. Le simple fait du déménagement du domicile conjugal d'un pays à l'autre peut avoir pour conséquence que la loi applicable au régime matrimonial se trouve modifiée de plein droit. Que les époux le veuillent ou non, qu'ils le sachent ou non, peu importe. Dans certains pays de l'Union européenne, cette modification automatique s'opère, dans une certaine mesure, si les époux n'ont pas pris la précaution de fixer par contrat la loi applicable au régime matrimonial.

Les enquêtes dans les États membres n'ont pas mis en lumière énormément de litiges découlant de ces « conflits mobiles ». Il n'empêche que le risque de voir le régime matrimonial d'un couple vivant dans un pays de l'U.E. et partant s'installer dans un autre se modifier unilatéralement, par le seul « bienfait » de la loi, existe bel et bien. Même si fort peu d'époux s'en plaignent, ce n'est pas une situation normale : elle peut perturber gravement les prévisions des époux ou de l'un d'eux. Prétendre que tous les conjoints appelés à déménager d'un État à l'autre se doivent d'être attentifs à ces changements automatiques de régimes

---

34 G. Droz, op. cit., p. 71, n° 64.

matrimoniaux, c'est faire grand cas des aptitudes et connaissances juridiques des gens ordinaires.

Sur ce point aussi, la clarté ne pourrait être pleinement assurée que par une certaine harmonisation des droits des États membres. On sait que ce problème d'automaticité du changement du régime prévu par la Convention de La Haye de 1978 fut à l'origine de la méfiance de nombreux États vis-à-vis de cette convention. Même ceux qui y trouvaient bien des points positifs se méfiaient de ce « ver dans le fruit ». Ils préférèrent s'abstenir de ratifier la convention. On verrait mal que les trois États membres européens liés par cette convention puissent aisément la maintenir en vigueur si un règlement européen d'harmonisation du droit international privé en la matière venait clarifier cette situation. Sans doute conviendrait-il de suggérer à ces États de dénoncer la convention.

#### 1.2.2.6. Différences dans la publicité du régime et dans les règles de protection des tiers

Comme le régime matrimonial a des effets sur des biens, c'est-à-dire sur la configuration et l'attribution de droits réels, il intéresse les tiers aussi bien que les époux. Quels tiers ? Ce sont souvent tous les créanciers des époux ou de l'un d'eux, mais également des particuliers qui entendent acquérir un droit réel sur un bien assujéti au régime (un

immeuble, par exemple). Ces tiers peuvent donc aussi, par identité de motifs, être des receveurs de l'enregistrement ou d'autres fonctionnaires chargés de contrôler le transfert de propriété et de percevoir au passage les taxes éventuelles prévues par la loi. Enfin, ces tiers peuvent être les enfants du couple, mineurs ou majeurs, ou toute autre personne intéressée, comme le futur acquéreur d'un immeuble appartenant à un des époux désireux de le vendre.

Si les droits respectifs des époux sont fixés par la loi (autrement dit, par le régime légal), il suffit aux tiers de savoir quelle est cette loi. Si ces droits sont fixés par contrat de mariage, les tiers doivent pouvoir s'informer sur l'existence et la teneur de cette convention matrimoniale, ainsi que sur les modifications du régime matrimonial effectué par la conclusion d'un autre contrat ou par décision judiciaire.

Les rapports nationaux démontrent que plusieurs États de l'U.E. (tout comme, d'ailleurs, des États tiers) ont prévu une ou plusieurs formes de publicité des régimes matrimoniaux, dans le but de protéger les tiers. Mais d'autres sont muets sur ce point. Par ailleurs, les conditions de forme de ces publicités, ainsi que les procédures prévues par les lois des États attentifs à prévoir ces publicités, varient considérablement d'un pays à l'autre.

La principale difficulté suscitée par ces variétés législatives s'articule en termes de conflits de juridictions ou d'autorités : à quelles conditions peut-on reconnaître dans un État une modification conventionnelle ou judiciaire intervenue à l'étranger ? On l'examinera dans son contexte. Mais il y a aussi une difficulté de conflit de lois. Si la loi du lieu de conclusion du contrat de mariage prévoit une publicité, on peut en tout cas admettre que le respect de cette loi (*locus regit actum*) favorisera l'efficacité internationale du contrat. Mais que faire si aucune publicité n'est envisagée dans l'État dans lequel un contrat de mariage a été conclu ? Peut-on admettre que ce contrat puisse être opposable aux tiers en l'absence de toute publication ? Doit-on considérer que si la règle *locus regit actum* conduit à devoir se référer à une telle loi, celle-ci devrait être jugée contraire à l'ordre public ? Voilà un problème très

concret que rencontre la pratique. Sa solution serait évidemment rendue plus aisée si, dans le cadre d'une harmonisation européenne, on pouvait prévoir une règle uniforme du droit privé matériel imposant aux États d'organiser une publicité (par exemple, la mention dans un registre de l'état civil, lors du mariage, ou dans un registre *ad hoc*, lors de la signature du contrat...). À la rigueur, une règle uniforme de conflit de lois assortie d'une clause de droit matériel minimale pourrait obvier les principales difficultés dans ce domaine.

#### 1.2.2.7. Difficultés d'application des droits étrangers

Inhérentes à la technique même des conflits de lois, les difficultés d'application du droit étranger ne sont pas propres à la matière des régimes matrimoniaux, mais néanmoins fort présentes en pratique. Comment connaître la teneur du régime matrimonial étranger choisi par les époux ou désigné par la norme de rattachement du juge, du notaire ou de l'avocat saisi ? Selon quelle méthode convient-il d'interpréter le droit étranger applicable ? Que faire lorsque le praticien du droit ne parvient pas, même avec l'aide des particuliers qui le consultent ou d'agents diplomatiques ou consulaires, à s'informer sur ce droit étranger ? Comment suivre, dans tous les États du monde, l'évolution législative en matière de régimes matrimoniaux pour s'assurer que l'on possède bien la dernière source en vigueur, celle qui résulte de l'ultime réforme législative ?

Bien des magistrats, des notaires ou d'autres praticiens du droit qui manient avec aisance les normes de rattachement de leur droit international privé ne parviennent pas facilement à franchir les obstacles de l'application correcte, à une situation familiale présentant des éléments d'extranéité, des droits étrangers qu'ils sont tenus de mettre en œuvre. Tout simplement parce qu'ils ne l'ont pas trouvée et qu'ils se contentent d'un vague commentaire, d'une traduction imprécise ...ou d'un texte périmé !

On n'hésitera pas sur ces difficultés d'ordre général, sinon pour relever combien elles s'avèrent embarrassantes pour les couples dont le régime matrimonial doit être connu avec certitude jusque dans ses détails. Du fait que leur régime relève d'un droit étranger, ces époux doivent se livrer à des recherches de législations lointaines, inaccessibles car dans une langue et une écriture d'accès malaisé, avec l'obligation de recourir à des traducteurs jurés et de devoir à leur tour interpréter des traductions souvent approximatives.

Dans ce domaine de la condition du droit étranger, les théories abondent dans les États membres de l'U.E. : « C'est ici que les controverses doctrinales ont été les plus vives », écrit un commentateur<sup>35</sup>. Tel pays tient le droit étranger comme un simple fait dont il incombe à l'époux qui s'en prévaut d'en prouver la teneur. Tel autre considère qu'il revient aux autorités et juridictions de l'État dans lequel apparaît le conflit de lois de prendre les dispositions nécessaires pour connaître le contenu du droit étranger et ce en vertu de l'adage *Jura novit curia*. Tel autre État admet plus prudemment que ses juges n'ont pas accès à tous les moyens d'information sur l'ensemble des droits du monde, surtout lorsqu'ils ne sont pas codifiés par écrit ; ces magistrats feront donc appel aux époux ou à leurs conseillers juridiques et les inviteront à rechercher eux-mêmes, avec l'appui du tribunal, la loi régissant leur régime matrimonial. Des positions aussi diversifiées transparaissent dans l'attitude des droits étatiques à propos du difficile problème des méthodes d'interprétation des droits étrangers

35 F. Rigaux, Droit international privé, Bruxelles, Larcier, t. I, 1993, p. 314, n°398.

régissant les régimes matrimoniaux, dont la terminologie est souvent très spéciale. Acquêts, récompense, communauté universelle, régime dotal, mandat domestique, *sociedad de gananciales*, *communione legale*, *family assets*... sont autant d'expressions peu courantes pour les simples particuliers dépourvus de formation juridique. Faut-il, pour en saisir le sens, que le juge saisi s'appuie sur les méthodes d'interprétation reçues dans son propre système juridique ou sur celles en vigueur dans l'État dont le droit est applicable ou encore, celles auxquelles est empruntée la notion juridique à interpréter? Des hésitations similaires prévalent en cas d'impossibilité de déterminer la teneur du droit étranger applicable au régime : faut-il pour ce motif débouter simplement le demandeur en justice ou reconnaître à la *lex fori* une vocation subsidiaire à s'appliquer lorsque le régime matrimonial étranger ne peut être établi avec certitude ?

L'harmonisation du droit des États membres de l'U.E. ne pourrait prétendre surmonter de façon générale l'ensemble de ces difficultés. Cependant, dans le domaine des régimes matrimoniaux, elle pourrait certes contribuer, dans une mesure raisonnable (à convenir), à apporter plus de clarté et de certitude en vue d'aider les couples confrontés à l'obligation d'appliquer un droit étranger.

#### 1.2.2.8. Existence de règles de protection des nationaux

Le phénomène examiné ci-après découle précisément du précédent, en ce qu'il procède de la problématique générale de la connaissance du droit étranger.

Quelques dispositions, peu nombreuses il est vrai, figurent dans le droit des États membres et pourraient, au niveau européen, faire problème car elles apparaissent comme des discriminations (à tout le moins indirectes) fondées sur la nationalité. Sous un aspect anodin et apparemment respectable, elles n'en ont pas moins comme objectif, direct ou indirect, la protection exclusive des ressortissants de l'État membre qui édicte la règle.

L'article 1389 du Code civil belge et l'article 1718 du Code civil portugais en constituent deux bonnes illustrations. Ces dispositions interdisent le choix d'un régime matrimonial par simple référence à une législation étrangère, totale ou partielle, lorsque le contrat de mariage est passé respectivement en Belgique ou au Portugal. Bien plus, en Belgique, la règle ne vise que les couples dont l'un des conjoints est national de l'État. Le but de la règle, reconnu dans les travaux préparatoires, est de protéger les nationaux (en particulier les femmes belges) qui se marient avec un conjoint étranger, contre l'ignorance de la teneur des régimes étrangers que cet étranger entendrait leur imposer. Il est vrai que, statistiquement, les couples belgo-étrangers les plus nombreux qui se forment en Belgique sont ceux dans lesquels l'épouse est de nationalité belge<sup>36</sup>

Pareille règle a pour effet que les notaires chargés de recevoir, en Belgique ou au Portugal, les contrats de mariage de couples avec un élément d'extranéité déconseillent systématiquement le choix d'un régime matrimonial étranger, pour éviter de devoir exposer ce régime dans le contrat. Il en est ainsi même lorsque les circonstances de fait rattachent le couple à un État étranger, avec lequel il possède des liens plus étroits. Par exemple, il s'agit

<sup>36</sup> Ainsi, par exemple, sur 6.407 mariages « mixtes » belgo-étrangers célébrés en Belgique en 1993, il y avait 3.547 couples dans lesquels l'épouse était de nationalité belge.

de l'État dans lequel le couple entend fixer sa résidence permanente, parce que la vie professionnelle des conjoints est appelée à s'y dérouler et que le couple, ou un époux, y possède déjà un immeuble qui servira de logement principal au ménage.

En pratique, vu la rareté des options d'un régime étranger, ces dispositions ne causent donc guère de problème aux praticiens du droit. Elles sont néanmoins insidieuses car conçues dans une optique nationaliste. En témoigne, par exemple, le fait que les apatrides et les réfugiés qui vivent en Belgique, dont le statut personnel est régi par le droit belge de leur domicile ou de leur résidence, ne sont toutefois pas visés par l'article 1389 du Code civil belge. Même régis en principe par le droit interne de leur État d'accueil, ils n'ont pas été jugés dignes de bénéficier de la protection apportée par cet article, laquelle est réservée aux seuls nationaux.

Une harmonisation du droit des États membres pourrait donner l'occasion de rectifier ces normes dans la mesure nécessaire pour les rendre compatibles à l'article 12 (ex-article 6) du Traité CE (qui prohibe, entre États membres, toute discrimination fondée sur la nationalité)

Toutefois, l'objectif que poursuivent ces règles, à savoir s'assurer de la connaissance par les époux du régime choisi par eux, est parfaitement louable. Il pourrait être atteint de façon plus égalitaire par un procédé technique différent. On songe, par exemple, à l'idée d'imposer à l'autorité publique qui reçoit le contrat de mariage ou qui l'enregistre l'obligation d'informer suffisamment les deux époux sur la portée juridique de leur choix.

#### 1.2.2.9. Difficultés dues aux liens des régimes matrimoniaux avec d'autres matières

La matière des régimes matrimoniaux présente cette particularité de se situer aux confins du statut personnel et du statut patrimonial, ainsi qu'à l'intersection du statut matrimonial et du statut successoral lorsque le mariage se dissout par le décès d'un des conjoints. Elle présente donc les liens naturels avec d'autres matières dont elle est fort proche : celle des obligations alimentaires, celle du mariage, celle des contrats entre époux (vente, donation, société, etc.), celle des successions, celle des pensions sociales...

Cette proximité des matières fut, on le sait, à l'origine d'une des théories générales les plus complexes de la discipline du droit international privé, connue sous le nom de « théorie des qualifications ». Le problème naquit de ce que certaines institutions juridiques prêtent à des classifications multiples et qu'il est parfois délicat de déterminer si elles révèlent des régimes matrimoniaux, des successions ou d'autres matières. L'affaire des époux *Bartholo*, bien connue des spécialistes du droit international privé, concernait des époux anglo-maltais demeurant en Algérie, alors française. Le mari étant décédé, il s'est posé la question de savoir si le droit à la « quote du conjoint pauvre », que consacrait le droit anglo-maltais, relevait du droit des régimes matrimoniaux ou des successions<sup>37</sup>.

Il est certes parfois malaisé de définir rigoureusement les catégories de rattachement dans les lois ou les instruments diplomatiques. Dès lors, et s'agissant des régimes matrimoniaux, des doutes apparaissent à propos de l'applicabilité de ces textes à des

<sup>37</sup> Alger, 24 décembre 1889, *Bartholo*, Journ. dr. internat. (Clunet), 1891, p. 1171, et commentaire de E. Bartin, loc. cit., 1897, p. 227.

situations complexes qui postulent une « qualification » préalable et donc aussi un choix de la loi selon laquelle sera opérée cette qualification. Cette difficulté prend une acuité particulière en cas d'extension variable des catégories de rattachement. Force est de constater que les positions doctrinales et jurisprudentielles des États membres de l'U.E. ne coïncident pas du tout à propos des solutions à apporter aux conflits de qualifications. En cette matière très incertaine, il y a abondance de thèses, au sein même de chaque État membre et *a fortiori* entre eux. Fort heureusement, à en juger par les décisions judiciaires publiées, les conflits de qualifications aux allures contentieuses demeurent rares. On peut croire que, comme souvent en matière de régimes matrimoniaux, notaires ou *solicitors* parviennent à juguler le conflit à la satisfaction des parties... ou à la leur camoufler astucieusement.

Ce n'est pas pour autant qu'il faille négliger cette difficulté. Dans le cadre d'une harmonisation européenne, le mieux consisterait à bien préciser *ab initio* les principales matières qui, pour l'application de l'instrument retenu comme support des règles uniformes, seraient exclues de son champ d'application. Cela permettrait d'éviter sinon tous les conflits de qualification, du moins ceux qui, dans les affaires de régimes matrimoniaux, risqueraient d'apparaître le plus fréquemment.

Ainsi, l'exclusion des obligations alimentaires (dont on sait qu'elles sont régies en Europe par un réseau assez dense de conventions internationales existantes) circonscrirait déjà de façon opportune le domaine plus strict des relations patrimoniales entre époux entrant sous la dénomination « régimes matrimoniaux ». Vouloir aller plus loin et élaborer une clause de nature à résoudre tous les conflits de qualifications serait à la fois illusoire et inopportun.

#### 1.2.2.10 Carences de prévisibilité du droit et de sécurité juridique

En guise de conclusion de tout ce qui vient d'être présenté dans l'inventaire des difficultés juridiques et pratiques les plus courantes sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux en Europe, on pourrait résumer le constat en une phrase. Il y a manifestement un manque de prévisibilité du droit applicable (ou, plus exactement, des droits applicables) aux situations patrimoniales des conjoints vivant dans des États membres et, dès lors, une carence de sécurité juridique préjudiciable à la libre circulation des personnes et de leurs biens.

Même dans les États membres dont le droit international privé a été codifié au cours des deux dernières décennies, à la satisfaction relative des spécialistes et des praticiens du droit, on ressent encore ces doutes. Au sein des autres États membres de l'U.E., ces praticiens et les particuliers se plaignent souvent du degré excessif d'incertitude des règles en la matière : « Aidez-nous à y voir plus clair. Dites-nous concrètement ce que nous devons faire pour aider les particuliers ! » disent-ils aux experts du droit international privé, lesquels ne parviennent pas toujours à s'entendre entre eux sur la réponse à donner à ces appels. Dès lors que le point de vue de l'observateur s'étend à l'ensemble des droits des États membres (tant le droit international privé que le droit interne), ce constat d'incertitude prend une ampleur alarmante. En effet, lorsqu'une affaire matrimoniale concernant les biens de conjoints est soumise simultanément à des autorités ou juridictions appartenant à deux États membres (voire davantage), il devient rare qu'une solution unique, claire et satisfaisante puisse être dégagée.

### 1.2.3. *Efficacité internationale des décisions et des actes publics étrangers*

#### 1.2.3.1. Différences dans les règles de reconnaissance des contrats de mariage et de modification volontaire de ces contrats

Une des entraves majeures à la libre circulation des personnes et des capitaux dans l'U.E., au plan familial, réside dans le fait que des particuliers ayant, dans un État membre (celui où les époux résident habituellement lors de la conclusion du contrat de mariage ou de la célébration du mariage), adopté conventionnellement un régime matrimonial voient plus tard ce régime contesté dans son existence juridique, par le refus de reconnaissance dudit contrat dans un autre État membre (celui dans lequel les époux viennent résider ultérieurement ou s'y établir au cours de leur vie matrimoniale). Le premier État a admis les effets de l'autonomie de la volonté, le second la refuse. Pourquoi ? Le plus souvent par suite des règles régissant l'efficacité internationale des actes publics étrangers dans ce second État. Ou encore, même lorsque les règles régissant l'efficacité des actes publics de ces deux États coïncident, parce que leur mise en œuvre dans le deuxième État se fonde sur une conception différente de la notion d'ordre public et que les autorités ou juridictions de cet État refusent de reconnaître le contrat de mariage au motif qu'il heurte son ordre public.

On sait que, dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, les efforts d'harmonisation du droit dans l'U.E. ont déjà abouti à de premiers résultats : l'entrée en vigueur des règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II ». Toutefois, ni l'un ni l'autre ne s'appliquent aux actes publics rendus en matière de régimes matrimoniaux, donc aux conventions matrimoniales conclues avant le mariage ou durant celui-ci. Tout reste donc à faire en ce domaine. En particulier, rien n'est dit dans ces règlements sur l'efficacité intra-communautaire des contrats de mariage, que leur forme soit publique ou privée, que leur objet soit de choisir *ab initio* une loi applicable à ce régime ou un régime lui-même ou qu'il soit de modifier un régime matrimonial antérieur.

Sur tous ces points, dans l'état actuel du droit en vigueur au sein des États membres, seules les règles nationales régissant la reconnaissance des actes publics sont applicables. Sauf rares exceptions (dans les rapports entre États scandinaves, notamment, ou par conventions bilatérales), il n'y a pas de traité international applicable en la matière. Les divergences des règles étatiques apparaissent d'évidence, comme le démontrent les rapports nationaux. Même s'il est vrai qu'en Europe, les contrats de mariage ne régissent qu'un pourcentage réduit de couples, il reste que l'absence d'efficacité internationale des conventions matrimoniales peut gravement perturber les prévisions des couples qui en ont, de bonne foi, signé un.

#### 1.2.3.2. Incertitudes sur l'efficacité des décisions de liquidation et partage de biens communs

Le droit international privé de certains États n'interdit pas nécessairement qu'un tribunal de ces États puisse intervenir dans le partage d'une communauté de biens entre époux comprenant des avoirs à l'étranger. Lorsque les juges de ces États désignent un notaire pour procéder aux opérations d'inventaire, comptes, liquidation et partage des biens dépendant

d'une communauté (ou d'une indivision) entre époux, ils ne précisent souvent pas davantage. Ils n'excluent donc pas que ces opérations puissent porter sur des biens sis à l'étranger. Dans d'autres États, pareille extension du rôle du notaire est impensable et exclue.

Que conseille le notaire lorsqu'il est consulté sur ce point avant la saisine d'un juge ? Il recommande souvent aux parties de s'adresser de préférence au tribunal de l'État du lieu de situation des biens à partager (surtout des immeubles), afin de ne pas risquer un refus d'exequatur. Ce refus pourrait se fonder notamment sur l'éventuelle compétence exclusive à laquelle prétendrait l'État de situation des biens. Si le jugement désignant le notaire chargé du partage n'a pas exclu expressément les immeubles étrangers, ce notaire est tenu de proposer une liquidation-partage pour l'ensemble des biens, même s'il craint que sa proposition ne puisse guère produire d'effets concrets pour les biens situés dans des États autres que celui auquel il se rattache.

Telle est bien la difficulté majeure lors des partages judiciaires de biens situés dans divers pays. Il n'est pas toujours possible d'éviter à un particulier les désagréments de procédures d'exequatur qui s'avèrent, en définitive, inefficaces et donc inutiles.

Par ailleurs, tout comme on a vu qu'il peut y avoir pluralité de compétences internationales il existe aussi un risque certain de pluralité de jugements pour la liquidation et le partage d'une même communauté (ou indivision) de biens, chaque juge statuant sur le sort des avoirs situés dans son ordre juridique. Au morcellement de la loi applicable, exposée plus haut, vont s'ajouter le morcellement des décisions judiciaires.

À quoi sert-il d'obtenir dans tel État une décision judiciaire de partage si celle-ci ne peut pas obtenir la formule exécutoire nécessaire pour son efficacité dans l'État de situation d'un bien partagé ? Bien plus : jamais le tribunal décidant le partage de biens sis à l'étranger ne peut, en vertu du principe d'égalité souveraineté des États, adresser une injonction à un service public de cet État étranger, où se situent les biens : « il ne saurait ordonner ni qu'il soit procédé à une inscription sur un registre foncier étranger ni que l'autorité compétente du lieu de situation de l'immeuble délivre un certificat foncier »<sup>38</sup>.

Face à ces difficultés, on est tenté de répondre par un vœu : celui de voir une harmonisation européenne régler préventivement l'essentiel des difficultés. Car seul un instrument de ce type serait en mesure de promouvoir des liquidations et partages judiciaires uniques et pleinement harmonieux, sur l'ensemble des biens partageables, quels que soient les lieux où ils se trouvent dans les États membres. Vœu pieux s'il devait viser une convention internationale universelle, car on peut certes douter de l'accord de tous les États du monde sur ces matières. Vœu plus réaliste s'il se circonscrit aux États de l'Union européenne en mesure de se faire mutuellement confiance et auxquels il est possible de démontrer une possibilité d'entente par l'existence d'accords existants et efficaces<sup>39</sup>.

---

38 F. Rigaux et M. Fallon, *op. cit.*, p. 456, n° 1188.

39 Il suffirait d'exposer comment fonctionne la Convention franco-belge du 8 juillet 1899 sur la compétence judiciaire, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, dont l'article 7 porte sur les actions en partage de successions.

### 1.2.3.3. Difficultés de partager des biens communs situés dans plusieurs États

Dans le prolongement des constats du paragraphe précédent, il faut aussi évoquer les difficultés pratiques que rencontrent des époux dans le partage de biens communs ou indivis lorsqu'il y a dispersion des biens partageables dans plusieurs États. Relevons au passage que ces obstacles se rencontrent en cas de liquidation tant d'une communauté ou indivision conjugale que d'une succession.

Le juge d'un État, dans une procédure de partage, peut-il ordonner à un particulier (personne physique ou morale) de nationalité étrangère ou demeurant à l'étranger, de fournir des renseignements à l'autorité (notaire, juge, ...) chargée de procéder à des opérations de compte, liquidation et partage ? On vise, par exemple, l'injonction donnée par un magistrat d'un État membre à une banque étrangère d'informer le notaire commis sur l'existence et le contenu de comptes bancaires ou de coffres qui auraient été ouverts ou loués par un des époux. On vise aussi des ordres de même nature donnés à des avocats étrangers, à des gestionnaires de fortunes...

En principe, rien ne s'oppose, en droit international, à de pareilles injonctions si le destinataire de l'ordre n'est pas une autorité publique ou un organe d'un État étranger. Mais toute la question revient à savoir si les personnes privées ainsi requises refuseront ou accepteront de bon gré d'obtempérer. S'il est un principe de droit international très solidement ancré, c'est bien celui selon lequel chaque État possède le monopole de la contrainte sur son territoire. En corollaire, aucun État ne peut prétendre exercer sa contrainte sur le territoire d'un autre État. Il s'ensuit dès lors qu'aucun juge d'un État membre ne saurait obliger un étranger ou une personne se trouvant à l'étranger de remplir une mission que ce juge lui aurait enjoint de réaliser dans le cadre d'un partage judiciaire ouvert dans l'État du juge.

Qu'arrive-t-il alors, en pratique ? Tantôt, cette personne privée accepte volontiers de donner librement suite à la demande qui lui a été adressée. Elle agit ainsi notamment si elle n'est pas tenue au secret professionnel par la loi de sa résidence ou de celle qui l'institue. S'il s'agit d'une banque, d'un avocat ou d'un gestionnaire de fortune, il aura veillé d'abord à obtenir l'accord de son client. Tantôt, au contraire, cette personne s'abstient de toute réaction, se sachant protégée par le simple fait de l'existence d'une frontière entre elle et le juge qui a commis le notaire. Le seul moyen de contourner l'obstacle, dans ce cas, consiste à agir via les copartageants eux-mêmes. Eux seuls peuvent intervenir auprès de leur banquier ou avocat étranger en vue de les amener à dévoiler ce que veulent connaître le notaire d'abord, le juge ensuite. Mais comment contraindre ces copartageants ? Par la menace d'une astreinte, lorsque celle-ci est connue du droit de l'État du juge qui commet le notaire ? Il serait en tout cas injuste de brandir cette menace dès lors que la banque ou l'avocat étranger peut, à bon droit et de bonne foi, invoquer la loi dont il relève et qui interdit toute divulgation, sauf autorisation du client.

À tous ces obstacles, ajoutons encore ce dernier : que faire si l'immeuble situé à l'étranger n'est pas aisément partageable ? Il y a alors lieu d'en provoquer la vente, puis de répartir le produit de la vente entre tous les copartageants, en fonction de leurs parts respectives déterminées par la loi régissant le partage. Les complications dues à l'éloignement (traductions de pièces, obligation de change de monnaies, correspondance, nécessité de passer par une autorité locale ayant compétence exclusive pour recevoir des actes translatifs de propriété, etc.) provoquent inévitablement lenteurs et surcoûts.

Ajoutée à l'union monétaire européenne déjà partiellement acquise, une harmonisation européenne du droit international privé des régimes matrimoniaux serait la bienvenue pour obvier ces difficultés, dans toute la mesure du possible.

#### 1.2.3.4. Divergences dans les règles régissant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires ou administratives

Comme pour les actes publics, il faut souligner que les divergences dans les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires (et, accessoirement, administratives) en matière de régimes matrimoniaux, de même que celles qui prévalent dans la procédure et les effets de ces décisions, ne sont pas spécifiques à ces matières. Mais puisque le règlement « Bruxelles I » a exclu les régimes matrimoniaux de son champ d'application, ces divergences continuent à produire leurs effets nuisibles et freinent la libre circulation des personnes.

Pour avoir une idée de ces divergences, il suffit de lire les titres des articles du règlement « Bruxelles I », dont l'objet fut précisément de les résoudre en toutes matières autres que celles qui sont exclues de son champ d'application. On possède ainsi immédiatement une vision claire de l'inventaire des problèmes généraux à résoudre (condition de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, vérification de l'accomplissement de ces conditions, incidents contentieux de la reconnaissance ou de l'exécution, mention des juridictions ou autorités compétentes pour délivrer l'autorisation d'exécution, procédure de la mise à exécution, effets des décisions étrangères exécutoires...).

Ces problèmes généraux supposés réglés, une question demeure : existe-t-il, dans le domaine des régimes matrimoniaux des difficultés pratiques spécifiques d'efficacité internationale de décisions judiciaires ? La réponse est affirmative, car certains États membres connaissent des dispositions particulières pour régir la reconnaissance des modifications conventionnelles apportées par des époux à leur régime matrimonial, lorsque cette modification s'est effectuée à l'étranger.

Certes, comme on l'a vu<sup>40</sup>, certaines des conditions de cette reconnaissance s'articulent en terme de conflits de lois : pour produire ses effets dans tel État requis de la reconnaître, la modification doit, par exemple, avoir respecté les formes en vigueur dans l'État où elle est intervenue (*locus regit actum*) ; les règles de publicité du lieu de la modification doivent aussi avoir été respectées. Mais il peut y avoir plus : l'obligation, pour le juge requis de reconnaître cette décision étrangère, d'en contrôler le fond, par exemple pour s'assurer que les droits des tiers ou l'intérêt de la famille n'ont pas été méconnus par le juge d'origine de la décision.

Comme ces règles spéciales de reconnaissance des décisions judiciaires homologuant ou « ratifiant » des modifications conventionnelles du régime matrimonial varient d'un État à un autre, rien ne garantit, à l'heure présente, que, dans l'Union européenne, une pareille décision puisse être reconnue dans tous les États membres. Au contraire, il apparaît souvent que ces modifications conventionnelles entérinées par la justice

---

40 Voy. supra, n° 1.2.2.4.

d'un État demeurent inefficaces dans un autre État. Parfois, elles seront admises comme liant les époux, mais resteront inopposables aux tiers.

Même lorsqu'il advient qu'une décision judiciaire en matière de régimes matrimoniaux soit reconnue dans les autres États où se localisent les biens ou intérêts matériels du conjoint, il peut arriver que les effets produits par cette décision ne soient pas identiques dans tous les États qui la reconnaissent.

Faut-il ajouter que les particuliers qui doivent se prévaloir de la décision ne comprennent pas pourquoi le simple franchissement d'une frontière puisse priver de tout ou partie de ses effets juridiques la décision relative à leur situation patrimoniale ? Faut-il dire qu'ils se plaignent alors de ces obstacles à la libre circulation des jugements dans l'Union européenne, d'autant plus que la décision en cause vise souvent leur avenir patrimonial dans la famille ?

## **2. VERS UN REGLEMENT EUROPEEN POUR SURMONTER CES DIFFICULTES**

### **2.1. Portée du règlement**

Le présent rapport n'examine pas la question de savoir si l'acte communautaire qu'il est envisagé d'adopter doit prendre la forme d'un règlement ou celle d'une directive. Il utilise comme hypothèse de travail celle de l'adoption d'un règlement. Il ne couvre pas davantage la question du choix de la base juridique appropriée pour l'adoption d'un acte communautaire. Les propositions faites ne tiennent donc pas compte de contraintes éventuelles que le traité CE pourrait imposer à cet égard.

Le rapport couvre les différents aspects de droit international privé concernant les rapports patrimoniaux du couple. Ces aspects comprennent à la fois le conflit de lois et le conflit d'autorités ou de juridictions. Il n'analyse pas la question de l'opportunité de l'adoption d'actes séparés portant sur chacune de ces questions. A cet égard, divers cas de figure peuvent se présenter.

- a) Soit un acte unique porte sur l'ensemble des questions juridiques concernant le régime matrimonial : compétence internationale, conflit de lois, efficacité des décisions et des actes publics étrangers, règles matérielles uniformes (harmonisation de type vertical).
- b) Soit un acte unique est envisagé, couvrant tout ou partie de la matière civile, y compris le régime matrimonial, mais pour régler un seul type de question de droit international privé à la fois, en distinguant respectivement le conflit de juridictions, le conflit de lois et des règles matérielles uniformes (harmonisation de type horizontal).
- c) Soit encore l'acte envisagé ne traite que certains aspects de la matière du régime matrimonial, par exemple seulement le conflit de juridictions, ou plusieurs actes sont établis pour couvrir divers aspects de cette matière, en traitant séparément, par exemple, le conflit de juridictions, le conflit de lois et le droit matériel uniforme. De caractère fragmentaire, cette harmonisation est de type partiel.

L'acquis communautaire autant que la pratique conventionnelle privilégient la méthode de l'harmonisation horizontale. L'harmonisation verticale commence de faire son

apparition dans les conventions de la Conférence de La Haye, en matière de protection des enfants. Les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II » sont de type horizontal, mais le second est, en outre, de type partiel car il ne porte que sur certaines demandes concernant la matière visée (le prononcé du divorce et non ses effets, le prononcé de la nullité du mariage, non une décision sur la validité ni les effets du mariage).

## 2.2. Objet du règlement

La Communauté pourrait envisager deux niveaux d'harmonisation, lesquels ne sont pas nécessairement exclusifs l'un de l'autre. L'harmonisation pourrait porter sur l'un de ces niveaux seulement ; elle pourrait tout aussi bien porter sur les deux niveaux, simultanément.

En premier lieu, il s'agirait de préparer un règlement portant sur le droit international privé des rapports patrimoniaux de couple (marié ou non marié), dans la double perspective du conflit de lois et du conflit de juridictions. Cette perspective est privilégiée dans le présent rapport car elle a la préférence de ses auteurs.

En second lieu, il s'agirait d'une harmonisation tendant à rapprocher certains éléments des droits matériels des États membres concernant les rapports patrimoniaux du couple (marié ou non marié). Même si une codification globale du droit des régimes matrimoniaux, à la manière d'un « code civil européen » portant exclusivement sur cette matière, paraît actuellement ne pas pouvoir être envisagée, il n'est pas exclu d'évoquer un rapprochement fragmentaire, portant sur les questions suscitant les entraves les plus sensibles au bon fonctionnement du marché intérieur.

La voie de la sagesse ne résiderait-elle pas dans la préparation d'une harmonisation essentiellement axée sur le droit international privé, mais avec quelques éléments de droit matériel uniforme, portant sur les éléments les plus essentiels du régime primaire (là où il y a déjà convergence manifeste des droits nationaux des États membres) et sur un régime conventionnel (donc optionnel) assez attractif pour les couples appelés à se mouvoir souvent en Europe ?

### 2.2.1. *Harmonisation globale du droit international privé régissant les régimes matrimoniaux et les relations des couples enregistrés*

Par harmonisation globale, l'on entend ici l'adoption de règles de caractère général, non sous l'angle de la matière, mais sous l'angle de la place que ces règles laissent encore à d'éventuelles règles nationales. Une harmonisation globale serait celle qui, pour les matières visées, ne laisserait plus de place à des règles nationales au contenu différent.

### 2.2.1.1. Compétence internationale

Une harmonisation globale de la compétence internationale suppose que les dispositions communautaires viennent se substituer aux règles de compétence internationale des États membres.

Tel ne serait pas le cas si ces règles ne couvraient que certaines situations transfrontières, et non toute situation de ce type pouvant être soumise à une juridiction d'un État membre.

Par exemple, si la règle communautaire couvre la compétence internationale des juridictions des États membres pour tout litige affectant des rapports patrimoniaux de couple, elle ne laisse plus aucune place résiduelle pour une règle nationale dans la matière considérée. Il en va autrement si la règle ne concerne que certains litiges transfrontières, définis au moyen d'un élément de rattachement de la situation à l'ordre juridique d'un État membre, par exemple la nationalité d'une partie ou sa résidence. Une telle règle n'affecte pas les litiges qui ne remplissent pas cette condition, par exemple, le cas d'un couple dont aucun partenaire n'est national ni résident d'un État membre : elle laisse aux règles nationales le soin de décider si une juridiction d'un État membre peut être saisie d'un litige dans la matière visée.

La pratique observée montre que, jusqu'à présent, la Communauté a toujours délimité le domaine d'application dans l'espace de règles de compétence internationale qu'elle a adoptées, en les limitant aux situations ayant un élément de rattachement déterminé avec un État membre. Ainsi, les règles communes du règlement dit « Bruxelles I » ne concernent (sauf pour des matières particulières où un autre critère de localisation est retenu) que le cas où le défendeur est domicilié dans un État membre (art. 4). De son côté, le règlement dit « Bruxelles II » concerne les couples dont le défendeur réside habituellement sur le territoire d'un État membre, ou qui est ressortissant d'un État membre [ou, pour le Royaume-Uni et l'Irlande, est domicilié dans l'un de ces États au sens où l'entendent les droits de ces États] (art. 7). De manière subtile toutefois, il semble s'étendre aussi aux autres couples (art. 8, § 1<sup>er</sup>), non sans laisser encore une place « résiduelle » au droit national pour le cas où, dans cette hypothèse, aucune juridiction d'un État membre ne serait compétente. Ce faisant, le règlement s'étend aux litiges qui n'ont d'autre point de contact avec la Communauté que l'un de ceux qui servent à fonder la compétence internationale (art. 1<sup>er</sup>) : il a donc normalement vocation à ôter tout effet utile aux règles nationales correspondantes. Celles-ci ne sont « sauvées » que par la portée résiduelle que leur reconnaît le règlement.

Dans d'autres matières, au contraire, la compétence internationale a été fixée par un acte communautaire indépendamment de toute intervention des règles nationales. C'est le cas des règlements concernant la protection de droits de propriété intellectuelle au moyen d'un enregistrement communautaire. Ainsi en est-il du règlement 2100/94 du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales<sup>41</sup>, qui, pour les actions de droit civil, se réfère à la Convention de Lugano, tout en ajoutant d'autres critères de compétence, tel le domicile du demandeur (art. 101, § 2). Toutefois, cette autonomie s'explique ici, puisque le droit matériel établi par le règlement jouit lui-même d'une autonomie par rapport au droit des États membres : l'acte construit un mode nouveau d'enregistrement, indépendant de celui qui est organisé par les États. Il se comprend donc que les règles de compétence posées par le règlement s'étendent à tout litige transfrontière entrant

---

41 JOCE, 1994, L 227.

dans la matière visée, en l'occurrence celle de l'enregistrement communautaire des obtentions végétales.

Le précédent du règlement « Bruxelles II » donne à entendre que, par nature, un acte communautaire puisse contenir des règles de compétence internationale couvrant tout litige transfrontière, sans condition relative à son rattachement à la Communauté.

Savoir si le règlement envisagé doit comporter une telle extension, ou s'il doit se limiter à certains litiges transfrontières, de type communautaire, est une question à délibérer, en fonction de paramètres de nature politique, comme aussi des limites éventuelles à la compétence d'attribution de la Communauté, résultant des termes des bases juridiques posées par le traité CE. Sous un angle technique, on peut estimer que les litiges transfrontières couverts devraient être au moins ceux qui seraient couverts par les règles de conflit de lois. En cas d'adoption de règles de conflit de lois en plus de règles de compétence internationale, celles-là tendant à prolonger celles-ci (ce qui est nécessaire, on l'a vu plus haut, de l'avis des experts chargés de ce rapport), il serait incohérent qu'une situation déterminée soit couverte par les unes mais non par les autres.

En toute hypothèse, il faudrait se garder d'estimer que le concept du domicile du défendeur, tel qu'utilisé par le règlement « Bruxelles I » et, partiellement, par le règlement « Bruxelles II », constitue un critère nécessaire pour définir l'applicabilité du règlement envisagé. En effet, il est aisé de démontrer que ce critère ne permet pas nécessairement de couvrir tout litige de nature à affecter le bon fonctionnement du marché intérieur<sup>42</sup>.

À toutes fins utiles, il faut d'ajouter que le règlement ne saurait fixer que la compétence internationale des seules juridictions des États membres auxquelles il s'applique : il ne saurait affecter par lui-même la compétence internationale des juridictions d'États tiers. Cela résulte de la territorialité limitée de la « force obligatoire » des règles de droit visées.

#### 2.2.1.2. Droits applicables

L'harmonisation globale du droit des conflits de lois signifie que les règles communes se substitueront aux règles nationales correspondantes. Une telle substitution ne sera réelle que si ces règles désignent le droit de tout État (État membre ou État tiers), tout en s'appliquant à toute situation transfrontière (situation communautaire ou situation extra-communautaire).

Cette affirmation montre que le choix entre harmonisation globale et harmonisation partielle ne se réduit pas à une seule alternative, mais comporte un double choix. Cette précision est importante, car il semble qu'elle constitue une nouveauté dans la théorie du droit international privé, en raison de la spécificité du contexte communautaire.

Dans la tradition de l'harmonisation du droit des conflits de lois, la seule alternative observée est celle du choix entre des règles dites *universelles* et des règles

---

<sup>42</sup> Ainsi, pour le règlement « Bruxelles I », une demande introduite par un acheteur français contre un producteur américain pour un vice caché affectant un produit commercialisé dans la Communauté ne relève par du règlement, alors même que ce produit a été mis en libre pratique dans la Communauté et est donc visé par l'article 23 du traité CE. Inversement, le règlement régit une demande d'un acheteur américain contre une entreprise française alors même que le produit a été mis en libre pratique aux États-Unis...

affectées d'une condition de *réciprocité*. Comme on le sait, les premières ont vocation à désigner tout État, identifié à l'aide d'un critère de rattachement objectif, alors que les secondes désignent l'État à l'aide de son nom. Ainsi, lorsque la Convention de Rome du 19 juin 1980 précise que « La loi désignée [...] s'applique même si cette loi est celle d'un État non contractant » (art. 2), elle montre son aptitude à désigner le droit d'un État quelconque, sans limiter son domaine à la désignation des droits d'États figurant sur une liste déterminée, à savoir celle des États qui sont parties au traité. Ce faisant, la Convention se plie à une pratique dominante des traités internationaux en la matière. En effet, il est exceptionnel qu'une convention limite son domaine à la désignation du droit d'un État contractant, sauf si l'instrument a un caractère mixte, portant à la fois sur le conflit de lois et sur le conflit de juridictions. On trouve un exemple du premier cas dans la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (art. 7) – convention jugée aujourd'hui quelque peu « vieillie » – et un exemple du second, partiellement dans la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 en matière de responsabilité parentale et de protection des enfants – nettement plus moderne – : selon celle-ci, l'autorité compétente est celle de la résidence de l'enfant dans un État contractant et cette autorité applique sa propre loi ou celle de la nouvelle résidence en cas de déménagement, si cette résidence se trouve dans un État contractant ; exceptionnellement, toutefois, l'autorité peut appliquer la loi d'un État avec lequel la situation présente un lien étroit, sans exclure que cet État soit un État tiers (art. 15).

La pratique communautaire ne connaît, à l'heure actuelle, que deux exemples clairs de règles de rattachement en matière civile. Le premier concerne le contrat d'assurance et le second, le contrat de garantie financière. Dans le premier cas, la directive 88/357 du 22 juin 1988<sup>43</sup> se contente de désigner, dans la plupart des cas visés, la loi d'un État membre ; il ne semble en aller autrement que lorsque l'autonomie de la volonté est permise (art. 7, § 1<sup>er</sup>). Dans le second cas, la directive 2002/47 du 6 juin 2002<sup>44</sup> désigne simplement la loi de l'État où le compte pertinent est situé, sans exiger formellement que cet État soit un État membre.

La directive relative au contrat d'assurance montre bien que ses auteurs ont été conscients du concept de « situation communautaire ». En effet, le texte précise que la règle de rattachement posée ne concerne que les « contrats d'assurance [...] couvrant des risques situés dans les États membres ». Cela exclut du domaine des règles communes le cas où le risque est localisé dans un pays tiers : cette situation entre alors normalement dans le domaine de la Convention de Rome du 19 juin 1980 (art. 1<sup>er</sup>, § 3). En outre, il paraît ne garantir que les risques couverts par une entreprise de la Communauté. En effet, la règle de rattachement précitée ne concerne que les entreprises visées par l'article 6 ou l'article 23 de la directive 73/239 du 24 juillet 1973<sup>45</sup> (art. 2, lettre b), ce qui vise uniquement les entreprises dont le siège social est dans la Communauté ou les succursales établies dans la Communauté relevant d'entreprises de pays tiers.

La même observation peut être faite pour la directive 96/71 du 16 décembre 1996 relative au détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services<sup>46</sup>. Contenant une règle sur le conflit de lois — non une règle de rattachement au sens strict, mais une règle d'applicabilité de dispositions impératives —, l'acte se réfère au droit d'un État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché (art. 3, § 1<sup>er</sup>) et, de plus, il ne couvre

---

43 JOCE, 1988, L 172.

44 JOCE, 2002, L 168.

45 JOCE, 1973, L 228.

46 JOCE, 1997, L 18.

que les situations concernant des entreprises « établies dans un État membre » (art. 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>). En d'autres termes, cette directive limite doublement son champ d'application : d'abord, elle sert à désigner uniquement le droit d'un État membre ; ensuite, elle ne concerne que les employeurs établis dans un État membre.

On peut déduire de ces observations que l'établissement de règles de rattachement universelles dans un contexte communautaire ne va pas de soi. La Convention de Rome ne constitue pas un précédent probant, puisqu'elle a été élaborée en dehors de ce contexte, du moins formellement : rédigée par des experts de droit international privé, elle s'aligne naturellement sur la technique dominante dans les traités internationaux, en particulier les conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé. Le seul précédent semble être celui de la directive 2002/47 précitée.

Il appartiendra au législateur communautaire, au moment de l'établissement du règlement sur les rapports patrimoniaux entre couples (mariés ou non), d'évaluer la possibilité pour lui d'édicter des règles universelles ou plutôt des règles se contentant de désigner le droit d'un État membre. Mais un tel choix n'est pas suffisant. Même s'il opte pour l'adoption de règles universelles, il devra encore se demander s'il convient de limiter le domaine de l'acte aux situations présentant un point de rattachement déterminé avec la Communauté (voir *infra*, point 2.3.2).

À ce stade, il suffit d'énoncer que les deux choix sont indépendants l'un de l'autre : l'acte communautaire peut, sans aucune incohérence, énoncer des règles de rattachement universelles tout en limitant celles-ci à des situations communautaires déterminées. Les auteurs du présent rapport conseillent vivement, pour des raisons pratiques évidentes, de préparer un règlement de type « universaliste », en l'ouvrant à un large spectre de situations communautaires.

### 2.2.1.3. Efficacité internationale des décisions et des actes publics étrangers

La question d'une harmonisation globale concernant l'efficacité des décisions et des actes publics étrangers est simple à résoudre à première vue. En effet, si l'on prend pour modèle la pratique internationale, on observe que, sans exception, tous les instruments internationaux concernent uniquement des décisions émanant d'États contractants. L'existence d'une condition de réciprocité apparaît donc comme un postulat : *do ut des* ! Celui-ci se comprend dans un contexte conventionnel. D'une part, les États contractants se contentent d'une entente réciproque, se limitant à faciliter la circulation des jugements et des actes publics dans l'espace conventionnel établi. D'autre part, ce faisant, ils ne modifient pas leur politique nationale à l'égard des décisions d'États tiers.

La pratique communautaire ne contredit pas ce constat. De même que la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, le règlement dit « Bruxelles I » limite son domaine aux décisions émanant d'un État membre auquel il s'applique. L'observation vaut aussi pour le règlement dit « Bruxelles II ». Au vrai, il ne semble pas que la question ait jamais été vraiment posée de savoir si la suppression d'une telle condition de réciprocité était envisageable.

Pourtant, on peut soutenir ici que, dans le contexte communautaire, une condition de réciprocité ne s'impose pas nécessairement.

Si l'acte communautaire est de nature universelle sous l'angle de la compétence ou du conflit de lois, tendant alors à se substituer aux règles nationales correspondantes, il n'y a pas lieu d'exclure, en soi, qu'un acte communautaire se substitue aux règles nationales concernant l'efficacité des jugements étrangers. En quelque sorte, en termes de méthode de régulation, le législateur communautaire se substituerait simplement au législateur national. Autre est la question des limites de la compétence d'attribution normative de la Communauté pour ce faire : il convient de prouver qu'une telle extension est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur.

Il ne paraît pas suffisant de s'arrêter au concept selon lequel un acte communautaire concernant l'efficacité des décisions aurait pour objectif d'assurer la liberté de circulation de telles décisions, un tel objectif limitant alors assurément l'objet de l'acte aux décisions d'États membres. L'essentiel paraît être de considérer les situations de la vie concrète qui sont de nature à affecter les échanges dans le marché intérieur. Il n'est pas exclu, en soi, qu'une juridiction d'un État tiers se prononce sur une situation qui affecte le marché intérieur. Par exemple, en matière d'état des personnes, il ne faudrait pas exclure que des règles communes aux États membres concernant l'efficacité d'un acte de répudiation établi dans un État tiers puisse affecter les conditions de circulation de la famille d'une personne entrant dans le domaine de la liberté de circulation des travailleurs ou des citoyens de l'Union européenne.

Autre chose est de se demander si une extension aux décisions émanant de pays tiers est opportune sous l'angle du contenu des règles communes arrêtées. S'il devait s'avérer que le contenu des règles communes d'efficacité des décisions ou des actes publics devait n'être acceptable politiquement qu'à l'égard de décisions émanant d'organes d'autres États membres, l'établissement d'une condition de réciprocité se concevrait aisément. Par exemple, si le concept de confiance mutuelle conduit à une notion de titre exécutoire unique, on peut comprendre qu'une telle politique ne soit pas envisageable à l'égard d'un pays tiers. Ou encore, à propos des actes privés consignés dans un acte authentique (comme un contrat de mariage), une règle obligeant le juge requis à contrôler cet acte, non sous l'angle de la loi applicable, mais en un raisonnement limité à l'appréciation de la reconnaissance de l'acte, centré principalement sur un contrôle d'ordre public sans contrôle de la loi applicable, pourrait ne pas devoir se pratiquer à propos d'actes de ce type passés dans un pays tiers.

### 2.2.2. *Harmonisation partielle du droit interne en ces matières*

L'objectif prioritaire de l'Union européenne n'est point de promouvoir dès à présent une unification, même limitée à sa forme atténuée qu'est l'harmonisation, du droit interne (ou matériel) des États membres dans le domaine des relations familiales. Il ne s'agit donc pas ici de proposer l'élaboration d'un code partiel de droit de la famille limité aux rapports patrimoniaux entre époux, même si cet objectif présente en soi un intérêt non négligeable. Cela étant, ne devrait-on pas profiter de l'effort d'harmonisation du droit international privé en ce domaine pour y inclure quelques clauses de droit interne, dans la mesure où celles-ci s'avèreraient complémentaires aux dispositions de droit international privé uniforme, voire nécessaires à leur bonne mise en œuvre ? Encore faudrait-il s'assurer,

en empruntant cette voie méthodologique, de ses chances de réussite. Or il apparaît que sur deux points au moins, la perspective d'un accord entre les États membres est bonne en raison de la convergence de leurs droits internes.

L'idée d'agir ainsi n'est pas neuve. On en trouve déjà une illustration dans l'article 12 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Cet article débute par une règle de conflit de lois sur la forme des contrats de mariage. Suit une deuxième phrase libellée comme suit : « Il (le contrat de mariage) doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux ». Cette règle uniforme de droit privé interne se présente comme la formulation d'un impératif minimum, complémentaire à la traditionnelle règle *locus regit actum*. Elle a été jugée indispensable par les négociateurs diplomatiques, qui constatèrent par ailleurs qu'elle était déjà consacrée par la plupart des législations des États membres de la Conférence de La Haye qui fut à l'origine de la Convention.

Les auteurs de ce rapport suggèrent donc de compléter l'œuvre d'harmonisation du droit international privé en lui adjoignant un embryon de « régime primaire européen » et un régime secondaire conventionnel commun à tous les États membres. Ce régime s'ajouterait à ceux qui existent dans les États membres connaissant la notion de régime matrimonial et constituerait une innovation pour les États membres qui ignorent cette notion. Il s'agirait, bien entendu, d'un régime optionnel, pouvant être choisi par tous les couples se mariant dans l'un de ces États, lorsqu'ils jugent qu'en raison de leur situation de mobilité constante ou simplement possible, ce régime leur conviendrait.

Il faut être attentif au fait que l'adoption de règles matérielles communes va requérir, en tout cas, du législateur européen qu'il s'interroge sur l'applicabilité de ces normes. Soit il veillera à adjoindre à celles-ci une règle d'applicabilité, qui déterminera indirectement les situations internationales visées, soit il supposera que ladite applicabilité dépendra des normes de rattachement en matière de régime matrimonial.

#### 2.2.2.1. Un embryon de régime primaire européen

L'analyse comparative du droit interne des États membres (voir *infra*, Section 2, point 1) fait apparaître l'existence généralisée de règles fondamentales sur les droits et les devoirs des époux dans leurs relations patrimoniales, qu'une large partie de la doctrine qualifie de « régime matrimonial primaire ». Ces règles portent sur des problèmes communs aux couples vivant dans tous les États membres.

Il y a un quart de siècle, cette tendance des législateurs à fixer des règles impératives (et même d'ordre public) pour les couples mariés, dans leurs rapports patrimoniaux) avait déjà été observée dans un ouvrage majeur publié sous l'égide de l'*Union internationale du Notariat latin*<sup>47</sup>. On y lisait, en effet, sous la plume du professeur Caparros : « La prise en considération des besoins impératifs de la famille ne date pas de nos jours, comme le prouve la réglementation des charges du mariage. Cependant, ces besoins impératifs de la famille ont donné lieu, depuis cinquante ans, à une réglementation plus

<sup>47</sup> M. Verwilghen (éd.), Régimes matrimoniaux, successions et libéralités – Droit international privé et droit comparé, Neuchâtel, Les éditions de la Baconnière, 2e éd. 1979, 2 vol. Cet ouvrage, édité sous l'égide de la Commission des Affaires européennes de l'Union internationale du Notariat latin, est souvent cité sous le nom de « Livre bleu du Notariat latin ».

complète, accordant de véritables droits à la famille et confiant à chaque conjoint le droit-fonction de défendre ces droits en s'opposant, au besoin, aux actes de l'autre conjoint, titulaire du droit individuel »<sup>48</sup>.

Les éléments constitutifs du régime primaire sur lesquels il serait éventuellement possible de s'entendre en vue d'une harmonisation juridique européenne sont les suivants : le principe de la contribution des époux aux besoins de la famille, la protection minimale de la demeure familiale principale, l'organisation de la protection minimale des intérêts de la famille par voie judiciaire (ou par voie administrative de nature juridictionnelle), la représentation d'un époux par l'autre, le droit pour les époux de signer un contrat de mariage et de le modifier de commun accord durant le mariage, l'exigence à cet effet d'un écrit daté et signé par les époux, devant une autorité publique, le principe du droit pour chaque époux d'exercer une profession, etc.

#### 2.2.2.2. Un régime conventionnel européen subsidiaire

Il paraît illusoire, dans l'état d'esprit actuel des États membres et au vu des trop profondes divergences de leurs positions vis-à-vis de la notion et du contenu de leur « régime matrimonial secondaire légal », d'espérer parvenir à une entente sur l'adoption d'un régime légal unique et commun à tous les États membres de l'Europe. On dira d'ailleurs plus loin pourquoi il serait inopportun de se lancer dans cette direction.

Mais, s'il paraît donc raisonnable de renoncer à l'idée d'harmoniser les différents régimes matrimoniaux légaux en vigueur dans les États membres, on pourrait par contre imaginer d'instituer un régime matrimonial européen "subsidiaire", de nature conventionnelle, qui serait commun à tous les États membres et qui pourrait, dans chaque État membre, être librement adopté par les époux, lors de la conclusion de leur mariage, à l'instar de tout autre régime matrimonial conventionnel.

En se limitant à proposer un régime matrimonial européen "subsidiaire", on ne porterait aucunement atteinte à la compétence laissée à chaque État de déterminer de manière spécifique son régime matrimonial *légal* applicable de plein droit, pour ses nationaux ou sur son territoire, aux époux qui ne concluent pas de contrat de mariage. On franchit toutefois le pas d'une certaine harmonisation, en permettant à deux époux d'adopter eux-mêmes un régime matrimonial qui serait commun à tous les citoyens européens et qui régirait de façon unifiée leurs relations patrimoniales quelle que soit leur nationalité respective et quels que soient les États d'Europe où ils seraient amenés à résider.

Sans doute, est-il probable que, dans un premier temps, ce régime matrimonial européen ne présenterait de réel attrait que pour de futurs époux qui auraient de sérieuses raisons de penser qu'ils "seront mobiles" à travers l'Europe, en ce sens qu'ils se savent appelés à résider successivement dans différents États membres. Ils résoudre ainsi préventivement les questions de droit international privé qui pourraient ultérieurement se poser dans leur situation concrète, et ils sauraient que, quel que soit l'État où ils se trouveraient, leur régime matrimonial européen y serait connu et pratiqué.

---

<sup>48</sup> E. Caparros et M. Damé-Castelli, « Les rapports patrimoniaux dans la famille en droit interne comparé », Régimes matrimoniaux, successions et libéralités – Droit international privé et droit comparé, op. cit., t. I, p. 98, n° 71.

Pour compléter cet aspect de l'harmonisation, il serait assurément opportun d'ajouter au régime conventionnel européen une disposition instituant un registre public des régimes matrimoniaux et des modifications volontaires de ces régimes. L'utilité de ce registre ne postule pas de justification autre que celle de la nécessaire information des tiers.

### 2.3. Champ d'application du règlement

L'établissement d'un règlement concernant le droit international privé des rapports patrimoniaux de couple se doit de déterminer les situations que cet acte peut couvrir. Concrètement, il convient de déterminer la matière couverte par le règlement, les personnes visées en fonction de leur rattachement à la Communauté, le domaine spatial de l'acte (ce qui revient à décider si une ou plusieurs portions territoriales de l'Union européenne demeureront – provisoirement ou définitivement – en dehors de l'harmonisation) et, enfin, le domaine d'application dans le temps de l'acte.

#### 2.3.1. *Domaine matériel*

La double question de savoir si le règlement envisagé doit définir la matière couverte et, dans l'affirmative, comment il s'y prendra est délicate. Deux types de paramètres peuvent entrer en compte à cet égard, à savoir la nature de l'acte envisagé et l'influence de l'acquis communautaire.

##### 2.3.1.1. Définition de la matière en fonction de la nature de l'acte envisagé

La détermination de la matière visée peut dépendre, le cas échéant, du type d'acte utilisé, règlement ou directive, mais aussi de l'insertion ou non des règles communes dans un ensemble normatif plus vaste.

Sous l'angle du type d'acte envisagé, l'utilisation du règlement est ici retenue comme hypothèse de travail, essentiellement en raison du fait que c'est ce type d'acte qui a été retenu antérieurement pour les premiers efforts d'harmonisation du droit international privé européen. Ce choix comporte normalement la nécessité d'envisager la détermination de la matière visée comme relevant d'un concept autonome, dont le sens puisse être déterminé par une interprétation qui ne découle pas du droit national. Il aurait pu en aller différemment en cas d'adoption d'une directive. En effet, en cas d'impossibilité d'accord sur les frontières de la matière visée, cet acte peut renvoyer, à propos de la définition de la matière visée, au droit national. C'est, par exemple, ce que font des directives en matière de contrat de travail, notamment la directive 91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation pour l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail<sup>49</sup>.

Si les règles communes devaient être conçues pour être intégrées dans un ensemble plus vaste, il serait possible de contourner la difficulté en englobant la matière visée sous un concept globalisant. La proposition du Groupe européen de droit international privé (GEDIP) pour une convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des

---

49 JOCE, 1991, L 288.

décisions en matière familiale et successorale, du 2 octobre 1993 – texte dit « de Heidelberg », ayant servi de base de travail au règlement dit « Bruxelles II » (voir *infra*, point 2.4.3.) –, est l'exemple d'un texte global. Il ne contourne cependant pas totalement la difficulté évoquée. Certes, il dit s'appliquer « en matière familiale et successorale » et exclut « l'obligation alimentaire » ; mais la règle de compétence internationale évoque, à propos de la matière couverte, « l'existence, l'annulation ou les effets du mariage, le régime matrimonial, la séparation de corps ou la dissolution du mariage ». Le concept de « régime matrimonial » est donc bien retenu comme tel, sans autre éclaircissement.

Dans le cadre d'un acte portant globalement sur la matière familiale, ou même, de manière plus limitée, sur les relations de couple, il serait possible d'adopter une formulation large, ne faisant pas appel à une qualification spécifique. Ainsi, si l'acte devait porter globalement sur le mariage, il pourrait couvrir toute demande « concernant la formation du mariage ou ses effets sur la personne des époux ou sur leurs biens, et toute demande concernant le divorce et la séparation de corps ou ses effets ». Mais la formulation même, par la Commission européenne, du cahier des charges à l'origine de la présente recherche – qui visait aussi bien les régimes matrimoniaux des couples mariés que les rapports patrimoniaux entre partenaires non mariés – démontre que telle ne fut pas l'intention de ladite Commission. C'est la raison pour laquelle elle n'est pas davantage examinée ici.

### 2.3.1.2. Définition de la matière en fonction de l'acquis communautaire

L'acte envisagé pourrait se contenter d'un alignement sur l'acquis communautaire. On l'a déjà observé plus haut (voir *supra*, point 1.1.1.2.), plusieurs actes existants, en effet, contiennent déjà une référence formelle au concept de régime matrimonial, sans aucune définition de contenu. Une telle démarche se justifierait en droit, puisqu'elle traduirait une approche en harmonie avec d'autres matières que celle couverte par le règlement envisagé. Partant, l'interprétation établie pour l'un des actes vaudrait également pour les autres, dont celui envisagé ici.

Le terme « régime matrimonial » apparaît dans le règlement dit « Bruxelles I ». Selon l'article premier, paragraphe 2, du règlement 44/2001, sont exclus de son application, notamment, « a) [...] les régimes matrimoniaux ». La même observation peut être faite à propos de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : celle-ci ne s'applique pas, notamment, « aux obligations contractuelles concernant [...] les régimes matrimoniaux, les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance [...] » (art. 1<sup>er</sup>, § 2).

Pour mémoire, la Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de se prononcer, à plusieurs reprises, sur des litiges affectant des régimes matrimoniaux.

Dans l'arrêt *de Cavel*, du 27 mars 1979<sup>50</sup>, concernant des mesures provisoires dans le cadre d'une instance en divorce, portant saisie de meubles, d'effets et de comptes bancaires appartenant à l'un des époux, la Cour de justice a décidé que « la notion de régimes matrimoniaux visée par la Convention de Bruxelles, du 27 septembre 1968, comprend non seulement les régimes de biens spécifiquement et exclusivement conçus par certaines législations nationales en vue du mariage, mais également tous les rapports patrimoniaux

50 Aff. 163/78, Recueil, 1979, p. 1055.

résultant directement du lien conjugal [...] ». Elle en déduit l'inapplication de la Convention à un litige comme celui de l'espèce. Dans l'arrêt *de Cavel II*, du 6 mars 1980<sup>51</sup>, cette Convention fut toutefois déclarée applicable à, notamment, l'attribution d'une prestation compensatoire « destinée à compenser [...] la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des parties, prestation fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est fixée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible ». À ce titre, est exclue du domaine du règlement 44/2001 une demande relative à la gestion des biens de la femme par le mari « si cette gestion se rattache étroitement aux rapports patrimoniaux qui résultent directement du lien conjugal »<sup>52</sup>.

Dans l'arrêt *van den Boogaard*<sup>53</sup>, relatif à la reconnaissance d'une décision britannique de divorce ordonnant le versement d'un capital à l'épouse, au titre d'un règlement global (« *full ancillary relief* »), la Cour de justice constata que la Convention de Bruxelles — et aujourd'hui le règlement 44/2001, inchangé à cet égard — ne définit ni la notion de régime matrimonial ni celle d'obligation alimentaire. Elle en donna ensuite une définition autonome : alors que l'obligation alimentaire est une « prestation destinée à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin » ou une prestation dont le montant est déterminé selon « les besoins et les ressources de chacun des époux », la prestation liée à la liquidation du régime matrimonial « vise uniquement à la répartition des biens entre les époux ». L'objectif recherché par la prestation est, à cet égard, déterminant puisque l'obligation alimentaire peut tout aussi bien donner lieu au versement d'un capital et au transfert de la propriété de certains biens entre les ex-époux.

### 2.3.1.3. Éléments pour une définition de la matière visée

Cette jurisprudence communautaire suggère que l'expression « régime matrimonial », qui ne manquera pas d'être utilisée par le règlement ici envisagé, recevra assurément une interprétation autonome. Celle-ci sera probablement stricte, utilisant pour condition que toute prestation y incorporée résulte « directement » du lien conjugal et qu'elle affecte seulement une « répartition » de biens entre époux. La définition donnée à l'expression dans le règlement pourrait dès lors comprendre utilement de telles précisions. Si ce règlement devait couvrir aussi les relations des couples non mariés (voir *infra*), l'expression « rapports patrimoniaux découlant d'une relation de vie commune » pourrait être éventuellement retenue.

Autre chose est de se demander si le règlement envisagé doit ou non couvrir le « régime primaire ». La réponse affirmative signifierait sans doute l'extension de l'acte à l'ensemble des effets dits « personnels » du mariage. La Convention de La Haye, du 14 mars 1978, n'a pas retenu une telle extension. La question posée touche le fond des règles à adopter. En effet, la synthèse de droit comparé montre bien une disparité sensible des législations nationales sur la question de l'unicité ou de la dualité du droit applicable aux régimes primaire et secondaire. En d'autres termes, un règlement limité au régime secondaire risque de gêner les États membres qui consacrent la solution d'unicité. Sous l'angle de la définition des « régimes matrimoniaux », il conviendrait probablement de se référer à la

51 Aff. 120/79, Recueil, 1980, p. 731.

52 CJCE, aff. 25/81, 31 mars 1982, Recueil, 1982, p. 1189.

53 Aff. C-220/95, 27 février 1997, Recueil, 1997, p. I-1147.

notion des effets du mariage sur la personne et les biens des époux. Pour couvrir les régimes primaire et secondaire tant dans les relations de mariage que dans toute relation de vie commune (partenariat), il serait opportun de parler des « effets de la relation de vie commune sur la personne et les biens des conjoints ou partenaires ». À l'intention des pays de *Common Law*, il pourrait être utile d'y ajouter une référence, « notamment, les rapports découlant directement d'un contrat de mariage ».

De plus, comme le règlement dit « Bruxelles I », l'acte envisagé pourrait joindre à la définition positive de la formulation une liste négative, excluant expressément certaines matières citées à titre exemplatif (et non limitatif), en commençant la liste par l'adverbe « notamment ». Vu la dissociation notionnelle nette entre « régime matrimonial » et « obligation alimentaire », l'évocation de cette dernière dans la liste des matières exclues du règlement ne semble pas absolument nécessaire car elle pourrait apparaître comme redondante. Toutefois, pour éviter toute ambiguïté dans l'interprétation du règlement, on recommande de mentionner expressément cette exclusion. De même, il serait utile de citer comme exclues la matière de la sécurité sociale, les questions découlant du régime successoral, la question du versement, après divorce, de droits compensatoires liés à l'expectative du droit à une pension, ou encore celle de droits sur une assurance vie.

Il ne faut pas se cacher la difficulté de qualifier la question des droits compensatoires, de même que celle des droits successoraux du conjoint survivant, notamment en cas de clause de renonciation à de tels droits. S'agissant des droits compensatoires, que l'arrêt *de Cavel* du 6 mars 1980 (voir *supra*, point 2.3.1.2.) inclut dans le domaine de la Convention de Bruxelles, le droit allemand, qui connaît de tels droits, tend à soumettre la question à la loi qui régit les effets personnels du mariage (art. 17 EGBGB). L'*Institut de droit international* a défendu la même idée<sup>54</sup>. Le droit allemand défend cependant la thèse de l'unicité, non seulement pour l'ensemble des effets du mariage, mais aussi pour le droit applicable au divorce : cette approche atténue évidemment la pertinence de cette question de qualification.

La matière des donations entre époux pourrait également être exclue : elle soulève de délicates questions de démarcation entre le droit des régimes primaire et secondaire, le droit des successions et le droit des contrats.

Si le règlement envisagé porte sur le « régime primaire » entendu dans un sens large, donc comme concernant non seulement les droits et devoirs fondamentaux (et impératifs) des époux au plan patrimonial, mais aussi « les effets personnels du mariage », il serait encore nécessaire d'inclure dans la liste des exclusions les matières concernant le nom des partenaires et leur capacité.

### 2.3.2. *Domaine personnel*

Le règlement envisagé devra déterminer s'il couvre toute personne concernée par les matières définies par lui ou seulement celles qui présentent un rattachement déterminé avec un ou plusieurs États membres, notamment par la nationalité ou par la résidence.

54 Résolution du 28 août 1985 sur « La loi applicable à certains effets du mariage dissous », *Annuaire*, vol. 61-II, 1986, Paris, Pédone, p. 298.

La question a déjà été abordée ci-dessus, à propos du choix entre harmonisation globale et harmonisation partielle (voir *supra*, point 2.2.1.). On peut partir de l'hypothèse que le règlement envisagé couvrira toute situation, indépendamment de l'appartenance ou non à la Communauté de l'État dont la loi est désignée (règle universelle). Cela ne signifie pas pour autant que les règles communes devraient couvrir toute situation internationale privée, qu'elle soit communautaire ou non communautaire. Cette question-ci procède essentiellement de celle de la délimitation des compétences normatives d'attribution de la Communauté, qu'il reste à éclaircir. Sous l'angle de l'opportunité, disons de suite et résolument que l'adoption d'un acte s'appliquant aux unes et aux autres de ces situations apparaît comme préférable, car l'unicité de règles de rattachement constituerait assurément un facteur de simplification pour le praticien. Rien que pour ce motif, elle a la préférence des auteurs de ce rapport.

Une limitation du règlement envisagé aux seules situations communautaires nécessiterait une définition de ces situations. Une telle définition est concevable en soi, mais elle reste bien délicate à formuler. Certains exemples vécus montrent bien les difficultés pratiques d'une telle délimitation.

En soi, le règlement envisagé pourrait ne viser que les personnes bénéficiant de l'application du traité CE. Formellement, il s'agirait donc des travailleurs et de leur famille, des prestataires et destinataires de services, des citoyens de l'Union européenne, sans préjudice d'autres personnes bénéficiaires de traités conclus par la Communauté. La grande majorité de ces catégories de personnes sont définies au moyen du critère de *nationalité* : les travailleurs, prestataires et citoyens protégés sont ressortissants d'États membres. Mais il faut aussi que la personne en cause cherche à circuler dans l'espace communautaire, même si la Cour de justice a admis certaines extensions, par exemple en cas de contrat de travail exécuté dans un pays tiers alors que le contrat était régi par le droit d'un État membre<sup>55</sup>.

Des nuances apparaissent toutefois dans le cadre du regroupement familial, où le facteur de rattachement pertinent semble plutôt être la *résidence*, puisque le conjoint (ressortissant d'un pays tiers) d'un travailleur bénéficie de la liberté de circulation à l'intérieur de la Communauté en raison de la communauté de vie.

De plus, d'autres complications peuvent résulter tantôt de l'existence de conflits mobiles, tantôt de l'affectation d'autres libertés que celles affectant directement des personnes.

Ainsi, un jeune couple de Néerlandais peut aller vivre en Afrique du Sud pour y produire du vin. Leur première résidence conjugale sera donc située dans un pays tiers. Supposons que le couple revienne vivre en Europe, pour s'installer en France et y exploiter des vignes. La question sera alors de savoir à quel moment apprécier l'affectation du marché intérieur : au moment du mariage ou à tout moment de la vie du couple, y compris au moment de la dissolution du régime matrimonial ? On sait que la tendance majoritaire des droits internationaux privés des États membres est de trancher le conflit mobile relatif au régime secondaire en ayant égard au moment de la conclusion du mariage. Dans ce cas, la situation du couple n'affecterait guère le marché intérieur, sauf à retenir l'enseignement de l'arrêt *Boukhalfa* précité : si la règle de rattachement désigne la loi nationale commune des parties, la situation serait ainsi rattachée à l'ordre juridique d'un État membre. En revanche, si on retient le moment auquel le conflit surgit – dans l'exemple cité, après le retour en France –, on

55 CJCE, aff. C-214/94, 30 avril 1996, Boukhalfa, Recueil, 1996, p. I-2253.

aperçoit que le couple remplit les conditions de nationalité et de circulation dans l'espace communautaire.

La situation pourrait encore concerner un couple non communautaire cherchant à bénéficier d'une liberté communautaire. Le cas affecterait l'accès au marché des capitaux dans la Communauté. On sait que l'accès de non-résidents à l'investissement immobilier relève de la liberté de circulation des capitaux<sup>56</sup>, de même que la liquidation d'un investissement immobilier<sup>57</sup>. Et l'applicabilité du titre pertinent du traité CE ne dépend pas de la nationalité de la personne qui s'en prévaut : ainsi, dans l'affaire *Svensson-Gustavsson*<sup>58</sup>, l'application des règles sur la circulation des capitaux à un litige sur l'accès à l'aide sociale pour l'acquisition d'un logement situé au Luxembourg a été admise sans soulever d'objection en raison de la nationalité non communautaire (suédoise, avant l'adhésion de la Suède à l'U.E.) des demandeurs résidant au Luxembourg. L'avocat général Moitinho de Almeida avait, non sans raison, envisagé le cas comme concernant la liberté de prestation de services et constaté que cette liberté ne pouvait pas bénéficier à des ressortissants de pays tiers.

Il résulte de ces observations que toute relation transfrontière de vie commune semble pouvoir affecter, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, l'une des libertés de circulation établies par le traité CE. Raison de plus pour envisager un champ d'application personnel global du règlement envisagé ici.

### 2.3.3. *Domaine territorial*

Pour mémoire, il est rappelé que le règlement envisagé devra préciser, en fonction de la base juridique choisie, qu'il ne s'applique pas à certains États membres. Il en irait ainsi en cas de choix de l'article 65 CE comme base juridique du règlement, en ce qui concerne le Danemark et, le cas échéant, l'Irlande et le Royaume-Uni.

L'inapplicabilité du règlement à ces États ou à l'un ou l'autre d'entre eux entraînerait inévitablement une grave perte d'efficacité de l'harmonisation, puisque les problèmes évoqués plus haut persisteraient dans l'Union européenne. Rien que pour ce motif, il faut plaider en faveur d'une harmonisation globale au plan territorial de l'Union européenne. Il reste qu'une limite territoriale d'applicabilité, surtout à l'égard des pays de *Common Law* qui, on l'a dit, ignorent la notion même de régimes matrimoniaux, pourrait faciliter l'élaboration des normes uniformes.

### 2.3.4. *Domaine temporel*

L'adoption d'un règlement sur le droit international privé des régimes matrimoniaux ou, plus largement, des rapports patrimoniaux découlant de relations de vie commune, soulève la question de l'applicabilité dans le temps de l'acte. Ce problème de conflit transitoire devra nécessairement être abordé et résolu dans le règlement envisagé. Il en irait autrement en cas d'adoption d'une directive puisque cette question pourrait être laissée

56 CJCE, aff. C-423/98, 17 juillet 2000, Albore, Recueil, 2000, p. I-5965.

57 CJCE, aff. C-222/97, 16 mars 1999, Trummer, Recueil, 1999, p. I-1661.

58 CJCE, aff. C-484/93, 14 novembre 1995, Recueil, 1995, p. I-3955.

en dehors de l'harmonisation, chaque État déterminant alors la solution qui lui paraîtra la plus appropriée.

La question revient à décider si les règles communes doivent recevoir ou non une application immédiate. En matière de relations patrimoniales, ces normes uniformes régiront-elles seulement les relations conclues après leur entrée en vigueur ou couvriront-elles aussi les relations patrimoniales conclues antérieurement ? Dans ce dernier cas, on peut encore se demander si elles régiront uniquement les effets de ces relations postulés postérieurement à l'entrée en vigueur ou également les modifications apportées au patrimoine des époux avant son entrée en vigueur. Par exemple, si un mariage a été célébré avant l'entrée en vigueur et qu'un bien a été acquis au cours de cette période, on peut se demander si, en cas de litige ouvert après l'entrée en vigueur, les règles nouvelles sont applicables au statut matrimonial de ce bien ou s'il convient d'appliquer les règles anciennes.

Les rapports nationaux n'abordent généralement pas cette question en détail, à l'exception du rapport belge, en raison d'une prise de position récente de la jurisprudence. En Belgique, en effet, la Cour de cassation s'est exprimée en faveur de la non-rétroactivité de la règle nouvelle, la règle ancienne continuant de régir les effets futurs des mariages célébrés sous la période antérieure<sup>59</sup>. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 va dans le même sens, tout en précisant que les règles nouvelles valent aussi pour les couples qui « désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur » et en ajoutant la faculté pour l'État d'étendre le champ d'application de la Convention, par voie de déclaration (art. 21).

Le règlement envisagé pourrait s'inspirer de la règle de l'application immédiate retenue par la Convention de La Haye, sans cependant pouvoir envisager une faculté d'extension pour l'État dès lors que l'acte d'harmonisation serait bien un règlement. Il pourrait également étendre cette application au cas où un choix de loi applicable par les parties serait posé antérieurement à l'entrée en vigueur du règlement, si cette application conduirait à valider un tel choix. Cette solution est retenue par la proposition de loi belge portant code de droit international privé, qui pourrait ici servir de modèle au règlement.

Ceci nous conduit à exposer plus systématiquement quelles pourraient être les sources d'inspiration du règlement.

### **2.3. Sources d'inspiration du règlement**

Le contenu du règlement envisagé ne peut pas faire abstraction des dispositions arrêtées ou proposées dans des contextes divers, communautaires ou non, pour plusieurs raisons. D'abord, la prise en compte de ces solutions relève de l'analyse de droit comparé des États membres, qui est inhérent au processus de rapprochement de législations nationales ou d'établissement d'une « compatibilité des règles applicables dans les États membres » au sens de l'article 65 CE ; cette expression suppose que le contenu de l'acte communautaire soit fonction de celui du droit des États membres. La Communauté ne saurait faire abstraction de l'état des droits nationaux, ce qui ne signifie pas qu'en tout point de l'harmonisation, il faille s'en tenir au « commun dénominateur » du droit des États membres. Ensuite, de telles

---

<sup>59</sup> Rapport belge, point 2.3.1.2.2., lettre D.

dispositions peuvent servir de source d'inspiration dans la recherche de solutions appropriées, en raison de leur caractère novateur.

#### 2.4.1. *Codifications existantes*

L'expérience de la codification en matière de rapports patrimoniaux des couples mariés ou des partenaires enregistrés est particulièrement riche. À côté des Conventions de La Haye du 17 juillet 1905 et du 14 mars 1978, on peut citer plusieurs codifications nationales récentes qui, par leur caractère global, incluent des règles spéciales sur le régime primaire et sur le régime secondaire. Il n'est pas nécessaire de décrire ici en détail ces codifications, mais uniquement d'en indiquer quelques éléments utiles à un repérage des sources. Disons de suite que la Convention de 1905, en raison de son ancienneté, ne devrait plus guère servir d'exemple, alors qu'il n'en est certes pas de même de celle de 1978.

##### 2.4.1.1. Convention de La Haye du 14 mars 1978

La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux est actuellement en vigueur dans trois États seulement, tous membres de l'U.E. : l'ont ratifiée la France, le Luxembourg et les Pays-Bas. Du point de vue de son impact effectif, elle ne constitue donc pas une étape significative dans l'uniformisation du droit des conflits de lois en la matière.

Il reste que, en raison de son caractère universel, elle constitue le droit commun des États qui l'ont ratifiée et, au cas où le règlement envisagé recevrait également un caractère universel (voir *supra*, point 2.2.1.2.), un conflit irréductible entre instruments en découlerait, dont la seule issue serait une dénonciation de la première par les États intéressés (voir *infra*, point 2.5.1.).

Quelques brèves observations permettent de dégager l'orientation générale de ce traité et de mettre l'accent sur certains de ses défauts, lesquels expliquent assurément le faible succès qu'il a connu. Elles portent aussi sur l'avis que les praticiens du droit, dans les États liés par la Convention, portent sur celle-ci.<sup>60</sup>

La Convention se caractérise par une confirmation de l'autonomie de la volonté et par une mise en évidence du facteur de la « résidence habituelle » au détriment de celui de la nationalité.

L'autonomie de la volonté se traduit par une faculté d'option de législation, mais limitée au choix du droit interne d'États prédéterminés. Il s'agit de ceux avec lesquels la situation des futurs conjoints présente un lien étroit à l'époque du mariage, c'est-à-dire celui dont l'une des parties a la nationalité ou sur le territoire duquel elle réside, ainsi que le premier État dans lequel l'une des parties fixera sa résidence habituelle après le mariage (art. 3). De plus, le choix de la loi peut être fait à tout moment, avant le mariage ou au cours du mariage (art. 6).

<sup>60</sup> Ces renseignements ont été fournis par M. Michiel de Rooij (TMCAD).

En l'absence de choix de la loi applicable, la Convention se réfère en premier lieu à la loi du pays dans lequel les parties établissent leur première résidence habituelle après le mariage (art. 4, al. 1<sup>er</sup>) et, à titre subsidiaire, à la loi de l'État de la nationalité commune des parties (art. 4, al. 2, § 3) ; à titre plus subsidiaire encore, est applicable la loi du pays avec lequel le régime matrimonial présente les liens les plus étroits (art. 4, al. 3). Cette disposition, assez neuve lors de son élaboration, tend à inverser ce qui est communément appelé « l'échelle de Kegel », laquelle désigne d'abord la loi de la nationalité commune et ensuite seulement, à titre subsidiaire lorsqu'une telle nationalité fait défaut, la loi de la résidence. Cette règle nouvelle est toutefois tempérée par un maintien de la loi de la nationalité commune en lieu et place du maintien de la loi de la résidence, dans deux cas particuliers. Le premier de ces cas intervient lorsque l'État de cette nationalité a exercé la faculté de réserve que lui accorde l'article 5 ; le second lorsque les règles de conflit de lois de l'État de cette nationalité — cet État étant alors nécessairement un État non contractant — prévoient l'application de la loi de cet État, si les parties résident dans un État qui a exercé la faculté de réserve précitée, ou dans un État dont les règles de conflit de lois désignent cette loi (art. 4, al. 2, § 1 et 2). Règles bien compliquées, comme on peut s'en rendre compte à leur simple lecture...

La Convention présente les traits d'un compromis, ce dont témoigne notamment le rétablissement de l'échelle de Kegel qu'effectue l'article 4 précité mais en des termes d'une complexité redoutable et excessive. Cette complexité se remarque également à propos de la solution donnée au conflit mobile, conflit suscité par un changement du facteur de rattachement lié à l'écoulement du temps, tel un changement de nationalité ou un changement de résidence. Alors que, comme on l'a vu, la tendance en droit comparé est de figer le conflit mobile en retenant la concrétisation des facteurs de rattachement au moment du mariage, du moins en ce qui concerne le régime secondaire, la Convention ouvre la voie à une règle de rattachement en quelque sorte évolutive, dans le cas où les parties n'ont pas fait usage de l'autonomie de la volonté. Selon l'article 7, alinéa 2, la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle « devient applicable » si les parties ont la nationalité de cet État et que cette résidence a duré plus de dix ans après le mariage ou encore si les parties n'avaient pas fixé de première résidence dans le même État après le mariage. Indépendamment des difficultés d'interprétation liées à un tel texte, la solution avancée menace d'affecter la sécurité juridique et de surprendre des parties ignorantes de son contenu.

De tels défauts conduisent à considérer que le système mis en place par la Convention n'est satisfaisant que si les parties, bonnes juristes, ont fait plein usage de l'autonomie de la volonté qui leur est offerte<sup>61</sup>. Tel n'est certes pas le cas des couples formés de gens ordinaires.

Constatons encore que la Convention évite de trancher certaines questions délicates. Ainsi, elle ne traite pas du régime primaire et ne règle pas la question de la mutabilité du régime matrimonial.

Non sans paradoxe, dans les pays liés par la Convention, des praticiens qui s'en méfiaient lors de son entrée en vigueur semblent à présent assez satisfaits de certaines solutions introduites par la Convention. La possibilité d'effectuer un choix partiel du droit des régimes matrimoniaux applicable (une désignation qui produit des effets seulement pour telle

61 M. Revillard, « Dix ans d'application de la convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », Répertoire Defrenois, 2002, p. 893-914, approuvant en particulier l'inversion de l'échelle de Kegel, critiquant en particulier la mutabilité automatique de la loi applicable.

propriété immobilière située dans un certain État) a été acceptée dans la pratique française. Aux Pays-Bas, des signes existent montrant que cette possibilité pourrait être utile pour les époux hollandais ayant une maison de vacances en France.

D'autres solutions adoptées par la Convention de La Haye de 1978, telles que les normes sur la loi applicable en l'absence de désignation de la loi applicable, suscitent, en revanche, davantage de critiques des praticiens. Pour bien des notaires français, les solutions choisies par l'article 4 de la Convention de La Haye de 1978 sont trop difficiles à appliquer. Il n'y a pas de réponse claire dans la Convention pour le cas d'époux ayant la même nationalité mais leur première résidence habituelle comme époux dans un autre État que celui de leur nationalité. La réponse finale dépend de l'attitude de l'État de leur première résidence habituelle. L'expérience néerlandaise met en lumière des problèmes concernant la règle de conflit de lois de la Convention de La Haye qui s'applique en l'absence de désignation de la loi applicable. Dans le cas où les époux n'ont pas leur première résidence habituelle dans le même État, endéans une courte période après leur mariage, la question se pose de savoir si une autre loi, en l'occurrence celle du lien le plus étroit, devrait être appliquée. Il doit être mis en évidence que, dans la plupart de ces cas, les époux s'établiront finalement aux Pays-Bas. À nouveau, à l'arrière-plan de cette discussion, on trouve, dans une perspective internationale, les conséquences insolites provoquées par l'application du régime légal hollandais.

Une dernière inquiétude des praticiens concernant la Convention de La Haye porte sur la règle de la mutation automatique de la loi applicable quand les époux, qui n'ont pas désigné la loi applicable, ont vécu dans un État étranger pendant une période ininterrompue de dix ans. Lorsque cette période s'est écoulée, la loi étrangère de la résidence habituelle devient automatiquement applicable au régime matrimonial. Comme la Convention est entrée en vigueur depuis moins de onze ans (au 1<sup>er</sup> septembre 1992), il n'y a cependant, jusqu'à présent, aucune expérience pratique relative à cette règle.

Bref, si la Convention peut servir de modèle sur certains points, elle ne devrait pas être reprise dans ses clauses qui ont justifié naguère et continuent de justifier aujourd'hui la méfiance des États. On conseillera aux futurs rédacteurs de n'y puiser qu'à bon escient : à la manière des abeilles, qu'ils fassent leur miel en ne butinant que les bonnes fleurs de la convention, pour mieux délaissier ses ronces et son ivraie...

#### 2.4.1.2. Codifications nationales

Plusieurs codifications nationales de droit international privé récentes, qu'elles émanent ou non d'États membres, méritent de retenir l'attention des personnes qui seront appelées à élaborer le règlement d'harmonisation ici envisagé.

Dans l'Union européenne, on peut citer comme travaux les plus récents la loi allemande du 25 juillet 1986 modifiant le titre préliminaire du Code civil<sup>62</sup> et la loi italienne du 31 mai 1995 portant codification du droit international privé<sup>63</sup>. De plus, en Belgique, une proposition de loi portant code de droit international privé a été déposée au Sénat le 1<sup>er</sup> juillet

62 Revue critique de droit international privé, 1987, p. 170.

63 Revue critique de droit international privé, 1996, p. 174.

2002<sup>64</sup>. En dehors de l'U.E., il faut citer l'expérience suisse : la loi du 18 décembre 1987<sup>65</sup> peut également être vue comme un modèle de codification moderne.

Toutes ces lois se présentent comme des codifications d'ensemble, le législateur national ayant pris l'option d'adopter un système global de règles valant pour la matière civile et commerciale. Cette méthode tend à assurer une cohérence des solutions adoptées dans les différentes parties de cette matière, pour les conflits de juridictions mais surtout pour les conflits de lois. S'agissant de ceux-ci, en matière familiale, cette cohérence peut se traduire par l'adoption d'un principe de rattachement commun à diverses questions d'état et de capacité. Ainsi en va-t-il particulièrement de l'échelle de Kegel, qui, en Allemagne, sert de référence commune – en l'absence de choix de loi par les parties – aux effets du mariage, au divorce et au régime matrimonial. En Belgique aussi, la proposition de loi tend à une approche similaire, tout en utilisant une échelle de Kegel inversée.

Le système suisse présente une double originalité par rapport à d'autres systèmes nationaux. Il y a d'abord une référence de principe à la loi du « domicile » en matière d'état et de capacité. Il y a ensuite le recours fréquent à des règles asymétriques, de nature partiellement unilatérale, faisant la distinction selon que le facteur de rattachement pertinent se localise en Suisse ou à l'étranger. En matière de régime matrimonial toutefois, la règle suisse retenue se réfère simplement à une échelle retenant en premier lieu le domicile commun actuel ; à défaut, la loi de la nationalité commune ; à défaut encore, le régime suisse de séparation de biens. Pour les effets du mariage, la loi du domicile commun actuel est retenue et, à défaut, celle des liens les plus étroits. La règle de conflit de lois relative au divorce se dissocie nettement des règles précédentes.

En Italie, la règle est unique pour les effets personnels du mariage et pour le régime matrimonial, celle-ci connaissant cependant des nuances liées à l'autonomie de la volonté. Elle utilise une échelle utilisant respectivement la nationalité commune et, à défaut, la loi des liens les plus étroits. La règle relative au divorce est analogue à la règle précédente.

Sous l'angle de la compétence internationale, les codifications nationales de droit international privé qui englobent le conflit de juridictions tendent également à l'adoption de dispositions synthétiques, couvrant l'ensemble des demandes relatives aux relations de couple. Ainsi, en Italie, la compétence internationale des juridictions italiennes est vérifiée si le défendeur est domicilié en Italie, si l'un des époux est italien ou si le mariage a été célébré en Italie. Il est vrai que la disposition (art. 32), valable « en matière de nullité et d'annulation, de séparation personnelle et de dissolution du mariage », n'envisage pas expressément son applicabilité aux effets du mariage et au régime matrimonial. En Belgique, la proposition de loi précitée opte pour une disposition unique, valable pour l'ensemble des rapports de couple.

La synthèse des droits internationaux privés étatiques présentée dans ce rapport (voir *infra*, section II, point 2.2.) suggère aussi que, à côté des quelques États membres insérant des règles de conflit de juridictions dans la codification globale du droit international privé, la plupart des États membres appliquent au régime matrimonial les règles ordinaires de compétence internationale valables pour les autres matières. Il en est toutefois autrement en Allemagne, en Autriche, en Espagne et en Grèce.

---

64 Doc. 2-1225/1, session 2001-2002, www.senate.be.

65 Revue critique de droit international privé, 1988, p. 409.

Il résulte de ce qui précède que le législateur communautaire devrait prendre en considération le caractère global des codifications nationales modernes et la recherche d'une cohérence interne manifestée dans chacune d'elles. Il y sera particulièrement sensible au cas où le règlement envisagé présenterait, sous l'angle de la matière visée, un caractère fragmentaire.

#### 2.4.2. *Acquis communautaire*

Le règlement envisagé se doit de tenir compte de l'acquis communautaire, en vue de préserver la cohérence interne du droit européen. Cet acquis comprend des règlements ou directives, mais aussi la jurisprudence de la Cour de justice.

Ainsi conviendra-t-il de tenir compte, en particulier, du règlement 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>66</sup>, dit « Bruxelles I », et du règlement 1347/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs<sup>67</sup>, dit « Bruxelles II ».

Cette prise en considération peut avoir un double objectif. D'un côté, sous l'angle du contenu des règles à adopter, il convient d'assurer une harmonie entre les divers actes, de manière à éviter les contradictions conceptuelles. D'un autre côté, sous l'angle des matières visées, il est impérieux d'éviter tout chevauchement des textes et il est pertinent d'éviter toute difficulté de qualification. En particulier, il convient d'être attentif à la définition de certains termes déjà donnée par la Cour de justice, telle l'expression « régime matrimonial » pour les besoins de la Convention de Bruxelles (voir *supra*, point 2.3.1.2.). Un tel précédent soulève une question de méthode, concernant l'opportunité d'une définition des termes utilisés par le règlement envisagé. Si celui-ci définit positivement et avec précision l'expression « régime matrimonial », il soulève la question de la pertinence de cette définition pour l'interprétation d'autres actes utilisant cette expression sans la définir. On conseillera donc une approche conceptuelle suffisamment englobante (même par la technique d'énumération utilisant au départ l'adverbe « notamment ») dans les précisions sur le champ d'application *ratione materiae* du règlement, tout en évitant le piège d'une « définition » juridique stricte, au sens propre du terme.

#### 2.4.3. *Avis doctrinaux*

Les travaux du Groupe européen de droit international privé (GEDIP)<sup>68</sup> méritent certainement de retenir l'attention des futurs rédacteurs du règlement, en ce qui concerne les conflits de juridictions, du fait qu'ils ont déjà été utilisés lors de la préparation du règlement « Bruxelles II ».

66 JOCE, 2001, L 12.

67 JOCE, 2000, L 160.

68 Les résultats de ces travaux sont accessibles sur le site Internet: [www.drt.ucl.ac.be/gedip](http://www.drt.ucl.ac.be/gedip).

À la différence de ce dernier, le texte du GEDIP dit *de Heidelberg* propose une codification globale sous l'angle de la matière visée. Celle-ci couvre l'ensemble de la « matière familiale et successorale », à l'exclusion, cependant, de certaines matières dont, notamment, celle de la responsabilité parentale. Par ailleurs, dans la matière familiale, une règle unique porte sur le mariage et ses effets, sur le régime matrimonial et sur le divorce. Cette méthode a permis non seulement de limiter les difficultés de qualification mais aussi d'assurer une cohérence en quelque sorte « horizontale » des règles retenues d'une matière à une autre. Les règles de compétence proposées par ce texte ont été pratiquement reprises par le règlement dit « Bruxelles II » en ce qui concerne le divorce : liste de critères alternatifs utilisant les critères de la résidence et de la nationalité, tout en n'apportant pas au demandeur une protection aussi large que le règlement ; intervention résiduelle des règles nationales de compétence ; adoption d'une règle de litispendance internationale définissant largement la condition d'identité des demandes... Nul doute que ces règles pourraient servir aussi dans l'harmonisation des règles de conflit de juridictions régissant les régimes matrimoniaux et, sans doute aussi, les rapports patrimoniaux de couples non mariés, mais « enregistrés ».

Si le règlement envisagé devait constituer un acte distinct du règlement dit « Bruxelles II », l'adoption d'un système de règles de compétence plus strict que ce que prévoit (à tort ou à raison) celui-ci devrait être dûment motivée.

D'autres ouvrages d'experts de droit comparé pourraient être consultés avec profit car le règlement envisagé peut trouver à s'enrichir des travaux scientifiques concernant le droit international privé des régimes matrimoniaux. Une attention privilégiée pourrait être accordée aux cours professés à l'*Académie de droit international* de La Haye par Monsieur Georges A.L. Droz, ancien Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé. Le premier cours a paru sous le titre « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé » et le second fut intitulé « L'activité notariale internationale »<sup>69</sup>. L'ouvrage connu sous l'appellation de « Livre bleu du Notariat latin », dont une large part a trait aux régimes matrimoniaux, pourrait aussi être consulté avec profit. Certes, sa deuxième édition, de 1979, est aujourd'hui partiellement dépassée, mais une troisième édition est en préparation et devrait paraître à l'automne 2003.

## 2.5. Mesures transitoires et abrogatoires à prévoir

Le législateur communautaire sera attentif à l'adoption de règles de conflits transitoires et à la nécessité éventuelle, pour les États membres, d'abroger ou de dénoncer certains actes qui y sont en vigueur.

L'adoption de mesures transitoires concerne, outre la solution du conflit transitoire résultant de la modification de la règle de conflit de lois (voir *supra*, point 2.3.4.), la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires et d'actes authentiques rendus ou passés avant l'entrée en vigueur du règlement envisagé, en harmonie avec ce que prévoient déjà les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II ».

<sup>69</sup> G. A.L. Droz, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé », Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 143, 1974, pp. 1 et s. ; G.A.L. Droz, « L'activité notariale internationale », Recueil des cours de l'Académie de droit international, t. 280, 1999, pp. 13 et s.

### 2.5.1. *Sort des conventions en vigueur dans les États membres*

Si le règlement envisagé reçoit un caractère universel (voir *supra*, point 2.2.1.2.), son entrée en vigueur obligera la France, le Luxembourg et les Pays-Bas à dénoncer la Convention de La Haye du 14 mars 1978, tout en respectant les termes que prévoit celle-ci. Toute dénonciation devra être notifiée au Ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas, au moins six mois avant l'expiration du délai de cinq ans qui est en cours au moment de cette notification. Ce délai est calculé en fonction de la date d'entrée en vigueur de la Convention, à savoir le 1<sup>er</sup> septembre 1992. Le délai actuel viendra ainsi à expiration le 1<sup>er</sup> septembre 2007.

En revanche, si le règlement ne présente pas de caractère universel, soit qu'il sert à désigner uniquement le droit d'un État membre, soit que, permettant de désigner le droit d'un pays tiers, il concerne seulement les situations communautaires, il n'a pas vocation à se substituer aux règles nationales mais uniquement à s'y superposer.

Relevons que la Convention ne comprend aucune clause de déconnexion visant à permettre à un État contractant de se lier avec d'autres dans le cadre d'un accord régional. D'autres conventions comprennent une telle clause, notamment la Convention du même jour sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (art. 21, al. 2). Le cas échéant, il conviendrait d'examiner si l'adoption d'un règlement est de nature, en tant qu'accord régional, à affecter concrètement la bonne exécution des obligations auxquelles les États contractants de la Convention se sont engagés à l'égard des autres États contractants. Il n'est donc pas exclu que la conclusion d'un accord régional conduise un ou plusieurs États contractants à dénoncer la Convention, ce qui reviendrait, pour lui, à supprimer les règles de rattachement du droit commun, sauf à adopter une loi reprenant la substance de la Convention (ou du règlement).

Il y a encore lieu d'être attentif au sort des conventions bilatérales en vigueur entre États membres en matière de conflits de juridictions pour la matière civile, en prévoyant une disposition analogue à celles que prévoient les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II ».

### 2.5.2. *Sort des règles nationales*

Si le règlement reçoit un caractère universel (voir *supra*, point 2.2.1.2.), son entrée en vigueur obligera les États membres dotés de règles de nature législative à abroger ces dispositions. Il en irait autrement si le règlement n'avait pas ce caractère, puisqu'il laisserait alors une place subsidiaire aux règles nationales pour les situations internationales non couvertes.

Dans les États membres dont les règles nationales de droit international privé sont de nature jurisprudentielle, reposant sur un processus d'interprétation d'une disposition légale de nature synthétique, il ne semble pas qu'il y ait lieu pour l'État de prendre une attitude quelconque. Le cas peut se présenter en Belgique, si la proposition de loi portant code de droit international privé (voir *supra*, point 2.4.1.2.) n'est pas adoptée entre-temps. Selon le droit actuel, la règle de rattachement en matière de régime matrimonial repose sur une interprétation jurisprudentielle particulière de l'article 3, alinéa 3 du Code civil prévoyant l'application de la loi de la nationalité de la personne en matière d'état et de capacité.

Si l'acte d'harmonisation envisagé prenait la forme d'une directive, il suffirait à l'État connaissant une codification globale de modifier les dispositions pertinentes, en veillant à en signaler l'origine communautaire, aux fins de fixer le processus d'interprétation. L'État connaissant des règles jurisprudentielles analogues au contenu de la directive aurait très probablement à transposer formellement celle-ci, pour doter son système juridique de dispositions écrites présentant la même garantie de transparence et de sécurité juridique qu'une disposition de nature législative.

## SECTION II

### ANALYSE DES RAPPORTS NATIONAUX

#### 1. REGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS EN DROIT INTERNE COMPARE

##### 1.1. Introduction

Le présent chapitre a pour objet de synthétiser les différents rapports nationaux relatifs au droit interne des régimes matrimoniaux. Chaque **point** de la matière sera examiné dans l'ordre et selon la présentation qui ont été proposés par les coordonnateurs de la recherche et repris dans les rapports nationaux.

Conformément à l'objectif poursuivi, ce sont principalement les convergences et les divergences existant entre les différents droits nationaux qui seront mises en lumière. Toutefois, comme l'objectif principal de la Commission européenne, à l'origine de cette recherche, n'est pas de promouvoir une harmonisation du droit interne, mais bien du droit international privé en la matière, on s'efforcera, dans ce premier chapitre, d'être concis.

##### 1.2. Généralités

###### 1.2.1. Sources

Dans les pays continentaux, le droit des régimes matrimoniaux est essentiellement d'origine légale. La plupart des dispositions sont insérées dans le Code civil. Certaines règles, plus spécifiques, sont contenues dans d'autres Codes (par exemple, le Code de procédure civile en France et au Grand-Duché du Luxembourg pour les dispositions d'ordre procédural,...) ou dans des législations particulières (Décrets présidentiels grecs,...). Il est à noter également que certains pays disposent d'une codification tout à fait spécifique à la matière étudiée (ainsi en est-il du Code suédois du mariage, datant de 1987). Dans ces pays, la jurisprudence joue un rôle non négligeable d'interprétation du droit (plus que de création). Par contre, la source coutumière en tant que telle est très marginale. Quant à la pratique notariale, elle exerce une influence déterminante non seulement sur le choix du régime matrimonial mais également sur la rédaction des clauses particulières du contrat de mariage et sur la mise en œuvre des liquidations et partages.

Dans les pays anglo-saxons, la situation s'inverse. C'est en effet la jurisprudence des cours et tribunaux (et, notamment, les décisions rendues en "*Equity*"), ainsi que les règles coutumières, qui remplissent, au premier chef, le rôle de création de la norme juridique.

Les législations, souvent particulières et rarement codifiées, n'en sont, la plupart du temps, que la consécration ou le prolongement (tel est le cas, par exemple, au Royaume-Uni, du *Married Women's Property Act* de 1882). Cette tendance se retrouve d'ailleurs également, quoique dans une moindre mesure, dans certains pays scandinaves, où la matière, régie par des lois particulières (par exemple, au Danemark, la loi n° 56 du 18 mars 1925), n'a pas fait l'objet, en tant que telle, d'une réelle codification.

Aucune réforme globale des régimes matrimoniaux n'est intervenue récemment ni n'est envisagée à court terme. Mentionnons toutefois la loi française du 3 décembre 2001 sur les droits successoraux du conjoint survivant, qui exerce un effet indirect essentiel sur le choix du régime matrimonial.

Sur un plan des sources de droit international, il ne faut pas négliger certains instruments multilatéraux ou bilatéraux, dont, au premier rang, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

### 1.2.2. *Évolution historique*

Réglémentée initialement par un Code civil datant souvent du début du dix-neuvième siècle, la matière des régimes matrimoniaux a été fondamentalement réformée autour des années 1970, avec l'objectif de supprimer la position juridique dominante du mari dans le couple. L'effectivité de ce principe d'égalité entre les époux a été assurée notamment par l'insertion d'un certain nombre de règles impératives.

Cette tendance générale n'a toutefois aucune valeur absolue en tant que telle. Il est, en effet, des systèmes juridiques (pour la plupart, scandinaves ou anglo-saxons) où l'hégémonie du principe de la liberté contractuelle a empêché, voire empêche toujours, l'insertion de dispositions impératives *sensu stricto*, situation qui, la plupart du temps, va de pair avec l'absence de toute codification systématique de la législation civile.

### 1.2.3. *Régime " primaire "*

Dans la plupart des pays, il existe un régime " primaire " dont les règles fixent les droits et les devoirs fondamentaux du mariage qui s'appliquent à tous les époux de manière impérative. Le souci du législateur d'instaurer égalité et solidarité entre les époux transparaît en filigrane dans chacune d'elles. Tantôt ces règles forment, au sein du Code civil, un ensemble homogène (Allemagne, Autriche, Belgique, France, Grand-Duché du Luxembourg, Grèce), tantôt elles sont dispersées dans le Code civil (Espagne, Portugal) ou dans un Code spécifique au droit du mariage (Suède), voire dans d'autres législations plus particulières (Danemark, Finlande).

De manière plus générale, il nous paraît à cet égard essentiel de préciser que la notion même de " régime matrimonial " (tant primaire que secondaire d'ailleurs), qui semble aller de soi en droit continental, est, *in se*, inconnue en droit anglo-saxon, et tout particulièrement en droit anglais. Le système juridique en vigueur au Royaume-Uni foisonne de dispositions particulières dont l'objectif principal est de protéger les époux, tant dans leurs

rappports entre eux que vis-à-vis des tiers, par la recherche d'un subtil équilibre entre autonomie et solidarité. Quant au fond, la convergence avec la plupart des droits continentaux est donc manifeste. C'est plutôt au niveau de la méthodologie juridique, découlant directement de la philosophie générale d'un système normatif, que les approches divergent. Le droit anglais ne procède pas d'une classification systématique et rigoureuse de l'ensemble de ses normes, en manière telle qu'il n'existe pas en Grande-Bretagne de "régime matrimonial" au sens où le droit continental l'entend, à savoir un ensemble cohérent et organisé de règles (d'ordre public, impératives, ou simplement supplétives) fixant les principes fondamentaux et/ou les fonctionnements particuliers des relations patrimoniales et pécuniaires entre époux. Mais cette différence de conception n'implique en aucun cas l'inexistence de dispositions comparables quant au fond, que du contraire .... Il faut toutefois rester prudent. En effet, nul ne l'ignore, "comparaison n'est pas raison". Il est, c'est vrai, possible, dans un souci de comparaison, de répertorier les règles matrimoniales du droit anglais suivant les catégories et les critères couramment d'application en droit continental. Mais il ne faut toutefois pas perdre de vue, dans ce cas, qu'il ne s'agit là que d'une manière de voir les choses, radicalement différente de celle à laquelle sont accoutumés les praticiens du droit britannique, qui, c'est fort probable, ne reconnaîtraient même pas, sous cet angle, leur propre système juridique. Il nous paraît donc capital de toujours garder à l'esprit que le droit anglais, à certains égards de loin le plus complet d'ailleurs, ignore la notion de "régime matrimonial", et crée, si l'on peut dire, des "passerelles" juridiques que le droit continental, par trop cloisonné, n'aperçoit même pas...

#### 1.2.4. *Régimes secondaires.*

##### 1.2.4.1. Existence ou non de règles spéciales sur les régimes matrimoniaux secondaires

Les droits continentaux connaissent une réglementation en matière de régimes matrimoniaux secondaires. Ces règles varient suivant qu'elles s'appliquent au régime matrimonial légal – applicables d'office, à défaut de volonté contraire – ou à un régime conventionnel. Les premières sont davantage détaillées que les secondes. Cela s'explique très logiquement par le fait que le régime légal est censé tout prévoir à la place des époux qui s'en sont totalement remis au législateur tandis que dans le cadre d'un régime conventionnel, ce sont en principe les époux eux-mêmes qui réglementent leurs rapports patrimoniaux. Ceux-ci ne disposent toutefois pas d'une liberté absolue : leur convention doit notamment respecter l'ordre public et les bonnes mœurs et elle ne doit pas contrevenir au régime "primaire".

Ces règles, nous le verrons, peuvent toutefois varier considérablement dans leur contenu, et traduisent le plus souvent les options socio-politiques retenues par chaque législateur, le choix du régime secondaire légal étant à cet égard le plus souvent particulièrement significatif.

En droit anglo-saxon, nous le savons, la notion de régime matrimonial secondaire n'existe pas, ce qui n'empêche pas le législateur d'intervenir, de manière plus ponctuelle, afin de régler certains aspects des relations patrimoniales entre époux. Il est toutefois vrai que c'est souvent, à cet égard, le principe de la liberté contractuelle qui domine...

#### 1.2.4.2. Notion de régime matrimonial secondaire

Le régime matrimonial “ secondaire ” fixe les droits des époux quant à leurs biens et quant à l'établissement de comptes entre eux, tant pendant le mariage qu'au moment de sa dissolution.

Il ne concerne pas les relations personnelles des époux ni les relations parents – enfants (encore que, dans ce dernier cas, certaines règles patrimoniales – par exemple sur le logement de la famille – sont parfois inspirées par le souci de protection de la famille dans son ensemble). Il ne vise pas non plus les droits successoraux du conjoint survivant, ni les obligations alimentaires au sein de la famille.

#### 1.2.4.3. Régime légal

À défaut d'avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage, et à l'exception des pays anglo-saxons, les époux sont soumis d'office à un régime légal.

En Belgique, en Espagne (sous réserve des divergences que l'on peut relever dans les droits civils de ses différentes communautés autonomes), en France, au Grand-Duché du Luxembourg, et en Italie, il s'agit d'un régime de communauté réduite aux acquêts.

Sous des appellations différentes, les pays scandinaves, dont la Suède, retiennent également, pour l'essentiel, une option « communautariste ». Au Danemark, par exemple, la tendance communautaire du régime est nettement plus marquée lors de sa dissolution que pendant son fonctionnement concret. C'est ainsi que, durant la vie commune, chaque époux peut disposer librement de l'ensemble de ses biens, sans toutefois pouvoir effectuer des opérations “ hasardeuses ” qui mettraient en péril la communauté de manière préjudiciable pour le conjoint, et ce n'est que lors du partage des biens que l'époux qui a dilapidé la communauté pourra se trouver redevable d'un droit à récompense revendiqué par son conjoint.

Il en va de même au Portugal, à deux exceptions près. Lorsque les époux n'ont pas fait précéder leur mariage des formalités de publicité légale et lorsqu'un des futurs époux a soixante ans ou plus, c'est le régime légal de séparation de biens qui s'applique impérativement.

Sous certaines variantes, le régime de séparation de biens, accommodé parfois de certains tempéraments, se retrouve également en Autriche et en Grèce. Le régime légal grec, dit de séparation “ pure et simple ”, présente toutefois quelques modalités substantielles, quant à sa liquidation notamment (obligation de restitution de certains acquêts, droit au partage des acquêts, droit au maintien du même niveau de vie en cas de séparation,...).

Dans la même optique, le régime légal retenu en Allemagne est celui de la séparation de biens avec participation aux acquêts (encore appelé régime de la communauté différée), qui tend à conserver les nombreux avantages que présente le régime de la séparation de biens, tout en palliant ses inconvénients, dont, au premier chef, l'excès d'individualisme qu'il est susceptible d'engendrer, en restaurant, *in fine*, un souci d'égalité entre époux dans le cadre des opérations de liquidation...

Le Royaume-Uni, à défaut de régime matrimonial secondaire, consacre tout de même le principe de la séparation absolue des biens entre époux. C'est en fait le résultat d'une modification de la *Common Law* par les Cours d'*Equity*...

#### 1.2.4.4. Contrats de mariage

Les futurs époux qui ne souhaitent pas se soumettre au régime légal concluent un contrat de mariage. Soit ils choisissent un régime autre que le régime légal. Soit ils adoptent le régime légal mais y dérogent sur certains points.

Depuis les dernières réformes, la conclusion d'un contrat de mariage est relativement rare ou du moins nettement moins fréquente (environ 10% des couples au Portugal, moins de la moitié des couples en Belgique). Les changements de régime, en cours de mariage, sont par contre devenus plus habituels.

L'avantage d'un contrat de mariage est de permettre d'adapter le régime matrimonial à la situation individuelle des époux. Le contrat de mariage permet également de transférer des biens à un époux dans des conditions fiscales favorables. Le désavantage principal réside dans le fait qu'il ne peut être modifié que de commun accord. A une époque où le mariage est fragilisé par un nombre croissant de divorces, les futurs époux hésitent à profiter de la conclusion d'un contrat de mariage pour s'avantager l'un l'autre car ledit avantage ne pourra plus être mis à néant sans l'accord du conjoint bénéficiaire qui s'y opposera vraisemblablement. Ce n'est qu'une fois que la solidité du mariage aura été éprouvée que les époux prendront, le cas échéant, de telles dispositions. Ce qui explique le nombre plus important de modifications de régime matrimonial par rapport au nombre de contrats de mariage.

À l'inverse, et c'est sans aucun doute une conséquence logique de la consécration du principe de la liberté contractuelle, les conventions de mariage sont nettement plus fréquentes, voire dans certaines régions, incontournables, en Angleterre, et l'époux qui voudrait par après les modifier pourra s'en référer à la justice à cet effet (*Matrimonial Causes Act 1973*, article 35, et *Matrimonial Causes Act 1984*, article 12).

#### 1.2.4.5. Régimes conventionnels prévus par la loi s'ils existent

À côté des régimes matrimoniaux que les époux peuvent librement choisir sous réserve de respecter l'ordre public, les bonnes mœurs et le régime "primaire", les droits nationaux organisent eux-mêmes certains régimes conventionnels secondaires.

Les plus fréquents sont la communauté universelle et la séparation de biens pure et simple. Les Codes civils français et luxembourgeois réglementent également la communauté de meubles et acquêts (ancien régime légal, très peu usité) et la participation aux acquêts (mal connu et pas toujours très bien maîtrisé par le monde notarial).

Il va de soi que les pays dont l'option légale est un régime de type séparatiste consacrent, à l'inverse, des régimes conventionnels de type communautaire. On y retrouve alors, outre la communauté universelle et la communauté de meubles et acquêts, évoquées ci-dessus, la communauté de revenus et acquêts.

À titre plus particulier, la Suède distingue, à cet égard, la communauté des biens de la communauté des revenus. Elle a également la spécificité de contenir, au sein de ses régimes conventionnels, des régimes de communauté de biens et le régime de la séparation des biens.

#### 1.2.4.6. Immutabilité ou mutabilité conventionnelle des régimes matrimoniaux

La plupart des droits internes autorisent désormais la mutabilité du régime matrimonial secondaire. Celle-ci est toutefois soumise à des conditions plus ou moins strictes, avec ou sans contrôle judiciaire. Le Code civil portugais maintient la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, sauf exceptions très limitées.

#### 1.2.4.7. Particularités nationales

La législation relative aux régimes matrimoniaux s'applique en général à l'ensemble du territoire national.

On notera à cet égard la situation particulière de l'Espagne, dont les communautés autonomes (Aragon, Navarre, Biscaye, Catalogne, Iles Baléares et Galice) se sont dotées de législations civiles spécifiques, qui consacrent des formes de régimes matrimoniaux plus atypiques et, souvent, plus ancrées dans le vécu des populations qu'elles régissent. Tel est le cas, par exemple, du régime légal de "communauté aragonaise", ou encore de la "société conjugale d'acquêts" applicable en pays de Navarre...

### 1.3. Sortes de régimes

#### 1.3.1. Régime primaire

##### 1.3.1.1. Généralités

S'appliquant automatiquement par le seul effet du mariage, les règles du régime primaire constituent le statut patrimonial de base des époux auquel ils ne peuvent déroger.

##### 1.3.1.2. Obligation de contribuer aux charges du mariage

Chaque époux est tenu de contribuer aux charges du mariage. Celles-ci comprennent les besoins personnels des époux ainsi que ceux inhérents à la vie familiale.

Les modalités de la contribution varient toutefois d'un État à l'autre. Ainsi les droits belge, finlandais, grec et portugais prévoient que la contribution doit être proportionnelle aux facultés des époux.

Le droit français et le droit luxembourgeois laissent par contre le soin aux époux de régler les modalités de leur participation. Ce n'est qu'à défaut de telles conventions que les époux contribuent à ces charges à proportion de leurs facultés respectives.

Un mécanisme identique de contribution aux charges familiales est consacré par l'article 1318 du Code civil espagnol, qui ajoute qu'en cas d'inexécution de cette obligation par l'un des époux, différentes mesures conservatoires pourront être prises par la voie judiciaire.

On retrouve également cette règle proportionnelle en droit allemand, quoique formulée différemment, puisque, selon le Code civil allemand, chaque époux a l'obligation de contribuer aux charges du mariage convenablement et dans la mesure de ses moyens.

La même formulation se retrouve au Danemark, mais de manière plus étouffée, dans la mesure où la loi crée à charge du conjoint une obligation alimentaire vis-à-vis de son époux dont la contribution personnelle aux charges du mariage ne serait pas suffisante pour couvrir l'ensemble de ses besoins personnels et sa part dans les besoins communs.

Il est admis, soit par la loi, soit par la jurisprudence, que la contribution peut s'effectuer tant par le travail professionnel que par le travail domestique.

Si un des époux manque gravement à son obligation d'apporter sa contribution aux charges du mariage, le conjoint qui réclame cette contribution peut se faire autoriser par le juge à percevoir directement les revenus de celui-ci.

En droit anglais, il existe une obligation réciproque des époux de contribuer aux charges du mariage. A défaut de contribution volontaire, le *Matrimonial Causes Act 1973* permet la création, par la voie judiciaire, d'une obligation de contribution, par le biais d'une ordonnance contraignant l'époux défaillant à un paiement soit périodique, soit forfaitaire. Le *Domestic Proceedings and Magistrate's Courts Act 1978*, beaucoup plus utilisé par les praticiens, permet d'aboutir à une solution identique.

Généralement, les droits internes ne connaissent plus le système des "biens réservés", c'est-à-dire des seuls biens dont la femme avait l'administration et la jouissance, à l'exclusion de son mari qui gérait tout le reste. Cette situation s'explique logiquement par le fait que les dernières réformes ont instauré une égalité stricte homme-femme. Ainsi, chaque conjoint perçoit désormais seul ses revenus dont il peut disposer librement, après s'être acquitté des charges du mariage.

### 1.3.1.3. Dettes de ménage

Les dettes de ménage sont librement contractées par chacun des époux. Toute dette contractée par l'un oblige solidairement l'autre. Pour éviter d'engager abusivement l'autre

époux par la décision d'un seul, les dépenses manifestement excessives sont généralement exclues de la solidarité. Pour reprendre l'expression consacrée par le droit espagnol, il ne peut y avoir de solidarité que dans le cadre du " pouvoir domestique " de chacun des époux. En droit allemand toutefois, pour les actes qui dépassent les besoins de la famille ou qui sont accomplis dans l'intérêt d'un seul des conjoints, les époux peuvent être solidairement responsables, mais uniquement s'ils ont conclu l'acte ensemble.

#### 1.3.1.4. Protection du logement familial

La protection du logement familial a retenu l'attention de tous les droits internes qui la réglementent le plus souvent de manière très précise.

En ce qui concerne le logement familial en propriété, tout acte visant à consentir des droits réels (vente, constitution d'hypothèque, ...) nécessite l'accord de l'autre conjoint, qu'il soit ou non copropriétaire, le plus souvent à peine de nullité de l'acte posé. En cas de refus injustifié, chaque époux peut solliciter du tribunal l'autorisation de passer seul l'acte.

Cette protection s'étend la plupart du temps au mobilier compris dans le domicile familial.

Si le logement familial est loué, on parle traditionnellement de cotitularité du bail, même si le contrat de bail n'a été conclu que par l'un des époux. Il en résulte qu'un époux ne peut pas mettre seul fin au bail et que le propriétaire est tenu d'adresser tous les actes relatifs au bail aux deux conjoints.

En Grande-Bretagne, suivant le *Matrimonial Homes Act 1983*, l'époux non propriétaire du logement familial se voit reconnaître un droit d'occupation du domicile conjugal.

Parallèlement, lorsque le mari est seul propriétaire du logement familial, l'épouse est titulaire d'un droit à une " participation indirecte ", à la condition qu'elle ait participé au financement de l'acquisition.

En Suède, le logement familial, en tant que tel, et dont la notion est expressément définie par le *Marriage Code*, ne fait pas l'objet d'une protection spécifique, celle-ci se trouvant incluse dans un régime général de protection contre les actes mettant en péril les intérêts de la famille.

Cette situation ne peut toutefois pas être généralisée pour l'ensemble des pays scandinaves. C'est ainsi que le droit finlandais, par exemple, connaît un système de protection du logement familial comparable à celui évoqué ci-avant.

#### 1.3.1.5. Exercice d'une profession par un époux

Longtemps soumis pour la femme à l'autorisation de son mari, l'exercice d'une profession est en principe entièrement libre pour chacun des époux. Toutefois, quand un

époux estime que les activités professionnelles de son conjoint sont de nature à porter un préjudice sérieux à ses intérêts moraux ou matériels ou à ceux de ses enfants mineurs, de nombreux droits (belge, français, luxembourgeois) prévoient un droit de recours devant le tribunal. La jurisprudence en cette matière est toutefois très rare.

Le droit grec prévoit que la régulation des relations patrimoniales entre époux ne peut, en aucune manière, interférer sur leurs choix professionnels. De même, le libre exercice

d'une profession par l'un des conjoints n'est, en droit suédois, soumis à aucune restriction, de quelque nature que ce soit.

#### 1.3.1.6. Comptes bancaires et coffres

Chaque époux peut ouvrir des coffres et des comptes bancaires et en disposer librement. Cette règle présente un double avantage. Elle permet à l'époux titulaire du compte de ne pas devoir justifier de ses pouvoirs en opérant un retrait et au banquier de se voir déchargé de toute responsabilité au cas où le conjoint n'aurait pas eu les pouvoirs supposés sur le compte sur lequel il a opéré un prélèvement de fonds.

#### 1.3.1.7. Représentation entre époux

Les époux peuvent se donner mutuellement mandat pour se représenter dans les actes juridiques. Ce mandat est toujours révocable.

Pour les actes juridiques de la vie courante, le droit grec permet l'existence d'un mandat mutuel tacite entre époux (sauf déclaration contraire du conjoint représenté et sauf en cas de cessation de la cohabitation entre époux). Cette solution est retenue dans la majorité des pays étudiés. Les différences sont minimes, et ne portent la plupart du temps que sur des questions de formulation. Ainsi parle-t-on, en Espagne, des "besoins ordinaires de la famille", au Danemark, des "actes nécessaires et usuels"... Le droit anglais, lui, distingue, quant à la représentation entre époux, le mandat exprès, le mandat tacite, et le mandat domestique, tous trois admis.

À défaut de mandat conventionnel et à défaut de la nomination d'un représentant légal, un époux peut demander au tribunal d'être substitué à son conjoint dans l'exercice de tout ou partie de ses pouvoirs, lorsque celui-ci est dans l'impossibilité de manifester sa volonté (Belgique, France, Grand-Duché du Luxembourg). Au Portugal, c'est la loi elle-même qui accorde des pouvoirs d'administration exclusive à un des conjoints dans cette situation.

Cette solution peut toutefois s'avérer plus restrictive dans certains pays. C'est ainsi qu'au Danemark, par exemple, en cas de maladie ou d'éloignement d'un époux, son conjoint ne peut poser que les actes urgents, et encore lui faut-il une autorisation judiciaire si l'acte dont question porte sur un immeuble.

Mentionnons pour terminer cette règle particulière, toujours danoise, suivant laquelle chacun des conjoints est autorisé à réaliser l'avoir mobilier dont son époux est le seul propriétaire, et ce sans nullement avoir besoin de son consentement.

### 1.3.1.8. Protection contre les actes d'un époux qui mettent en péril les intérêts patrimoniaux de la famille

Un époux peut demander au tribunal la nullité des actes accomplis irrégulièrement par son conjoint seul. Il s'agira des actes accomplis, au mépris d'une interdiction de justice, d'aliéner ou d'hypothéquer ou encore d'actes que l'époux ne pouvait accomplir seul (par exemple la vente du logement familial).

La loi belge permet également l'annulation des donations et des sûretés consenties valablement par un époux mais qui mettent en péril les intérêts de la famille. Les tribunaux vérifient notamment l'importance de l'acte par rapport au niveau des ressources de la famille, le but recherché, la menace qui pèse sur le logement familial. Le devoir des époux est en effet d'agir dans l'intérêt de la famille (sous réserve de la liberté de gestion qu'ils conservent quant à leur patrimoine propre) .

## 1.3.2. Régime légal

### 1.3.2.1. Existence ou inexistence d'un régime légal

Lorsque les époux n'ont pas fait précéder leur union d'un contrat de mariage, ils sont de plein droit soumis à un régime légal qui est censé convenir à la majorité des couples. Tantôt ce régime sera de type communautaire (Belgique, Danemark, Espagne, France, Grand-Duché du Luxembourg, Italie, Pays-Bas, Portugal, Suède), tantôt de type séparatiste (Allemagne, Angleterre, Autriche, Ecosse, Finlande, Grèce, Irlande, Portugal pour les époux ayant plus de 60 ans ou qui n'ont pas respecté les formalités de publicité légale).

On notera toutefois que certains pays, qui consacrent des normes de ce type, ne les systématisent pas nécessairement sous la forme d'un " régime légal " au sens strict du terme. Ainsi en est-il par exemple de la Finlande, qui se contente de prévoir que les époux qui n'ont pas conclu de contrat de mariage seront séparés de biens.

### 1.3.2.2. Vue synthétique du régime légal

#### 1.3.2.2.1 Régime de communauté de revenus et acquêts

Le choix des législateurs d'adopter, autour des années septante, un régime légal communautaire s'explique par le compromis qu'offre a priori ce régime entre le partage de la richesse née du mariage et la relative indépendance qu'il permet. Il correspondait aux attentes

de la grande majorité des couples dans lesquels, le plus souvent, la femme n'exerçait pas d'activité professionnelle.

Le régime de la communauté de revenus et acquêts est le régime légal espagnol, italien, belge, français, luxembourgeois, portugais (à l'exception des époux ayant plus de 60 ans ou n'ayant pas respecté les formalités légales de publicité) et danois.

#### a) L'actif

Dans un régime de communauté, les biens sont répartis en deux catégories : les biens communs et les biens propres de chaque époux.

D'une manière générale sont communs tous les acquêts, c'est-à-dire tous les biens acquis à titre onéreux ou créés par les époux ensemble ou séparément, pendant la durée du mariage. Il s'agit notamment des revenus professionnels, des fruits et des revenus des biens propres échus ou perçus pendant le mariage, des économies, ainsi que des investissements ou acquisitions réalisés au moyen desdits revenus ou économies.

Si l'origine des immeubles est aisément identifiable grâce à la publicité foncière, cette règle peut se révéler insuffisante en matière mobilière. C'est pourquoi il existe une présomption de communauté selon laquelle tout bien dont le caractère propre n'est pas prouvé est un acquêt. Il en résulte que c'est à l'époux qui invoque la propriété personnelle d'un bien de prouver celle-ci.

Sont propres les biens – meubles et immeubles – dont les époux sont propriétaires lors de la conclusion du mariage et ceux qu'ils ont reçus à titre gratuit pendant le mariage, entre vifs ou à cause de mort.

Sont également propres les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage mais que la loi déclare expressément propres. Il s'agit notamment des vêtements et objets à usage personnel, des souvenirs de famille, des instruments de travail nécessaires à l'exercice de la profession, des accessoires à des biens propres ou subrogés à des propres (par un mécanisme d'emploi ou de remploi)...

#### b) Le passif

Les règles relatives au passif sont nettement plus complexes car elles concernent non seulement les époux mais aussi les tiers créanciers.

En règle générale, si les droits internes se rejoignent pour considérer que les dettes antérieures au mariage et celles grevant les libéralités accordées à un époux sont propres et que les dettes de ménage sont communes, ils divergent parfois tellement sur le reste qu'il relève de la gageure de les synthétiser.

Il nous semble cependant opportun d'attirer l'attention sur trois problématiques qu'il convient de bien distinguer :

- *la question de l'identité de l'époux qui a contracté la dette :*

L'époux qui a contracté l'obligation est, en qualité de sujet de droit, titulaire de la dette. Ce n'est pas pour autant que seul son patrimoine personnel est engagé. Une dette peut être commune, c'est-à-dire engager notamment le patrimoine commun, même si elle n'a été contractée que par un seul des époux.

- *la question de l'obligation à la dette :*

Cette question revient précisément à s'interroger sur la nature et l'étendue des biens engagés vis-à-vis des tiers créanciers pour le paiement et le recouvrement de la dette (" passif provisoire ").

- *la question de la contribution à la dette :*

Cette question renvoie au point de savoir, pour le règlement équitable des relations patrimoniales entre les époux eux-mêmes, dans lequel des trois patrimoines doivent ou auraient dû être prélevées les sommes nécessaires au paiement de la dette (" passif définitif ").

#### 1.3.2.2.2. *Les autres régimes communautaires*

##### a) La communauté de meubles et d'acquêts

Devenu très marginal (on le retrouve encore, par exemple, dans certaines régions autonomes d'Espagne...), ce régime se caractérise principalement par le fait que tous les biens meubles – même ceux acquis avant le mariage et ceux acquis par donation ou succession pendant le mariage – tombent dans la communauté.

##### b) La communauté universelle

Pour une très large part, ce régime reprend les règles gouvernant le régime légal de communauté d'acquêts. La communauté est cependant plus étendue dans la mesure où elle comprend également les biens possédés par les époux au jour de leur union ainsi que ceux reçus à titre gratuit pendant le mariage. La communauté est également tenue de supporter toutes les dettes présentes et futures.

La communauté universelle est le régime légal consacré par les Pays-Bas. Elle se compose de tous les biens présents et futurs des époux (à l'exception de ceux qui auraient été donnés ou légués à l'un des époux sous la condition expresse de lui rester propres) ainsi que de la totalité des dettes des deux époux (aussi bien celles contractées durant le mariage que celles qui auraient été contractées avant).

D'une certaine manière, le régime légal suédois (*Marital property*) se rapproche également du régime de la communauté universelle, dès lors que tous les biens (meubles ou immeubles) donnés ou légués à l'un des époux sont, en principe, communs, à l'exception de ceux qui, à l'instar du droit néerlandais, auraient été donnés ou légués sous la condition expresse de n'appartenir exclusivement qu'au seul époux bénéficiaire. Le rapprochement est toutefois ici plus délicat, dès lors que le droit suédois retient également d'autres biens, qualifiés de propres par la loi. Outre les mécanismes de remploi (mobilier ou immobilier), on peut, par exemple, citer certains capitaux d'assurance (assurance-vie, assurance-accident, assurance soins garantis, épargne-pension,...).

### 1.3.2.2.3. *Le régime de séparation de biens pure et simple*

Le régime de la séparation de biens pure et simple est le régime légal grec (sous réserve d'un droit non automatique au partage des acquêts lors de la dissolution du régime) et autrichien (sous réserve du partage, à la dissolution du régime, des biens à l'usage des deux époux et de certaines des économies constituées par ceux-ci). Le droit portugais, lui, impose ce régime aux époux ayant plus de 60 ans ou n'ayant pas respecté les formalités légales de publicité. Le principe de la séparation absolue des biens des époux a également été retenu par les droits anglais, écossais, finlandais et irlandais.

Dans ce régime réglementé par la plupart des droits internes, chaque époux demeure le propriétaire exclusif de ses biens. Il en conserve également l'administration, la jouissance et la disposition.

Reposant sur des principes d'indépendance et d'individualisation des droits du couple, il attire les jeunes exerçant tous deux une activité professionnelle, parfois assortie d'un risque de passif. Il est bien entendu désavantageux a priori pour l'époux au foyer puisque celui-ci ne pourra notamment faire valoir aucun droit sur les revenus professionnels de son conjoint, ou, à tout le moins, sur les économies et les investissements réalisés par son conjoint au moyen de ses revenus professionnels.

### 1.3.2.2.4. *Les régimes " mixtes "*

Afin de rencontrer le souci d'autonomie et d'indépendance des futurs époux tout en assurant la solidarité au sein du couple allant au-delà du régime primaire, certains pays ont opté pour un régime secondaire dit " mixte ".

#### a) Séparation de biens avec société d'acquêts

Aucun des pays étudié n'a retenu ce régime matrimonial mixte en tant que régime légal supplétif applicable à tous les époux qui n'auraient pas conclu de conventions matrimoniales. Celui-ci n'existe donc plus que sous sa seule forme conventionnelle.

#### b) Séparation de biens avec participation aux acquêts

Le régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts est le régime légal allemand.

Il s'agit sans aucun doute du régime qui allie en théorie le mieux les avantages de la séparation et ceux de la communauté. En effet, durant le mariage, il fonctionne comme une séparation de biens mais lors de la dissolution du régime, chaque époux a le droit de participer, en principe pour moitié, en valeur, aux acquêts nets se retrouvant dans le patrimoine de son conjoint et mesurés sur la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. D'une part, à l'instar du régime de séparation de biens, des biens communs ne sont pas soumis aux risques procédant de l'activité professionnelle d'un des époux et une autonomie totale de gestion – sous réserve du respect du régime primaire – est sauvegardée. D'autre part, comme en communauté, un partage des acquêts a lieu à la dissolution du régime.

### 1.3.3. Régimes conventionnels

#### 1.3.3.1. Considérations générales

Les futurs époux qui ne souhaitent pas être soumis au régime légal peuvent conclure un contrat de mariage dans lequel ils adopteront un régime conventionnel. Conformément au principe de l'autonomie de la volonté, ils peuvent s'en tenir à l'un des régimes-types de leur législation ou créer un régime original, dans le respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et du régime primaire.

Ils peuvent également opter pour un régime légal de communauté et y apporter quelques modifications ponctuelles (par exemple l'apport d'un bien propre au patrimoine commun ou une clause de partage inégal du patrimoine commun).

Des modifications de ce type sont également envisageables dans le cadre d'un régime de type "mixte". C'est ainsi qu'un couple allemand pourrait opter pour le régime légal de la séparation de biens avec participation aux acquêts, et, par contrat de mariage, convenir d'un montant maximum pour la créance de participation ou déterminer dans leur contrat le montant exact des patrimoines initiaux de chacun des époux.

En pratique, il s'avère néanmoins que, dans de nombreux autres pays, la participation aux acquêts recueille rarement les faveurs des futurs époux. Cela s'explique notamment par le fait que ce régime n'est pas systématiquement proposé et donc choisi, en raison de sa complexité tant pour les couples que pour nombre de notaires.

À l'instar du régime légal, on distingue traditionnellement trois types de régime : les régimes communautaires, les régimes séparatistes et les régimes "mixtes". Par conséquent, les régimes conventionnels de certains pays correspondant au régime légal d'autres pays, l'on se reportera, pour plus de clarté, aux commentaires développés ci-dessus.

Toutefois, le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts n'ayant été retenu par aucun des législateurs en qualité de régime légal, il nous semble important d'en mentionner ici succinctement les principales caractéristiques.

Ce régime permet en effet de donner à certains biens seulement, voire même à un seul bien, un caractère communautaire. Les époux feront entrer en société le plus souvent le logement familial, et garderont pour le reste un régime séparatiste. Il importe de rigoureusement préciser ce qui entrera ou non dans la société d'acquêts, sous peine d'ouvrir la porte à des contestations de toutes sortes, tant de la part des époux que de leurs créanciers.

Ce régime permet de surcroît aux époux d'attribuer au jour de sa dissolution la totalité de la société d'acquêts à un époux (ce qui n'est pas possible avec des biens simplement indivis). Notons que ce régime compte également de fervents partisans dans la doctrine française, même s'il est peu pratiqué.

L'on veillera à ne pas confondre ce régime conventionnel avec le régime légal espagnol, dit de la société d'acquêts, qui s'apparente en fait à un régime de communauté des revenus et acquêts, dès lors qu'au sens de l'article 1347 du Code civil espagnol, le terme "acquêts" comprend les biens professionnels, les fruits des biens propres et des acquêts, les biens acquis à titre onéreux aux frais du patrimoine commun, les biens acquis par droit de retrait à caractère d'acquêt ainsi que les entreprises fondées aux dépens des biens communs.

On notera également l'existence de certains régimes conventionnels plus particuliers. C'est ainsi qu'aux Pays-Bas, les époux peuvent, par convention, opter, notamment, soit pour le régime de la communauté des fruits et revenus (qui comprend la totalité des biens acquis par les époux durant leur vie commune, à l'exception de ceux reçus à titre gratuit), soit pour le régime de la communauté de gains et pertes (qui n'est toutefois pas très répandu en pratique). D'autres régimes plus spécifiques existent également en Italie, et sont le fruit de la réforme du droit des régimes matrimoniaux intervenue en 1975 (régime du fonds patrimonial, qui fonctionne comme un patrimoine d'affectation, et régime de l'entreprise familiale, institution *sui generis*).

### 1.3.3.2. Contrats de mariage

C'est ici évidemment que l'on trouvera la consécration concrète du principe de la liberté conventionnelle cher à certains pays.

Le contrat de mariage est soumis aux conditions générales de validité des contrats.

Pour des raisons de protection des époux et de publicité du contrat, il s'agit d'un contrat solennel. Très souvent, il est établi par acte notarié et requiert la présence simultanée des futurs époux sauf procuration spéciale et authentique. Au Portugal, le contrat de mariage peut également être passé par-devant l'officier d'état civil.

Pour conclure un contrat de mariage, les futurs époux doivent avoir la même capacité que pour contracter mariage. Ainsi, le mineur conclura-t-il un contrat de mariage avec l'assistance de ses parents.

Les conventions fixées dans un contrat de mariage ne prennent effet qu'au jour de la célébration du mariage. Elles deviennent caduques si le mariage n'a pas lieu. Si les époux optent pour le régime légal, ils restent toutefois libres de conclure un contrat de mariage par après, en respectant alors les conditions de forme et de fond relatives aux modifications de régime matrimonial au cours du mariage.

## 1.4. Changements de régimes

### 1.4.1. Principe

Les règles relatives à la possibilité ou non pour les époux de modifier en cours de mariage leur régime matrimonial varient de manière considérable d'un État à l'autre.

À l'origine tous s'accordaient cependant pour conférer au contrat un caractère immuable. Celui-ci était considéré comme un "pacte de famille" auquel prenaient part principalement les parents. Ceux-ci veillaient à maintenir les biens – spécialement les immeubles – à l'intérieur de la famille. La règle de l'immutabilité du régime permettait d'éviter que les époux, en cours de mariage, n'aillent modifier les sages dispositions prises par leurs parents. Elle était également censée protéger les tiers.

L'évolution des mentalités, l'affaiblissement du rôle social de la famille, l'allongement de la durée de vie et donc de la durée des mariages ont conduit la plupart des États à abandonner le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales au profit d'une mutabilité plus ou moins contrôlée.

Certains législateurs (au Portugal notamment) ont toutefois choisi de maintenir l'immutabilité conventionnelle. Cette règle est cependant vivement critiquée par la doctrine et d'ailleurs mise à mal par les époux eux-mêmes qui modifient indirectement la composition des masses patrimoniales (par exemple, transformation de biens propres en biens communs).

#### 1.4.2. *Modalités du changement*

Les autorités compétentes pour procéder au changement de régime matrimonial ainsi que les conditions de fond de ce changement varient d'un droit à l'autre.

Outre l'établissement d'un acte notarié, tout comme lors des éventuelles premières conventions matrimoniales, les droits internes prévoyaient à l'origine l'intervention du tribunal, chargé d'homologuer toute modification, si minime soit-elle. Le tribunal devait veiller à ce que le changement ne porte pas atteinte aux intérêts de la famille ni à ceux des créanciers.

Certains législateurs ont toutefois décidé d'abandonner totalement (Allemagne, Autriche, Grand-Duché du Luxembourg en 1985) ou partiellement (Belgique en 1998 : plus d'homologation lorsque la modification n'entraîne pas de liquidation du régime préexistant ni de changement actuel dans la composition des patrimoines) cette formalité longue et coûteuse pour les époux et dont l'efficacité n'était pas toujours démontrée. D'autres États ont maintenu l'intervention systématique du tribunal. Par ailleurs, certains droits exigent un délai minimal avant toute modification (deux ans en France et au Grand-Duché du Luxembourg).

Certains législateurs (en Grèce, par exemple) ont également prévu des dispositions particulières quant aux effets dans le temps des changements conventionnels de régime matrimonial au cours du mariage.

Au Royaume-Uni, l'article 35 du *Matrimonial Causes Act 1973* permet la modification par voie de justice des dispositions pécuniaires contenues dans les conventions matrimoniales, soit en cas de changement des circonstances (par rapport à celles existant au moment de la conclusion de ces dispositions), soit en fonction des besoins des enfants. Pareillement, le *Matrimonial Causes Act 1984*, en son article 12, permet également la modification judiciaire des dispositions pécuniaires prévues entre époux par contrat de mariage.

## 1.5. Publicité du régime

### 1.5.1. Principe

Il existe dans chaque droit un système de publicité du régime matrimonial des époux.

Ce système a été institué essentiellement dans l'intérêt des tiers qui peuvent ainsi traiter en confiance avec un époux dont ils connaissent les pouvoirs de disposition. En pratique, il échappe toutefois de reconnaître que pour les affaires financières d'importance, le régime matrimonial des époux n'est pas toujours relevant. Pour l'achat d'un immeuble par exemple, l'institution bancaire exigera des époux un engagement solidaire et procédera à une inscription hypothécaire sur le bien. La connaissance du régime matrimonial ne présentera de réel intérêt qu'en ce qui concerne les contrats de moindre importance.

### 1.5.2. Modalité

#### 1.5.2.1. Contrat de mariage initial

En Belgique et en France, pour le contrat de mariage pré-nuptial, le notaire délivre simplement aux époux une attestation destinée à l'officier d'état civil. Celui-ci fera mention dans l'acte de mariage du régime matrimonial des époux, de la date de leur contrat de mariage et du nom et de la résidence du notaire qui l'a reçu. Depuis une loi du 21 février 1985, la publicité est assurée au Grand-Duché du Luxembourg par le notaire, au moyen de la conservation d'un extrait du contrat de mariage au répertoire civil tenu au Parquet général et d'une inscription dans un fichier.

Si un des époux est commerçant au moment de son mariage ou le devient ultérieurement, il doit faire publier son contrat de mariage au registre de commerce (Autriche, Belgique,...). En cas de transfert d'un immeuble ou de mutation d'un droit réel immobilier, les formalités de publicité foncière devront également être opérées. Par ailleurs, le système d'inscription des testaments mis en place par la Convention de Bâle du 16 mai 1972 relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, a été étendu par la Belgique et le Grand-Duché du Luxembourg aux conventions matrimoniales contenant des institutions contractuelles ou des clauses prévoyant, en cas de décès, un partage inégal du patrimoine commun.

En Espagne et au Portugal, le contrat de mariage doit être enregistré par l'Officier du Registre Civil. Il est fait mention de cette inscription en marge de l'inscription de l'acte de mariage dans le registre de l'état civil. En Grèce, le contrat de mariage est enregistré dans un registre public unique tenu auprès du Tribunal de Première Instance d'Athènes. En Allemagne, le contrat de mariage est enregistré dans le "registre matrimonial" par requête présentée en la forme authentique.

#### 1.5.2.2. Modification du régime matrimonial en cours de mariage

En cas de modification du régime par le seul effet de l'acte notarié, c'est le notaire rédacteur de l'acte modificatif qui est chargé d'assurer la publicité du changement. Il notifiera un extrait de l'acte modificatif à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré et,

le cas échéant, au notaire détenteur de la minute du contrat de mariage modifié afin que celui-ci puisse en faire mention au pied de la minute. En France, la modification fera également l'objet d'une publicité dans un journal paraissant dans le ressort du tribunal. En Grèce et au Grand-Duché du Luxembourg, la publicité de la modification du régime matrimonial est organisée de la même façon que celle du contrat de mariage pré-nuptial.

On notera également qu'en Suède, c'est la *District Court*, devant laquelle le nouveau contrat de mariage aura été enregistré, qui est chargée d'en assurer la publication dans l'*Official Swedish Law Gazette* et dans la presse locale.

Lorsque la modification nécessite l'intervention du tribunal, un extrait de la décision d'homologation est adressé à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré et, le cas échéant, au notaire détenteur de la minute du contrat de mariage modifié pour que celui-ci puisse en faire mention au pied de la minute.

Entre époux, la modification prend effet dès la signature de l'acte notarié. En France, elle ne prend toutefois effet qu'à dater du jugement d'homologation. Vis-à-vis des tiers, la modification n'est opposable qu'à partir de la publication ou l'inscription d'un extrait de la décision au Journal Officiel ou dans le registre du pays concerné. A cet égard, certains pays ont même instauré un délai d'attente (trois mois à partir de l'inscription dans le fichier au Grand-Duché du Luxembourg et trois mois après la mention du jugement d'homologation en marge de l'acte de mariage en France).

## **1.6. Administration des patrimoines**

Le patrimoine des époux est géré différemment selon le régime matrimonial auquel ils sont soumis.

### *1.6.1. Dans le régime de la communauté des revenus et acquêts*

Dans les régimes de communauté d'acquêts, il convient de distinguer la gestion du patrimoine commun de celle des patrimoines propres.

#### **1.6.1.1. Patrimoine commun**

En droit belge et français, la gestion du patrimoine commun est en principe concurrente : chaque époux peut exercer seul les pouvoirs de gestion sur l'ensemble des biens communs et doit respecter les actes de gestion accomplis par son conjoint.

Par exception, le consentement des deux époux est requis pour les actes les plus graves, tels que les achats d'immeubles, la constitution de droits réels immobiliers, les donations de biens communs, ... Par ailleurs, la gestion demeure exclusive dans le domaine professionnel : l'époux qui exerce une activité professionnelle accomplit seul tous les actes de gestion nécessaires à celle-ci.

En droit portugais, à côté d'une gestion concurrente pour les actes d'administration courante, chaque époux a la gestion exclusive de ses revenus professionnels, de ses droits d'auteurs et des biens qu'il a apportés à la communauté.

Quant au droit luxembourgeois, il n'instaure pas de mécanisme de gestion concurrente. Chaque époux administre seul les biens entrés en communauté de son chef et peut en disposer librement. Si l'époux ne parvient pas à rapporter cette preuve, les biens seront censés être entrés en communauté du chef des deux époux et, en conséquence, soumis à une gestion conjointe. Le Code civil luxembourgeois prévoit d'autres cas dans lesquels la gestion doit être assumée par les deux époux.

En droit espagnol, le principe consacré est celui de la gestion conjointe, à peine de nullité de l'acte, et sous réserve des exceptions légales (dont les hypothèses légales de gestion exclusive) et des exceptions conventionnelles (prévues par contrat de mariage).

#### 1.6.1.2. Patrimoine propre

Chaque époux a en principe la gestion exclusive de son patrimoine propre, sous réserve des règles relatives à la protection du logement familial. Des mandats de gestion par lesquels un époux confie à son conjoint la gestion de ses biens sont, bien entendu, envisageables.

#### 1.6.1.3. Sanctions

Lorsqu'un des époux fait preuve d'inaptitude dans la gestion de son patrimoine propre et/ou du patrimoine commun, tout ou partie de ses pouvoirs peuvent lui être retirés au profit de son conjoint, selon des conditions et une procédure variant d'un droit à l'autre. Un recours en nullité des actes accomplis en méconnaissance des règles légales est également organisé.

#### 1.6.2. *Dans les autres régimes de communauté de biens*

Dans les autres régimes communautaires, les règles de gestion sont, pour l'essentiel, identiques à celles gouvernant le régime de communauté réduite aux acquêts.

#### 1.6.3. *Dans les régimes de type séparatiste*

En matière de séparation de biens – pure et simple, avec société d'acquêts ou avec participation aux acquêts –, il n'existe normalement pas de biens "communs". Sous réserve du respect des règles du régime primaire, chaque époux administre donc, en principe, seul ses biens et en dispose librement. Le statut des acquêts mis en société pose, on s'en doute, souvent quelques difficultés.

Il arrive toutefois très souvent que les époux acquièrent ensemble certains biens qualifiés d'indivis. Leur accord sera exigé pour tout acte de disposition ou d'administration ; seuls les actes conservatoires échappent à cette règle.

Par ailleurs, dans le régime de la séparation de biens avec participation aux acquêts, s'il est vrai que chaque époux gère en principe tout à fait librement son patrimoine personnel, et n'a dès lors, réciproquement, aucun pouvoir sur celui de son conjoint, le régime étant en effet purement séparatiste tant que dure le mariage, il reste cependant que les législateurs ont, la plupart du temps, apporté des tempéraments à cette gestion exclusive, aux fins d'éviter les manœuvres par lesquelles l'un des époux, dans le but d'empêcher l'autre de

participer aux acquêts qu'il s'est constitués durant le mariage, viderait son patrimoine de sa substance, par le biais de libéralités entre vifs ou d'aliénations frauduleuses.

C'est ainsi, par exemple, que le droit français impose à l'époux qui désire procéder à une aliénation à titre gratuit d'obtenir le consentement de son conjoint lorsque la donation dont question porte sur des acquêts. A défaut de ce consentement, les biens donnés seront, lors de la liquidation du régime, fictivement réunis aux biens existants qui figurent à l'actif du patrimoine final du disposant. Cette règle s'appliquera également aux aliénations à titre onéreux qui auraient été accomplies de manière frauduleuse.

Quant au régime de la séparation de biens avec société d'acquêts, il semble utile de préciser que, si les biens personnels des époux sont gérés librement par chacun de ceux-ci, conformément au principe d'indépendance qui caractérise tous les régimes d'essence séparatiste, les règles qui gouvernent l'administration des acquêts mis en société sont, elles, plus délicates à définir. Dans la majorité des cas, les praticiens conseilleront expressément aux futurs époux de régler cette question dans leurs conventions matrimoniales, en telle manière que la plupart des contrats de mariage optant pour le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts préciseront les règles applicables à l'administration desdits acquêts. A tout le moins dans les pays où le régime légal est un régime de communauté de biens, la solution consistera le plus souvent à rendre conventionnellement applicables, par analogie, à la société d'acquêts, les règles de gestion retenues par le législateur quant à l'administration du patrimoine commun.

#### *1.6.4. Contrats entre époux durant le mariage*

##### *1.6.4.1. Vente entre époux*

Dans leur majorité, les droits internes interdisent la vente entre époux. Cette prohibition trouve son fondement dans trois motifs principaux. Il s'agit tout d'abord d'empêcher les abus d'influence d'un conjoint sur l'autre, ensuite d'éviter de déguiser une donation en vente (qui permettrait d'échapper à la règle de la révocabilité ad nutum et aux règles relatives à la réserve successorale) et, enfin de protéger les tiers qui pourraient voir leur droit de recours anéanti si un époux vendait la totalité de ses biens à son conjoint.

Les ventes entre époux peuvent toutefois avoir lieu dans des cas exceptionnels, limitativement énumérés, notamment, au Grand-Duché du Luxembourg et en Belgique, lorsqu'un des époux cède ses biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits.

La règle interdisant la vente entre époux a été abrogée en France en 1985. Ces ventes sont donc en principe permises mais certaines formalités doivent être respectées en régime de communauté. La vente entre masses propres est possible à condition de respecter les règles relatives au remploi. La vente entre la communauté et une masse propre n'est par contre pas possible car elle reviendrait à modifier conventionnellement le statut d'un bien, sans homologation judiciaire, ce qui n'est pas autorisé en France. La même interdiction a d'ailleurs également été abrogée aux Pays-Bas.

La vente entre époux est autorisée sans la moindre restriction en droit finlandais et grec.

#### 1.6.4.2. Donations entre époux

En général, les donations entre époux sont valables mais sont soumises à un régime particulier. Si elles sont, comme toute donation, irrévocables lorsqu'elles sont réalisées par contrat de mariage, elles perdent par contre ce caractère dans toutes les autres hypothèses, de loin les plus fréquentes. Cette règle de la révocabilité ad nutum des donations est censée protéger l'époux des pressions qu'exercerait son conjoint pour qu'il lui consente une libéralité.

Les donations entre époux présentent également la particularité de pouvoir concerner tant des biens présents que des biens à venir. Elles ne seront efficaces que pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à la réserve des héritiers réservataires, et notamment à celle des descendants.

Certains droits prévoient encore d'autres dispositions spécifiques. Ainsi, le droit portugais impose que les donations entre époux soient toujours constatées par écrit, et interdit purement et simplement ces donations lorsque les conjoints ont été obligatoirement soumis au régime de séparation de biens.

Les donations entre époux sont admises en droit grec sans la moindre restriction .

L'Autriche admet les donations entre vifs par acte notarié ou par simple tradition, mais interdit, à peine de nullité, les donations à cause de mort (sauf si elles valent à titre de testament notarié).

La Grande-Bretagne autorise les donations entre époux par acte solennel, mais celles-ci doivent impérativement être transcrites, à peine de nullité.

Le droit espagnol, quant à lui, autorise les donations entre époux de biens présents ou futurs, pour cause de mariage.

#### 1.6.4.3. Sociétés entre époux

En règle générale, toutes les sociétés, quelle que soit leur forme, peuvent être constituées entre époux pour autant que le contrat de société ou les statuts de la personne morale respectent le régime matrimonial.

#### 1.6.4.4. Contrats de travail entre époux

Les contrats de travail entre époux sont parfaitement possibles dès lors qu'il existe un véritable lien de subordination et qu'un salaire est versé.

Cette subordination d'un des époux à l'autre reste compatible avec le principe d'égalité de leurs droits. Elle n'enlève ainsi aucune des prérogatives que le conjoint salarié tire de son régime matrimonial et en particulier du régime primaire.

## 1.7. Dissolution, liquidation et partage du régime matrimonial

Les circonstances mettant fin au régime matrimonial peuvent être, selon les droits internes, la mort, l'absence déclarée, le divorce, la séparation de corps, la séparation de biens judiciaire ou encore le changement de régime matrimonial.

Seuls les aspects les plus importants de la liquidation et du partage seront traités dans cette section, principalement au regard de la dissolution pour cause de divorce (6.1.) et par le décès d'un des conjoints (6.2.).

### 1.7.1. *Après rupture du lien conjugal*

#### 1.7.1.1. Preuve de la propriété des biens. Détermination des biens partageables

Les règles relatives à la preuve de la propriété des biens varient selon que les époux étaient soumis à un régime communautaire ou à un régime séparatiste.

En régime de communauté, les biens des époux sont présumés appartenir au patrimoine commun, sauf si un époux apporte la preuve, par toutes voies de droit, que tel ou tel bien lui est propre. Sur le plan de la charge de la preuve, il en résulte qu'un époux ne doit jamais apporter la preuve qu'un bien appartient au patrimoine commun mais qu'il revient toujours à celui des époux qui affirme qu'un bien lui est propre d'en apporter lui-même la preuve. Il va dès lors de soi que l'ensemble des biens propres sont exclus du partage.

En régime de séparation de biens, en principe, aucun bien ne doit être partagé puisque chaque époux est censé maintenir ses avoirs propres séparés des avoirs propres de son conjoint. Les époux séparés de biens constituent toutefois très souvent des indivisions volontaires entre eux. Ces biens indivis, à l'instar des biens communs, devront être partagés – à défaut d'indications – en parts égales.

Il arrive également fréquemment que les époux aient introduit des présomptions de propriété dans leur contrat de mariage.

Les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive, par toutes voies de droit, sont réputés leur appartenir indivisément, chacun pour moitié.

Le droit grec prévoit toutefois, en régime de séparation de biens, trois présomptions applicables jusqu'au jour de la dissolution du régime :

1. Entre époux, les meubles dont ils sont tous deux possesseurs leur appartiennent de manière égale (chacun à concurrence de moitié).
2. Les meubles dont l'un des deux époux (n'importe lequel) est en possession, appartiennent, à l'égard des créanciers, à l'époux débiteur.
3. Entre époux et/ou à l'égard des tiers-créanciers, les meubles destinés à l'usage personnel d'un des époux n'appartiennent qu'à celui-ci.

#### 1.7.1.2. Modes de partage

La liquidation amiable, sous forme de règlement transactionnel du régime matrimonial, est une condition préalable au divorce ou à la séparation de corps par consentement mutuel. Le droit portugais n'exige toutefois pas que les époux soient d'accord

sur le partage du patrimoine sauf en ce qui concerne l'attribution du logement commun : une description des biens communs avec l'indication de leurs valeurs respectives suffit.

En cas de divorce pour cause déterminée, à défaut d'accord des parties, le tribunal désignera un notaire liquidateur pour procéder aux opérations de liquidation et partage. En pratique, le notariat exerce à ce niveau un rôle de conciliateur très important. Ce n'est qu'à défaut de conciliation que le partage aura lieu dans les formes prévues par le Code judiciaire.

En droit autrichien, le partage judiciaire doit être demandé dans l'année de la dissolution du régime matrimonial, à peine de déchéance.

Quant au mode de partage, ce droit indique également quels sont les critères qui doivent, en principe, guider les opérations : l'importance de la contribution de chaque époux dans l'acquisition des biens à partager, les dettes issues de la vie commune, et l'intérêt des enfants.

Le partage en nature est la règle. Les droits internes connaissent toutefois des exceptions de plus en plus nombreuses à ce principe. Ainsi, le code civil belge autorise un époux à demander au tribunal de se faire attribuer par préférence un des immeubles servant au logement de la famille et les meubles le garnissant, moyennant soulte s'il y a lieu. Le tribunal statue en considération, notamment, des intérêts sociaux et familiaux en cause.

Lorsque les biens ne sont pas commodément partageables en nature, il est procédé à leur licitation publique.

On remarquera également qu'en droit italien, si les époux ont créé ensemble une entreprise, et qu'ils la gèrent en commun, ils peuvent alors décider d'un commun accord de la dissoudre, même si celle-ci constitue la quasi-totalité des biens communs, à condition toutefois que ce double consentement soit constaté dans un acte authentique (article 191 du Code civil italien).

### 1.7.1.3. Récompenses éventuelles ou droits en équité

Les comptes de récompenses n'existent que dans les régimes de communauté. Ils sont destinés à faire le compte des indemnités auxquelles chacun des époux peut prétendre à charge du patrimoine commun ou dont il est redevable à l'égard du patrimoine commun en raison des transferts de valeurs qui se sont opérés, pendant le fonctionnement du régime matrimonial, entre les patrimoines propres des époux et le patrimoine commun.

Les transferts de valeurs entre patrimoines propres, tant en régime de communauté qu'en régime de séparation de biens donnent lieu à l'établissement d'un compte de créances qui obéit pour l'essentiel aux règles de droit commun et dont l'application est parfois rendue malaisée en raison du lien matrimonial entre débiteur et créancier.

Les droits internes précisent les différentes causes de récompenses. Par exemple, le patrimoine propre d'un des époux sera redevable d'une récompense à l'égard du patrimoine commun si celui-ci a pris à sa charge le paiement d'une de ses dettes. Il sera par contre créancier d'une récompense à charge du patrimoine commun s'il a financé – totalement ou partiellement – l'acquisition d'un bien commun.

Quant au montant de la récompense, il ne peut être inférieur au montant de l'appauvrissement du patrimoine créancier. Il peut même être supérieur lorsque les sommes provenant du patrimoine créancier ont servi à acquérir, conserver ou améliorer un bien du patrimoine débiteur.

Celui qui réclame une récompense doit en rapporter la preuve. Contrairement au droit commun, cette preuve peut être apportée par toutes voies de droit.

Certains droits en équité peuvent également être consacrés dans le cadre des régimes de séparation de biens. C'est ainsi que le droit grec consacre notamment :

1. Une obligation de rendre des comptes, qui pourra, le cas échéant, déboucher sur une obligation de restituer certains acquêts.
2. Un droit au partage des acquêts, à concurrence d'un tiers, au profit de l'époux qui a contribué à l'accroissement des acquêts de son conjoint. Ce droit ne naît pas de plein droit, mais doit être demandé en justice, dans un délai de trois ans à compter de la séparation, et ne sera octroyé que s'il respecte les nombreuses conditions légales prévues par le Code civil grec.
3. Un droit au maintien du même niveau de vie durant toute la durée de la séparation.

Le droit finlandais, quant à lui, sanctionne l'époux qui a fautivement, de par sa gestion, entraîné une diminution substantielle du niveau de fortune des époux, en consacrant, au profit de son conjoint, un droit à une compensation en valeur.

Quant aux régimes mixtes, il nous paraît particulièrement éclairant d'aborder succinctement la méthode allemande de liquidation du régime légal de séparation de biens avec participation aux acquêts. En effet, la liquidation de ce régime passe nécessairement par la détermination précise de l'accroissement de la fortune de chacun des époux. C'est cet accroissement qui permettra de déterminer la créance de participation. Pour fixer et chiffrer celui-ci, il s'agira, par le biais d'un état descriptif, de comparer le patrimoine originaire et le patrimoine final de chacun des époux, afin de déterminer leurs acquêts respectifs. Ensuite, après compensation de ces deux accroissements, la créance de participation, dont le conjoint ayant l'accroissement le plus faible sera titulaire, sera égale à la moitié des acquêts nets supplémentaires constitués par son époux (par rapport à ceux qu'il a lui-même constitués).

En principe, cette créance de participation se règle en valeur. C'est une créance cessible et transmissible à cause de mort. Elle se prescrit par trois ans. Il est possible d'obtenir des délais de paiement, ou de réclamer la constitution de sûretés aux fins de garantir ce paiement. Le droit allemand prévoit cependant la possibilité pour l'époux débiteur de refuser le paiement du montant de la créance de participation, en cas d'inéquité ou de faute du conjoint.

Le droit autrichien consacre un mécanisme analogue à celui retenu en droit allemand, par l'instauration d'un droit à une compensation en valeur égale à la moitié de la différence entre les accroissements respectifs de chacun des deux patrimoines. Ce droit n'existe toutefois que si l'époux demandeur a effectivement contribué à l'augmentation de l'état de fortune de son conjoint. Par ailleurs, le droit autrichien impose également le partage en équité du " patrimoine à usage conjugal " (l'ensemble des biens meubles et immeubles qui

servent à l'usage quotidien des époux durant leur mariage) et du produit de l'épargne conjugale (espèces, comptes d'épargne, bijoux, ...). Sont légalement exclus de ce partage les biens donnés ou légués à l'un des époux, les biens destinés à l'usage personnel ou professionnel d'un des époux, ainsi que les biens appartenant à des sociétés (ou autres personnes morales).

Un tel mécanisme de compensation se retrouve également aux Pays-Bas, par le biais du modèle élaboré par les notaires de la ville d'Amsterdam, qui prévoit un partage périodique des économies réalisées par les époux.

Le droit finlandais rencontre également ce souci de compensation, en consacrant au profit du conjoint lésé le droit de demander un ajustement de la répartition de la " propriété matrimoniale " entre époux, lorsque le partage normal de celle-ci mènerait à un résultat financièrement déraisonnable ou injuste.

Le droit anglais parvient à un résultat identique, en autorisant la Haute Cour de Justice et les Cours de Comté à " ajuster " les rapports pécuniaires entre époux.

#### 1.7.1.4. Autorités compétentes

Le partage amiable ne nécessite l'intervention d'aucune autorité particulière si ce n'est celle du notaire lorsqu'il concerne un ou plusieurs immeubles.

Le partage judiciaire requiert l'intervention du tribunal qui désignera un notaire chargé de procéder aux opérations de liquidation-partage et qui interviendra en cas de difficultés en cours de liquidation.

### 1.7.2. *Au décès d'un des époux*

#### 1.7.2.1. Preuve de la propriété des biens et détermination des biens partageables

Les règles sont les mêmes que celles exposées ci-dessus si ce n'est que les difficultés éventuelles concernant la preuve de la propriété des biens opposent non plus les deux époux mais le conjoint survivant aux héritiers de l'époux prédécédé (qui ne sont cependant pas des " tiers " par rapport au conjoint survivant).

#### 1.7.2.2. Modes de partage

En cas de dissolution du régime matrimonial par décès d'un des époux, il faut opérer un double partage. Il convient de liquider d'abord le régime matrimonial du conjoint prédécédé et ensuite sa succession. Celle-ci comprend ses biens propres ainsi que sa part dans les biens communs ou indivis. La liquidation est le plus souvent amiable. A défaut d'accord entre le conjoint survivant et les héritiers, le tribunal désignera un notaire pour y procéder.

#### 1.7.2.3. Récompenses éventuelles ou droits en équité

Deux particularités méritent d'être ici soulignées.

En droit allemand, quant au régime légal de séparation de biens avec participation aux acquêts, si le conjoint survivant est héritier, il n'y a pas lieu de calculer le montant de la créance de participation, car celle-ci, conformément au Code civil allemand, sera remplacée, de manière forfaitaire, par une augmentation d'un/quart de la part successorale du conjoint survivant. Par contre, si le conjoint survivant n'est ni héritier, ni légataire, il y aura alors lieu de calculer normalement le montant de ladite créance de participation.

En droit danois, l'époux qui a subi un préjudice par suite des opérations hasardeuses effectuées par son conjoint et ayant entraîné la dilapidation de la communauté peut faire valoir un droit à récompense, mais uniquement dans le cadre des opérations de partage, et à condition que les biens communs restants suffisent à payer cette récompense.

#### 1.7.2.4. Autorités compétentes

En règle générale, les autorités compétentes en matière de liquidation-partage du régime matrimonial ne sont pas différentes, que ces opérations soient la suite de la rupture du lien conjugal ou du décès de l'un des époux.

1.8. Annexes à la section II -1 : Tableaux synoptiques

GÉNÉRALITÉS

Tableau 1.A.

	Existence d'un "régime primaire"	Existence d'un régime légal	Existence de régimes conventionnels prévus par la loi	Mutabilité du régime matrimonial
Allemagne	oui	oui	oui	oui
Autriche	oui	oui	oui	oui
Belgique	oui	oui	oui	oui
Danemark	non	oui	oui	oui
Espagne	oui	oui	oui	oui
Finlande	non	oui	non	oui
France	oui	oui	oui	oui
Grande-Bretagne	non	non	non	non <i>(ipso facto)</i>
Grèce	oui	oui	oui	oui
Irlande	non	non	non	non <i>(ipso facto)</i>
Italie	oui	oui	oui	oui
Luxembourg	oui	oui	oui	oui
Pays-Bas	oui	oui	oui	oui
Portugal	oui	oui	oui	non (pas de mutabilité conventionnelle)
Suède	oui	oui	oui	oui

GÉNÉRALITÉS

Tableau 1.B.

	Allemagne	Autriche	Belgique	Danemark	Espagne	Finlande	France	Angleterre (G.-B)
Existence d'un "régime primaire"	oui	oui	oui	non	oui	non	oui	non
Existence d'un régime légal	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui	non
Existence de régimes conventionnels	oui	oui	oui	oui	oui	non	oui	non
Mutabilité du régime matrimonial	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui	non (ipso facto)

	Ecosse (G.-B.)	Grèce	Irlande	Italie	Luxembourg	Pays-Bas	Portugal	Suède
Existence d'un "régime primaire"	non	oui	non	oui	oui	oui	oui	oui
Existence d'un régime légal	non	oui	non	oui	oui	oui	oui	oui
Existence de régimes conventionnels	non	oui	non	oui	oui	oui	oui	oui
Mutabilité du régime matrimonial	non (ipso facto)	oui	non (ipso facto)	oui	oui	oui	non	oui

**RÉGIME PRIMAIRE**

Tableau 2.A.

	Contribution aux charges du mariage	Solidarité pour les dettes du ménage	Protection du logement familial	Libre exercice de la profession	Comptes bancaires et coffres	Représentation entre époux	Protection contre les actes mettant en péril les intérêts de la famille
<b>Allemagne</b>	oui	oui	non	oui	non	oui	oui
<b>Autriche</b>	oui	non	oui	non	non	oui	non
<b>Belgique</b>	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui
<b>Danemark</b>	oui	non	oui	non	non	oui	non
<b>Espagne</b>	oui	oui	oui	non	non	oui	oui
<b>Finlande</b>	oui	oui	oui	oui	oui - droit commun	oui	oui
<b>France</b>	oui	oui	oui	oui		oui	non
<b>Angleterre (G.-B.)</b>	oui	non	oui	non	non	oui	oui
<b>Ecosse (G.-B.)</b>	oui (mais sans principe général)	oui	oui ("the 1981 Act")	oui (droit commun)	oui	oui	Uniquement dans le cadre de la protection du logement familial
<b>Grèce</b>	oui	non	oui (de manière limitée)	oui (principe général)	non	non (sauf mandat mutuel tacite)	non
<b>Irlande</b>	non	non	oui	oui	non (droit commun)	non	Uniquement dans le cadre de la protection du logement familial
<b>Italie</b>	oui	non	non	non	non	non	non
<b>Luxembourg</b>	oui	oui	oui	oui	oui	oui	non
<b>Pays-Bas</b>	oui	oui	oui	non	non	oui	oui
<b>Portugal</b>	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui
<b>Suède</b>	oui	non	oui	non	non	non	oui

**RÉGIME PRIMAIRE**

Tableau 2.B.

	Allemagne	Autriche	Belgique	Danemark	Espagne	Finlande	France	Ecosse (G.-B.)
<b>Contribution aux charges du mariage</b>	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui (mais sans principe général)
<b>Solidarité pour les dettes du ménage</b>	oui	non	oui	non	oui	oui	oui	oui
<b>Protection du logement familial</b>	non	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui ("the 1981 Act")
<b>Libre exercice de la profession</b>	oui	non	oui	non	non	oui	oui	oui (droit commun)
<b>Comptes bancaires et coffres</b>	non	non	oui	non	non	oui (droit commun, pas de règles particulières)	oui	oui
<b>Représentation entre époux</b>	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui	oui
<b>Protection contre les actes mettant en péril les intérêts de la famille</b>	oui	non	oui	non	oui	oui	non	Seulement dans le cadre de la protection du logement familial

	Angleterre (G.-B.)	Grèce	Irlande	Italie	Luxembourg	Pays-Bas	Portugal	Suède
<b>Contribution aux charges du mariage</b>	oui	oui	non	oui	oui	oui	oui	oui
<b>Solidarité pour les dettes du ménage</b>	non	non	non	non	oui	oui	oui	non
<b>Protection du logement familial</b>	oui	oui (de manière limitée)	oui	non	oui	oui	oui	oui
<b>Libre exercice de la profession</b>	non	oui (principe général)	oui	non	oui	non	oui	non
<b>Comptes bancaires et coffres</b>	non	non	non (droit commun)	non	oui	non	oui	non
<b>Représentation entre époux</b>	oui	non (sauf mandat mutuel tacite)	non	non	oui	oui	oui	non
<b>Protection contre les actes mettant en péril les intérêts de la famille</b>	oui	non	Seulement dans le cadre de la protection du logement familial)	non	non	oui	oui	oui

**NATURE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX****Tableau 3.A.**

	Nature du régime légal	Nature des régimes conventionnels prévus par la loi
Allemagne	Séparation de biens avec participation aux acquêts	Communauté réduite aux acquêts Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle Séparation des biens pure et simple
Autriche	Séparation de biens	Communauté des revenus et acquêts Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle Communauté à cause de mort Régime dotal
Belgique	Communauté des revenus et acquêts	Communauté universelle Séparation des biens pure et simple
Danemark	Communauté de biens	Séparation de biens Régime combiné
Espagne	Régime de la société d'acquêts	Séparation des biens pure et simple Séparation des biens avec participation aux acquêts
Finlande	Séparation de biens avec quelques réserves	Principe de la liberté conventionnelle des époux
France	Communauté des revenus et acquêts	Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle Séparation des biens pure et simple Séparation des biens avec participation aux acquêts
Grande-Bretagne	Principe de la séparation absolue des biens	Principe de la liberté conventionnelle des époux
Grèce	Séparation des biens	Communauté des revenus et acquêts Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle
Irlande	Principe de la séparation absolue des biens	Principe de la liberté conventionnelle des époux
Italie	Communauté réduite aux acquêts	Régimes de communautés conventionnelles Séparation de biens pure et simple Régime du fonds patrimonial Régime de l'entreprise familiale
Luxembourg	Communauté des revenus et acquêts	Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle Séparation de biens pure et simple Séparation des biens avec participation aux acquêts
Pays-Bas	Communauté universelle	Communauté des fruits et revenus Communauté des gains et pertes Régime de la participation légale
Portugal	Communauté des revenus et acquêts (sauf exceptions légales)	Communauté universelle (sauf exceptions légales) Séparation des biens pure et simple
Suède	Régime de la propriété matrimoniale	Régime de la communauté des biens Régime de la communauté des revenus Régime de la séparation des biens

## NATURE DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

**Tableau 3.B.**

	Allemagne	Autriche	Belgique	Danemark	Ecosse (G.-B.)	Espagne	Finlande	France
<b>Nature du régime légal</b>	Séparation de biens avec participation aux acquêts	Séparation de biens	Communauté de revenus et acquêts	Communauté de biens	Principe de la séparation absolue des biens	Régime de la société d'acquêts	Séparation de biens (avec quelques réserves)	Communauté des revenus et acquêts
<b>Nature des régimes conventionnels</b>	Communauté réduite aux acquêts Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle Séparation des biens pure et simple	Communauté des revenus et acquêts Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle Communauté à cause de mort Régime dotal	Communauté universelle Séparation des biens pure et simple	Séparation de biens Régime combiné	Principe de la liberté conventionnelle des époux	Séparation des biens pure et simple Séparation des biens avec participation aux acquêts	Principe de la liberté conventionnelle des époux	Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle Séparation des biens pure et simple Séparation des biens avec participation aux acquêts

	Angleterre (G.-B.)	Grèce	Irlande	Italie	Luxembourg	Pays-Bas	Portugal	Suède
<b>Nature du régime légal</b>	Principe de la séparation absolue des biens	Séparation des biens	Principe de la séparation absolue des biens	Communauté réduite aux acquêts	Communauté des revenus et acquêts	Communauté universelle	Communauté des revenus et acquêts (sauf exceptions légales)	Régime de la propriété matrimoniale
<b>Nature des régimes conventionnels</b>	Principe de la liberté conventionnelle des époux	Communauté des revenus et acquêts Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle	Principe de la liberté conventionnelle des époux	Régimes de communautés conventionnelles Séparation des biens pure et simple Régime du fonds patrimonial Régime de l'entreprise familiale	Communauté des meubles et acquêts Communauté universelle Séparation des biens pure et simple Séparation des biens avec participation aux acquêts	Communauté des fruits et revenus Communauté des gains et pertes Régime de la participation légale	Communauté universelle (sauf exceptions légales) Séparation des biens pure et simple	Régime de la communauté des biens Régime de la communauté des revenus Régime de la séparation des biens

**MODIFICATIONS CONVENTIONNELLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX**  
**AU COURS DU MARIAGE**

Tableau 4.A.

	Principe	Etablis- sement d'un acte notarié	Intervention du tribunal	Conditions spécifiques
Allemagne	Mutabilité	oui	non	Règles particulières d'opposabilité aux tiers
Autriche	Mutabilité	oui	non	Règles particulières relatives aux commerçants
Belgique	Mutabilité	oui	oui (sauf exceptions légales)	Absence d'atteinte aux intérêts des époux, de la famille et des créanciers Pas de délai minimal avant toute modification
Danemark	Mutabilité	non	oui	Pas de contradiction avec les donations et les legs faits expressément en propre à l'un des époux
Espagne	Mutabilité	oui	non	Respect des droits acquis des tiers
Finlande	Mutabilité	non	oui	Forme écrite et enregistrement exigés
France	Mutabilité	oui	oui	Respect des intérêts de la famille et absence de fraude à l'égard des tiers Délai minimal de deux ans avant toute modification
Grande-Bretagne	Inconnu			
Grèce	Mutabilité	oui	oui	Règles particulières relatives aux effets dans le temps des changements de régimes
Irlande	Inconnu			
Italie	Mutabilité	oui	non (sauf exceptions légales)	Intervention de toutes les parties à la convention originaire (ou de leurs héritiers)
Luxembourg	Mutabilité	oui	non	Délai minimal de deux ans avant toute modification
Pays-Bas	Mutabilité	oui	oui	Délai minimal d'un an avant toute modification Protection des intérêts des créanciers
Portugal	Immutabilité	oui	oui	Uniquement dans les cas exceptionnels visés par le Code civil portugais
Suède	Mutabilité	non	non	Respect des règles applicables à la conclusion des conventions matrimoniales

**MODIFICATIONS CONVENTIONNELLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX  
AU COURS DU MARIAGE**

Tableau 4.B.

	Allemagne	Autriche	Belgique	Danemark	Ecosse (G.-B.)	Espagne	Finlande	France
<b>Principe</b>	Mutabilité	Mutabilité	Mutabilité	Mutabilité	Inconnu	Mutabilité	Mutabilité	Mutabilité
<b>Etablissement d'un acte notarié</b>	oui	oui	oui	non	/	oui	non	oui
<b>Intervention du tribunal</b>	non	non	oui (sauf exceptions légales)	oui	/	non	oui	oui
<b>Conditions spécifiques</b>	Règles particulières d'opposabilité aux tiers	Règles particulières relatives aux commerçants	Absence d'atteinte aux intérêts des époux, de la famille et des créanciers Pas de délai minimal avant toute modification	Pas de contradiction avec les donations et les legs faits expressément en propre à l'un des époux	/	Respect des droits acquis des tiers	Forme écrite et enregistrement exigés	Respect des intérêts de la famille et absence de fraude à l'égard des tiers Délai minimal de deux ans avant toute modification

	Angleterre (G.-B.)	Grèce	Irlande	Italie	Luxembourg	Pays-Bas	Portugal	Suède
<b>Principe</b>	Inconnu	Mutabilité	Inconnu	Mutabilité	Mutabilité	Mutabilité	Immutabilité	Mutabilité
<b>Etablissement d'un acte notarié</b>	/	oui	/	oui	oui	oui	oui	non
<b>Intervention du tribunal</b>	/	oui	/	non (sauf exceptions légales)	non	oui	oui	non
<b>Conditions spécifiques</b>	/	Règles particulières relatives aux effets dans le temps des changements de régimes	/	Intervention de toutes les parties à la convention originaire (ou de leurs héritiers)	Délai minimal de deux ans avant toute modification	Délai minimal d'un an avant toute modification Protection des intérêts des créanciers	Uniquement dans les cas exceptionnels visés par le Code civil portugais	Respect des règles applicables à la conclusion des conventions matrimoniales

## 2. REGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMPARE

De nombreux enseignements se dégagent de la lecture comparée des rapports sur le droit international privé des États membres de l'Union européenne régissant les régimes matrimoniaux de couples mariés. On les présentera en suivant le plan général que les auteurs de la recherche ont assigné aux différents rapporteurs nationaux : sources, compétence judiciaire, droit applicable et efficacité des décisions judiciaires et des actes publics étrangers. De brèves conclusions suivront.

### 2.1. Les sources et leur évolution historique

#### 2.1.1 *Relative rareté des sources conventionnelles internationales*

Le processus de codification internationale du droit international privé des régimes matrimoniaux semble demeurer relativement lacunaire : l'on ne compte, dans l'espace communautaire européen, que deux conventions internationales multilatérales d'importance, toutes deux conclues sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé : la Convention du 17 juillet 1905 concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage, et la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Encore la première de ces conventions n'est-elle plus en vigueur qu'en Italie et au Portugal; quant à la seconde, elle n'est en vigueur qu'en France, au Grand-Duché de Luxembourg et aux Pays-Bas.

En dehors de ces exemples isolés, aucun État membre de la Communauté européenne n'est lié par une convention internationale multilatérale.

La codification internationale du droit international privé se limite à des conventions bilatérales, conclues dans le domaine du conflit d'autorités et de juridictions. Certaines contiennent à la fois des règles de compétence internationale et des règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions. C'est le cas du traité franco-belge du 8 juillet 1899 et de la convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925<sup>70</sup>. D'autres, plus nombreuses, sont relatives, seulement, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires étrangères. Encore faut-il remarquer que ces conventions – dont une convention d'importance, conclue le 11 octobre 1977 entre les pays nordiques – n'ont pas été élaborées en ayant en vue spécialement la matière des régimes matrimoniaux. Elles ont, plutôt, une vocation générale, complétant le règlement de Bruxelles I dans les matières comme, précisément, celle des régimes matrimoniaux, qui sont exclues du champ d'application de celui-ci. Il va sans dire qu'elles sauvegardent aussi l'application du règlement de Bruxelles II dans son domaine propre. Plusieurs conventions bilatérales excluent la matière des régimes matrimoniaux de leur champ d'application. Tel est le cas, par exemple, des conventions germano-britannique de 1960, germano-néerlandaise de 1962 et germano-autrichienne de 1959.

---

70 Rapport belge, point 2.2.1.1.

On trouvera en annexe le tableau des Conventions bilatérales applicables à la matière des régimes matrimoniaux, avec, à chaque fois, leur millésime (Tableau 1).

### 2.1.2. *Prédominance, parmi les sources nationales, des textes écrits*

Les principales sources du droit international privé des régimes matrimoniaux sont donc nationales. Elles sont, pour la plupart, écrites. Première importante exception : les pays scandinaves. Sauf les dispositions de la Convention de Stockholm, du 6 février 1932, applicables dans les rapports que les pays scandinaves entretiennent entre eux, ces États ne paraissent guère avancés dans la codification écrite du droit international privé<sup>71</sup>. Les Pays-Bas se trouvent dans une situation similaire Il en est presque de même de la France, du Grand-Duché de Luxembourg et de la Belgique, où les sources doctrinales et jurisprudentielles, construites au départ de dispositions éparses du Code civil – dont l’insuffisant article 3, alinéa 3, du Code civil – sont encore prédominantes<sup>72</sup>. Il faut faire exception, aussi, du cas plus classique de l’Angleterre, du Pays de Galles et des autres pays de *Common Law*, où le droit reste pour l’essentiel d’origine jurisprudentielle.

Les sources écrites elles-mêmes appellent deux observations.

Il s’en faut de beaucoup, d’abord, que chaque pays européen soit doté d’une législation *spécifique* de droit international privé. Si l’on trouve, en Espagne, un texte spécifique dans les dispositions préliminaires du Code civil (art. 8 à 16), il doit être complété, sur des points plus périphériques, par des dispositions plus éparses du Code civil ou d’autres législations particulières<sup>73</sup>. En Grèce, le droit international privé paraît contenu dans le Code civil (art. 4 à 33)<sup>74</sup>. Il en va de même au Portugal (art. 14 à 65)<sup>75</sup>, et de même aussi, en Allemagne.

La deuxième observation est que les sources écrites dont il est question ci-dessus ne sont, pour la plupart, pas anciennes. Elles datent pour l’essentiel, si l’on fait abstraction de l’Allemagne, dont la tradition écrite remonte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, d’une époque relativement récente.

Au Portugal, les articles 14 à 65 du Code civil remontent au 25 novembre 1966. S’ils formaient à cette époque une législation exemplaire, il semble qu’ils commencent à dater<sup>76</sup>. En Espagne, ce n’est qu’en 1974 que sont apparues des règles écrites scientifiquement organisées consacrées au droit international privé. Ces règles naquirent d’abord lors de l’introduction, par un décret 1846/1976 du 9 juillet 1974, d’un titre préliminaire au Code civil (art. 8 à 16) contenant des règles de conflit de lois, puis lors de l’adoption, par une loi organique du 2 juillet 1985, de la loi de procédure civile, contenant en ses articles 21 et s. des règles de conflit de juridictions. En Autriche, la loi relative au droit international privé (IPRG) date de 1978. En Italie enfin, les dispositions préliminaires du Code civil, introduites en 1942, ont été remplacées par la loi n° 218 du 31 mai 1995, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre

71 Rapport danois, points 2.1. et 2.1.1.2. En Finlande, l’essentiel du droit international privé est contenu dans la loi n° 379 du 15 décembre 1929 et le décret du 28 décembre 1929, modifiés par la loi n° 413 du 16 avril 1987.

72 Une proposition de loi portant Code belge de droit international privé a été déposée en Belgique sur le bureau du Sénat (rapport belge, point 2.1.1.4.).

73 Rapport espagnol, point 2.1.1.2.

74 Rapport grec, point 2.1.1.2.

75 Rapport portugais, point 2.1.1.2.

76 Rapport portugais, point 2.1.1.2.

suisant. Tout ceci confirme le caractère relativement récent de la tendance à la codification nationale, en chaque pays européen, du droit international privé. Ce mouvement récent, la Belgique et les Pays-Bas le rejoindront prochainement <sup>77</sup>, mais, paradoxalement, il est aujourd'hui arrêté en Suède, dans l'attente du développement probable du droit européen <sup>78</sup>.

### 2.1.3. *Évolution des sources*

Outre la tendance à la codification nationale du droit international privé, la plupart des États de l'espace européen paraissent, à des degrés divers, avoir été affectés par une évolution d'importance, touchant le facteur de rattachement subsidiaire, lorsque les époux ne partagent pas une même nationalité. Jusqu'il y a peu, préférence était en ce cas donnée à la loi personnelle du mari. Il est admis presque unanimement aujourd'hui qu'un autre critère subsidiaire doit être mis en oeuvre, moins axé sur la personnalité d'un seul des deux époux et plus commun à eux. Singulièrement et en schématisant, disons qu'il s'agit de celui de la résidence conjugale. Seuls, certains pays scandinaves paraissent être demeurés étrangers à cette évolution tendant à un rattachement plus égalitaire, ce qui peut étonner. Ces pays sont restés fidèles aux critères classiques, fondés sur la primauté de la loi du mari : tel est le cas du Danemark <sup>79</sup> et de la Finlande <sup>80</sup>.

L'évolution décrite ci-dessus s'est faite insensiblement dans les pays qui, comme ceux de *Common Law*, ne connaissent pas, en droit international privé, de sources écrites d'importance. En Angleterre et au Pays de Galles, à défaut de choix, la loi applicable semble être restée, à l'égard des meubles, celle du domicile du mari à l'époque du mariage. Cette solution découle d'une ancienne règle de la *Common Law* qui attribuait à la femme mariée un *domicile of dependence* : celui, précisément, de son mari. Mais les commentateurs sont conscients que, depuis l'entrée en vigueur de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la solution ainsi préconisée risque bien d'être jugée contraire. Quoiqu'un précédent, déjà ancien, y soit demeuré fidèle <sup>81</sup>, il semble avoir ouvert la voie à une jurisprudence nouvelle, qui retient plutôt, pour les meubles, le critère du *matrimonial domicile*. La solution est plus affirmée en Ecosse et en Irlande <sup>82</sup>. L'évolution fut lente et insensible aussi en Belgique qui, pas plus que les pays de *Common Law*, ne connaît de source écrite d'importance, en dehors du trop vague article 3, alinéa 3, du Code civil. Il revient en ce pays aux juges du fond d'avoir les premiers mis en doute l'opportunité d'un rattachement faisant la part trop belle à un seul des deux époux. De même, aux Pays-Bas, après que la doctrine se soit de longue date mise à la recherche d'un critère qui soit commun aux deux époux, c'est la jurisprudence – un arrêt, particulièrement, du *Hoge Raad* du 10 décembre 1976 (*Chelouche c. van Leer*) – qui a sonné le glas de la "vieille" Convention de La Haye du 17 juillet 1905, qui prônait le rattachement à la loi nationale du mari <sup>83</sup>.

Ailleurs, cette évolution fut plus nette, car résultant d'une modification législative. Toujours, il faut insister sur le rôle prépondérant qu'a joué, à cet égard, la jurisprudence

77 Rapport néerlandais, point 2.1.1.4.

78 Rapport suédois, point 2.1.1.4.

79 Rapport danois, points 2.1., 2.3.1.1. et 2.3.1.2.

80 Art. 14, al. 2, loi n° 379 du 15 décembre 1929, modifiée par la loi n° 413 du 16 avril 1987.

81 Re *Egerton's Will Trusts* [1956] Ch. 593.

82 Rapport anglais, point 2.3.1.2.1. Le *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* (1973) n'est pas étranger à cette évolution (voy. aussi le rapport écossais, points 2.1.2.1.3. et 2.3.1.2.1.).

83 Rapport néerlandais, point 2.1.2.2.

constitutionnelle. Ainsi en Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale, dans un arrêt du 8 avril 1981, a jugé inconstitutionnelles les dispositions anciennes du B.G.B. qui donnaient préférence, dans des couple de nationalité différente, à la loi nationale du mari, et ce, depuis la date de l'entrée en vigueur de la Constitution, le 1<sup>er</sup> avril 1953. Une modification législative a suivi, en 1986. En Espagne, les articles 9.2 et 9.3 des dispositions préliminaires au Code civil, qui dataient de 1974, ont été modifiés par la loi du 15 octobre 1990 destinée à prévenir les discriminations fondées sur le sexe. Dès avant la promulgation de cette loi, il était généralement admis, en ce pays, que les dispositions de la Constitution de 1978, ayant un effet direct, s'opposaient à l'application des anciens facteurs de rattachement, donnant préférence à la loi nationale du mari. En Grèce, la loi 1329/1983 de réforme du droit de la famille, entrée en vigueur le 18 février 1983, s'applique *de facto*, dès le 1<sup>er</sup> janvier 1983, à tous les couples, même déjà mariés à cette date, du fait que, là aussi, les dispositions anciennes étaient jugées contraires aux dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité des époux<sup>84</sup>. En Italie enfin, la Cour constitutionnelle a, dans un arrêt du 5 mai 1987, déclaré inconstitutionnel l'article 18 ancien des dispositions préliminaires du Code civil, qui, en cas de nationalité différente des époux, soumettait leurs relations personnelles à la loi nationale du mari. Depuis lors, la doctrine fut d'avis que l'article 19 aussi, qui soumettait à la même loi les relations patrimoniales des époux, était contraire à la Constitution.

#### 2.1.4. *Application au droit transitoire international des principes généraux régissant le conflit des lois dans le temps.*

La modification dans le temps de la règle de rattachement suscite, naturellement, une difficulté de droit transitoire. En France, au Grand-Duché de Luxembourg et aux Pays-Bas, les dispositions de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 ne s'appliquent qu'aux époux mariés après la date de leur entrée en vigueur, soit le 1<sup>er</sup> septembre 1992, sauf si, s'étant mariés auparavant, ils se sont placés sous l'empire des règles nouvelles en usant, au cours du mariage, de la faculté que leur ouvre l'article 6 de la Convention de soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable<sup>85</sup>. Dans les pays qui, comme la Belgique, ne connaissent pas de sources écrites, la jurisprudence a dû élaborer la solution. Il est admis en Belgique, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 9 septembre 1993, que les principes qui dominent le conflit de lois dans le temps – celui de l'applicabilité immédiate des dispositions législatives nouvelles et de leur non-rétroactivité – s'appliquent pareillement au changement de jurisprudence relatif à la détermination du rattachement subsidiaire en matière de régimes matrimoniaux. Comme la détermination de la loi applicable au régime matrimonial est censée constituer un effet définitivement acquis d'une situation juridique passée, les époux mariés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle règle de conflit demeurent soumis à l'ancienne, et les époux mariés après cette entrée en vigueur sont seuls soumis à la nouvelle (la difficulté, s'agissant d'une solution jurisprudentielle, étant de déterminer le moment précis de l'entrée en vigueur de la nouvelle règle de conflit)<sup>86</sup>.

Le même problème s'est posé dans les pays dits "de droit écrit". Peu de législateurs ont été attentifs aux difficultés de droit transitoire qu'a pu y susciter la modification dans le temps de la règle de rattachement, à savoir, l'abandon de la loi nationale

84 Rapport grec, point 1.1.2.1. et 2.1.2.

85 Rapport français, point 2.3.1.

86 Rapport belge, point 2.3.1.2.2., titre D.

du mari au profit d'un nouveau critère subsidiaire<sup>87</sup>. Le droit suédois s'est révélé à cet égard le plus radical, prévoyant que la norme nouvelle (*Law on certain international issues regarding propertyrelationship and between spouses and cohabitants*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1990, modifiée pour la dernière fois le 1<sup>er</sup> février 2002) s'applique sans réserve, même aux époux mariés avant son entrée en vigueur, à moins que leur régime matrimonial n'ait été dissous avant cette date, auquel cas les règles anciennes s'appliquent à sa dissolution<sup>88</sup>. Le droit allemand s'est montré le plus systématique. Ce droit connaissant en principe l'immutabilité de la loi applicable au régime matrimonial, il est fait une distinction suivant la date du mariage. Les couples mariés avant le 1<sup>er</sup> avril 1953 demeurent régis par les anciennes dispositions; les couples mariés après le 8 avril 1983, par les nouvelles dispositions. Quant aux couples mariés entre ces deux dates, ils sont régis par des dispositions complexes, qui cherchent à prendre en compte la spécificité de leur situation au regard du droit international privé des régimes matrimoniaux. La constitutionnalité de ces dispositions paraît avoir été mise en doute<sup>89</sup>. Aux Pays-Bas, un hiatus existe aussi, dans le temps, entre les couples mariés avant le 23 août 1977 (auxquels les dispositions de la "vieille" Convention de La Haye de 1905 demeurent applicables) et ceux mariés après le 1<sup>er</sup> septembre 1992 (soumis sans réserve aux règles de la "nouvelle" Convention, de 1978). Une disposition spéciale – l'article 13 de la loi du 20 novembre 1991 (*International matrimonial property law act*) dite "de sauvegarde" – valide *a posteriori* le choix de la loi applicable qu'auraient exprimé des époux mariés après le prononcé de l'arrêt *Chelouche c. van Leer*, le 10 décembre 1976, à une époque où le droit néerlandais ne permettait pas encore pareil choix<sup>90</sup>. Les dispositions transitoires de la loi italienne n° 218 sur le droit international privé sont, enfin, plus sommaires. La loi, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1995, ne s'applique pas aux situations définitivement passées à l'époque de son entrée en vigueur. Mais il n'est pas dit ce qui, en matière de régimes matrimoniaux, doit être considéré comme une situation définitivement acquise.

L'influence, enfin, de la jurisprudence – interprète autorisé des dispositions constitutionnelles et conventionnelles internationales relatives à l'égalité et à la non-discrimination des époux – sur les changements législatifs n'est pas à négliger. Elle explique, en particulier, que les principes de droit transitoire propres aux modifications législatives se doublent, parfois, de principes singuliers de rétroactivité. La loi interprétée est censée avoir toujours existé dans son interprétation nouvelle. En Espagne, c'est plutôt le caractère rétroactif largement accordé aux dispositions constitutionnelles – datant de 1978 – qui explique, doctrinalement, l'abandon de la loi nationale du mari à l'endroit même des couples mariés avant la date de leur entrée en vigueur<sup>91</sup>. Au Portugal, c'est plutôt la similitude des solutions et la quasi-absence de jurisprudence antérieure à la réforme de 1966 qui expliquent que les solutions nouvelles soient appliquées, même aux couples mariés sous l'empire des règles anciennes<sup>92</sup>.

On trouvera en annexe un tableau récapitulatif de ces solutions, pays par pays (Tableau 2).

87 Voy. le rapport autrichien, point 2.3.3.2. qui précise que la loi de droit international privé (IPRG) ne contient elle-même aucune disposition transitoire. "Therefore, it is not applicable to facts completed before its entry into force".

88 Rapport suédois, point 2.3.3.2.1.

89 Rapport allemand, point 2.1.2.2.

90 Rapport néerlandais, points 2.1.2.2., 2.1.2.3. et 2.3.1.1.1.

91 Rapport espagnol, point 2.1.2.3.

92 Rapport portugais, point 2.1.2.2.

## 2.2. Compétence internationale

### 2.2.1. Prédominance des sources internes

Si l'on fait abstraction, en matière de dissolution ou de relâchement du lien conjugal, des dispositions du règlement de Bruxelles II, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2001<sup>93</sup>, et des dispositions conventionnelles qui régissent les relations des États nordiques entre eux, l'absence quasi-généralisée de règles internationales explique qu'en chaque pays, la détermination du juge compétent en matière de régimes matrimoniaux soit laissée aux sources internes. Celles-ci sont le plus souvent écrites.

Seuls les pays de *Common Law* font exception, la compétence pouvant y être fondée sur un principe non écrit de *forum (non) conveniens* intégrant des considérations pragmatiques, liées à l'efficacité à l'étranger de la décision qui pourrait être rendue. Un juge anglais refusera, par exemple, de se déclarer compétent sur la base de la section 17 du *Married Woman's Property Act (1882)* si la décision qu'il est appelée à rendre "*would be ineffective in the foreign country and the court has no means of enforcing it against the defendant*". Il en sera surtout ainsi si les biens sont situés à l'étranger, sauf circonstances spéciales<sup>94</sup>. La France, le Grand-Duché de Luxembourg et le Portugal font exception eux aussi, à leur manière. Ces pays connaissent le principe de l'extension au contentieux international des règles de compétence territoriale interne : ils n'ont donc pas besoin de consacrer des règles écrites spécifiques à la question de la compétence internationale<sup>95</sup>. S'y ajoutent en France et au Luxembourg deux règles de compétence internationale exorbitantes, liées à la nationalité du demandeur (art. 14, C. civ.) et à celle du défendeur (art. 15, C. civ.). Les Pays-Bas connaissent eux aussi le principe de l'extension au contentieux international des règles de compétence territoriale interne. Ils viennent de rejoindre le club des pays qui connaissent des règles de compétence internationale distinctes des règles internes (art. 1<sup>er</sup> à 14 nouv., C. proc. civ.)<sup>96</sup>.

À cet égard, dans la plupart des États de l'Union, seules les règles ordinaires de compétence internationale s'appliquent à la matière des régimes matrimoniaux. Certains États y consacrent, cependant, des règles spécifiques.

### 2.2.2. Règles ordinaires

Si l'on se tourne vers les règles ordinaires, une relative cohérence s'observe dans l'ordre judiciaire européen. Partout prévalent les règles ordinaires de compétence internationale, fondées sur le domicile ou la résidence du défendeur : *actor sequitur forum rei* [voir l'art. 12 du code de procédure civile allemand (ZPO); l'art. 635, 1<sup>o</sup> du C. jud. belge; l'art. 22.2 de la loi organique du pouvoir judiciaire espagnol; l'art. 3 du Code de procédure civile grec; l'art. 3, 1<sup>o</sup>, de la loi italienne de droit international privé; la section 6.20(1) des *Civil Procedure Rules (1998)* en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles; l'art. 2 du C. proc. civ. Néerlandais]. En dehors du recours à l'ordre public lorsque le for grec paraît indispensable

93 Ces règles ont influencé directement le législateur néerlandais, puisque l'article 4, nouv., du C. proc. civ. de ce pays, en vigueur depuis le 1er janvier 2002, prévoit l'application par analogie des articles 2, 5 et 6 du règlement de Bruxelles II aux litiges qui échappent à son champ d'application.

94 Rapport anglais, points 2.2.2.2. - 2.2.2.4., sous e).

95 Cette solution remonte en France à l'arrêt Pelassa rendu le 19 octobre 1959 par la Cour de cassation (rapport français, point 2.2.1.1.), et au Grand-Duché de Luxembourg à un autre, plus ancien, rendu par la Cour de Luxembourg le 1er février 1895 (rapport luxembourgeois, points 2.1.4. et 2.2.1.1.). Au Portugal, la règle figure dans l'article 65, 1, a, C. proc. civ. (rapport portugais, point 2.2.1.).

96 Rapport néerlandais, point 2.1.2.1.b

pour sauvegarder les intérêts en présence, c'est même le seul chef de compétence admis en Grèce <sup>97</sup>. Ce chef de compétence coexiste au Portugal avec les règles de compétence territoriale interne qui sont, pour le reste, comme on l'a vu ci-dessus, étendues telles quelles au contentieux international <sup>98</sup>. Ce chef de compétence largement admis en droit comparé correspond substantiellement à la juridiction *in personam* anglo-saxonne. Encore celle-ci peut-elle être simplement occasionnelle, c'est-à-dire fondée sur la simple *temporary presence* du défendeur dans le ressort de la juridiction <sup>99</sup>.

Les chefs de compétence ordinaires peuvent s'étendre à d'autres critères : c'est pour l'essentiel, en matière immobilière, le lieu de situation des biens [art. 23 du code de procédure civile allemand; art. 635,2° du C. jud. belge; section 6.20(10) du *Civil Procedure Rules (1998)*; art. 6 (e) C. proc. civ. Néerlandais]. Cette compétence présente parfois un caractère exclusif. C'est la juridiction *in rem* irlandaise <sup>100</sup>. Cela peut expliquer, en certains États, que les juges nationaux ne s'estiment pas compétents à l'endroit des biens situés à l'étranger (position souvent condamnée par la doctrine) <sup>101</sup> ou que soit admise une prolongation volontaire de juridiction en faveur du for [art. 22.2 de la loi organique du pouvoir judiciaire espagnol; art. 4 de la loi italienne de droit international privé], bien connue aussi des pays de *common law* <sup>102</sup>.

Il est plus exceptionnel que la compétence soit fondée sur le seul domicile ou la seule résidence du demandeur. C'est le cas en Belgique (art. 638, C. jud.), mais la compétence ainsi établie est alors assortie de la possibilité pour le défendeur de décliner la juridiction des tribunaux belges, si ce droit appartient aux Belges dans le pays de cet étranger <sup>103</sup>. Il est plus exceptionnel, aussi, de la voir fondée sur la nationalité des parties. En Belgique, les juges sont compétents sur le fondement de la nationalité belge du défendeur (art. 15, C. civ.) et, en matière de statut personnel, sur celle du demandeur (règle non écrite). Cette règle exorbitante, admise en droit commun, correspond substantiellement, dans les pays anglo-saxons, à une manière de privilège de juridiction fondé sur le *domicile* du demandeur sur le territoire du for <sup>104</sup>. Cette compétence est propre à la matière du statut personnel. Elle rejoint des règles plus spécifiques, connues en Suède, en Allemagne, en Italie ou en Espagne. Elle ne va pas toutefois jusqu'à donner un chef de compétence général aux tribunaux belges à l'endroit de leurs ressortissants, contrairement à ce qui existe en France et au Grand-Duché de Luxembourg, du fait du célèbre article 14 du Code Napoléon <sup>105</sup>.

### 2.2.3. Règles spécifiques

Quelques États de l'Union consacrent des règles spécifiques à la matière des régimes matrimoniaux. Le critère retenu est alors, le plus souvent, celui de la résidence

97 Rapport grec, point 2.2.1.1. Ce chef de compétence exceptionnel, lié à l'ordre public, existe aussi au Grand-Duché de Luxembourg, dont les juridictions sont compétentes "au profit d'étrangers, n'ayant au pays ni domicile, ni résidence, dès lors qu'ils ne disposent d'aucun autre moyen pour la sauvegarde de leurs droits (...), le demandeur ayant dans ce cas le choix du tribunal, pourvu qu'il exerce le choix sans abus" (rapport luxembourgeois, point 2.2.1.1.) et au Portugal, dont les tribunaux sont compétents "quand l'attribution d'efficacité au droit n'est possible qu'au moyen d'une action formée devant un tribunal portugais ou, bien que ce ne soit pas ainsi, quand il ne [paraît pas possible] à l'auteur d'intenter l'action [devant] un tribunal étranger" (rapport portugais, point 2.2.1.).

98 Rapport portugais, point 2.2.1.

99 Rapport irlandais, point 2.4.1.1. sous b).

100 Rapport irlandais, point 2.4.1.1. sous d).

101 Rapport portugais, points 2.2.2.5. in fine et 2.4.2.3.

102 Rapport anglais, points 2.2.2.2. - 2.2.2.4., sous e); rapport irlandais, point 2.4.1.1. sous b).

103 Rapport belge, point 2.2.1.2. in fine.

104 Voy. la sect. 5(2) du Domicile and Matrimonial Proceedings Act (1973), sur laquelle le rapport anglais, points 2.2.2.2. - 2.2.2.4.; rapport écossais, point 2.2.1.1.

105 Rapport français, point 2.2.1.1.

conjugale. Ce critère n'est toutefois pas exclusif car le critère de la nationalité intervient aussi, en certains États, à parité de rang, en grande partie en raison du rattachement de la matière des régimes matrimoniaux à la catégorie des effets personnels du mariage, qui expliquent des faveurs particulières faites au demandeur.

En Autriche, la compétence exclusive appartient, selon les dispositions du Code judiciaire (JN), au juge de la dernière résidence habituelle commune, et, à défaut, au juge de la résidence habituelle du demandeur ou, à défaut, à celui de la résidence habituelle du défendeur. Si aucun juge n'est compétent sur ces bases, la compétence revient aux juridictions de Vienne. En cas de divorce, la compétence revient au juge du divorce <sup>106</sup>. En Suède aussi, le domicile prévaut. Pour que le juge suédois soit compétent, il faut que le défendeur soit domicilié en Suède. Mais le juge suédois est aussi compétent si seul le demandeur est domicilié en Suède, pour sauvegarder l'application impérative de la loi suédoise, dans ses dispositions "primaires", aux biens situés en Suède. En matière personnelle, le demandeur domicilié en Suède peut encore agir devant le for suédois, pour autant qu'il soit de nationalité suédoise ou qu'il soit domicilié en Suède depuis plus d'un an. Le juge suédois est compétent, dans les mêmes matières, si les deux époux sont de nationalité suédoise et si le litige concerne la validité d'un mariage célébré devant une autorité suédoise. Il l'est également si aucune des conditions précédentes n'est réunie, lorsque, sur décision d'une autorité administrative, il apparaît qu'une raison particulière justifie la compétence du juge suédois, parce que le demandeur risquerait de souffrir un déni de justice dans le pays dont il a la nationalité <sup>107</sup>.

Cette ouverture au critère de la nationalité et la mansuétude qui s'observe ainsi à l'égard du demandeur correspond à une tendance lourde. En Espagne, l'article 22.3 de la loi organique du pouvoir judiciaire fonde la compétence des juridictions espagnoles sur la résidence habituelle des époux. Les tribunaux espagnols sont également compétents si les deux époux, quoique résidant à l'étranger, sont de nationalité espagnole et comparaissent volontairement ou, de façon plus étonnante en matière patrimoniale, si le demandeur est de nationalité espagnole et réside habituellement en Espagne (*ibid.*). La compétence exorbitante ainsi reconnue aux juridictions espagnoles s'explique sans doute par le fait que, comme on le verra ci-dessous, cet État confond en une même catégorie de rattachement les effets personnels et patrimoniaux du divorce. En Allemagne aussi, les chefs de compétence des juridictions s'accroissent, si les questions relatives aux biens des époux surgissent à l'occasion de la dissolution du régime. Il en est ainsi particulièrement dans le cadre d'un divorce : dans ce cas, il suffit, pour que le for allemand soit compétent, que l'un des époux ait eu la nationalité allemande au moment du mariage, ou que l'un ou l'autre ait sa résidence habituelle en Allemagne (art. 606 a ZPO) <sup>108</sup>. Au Danemark, le droit de demander la séparation ou le divorce appartient aussi bien aux personnes domiciliées au Danemark depuis plus de deux ans qu'aux citoyens danois qui sont privés de le faire dans le pays de leur domicile <sup>109</sup>. Ce retour en force, pour ainsi dire, du critère de la nationalité apparaît encore en Grèce. Bien qu'en règle générale, le nouveau Code de procédure civile de ce pays ait supprimé toute référence au critère de la nationalité pour ne retenir que celui de la résidence habituelle du défendeur <sup>110</sup>, le critère de la nationalité a été rétabli spécialement, en matière de relations entre époux et de relations entre parents et enfants. Il suffit, pour que le juge grec

---

106 Rapport autrichien, point 2.2.2.1.

107 Rapport suédois, point 2.2.2.

108 En Allemagne, un chef de compétence exceptionnel apparaît aussi, en matière de protection du logement familial, si ce dernier est situé en Allemagne (art. 11 Hausrats VO).

109 Rapport danois, points 2.1.2. et 2.2.

110 Rapport grec, point 2.2.1.1.

soit compétent, que l'un ou l'autre des époux soit de nationalité grecque, ou qu'il ait eu cette nationalité au jour de la célébration du mariage. Les tribunaux grecs sont également compétents si la loi nationale commune des époux l'admet ou si le droit grec est seul à reconnaître la validité du mariage, dans l'hypothèse d'un mariage boiteux <sup>111</sup>. Enfin, en Italie, le caractère exorbitant de la compétence, en matière de mariage, paraît fondé sur la résidence du demandeur en Italie, plutôt que sur sa nationalité <sup>112</sup>.

En matière non contentieuse – et particulièrement s'il y a lieu d'homologuer un contrat de mariage ou un acte modificatif du régime matrimonial (ainsi, en Allemagne, si la modification projetée consiste en l'abandon du régime légal ou du régime de communauté contre la volonté de l'autre époux) –, le facteur de rattachement utilisé est, le plus souvent, celui de la résidence habituelle de l'un au moins des époux <sup>113</sup>. Aux Pays-Bas, les procédures “non-contentieuses” – celles qui sont introduites par “requête” (*verzoekschrift*) – appartiennent de même au juge néerlandais si l'une des parties intéressées, par exemple, le demandeur, a son domicile ou sa résidence habituelle aux Pays-Bas ou si le litige présente un lien de connexité suffisant avec l'ordre juridique néerlandais <sup>114</sup>.

On trouvera en annexe un tableau récapitulatif de ces solutions, pays par pays (Tableau 3).

### 2.3. Loi applicable

L'étude de la loi applicable au régime matrimonial peut procéder en trois points. Le premier aborde quelques difficultés générales de rattachement; le second, la loi applicable au régime matrimonial; le troisième, la loi applicable à ses mutations.

#### 2.3.1. Difficultés générales de rattachement

##### 2.3.1.1. Notion de régime matrimonial

L'on sait toute la difficulté qui existe à délimiter avec précision la catégorie “régime matrimonial” dans les pays de *common law*. Cette notion même y paraissant ignorée, c'est plutôt la catégorie “contrat de mariage” (*marriage contract*) qui semble relevante. Les règles de conflit de lois identifient clairement la loi applicable au fond (*proper law*) et à la forme (*lex loci contractus*) des contrats de mariage dont les époux auraient souhaité faire précéder ou suivre leur union. En Angleterre et au Pays de Galles, la sécurité juridique que peut représenter pour des époux le fait d'avoir conclu un contrat de mariage est, assez paradoxalement, relative. Il a été jugé, dans un cas où deux ressortissants allemands mariés en Allemagne avaient fait précéder leur mariage d'un contrat, qu'après leur déplacement en Angleterre, ce contrat “*must be of very limited significance*” devant les juridictions de Sa Majesté <sup>115</sup>. En dehors de cela, la catégorie “régimes matrimoniaux” n'est pas connue. Les juges semblent condamnés à rechercher, pour chaque question particulière, la loi qui s'y

111 Rapport grec, points 2.2.1.2. et 2.2.2.

112 Combinaison des articles 3, 2<sup>e</sup> et 4 de la loi n° 898 du 1er décembre 1970.

113 Rapport allemand, points 2.2.2.2. et 2.2.2.3.

114 Rapport néerlandais, point 2.2.1.1.

115 Rapport anglais, point 2.3.1.1. Le respect des arrangements pré-nuptiaux semble plus certain en Ecosse, même en cas de divorce - où, traditionnellement, la loi appartient pour des raisons d'équité au juge (rapport écossais, point 2.1.2.2.3.).

applique en utilisant, notamment, les critères bien connus du domicile ou de la résidence. Il faut y prendre garde, cependant. Sans doute à raison d'une tradition d'ouverture plus importante, l'Angleterre et le Pays de Galles paraissent davantage attentifs que l'Irlande ou l'Écosse à isoler dans les relations internationales une catégorie et donc, une loi spécifique aux relations patrimoniales des époux ou, plus exactement encore, au *matrimonial estate*. Quoique inconnue du droit interne, cette notion semble y avoir quelque relevance dans les relations internationales, c'est-à-dire dès l'instant que l'on a affaire à des couples ayant leur domicile à l'étranger, sauf s'ils sont de nationalité britannique ou qu'il s'agit d'immeubles situés en Angleterre. Dans ces cas, et sauf volonté contraire, la loi anglaise retrouve son empire, conduisant pratiquement au dépeçage du patrimoine des époux<sup>116</sup>. En résumé, en Irlande et en Écosse, aucun développement ne peut être consacré par principe à la matière des régimes matrimoniaux en tant que telle. Les notions de "loi applicable au régime matrimonial" et, par voie de conséquence les questions de conflit mobile et de mutabilité affectant cette loi sont purement et simplement ignorées<sup>117</sup>. L'Angleterre et le Pays de Galles pourraient peut-être se classer dans un groupe différent, où se trouvent tous les pays continentaux et où la notion de "régime matrimonial" a une pertinence, en tant que telle, dans les relations internationales.

Car la situation des pays de droit écrit est bien différente de celle des pays de *Common Law* : nulle part, la notion de "loi applicable au régime matrimonial" n'y semble faire de véritable difficulté. Elle existe, en tant que telle. Son domaine paraît même assez bien délimité. Partout, la loi applicable au régime matrimonial régit les rapports patrimoniaux que les époux nouent entre eux et à l'égard des tiers<sup>118</sup>, à l'exception de leur nom, de leur capacité, de leurs obligations alimentaires et de la forme de leur contrat de mariage éventuel<sup>119</sup>. La seule véritable interrogation semble concerner la détermination de la loi applicable à la donation et, parfois, aux autres contrats entre époux. Il s'agit cependant d'une difficulté trop périphérique pour qu'elle soit abordée plus en détail dans le présent rapport de synthèse<sup>120</sup>. Il en va de même, en cas de dissolution, de la question de la délimitation des domaines respectifs de la loi du régime matrimonial et de la loi du divorce ou de la loi successorale, notamment à l'endroit des gains de survie reconnus au conjoint survivant. Ceux-ci peuvent faire apparaître une situation de lacune, lorsque ni la loi matrimoniale ni la loi successorale ne protègent le conjoint. Ils peuvent aussi susciter un état de cumul, lorsque ces lois le protègent l'une et l'autre. La seule solution paraît, en ce cas, dans une manière d'adaptation des lois en présence, qui préserve la justice substantielle du cas d'espèce<sup>121</sup>.

### 2.3.1.2. Unité ou différenciation des effets personnels et patrimoniaux du mariage.

116 Comp. le rapport anglais, points 2.3.1.2.1. et 2.3.1.2.2., et les rapport écossais, point 2.1.1.3.2. et irlandais, point 2.1.4.1.

117 Rapport écossais, point 2.1.1.3.2.; rapport irlandais, points 2.3.1.2. et 2.3.3.

118 "En définitive", écrit justement le rapporteur français, la loi applicable au régime matrimonial régit "l'ensemble des règles d'établissement, d'organisation et de fonctionnement du régime matrimonial, y compris celles touchant la dissolution et la liquidation du régime" (rapport français, point 2.3.2.1.1.).

119 Rapport allemand, point 2.3.2.1.2.; rapport anglais, point 2.3.1.1.1., sous le titre *capacity*; rapport autrichien, même point; rapport espagnol, même point; rapport belge, même point; rapport grec, même point et point 2.3.2.1.3. (qui précise cependant que la question de savoir si les obligations alimentaires tombent sous le coup de la loi applicable au régime matrimonial); rapport luxembourgeois, point 2.3.2.1.2.; rapport portugais, points 2.3.1.1.1. et 2.3.2.1.2. Voy. de même le rapport anglais, point 2.3.2.1.2.

120 V. notamment le rapport portugais, point 2.3.2.1.3., et le rapport écossais, même point.

121 Cette solution est préconisée partout, sur le continent (rapport néerlandais, point 2.3.2.2.2.; rapport allemand, points 2.3.2.2.1. et 2.3.2.2.2. respectivement; rapport autrichien, mêmes points; rapport portugais, mêmes points; rapport luxembourgeois, mêmes points; rapport français, mêmes points - ces deux derniers rapports signalant, sur la question des droits successoraux du conjoint survivant, que la Convention de La Haye les a exclus de son champ d'application (art. 1.2)). En Grèce, une loi spéciale, de droit international privé matériel, admet la validité d'arrangements pré- ou post-nuptiaux intervenus à l'étranger entre un Grec et un ressortissant étranger, domiciliés l'un et l'autre à l'étranger, par lequel l'époux (-se) de nationalité étrangère renonce à tous ses droits de succession sur les biens de son (sa) conjoint(e) de nationalité grecque (rapport grec, point 2.3.2.2.2. in fine). La question est présente aussi en Angleterre, en Écosse et au Pays de Galles, où elle reçoit cependant une solution plus dogmatique (rapport anglais, points 2.3.1.2.2. et 2.3.3.1., et rapport écossais, points 2.1.3.1., 2.3.1.1.2. et 2.3.2.2.2.).

Plus importante, sans doute, est la question de savoir si les États consacrent un régime unitaire aux effets personnels et patrimoniaux du mariage, ou si ils y consacrent un régime distinct.

L'Espagne demeure fidèle à une conception unitaire, englobant en une même loi les relations personnelles et patrimoniales des époux (art. 9.2, C. civ.). Il en va de même, d'une certaine manière, de la Grèce, le régime matrimonial étant, en ce pays, soumis à la loi qui gouverne les relations personnelles des époux (art. 15, C. civ. grec)<sup>122</sup>. C'est aussi le cas en Allemagne, l'article 15 EGBGB soumettant les effets patrimoniaux du mariage à la loi désignée par l'article 14 pour en régir les effets personnels, et au Portugal, l'article 53 du Code civil soumettant de même les effets patrimoniaux du mariage à la loi désignée par l'article 52 pour en régir les effets personnels. L'idée est, ici, dans la recherche de la volonté implicite des époux, que ceux-ci n'ont pas voulu soumettre les effets patrimoniaux de leur mariage à une loi différente de celle qui s'applique aux effets personnels<sup>123</sup>. En ces deux derniers États, les effets différents donnés au conflit mobile peuvent conduire, après quelques années de vie commune, à une différenciation des deux lois. Alors que, pour les effets personnels du mariage, l'attention se porte vers la concrétisation actuelle du facteur de rattachement, la modification ultérieure du facteur de rattachement reste sans incidence sur la détermination de la loi applicable aux effets patrimoniaux, qui semble définitivement fixée au jour de la célébration du mariage, quelles que soient les variations ultérieures du facteur de rattachement<sup>124</sup>.

L'Italie se situe à mi-chemin des pays qui soumettent les effets personnels et patrimoniaux du mariage à une loi unique et de ceux qui les différencient. L'article 30 de la loi n° 218 soumet en règle les effets patrimoniaux du mariage à la loi qui, aux termes de l'article 29, régit leurs effets personnels. Mais les catégories n'en semblent pas moins distinctes dès l'instant qu'une place est faite pour les effets patrimoniaux du mariage à l'autonomie de la volonté, qui n'existe pas pour les effets personnels (art. 30.1). Une différenciation s'observe aussi en Autriche – État pourtant fidèle à l'unité du rattachement des effets personnels et patrimoniaux du mariage – dans les mêmes termes qu'en Italie. Si, en règle, tous les effets du mariage obéissent à la même loi (art.18, 1. IPRG), il est loisible aux époux de soumettre les effets patrimoniaux à la loi de leur choix (art. 19 IPRG), alors que, pour les effets personnels, pareille possibilité est exclue.

Les autres États de l'Union soumettent à des lois différentes les effets personnels et les effets patrimoniaux du mariage. La Belgique, la France, la Suède et le Portugal font, à cet égard, la distinction entre un "régime matrimonial primaire" ou, au Portugal, "régime matrimonial de base" (intégrant un corps de dispositions impératives régissant les effets fondamentaux du mariage, applicables donc à tous les époux, quels que soient les arrangements qu'ils ont pu prendre par ailleurs pour régler leurs relations patrimoniales) et un "régime matrimonial secondaire", supplétif et abandonné à la volonté des époux. Le premier semble en Belgique et au Portugal appartenir à la loi des effets personnels du mariage alors qu'il est traité en France comme une loi de police d'application territoriale. Le second obéit à une loi propre : celle des effets patrimoniaux<sup>125</sup>.

122 L'option en faveur d'un rattachement unitaire remonte à la réforme du droit de la famille, intervenue en 1983. Voy. l'exposé très argumenté du rapport grec, point 2.3.3.1.

123 Rapport allemand, point 2.3.1.2.1. V. aussi le rapport portugais, point 2.3.1.2.1.

124 Rapport allemand, point 2.3.1.2.1.; rapport portugais, points 2.1.4.1.1., 2.3.1.1.1. in fine, 2.3.1.2.1. et 2.3.3.1.1.

125 Rapport belge, points 2.3.1.1.3. et 2.3.2.1.2., titre C.; rapport français, point 2.3.2.1.3. Le droit international privé portugais semble osciller entre l'application immédiate du régime de base comme loi de police d'application territoriale, ou l'éviction de la loi normalement compétente au titre de l'ordre public que matérialiseraient ses

On trouvera en annexe un tableau récapitulatif sur cette question, pays par pays (Tableau 4).

### 2.3.1.3. Dépeçage

Les États de l'Union paraissent bien divisés sur le point de savoir si l'ensemble des relations patrimoniales des époux doivent être soumises à une loi unique (leur patrimoine formant, en quelque manière, une universalité de droit, soumise à travers les frontières à un seul et même régime) ou si elles peuvent appartenir à des lois différentes.

L'absence de catégorie de rattachement spécifiquement consacrée aux relations patrimoniales des époux et le principe de la liberté contractuelle expliquent qu'aucune raison ne paraît pouvoir s'opposer, dans les pays anglo-saxons, au dépeçage de la loi applicable aux relations patrimoniales des époux. Il importe peu que celle-ci résulte d'un accord de volonté<sup>126</sup>, ou qu'elle découle des règles applicables à défaut de choix, qui paraissent différentes à l'endroit des meubles et des immeubles. Mais en Angleterre et au Pays de Galles, la solution n'est pas certaine, les commentateurs paraissant favoriser la loi du *matrimonial domicile* tant à l'endroit des meubles que des immeubles, et ce, afin d'éviter que le patrimoine des époux ne se trouve "*judicially fragmentend*"<sup>127</sup>. D'une certaine manière, la Convention de La Haye du 14 septembre 1978 y a emboîté le pas, tout au moins lorsque la loi applicable résulte d'un accord de volonté des époux. L'article 3 énonce que la loi compétente s'applique à l'ensemble des biens des époux, mais il ajoute aussitôt qu'en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, les époux peuvent désigner la loi du lieu où ces immeubles sont situés et qu'ils peuvent pareillement prévoir que les immeubles acquis par la suite seront soumis à la loi du pays de leur situation<sup>128</sup>. L'Allemagne aussi semble s'être en 1986 alignée sur pareille solution : en permettant aux époux de soumettre chaque immeuble à la loi du pays sur le territoire duquel l'immeuble est situé, l'article 15 II EGBGG peut aboutir *de facto* à la division du patrimoine immobilier des époux en autant de masses qu'il y a de pays sur le territoire desquels ce patrimoine est situé. De façon plus remarquable encore, l'Autriche semble admettre un dépeçage sans limite, lorsque la loi applicable résulte de l'accord de volonté des parties : il est loisible aux époux de soumettre différents aspects de leurs relations à des lois différentes, ou de limiter les effets de l'option de législation qu'ils expriment à certaines parties de leur patrimoine<sup>129</sup>.

Par contre, la plupart des pays continentaux demeurent hostiles au dépeçage de la loi applicable au régime matrimonial. Ils ne peuvent l'admettre qu'au titre du renvoi, lorsque, à titre d'exemple, la loi compétente renvoie la compétence législative à celle du pays du lieu de situation de l'immeuble, et que cette loi admet sa compétence en vue de favoriser

---

dispositions - mais c'est sans préjudice, toutefois, à son rattachement généralisé à la catégorie des effets personnels du mariage (rapport portugais, points 2.3.1.1.2., 2.3.2.1.2. et 2.3.3.1.1. et, en ce qui concerne la protection du logement principal de la famille, 2.3.1.2.2. in fine).

126 Rapport anglais, point 2.3.1.1.3. in fine; rapport écossais, point 2.3.1.1.3.

127 Rapport anglais, point 2.3.1.2.1., sous ii). Le dépeçage est plus certain en Écosse (rapport écossais, points 2.1.1.3.2., 2.1.2.2.2., 2.3.1.1.1., 2.3.1.2.1. et 2.3.2.1.2. initio, et, semble-t-il aussi, en Irlande - du fait de l'absence de catégorie de rattachement spécifique.

128 Rapport français, point 2.3.1.1.3.; rapport luxembourgeois, même point; rapport néerlandais, même point.

129 Rapport autrichien, point 2.3.1.2.2.

l'harmonie internationale des solutions <sup>130</sup>. Pour le reste, le régime matrimonial forme un tout, soumis à la même loi en quelques pays que soient situés les biens (ou les obligations) qui le composent. Tel est notamment le cas en Belgique et en Italie de même qu'en France (pour les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992, date de l'entrée en vigueur, dans ce pays, de la Convention de La Haye du 14 mars 1978) <sup>131</sup>.

On trouvera en annexe un tableau récapitulatif sur cette question, pays par pays (Tableau 5).

#### 2.3.1.4. Théorie du renvoi.

Quelle est l'attitude des différents pays de l'Union à l'égard de la théorie du renvoi ? L'Espagne et le Portugal occupent à cet égard la position la plus originale. L'Espagne n'admet le renvoi qu'au premier degré (art. 12.2, C. civ.) et encore, en ce cas seulement, de façon facultative, c'est-à-dire exclusivement pour des raisons liées à la justice substantielle du cas d'espèce <sup>132</sup>; au Portugal, la réglementation du renvoi, inspirée par le souci d'harmonie internationale des solutions, paraît particulièrement complexe <sup>133</sup>.

On trouvera en annexe un tableau récapitulatif sur cette question, pays par pays (Tableau 6).

### 2.3.2. *Loi applicable au régime matrimonial*

Toute la problématique de la loi applicable au régime matrimonial paraît articulée autour d'une question centrale : les époux ont-ils ou non le pouvoir de choisir la loi applicable à leurs relations patrimoniales ? Dans tous les pays qui l'admettent, ce n'est que si les époux n'ont pas fait ce choix que se pose la question de la loi applicable, en ordre dérivé, donc. Cela justifie la division de l'exposé en deux points, consacrés le premier à l'autonomie de la volonté et le second à la loi applicable à défaut de choix. Une troisième partie suivra, consacrée à l'ordre public et aux clauses d'exception.

#### 2.3.2.1. Autonomie de la volonté

##### 2.3.2.1.1. *Place accordée à l'autonomie de la volonté.*

Les époux n'ont pas toujours la possibilité de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. En Grèce, le rattachement de cette matière à la catégorie des effets personnels du mariage explique qu'il n'appartient pas aux époux de choisir la loi applicable à

leurs relations matrimoniales. Ils ne peuvent pas même le faire à titre dérivé, c'est-à-dire dans la mesure permise par la loi qui leur est appliquée en vertu de la règle de conflit, puisque le droit international privé grec ignore le renvoi <sup>134</sup>. Cette attitude rigoriste isole la Grèce, parmi

130 Rapport portugais, point 2.3.1.2.2., sous le titre "Théorie du renvoi".

131 Rapport français, point 2.3.1.1.3., qui précise que le choix des époux doit être "indivisible".

132 Rapport espagnol, points 2.1.3.2 et 2.3.1.2.2.3.

133 Rapport portugais, point 2.1.3.2.

134 Rapport grec, points 2.1.3.2., 2.3.1.1.1. et 2.3.1.1.3.

les États de l'Union : seule la France, la Belgique, le Portugal et la Suède vont aussi loin, mais de façon partielle : là, c'est l'application impérative des dispositions d'un régime matrimonial primaire qui prive les époux de choix, mais uniquement dans la mesure où ce régime s'applique<sup>135</sup>. Ailleurs, les règles en vigueur accordent une large place à l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire à la possibilité, pour les époux, de choisir la loi applicable à leurs relations patrimoniales.

Les systèmes se divisent cependant, en deux catégories : en certains États, dont les représentants les plus éminents sont les pays de *common law*, la place laissée à l'autonomie de la volonté dépend de savoir si les époux ont ou non conclu un contrat de mariage; en d'autres, le choix des époux peut s'exprimer en dehors même de la conclusion d'un contrat de mariage ou, si l'on préfère, même s'ils n'ont pas fait précéder (ni suivre) leur union d'un contrat de mariage.

### 2.3.2.1.2. Pays "de contrat de mariage".

En certains États, la place laissée à l'autonomie de la volonté dépend de savoir si les époux ont ou non conclu un contrat de mariage : le choix de la loi applicable passe ainsi nécessairement, moins pour des raisons formelles que pour des raisons de fond, par la conclusion d'un contrat de mariage. Tel est le cas dans les pays de *common law* : sous les réserves dites ci-dessus, à propos de l'efficacité relative d'un contrat de mariage devant le for anglais, il est toujours permis aux époux, au moins lorsqu'ils se trouvent dans une situation d'extranéité<sup>136</sup>, de faire précéder (et, semble-t-il, suivre) leur union d'un contrat de mariage. Ils peuvent alors choisir la loi qui lui est applicable, à défaut de quoi le contrat est régi par sa *proper law*, qui est *grosso modo*, et par une sorte de présomption de volonté tacite, la loi du domicile des époux (*matrimonial domicile*)<sup>137</sup>.

Dans d'autres pays que l'on pourrait qualifier "de contrats de mariage", un choix de la loi applicable est possible, mais il implique toujours, là aussi, la conclusion préalable d'un contrat de mariage. En Belgique, une partie de la doctrine estime que les époux qui ont fait précéder leur union d'un contrat de mariage se sont, de ce fait, placés en dehors du domaine du statut personnel et se sont placés sous le régime de l'autonomie de la volonté : ils peuvent, sans limite, se soumettre à la loi de leur choix. Mais cette opinion ne fait pas l'unanimité<sup>138</sup>. Et le libéralisme de cette solution, à la supposer avérée, semble bien isolé en droit comparé : le plus souvent, l'autonomie des époux n'est pas illimitée. Soit, comme au Danemark, l'autonomie des époux n'est que dérivée : elle n'existe que dans la mesure permise par la loi applicable à défaut de choix : en l'occurrence, la loi nationale du mari<sup>139</sup>. Soit, et le plus souvent, les époux n'ont le choix qu'entre un nombre restreint de lois, limitativement énumérées par la loi. En Espagne par exemple, l'autonomie de la volonté des époux qui ont conclu un contrat de mariage – largement admise par la doctrine, quoique non expressément prévue par la loi – est limitée : le choix des époux quant à la loi applicable ne peut se porter que sur l'une des lois qui gouvernerait leurs relations patrimoniales à défaut de choix - soit, on le verra plus loin, la loi qui gouverne les effets du mariage, ou la loi de la

135 Supra, note 59. Adde rapport suédois, points 2.1.3.3. et 2.3.2.2.1.

136 Des ressortissants britanniques ne peuvent en effet, en concluant un contrat de mariage, échapper à la loi qui leur serait appliquée à défaut de choix (rapport anglais, point 2.3.1.1.).

137 La solution est certaine en Écosse (rapport écossais, points 2.3.1.1.1. et 2.3.2.1.1.) et en Irlande (rapport irlandais, point 2.3.2.1.). Elle est plus nuancée en Angleterre et au Pays de Galles (rapport anglais, points 2.3.1.1.1. et 2.3.1.2.1.).

138 Rapport belge, point 2.3.1.1.1.

139 Rapport danois, point 2.3.1.1.

nationalité ou de la résidence de l'un des époux au moins à l'époque de la conclusion du contrat de mariage (art. 9.3, C. civ.)<sup>140</sup>. Dans le même pays, des règles subsidiaires permettent de déterminer le droit applicable aux époux qui n'ont pas fait précéder ni suivre leur union d'un contrat de mariage. La place faite à l'autonomie de la volonté se réduit alors singulièrement. Elle n'est pas pour autant totalement inexistante. La loi applicable est la loi des effets du mariage, telle que prévue à l'article 9.2, C. civ. : il s'agit de la loi de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage et, à défaut d'une nationalité commune à cette époque, de la loi nationale ou de la loi de la résidence de l'un ou l'autre époux, *selon ce que les époux auront choisi*, par un document authentique, avant la célébration de leur mariage. La place ici laissée à la liberté de choix des époux, quoique restreinte, est remarquable<sup>141</sup>.

Au Portugal enfin, la place laissée à l'autonomie de la volonté implique aussi la conclusion d'un contrat de mariage. Mais l'autonomie de la volonté que le système portugais sauvegarde est plus limitée encore qu'en Espagne : elle n'existe, par une sorte de règle de droit international privé matériel, que si la loi applicable à défaut de choix est une loi étrangère et que l'un au moins des époux a sa résidence habituelle au Portugal : le choix des époux (matériel) peut alors se porter sur l'un des trois régimes qu'admet le droit portugais, encore que ce choix se trouve matériellement exclu par la loi appliquée à défaut de choix<sup>142</sup>.

### 2.3.2.1.3 *Pays ne suspendant pas le choix des époux à la conclusion d'un contrat de mariage*

La situation est bien différente, dans les pays qui ont ratifié la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux : cette Convention repose, fondamentalement, sur le principe de l'autonomie de la volonté, soumettant la loi applicable au régime matrimonial au choix des époux, sans exiger que ce choix s'exprime nécessairement par un contrat de mariage (même si, comme le soulignent les rapporteurs français et néerlandais, il en ira pratiquement toujours ainsi dans les faits<sup>143</sup>). Alors que dans les anciens droits français et luxembourgeois, applicables encore aujourd'hui aux couples mariés avant la date d'entrée en vigueur de la Convention – soit le 1<sup>er</sup> septembre 1992 – le choix offert aux époux était illimité<sup>144</sup>, la Convention de La Haye restreint le nombre de lois en faveur desquelles les époux peuvent opter : il s'agit, pour l'essentiel, de la loi de la résidence ou de la nationalité de l'un d'eux au moins. Le droit suédois est en tous points comparable, si l'on excepte l'application impérative de la loi suédoise, en ses dispositions "primaires", aux biens situés en Suède<sup>145</sup>.

Pas plus en Allemagne et en Autriche que dans les pays qui ont ratifié la Convention de La Haye les époux n'ont besoin, pour profiter de l'autonomie de la volonté, d'avoir conclu un contrat de mariage. Il suffit que, par un acte distinct le cas échéant, ils aient manifesté leur option de législation. En Autriche, les époux qui ont fait précéder leur union d'un contrat de mariage et ceux qui ne l'ont pas fait sont ainsi soumis aux mêmes règles<sup>146</sup> :

140 Cette limitation de l'autonomie de la volonté est critiquée, dès l'instant qu'une clause générale du droit international privé espagnol condamne déjà, par ailleurs, la fraude aux dispositions impératives du droit espagnol (art. 12.4, C. civ.) : cela devrait suffire (Rapport espagnol, point 2.3.1.1.2).

141 Les conditions très restrictives posées à cette manifestation de volonté, autant que l'exclusion des époux de nationalité commune, sont très critiquées (Rapport espagnol, point 2.3.1.2.1).

142 Rapport portugais, point 2.3.1.1.3., qui signale que le nombre de situations boiteuses peut s'en trouver malheureusement augmenté.

143 Rapport français, point 2.3.1. in fine; rapport néerlandais, point 2.3.1.1.

144 Rapport français, point 2.3.1.1.3.; rapport luxembourgeois, points 2.1. et 2.3.1.1.1.

145 Rapport suédois, points 2.1.3.3., 2.1.4.1. et 2.3.1.1.

146 Rapport autrichien, point 2.3.1.1.3.

ils sont régis par la loi de leur choix (par. 19 IPRG) - cette autonomie de la volonté paraissant (comme en Belgique) tout à fait illimitée. L'autonomie de la volonté introduite par la réforme législative allemande de 1986 est même à double détente : le choix des époux peut concerner l'ensemble des effets du mariage (personnels et patrimoniaux) ou se limiter à ses effets patrimoniaux. Le premier cas est exceptionnel : il est limité à la situation des époux pluri-nationaux, autorisés à choisir la loi de leur nationalité commune (art. 14 II EGBGB) ou à celle des époux de nationalité étrangère différente dont aucun n'est ressortissant de l'État sur le territoire duquel ils ont l'un et l'autre leur résidence habituelle, autorisés à choisir la loi nationale de l'un d'eux (art. 14 III EGBGB). Dans le cas, plus fréquent, où les époux choisissent, seulement, la loi applicable aux effets patrimoniaux de leur union, ils ne peuvent choisir que la loi de la nationalité de l'un d'eux, celle de l'État sur le territoire duquel l'un d'eux, au moins, réside habituellement, ou, pour les immeubles, et comme on l'a vu ci-dessus, la loi de l'État sur le territoire duquel les immeubles sont situés (art. 15 II EGBGB).

En Italie, enfin, la place laissée à l'autonomie de la volonté ne dépend pas de savoir si les époux ont conclu un contrat de mariage. Le choix des époux peut, sans doute, s'exprimer par ce biais et il en sera le plus souvent ainsi. Mais il suffit d'un accord écrit. La liberté des époux n'est pas illimitée : le choix, qui doit s'exprimer par écrit, ne peut se porter que sur la loi de la nationalité ou de la résidence de l'un d'eux (comme dans le système de la Convention de La Haye), pour autant, encore, que, soit, la loi choisie, soit la loi de l'État sur le territoire duquel l'accord est stipulé, admette cette désignation.

#### 2.3.2.1.4. *Loi applicable à la forme*

Le choix de la loi applicable ne nécessite pas toujours, on l'a vu ci-dessus, la conclusion d'un contrat de mariage. Quelles sont, alors, les formes à respecter ? En Allemagne, l'article 15 III EGBGB précise que ce choix doit être exprimé en la forme authentique (devant notaire) ou, s'il a été fait à l'étranger, dans les formes prescrites par la loi locale ou la loi choisie par les époux, alternativement. Ailleurs, il semble que les formes du contrat de mariage doivent être suivies. En Autriche, il semble que le contrat des époux portant choix de la loi applicable puisse suivre simplement les formes de la loi locale ou celles de la *lex causae*, selon une solution aménagée par la Convention de Rome du 19 juin 1980,

bien connue en matière d'obligations contractuelles<sup>147</sup>. En Italie enfin, il suffit que le choix soit fait par écrit, sans autres exigences. Dans les États qui par contre, telles la Belgique ou l'Espagne, admettent la possibilité, pour les époux qui ont conclu un contrat de mariage, de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, la question des formes en lesquelles ce choix doit être coulé n'est pas toujours résolue clairement. Mais, pour les raisons vues ci-dessus, il semble que ce choix doit être contenu nécessairement dans un contrat de mariage.

En ce qui concerne ce contrat lui-même, le principe de la *favor negotii* prévaut partout. Il permet de "sauver", autant que faire se peut, la validité formelle de l'instrument, en multipliant les critères de rattachement de la forme des actes juridiques. Dans les pays de *common law*, le contrat est valable en la forme s'il répond aux prescriptions de la loi du pays où il a été fait (*lex loci contractus*) ou de la loi qui s'applique à sa substance (*proper law*)<sup>148</sup>. Il en va de même en Allemagne : l'article 11 de la loi d'introduction au BGB (EGBGB) soumet la forme des contrats, alternativement, à la *lex loci actus* ou à la loi applicable au fond. L'article 11.1 du C. civ. espagnol est plus libéral encore, qui soumet la forme,

147 Rapport autrichien, point 2.3.1.2.2.

148 Rapport anglais, point 2.3.1.1.1. in fine; rapport écossais, même point; rapport irlandais, points 2.3.2.1., 2.3.2.1.1. et 2.3.2.1.3.

alternativement, à la loi du lieu de passation de l'acte, à la loi qui en régit le fond, et à la loi nationale des parties. Les actes et contrats relatifs aux immeubles sont également valables, s'ils ont été faits suivant la loi du lieu de situation de l'immeuble <sup>149</sup>. Et au Portugal, le contrat de mariage est valable s'il répond aux prescriptions de la loi applicable au fond, de la loi du pays où il a été fait, voire même de la loi désignée par les règles de conflit de lois de ce pays : cette hypothèse exceptionnelle de renvoi est inspirée par le principe de la *favor negotii* <sup>150</sup>. De même, encore, de l'article 12 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, qui soumet la forme du contrat de mariage à la loi interne applicable au régime matrimonial ou à celle de l'État sur le territoire duquel le contrat a été passé. Cette disposition fait écho, en la resserrant quelque peu, à une tradition bien admise en France, toujours applicables aux époux mariés avant l'entrée en vigueur de la Convention, qui juge les contrats valables s'ils ont été faits conformément aux prescriptions de la loi locale, mais aussi à celles de la loi nationale commune des contractants ou à celle qu'ils ont retenue pour en régir le fond <sup>151</sup> - solution pareillement retenue en Grèce <sup>152</sup>.

Ce libéralisme apparent est cependant, parfois, de façade. En Autriche, le paragraphe 8 IPRG dispose que la forme des actes juridiques est soumise à la loi applicable au fond, tout en précisant qu'il suffit de rencontrer les prescriptions de la loi du pays où l'acte a été passé. Mais la doctrine précise que les contrats de mariage doivent toujours être reçus en la forme authentique <sup>153</sup>. L'article 11.2 du Code civil espagnol rend de même la forme authentique obligatoire, quel que soit le lieu de passation de l'acte, "si la loi régissant le contenu de l'acte requiert pareille forme". La même règle semble prévaloir, enfin, au Portugal, l'article 36 du Code civil précisant que si la loi régissant la substance de l'acte exige l'observation d'une forme déterminée, le contrat ne sera tenu pour valable que coulé en cette forme, encore qu'il ait été passé à l'étranger <sup>154</sup>.

### 2.3.2.2. Loi applicable à défaut de choix

Il y a des cas, mais ils sont assez rares, où la nationalité ne joue aucun rôle dans la détermination de la loi applicable à défaut de choix, aux relations matrimoniales des époux : c'est, on ne s'en étonnera guère, celui des pays de *common law*, mais c'est aussi, de façon plus inattendue peut-être, celui de la France et du Grand-Duché de Luxembourg. L'on passera ces pays en revue, avant de s'attacher à la situation de ceux qui confèrent toujours à la nationalité un rôle prévalent dans la détermination de la loi applicable à défaut de choix.

#### 2.3.2.2.1. Pays en lesquels le facteur "nationalité" est absent

Dans les pays de *Common Law*, on l'a vu, les relations patrimoniales des époux paraissent abandonnées à leur accord de volonté : si celui-ci n'a pas été exprimé, le juge se mettra à la recherche d'une manière de volonté tacite et retiendra alors, le plus souvent, un critère subsidiaire censé représenter le choix implicitement exprimé par les époux. Il semble admis de longue date, en Irlande, que le critère à retenir pour l'interprétation d'un contrat de mariage est celui du *matrimonial domicile*, tel qu'il est fixé à la date de la célébration du

149 Rapport espagnol, point 2.3.2.1.2.3.

150 Rapport portugais, point 2.3.1.1.1.

151 Rapport français, points 2.3.1.1.1. et 2.3.2.1.2. in fine.

152 Rapport grec, point 2.3.2.1.2.

153 Rapport autrichien, point 2.3.1.1.1.

154 Rapport portugais, point 2.3.1.1.1.

mariage, ou immédiatement après celle-ci <sup>155</sup>. La situation est plus nuancée en Angleterre et au Pays-de-Galles : depuis l'abandon, expliqué ci-dessus, du critère du domicile marital, les meubles paraissent soumis à la loi du *matrimonial domicile* tandis que, pour les immeubles, l'on discute sur la compétence respective de cette dernière loi et de la *lex rei sitae* <sup>156</sup>. Pareille discussion n'a pas cours en Écosse, qui admet de façon plus certaine le dépeçage de la loi applicable : a loi du premier domicile conjugal règle les meubles; la loi du *situs*, les immeubles <sup>157</sup>. À défaut de domicile conjugal, la loi du *situs* l'emporte, chaque bien étant abandonné à la loi du pays de sa situation <sup>158</sup>.

En France et au Grand-Duché de Luxembourg, le rattachement du régime matrimonial à la catégorie des contrats <sup>159</sup> explique, de même, pour les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992 (auxquels la Convention de La Haye du 14 mars 1978 est inapplicable), que la jurisprudence se mette à la recherche de la volonté tacite des époux n'ayant pas choisi expressément la loi applicable à leurs relations patrimoniales. L'incertitude qui peut en résulter, théoriquement, est alors telle que l'un et l'autre États admettent les époux au bénéfice d'une action déclaratoire, en dehors de tout litige, pour entendre déterminer la loi applicable à leur régime matrimonial <sup>160</sup>. Cela n'est bien souvent pas indispensable, cependant : les tribunaux retiennent, fréquemment, la compétence de la loi du premier domicile matrimonial. Il s'agit d'une simple présomption, mais très solidement implantée en jurisprudence <sup>161</sup>.

En utilisant de la sorte une méthode de localisation subjective fondée sur la volonté présumée des époux, la France et le Grand-Duché de Luxembourg paraissent isolés. Dans les autres États de l'Union, à défaut de choix initial des époux, plus aucune place n'est faite à l'autonomie de la volonté. Les critères de rattachement subsidiaires – ceux qui s'appliquent à défaut de choix – sont objectifs. Ils s'imposent purement et simplement aux époux (exception faite seulement, comme on le verra ci-dessous, de l'Espagne et du Portugal) mais dans une mesure limitée seulement. La Suède est à cet égard le seul État à n'accorder presque aucune place à la nationalité commune des parties : en ce pays, la loi applicable à défaut de choix est, de façon impérative, celle du premier domicile conjugal. Toutefois, comme on le verra ci-dessous, cette loi peut être remplacée, dans le cours du mariage, par loi du nouveau domicile conjugal, si ce nouveau domicile dure plus de deux ans ou, sans condition de durée, si les deux époux s'établissent dans un autre pays nordique ou dans celui de leur nationalité commune <sup>162</sup>.

#### 2.3.2.2.2. *Pays accordant un rôle prévalent à la nationalité*

Une assez belle unanimité s'observe pour le reste au sein de l'espace européen. Depuis que les États de l'Union ont, à l'exception du Danemark <sup>163</sup>, rejeté le rattachement à la loi nationale du mari, les critères de rattachement subsidiaires retenus se ressemblent tous. Ils sont au nombre de deux : ce sont la nationalité et la résidence. Seule la Suède, on vient de le voir, a presque totalement répudié le premier. Ces critères sont même nettement hiérarchisés

155 Rapport irlandais, point 2.3.2.1.

156 Rapport anglais, point 2.3.1.2.1.

157 Rapport écossais, points 2.1.1.3.2. et 2.1.4.1.2.

158 Rapport écossais, point 2.3.3.1.2.

159 Rapport français, point 2.1.3.1.

160 Rapport français, point 2.2.2.1.; rapport luxembourgeois, même point - qui signale cependant qu'aucune action de ce type n'a jamais été introduite devant les tribunaux luxembourgeois !

161 Rapport français, point 2.3.1.2.1.; rapport luxembourgeois, points 2.1.2.1. et 2.3.1.2.1.

162 Rapport suédois, points 2.3.1.2. et 2.3.3.1.1.

163 Rapport danois, points 2.3.1.1. et 2.3.1.2.

entre eux, selon un principe inspiré de l'échelle de Kegel. La plupart des pays donnent préférence à la nationalité commune et, à défaut de nationalité commune seulement, à la première résidence conjugale. C'est le cas en Allemagne (art. 14 I n° 1 et 2, EGBGB), en Belgique (Cass., 10 avril 1980 et 25 mai 1992), aux Pays-Bas, pour les couples mariés avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1978 (H.R., 10 déc. 1976, *Chelouche c. van Leer*), et en Grèce (art. 14, C. civ.), ce dernier État parlant plutôt de "dernière résidence conjugale". La situation ne paraît guère éloignée en Italie, cet État soumettant le régime matrimonial à la loi de la nationalité commune des époux, le critère subsidiaire retenu, en l'absence de nationalité commune, étant celui "du lieu où la vie matrimoniale est localisée principalement", ce qui n'est pas loi de faire penser à la résidence habituelle *actuelle* des époux (art. 30, loi n° 218). De légères variations apparaissent aussi en Autriche, mais toujours sur le même thème. Dans ce pays, la loi applicable aux effets du mariage est celle de la nationalité commune des époux et, à défaut de nationalité commune, celle de l'*ancienne nationalité commune*, aussi longtemps que l'un au moins des époux a conservé cette nationalité. Ce n'est qu'à défaut de nationalité commune, même ancienne, que l'on se tournera vers la loi de l'État de la première résidence habituelle commune. Il est de même prévu qu'à défaut de résidence habituelle commune, il sera donné préférence à la loi de l'État de l'*ancienne résidence habituelle commune*, aussi longtemps que l'un au moins des époux a conservé cette résidence (art. 18(1) IPRG) <sup>164</sup>.

Au Portugal – pays en lequel le régime des biens entre époux semble fondé sur l'autonomie de la volonté, comme en France et au Grand-Duché de Luxembourg –, cette autonomie n'est que de façade : la loi applicable est nettement délimitée : elle est celle de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage et, subsidiairement, quand les époux n'ont pas la même nationalité, la loi de leur résidence habituelle commune au jour du mariage et, à défaut, celle de leur première résidence conjugale <sup>165</sup>. La situation de l'Espagne, enfin, est un peu plus complexe, car la loi y introduit, comme on l'a déjà vu, une option de législation pour les couples de nationalité différente. La loi applicable à défaut de contrat de mariage est la loi des effets du mariage, telle que prévue à l'article 9.2, C. civ. : il s'agit de la loi de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage et, à défaut d'une nationalité commune à cette époque, de la loi nationale ou de la loi de la résidence de l'un ou l'autre époux, *selon ce que les époux auront choisi*, par un document authentique, avant la célébration de leur mariage. La place ici laissée à la liberté de choix des époux, quoique restreinte, est remarquable <sup>166</sup>. C'est en l'absence de pareil choix seulement que la loi applicable est désignée impérativement : il s'agit de la loi de la première résidence conjugale et, à défaut de pareille résidence, de la loi du pays de célébration du mariage (*lex loci celebrationis*) <sup>167</sup>.

Le binôme nationalité commune – première résidence conjugale est inversé, dans le système de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 – comme il l'est dans la proposition de loi belge portant Code de droit international privé <sup>168</sup>. La compétence revient, en principe et en première ligne, à la loi de la première résidence habituelle des époux.

164 Rapport autrichien, combinaison des points 2.3.1.2.1. et 2.3.1.2.2.

165 Rapport portugais, point 2.3.1.1.1.

166 Les conditions très restrictives posées à cette manifestation de volonté, autant que l'exclusion des époux de nationalité commune, sont très critiquées (Rapport espagnol, point 2.3.1.2.1).

167 La manière de pétrification de la loi applicable qui s'en suit – alors que les époux peuvent, entre-temps, avoir changé de lieu de vie –, a été critiquée (rapport espagnol, point 2.1.3.2.1.). L'on y reviendra ci-dessous, à propos de la mutabilité de la loi applicable au régime matrimonial.

168 Rapport belge, point 2.1.2.2.

À défaut, c'est la loi de la nationalité commune des conjoints qui s'applique et, à défaut encore, celle du pays avec lequel le régime présente les liens les plus étroits. L'on revient, toutefois, à la loi de la nationalité commune dans deux hypothèses qui s'apparentent au renvoi. Si l'État de la nationalité commune a fait une déclaration en faveur de sa loi interne (art. 5) ou s'il est un État tiers dont les règles de conflit donnent compétence à la loi nationale commune <sup>169</sup>.

Enfin, l'absence de nationalité *et* de résidence habituelle commune sépare davantage les ordres législatifs : préférence peut être donnée, en cette double absence, à la loi du pays de célébration du mariage (*lex loci celebrationis*). C'est le cas en Espagne <sup>170</sup>, ou à la loi du pays avec lequel les époux ont le lien le plus étroit : c'est le cas en Allemagne, en Grèce et, avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1978, aux Pays-Bas, sans que l'on puisse y voir un choix implicite ou tacite des époux, puisque toute trace d'autonomie de la volonté a disparu à ce stade. C'est aussi la solution que retient l'article 4 (3) de la Convention de La Haye de 1978 <sup>171</sup>. En Belgique et au Portugal, la question ne semble pas avoir été aperçue. Elle ne l'a pas été non plus en Suède, où le critère de la nationalité commune semble faire ici un retour en force <sup>172</sup>, tandis qu'elle ne devait pas l'être en Italie, du fait de l'utilisation du critère du lieu de vie principal des époux.

### 2.3.2.3. Ordre public et clauses d'exception

En dehors du cas, original, des pays de *common law* en lesquels les attentes que les particuliers ont pu fonder dans la conclusion d'un contrat de mariage peuvent se trouver frustrées par le surgissement intempestif de la loi locale <sup>173</sup>, la problématique de l'ordre public ne semble pas très présente dans la matière des régimes matrimoniaux : aucun rapport national ne cite de cas dans lesquels une législation étrangère fut écartée, pour des raisons tenant à l'ordre public. Il existe aux Pays-Bas un mécanisme de "compensation" original qui permet de prévenir tout recours intempestif à l'ordre public. Ce mécanisme, façonné en règle de droit international privé matériel et assez semblable, *mutatis mutandis*, au "droit de prélèvement" connu en d'autres législations en matière de successions internationales, permet au conjoint qui aurait été désavantagé sur des biens situés à l'étranger du fait de l'application d'une législation étrangère de droit international privé, conduisant par exemple à l'application de la loi locale, d'en être indemnisé, le jour de la dissolution du régime (art. 6, *International matrimonial property law act*). Il semble qu'il ne s'agisse, au reste, que de l'application d'un principe général admis en droit international privé néerlandais <sup>174</sup>.

169 Rapport français, points 2.1.3.2. et 2.3.1.2.1.; rapport luxembourgeois, point 2.3.1.2.1.; rapport néerlandais, même point – qui précise que les Pays-Bas ont fait la déclaration prévue par l'article 5, mais avec une réserve : la loi de la résidence des époux sera appliquée, même s'ils partagent une nationalité néerlandaise commune, s'ils se sont établis depuis au moins cinq ans dans cet État – à moins que l'État de la nationalité commune soit un État tiers soumettant le régime matrimonial des époux à la loi de leur nationalité commune, auquel cas la loi de cette nationalité commune sera appliquée.

170 Rapport espagnol, point 2.3.1.2.1. in fine.

171 Rapport allemand, point 2.3.1.2.1. in fine; rapport néerlandais, même point ; rapport grec, même point.

172 Rapport suédois, point 2.3.1.2., qui précise qu'à défaut de domicile commun et, puisque le juge doit se mettre à la recherche du pays avec lequel les époux présentent le lien le plus étroit, "citizenship can be of importance and a common citizenship determine the choice of jurisdiction".

173 Supra, n° 3.1.

174 Rapport néerlandais, point 2.1.3.5.

### 2.3.3. Loi applicable aux changements de régime matrimonial

#### 2.3.3.1. Conflit mobile

Les États de l'Union offrent ici encore l'image d'une large disparité, allant de la pétrification de la loi applicable au régime matrimonial, en laquelle le conflit mobile ne joue aucun rôle, à l'admission de sa modification sans limite, au gré des variations dans le temps du facteur de rattachement.

##### 2.3.3.1.1. *Pétrification*

Les premiers États sont majoritaires. Une tendance se dessine cependant nettement, dans les instruments récents : la Convention de La Haye du 14 mars 1978, la loi

italienne n° 218 du 31 mai 1995, en faveur de l'admission, dans une certaine mesure, de la variabilité de la loi applicable au régime matrimonial.

Dans la plupart des États de l'Union, la modification dans le temps des facteurs de rattachement (nationalité ou résidence) reste sans incidence sur la détermination du droit applicable aux effets patrimoniaux du mariage. Ceux-ci sont, par une manière de pétrification, définitivement fixés au jour de la célébration du mariage (ou, s'agissant de la résidence conjugale, dans les premiers temps de celui-ci). Cette solution, retenue en Belgique par la jurisprudence (Cass., 25 mai 1992)<sup>175</sup>, et en Autriche par la loi (par. 7 IPRG), est connue aussi en Allemagne<sup>176</sup> et au Danemark<sup>177</sup>. La raison invoquée est, à chaque fois, celle de la sécurité juridique, les époux et les tiers devant pouvoir se fonder, tout au long du mariage, sur une loi unique. La même solution s'applique, pour des raisons différentes, liées à l'autonomie de la volonté, au Portugal<sup>178</sup> et, surtout, en France, à l'endroit des couples auxquels la Convention de La Haye du 14 mars 1978 n'est pas applicable. La loi applicable à défaut de volonté expresse étant censée résulter de l'accord tacite des époux, il est inconcevable de soumettre celui-ci à la variation de facteurs qu'ils n'ont pas eus en vue<sup>179</sup>. C'est, d'une certaine manière, la solution qui prévaut aussi aux Pays-Bas, pour les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> septembre 1992<sup>180</sup>. La manière de pétrification qui s'observe ainsi sépare radicalement les effets patrimoniaux du mariage de ses effets personnels : la loi applicable aux premiers est indifférente aux modifications dans le temps des facteurs de rattachement; la loi applicable aux seconds suit, par contre, ces évolutions. Les solutions grecque et espagnole sont, de ce point de vue, plus radicales : ces deux États connaissant le principe de l'unité des effets du mariage (personnels et patrimoniaux), c'est l'ensemble de ces effets qui se trouvent pétrifiés au jour de la célébration du mariage, l'article 9.2 du Code civil espagnol prévoyant en particulier que les facteurs de rattachement pertinents doivent être appréciés au jour de la célébration du mariage, ou, s'agissant de la première résidence conjugale, immédiatement

175 Le rapport belge fait état d'une jurisprudence discordante, qui rejette le rattachement quand il désigne un État avec lequel les époux ont perdu tout contact. Cette jurisprudence, cependant, "ne laisse pas toujours apparaître son véritable objectif. S'agit-il de proposer une solution originale au conflit mobile ou de remettre en cause, plus fondamentalement, le rattachement de la matière au statut personnel ?" (Point 2.3.3.1. in fine).

176 Rapport allemand, points 2.3.1.2.1., 2.3.3.1.1. et 2.3.3.4.1.

177 Rapport danois, point 2.3.1.2.

178 Rapport portugais, points 2.1.4.1.1., 2.3.1.1.1. in fine, 2.3.1.2.1. et 2.3.3.1.1.

179 "Dans le système français traditionnel", écrit le rapporteur français, "il n'y a aucun risque de conflit mobile". Et de fait, les époux ont exprimé ou sont censés avoir exprimé pour de bon leur choix quant au droit applicable à leurs relations patrimoniales (rapport français, point 2.3.3.1.1.).

180 Rapport néerlandais, point 2.3.3.2.

après celui-ci. Les systèmes grecs et espagnol de conflit de lois ont, de ce point de vue, opté pour une immutabilité généralisée <sup>181</sup>.

La situation est plus incertaine en Angleterre, en Ecosse et au Pays de Galles : les juges y paraissent sensibles à la modification dans le temps du domicile conjugal, sauf si, par exception, la compétence de la loi du premier domicile résultait de l'accord de volonté, exprès ou tacite des époux : en ce cas, comme au Portugal et en France, cet accord de volonté sort ses effets tout au long du mariage, sans égard aux modifications ultérieures de la situation et, notamment, du domicile des époux <sup>182</sup>.

### 2.3.3.1.2. Variabilité

Ailleurs, la loi applicable peut varier, sans condition, mais dans une mesure limitée. Ainsi varie-t-elle en Italie, pour tous les époux qui n'ont pas pris soin de choisir la loi applicable à leurs relations patrimoniales ni de faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Ces époux se trouvent soumis, quand ils n'ont pas de nationalité commune, aux variations dans le temps du "lieu de localisation principale de leur vie matrimoniale". Mais la variabilité admise, presque inconsciemment du reste, est limitée. Elle ne résulte pas d'un choix conscient, étant liée plutôt au choix du critère de rattachement subsidiaire. Et la doctrine cherche à en tempérer les effets, en précisant que la loi du nouveau lieu de vie des époux est impuissante à porter atteinte aux droits qu'ils ont acquis sous l'empire de la loi de leur ancien lieu de vie. La rupture d'avec l'immutabilité est plus nette, dans le système de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, qui organise, en son article 7, une mutation automatique, mais limitée, des rattachements. Tel est le cas pour les époux qui n'ont pas fait choix de la loi applicable à leur régime matrimonial, ni n'ont fait précéder leur union d'un contrat de mariage, dès lors qu'ils fixent leur résidence habituelle dans le pays de leur nationalité commune, lorsque cette résidence habituelle a duré plus de dix ans après le mariage, ou lorsque leur régime relevait de la loi de leur nationalité commune en l'absence de résidence habituelle commune. La compétence, qui revenait à une autre loi, est alors donnée, mais pour l'avenir seulement, à la loi de la nouvelle résidence habituelle des époux (art. 7) <sup>183</sup>. En Suède aussi, les époux qui n'ont pas fait précéder leur union d'un contrat de mariage y sont soumis à la loi de leur nouveau domicile conjugal. Il suffit que leur nouveau domicile dure plus de deux ans, ou qu'ils se déplacent sur le territoire d'un autre pays nordique ou sur celui de l'État de leur nationalité commune <sup>184</sup>.

Enfin, le Grand-Duché de Luxembourg tranche plus nettement : les effets patrimoniaux du mariage y sont soumis, sans limite, aux variations du facteur de rattachement <sup>185</sup>.

### 2.3.3.1.3. Mutabilité

181 Rapport espagnol, point 2.3.3.1.2.; rapport grec, point 2.3.3.1.

182 Rapport anglais, point 2.3.3.1.; rapport écossais, points 2.1.2.2.1., 2.1.2.2.2 et 2.3.3.1.1.. En toute hypothèse, la modification dans le temps du facteur de rattachement ne peut avoir d'effet que pour l'avenir et ne paraît pas pouvoir porter atteinte aux droits acquis sous l'empire de l'ancienne loi (rapport anglais, point 2.3.3.1. in fine, et rapport écossais, points 2.1.1.3. et 2.3.3.1.1.).

183 Rapport français, point 2.3.3.1.1. in fine; rapport néerlandais, point 2.3.1.2.2.

184 Rapport suédois, point 2.3.3.1.1.

185 Rapport luxembourgeois, points 2.1.4., 2.3.1.2.1. et 2.3.3.1.

Quoiqu'il en soit, si l'on fait exception de la Grèce, qui ignore tout principe d'autonomie de la volonté <sup>186</sup>, l'immutabilité posée par la majorité des États est largement tempérée, en beaucoup de ces pays mêmes, à l'endroit des époux qui concluent un contrat de mariage. En Belgique, une frange importante de la jurisprudence, approuvée par la doctrine, tient ainsi que lorsqu'il s'agit d'apprécier si les époux peuvent changer de régime matrimonial dans le cours de leur union, la loi compétente doit être identifiée d'après la concrétisation actuelle du facteur de rattachement, et ce, "en vue de permettre aux époux d'adapter leur régime à leurs conditions de vie actuelles" <sup>187</sup>. De même, au Danemark, il semble permis aux

époux de s'affranchir de la loi qui leur était initialement applicable – la loi nationale du mari – en concluant un contrat de mariage soumis à la loi du pays avec lequel ils présentent désormais des liens plus étroits <sup>188</sup>.

La liberté laissée aux époux qui, dans le cours de leur union, souhaiteraient changer de régime matrimonial, s'accroît encore en Espagne. En effet, l'article 9.3 du même Code donne alors compétence, outre à la loi gouvernant les effets du mariage, à celle de la nationalité ou de la résidence de l'une au moins des parties *à l'époque de la conclusion du contrat*. La différenciation entre les époux qui n'ont pas fait précéder ni suivre leur union d'un contrat de mariage et ceux qui ont conclu pareil contrat réapparaît ici <sup>189</sup>. Au Portugal, l'article 54 du Code civil précise que, lorsqu'il s'agit de savoir si les époux peuvent, par contrat de mariage, modifier leur régime matrimonial, la loi qui doit être consultée est celle qui régit les effets personnels du mariage (art. 52, C. civ.) et non celle qui régit ses effets patrimoniaux (art. 53). Ceci est important, puisque la loi des effets personnels est sensible aux modifications dans le temps du facteur de rattachement (nouvelle résidence, nouvelle nationalité), alors que la loi des effets patrimoniaux est permanente. C'est donc bien, ici aussi, à l'aune de leurs circonstances de vie nouvelles que sera appréciée la liberté des époux de changer de régime matrimonial <sup>190</sup>. En Allemagne également, les époux qui étaient, au moment de la célébration de leur mariage, de nationalité différente, et qui ont, sur cette base, pu choisir la loi applicable à l'ensemble des effets de leur mariage (art. 14 III EGBGB), suivent la modification dans le temps du facteur de rattachement : ils sont soumis à la loi de leur nationalité commune, dès le jour de l'acquisition de cette nationalité (art. 14 III 2 EGBGB).

### 2.3.3.2. Mutabilité de la loi applicable au régime matrimonial

Selon une solution classique, la possibilité, pour les époux, de changer de régime matrimonial est soumise, en la plupart des pays, à la loi régissant leur régime matrimonial <sup>191</sup>.

Les époux risquent ainsi de se trouver prisonniers d'une loi ne leur permettant pas de changer de contrat de mariage, particulièrement dans les pays, comme la Grèce, qui ignorent tout principe d'autonomie de la volonté <sup>192</sup>. Dans la plupart des pays de l'Union, pareille loi n'est pas jugée contraire à l'ordre public. Il n'est guère qu'en France que certains

186 Voy. à cet égard l'exposé très nuancé et argumenté du rapport grec, point 2.3.3.1. in fine.

187 Rapport belge, point 2.3.3.3.2.

188 Rapport danois, point 2.3.1.2.

189 Rapport espagnol, point 2.3.3.1.2.

190 Rapport portugais, point 2.3.3.3.1.

191 Rapport belge, points 2.3.3.3.2. et 2.3.3.4.; rapport français, point 2.3.3.3.1.; rapport luxembourgeois, même point; rapport portugais, même point; rapport néerlandais, point 2.3.1.1.3.

192 Rapport grec, points 2.3.3.1. et 2.3.3.3.1.

juges, estimant que le principe de mutabilité du régime matrimonial était d'ordre public, ont admis que les personnes possédant la nationalité française ou domiciliées en France pouvaient l'invoquer contre la loi normalement compétente et y substituer, alors, la loi française <sup>193</sup>.

L'autonomie de la volonté permet, dans certains États, d'échapper à la pétrification de cette loi, les époux étant autorisés, par un contrat de mariage, à changer de loi applicable à leur régime matrimonial. La situation des pays de *common law* est remarquable à cet égard : si les époux ont fait précéder leur union d'un contrat de mariage, la loi applicable à leur contrat gouverne leurs relations patrimoniales, pendant tout le temps de leur mariage <sup>194</sup>. Mais, ces pays étant attentifs, surtout, à l'accord de volonté des époux, il n'est guère de raison de penser qu'ils s'opposent à ce que les époux changent de choix durant le régime, et adoptent une nouvelle loi : il faut que la loi de leur domicile commun à ce moment le permette. Il n'est pas certain que la loi initiale doive encore, quant à elle, être consultée à ce sujet <sup>195</sup>. Ainsi, en Allemagne, les époux qui ont fait précéder leur union d'un contrat de mariage ne sont pas prisonniers de leur premier choix. L'article 15 II EGBGB les autorise à modifier ce choix à tout moment, et de soumettre leur régime matrimonial à une nouvelle loi, pourvu que ce soit celle de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'un d'eux ou, pour les immeubles, celle de l'État sur le territoire duquel ils sont situés <sup>196</sup>. De façon plus remarquable encore, le droit espagnol soumet la mutabilité du régime matrimonial à une règle spécifique, également applicable, à vrai dire, à la validité du contrat de mariage conclu avant la célébration du mariage. L'article 9.3 du Code civil permet en effet aux époux de stipuler un contrat dans le cours de leur union, si pareil contrat est autorisé, *soit* par la loi qui gouverne les effets du mariage (art. 9.2), *soit* par la loi de la nationalité ou de la résidence de l'un au moins des époux *au moment de la conclusion de pareil contrat*. Ceci permet (assez singulièrement) aux époux d'échapper à la pétrification, aperçue ci-dessus, de la loi applicable aux effets du mariage. La liberté des époux est identique dans les pays qui ont ratifié la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable au régime matrimonial. Les époux y sont autorisés à changer à tout moment de loi applicable à leurs relations patrimoniales, pour peu qu'ils désignent la loi de l'État dont l'un d'eux possède la nationalité, ou sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation <sup>197</sup>. La marge de manoeuvre ainsi ouverte aux époux est d'autant plus large qu'en ce pays et lorsque, tout au moins, des tiers ne sont pas en cause, leur choix peut avoir effet même pour le passé.

Il en va de même en Autriche. Le rapporteur national écrit : "This opens the opportunity for the spouses to adapt their choice of law to their way of life (e.g., change of domicile) at any time they want" et, semble-t-il cette fois, sans aucune limite <sup>198</sup>.

---

193 Rapport français, point 2.1.3.3.

194 Rapport anglais, point 2.3.3.1.

195 Rapport anglais, point 2.3.3.3.1.; rapport écossais, même point.

196 Rapport allemand, points 2.3.1.1.3. et 2.3.3.3.1.

197 Voir en particulier l'article 6 de la Convention de La Haye; rapport luxembourgeois, point 2.3.3.3.2.

198 Rapport autrichien, point 2.3.1.2.2.

## 2.4. Reconnaissance et exécution des décisions et des actes étrangers

### 2.4.1. Les décisions judiciaires

La matière de la reconnaissance et de l'exécution des décisions et des actes étrangers reste le parent pauvre du droit international privé des régimes matrimoniaux : aucune disposition spécifique ne règle cette matière et il faut se reporter aux textes plus généraux consacrés à la reconnaissance et à l'exécution. En Allemagne, ce sont les dispositions générales du ZPO (par. 328) et du FGG (par. 16 a); en Autriche, celles de l'ordonnance d'exécution (par. 79-85 EO); en Belgique, celles du Code judiciaire (art. 570, auquel on ajoute la jurisprudence qui supprime la révision au fond dans les matières qui relèvent de l'État et de la capacité des personnes : Cass., 29 mars 1973); en Espagne, celles du Code de procédure civile de 1881 (art. 951 et s.); en Grèce, celles du Code de procédure civile (art. 323); au Grand-Duché de Luxembourg, celles du Code de procédure civile également, telles que modifiées par la loi du 30 avril 1981; de même au Portugal (art. 1094 à 1100) et aux Pays-Bas (art. 431). En France enfin, comme dans les pays anglo-saxons, aucun texte ne règle la matière. Il faut se reporter à la jurisprudence de la Cour de cassation en France<sup>199</sup>, à celle des cours et tribunaux, dans les pays de *common law*<sup>200</sup>.

La plupart du temps, la reconnaissance a lieu de plein droit : elle ne requiert pas d'*exequatur*, au contraire de l'exécution. Si l'on fait exception du Portugal, où un curieux mécanisme permet de protéger la partie de nationalité portugaise qui aurait pu, en l'absence de droits acquis par son adversaire, invoquer à son profit l'application des lois portugaises<sup>201</sup>, les conditions posées se rejoignent le plus souvent : outre le caractère définitif de la décision, la non contrariété à l'ordre public, et le respect des droits de la défense, elles portent sur le contrôle de la compétence indirecte et celui de la loi appliquée.

Le contrôle de la compétence indirecte est plus ou moins sévère selon les cas. Aux Pays-Bas, il paraît inexistant, pour autant toutefois que la décision étrangère invoquée ne contienne (sur ce point notamment) rien de contraire aux "*internationally accepted standards*"<sup>202</sup>. En Belgique, il est exigé seulement que la juridiction étrangère ne se soit pas déclarée compétente à l'unique raison de la nationalité étrangère du demandeur<sup>203</sup>, et au Portugal, qu'elle n'ait pas empiété sur une des hypothèses de compétence exclusive des juridictions portugaises comme, par exemple, celle qui existe en matière de droits réels immobiliers<sup>204</sup>. En France, il s'agit de vérifier si "le litige se rattach[ait] d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi" (arrêt *Simitch*), réserve faite – ici aussi – des hypothèses de compétence exclusive des tribunaux français<sup>205</sup>. En Allemagne, par contre, l'exigence est plus sévère : la reconnaissance sera déniée en Allemagne si l'autorité étrangère était incompétente au regard des règles allemandes sur le conflit de juridictions<sup>206</sup>. Il en va de

199 Rapport français, point 2.4.1.1.

200 Outre les dispositions du Family Law Act (1986) et, aujourd'hui, du Règlement de Bruxelles II, en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles à l'endroit des décisions étrangères de divorce (rapport anglais, point 2.4.1.1.).

201 Rapport portugais, point 2.4.1.

202 Rapport néerlandais, point 2.4.1.

203 Rapport belge, point 2.4.1.1.

204 Rapport portugais, point 2.4.1.

205 Rapport français, point 2.4.1.1.

206 Rapport allemand, point 2.4.1.2.

même, semble-t-il, au Danemark <sup>207</sup>, en Suède <sup>208</sup> et en Grèce <sup>209</sup>. Ces pays rejoignent ainsi les pays de *common law*, de longue date accoutumés à vérifier la compétence des juridictions étrangères qui ont rendu la décision querellée à la lumière de leurs propres règles de compétence judiciaire, selon les critères bien connus de la *jurisdiction in rem* ou *in personam*

<sup>210</sup>.

Quant au contrôle de la loi appliquée par le juge étranger, qui revient à une sorte de révision au fond, il ne semble connu qu'en France, la plupart des pays ayant aboli cette condition - tout au moins dans les matières de l'état et de la capacité des personnes et, s'agissant de la Grèce, à l'endroit des jugements contradictoires <sup>211</sup>. En France même, la sévérité de cette condition est atténuée par le recours à la théorie dite de "l'équivalence", quand il apparaît que le juge étranger, sans avoir pour autant appliqué la loi désignée par la règle de conflit de lois française, est parvenu à un résultat substantiel comparable <sup>212</sup>. Aux Pays-Bas, l'on retrouve l'exigence que la décision étrangère invoquée ne contienne rien de contraire aux "internationally accepted standarts", le juge requis gagnant ainsi un pouvoir presque discrétionnaire de reconnaître ou non la décision invoquée devant lui <sup>213</sup>.

#### 2.4.2. *Les actes publics*

La seule question véritable que paraissent poser, à travers tout l'espace européen, les actes publics reçus en pays étranger – en dehors de la question classique de leur force exécutoire, résolue selon des principes si connus qu'il n'y a pas lieu d'y revenir, dans le présent rapport de synthèse – est la suivante : ces actes doivent-ils être tenus pour des décisions, soumises aux règles de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires étrangères, ou constituent-ils simplement des actes de volonté privés, dont la validité doit être jaugée à la lumière des règles de conflit de lois ? Il ne semble pas y avoir unanimité à cet égard : certains États sont "restrictifs", soumettant la validité de l'acte étranger aux règles de conflit de lois; d'autres sont progressifs, traitant l'acte étranger comme une décision et le soumettant donc à la méthode de la reconnaissance d'efficacité (où le contrôle se réduit le plus souvent à la vérification du respect de l'ordre public et de l'absence de fraude). L'Allemagne, l'Autriche et le Portugal appartiennent à la première catégorie : les actes publics étrangers, singulièrement les contrats de mariage, passés même devant notaire, ne paraissent pas regardés comme des décisions judiciaires, et leur validité internationale dépend des règles relatives au conflit de lois, dépendant, cependant, de l'étendue de la fonction exercée par l'autorité publique étrangère devant laquelle les parties ont exprimé leur volonté <sup>214</sup>. La position ainsi défendue n'est guère favorable à la circulation internationale des conventions matrimoniales. Cela fait dire au rapporteur suédois que "[m]arriage contracts are not in principle recognised" dans ce pays <sup>215</sup>. La solution semble identique, dans les pays de *common law*, vraisemblablement, parce que ces pays, ignorant l'authenticité, ne connaissent pas la

207 Rapport danois, point 2.1.2.

208 Rapport suédois, point 2.4.1.2., qui précise que des règles spécifiques existent dans les relations avec les autres pays nordiques.

209 Rapport grec, point 2.4.1.1.

210 Rapport anglais, point 2.4.1.1.; rapport écossais, point 2.4.2.3.; rapport irlandais, point 2.4.1.1., sous a).

211 Le contrôle semble maintenu, à l'endroit des jugements rendus par défaut (rapport grec, point 2.4.1.1.).

212 Rapport français, point 2.4.1.1.

213 Rapport néerlandais, point 2.4.1.

214 Rapport allemand, points 2.4.2.1. et 2.4.2.2.; rapport autrichien, point 2.4.2.1., qui précise que "The Austrian judge has to examine whether reciprocity is given and whether the foreign authority according to Austrian principles of jurisdiction was allowed to make the decision (abstract jurisdiction)..."; rapport portugais, points 2.4.2.1. et 2.4.2.2.

215 Rapport suédois, points 2.4.2.1. et 2.4.2.5.

notion d'actes publics" et considèrent les actes notariés étrangers comme de simples actes privés <sup>216</sup>.

Il en va différemment en France – et, semble-t-il aussi, au Grand-Duché de Luxembourg –, où l'on juge qu'en matière de conventions matrimoniales, l'autorité publique joue un rôle moteur suffisant pour que son acte puisse être considéré comme une décision <sup>217</sup>. En Belgique, une opinion doctrinale tient de même que les contrats de mariage et, même, les actes modificatifs de régime matrimonial intervenus à l'étranger échappent au contrôle de la loi appliquée, leur validité étant subordonnée seulement au respect des formes prescrites par la loi locale et à l'absence de fraude <sup>218</sup>. Il en va de même, semble-t-il, en Grèce, les actes étrangers étant reconnus dans ce pays s'ils sont valables d'après la loi du pays où ils ont été faits et ne contiennent rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs <sup>219</sup>. Cette seconde attitude, plus libérale, rapproche le sort des contrats de mariage et actes modificatifs de régime matrimonial de celui des actes authentiques intervenus à l'étranger en matière de rupture du lien conjugal qui, dans le règlement de Bruxelles II, bénéficient du régime de reconnaissance accordé aux décisions judiciaires étrangères.

## 2.5. Conclusions

Les enseignements suivant se dégagent de l'analyse comparée qui précède :

1. Le droit international privé des régimes matrimoniaux a largement échappé, à ce jour, au mouvement de codification internationale. Les sources demeurent pour l'essentiel nationales, expliquant que chaque système reste relativement singulier, et rendant les comparaisons relativement délicates.
2. La matière des conflits d'autorités et de juridictions reste le parent pauvre du droit international privé des régimes matrimoniaux. Il en est ainsi, tant pour la détermination de la compétence internationale que pour l'efficacité des actes publics et des décisions judiciaires étrangères.

La raison s'en trouve très certainement dans le caractère largement non-contentieux de cette branche du droit, en dehors de l'hypothèse des liquidations et partages après divorce, pour lesquels s'appliquent les règles spécifiques qui régissent la dissolution du mariage. Les différents législateurs paraissent beaucoup plus préoccupés à élaborer des règles spécifiques à l'endroit des relations personnelles entre époux, le plus souvent pour conférer un for de préférence à leurs ressortissants nationaux ou aux personnes domiciliées ou résidant sur leur territoire.

3. Si l'on fait exception de la France et du Grand-Duché de Luxembourg qui, depuis fort longtemps rattachent les relations patrimoniales des époux à la catégorie des contrats, à l'instar des pays de *common law*, les États de l'Union se sont tous mis à la recherche d'un rattachement objectif de la loi applicable au régime matrimonial.

---

216 Voy. le rapport écossais, point 2.4.2.2.

217 Rapport français, points 2.4.1.1. et 2.4.2.1., et, pour les modifications conventionnelles de régime matrimonial survenues à l'étranger, 2.4.2.2.; rapport luxembourgeois, points 2.4.2.1. et 2.4.2.2.

218 Rapport belge, points 2.4.2.1. et 2.4.2.2.

219 Rapport grec, point 2.4.1.2.

La plupart du temps, l'autonomie de la volonté n'est pas absente de ce rattachement objectif, la loi désignée par les règles de conflit ne trouvant à s'appliquer qu'en l'absence de volonté contraire des époux. Une double tendance s'observe à cet égard :

- a) La première est dans un certain encadrement de l'autonomie de la volonté. Les époux ne peuvent choisir librement qu'un certain nombre de lois préétablies avec lesquelles ils présentent un lien objectif, fondé sur la nationalité et/ou la résidence de l'un d'eux au moins.
- b) La deuxième est dans une certaine souplesse introduite dans les rattachements applicables à défaut de choix, un souci de proximité s'observant partout. Il s'agit de rapprocher la loi applicable du lieu de vie des époux, notamment par l'inversion du binôme traditionnel nationalité-résidence et par le remplacement du premier critère par le second, ainsi que par une certaine ouverture au conflit mobile, en particulier lorsque les époux expriment le souhait conscient de changer de régime matrimonial et/ou de la loi applicable à leur régime matrimonial.

4. Il faut insister à cet égard – au regard notamment de la jurisprudence particulière des pays de *common law* à l'endroit des contrats de mariage conclus à l'étranger<sup>220</sup> – sur les opportunités nouvelles que pourrait créer une définition homogène, repensée, de la catégorie des “régimes matrimoniaux” dans tout l'espace européen, qui soit opérationnelle tant pour l'utilisation des règles de compétence judiciaire et de reconnaissance et d'exécution que pour celle des règles de conflit de lois.

Une définition commune de cette catégorie, au départ de laquelle pourraient être structurées des règles de conflit convergentes – sur la base des tendances observées ci-dessus –, pourrait être de nature à renforcer la sécurité juridique, particulièrement des personnes qui ont pris soin de faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Lorsqu'il n'est pas entaché de fraude, ce contrat devrait être reconnu partout et le contrôle de l'ordre public qui s'exerce à son endroit devrait être réduit au maximum.

5. Dans cet esprit, il pourrait être utile aussi d'uniformiser les règles de publicité qui s'imposent à l'efficacité des contrats de mariage à l'égard des tiers. À défaut de la déclaration prévue au registre des dispositions matrimoniales, l'article 5 de l'*International matrimonial property law act* néerlandais fonde les tiers à présumer que les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale néerlandaise<sup>221</sup>. Et, à défaut de la même déclaration, l'article 5, § 3, de la loi suédoise *on certain international issues regarding property relationship and between spouses and cohabitants* les tient carrément pour nuls<sup>222</sup>. Ces dispositions paraissent excessives, même si la protection qu'elles accordent aux tiers se limite aux situations dans lesquelles ils sont, comme les époux, domiciliés dans le pays en cause.

Des règles plus souples, quoique respectueuses des droits des tiers, seraient de nature à faciliter la circulation internationale des conventions matrimoniales, et les efforts d'une tentative d'harmonisation pourraient se concentrer, aussi, sur leur élaboration.

220 Supra, n° 3.1.

221 Rapport néerlandais, points 2.3.2.1.1. et 2.3.4.

222 Rapport suédois, points 2.2.2.4. et 2.3.1.1.



## 2. SOURCES FORMELLES

	Conventions internationales	Législation nationale spécifique	Évolution des sources législatives	Existence de dispositions transitoires spécifiques
<b>Allemagne</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution.	Titre préliminaire du BGB (1986) : art. 14 et 15.	Modification en 1986, suite à l'arrêt du BverfG du 8 avril 1983.	Art. 220 III 2 EGBGB
<b>Autriche</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution.	Loi sur le droit international privé (IPRG) de 1978, par. 18 et 19.	Entrée en vigueur de l'IPRG, en 1979.	Pas de dispositions spécifiques (non-rétroactivité de l'IPRG).
<b>Belgique</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution.	<u>Non</u>	Modification de la jurisprudence, sous l'influence des principes d'égalité et de non-discrimination.	<u>Non</u> (Cass., 9 sept. 1993).
<b>Danemark</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution (voy. convention nordique).	<u>Non</u> , en dehors du <i>Marriage Act</i> qui paraît inchangé depuis de nombreuses années <sup>223</sup> .	<u>Non</u>	<u>Non</u>
<b>Ecosse (G.-B.)</b>	<u>Non</u>	<u>Non</u>	Evolution de la jurisprudence, tendant à substituer la loi du domicile matrimonial à celle du domicile du mari.	<u>Non</u>
<b>Espagne</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution.	Titre préliminaire du Code civil (1974) : art. 9.2 (loi relative aux effets du mariage) et 9.3. (loi applicable au contrat de mariage).	Modification par la loi du 15 octobre 1995, tendant à prévenir les discriminations fondées sur le sexe.	<u>Non</u> : droit commun, plus applicabilité immédiate des dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination.
<b>Finlande</b>	Non	Loi n° 379 du 15 décembre 1929, modifiée par la loi n° 413 du 16 avril	Non	Non

		1987.		
<b>France</b>	Convention de La Haye du 14 mars 1978.	<u>Non</u>	Entrée en vigueur de la Convention de La Haye le 1 <sup>er</sup> septembre 1992.	Dispositions transitoires de la Convention de La Haye.
<b>Angleterre (G.-B.)</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution	<u>Non</u>	Même évolution qu'en Ecosse, mais plus incertaine.	<u>Non</u>
<b>Grèce</b>	<u>Non</u>	C. civ.	Modification par la loi n° 1329/1983 de réforme du droit de la famille.	Entrée en vigueur anticipée de la loi n° 1329/1983 au 1 <sup>er</sup> janvier 1983, sous l'influence des dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination.
<b>Irlande</b>	<u>Non</u>	<u>Non</u>	Même évolution qu'en Ecosse.	<u>Non</u>
<b>Italie</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution	Loi n° 218 du 31 mai 1995, article 30.	Evolution de la jurisprudence, puis modification de la législation sous l'influence de l'arrêt prononcé le 5 mai 1987 par la Cour constitutionnelle.	Même situation qu'en Espagne, ci-dessus (art. 72, L.D.I.P.)
<b>Luxembourg</b>	Convention de La Haye du 14 mars 1978	<u>Non</u>	Même situation qu'en France, ci-dessus.	Même situation qu'en France, ci-dessus.
<b>Pays-Bas</b>	Convention de La Haye du 14 mars 1978.	Loi du 20 novembre 1991 ( <i>International matrimonial property act</i> ).	Évolution de la jurisprudence, puis modification de la législation, tendant à substituer à la loi nationale du mari un critère de rattachement qui soit commun aux	<u>Oui</u> , contenues dans la loi du 20 novembre 1991.

			deux époux.	
<b>Portugal</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution	C. civ., art. 53	L'abandon de la loi nationale du mari est en ce pays déjà ancien (C. civ. de 1966).	Pas de difficulté spécifique <sup>224</sup> .
<b>Suède</b>	<u>Non</u> , sauf conventions bilatérales sur la reconnaissance et l'exécution (voy. convention nordique).	<i>Law on certain international issues regarding property relationships and between spouses and cohabitants</i> (1990:272).	Abandon du principe de la nationalité et adoption quasi-généralisée, à l'égard des époux n'ayant pas exprimé de choix, du critère du domicile <sup>225</sup> .	Application immédiate de la loi nouvelle, sauf dans l'hypothèse de dissolution du régime antérieure à son entrée en vigueur.

224 Rapport portugais, point 2.1.2.2. in fine.

225 Rapport suédois, points 2.1.2.1. et 2.3.1.2.

## 3.

**COMPÉTENCE INTERNATIONALE**

	<b>Règles spécifiques à la matière des régimes matrimoniaux</b>	<b>Compétence fondée sur le domicile ou la résidence du défendeur</b>	<b>Compétence fondée sur la nationalité</b>	<b>Possibilité d'élire le for</b>	<b>Compétence exorbitante ou clauses d'exception</b>
<b>Allemagne</b>	Oui, en matière de protection du logement familial	Oui (droit commun).	Oui, en cas de divorce.	Oui (droit commun).	Non, sauf divorce : nationalité de l'une ou l'autre des parties.
<b>Autriche</b>	Oui.	Oui.	Non.	Oui (compétence des tribunaux de Vienne).	Oui : à défaut de résidence habituelle commune, compétence des tribunaux de la résidence du demandeur.
<b>Belgique</b>	Non	Oui (droit commun).	Oui (défendeur et, en matière de statut personnel, demandeur).	Oui (droit commun).	Oui (domicile ou, en matière de statut personnel, nationalité du demandeur).
<b>Danemark</b>	Oui, en matière de relations entre époux.	Oui (droit commun).	Oui, en matière de divorce ou de séparation fondée sur la nationalité des deux parties si le défendeur ne s'y oppose pas, ou du demandeur seul, s'il ne peut obtenir le divorce ou la séparation à l'étranger.	Oui (droit commun).	Oui, fondée sur la nationalité ou la résidence du demandeur, en matière de divorce ou de séparation.
<b>Espagne</b>	Oui, en plus de l'application des règles ordinaires.	Oui (droit commun).	Oui, fondée sur la nationalité des deux parties.	Oui (droit commun).	Oui, fondée sur la nationalité et la résidence habituelle du demandeur.
<b>Finlande</b>	Non	Oui (droit commun)	Non (réponse incertaine)	Oui (droit commun) (réponse incertaine)	Oui, fondée en matière de divorce sur le domicile passé ou présent d'un seul des deux époux en Finlande, pour autant que, dans le premier cas, l'intéressé ne puisse pas, sans grands inconvénients, agir dans

					l'État de son domicile ou du domicile de son conjoint
<b>France</b>	Non (extension au contentieux international des règles de compétence interne).	Oui (droit commun).	Oui, fondée sur la nationalité du demandeur (art. 14, C. civ.) ou du défendeur (art. 15, C. civ.).	Oui (droit commun).	Oui, fondée sur la nationalité du demandeur (art. 14, C. civ.).
<b>Grande-Bretagne</b>	Non.	Oui ( <i>jurisdiction in personam</i> )	Non	Oui (droit commun).	Non, sauf appréciation du juge sur le <i>forum conveniens</i> .
<b>Grèce</b>	Oui, en plus de l'application des règles ordinaires.	Oui (droit commun).	Oui, fondée sur la nationalité de l'une ou l'autre des parties au moment de l'introduction du litige ou de la célébration du mariage (art. 611 et 612, C. proc. civ.).	Non.	Oui, fondée sur la nationalité du demandeur (art. 612, C. proc. civ.). <i>Adde</i> : compétence fondée sur l'ordre public (c'est-à-dire sur la sauvegarde des intérêts en cause, pour éviter un déni de justice).
<b>Irlande</b>	Même situation qu'en Grande-Bretagne.	Même situation qu'en Grande-Bretagne.	Même situation qu'en Grande-Bretagne.	Même situation qu'en Grande-Bretagne.	Même situation qu'en Grande-Bretagne.
<b>Italie</b>	Non.	Oui (droit commun).	Non.	Oui (droit commun).	En cas de divorce, fondée sur la nationalité du demandeur.
<b>Luxembourg</b>	Même situation qu'en France.	Même situation qu'en France.	Même situation qu'en France.	Même situation qu'en France.	Même situation qu'en France. <i>Adde</i> , comme en Grèce, compétence fondée sur l'ordre public (c'est-à-dire sur la sauvegarde des intérêts en cause, pour éviter un déni de justice).
<b>Pays-Bas</b>	Non.	Oui (droit commun).	Non (transposition au divorce international de droit commun des dispositions du règlement	Oui (droit commun).	Non (transposition au divorce international de droit commun des dispositions du règlement de Bruxelles

			de Bruxelles II).		II), sauf en matière gracieuse (le domicile ou la résidence habituelle du demandeur suffit).
<b>Portugal</b>	Non (même solution qu'en France).	Oui (droit commun).	Non.	Oui (droit commun).	Compétence fondée, comme en Grèce, sur l'ordre public (c'est-à-dire sur la sauvegarde des intérêts en cause, pour éviter un déni de justice).
<b>Suède</b>	Oui.	Oui (droit commun).	Oui, fondée sur la nationalité des deux parties ou du seul demandeur, s'il est domicilié en Suède.	Oui (droit commun).	Oui, fondée sur le domicile et la nationalité du demandeur, ou sur son seul domicile, s'il s'agit, en matière de régime primaire, de sauvegarder l'application impérative de la loi suédoise. <i>Adde</i> , comme en Grèce, compétence exceptionnelle fondée sur la sauvegarde des intérêts en cause, pour éviter un déni de justice.

## 4.

**EFFETS PERSONNELS ET PATRIMONIAUX**

<b>EFFETS PERSONNELS ET PATRIMONIAUX unité ou différenciation des rattachements</b>	
<b>Allemagne</b>	Unité, sauf incidence du conflit mobile
<b>Autriche</b>	Unité, sauf choix par les époux de la loi applicable à leurs relations patrimoniales
<b>Belgique</b>	Différenciation
<b>Danemark</b>	Différenciation
<b>Espagne</b>	Unité
<b>Finlande</b>	Différenciation
<b>France</b>	Différenciation
<b>Grèce</b>	Unité
<b>Grande-Bretagne</b>	Différenciation
<b>Irlande</b>	Même solution qu'en Grande-Bretagne, ci-dessus
<b>Italie</b>	Même solution qu'en Autriche, ci-dessus
<b>Luxembourg</b>	Même situation qu'en France, ci-dessus
<b>Pays-Bas</b>	Différenciation.
<b>Portugal</b>	Même situation qu'en Allemagne, ci-dessus
<b>Suède</b>	Différenciation.

5. **« DÉPEÇAGE » DE LA LOI DU RÉGIME**

	<b>DEPEÇAGE</b>
<b>Allemagne</b>	Oui, pour les immeubles, en cas de choix de la loi applicable.
<b>Autriche</b>	Oui, sans limite, en cas de choix de la loi applicable.
<b>Belgique</b>	Non.
<b>Danemark</b>	Non.
<b>Espagne</b>	Non.
<b>Finlande</b>	Non (réponse incertaine).
<b>France</b>	Non, sauf dans la mesure prévue par la Convention du 14 mars 1978.
<b>Grèce</b>	Non.
<b>Irlande</b>	Oui, sans limite.
<b>Italie</b>	Non.
<b>Luxembourg</b>	Même solution qu'en France, ci-dessus.
<b>Pays-Bas</b>	Même solution qu'en France, ci-dessus.
<b>Portugal</b>	Non.
<b>Suède</b>	Non.

## 6.

**THÉORIE DU RENVOI**

	Position à l'égard du renvoi
<b>Allemagne</b>	<u>Oui</u> , sauf lorsque la désignation du droit applicable résulte de l'autonomie de la volonté (art. 4, EGBGB).
<b>Angleterre</b>	<u>Oui</u> , quoique jamais utilisé en matière de <i>matrimonial property</i> <sup>226</sup> .
<b>Autriche</b>	<u>Oui</u> , au premier et au second degré, mais une seule fois seulement (par. 5 (1) et (2) IPRG).
<b>Belgique</b>	<u>Oui</u> , mais incertitudes sur son caractère obligatoire, et sauf lorsque la désignation du droit applicable résulte de l'autonomie de la volonté (solution doctrinale).
<b>Danemark</b>	<u>Non</u> .
<b>Ecosse</b>	Même solution qu'en Angleterre, ci-dessus <sup>227</sup> .
<b>Espagne</b>	<u>Oui</u> , mais seulement facultatif et au premier degré (art. 12.2, C. civ.).
<b>Finlande</b>	Solution incertaine.
<b>France</b>	<u>Non</u> , du fait du rattachement contractuel de la catégorie (Cass., 12 févr. 1972). Solution confirmée par la Convention de La Haye (art. 3 et 4). Cette convention admet toutefois le renvoi au second degré, lorsque la loi de la résidence habituelle renvoie à la loi de la nationalité commune et que celle-ci admet sa compétence (art. 4, al. 2, chiffre 2).
<b>Grèce</b>	<u>Non</u> (art. 32, C. civ.).
<b>Irlande</b>	<u>Oui</u> (renvois au 1 <sup>er</sup> et au 2 <sup>e</sup> degré et double renvoi, sauf si la compétence est attribuée à la <i>lex domicilii</i> <sup>228</sup> ).
<b>Italie</b>	<u>Oui</u> , s'il s'agit d'un renvoi au premier degré ou, en cas de renvoi au second degré, si le droit de l'État auquel il est renvoyé l'accepte. Le renvoi est toutefois exclu si la désignation de la loi étrangère résulte du choix des parties (art. 13, 1. et 2, L.D.I.P.).
<b>Luxembourg</b>	Même situation qu'en France, ci-dessus.
<b>Pays-Bas</b>	<u>Non</u> , avant la ratification de la Convention de La Haye de 1978 <sup>229</sup> . Depuis lors, même situation qu'en France, ci-dessus.
<b>Portugal</b>	<u>Oui</u> (système relativement complexe, inspiré d'un souci d'harmonie internationale des solutions) <sup>230</sup> .
<b>Suède</b>	<u>Non</u> (mais le mariage conclu à l'étranger est valable, s'il est valable au regard de la loi du pays de sa conclusion) <sup>231</sup> .

---

226 Rapport anglais, point 2.1.3.2.

227 Rapport écossais, point 2.1.3.2.

228 Rapport irlandais, point 2.1.3.2.

229 Rapport néerlandais, point 2.1.3.2.

230 Rapport portugais, point 2.1.3.2.

231 Rapport suédois, point 2.1.3.2.

## SECTION III

### PROPOSITIONS POUR UNE HARMONISATION

Dans les deux sections précédentes, on a déjà mentionné ou annoncé au passage, à plusieurs reprises et dans leur contexte approprié, diverses suggestions d'harmonisation du droit international privé (et, accessoirement, du droit interne) régissant les régimes matrimoniaux des couples mariés et les rapports patrimoniaux des couples non mariés.

L'objet de la présente section n'est pas de les répéter toutes, mais bien de présenter de façon plus systématique les suggestions essentielles sur la teneur des normes uniformes. On le fera quelquefois en forme d'alternatives, souvent de façon résolue et parfois aussi de manière plus dubitative. Pour ce faire, on parcourra les trois grands secteurs de la discipline du droit international privé, dans leur ordre logique autant que pratique puisque c'est celui qui prévaut dans le raisonnement de quasi tous les cas concrets en ces domaines : la compétence internationale, les droits applicables et l'efficacité internationale – en l'espèce, européenne – des décisions judiciaires et des actes publics étrangers. Comme l'appel d'offre de la Commission européenne insistait surtout sur l'harmonisation des règles de conflits d'autorités et de juridictions, l'accent sera particulièrement mis sur cet aspect. Mais comme les auteurs de la présente étude sont convaincus de l'utilité – de la nécessité – d'y adjoindre des normes de rattachement désignant le droit applicable, cet aspect ne sera pas négligé, même s'il sera parcouru plus rapidement. On présentera aussi quelques propositions d'harmonisation du droit interne.

#### 1. COMPÉTENCE INTERNATIONALE

Le règlement envisagé peut-il ou doit-il comporter des règles de compétence internationale ? La question peut paraître singulière, si l'on considère l'expérience communautaire en d'autres matières : l'établissement de règles de compétence y est apparu comme *prioritaire*, celui de règles de conflit de lois ne figurant que comme le prolongement ou complément partiel et limité de règles de compétence communes.

L'appréciation pourrait différer en matière de régimes matrimoniaux, pour deux raisons.

D'abord, la détermination du régime matrimonial secondaire a lieu le plus souvent en dehors d'un litige. On l'a vu dès le début du rapport : dans la plupart des États membres, les décisions judiciaires sont rares en cette matière, surtout si on rapproche leur nombre de celui des couples mariés vivant sur le territoire de ces États. Cette rareté s'explique sans doute par le fait que c'est un officier public (le plus souvent un notaire) qui est amené à déterminer en première ligne le droit applicable au régime, soit lorsqu'il reçoit un contrat de mariage ou un acte de vente d'un bien appartenant à un époux, soit lorsqu'il liquide et partage une communauté de biens ou une participation aux bénéfices, lors d'une dissolution d'un mariage par le décès d'un époux ou le divorce du couple. Dans cette perspective, l'établissement de règles communes de conflit de lois semble, en cette matière, plus nécessaire encore que celles qui régiraient la compétence internationale des juridictions.

Ensuite, le droit comparé montre que la plupart des États membres ne connaissent pas de règles *spécifiques* de compétence internationale en matière de régime matrimonial : les règles *ordinaires* y sont appliquées, de sorte que, si un processus d'harmonisation communautaire devait s'imposer, il pourrait devoir affecter utilement l'ensemble de la matière civile.

Si l'établissement d'un jeu complexe de règles spécifiques devaient ne pas s'avérer nécessaire, il suffirait peut-être d'intégrer simplement la matière des régimes matrimoniaux dans le domaine de l'un des règlements dits « Bruxelles I » ou « Bruxelles II ». Encore faudrait-il veiller, éventuellement, dans le premier cas, à prévoir une règle de compétence propre à la matière, dans le cadre de l'article 5. Ou encore, au cas où les disparités des règles nationales de compétence ne seraient pas jugées suffisamment sensibles, l'harmonisation législative pourrait se limiter à éradiquer les fors exorbitants présents dans le droit de certains États membres, le cas échéant, par voie de simple directive.

Une autre solution consisterait à reprendre quasi telles quelles les dispositions de ces règlements, *mutatis mutandis*, dans un règlement propre aux régimes matrimoniaux.

L'appréciation peut différer en ce qui concerne le régime primaire : les demandes y sont le plus souvent de nature contentieuse. Ici, l'élaboration de règles uniformes de compétence s'avérerait fort utile.

Une autre question liminaire est de savoir si les règles communes doivent déterminer uniquement la compétence internationale ou si elles doivent fixer à la fois la compétence *internationale* (le pouvoir de l'ensemble des juridictions nationales) et la compétence *interne* (le pouvoir d'un tribunal spécialement désigné parmi d'autres tribunaux nationaux). On sait que le règlement dit « Bruxelles I » comporte l'une et l'autre de ces normes : l'article 2 comprend uniquement une règle de compétence internationale, alors que l'article 5 règle aussi la compétence interne. Par contraste, le règlement dit « Bruxelles II » règle uniquement la compétence internationale, laissant alors le soin à chaque État de déterminer lequel de ses tribunaux est spécialement compétent (compétence territoriale interne et compétence d'attribution). Cela peut s'expliquer en fonction de la matière : en matière de divorce par exemple, il se conçoit que la compétence interne soit réglée de manière stricte, alors que la détermination de la compétence internationale requiert plus de souplesse.

### **Compétence internationale contentieuse**

La détermination de la compétence contentieuse, si elle est envisagée, devrait porter sur la compétence directe, non sur la compétence indirecte. Il y va d'une constante du droit judiciaire européen, qui exclut ou limite strictement tout contrôle de la compétence du juge d'origine lors de la phase de la reconnaissance du jugement étranger.

En soi, la détermination de la compétence directe peut supposer l'établissement de divers types de chefs de compétence. Des fors principaux, on peut distinguer les fors dérivés,

les fors fondés, directement ou indirectement, sur la volonté des parties, les fors contenant l'adoption de mesures conservatoires ou d'exécution. De plus, il y a lieu de s'interroger sur la vérification de la compétence et de la recevabilité, sur la litispendance et la connexité. Enfin,

il n'est pas inutile d'évoquer l'éventualité de règles complémentaires, concernant les fors inappropriés, de nécessité ou résiduels.

### 1.1.1. Règle générale de compétence directe des juridictions

L'examen du droit comparé des États membres, tout comme l'acquis communautaire constitué des règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II », imposent que soit retenu, à un titre ou à un autre, le for du domicile du défendeur.

Ceci étant posé, diverses questions devront être tranchées : faut-il définir le domicile, lui adjoindre le critère de la résidence ou le remplacer par celle-ci ? Ce for doit-il être exclusif de tout autre, ou bien, complété par d'autres, doit-il être alternatif ou principal ?

L'on sait, quant à l'utilisation du concept de domicile, que les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II » diffèrent sensiblement, puisque le premier recourt à ce terme tout en prévoyant un mode particulier de définition par renvoi au droit national – du moins pour les personnes physiques (les seules qui nous intéressent ici) – alors que le second préfère rejeter ce terme de domicile pour lui préférer la « résidence habituelle ». Ce critère-ci, largement utilisé par le droit international privé de la famille dans le cadre des règles de conflit de lois, comporte l'avantage apparent de constituer une notion, certes légale, mais à connotation factuelle. Le concept se réfère au lieu de vie de la personne, à son « centre de gravité », et permet ainsi de réaliser un objectif de proximité. Il présente cependant certains inconvénients pour les besoins de la procédure judiciaire, à savoir la difficulté de preuve : alors que, le plus souvent, le domicile se prouve par référence à une formalité administrative assez facile à vérifier (l'inscription au registre de telle commune, par exemple), il peut en aller autrement de la résidence habituelle. Quoi qu'il en soit et à moins d'utiliser l'un et l'autre de ces critères de compétence de manière alternative, le choix entre eux semble devoir dépendre d'une appréciation faite par les institutions communautaires quant à la relation entre le règlement envisagé et l'un et l'autre des règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles II » : si ce règlement est considéré comme un complément de « Bruxelles II », le choix du facteur de résidence s'impose, pour un motif de cohérence de la politique législative.

Le for du défendeur doit-il être exclusif ou faut-il le compléter par d'autres chefs de compétence ? Le droit comparé autant que l'acquis communautaire plaident pour l'établissement d'une liste de plusieurs chefs de compétence, tout en excluant de cette liste des fors dits exorbitants. L'acquis suggère que seront qualifiables d'exorbitants des critères tenant à la résidence du demandeur ou à la nationalité d'une des parties, lorsqu'ils ne sont pas assortis d'une condition relative à la localisation dans le même pays d'un autre élément de la situation.

Comme l'annonce déjà le texte dit *de Heidelberg*, paraissent pertinents :

- a) la nationalité commune — ou, en Irlande et au Royaume-Uni, le domicile — des parties au moment de la demande ;
  
- b) la dernière résidence habituelle commune, dans la mesure où l'un des époux y réside encore au moment de la demande.

Ces critères sont connus du règlement « Bruxelles II » et les États membres connaissant des règles spécifiques retiennent généralement la résidence commune, le rôle de la nationalité y paraissant moins stable dans la mesure où ce critère est retenu sous des conditions variables (voir *supra*, section II, point 2.2.).

Y a-t-il lieu de retenir, notamment, la nationalité de l'une des parties lorsqu'elle s'ajoute à la résidence, ou la localisation de biens sur le territoire ? La réponse à cette question paraît plus incertaine. L'acquis communautaire autant que l'objectif poursuivi devraient conduire à rejeter ces critères : la nationalité n'est plus considérée comme pertinente, depuis l'entrée en vigueur du règlement « Bruxelles II », que si elle est commune aux parties ; quant au for de situation de biens, même s'il est exigé que ce soient des biens concernés par le litige, il risque de compromettre un objectif de concentration des litiges qui caractérise le droit judiciaire européen, surtout si la règle de conflit de lois retenue exclut une possibilité de dépeçage de la loi applicable, de nature à conduire à un dépeçage potentiel des patrimoines.

L'ouverture du règlement sur les régimes matrimoniaux au régime primaire pourrait encore justifier une extension des chefs de compétence dans le sens de ce que prévoit le règlement « Bruxelles II ». Cette extension irait en faveur du demandeur, par exemple, en liant la résidence du demandeur à la condition de durée que prévoit ce règlement.

Tout autre est la question de savoir si le for du défendeur doit être considéré comme principal par rapport à d'autres, qui seraient plutôt dérogatoires. Cette interaction d'une règle principale et de règles dérogatoires est tenue pour acquise par la Cour de justice dans son interprétation du règlement « Bruxelles I », malgré la formulation purement alternative des dispositions pertinentes (art. 2 et 5) et les dénégations de Paul Jenard, auteur du rapport explicatif de la Convention de Bruxelles<sup>232</sup>. La controverse a pour incidence pratique que la règle dérogatoire donne normalement lieu à une interprétation stricte. La structure adoptée par l'article 2 du règlement « Bruxelles II » exclut tout ordre de priorité entre les chefs de compétence retenus, suggérant que les uns et les autres servent un objectif commun de proximité plutôt qu'un objectif de protection du défendeur. Cette approche paraît préférable.

### 1.1.2. *Compétences dérivées*

L'établissement de compétences dérivées vise des chefs de compétence choisis en raison de la relation entre la demande en justice et une autre demande, principale. Le règlement « Bruxelles I » en présente dans les cas suivants : pluralité de défendeurs, demande en garantie ou en intervention et demande reconventionnelle (art. 6). Le règlement « Bruxelles II » ne les prévoit qu'en cas de demande reconventionnelle (art. 5).

Le règlement ici envisagé devrait prévoir le cas de demandes en garantie, en intervention et de demandes reconventionnelles. Que ce soit dans le contexte du régime

matrimonial au sens strict ou dans celui du régime primaire, on peut envisager que l'époux défendeur à une action intentée par un tiers (un créancier du ménage, par exemple) cherche à appeler son conjoint à la cause, surtout en cas de relâchement du lien conjugal.

232 Comp. sur ce point : CJCE, aff. 189/87, 27 septembre 1988, Kalfelis, Recueil, 1988, p. 5565 ; P. Jenard, La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et ses prolongements, coll. Répert. notarial, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 81.

De plus, en raison de la spécificité de la matière, il serait utile de prévoir une extension de compétence liée à la matière successorale ou à celle du divorce. Lorsqu'une question relative à la liquidation du régime matrimonial est introduite devant le juge saisi d'un litige successoral ou devant le juge du divorce, il y a lieu de permettre à celui-ci d'en connaître. Cette hypothèse est examinée, par exemple, dans le texte *de Heidelberg*, en ce qui concerne la matière successorale.

### 1.1.3. *Mesures urgentes et provisoires et mesures d'exécution*

Ni plus ni moins que d'autres matières, celle des régimes matrimoniaux requiert une référence nécessaire à l'adoption de mesures provisoires. L'importance d'une disposition ayant cet objet serait encore plus grande si le règlement envisagé porte également sur le régime primaire, comme on l'a vivement conseillé.

L'acquis communautaire présente deux types de dispositions, respectivement dans les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II ». Le premier se contente formellement d'un renvoi aux règles de compétence nationales (art. 31). Le second exprime une règle de compétence autonome, qui utilise pour critère la présence, sur le territoire du for, de la personne ou des biens qui font l'objet de la demande, et il y ajoute la condition d'urgence (art. 12).

Le modèle du règlement « Bruxelles II » doit être préféré pour la matière de la compétence judiciaire internationale, tout en limitant le critère à celui de la localisation de biens. En fait, le texte du règlement « Bruxelles I » est dépassé par l'interprétation qu'en a donnée la Cour de justice<sup>233</sup>, en des termes qui ont ensuite été repris par le règlement « Bruxelles II ».

En matière immobilière, il pourrait être judicieux de prévoir un chef de compétence particulier, chaque fois que le litige porte sur la gestion ou l'utilisation (voire le partage) d'un immeuble, par exemple l'immeuble servant au logement familial, ou tout immeuble appartenant à l'un des époux ou faisant partie de leur patrimoine commun ou indivis. Si le règlement envisagé choisit de concentrer les litiges autant que possible, il ne semble pas opportun de permettre au juge du lieu de situation de se prononcer sur le régime matrimonial à l'occasion d'un tel litige, afin de ne pas vider de son effet utile la répartition des compétences effectuée en vue d'obtenir cette concentration (voir *supra*, point 1.1.1.). Force serait alors de limiter la compétence de ce juge à l'adoption de mesures provisoires ou conservatoires. Cette hésitation semble ne pas s'imposer pour l'occupation du logement familial, dans la mesure où il s'agirait simplement de prendre des mesures portant exclusivement sur ce bien.

### 1.1.4. *Clause attributive de juridiction dans un contrat de mariage et prorogation volontaire de juridiction*

Il est hautement probable que le règlement envisagé consacre l'autonomie de la volonté des parties, en permettant à celles-ci de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, tout en imposant la forme d'un contrat de mariage pour l'expression de ce choix (voir *infra*, point 2.2.1.2.). Faut-il aller plus loin et admettre également la faculté, pour les époux, d'établir un choix de la juridiction compétente par une clause d'élection de for ?

233 CJCE, aff. C-391/95, 17 novembre 1998, Van Uden, Recueil, 1998, p. I-7091.

En droit comparé des États membres, une telle possibilité ne semble pas prévue explicitement pour la matière du régime matrimonial ni, *a fortiori*, pour celle du régime primaire.

De son côté, le règlement « Bruxelles II » ne prévoit pas une telle faculté. Bien plus, il oblige le juge saisi à vérifier d'office sa compétence (art. 9). Cela exclut donc toute faculté de prorogation tacite de la compétence par les parties. Il y a ici une différence avec le règlement dit « Bruxelles I », qui permet une prorogation de compétence non seulement par la voie explicite (art. 23), mais également sous forme de simple comparution sans contestation de la compétence (art. 24), sauf lorsque la matière fait l'objet d'une compétence exclusive (art. 25). Une telle différence s'explique résolument par la différence entre les matières concernées. On voit mal les États membres admettre à l'unanimité que les parties puissent disposer de la compétence internationale en matière de divorce.

La même appréciation pourrait prévaloir pour le régime matrimonial secondaire, et certainement pour le régime primaire.

Mais, s'agissant du régime matrimonial, il ne faudrait cependant pas exclure en soi toute faculté de prorogation par comparution volontaire, ou encore par une clause convenue entre parties au moment même de l'introduction de la demande, notamment s'il s'agit pour des copartageants de décider conventionnellement du for du partage. En revanche, il semble difficile d'admettre que les parties ou l'une d'elles se lie quant à la compétence internationale dès le moment du mariage ou ultérieurement, lors de la modification du régime matrimonial ou du choix de la loi applicable, à une époque où elles peuvent ne pas être conscientes de l'enjeu d'une action en justice. Une telle faculté de prorogation par comparution volontaire — que permettent le droit espagnol, le droit italien et celui des pays de *Common Law* (voir *supra*, Section II, point 2.2.2.) — permettrait, par exemple, de couvrir le cas de l'action purement déclaratoire introduite par demande conjointe en droit français, les juridictions françaises acceptant ainsi de statuer sur une demande tendant à déterminer la loi applicable au régime d'époux mariés sans contrat<sup>234</sup>.

#### 1.1.5. *Vérification de la recevabilité en cas de défaut*

Les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II » prévoient l'un et l'autre le contrôle, dès la phase de l'instance directe, du respect des formalités relatives à la communication de l'acte introductif d'instance au défendeur assigné dans un État membre autre que celui de son domicile, lorsque ce défendeur ne comparait pas. Il s'agit en quelque sorte d'un contrôle préventif du respect des droits de la défense, anticipant le contrôle qu'aurait fait ultérieurement le juge requis de reconnaître le jugement à intervenir. Ce contrôle procède d'un objectif de liberté de circulation des jugements dans l'Union européenne.

L'adoption d'une disposition analogue dans le règlement envisagé, lequel devrait couvrir également la problématique de la reconnaissance des jugements étrangers, s'impose assurément.

---

234 Rapport français, point 2.2.2.1.

### 1.1.6. *Litispendance et connexité internationale*

L'acquis communautaire comporte l'établissement de règles de litispendance et de connexité internationales. Il en est ainsi du règlement « Bruxelles I » (art. 27 et 28) autant que du règlement « Bruxelles II » (art. 11). À vrai dire, de telles dispositions constituent un atout majeur du processus d'unification du droit, car elles sont très rares dans le contexte unilatéral du droit national. En d'autres termes, en prévoir dans le règlement envisagé, ce serait combler une lacune aux effets irritants.

Le règlement envisagé devrait donc assurément comporter de telles règles.

La disposition sur la litispendance pourrait s'inspirer de celle prévue par le règlement « Bruxelles II », en ce sens que le mécanisme est étendu au cas où les demandes n'ont pas le même objet ni la même cause. Il semble toutefois suffisant d'envisager seulement l'hypothèse où les demandes n'ont pas le même objet tout en ayant la même cause. Par exemple, on viserait les demandes portant sur l'attribution de biens distincts mais, dans l'un et l'autre cas, la cause réside dans la détermination du régime matrimonial pertinent.

Une disposition sur la connexité devrait permettre de couvrir le cas particulier où l'une des demandes oppose un tiers à l'un des époux et que, pour trancher cette demande, il y a lieu de statuer sur le régime matrimonial, alors que l'autre oppose les époux quant à la détermination de ce régime.

Les dispositions sur la litispendance et la connexité devraient en tout état de cause s'étendre à l'hypothèse des actions en partage judiciaire de communautés par suite de décès ou de divorce.

### 1.1.7. *For inapproprié et for de nécessité*

Lors de l'adoption d'un système de compétence internationale, il y a lieu de se demander aujourd'hui quelle place y réserver à deux concepts connus du droit judiciaire international, à savoir le *for inapproprié* et le *for de nécessité*.

Le concept de *for inapproprié*, traduction du terme « *forum non conveniens* » connu du droit des pays de *Common Law*, tend à permettre au juge saisi de décliner sa compétence internationale lorsqu'il estime qu'un juge étranger paraît plus approprié pour connaître du litige. Il en serait ainsi, notamment, lorsqu'il y a lieu de craindre que le jugement à intervenir ne serait pas reconnu à l'étranger<sup>235</sup>. Le droit allemand connaît aussi une disposition de ce type, lorsque la compétence repose sur la résidence du demandeur<sup>236</sup>. Il en serait également ainsi, en *Common Law*, lorsque la demande introduite dans l'État du *for* présenterait un caractère téméraire et vexatoire pour le défendeur domicilié à l'étranger.

Le concept de *for de nécessité* tend à proroger la compétence internationale lorsque les chefs de compétence préétablis ne suffisent pas à justifier la compétence, dans les cas où il serait excessif – en termes de droit au procès équitable – d'exiger du demandeur qu'il saisisse une juridiction étrangère. Il n'apparaît clairement ni en droit comparé des États membres ni dans l'acquis communautaire. Cela se comprend, dans la mesure où les règles de compétence

235 Rapport anglais, points 2.2.2.2. – 2.2.2.4., lettre e).

236 Rapport allemand, point 2.2.1.2.

internationale rencontrées sont le plus souvent très extensives de compétence, allant, en droit national, jusqu'à consacrer des fors exorbitants, alors que le concept de for de nécessité n'a de portée utile que lorsque le système des règles de compétence repose sur une allocation stricte de la compétence.

Le droit international privé suisse fournit un bon exemple d'un for de nécessité. Aux termes de l'article 3 de la loi du 18 décembre 1987, « Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes ». En Belgique, la proposition de loi portant code de droit international privé (voir *supra*, Section I, point 2.4.2.1.) prévoit également une clause de ce type (art. 11). Le texte dit *de Heidelberg* (voir *supra*, Section I, point 2.4.2.) utilise aussi ce concept en matière successorale, à propos d'immeubles situés dans un pays tiers (art. 5, § 4).

Dans le contexte d'un acte communautaire, l'utilisation du *for inapproprié* ne se conçoit guère. La plupart des auteurs estiment que ce concept ne trouve pas sa place dans l'agencement actuel du règlement 44/2001. De fait, dans le contexte d'un espace intégré reposant sur une confiance mutuelle entre autorités nationales, on voit mal se réaliser la condition relative à la crainte que la décision à intervenir puisse ne pas être reconnue dans un autre État membre, puisque le contrôle de la compétence indirecte est normalement exclu. De plus, le concept de confiance mutuelle suppose que le juge de l'instance directe fonde sa compétence sur des éléments raisonnables, surtout lorsque le système des règles de compétence repose sur un objectif de concentration des litiges. Pour ces motifs, on recommandera de l'exclure du règlement projeté.

Toutefois, ce concept de for inapproprié pourrait peut-être intervenir pour le règlement de la litispendance, dans la mesure où il pourrait offrir une solution plus affinée que celle de la préférence donnée au juge premier saisi. Les auteurs de ce rapport se bornent à soulever cette éventualité, tout en hésitant sur l'opportunité de la concrétiser dans le règlement envisagé.

Le concept de for de nécessité, en revanche, peut avoir une raison d'être dans un contexte communautaire, si le règlement envisagé devait utiliser une liste limitée de chefs de compétence. En ce cas, en effet, il pourrait servir à l'établissement d'une compétence résiduelle, lorsque les critères retenus par le texte se localisent dans un État tiers (voir *infra*, point 1.1.8.).

#### 1.1.8. *Compétences résiduelles*

La formulation de compétences résiduelles consiste à ajouter, aux chefs de compétence internationale préétablis, d'autres règles de compétence, permettant une saisine de juridictions d'États membres dans les cas où les chefs préétablis ne suffisent pas à justifier une telle saisine.

L'acquis communautaire présente un visage contrasté à cet égard. Le règlement dit « Bruxelles I » n'établit aucune disposition de ce type : outre les chefs de compétence qu'il prévoit, il énonce certes un renvoi aux règles nationales de compétence — en y incluant une règle autonome d'assimilation du demandeur étranger au national —, mais c'est pour les cas internationaux exclus du domaine des règles communes de compétence (art. 4, § 2) : en

quelque sorte, la disposition étend indirectement le domaine du règlement aux cas non communautaires – cas où le défendeur est domicilié dans un pays tiers (voir *supra*, Section I, point 2.2.1.1.) –, avec pour effet d’inclure ceux-ci parmi les cas visés par le titre III, consacré à la reconnaissance des jugements. Pour le reste, l’opinion dominante de la doctrine selon laquelle l’application de la théorie du « *forum non conveniens* » ne vaut pas dans le cadre de l’instrument, confirme que celui-ci comprend un système complet de répartition des compétences internationales.

Le règlement « Bruxelles II » comporte une disposition analogue (art. 8, § 2). Il y ajoute toutefois une disposition nouvelle, sous l’intitulé de « Compétences résiduelles », aux termes de laquelle « Lorsque aucune juridiction d’un État membre n’est compétente en vertu des articles 2 à 6, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État ». Cela signifie que les règles nationales s’ajoutent aux règles communes, de manière subsidiaire. Cette méthode conduit évidemment à accroître la possibilité de saisir une juridiction d’un État membre dans toute situation internationale, même lorsque cette situation ne présente avec le for qu’un lien ténu, tel que défini par le droit national. Il convient de préciser que cette compétence subsidiaire n’affecte pas certaines personnes, à savoir celles que vise l’article 7 : celui-ci déclare le caractère « exclusif » des règles communes à l’égard d’un défendeur résidant dans un État membre ou ayant la nationalité d’un État membre — ou un domicile en Irlande ou au Royaume-Uni —, du moins semble-t-il seulement lorsqu’il est assigné dans un autre État membre<sup>237</sup>. L’objectif est de ne permettre la saisine d’une juridiction d’un État membre à l’égard d’une telle personne que sur la base des règles communes, à l’exclusion des règles nationales.

Dans ce contexte, les litiges « communautaires » font ainsi l’objet d’un traitement en quelque sorte privilégié. Les autres litiges sont soumis, quant à eux, à un régime singulier. Sous un angle technique, ils sont soumis au domaine du règlement, mais aussi au domaine des règles nationales. Sous un angle pratique, les personnes visées sont soumises à un régime peu enviable, puisque la conjonction des règles communes et nationales conduit à allonger les chefs de compétence qui leur sont opposables. Il n’est même pas certain qu’un tel résultat ait été recherché par un jeu de règles à vrai dire inextricable, dont la combinaison donne à croire que le texte mette ensemble des dispositions disparates reprises à des sources distinctes et sorties de leur contexte<sup>238</sup>.

Ce constat pourrait être lié à certains défauts déjà constatés à propos de la définition des litiges communautaires dans les règlements dits « Bruxelles I » et « Bruxelles II » (voir *supra*, Section. I, point 2.4.2.)

Dans la perspective du règlement envisagé, un choix est offert au législateur communautaire. Ou bien il s’aligne sur le règlement dit « Bruxelles II », au nom d’une cohérence de la politique législative. Ou bien il s’en écarte, pour le motif que ce règlement

237 Lorsque le national est assigné dans son propre État, par exemple par le national d’un autre État, il semble ne pas être protégé par l’article 7. Par conséquent, les règles nationales lui sont normalement opposables en vertu de l’article 8, § 1er. Pourtant, il ne peut pas voir utilisée contre lui une règle nationale – tel l’article 15 du Code Napoléon – selon l’article 8, § 2.

238 Ainsi, les articles 7 et 8, § 2 reprennent en substance les articles 3, § 1er et 4, § 2, du règlement dit « Bruxelles I », tout en y ajoutant l’article 8, § 1er, apparemment issu du texte dit de Heidelberg (art. 2, § 4), lequel ne comporte pas le premier groupe de dispositions. Il est vrai que cet article 8, § 1er, trouve aussi son correspondant dans l’article 4, § 1er du règlement « Bruxelles I », mais c’est sous une autre formulation et dans un autre contexte qui en changent le sens : cette disposition-ci réserve explicitement l’application des règles nationales aux cas non communautaires (défendeur domicilié dans un pays tiers) et limite ensuite clairement à cette hypothèse la règle de l’assimilation de l’étranger demandeur au national de l’article 4, § 2. Sur les difficultés d’interprétation des articles 7 et 8 combinés du règlement « Bruxelles II », voy. notamment, avec les références : J.-Y. Carlier, S. Francq et J.-L. Van Boxstael, « Le règlement de Bruxelles II — Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale », *Journal des tribunaux — Droit européen*, 2001, p. 78-79.

produit un résultat inéquitable, voire incertain. Dans ce dernier cas, il devrait alors modifier sur ce point ce règlement.

Une modification pourrait s'orienter vers une restriction des chefs de compétence, compensée par un recours à la technique du for de nécessité (voir ci-dessus).

## 1.2. Compétence internationale non contentieuse

Lors de l'établissement du règlement envisagé, le législateur communautaire devra s'interroger sur la nécessité d'y inclure ou non des dispositions particulières concernant l'intervention d'autorités publiques dans des procédures non contentieuses. Pour la matière du régime matrimonial, l'on songe surtout au rôle du notaire (et du *solicitor*) appelé à recevoir un contrat de mariage ou une modification d'un tel contrat, ou encore au rôle des autorités administratives chargées de l'enregistrement d'un tel contrat ou de sa modification. Il faudra aussi s'interroger sur la nécessité d'imposer aux États membres qui ne connaissent pas l'obligation de prévoir un registre public permettant de consigner les régimes matrimoniaux d'en organiser un au moins pour les personnes qui résident habituellement dans la Communauté.

### 1.2.1. Réception d'un contrat de mariage ou de sa modification et liquidation du régime matrimonial

Dans les hypothèses non contentieuses, les autorités publiques peuvent devoir intervenir pour la conclusion du contrat de mariage, pour sa modification éventuelle, ainsi que pour la liquidation conventionnelle du régime, surtout en dehors de l'hypothèse d'un divorce ou d'une séparation judiciaire. Le droit comparé, tel qu'exposé par les rapports nationaux, suggère à la fois l'importance de la question de compétence et l'absence de solutions spécifiques.

D'un côté, la conclusion d'un contrat suppose généralement l'intervention d'une autorité publique. Si les rapports anglais, écossais et irlandais ne signalent l'existence d'aucune règle à cet égard, les rapports continentaux évoquent l'intervention obligatoire d'un notaire, rarement l'inscription dans un registre public (rapport portugais). D'un autre côté, les exigences des droits nationaux quant à la détermination de la compétence paraissent imprécises et, de toute façon, fort diverses.

Pour la conclusion du contrat, l'indication d'une autorité spécialement compétente est rare : c'est le cas en Allemagne, au profit du notaire de la résidence de l'un des époux. Dans les autres pays, la compétence de l'officier public peut être vue comme n'ayant d'autres limites que celles de son ressort territorial. Ainsi, les rapports belge et luxembourgeois montrent que le notaire peut acter le contrat de tout époux, national ou étranger, résidant dans l'État du for ou à l'étranger, du moment que l'acte soit passé dans ce ressort.

Pour la modification du régime, l'intervention d'une autorité publique est toujours nécessaire. C'est rarement un notaire (Allemagne, sauf en cas de désaccord des époux), le plus souvent un tribunal civil. Dans ce dernier cas, la compétence de ce tribunal est fixée en

fonction du lieu de la résidence des époux. Le rapport portugais précise que, même si une modification de régime est impossible en droit portugais, une modification basée sur un droit étranger déclaré applicable peut être faite dans ce pays, devant notaire.

En ce qui concerne la liquidation du régime, les pays étudiés ne présentent pas de règle spécifique. Une difficulté particulière peut surgir lorsque le droit national limite la compétence d'intervention des autorités nationales, que ce soit en matière de régime matrimonial ou de succession, aux seuls biens situés sur le territoire, à l'exclusion des biens situés à l'étranger. Comme le signale le rapport portugais, cette limitation porte préjudice aux couples internationaux. Dans un règlement qui se voudrait novateur et audacieux, ce problème devrait être abordé résolument.

Le règlement envisagé pourrait s'aligner sur la tendance du droit comparé, en ce qui concerne la conclusion du contrat de mariage, en prévoyant que celle-ci peut avoir lieu devant les autorités de tout État membre, à la demande des époux. Une solution de repli serait d'imposer un critère de rattachement, telle la résidence de l'un des époux au moment de la conclusion du contrat, comme le fait le texte dit *de Heidelberg*, de manière plus générale pour les demandes conjointes. Il est probable que la réponse à la question dépende aussi des solutions adoptées pour la reconnaissance des actes publics. Si cette reconnaissance est accordée aux mêmes conditions que pour un jugement, sans contrôle de la loi applicable, il est probable qu'il faille être rigoureux au stade de la compétence directe, du moins si le règlement envisagé ne s'accompagne pas de règles de conflit de lois communes.

Pourrait-on aller plus loin ? Chaque spécialiste continental convient que, pour les couples qui présentent des éléments étrangers dès la conclusion du mariage, il s'avère très utile de conclure un contrat de mariage. Dans certains États non membres de l'U.E. (comme au Mexique), quiconque se marie (donc même les nationaux) doit obligatoirement faire choix d'un régime matrimonial au plus tard au moment de la conclusion du mariage. Pourrait-on, dans le règlement envisagé, contraindre les couples dont un au moins des partenaires est de nationalité étrangère ou résidant habituellement à l'étranger de désigner obligatoirement la loi applicable à leur régime matrimonial, voire à choisir un régime secondaire bien précis ? Décider en ce sens, ce serait grandement contribuer à la prévisibilité des solutions juridiques et rendre un précieux service aux intéressés. Mais cela impliquerait que, dans chaque État membre, des autorités (notaires, officiers de l'état civil, responsables du registre civil...) soient désignées pour recevoir pareilles déclarations.

Pour la modification de régime, une règle plus stricte s'imposerait évidemment. Non seulement il convient d'assurer la sécurité juridique en fixant clairement les termes de la modification intervenue, mais il convient aussi de protéger les tiers par une information adéquate. En ce domaine comme en d'autres, tout est question de juste milieu. Vouloir une protection excessive des tiers, par la multiplication de procédures et de publicités, c'est paralyser la mutabilité conventionnelle. Se montrer trop laxiste, c'est donner aux tiers une illusion que leurs droits ou intérêts seront protégés.

Cette seconde exigence pourrait être rencontrée par le moyen d'un enregistrement public (voir le point suivant), après contrôle, par une autorité publique ou un juge de la légalité du changement et de son opportunité. En ce qui concerne le principe de l'intervention d'une autorité publique, le législateur communautaire devra déterminer s'il convient ou non d'exiger l'intervention d'une autorité juridictionnelle. Il devra également évoquer la compétence internationale de celle-ci. Il ne semble pas excessif d'exiger que la modification ait lieu soit dans l'État membre où le contrat de mariage originaire a été passé, soit dans celui

de la résidence commune des époux au moment de la modification. Il serait également utile d'évoquer le cas où l'homologation est demandée dans un pays autre que celui où l'acte modificatif a été passé.

Pour la liquidation du régime en dehors du cas d'une modification conventionnelle, l'intervention d'une autorité juridictionnelle ne paraît pas nécessaire dans les hypothèses non contentieuses. Une règle de compétence internationale devrait prévoir au moins que l'autorité saisie peut connaître de l'ensemble du patrimoine à liquider, quel que soit le lieu de localisation, tout en laissant aux autorités locales le soin de procéder à l'attribution des lots, selon des dispositions analogues à celles qui seraient arrêtées en matière de succession.

### *1.1.2. Enregistrement d'un contrat de mariage ou de sa modification*

Le droit comparé des pays étudiés établit une distinction entre l'intervention d'une autorité publique pour la passation d'un acte et la formalité d'une inscription dans un registre public. Parfois, la seconde se substitue à la première : c'est le cas, au Portugal, pour la

conclusion du contrat de mariage, lorsque les époux sont Portugais ou lorsque le mariage est célébré au Portugal. Le plus souvent, la formalité de l'enregistrement s'ajoute à la première : il s'agit d'une mention dans un registre d'état civil ou dans un registre de commerce lorsque les époux sont commerçants. En revanche, aucun des pays étudiés ne connaît de registre spécifique des régimes matrimoniaux, avec mention obligatoire des régimes conventionnels choisis par contrat de mariage ou mention de la soumission au régime légal.

Le contenu du règlement envisagé pourrait dépendre de deux perspectives distinctes.

Dans un premier cas de figure, aucune modification n'est apportée au droit matériel des États membres en ce qui concerne la formalité de l'enregistrement à des fins d'information. Il paraît alors difficile d'énoncer autre chose qu'une règle minimale donnant à chaque État la faculté d'organiser cette formalité selon sa législation nationale. Sans doute conviendrait-il d'ajouter que l'imposition d'une telle formalité par l'État ne saurait entraîner d'entrave injustifiée à la circulation des personnes ou des biens. Ainsi, on peut se demander si l'obligation, pour des époux portugais, de faire enregistrer leur contrat de mariage au Portugal alors même qu'ils résident à l'étranger, ne constitue pas une entrave injustifiée à la circulation intracommunautaire des personnes.

Dans un second cas de figure, le règlement envisagé contient des règles matérielles communes sur l'organisation d'une formalité d'enregistrement. Ces règles obligerait les États à prévoir un mécanisme d'inscription, dans un registre spécifique. Le degré de précision de ces règles pourrait varier selon que l'acte est un règlement ou une directive. Dans le second cas, celle-ci pourrait se contenter d'obliger l'État à prévoir un mécanisme quelconque d'enregistrement. Si l'acte envisagé est un règlement, il pourrait aller jusqu'à prévoir un enregistrement spécifiquement communautaire, qui ne se substituerait pas aux enregistrements nationaux éventuels mais compléterait le système. Soit, à l'image de ce que montre le droit de la propriété intellectuelle, un registre unique serait tenu par un organe communautaire, mais ce processus pourrait s'avérer très lourd au regard de la quantité de

données à traiter (encore que cela ne soit pas irréalisable, comme l'a démontré la mise en place d'un système international pour l'inscription des dispositions testamentaires : voir *infra*). Soit l'État est amené à tenir un registre unique sur son territoire, centralisant les données concernant, tantôt tout contrat conclu sur son territoire, tantôt uniquement les contrats pour lesquels les époux en feraient la demande, tantôt encore les seuls contrats transfrontières mais, dans ce dernier cas, un tel concept pourrait s'avérer difficile à mettre en œuvre. Il va de soi que, pour faciliter la consultation du registre, les données devront y figurer en une forme informatisée adéquate, un peu semblable aux « registres des inscriptions des dispositions testamentaires » organisés conformément à la Convention de Bâle, du 16 mai 1972, relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments.

En tout état de cause, le règlement envisagé devrait prévoir, dans le titre relatif à la reconnaissance des décisions et des actes publics étrangers, comme le fait le règlement dit « Bruxelles II » (art. 14, § 2), qu'aucune procédure n'est requise pour procéder à un enregistrement sur la base d'une telle décision ou d'un tel acte.

## **2. DROITS APPLICABLES**

Quand on envisage une harmonisation en ce domaine, une question évidente vient aussitôt à l'esprit : la Convention de La Haye du 14 mars 1978 ne devrait-elle pas être adoptée par tous les États membres de l'U.E., dès lors que cet instrument offre une solution « toute trouvée » aux problèmes ? On a vu plus haut (voir *supra*, Section I, point 2.4.1.1.) que l'espoir de voir ce texte intéresser d'autres États que les trois actuellement liés par lui est illusoire. On en a donné les raisons. Il faut être réaliste et accepter que cette Convention ne constitue pas la solution idéale. Mais on a relevé l'opportunité d'y puiser des idées heureuses pour l'élaboration d'un règlement européen.

Ainsi, l'expérience pratique des trois États liés par cet instrument n'exclut pas que certaines de ses règles pourraient bien convenir dans un règlement européen. Par exemple, la manière dont les époux pourraient désigner la loi applicable est d'une importance pratique considérable, tout comme la question de savoir quelles conditions et restrictions le règlement devrait prévoir. La Convention de La Haye de 1978 apporte à ce sujet des réponses approuvées par les praticiens des États parties à la convention.

D'autres solutions, consacrées dans des législations nationales ou par la jurisprudence d'États membres ou non membres de l'U.E., ont été tout autant appréciées dans ces États.

Envisageons successivement les problèmes de détermination des lois applicables au régime primaire et ceux relatifs, dans le même secteur du droit international privé, aux régimes secondaires, qu'il y ait ou non contrat de mariage, qu'il y ait ou non choix par les époux de la loi applicable. Voyons aussi quel est le domaine régi par ces lois et les difficultés d'application des règles de rattachement.

## 2.1. Régime primaire (droits et devoirs fondamentaux des époux)

### 2.1.1. Détermination des droits applicables

2.1.1.1. Rattachement de principe du régime primaire à la loi gouvernant les effets personnels du mariage

#### 2.1.1.1.1. Rejet du principe d'autonomie de la volonté des époux

S'il est une leçon qui se dégage nettement de l'examen des rapports nationaux dans leurs développements sur la loi applicable aux droits et devoirs fondamentaux des époux, c'est bien celle du rejet de l'autonomie de la volonté des conjoints dans un domaine où les lois internes se voient reconnaître généralement un caractère impératif, voire d'ordre public.

On ne peut, en effet, laisser à la libre volonté des époux – ou du mari habile à imposer son opinion à une épouse soumise ou sous influence, à moins que ce ne soit l'inverse – le soin de déterminer la loi qui régira des matières aussi importantes que la protection du logement familial, la contribution aux charges du mariage, le droit de percevoir les revenus professionnels, le droit d'accès aux comptes de dépôt...

Il ressort clairement de l'étude comparative des droits nationaux des États membres de l'U.E. que le régime matrimonial primaire se détache de la loi d'autonomie, alors que celle-ci est, comme on l'a vu (voir *supra*, Section II, point 2.3.2.1.) et comme on y reviendra (voir *infra*, cette Section, point 2.2.1.1.), parfaitement acceptable et acceptée dans les États membres pour le régime secondaire des époux.

#### 2.1.1.1.2. Rejet de la compétence de principe de la loi du for

Il ne paraît pas davantage acceptable pour la majorité des États membres de l'U.E. de soumettre en principe le régime matrimonial primaire dans son ensemble, sans aucune nuance, à la *lex fori*. Certes, dans les États qui, comme ceux de *Common Law* et même, dans une certaine mesure, en Italie, mettent d'abord l'accent sur la problématique de la compétence internationale, la tendance consiste à dire que si le tribunal de l'État se considère comme compétent pour connaître d'une action relative à un droit fondamental des époux, il ne doit plus se soucier du conflit de lois éventuel et peut se borner à statuer sur base de son propre droit interne. Cette solution présente assurément l'avantage de la simplicité ou, plus exactement, elle déplace la difficulté conflictuelle au niveau des règles de compétence juridictionnelle. Il est toutefois douteux que tous les États membres puissent s'y rallier sans objection ni réserve.

De même, il ne paraît guère réaliste de retenir la position des rares États membres qui arrivent au même résultat par un autre biais : celui de la classification globale du régime primaire dans les lois de police d'application territoriale. Tout comme il faudrait assurément rejeter la solution consistant à admettre l'appel systématique à l'exception d'ordre public en vue d'évincer toute règle étrangère sur les droits et devoirs des époux et la remplacer par la *lex fori*.

Sans nier les avantages pratiques éventuels que présenteraient ces possibilités, les auteurs du présent rapport lui préfèrent une solution plus nuancée et plus respectueuse des droits nationaux, solution dont voici les éléments et la justification.

#### 2.1.1.1.3. *Préférence pour le critère de la résidence habituelle*

Partons d'un constat. Les règles de droit matériel des États, membres ou non de l'U.E., que l'on rattache généralement au régime primaire se partagent selon deux directions.

Il y a d'abord les règles – les plus nombreuses – qui manifestent les liens étroits entre ce régime et les « effets personnels » du mariage. Citons comme exemple l'effet du mariage sur la capacité civile de chaque conjoint, le droit pour chaque époux de percevoir seul ses revenus, les limites dans lesquelles (sans préjudice des droits des tiers) un époux peut donner mandat à l'autre, l'obligation pour chacun des époux de contribuer aux charges du mariage, etc.

Il y a ensuite des règles – moins nombreuses – qui ont en vue les relations des époux avec les tiers, en particulier les créanciers du ménage ou d'un époux. Ces règles se caractérisent par leur applicabilité territoriale. On peut mentionner les dispositions protégeant le logement familial, le droit pour chaque époux d'ouvrir et de gérer un compte de dépôt de sommes ou de titres dans une institution financière ou d'y louer un coffre-fort et les règles impératives concernant la responsabilité des époux vis-à-vis des tiers (comme celles qui régissent l'opposabilité aux tiers des actes accomplis par un époux en qualité de mandataire ou délégué de l'autre).

Le règlement européen envisagé pourrait prendre appui sur cette distinction pour dégager d'abord une règle de rattachement de principe du régime primaire à la loi gouvernant les effets personnels du mariage, étant entendu que le facteur de rattachement devrait toujours être déterminé au moment auquel se produira l'effet juridique sollicité (et non pas systématiquement au moment du mariage, comme pour le régime secondaire). Cette règle de principe régirait tous les problèmes visés dans la première catégorie citée ci-dessus, et exclusivement ceux-ci. Viendraient ensuite les exceptions de la deuxième catégorie, classifiables comme lois de police.

Comment justifier cette solution ? Simplement par un autre constat : les principes fondamentaux de la réglementation des relations personnelles des époux qui, en droit interne, sont étendus à leurs relations patrimoniales « visent à concilier, d'une part, l'égalité des sexes ainsi que l'autonomie avec laquelle chaque époux doit pouvoir organiser sa vie professionnelle et gérer son patrimoine, et, d'autre part, le maintien d'un principe d'unité et de solidarité qui, en raison de la règle d'égalité, ne peut trouver son expression dans la prépondérance du mari sur sa femme ». <sup>239</sup> Mais comme ces principes ne sont pas affirmés avec la même force dans tous les systèmes de droit interne – surtout dans les États non membres de l'U.E. – il paraît opportun de tenir compte, dans une mesure raisonnable, de ces différences. Cette mesure sera évidemment celle, exceptionnelle, de l'ordre public de chaque État.

239 F. RIGAUX, op. cit., 1993, t. II, p. 447, n°1453.

La solution proposée implique de dire quel sera le critère « européen » de rattachement des effets personnels du mariage dans les États membres. Question évidemment délicate !

On pourrait songer à retenir le critère de la nationalité commune des époux.<sup>240</sup> Nous avons démontré plus haut qu'à l'heure actuelle, il présente souvent plus d'effectivité qu'autrefois, en raison de l'abandon de l'ancien système d'automaticité d'acquisition par la femme mariée de la nationalité de son mari. Puisque désormais, dans la plupart des États d'Europe, il doit y avoir une démarche volontaire d'un des conjoints désireux d'acquérir la nationalité de l'autre, la pertinence du critère de la nationalité commune apparaît bien plus nettement qu'auparavant. Par ailleurs, ce critère présente plus de stabilité que d'autres. On change moins aisément de nationalité que de domicile ou de résidence. Ce critère garantirait donc une plus grande permanence de la loi applicable en principe au régime primaire. Or il n'est guère opportun que cette loi puisse se modifier au gré des déménagements du couple d'un pays à l'autre.

Les auteurs du présent rapport savent cependant que certains États membres ne sont pas favorables au critère de la nationalité. Par ailleurs, si les époux n'ont pas de nationalité commune, le problème de la loi applicable demeure entier. La solution proposée par eux s'oriente donc plutôt vers le critère de la loi de la résidence habituelle commune des époux au moment où le conflit de lois doit être tranché. D'évidence, cette loi sera, dans l'écrasante majorité des cas, celle de l'État membre de l'U.E. sur le territoire duquel vivent les époux en cause. Par ailleurs, en cas de contentieux entre époux, ce sont souvent les tribunaux de cet État qui seront saisis de l'action d'un des conjoints, ce qui revient à dire que, le plus souvent, la loi de la résidence habituelle coïncidera avec la *lex fori*. Ce critère proposé présente donc bien des avantages, dont celui de coller le mieux avec la réalité sociale actuelle du couple. Pour reprendre une expression doctrinale consacrée, il s'agit d'un « critère de proximité ».

On proposera plus loin de retenir la même solution pour le régime secondaire, mais avec une nuance importante : il s'agira du critère de la résidence habituelle des époux *au moment du mariage*.

Pour éviter toute lacune législative en cas de défaillance du critère de principe (à savoir en cas d'inexistence d'une résidence habituelle commune), il conviendra de prévoir des critères subsidiaires. Pour les définir, on pourra s'inspirer de ceux prévus dans l'échelle de Kegel, qui furent repris dans la codification suisse ou dans le projet de codification belge (désignation de la loi des liens les plus étroits ; désignation de la loi nationale commune et, à défaut, de la *lex foret*).

#### 2.1.1.2. Rattachement exceptionnel de certains éléments du régime primaire aux lois de police d'application territoriale

La loi applicable au régime primaire telle qu'elle vient d'être proposée ne peut pas convenir à certains droits et devoirs fondamentaux des époux qui portent sur les rapports entre ceux-ci et les tiers. Intimement rattachés au territoire de l'État dans lequel s'inscrivent ces

<sup>240</sup> Si cette suggestion était retenue, encore faudrait-il préciser ce qu'il faut entendre par l'expression « nationalité commune ». La Convention de La Haye du 14 mars 1978 contient à ce sujet un article 15 qui précise dans quelles conditions, pour les besoins d'un rattachement effectif, une « nationalité commune des époux » sera prise en considération.

droits, ces éléments se rattachent manifestement le mieux aux « lois de police » (ou, selon une expression plus moderne, aux « lois d'application immédiate »), d'application territoriale. Comme l'a écrit un auteur, ces règles « répondent à un besoin évident de crédit public, de politique de logement et de protection de la famille du pays considéré et il y a lieu de s'y référer directement »<sup>241</sup>. Il n'est donc pas nécessaire ni justifié de faire appel à l'exception d'ordre public.

L'exemple le plus démonstratif est celui des dispositions – très généralisées dans les États membres, mais aussi loin d'être uniformes – protégeant le logement familial. Ces règles ont l'ambition de protéger tous les logements situés sur le territoire de l'État qui les édicte, quel que soit le régime matrimonial (secondaire) des époux et même quelle que soit la loi applicable en principe au régime primaire. L'intention des législateurs est bien de protéger le cadre de vie de tous les ménages (de toutes les familles, même) qui résident sur son territoire, que ces immeubles soient propriété des époux ou de l'un d'eux ou qu'ils soient loués. C'est donc bien la localisation du logement sur ce territoire qui est le critère de rattachement le plus adéquat, sans qu'il faille considérer la loi applicable en principe au régime primaire.

Imaginons le cas d'un couple mixte germano-étranger ayant à la fois une résidence familiale en Allemagne et à l'étranger et se partageant entre l'une ou l'autre, notamment pour des raisons professionnelles. Pourrait-on accepter que le mari puisse invoquer l'application de sa loi personnelle, moins protectrice du logement familial, plutôt que celle de la loi allemande, pour ce qui concerne la protection de la résidence familiale sise en Allemagne ?

Comme autres exemples de matières à rattacher aux lois de police, on peut citer les règles relatives en droit pour chaque époux d'ouvrir et gérer des comptes financiers. Il conviendrait aussi de donner à ces mesures une portée territoriale. Elles s'appliqueraient aux institutions bancaires pour les opérations localisées dans leurs agences établies sur le territoire de l'État qui édicte ces règles. On notera que celles-ci ne préjugent pas de la propriété des sommes ou titres ; cela relève du régime matrimonial secondaire des époux.

Pour en revenir à l'illustration précitée, on verrait mal qu'un époux étranger vivant en Allemagne et invoquant les dispositions de sa loi nationale, puisse interdire à une banque allemande d'ouvrir un compte sollicité sur la base de la demande de la seule épouse allemande de cet étranger.

Dernier exemple : l'obligation solidaire aux dettes contractées pour les besoins du ménage, qui couvrent divers droits nationaux, présente elle aussi un caractère territorial.

Elle devrait se rattacher à la loi du pays dans lequel un époux s'est engagé vis-à-vis des tiers. En pratique, cette loi coïncidera le plus souvent avec le pays dans lequel se localise la résidence conjugale<sup>242</sup>.

### 2.1.2. *Domaine des droits applicables au régime primaire*

241 G. DROZ, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé », op. cit., p. 90, n°104.

242 En ce sens : F. RIGAUX, op. cit., p. 447, n°1269.

Point n'est besoin d'insister longuement sur le domaine des droits applicables aux droits et devoirs fondamentaux des époux. Ceux-ci ont été clairement identifiés plus haut. Tout au plus peut-on recommander aux auteurs du futur règlement communautaire de veiller à bien exclure de la notion de « régime primaire » les règles qui portent exclusivement sur les relations personnelles entre époux et qui sont, comme telles, dépourvues de tout caractère patrimonial. Ainsi en est-il des mesures régissant le devoir de fidélité ou le devoir de cohabitation. De même serait-il peut-être opportun de rappeler la distinction entre incapacité de la femme mariée (connue encore dans quelques rares systèmes juridiques) et absence de pouvoir dans le cadre d'un régime matrimonial. Alors que le premier concept relève, le cas échéant, du régime primaire, le second touche le régime secondaire.

Et puisqu'il est question de cette vieille règle, encore en vigueur dans certains États, selon laquelle une femme majeure retombe, par le mariage, en état d'incapacité juridique, rappelons que, dans tous les États membres de l'U.E., l'invocation de l'exception d'ordre public permettra d'évincer ces règles étrangères contraires au principe d'égalité reconnue par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Il ne serait même pas nécessaire, dès lors, de mentionner dans le règlement envisagé ce principe d'éviction.

Voici une dernière remarque à propos des règles de conflit de lois régissant le régime primaire. On verra plus loin (voir *infra*, cette Section, point 4) que l'une des suggestions du présent rapport consiste à prévoir un embryon de régime primaire européen, commun aux États membres et concernant des règles fondamentales de droit interne. Si cette suggestion devait être retenue, la nécessité de prévoir des mesures de rattachement demeurerait nécessaire, pour deux motifs. D'abord, l'unification matérielle intra-communautaire ne serait jamais que partielle – « un embryon », comme dit ci-dessus – et, en outre, les normes de rattachement resteraient indispensables pour régler les conflits de lois entre ce « régime primaire européen » et ceux des États tiers.

## **2.2. Régimes secondaires (régime légal et régimes conventionnels)**

### *2.2.1. Détermination de la loi applicable*

#### 2.2.1.1. Principe d'autonomie de la volonté des époux

##### 2.2.1.1.1. Avant le mariage

Puisqu'une grande majorité d'États membres de l'U.E. fait déjà une large place à l'autonomie de la volonté des (futurs) époux, le règlement européen envisagé pourrait résolument s'orienter vers cette solution. On peut croire que même les États membres qui, dans leur droit positif actuel, se montrent réservés à cet égard accepteront sans répugnance de suivre cette voie. On en trouve un indice dans le fait suivant : lors des négociations préparatoires à la Convention de La Haye du 14 mars 1978, tous les États représentés à la conférence de La Haye purent marquer unanimement leur accord sur ce point. L'idée de recourir à l'autonomie et la volonté a gagné beaucoup de faveurs dans le domaine du statut

personnel <sup>243</sup> et patrimonial <sup>244</sup> et elle correspond ici à ce qui prévaut déjà dans le droit interne de la plupart des pays européens. Il paraît donc superflu de plaider davantage sur ce point.

Le vrai débat doit porter sur les limites à apporter à cette autonomie reconnue aux (futurs) époux. La lecture des rapports nationaux conduit, à ce propos, à conseiller un juste milieu entre la méfiance excessive et le libéralisme absolu. Que les époux puissent choisir leur régime matrimonial et fixer la loi qui lui sera applicable, fort bien. Mais pas n'importe quel régime dépourvu de liens objectifs avec la situation du couple ! Il convient donc de circonscrire le choix des (futurs) époux vers un rattachement législatif cohérent.

Sur ce point aussi, la Convention de La Haye de 1978 peut servir de source d'inspiration. Pour mémoire, l'article 3, alinéa 2 de cette Convention dispose que les époux ne peuvent désigner que :

1. la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;
3. la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage. »

Sans aller jusqu'à suggérer la reprise intégrale de cette disposition, les auteurs du présent rapport considèrent qu'elle pourrait assurément servir de base de discussion. Peut-être pourrait-on élargir quelque peu le choix de la loi applicable autant que celui du régime choisi ?

Consacrer un système d'autonomie de la volonté des époux par la reconnaissance de leur droit de déterminer la loi applicable à leur régime, c'est bien. Encore faut-il que la masse des gens ordinaires soient au courant de cette possibilité. Les États membres devraient donc, avec l'assistance des professionnels du droit (Organisations professionnelles des notaires, *Law Societies*,...), prendre des mesures appropriées pour informer le public – et surtout les personnes qui se marient sur leur territoire ou qui viennent s'y établir de la possibilité qui leur est ouverte par le règlement à propos du choix de la loi applicable à leur régime matrimonial et à la modification conventionnelle de ce choix.

De même, il faut que les (futurs) époux sachent comment formuler leur choix. Certes, le règlement futur devrait préciser, comme le fait l'article 11 de la Convention de La Haye de 1978, 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 ». Mais on pourrait aller plus loin et préciser, par exemple, devant quelles autorités doit être faite ladite désignation de loi : un notaire ou un *solicitor*, un officier de l'état civil (au plus tard au moment du mariage), un fonctionnaire de l'enregistrement...

#### 2.2.1.1.2. *Durant le mariage*

Plusieurs systèmes juridiques admettent que, tout comme le droit interne consacre la mutabilité du régime matrimonial durant le mariage, le droit international privé ne peut,

243 Voir à ce sujet J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

244 J.-Y. Carlier, « Les conventions en matières matrimoniales et successorales au regard des droits marocain, algérien, tunisien et turc », *Les relations contractuelles internationales*, Bruxelles, FRNB, 1995, pp. 689-709.

dans les relations internationales, bloquer les mutations conventionnelles du régime par simple application de l'exception de l'ordre public. Ils admettent ainsi que, dans une certaine mesure, la volonté des époux peut, durant le mariage, influencer le rattachement de leur régime matrimonial.

Comme les États membres de l'U.E. qui se montrent opposés à cette solution sont peu nombreux, on peut espérer et recommander sur ce point une assez grande souplesse. Pourquoi, par exemple, interdire à un couple qui change de nationalité ou de domicile d'adopter, par contrat de mariage, un régime matrimonial soumis à une nouvelle loi, qui serait celle de l'État sur le territoire duquel se situerait son nouveau cadre de vie ou qui serait celui de sa nouvelle nationalité ? Dès lors qu'il y aurait rupture définitive avec la loi de leur régime matrimonial originaire, pourquoi empêcher les époux qui changeraient de statut personnel d'adopter par contrat de mariage un nouveau régime matrimonial plus conforme à leur nouvelle situation juridique ?

En s'inspirant de l'article 6, alinéa 1<sup>er</sup> de la Convention du 14 mars 1978, dont la teneur ressemble à celle de l'article 3, alinéa 2 cité plus haut, on demeurerait dans la logique du système esquissé au point précédent : la mutabilité conventionnelle serait admise dans les mêmes limites que celles retenues pour la conclusion d'un contrat de mariage anténuptial.

#### 2.2.1.2. Unité ou scission de la loi applicable

Les rapports nationaux démontrent clairement que l'unanimité des États membres de l'U.E. sur cette question n'existe pas. Que conseiller, dès lors, aux futurs rédacteurs d'un règlement européen en la matière ?

On pourrait commencer par observer qu'une majorité significative des États membres penchent en faveur de l'unité de loi applicable au régime. On ajoutera ensuite que, dans une proposition d'harmonisation juridique, il faut reconnaître que le principe de l'unité a du bon en ce qu'il permet d'éviter l'éclatement du régime matrimonial par la soumission des époux à autant de lois qu'il existe d'immeubles (comme dans la matière des successions, pour les États favorables au système du morcellement connu du Code Napoléon). Comme l'écrit un auteur, dans la pratique, les époux « ne comprennent guère pourquoi leurs relations pécuniaires devraient être affectées par le fait qu'ils possèdent des biens situés dans des pays différents... Les époux se croiront, par exemple, communs ou séparés de biens, mais n'imagineront pas qu'ils puissent être communs en biens ici et séparés de biens là... »<sup>245</sup>. Si les valeurs de prévisibilité du droit et de sécurité juridique devaient ici prévaloir sur celle de la flexibilité des solutions, la solution unitaire s'imposerait d'elle-même. Encore faut-il se montrer sensible à la position minoritaire, qui a ses partisans, et tenter d'aboutir à un compromis.

Pour parvenir à un accord entre les États membres, peut-être conviendrait-il de retenir la solution consacrée par la Convention de La Haye de 1978. Celle-ci commence par affirmer le principe de l'unité : la loi désignée par les (futurs) époux « s'applique à l'ensemble de leurs biens » (art. 3, al. 3 et art. 6, al. 2). Puis, la Convention reconnaît, tant pour le contrat de mariage originaire que pour le contrat modificatif, une faculté pour les époux de désigner

245 G. DROZ, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé », op. cit., p. 121, n° 142.

« en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation ».

L'objection de surprise des époux devant le morcellement du régime tombe ici, puisque ce sont ces époux eux-mêmes qui prennent la décision. On peut croire que les nationaux d'États membres habitués à un système unitaire de régime matrimonial ne seront pas fort enclins d'user de la faculté ainsi offerte et que ce sont surtout les conjoints originaires de pays de *Commun Law* qui, habitués à ce système de scission, en feront usage. Le compromis de La Haye paraît, toute réflexion faite, assez habile, même s'il soulève une difficulté de taille : l'information des tiers sur le régime applicable à chacun des biens immeubles.

### 2.2.1.3. Situation des époux qui n'ont pas manifesté leur volonté

#### 2.2.1.3.1. *Facteur de rattachement principal*

Si le règlement envisagé prévoit, à titre principal, l'application au régime matrimonial de la loi choisie par les parties, il doit aussi prévoir que beaucoup de (futurs) époux omettront d'user de cette faculté. A défaut de choix de la loi applicable par les parties, le législateur peut hésiter, en soi, entre deux solutions. L'une consiste à retenir le critère de la nationalité commune des parties. L'autre consiste à y préférer le critère de la résidence commune des parties.

Le critère de la nationalité commune correspond à une solution traditionnelle dans nombre d'États membres. Le plus souvent, la solution résulte d'un lien établi entre le rattachement du régime secondaire et les effets du mariage. Or, ces effets, comme la formation même du mariage, étant soumis, dans ces pays, au principe de la nationalité, il est apparu assez naturel d'énoncer la règle de l'application de la loi de la nationalité commune pour le régime secondaire.

Une préférence pour le critère de la résidence commune des parties — plus précisément la première résidence, acquise directement après la conclusion du mariage - apparaît dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978 (art. 4, al. 1er). L'adoption de cette solution nouvelle n'a pas été sans difficulté, comme en témoignent les termes complexes de l'alinéa 2 de l'article 4 qui, sous des conditions particulières, ouvrent la possibilité d'un retour à la loi nationale commune (voir *supra*, les développements sur les sources, qui exposent en général le système de la convention).

Il est proposé de prendre pour point de départ le principe exprimé par la Convention de La Haye, en faveur de la première résidence conjugale, mais sans permettre les dérogations envisagées par la Convention. Les avantages du critère de la résidence exposés ci-dessus à propos du régime primaire (voir *supra*, point 2.1.1.1.3.) valent également pour le régime secondaire. La solution est dans la ligne de l'importance croissante du principe de proximité dans le droit des conflits de lois. Concrètement, elle assure la désignation de la loi qui correspond le mieux à l'intégration socio-économique du couple. Cette considération reçoit un poids encore plus important pour le régime secondaire que pour le régime primaire. Pour celui-ci en effet, on a vu que certaines considérations tenant à la nécessité de protéger impérativement les intérêts de l'une des parties ou les intérêts du ménage pouvaient encore traduire un élément de souveraineté, exprimant une emprise de l'État sur les conditions de vie

des citoyens. Pour le régime secondaire, la consécration de l'autonomie de la volonté, évoquée ci-dessus, confirme que le principe de souveraineté n'occupe plus une place centrale en cette matière. Un tel constat est assurément en harmonie avec les exigences du marché intérieur.

De plus, la critère de résidence, qui est d'ordre factuel, se prête à une interprétation autonome, alors qu'il en va différemment de la nationalité. Pour rappel, il est admis en droit communautaire que la nationalité d'une personne physique se détermine en vertu de la loi de l'Etat en cause. Par conséquent, un facteur de rattachement basé sur la nationalité laisserait en pratique aux Etats membres le soin de fixer la portée exacte du facteur de rattachement retenu, par le biais des législations nationales relatives aux conditions d'attribution de la nationalité.

#### *2.2.1.3.2. Facteurs de rattachement subsidiaire*

Si le critère de la résidence conjugale devait être retenu, il conviendrait de prévoir une solution subsidiaire, pour le cas où un tel critère ferait défaut ou serait impossible à déterminer. A vrai dire, un tel cas serait plutôt exceptionnel. Il est normal que directement après le mariage, les époux s'installent en un lieu unique, la résidence conjugale. Il se peut qu'ils commencent par voyager quelque temps avant de se fixer, mais arrive le plus souvent un moment où le couple se fixe pour la première fois.

Ce constat montre un avantage de la résidence sur la nationalité comme règle principale de rattachement : il est beaucoup moins fréquent que les époux aient la même nationalité au moment du mariage, de sorte que, si le facteur de la nationalité commune venait à être retenu, il serait fait un usage fréquent de la solution subsidiaire, ce qui constitue un élément de complication.

Pour les cas exceptionnels où fait défaut le rattachement principal retenu, le législateur peut hésiter entre quatre solutions subsidiaires, à savoir la désignation de la *lex fori*, de la loi du lieu de célébration du mariage, de la loi de nationalité commune, de la loi du pays avec lequel la situation présente les liens les plus étroits.

D'emblée, l'application de la *lex fori* devrait être rejetée. Cette solution est particulariste en ce sens qu'elle privilégie l'application de la loi du juge au détriment d'un droit étranger, ce qui est paradoxal dans un processus d'unification du droit. Surtout, cette solution confère une importance trop grande au choix du juge, elle rend la règle imprévisible en l'absence de saisine d'un juge et n'offre aucune indication à l'officier public.

La solution des liens les plus étroits est à première vue séduisante, car elle explicite le principe de proximité qui est sous-jacent à la règle de conflit de lois proposée. Elle est retenue par la loi suisse de droit international privé. Elle comporte cependant l'inconvénient de l'imprévisibilité, puisqu'elle laisse une liberté d'appréciation large à l'autorité saisie: comme la solution précédente, la désignation de la loi applicable dépendrait pratiquement de la saisine d'un juge.

La solution de la nationalité commune présente une perspective intéressante. Elle est retenue par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 (art. 4, al. 2, 3°). En quelque sorte, elle consiste en une inversion de l'échelle de Kegel traditionnelle, ce qui suggère qu'elle ne s'écarte pas trop des concepts connus par les droits nationaux des Etats membres. En retenant

ce facteur de rattachement, le législateur supposerait que la nationalité commune constitue un indice déterminant de proximité à défaut de résidence commune.

La solution du lieu de célébration du mariage comporte l'avantage de la sécurité juridique, puisque ce lieu est par définition connu dès l'origine. Il peut aussi répondre à une certaine attente des parties, qui peuvent croire légitimement qu'elles sont soumises au droit de ce pays, mais cette considération est loin d'être certaine. Cette solution comporte l'inconvénient que ce lieu peut être fortuit, surtout dans un espace sans frontières intérieures. Les époux peuvent choisir ce lieu sans aucune relation avec le centre de leurs intérêts. Cette solution, si elle devait être retenue comme premier rattachement subsidiaire, risquerait de ne pas répondre exactement à un principe de proximité.

En revanche, le lieu de célébration pourrait être pertinent, à défaut de tout autre, en cas d'absence de nationalité commune. On peut penser que dans les cas extrêmement rares où il n'y a ni résidence commune ni nationalité commune directement après le mariage, le lieu de célébration peut traduire un rattachement pertinent, le moins tenu par rapport à d'autres qui seraient envisageables.

#### 2.2.1.4. Rejet de la théorie du renvoi

La tendance actuelle d'exclusion de la théorie du renvoi dans les conventions internationales est très marquée. La plupart des conventions de La Haye conclues depuis un demi-siècle écartent expressément ce mécanisme, en donnant compétence à la « loi interne » du pays auquel la situation est rattachée. Cette formule apparaît ainsi dans la Convention du 14 mars 1978, dès l'article 3 : « Le régime matrimonial est soumis à la *loi interne* désignée par les époux avant le mariage ». Pour éviter les répétitions fastidieuses du prédicat « interne », il fut omis dans d'autres articles de la convention, dans lesquels on se référerait simplement à une loi déjà désignée en vertu d'une autre disposition. Mais le doute est exclu : il y a bien eu rejet du renvoi dans cet instrument.

Dans des textes en vigueur au sein des Communautés européennes, le même phénomène de rejet se constate. Ainsi, l'article 15 de la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles exclut le renvoi par une disposition particulière : « Lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé ». De même, la Directive 2002/47, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière, contient un article 9 ainsi libellé : « La référence à la loi du pays désigne le droit interne de ce pays, nonobstant toute règle stipulant que la question considérée doit être tranchée selon la loi d'un autre pays. »

Le tableau synoptique des positions nationales sur le renvoi (voir *supra*, p. 152) montre bien que la théorie du renvoi n'est pas connue, en matière de régimes matrimoniaux, d'un grand nombre d'États membres de l'U.E. Sans nier qu'elle puisse parfois favoriser l'harmonie internationale des solutions, force est de reconnaître que, dans les États qui l'admettent, le mécanisme entraîne un effet perturbateur de la prévisibilité du droit, car il ne s'y applique pas systématiquement dans toutes les situations où les circonstances de fait et de droit permettraient sa mise en œuvre. C'est bel et bien un élément de complication.

Tant la place laissée à l'autonomie de la volonté des époux que la souplesse proposée par les modifications volontaires des régimes matrimoniaux conduisent les experts chargés de préparer le présent rapport à se rallier ici à la politique d'exclusion du renvoi. Dans d'autres matières, sans doute, telle celle des successions internationales, le doute sur l'utilité de retenir le mécanisme est permis. Pour les régimes matrimoniaux, le recours au renvoi ne peut être conseillé. Il perturbe trop la prévisibilité du droit applicable – donc du régime – dans l'esprit des époux.

Plutôt que de s'en tenir à la technique d'exclusion du renvoi (prônée dans les conventions de La Haye, par la simple adjonction du prédicat « interne » dans la désignation du droit applicable (méthode qui fut critiquée en doctrine), il paraît préférable de reprendre dans le règlement envisagé une formule similaire à celle de la Convention de Rome sur les obligations contractuelles, citée plus haut (et non celle de la Directive 2002/47, qui emploie aussi le prédicat « interne » qui, bien que consacré par l'usage, est impropre).

### 2.2.1.3. Rejet de toute modification automatique en cas de conflit mobile

On a dit à diverses reprises que la principale faiblesse – encore que virtuelle – de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 réside dans le système, qu'elle instaure, d'une modification automatique de la loi applicable au régime matrimonial. Condamnable dans son principe, ce système – prévu à l'article 7 – et d'autant plus critiquable qu'il est en outre bien compliqué. Condamnable en principe car il va surprendre bien des couples qui seront fort étonnés d'apprendre qu'ils vivent en séparation de biens alors qu'ils avaient l'assurance de se trouver communs en biens, ou vice-versa. Compliqué parce que les critères de sa mise en œuvre sont à la fois spatiaux (transfert de résidence habituelle) et temporels (un délai de dix années de résidence habituelle est prévu).

Dès lors que le centre de gravité du Règlement communautaire serait le principe d'autonomie de la volonté et que les époux se verraient reconnaître le droit de décider eux-mêmes, à tout moment durant le mariage, de procéder à un changement volontaire de régime, pourquoi faudrait-il leur imposer un système de mutabilité automatique et compliquer les choses ? On objectera que, si les époux n'ont pas désigné au départ la loi applicable au régime, ils n'y songeront pas davantage plus tard et, donc, la loi doit imposer une adaptation automatique du régime lorsque, en cas de conflit mobile, les époux vivent et se sont intégrés dans un autre État que celui du temps de la célébration nuptiale. C'est mal connaître les réalités de la pratique. Dans les pays favorables au principe de mutabilité conventionnelle, il apparaît que la plupart des demandes de changement de régime concernent des couples qui n'avaient pas, auparavant, conclu des conventions matrimoniales.

Les auteurs de ce rapport pensent devoir conseiller sur ce point un rejet de toute mutation automatique, intervenant en cas de conflit mobile, après un certain délai.

Si des émigrants ont l'intention de s'établir définitivement dans un nouvel État membre, ils doivent pouvoir décider eux-mêmes du changement de leur régime matrimonial. Peut-être envisageront-ils de retourner, à l'âge de la retraite, vivre dans leur pays d'origine – les faits témoignent que cette situation n'est pas exceptionnelle – ou peut-être ont-ils coupés définitivement les ponts avec ce pays ? C'est bien à eux de décider du sort de leur patrimoine.

### 2.2.2. *Domaine de la loi applicable*

#### 2.2.2.1. Matières régies par la loi du régime matrimonial

La loi du régime matrimonial déterminera évidemment tous les éléments essentiels du régime, à savoir ceux qui portent sur la composition active et passive du patrimoine mobilier et immobilier de chaque époux, ainsi que de l'éventuel patrimoine commun si le régime est de nature communautaire. La même loi déterminera les pouvoirs de chaque époux sur son patrimoine et sur le patrimoine commun éventuel. Elle dira dans quel cas il y a gestion exclusive, concurrente ou conjointe du patrimoine commun, tout comme dans quel cas il y aura possibilité de gestion par un époux de tout ou partie du patrimoine de l'autre.

En particulier, des questions très pratiques telle que la propriété des acquêts, des biens provenant de l'industrie des époux, des revenus mobiliers, immobiliers et professionnels, seront régies par la loi du régime. La difficile question de la preuve du caractère propre ou commun relèvera de la même loi, du même que le sort des dettes des époux ou du ménage.

C'est encore la loi du régime qu'il faudra consulter pour connaître les dispositions régissant la dissolution de la communauté, lorsqu'elle existera, avec toutes les règles de liquidation et partage, sous réserve, certes, des dispositions sur la procédure judiciaire de partage, traditionnellement réservée à la loi du tribunal saisi.

Faut-il dans le règlement envisagé, prévoir un catalogue formel des matières tombant sous l'emprise de la loi applicable au régime matrimonial ? La Convention de La Haye du 14 mars 1978 ne contient rien de la sorte. Par contre, on trouve de pareilles listes dans des codifications nationales de droit international privé. Sans doute serait-il utile, pour la bonne information des praticiens du droit comme des particuliers, de dire quelque chose à ce sujet, mais en prenant soin de présenter la règle en forme d'inventaire exemplatif. En s'inspirant de la codification belge en projet, l'article du règlement concerné à ce sujet pourrait débiter comme suit : « Le droit désigné à l'article... détermine, notamment :... »

Fournir dans le Règlement envisagé une liste des autres matières non soumises à la loi applicable au régime matrimonial, même si la liste n'est présentée qu'en forme exemplative, ne paraît guère utile. En effet, c'est dans la détermination du champ d'application du Règlement lui-même que, sur ce point, l'essentiel doit être dit. Dès lors que, dès le début du Règlement, il aura été précisé que des domaines tels que les obligations alimentaires entre époux, les pensions sociales, etc. sont exclues du domaine d'application du Règlement, il n'est plus nécessaire de prévoir, au titre de la loi applicable au régime secondaire, des exclusions du domaine de loi applicable.

#### 2.2.2.2. Matières soumises à d'autres droits

##### 2.2.2.2.1. *Forme du contrat de mariage*

Le règlement européen devrait se prononcer sur la loi applicable à la forme des contrats de mariage, qu'il s'agisse de conventions anténuptiales ou de contrats modificatifs d'un régime antérieur. Sur ce point, il faut conseiller aux rédacteurs du futur règlement une solution de souplesse, inspirée du caractère alternatif de la première phrase de l'article 12 de

la Convention de La Haye du 14 mars 1978 (reprise dans diverses codifications nationales de droit international privé). Se montrer trop restrictif et exiger l'application impérative de l'adage *locus regit actum* à la forme du contrat (comme, très souvent, à la forme de l'acte de mariage signé lors de la célébration nuptiale) n'est guère à conseiller. Cela ne correspondrait pas à la position actuelle du droit international privé des États membres. Puisque, dans la majorité de ces États, les époux peuvent actuellement soumettre leur contrat de mariage aux formes de la loi du lieu de rédaction comme à celles de la loi applicable au fond du régime matrimonial, pourquoi ne pas retenir cette solution ?

L'idée d'assortir cette règle de conflit de lois alternative d'une autre règle, de nature matérielle, comme dans l'article 12 de la Convention de La Haye de 1978, n'est certes pas à rejeter : « Le contrat de mariage doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux ». Ceci règle du même coup le problème de la preuve des conventions matrimoniales et exclut le système des conventions verbales. On pourrait même aller plus loin et exiger que le contrat soit passé devant une autorité publique. Dans l'état actuel du droit interne des États membres, cela ne changerait pas grand-chose. En revanche, le système des contrats de mariage sous seing privé, source de difficultés juridiques, serait ainsi condamné au sein de l'Union Européenne, même à l'égard d'époux ressortissants d'États qui admettent ce système ou d'époux résidant habituellement dans un de ces États.

Faut-il aller plus loin et, par exemple, exiger la présence personnelle des (futurs) conjoints à la signature du contrat ? Ce serait empêcher le recours à des procurations, donc interdire une souplesse qui peut s'avérer utile dans les relations privées internationales, surtout si l'on rejette les contrats sous seing privé. Nous ne pensons pas que cette exigence de comparution en personne soit indispensable.

Il ne serait sans doute pas inutile d'annexer au règlement envisagé une liste, par État membre, des autorités compétentes pour recevoir des contrats de mariage et leurs modifications.

#### 2.2.2.2.2. *Capacité et consentement des (futurs) époux*

Comme pour tout contrat, les conventions matrimoniales soulèvent des questions de capacité générale des contractants et de consentement. Le fait que le contrat de mariage se situe dans le cadre des rapports de famille ne devrait pas avoir d'incidence sur ces questions d'ordre général.

La quasi-totalité des États membres de l'U.E. fait actuellement application, en ces matières, de la loi personnelles des (futurs) époux : soit la loi nationale de chacun d'eux dans les États favorables au critère de la nationalité, soit la loi du domicile de chacun d'eux dans les pays de *Common Law*. L'ancien débat jurisprudentiel anglais, marqué par l'hésitation entre la *proper law of the contract* et la loi du domicile, semble aujourd'hui dépassé.

Il ne paraît donc pas qu'il y ait, sur ce point, d'hésitation sur la solution à retenir. Mais on pourrait ne point s'entendre sur la tactique à suivre : faut-il ou non trancher *expressis verbis* cette difficulté dans le règlement projeté ou, plus simplement, à l'image de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, décider que le règlement ne s'applique pas à la capacité des époux ? On laisserait ainsi la question ouverte et il appartiendrait au droit international privé de chaque État membre de la trancher par ses propres règles nationales de

conflit de lois. Rappelons cependant qu'aux termes de l'article 10 de la Convention de La Haye de 1978, « Les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi ». La Convention se prononce donc sur la loi régissant le consentement, mais exclut la capacité des époux de son domaine d'application. Les travaux préparatoires et la Convention justifient cette position de manière peu convaincante : « Il a paru expédient d'exclure de façon générale les questions de capacité du domaine de la Convention »<sup>246</sup>.

On peut conseiller aux auteurs des futurs règlements de se montrer plus audacieux et, par souci de sécurité et de prévisibilité de droit, d'exprimer clairement l'idée selon laquelle la capacité des contractants de conclure un contrat de mariage relève de leur statut personnel. Une telle règle n'énoncerait pas forcément une préférence pour la nationalité ou pour le domicile en cette matière, mais signifierait seulement que l'autorité saisie doit se référer à la loi qui régit le statut de la personne selon son propre système de conflit de lois.

Pour le consentement, le principe d'une référence à la loi qui régit le rapport juridique correspond à une tendance en droit international privé, comme le confirme, outre la Convention de La Haye précitée, la Convention de Rome du 19 juin 1980 (art. 8, § 1er). Il s'agit en effet d'une question concernant la formation du contrat et, à ce titre, elle appartient à un élément central du rattachement contractuel.

La question est de savoir s'il convient d'ajouter un second critère, soit de manière alternative afin de favoriser la validité du consentement, soit de manière cumulative afin de faciliter la preuve qu'une partie n'a pas consenti. Deux critères peuvent être envisagés, soit une référence à la loi qui régit le statut personnel, comme pour la capacité, soit la résidence de la partie dont le consentement est en cause, comme le prévoit la Convention de Rome. Celle-ci utilise la technique de la règle cumulative: le consentement n'est valable que s'il l'est selon la loi qui régit le rapport juridique et selon la loi de la résidence de la personne qui prétend ne pas avoir consenti (art. 8, § 2).

Il semble que l'établissement d'une règle facilitant la preuve de l'absence de consentement d'une des parties s'impose moins à propos du contrat de mariage qu'à propos d'un contrat commercial. En effet, un tel contrat sera normalement passé devant une autorité publique, et celle-ci veillera normalement à s'assurer de la réalité du consentement.

Une règle visant à favoriser la validité du consentement en prévoyant que celui-ci est parfait s'il répond soit à la loi qui régit le contrat de mariage soit à la loi qui régit le statut personnel, contribuerait à assurer la sécurité des transactions en limitant la possibilité de mettre en cause le contrat qui a été conclu, le plus souvent devant une autorité publique. L'adoption d'une telle règle dépend toutefois des aléas de négociations politiques. Elle serait d'autant plus difficile à obtenir qu'elle ne correspond pas à une pratique en droit comparé.

### 2.2.3 *Effets du régime matrimonial à l'égard des tiers*

La question des effets à l'égard des tiers de la loi au régime matrimonial se pose en droit interne lorsque les époux ont choisi un régime conventionnel. Pour ceux qui sont mariés

<sup>246</sup> Actes et Documents de la troisième session, t. II : Régimes matrimoniaux, La Haye, Bureau permanent de la Conférence, 1978, p. 355.

sans contrat étant soumis de plein droit au régime légal, les tiers sont supposés connaître la loi. Encore faut-il qu'ils sachent que les époux n'ont pas conclu de conventions matrimoniales. Les États prévoient à ce sujet une information par mention dans l'acte de mariage ou en marge de celui-ci.

Dans les relations privées internationales, le problème des effets vis-à-vis des tiers de la loi régissant le régime matrimonial présente plus d'acuité. Pour les tiers avec lesquels les conjoints sont amenés à contracter, il importe de savoir avec certitude si ces époux sont, par exemple, mariés sous un régime de communauté universelle ou de séparation de biens pure et simple : « L'existence d'une communauté étendue fera que, les dettes étant communes, les créanciers d'un conjoint diminueront le gage des créanciers de l'autre. Mais dans le cas d'une séparation, le patrimoine apparent d'un époux, source de son crédit, pourra s'envoler en fumée si l'on établit que, pour l'essentiel, les biens sont propriété personnelle de l'autre conjoint ! »<sup>247</sup>

Comme le patrimoine des époux peut être dispersé sur le territoire de plusieurs États et comme il serait possible, comme on l'a vu (voir *supra*, cette Section, point 2.2.1.2.) que des immeubles ait été volontairement soumis à d'autres lois que celles régissant en principe le régime matrimonial, il importe d'organiser un système permettant aux tiers d'être tenus au courant de la loi applicable au régime matrimonial des conjoints et à leurs immeubles, dans les relations privées internationales.

Plutôt que d'envisager la solution en termes de règles de conflits de lois, les auteurs de ce rapport préfèrent une approche liée à la reconnaissance des actes publics, puisque le choix de la loi applicable par les époux se ferait nécessairement par ce biais. L'idée d'un « registre européen des régimes matrimoniaux » sera donc évoquée plus loin, dans son contexte approprié (voir *infra*, cette Section, point 3.5.2.).

S'il fallait néanmoins aller plus loin et prévoir une règle de conflit de lois dans le but de préciser la loi applicable à la protection des tiers, il serait possible de reprendre, à l'article 9 de la Convention de La Haye de 1978, l'idée selon laquelle, « les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu (du Règlement) ». En revanche, la faculté ouverte dans cet article aux États en matière d'inopposabilité aux tiers d'un régime matrimonial ne devrait pas être retenu comme telle. Plutôt qu'une faculté, on préférerait une règle prévoyant cet effet d'inopposabilité au cas où l'enregistrement et la publicité au « registre européen » auraient été omises.

### **3. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES DÉCISIONS ET DES ACTES ÉTRANGERS**

#### **3.1. Notion de « décisions étrangères »**

##### *3.1.1. Transposition des solutions du Règlement dit « Bruxelles I »*

Tout instrument communautaire ayant pour objet d'harmoniser les règles de droit international privé applicables aux régimes matrimoniaux dans l'espace européen procédera naturellement par une distinction entre la méthode des règles (conflit de lois) et celle des décisions (conflit d'autorités et de juridictions). Cette distinction, qu'implique la nature même des choses (la distinction entre le juge compétent et la loi applicable), est connue dans tous les États membres de l'Union, et elle ne semble pas, en soi, poser de difficulté. Comme on le sait, les Règlements de Bruxelles I et de Bruxelles II relèvent plutôt de la seconde branche : ils identifient le juge compétent (détermination de la compétence judiciaire) et règlent les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. Cette dernière méthode est aussi appelée méthode de la reconnaissance d'efficacité.

L'élaboration, dans un instrument communautaire ayant pour objet d'harmoniser les règles de droit international privé en matière de régimes matrimoniaux ou d'arrangements patrimoniaux entre époux, du chapitre relatif à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères pourrait de prime abord s'avérer relativement simple. Elle pourrait, en effet, s'agissant d'une matière traditionnellement familiale et, comme telle, exclue du champ d'application du Règlement de Bruxelles I, s'inspirer largement des principes retenus par le Règlement de Bruxelles II, en ses articles 14 et suivants. L'on y reviendra donc ci-dessous. Ce Règlement forme sans doute la base au départ de laquelle un droit international privé européen est appelé à se développer, dans les matières familiales.

##### *3.1.2. Attention particulière portée au caractère volontaire de la matière des régimes matrimoniaux*

Dès l'abord, cependant, il faut relever une caractéristique d'importance de la matière des régimes matrimoniaux, révélée du reste moins par la comparaison des règles de droit international privé des différents États (analyse comparative, chap. II) que par celle de leurs règles de droit interne (chap. Ier de la même analyse). Il est que cette matière présente un tour essentiellement gracieux, ou non contentieux, au moins originellement : tout le droit des régimes matrimoniaux se développe en effet au départ des accords que les époux prennent entre eux, et qui les engagera, tout au long de leur mariage, entre eux, et à l'égard des tiers avec lesquels ils contracteront ou pourront engager leur responsabilité.

Cette matière relève de l'autonomie de la volonté; elle présente un caractère essentiellement contractuel, à telle enseigne qu'il ne se trouve pas un État membre de l'Union qui dénie à deux futurs époux de régler par avance leurs relations patrimoniales, et que le régime matrimonial légal, s'il existe, présente partout un caractère essentiellement supplétif, sous la réserve des droits et des obligations qui s'imposent à tous les époux au titre du «régime matrimonial primaire». Ce caractère essentiellement contractuel rejaillit naturellement, dans les relations internationales privées. L'analyse comparative révèle du

reste qu'en de nombreux États, encore, la loi applicable au régime matrimonial secondaire relève de l'autonomie de la volonté et que ce n'est qu'à défaut de choix de la loi applicable qu'une loi est désignée d'autorité par les règles de conflit, encore s'agit-il parfois de prendre acte, seulement, du choix opéré tacitement par les époux (cfr. la France et le Grand-Duché de Luxembourg).

### 3.1.3. *Distinction entre décisions contentieuses et gracieuses*

Cet aspect essentiellement conventionnel des régimes matrimoniaux, déjà relevé dans le préambule des «propositions d'harmonisation» qu'avait présentées le présent groupe de travail, rejaillit, aussi, sur le contentieux judiciaire. Il se traduit par l'abondance, dans la matière des régimes matrimoniaux, des décisions judiciaires gracieuses, d'une part, et des actes publics, d'autre part. Les problèmes ne sont pas tant dans la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires contentieuses, celles qui mettent fin, provisoirement ou définitivement, à un litige qui voit s'opposer des intérêts contradictoires. En ces matières, le Règlement de Bruxelles II offre des pistes de solution qui, comme on va le voir, peuvent être largement suivies. Ils sont plutôt dans le sort qu'il convient de réserver aux agissements privés des parties, dont celles-ci ont obtenu la reconnaissance judiciaire, au terme d'une procédure gracieuse d'autorisation ou d'homologation, ou auxquels elles ont donné un caractère d'authenticité, parce que la loi applicable à leur régime matrimonial - loi applicable à la forme, ou loi applicable au fond : cela n'est pas en discussion ici - leur commandait de le faire. Et à ce dernier égard, la question ne manque pas de se poser de savoir s'il est opportun de transposer, purement et simplement, aux manifestations de volonté des parties, à leurs décisions privées, les solutions que les Règlements de Bruxelles présentent en matière de reconnaissance d'efficacité des décisions judiciaires étrangères, ou s'il faut élaborer plutôt des règles originales, adaptées au caractère essentiellement volontaire de la matière.

L'on sait que le Règlement de Bruxelles II, en matière de dissolution du lien conjugal et de responsabilité parentale à l'égard des enfants communs, a fait largement l'impasse sur cette question, les décisions judiciaires gracieuses et les actes publics ont pour l'essentiel été reconduits au régime des décisions judiciaires contentieuses. L'on peut gager que la raison principale s'en trouve dans leur relative rareté, dans des matières où les conflits entre parties sont généralement avérés. Du moins, lorsqu'il y a place pour une manifestation de volonté et des accords transactionnels, existe-t-il, dans la plupart des systèmes nationaux, un contrôle judiciaire relativement invasif, pouvant conduire les époux à revoir pour des raisons liées à l'ordre public et aux intérêts des enfants, essentiellement, les arrangements qu'ils ont pu prendre entre eux. La plupart du temps, d'ailleurs, les époux qui décident même de se séparer ou de divorcer de commun accord ne peuvent prendre seuls les décisions relatives à leurs enfants, mais avec le concours d'une autorité judiciaire ou administrative, ce qui donne, somme toute, à la décision gracieuse ou à l'acte public l'allure ou, à tout le moins, les garanties, de la procédure contentieuse, puisque la société, c'est-à-dire l'intérêt général, y est intervenue. Les choses en vont différemment, dans le domaine des arrangements patrimoniaux.

La place laissée à l'autonomie de la volonté y est plus ample, moins contrôlée et elle va croissante, comme l'analyse comparée des droits internes l'a montré, puisqu'il est de plus en plus permis aux époux, non seulement de choisir, avant leur mariage, le régime qui réglera leurs rapports patrimoniaux, mais même aussi, ultérieurement, d'en changer.

### 3.2. Régime des décisions contentieuses

#### 3.2.1. *Types de décisions visées*

Des décisions contentieuses en matière de régimes matrimoniaux, il en est, certes, de nombreuses, qui tranchent un litige dans lequel s'affrontent des intérêts contradictoires.

Ainsi, notamment, des décisions qui commanderaient ou ordonneraient à l'un ou l'autre des époux de poser tel ou tel acte déterminé, ou lui interdiraient de le faire, contre son avis ou celui de son conjoint. L'on songe, en particulier, aux décisions rendues, dans le cours du mariage, à propos des pouvoirs de gestion des époux : ainsi, les décisions statuant sur les droits que les époux prétendraient avoir sur l'immeuble affecté au logement principal de la famille et les meubles qui le garnissent – notamment en termes de droits disposition –, ou ceux qu'ils prétendraient avoir de gérer, l'un à l'insu ou à l'exclusion de l'autre, tel ou tel avoir mobilier ou déposé en banque. Ou bien encore aux décisions levant l'obstacle que l'un ou l'autre des époux posait à l'aliénation de tel ou tel bien dépendant du patrimoine conjugal, à celles prononçant l'annulation de pareils actes, ou à celles conférant à l'un des deux époux un mandat de gestion exclusif, général ou limité, à l'endroit du patrimoine conjugal ou de celui, propre, de son conjoint, ou d'un bien dépendant de pareils patrimoines. Cette catégorie s'étend aux décisions judiciaires prononçant d'autorité un changement de régime matrimonial, dans le cours du mariage, comme un jugement prononçant, contre le gré de l'un ou l'autre des époux, une séparation de biens judiciaire. Et, après la dissolution du mariage, aux décisions statuant sur la liquidation et le partage du patrimoine conjugal fixant, à titre d'exemple, la date à laquelle doivent remonter les opérations de liquidation, statuant sur le sort de l'un des biens dépendant du patrimoine conjugal ou, de manière générale, sur les prétentions que les ex-époux auraient l'un à l'endroit de l'autre, du fait de leur communauté ou de leur indivision passée.

#### 3.2.2. *Règle de reconnaissance de plein droit*

Comme dit ci-dessus, il paraît assez raisonnable de transposer en ces matières, qui sont souvent étroitement liées au contentieux personnel des époux, les principes fixés à cet égard par le Règlement de Bruxelles II. Celui-ci est fondé, pour l'essentiel, sur une règle de reconnaissance de plein droit, affranchie de toute procédure d'exequatur et sur une limitation des motifs de refus de reconnaissance.

Qu'une procédure d'exequatur doive être exclue pour qu'une décision judiciaire étrangère puisse être reconnue se conçoit sans peine, c'est déjà le cas, dans la plupart des pays de l'Union. La plupart des décisions judiciaires évoquées ci-dessus décrivent ou arrêtent au surplus un état du droit dont il importe, par la suite, de prendre acte, sans que cela implique, la plupart du temps, des actes de coercition physique sur des personnes ou sur des biens, mesures que seul autorise un exequatur, et auxquelles un exequatur doit être réservé.

#### 3.2.3. *Limitation des motifs de refus de la reconnaissance*

L'attention doit se porter, plutôt, sur la limitation des motifs de refus de reconnaissance. Le Règlement de Bruxelles II se caractérise ici par cela, qu'il exclut tout

contrôle de la compétence indirecte, comme toute révision au fond, c'est-à-dire, tout contrôle de légalité ou d'opportunité de la décision rendue, comme de la loi appliquée pour parvenir à la solution.

### 3.2.3.1. Rejet du contrôle de la compétence du juge de l'État d'origine

Parmi ces exclusions, celle du contrôle de la compétence indirecte est assurément la plus remarquable. Il n'est pas même requis que la décision en cause ait été rendue par une juridiction compétente au sens du Règlement. Le motif en est simple : la confiance que le Règlement accorde aux décisions rendues par les autorités judiciaires étrangères est liée moins à la mise en oeuvre des règles de compétence qu'il prescrit, qu'à la qualité «communautaire» des autorités qui ont statué. Ces autorités relèvent, au moins fonctionnellement, de l'ordre juridique communautaire, non seulement lorsqu'elles sont appelées à appliquer un droit uniforme, du fait de leur soumission, en ce cas, à l'interprétation uniforme de la Cour de justice, mais même lorsqu'elles appliquent des règles substantielles différentes, parce qu'autorités étatiques contrôlées par le juge communautaire, elles offrent les garanties juridictionnelles de l'ordre juridique communautaire, en termes, notamment, d'accès à la justice et de respect des droits de la défense. L'exclusion du contrôle de la compétence indirecte se justifiera d'autant plus, dans le texte d'un instrument à élaborer, que celui-ci prévoira des règles de compétence uniformes. Cette exclusion se révélera alors comme le prolongement de la fixation de règles uniformes, et comme signifiant, dans ce cadre, que le jugement porté sur l'application de ces règles est de la compétence exclusive du premier juge, dont l'appréciation, sur ce point, aura autorité de chose jugée, système qui est adopté, dans la plupart des droits internes de la compétence judiciaire pour réduire les chicanes procéduriales auxquelles les parties pourraient se laisser aller. L'exclusion du contrôle de la compétence indirecte ne devrait au reste guère faire de difficulté, dans la mesure où un grand nombre d'États, déjà, l'ont abandonné, dans les matières qui nous occupent. Si certains l'ont maintenu, sur certains points, c'est qu'ils soumettent le contentieux patrimonial des époux aux mêmes règles que leur contentieux personnel, et que, dans ces matières personnelles, il est plus important de vérifier si les époux n'ont pas trouvé, à l'étranger, un for de circonstance sur lequel il ont obtenu une décision que n'aurait pas rendue leur «juge naturel».

### 3.2.3.2. Exclusion de la révision au fond

Quant à l'exclusion de la révision au fond, qui est, presque, une donnée essentielle de la culture juridique communautaire, elle semble moins problématique encore, l'analyse comparative ayant montré déjà qu'elle était en voie d'abandon, dans la plupart des États membres de l'Union.

Le contrôle de l'ordre public pourrait à cet égard suffire largement, s'il apparaissait que la décision querellée est contraire aux «internationally accepted standards» dont parle le droit néerlandais. Celui-ci ne pourrait toutefois permettre aux États qui ignorent la notion de «régime matrimonial» de s'opposer à la reconnaissance d'un régime étranger dès l'instant où, par le truchement du Règlement, ce concept entrerait dans l'ordre juridique de ces États.

### 3.2.3.3. Refus de reconnaissance fondé sur la contradiction des décisions

Il n'est, somme toute, qu'une question, qui doit retenir l'attention : celle, qui a pu se poser dans des termes assez analogues aux auteurs du Règlement européen sur l'insolvabilité, de savoir comment l'on peut, en ces matières contentieuses, garantir une manière de prééminence au juge de la liquidation - celui qui est en charge de régler l'ensemble des comptes que deux époux ou ex-époux prétendent se devoir, tandis que d'autres juges auraient compétence pour régler le litige opposant deux époux ou ex-époux à propos d'un bien déterminé. Ici encore, le Règlement de Bruxelles II pourrait offrir une piste de réflexion. Deux époux de nationalité grecque commune et vivant régulièrement en Grèce, soumis, d'une manière ou d'une autre, au régime légal grec, qui est celui de la séparation des biens, possèdent un immeuble en Belgique. Cet immeuble leur appartient en indivision. Ils en possèdent chacun la moitié, en pleine propriété. Ces époux ont introduit l'un contre l'autre une action en divorce en Grèce. Impatience ? Manœuvre stratégique ? L'un des deux époux agit en outre en Belgique, pour obtenir la sortie d'indivision, sur cet immeuble. Et à titre reconventionnel, l'autre époux forme en Belgique une demande tendant au règlement d'une créance que les époux prétendent se devoir. L'on voit qu'en cette espèce, deux juges sont compétents : le juge grec, au titre de la résidence conjugale - qui se confond, en l'espèce, avec la nationalité et le domicile de l'un et l'autre époux -, et le juge belge, au titre du lieu de la situation de l'immeuble. Il est possible que le conflit ainsi ouvert entre les juges grec et belge, présenté ici, dans la matière des régimes matrimoniaux, mais qui pourrait survenir, aussi, dans celle des successions, puisse être réglé préventivement. Il suffirait que l'un et l'autre juges admettent que les demandes formées entre ces époux en instance de divorce relèvent de la catégorie des régimes matrimoniaux et que soient à cet égard mises en oeuvre les règles de litispendance ou de connexité décrites plus haut (voir *supra*, cette Section, point 1.1.6.). Préférence pourrait être alors donnée au juge de la résidence conjugale (juge, en quelque manière, de l'« établissement principal » du couple) par rapport à celui de la situation de l'immeuble (qui serait, quant à lui, celui de son « établissement secondaire »). Un peu à la manière de ce qui se fait dans le cadre du Règlement européen sur l'insolvabilité, le juge de l'« établissement secondaire » ne pourrait statuer qu'après que le juge de l'« établissement principal » ait jugé qu'il y a lieu à établissement des comptes entre les (ex-)conjoints, c'est-à-dire ait prononcé la dissolution de leur régime matrimonial actuel, et sa compétence serait limitée aux biens ou aux droits qui se localisent sur le territoire de l'État dont il ressort.

Mais il se pourrait, aussi, que le conflit opposant les juges grec et belge, dans notre exemple, soit irréductible. Il en serait ainsi, notamment, si, à défaut d'un instrument uniforme, les demandes formées entre ces époux en instance de divorce relevaient, du point de vue de l'ordre juridique grec, de la matière des régimes matrimoniaux et étaient dépendantes de l'issue de la procédure de divorce, tandis que, du point de vue de l'ordre juridique belge, elles relevaient du domaine des biens, entre deux personnes qui, étant mariées sous le régime de la séparation de biens, sont tenues pour des étrangères l'une part rapport à l'autre - libres de sortir, à tout moment, de l'indivision, et de régler les créances qu'elles estiment se devoir mutuellement. Ce conflit serait ouvert, notamment, à défaut de définition suffisamment large et consensuelle de la catégorie « régimes matrimoniaux » dans l'espace judiciaire européen. Et il le serait, aussi, à défaut de règles de litispendance ou de connexité suffisamment opératoires. S'il en était bien ainsi, le danger existerait que le juge belge - compétent du fait de la situation de l'immeuble en Belgique - prenne le juge grec - celui du divorce - de vitesse, et tranche un ensemble de points sur lesquels le juge grec n'aurait quant à lui statué qu'après avoir prononcé le divorce des époux. En cette hypothèse, une règle permettant au juge grec de refuser de reconnaître le jugement belge pour cause d'incompatibilité avec une décision

rendue dans une instance connexe, au sens de l'article 15, § 1<sup>er</sup>, c et d, et § 2, e et f, du Règlement de Bruxelles II, pourrait être le moyen de laisser sauve l'appréciation du juge grec - juge, dans notre exemple, du divorce et, aussi, de l'«établissement principal» du couple.

### 3.3. Régime des décisions gracieuses

#### 3.3.1. *Type de décisions visées*

Mais, en dehors de ces décisions judiciaires contentieuses, il en est de nombreuses - peut-être, les plus nombreuses - qui sont simplement gracieuses. Ce sont les décisions judiciaires obtenues sur une demande formée conjointement par les époux, à l'effet de les autoriser à poser tel ou tel acte déterminé ou d'homologuer, a posteriori, leurs agissements sur tel ou tel point, parce que le droit applicable, sur le fond, à leur régime matrimonial, leur prescrit d'obtenir pareille autorisation ou homologation. Bien que l'on ne puisse exclure, a priori, des décisions ayant une portée limitée - ainsi celles qui, dans de nombreux pays latins, ont pour objet de lever l'interdiction d'une vente entre époux, et d'autoriser celle-ci, portant sur un bien déterminé, dans tel ou tel cadre légalement autorisé -, pareilles décisions ont, le plus souvent, une portée générale : il s'agit des décisions prononçant l'homologation d'une modification apportée par les époux à leur régime matrimonial.

Le ressort de pareilles décisions judiciaires est dans la volonté commune des deux époux, qu'elles paraissent seulement consolider. La décision n'est pas, à proprement parler, le fait du juge : elle est celui des époux. Le juge se borne, somme toute, à prendre acte de la volonté des époux et, après avoir vérifié qu'elle ne contient rien de contraire à des principes essentiels qu'il est appelé à sauvegarder - singulièrement les droits et les attentes légitimes des tiers et des héritiers réservataires - il lui donne sa pleine efficacité, en l'autorisant ou en l'homologuant. Or, comme le groupe de travail a pu le montrer dans ses propositions d'harmonisation, étendre à pareilles décisions judiciaires la méthode, présentée ci-dessus, de la reconnaissance d'efficacité, pose une question de principe : est-il permis d'accorder à la volonté commune des époux, fût-elle sanctionnée par justice, une «autorité de chose jugée» ou une «autorité de chose décidée» pareille à celle du juge - susceptible donc de reconnaissance et d'exécution forcée -, ou faut-il vérifier d'abord si la volonté manifestée par les époux est valable, et donc efficace, au regard des règles de conflits de lois qui, traditionnellement, servent à jauger la validité et l'efficacité des actes relevant du commerce juridique privé ?

#### 3.3.2. *Exclusion du contrôle de la loi appliquée*

Posée à propos des décisions judiciaires gracieuses, la question est il est vrai relativement oiseuse : nul ne peut contester sérieusement qu'un juge est intervenu, et se fût-il même borné à en prendre acte, qu'il a soumis à un certain contrôle la volonté des époux. L'autorité requise n'est, donc, pas appelée à prendre acte de la volonté exprimée par les époux, mais plutôt de cette volonté telle qu'elle a été reconnue par un juge, et dont la reconnaissance judiciaire a fait naître dans le chef des parties une attente légitime qui devrait être respectée partout, selon le principe de la croyance légitime. A dire vrai, l'unique raison pour laquelle il faudrait se défier des décisions judiciaires gracieuses, comme incorporant la volonté commune des époux, est dans le risque qu'elles comportent, d'une fraude à la loi

normalement applicable, à la faveur d'un forum shopping. L'on sait, à titre d'exemple, que deux époux soumis, quant à leurs relations matrimoniales, à la loi italienne, ne peuvent pas convenir d'un partage inégal du patrimoine commun : celui-ci doit nécessairement se partager par moitié. Si, à présent, deux époux soumis à la loi italienne se déplacent sur un for étranger pour y obtenir l'homologation judiciaire d'une modification apportée de commun accord à leur régime matrimonial, comportant une clause de partage inégal du patrimoine commun, et qu'ils l'obtiennent effectivement - par exemple parce que le juge étranger qu'ils ont saisi ne les tient pas pour mariés selon la loi italienne -, ils violent cette loi, loi applicable à leur régime matrimonial. L'application de la méthode du conflit de lois à l'acte de volonté qu'ils ont ainsi posé sur un for étranger permettrait sans doute de déjouer cette fraude, dans tous les États qui tiennent ces époux pour mariés selon la loi italienne. Mais cette manière de restaurer l'autorité de la loi italienne serait exagérée.

Elle ne tiendrait pas suffisamment compte de l'autorité qui s'attache à la décision judiciaire étrangère. De plus, si ces époux ont définitivement quitté la sphère juridique italienne, par exemple s'ils ont abandonné la nationalité italienne après en avoir acquis une nouvelle ou s'ils se sont installés durablement à l'étranger, sans perspective, au moins immédiate, de retour en Italie, l'application intempestive de la loi italienne risquerait de déjouer les attentes légitimes que ces époux ont pu nourrir, dès l'instant qu'ils ont obtenu à l'étranger l'homologation de la modification qu'ils ont apportée à leur régime matrimonial. Il faut donc la rejeter.

### 3.3.3. *Rétablissement du contrôle de la compétence indirecte*

Il y a un autre moyen de déjouer la fraude ainsi commise contre le droit étranger, qui doit être préféré, car il est plus respectueux, tant des attentes légitimes des parties que du système juridictionnel étranger, dont émane la décision querellée : il suffit de vérifier si les époux ne se sont pas déplacés à l'étranger, ou présentés devant le juge étranger, dans l'unique but de déjouer l'interdiction posée par la loi qui leur était normalement applicable. Car en ce cas, ils se seraient rendus coupables d'une fraude à la loi. L'existence ou non de celle-ci dépend de l'intensité du rattachement qui, au moment où le juge étranger fut saisi, existait entre les époux et le for dont ils avaient fait choix. A défaut de rattachement suffisant, l'on tiendra que les époux n'avaient guère de motif avouable de procéder à l'étranger, plutôt que sur le territoire de l'État où ils étaient régulièrement établis, et dont les règles de conflit ne leur auraient pas permis d'effectuer la modification envisagée.

Mais si pareil rattachement existe, il n'y a guère de motif de priver les époux des attentes légitimes que la décision d'homologation, obtenue à l'étranger, a pu faire naître dans leur chef. D'où l'on déduit qu'en matière de décisions judiciaires gracieuses, il y a place pour le rétablissement du contrôle de la compétence judiciaire indirecte, qui conduit l'autorité requise à vérifier le chef sur lequel le juge étranger s'est fondé pour affirmer sa compétence, ou à vérifier, plus exactement encore, si ce juge était «naturel» - soit au regard des règles de compétence directe applicables à la matière des régimes matrimoniaux, soit au regard d'une théorie proche de celle anglo-saxonne du forum (non) conveniens.

De même, dans le cas de deux époux, le mari de nationalité néerlandaise et la dame de nationalité autrichienne, mariés en Belgique après avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage, passé devant un notaire belge, portant adoption du régime belge de la séparation des biens. Après quelques années de vie commune en Belgique, ces époux -

soumis, du point de vue des autorités belges et néerlandaises à la loi belge - s'établissent aux Pays-Bas, pays dans lequel ils adoptent, par acte passé devant un notaire néerlandais, le régime légal de la communauté universelle. Cet acte est homologué par le juge néerlandais, comme le prescrit la loi néerlandaise, mais il n'est pas précédé d'inventaire ni de règlement transactionnel - conditions de fond pourtant prescrites par la loi belge. A la question de savoir, en définitive, sous quel régime ces époux sont mariés, les autorités belges pourraient une réponse bien différente, selon la méthode mise en oeuvre.

Celle du conflit de lois conduira les autorités belges à priver d'efficacité l'acte passé, et homologué à l'étranger, par application de la loi belge, laquelle prescrivait la rédaction d'un inventaire et d'un règlement transactionnel. Mais cette méthode trompe inutilement les attentes des parties, et viole la foi due à l'intervention de l'autorité étrangère, puisque ni les époux, ni le notaire, ni même le juge néerlandais n'ont eu en vue la loi belge, au moment où les époux ont exprimé leur désir de se soumettre à la loi néerlandaise. Il vaut mieux, en ce cas, tirer les enseignements de la décision prononcée par le juge néerlandais, selon la méthode classique de la reconnaissance d'efficacité. Ces époux seront tenus pour communs en biens, s'il apparaît qu'ils ont contracté sans fraude à l'étranger, c'est-à-dire qu'ils ne se sont pas aux Pays-Bas dans l'unique but d'adopter un régime matrimonial nouveau en échappant aux conditions de fond prescrites par la loi belge - loi qu'ils auraient dû respecter, devant une autorité belge. Ou qu'en d'autres termes, ils présentaient, au moment de contracter, un rattachement suffisant avec l'ordre juridique néerlandais. C'était bien le cas en l'espèce, semble-t-il, puisque les époux s'étaient installés durablement aux Pays-Bas - si durablement, qu'ils avaient envisagé, sur les conseils d'un notaire local, de modifier leur régime matrimonial, pour se conformer à la loi néerlandaise.

### **3.4. Régime des actes publics étrangers**

#### *3.4.1. Choix entre la méthode des conflits de lois et celle de la reconnaissance d'efficacité*

Le régime des décisions gracieuses conduit à celui des actes publics étrangers qui se trouvent, en quelque manière, en amont des décisions judiciaires gracieuses - soit que les époux ont, à la faveur d'un contrat de mariage, arrêté leurs conventions matrimoniales, soit qu'ils y ont apporté des modifications qui, au regard de la loi applicable à leur régime matrimonial - loi applicable au fond, ou loi applicable à la procédure, cela importe peu, pour le présent propos - ne devaient pas être soumises à l'homologation. Comme l'analyse comparative l'a montré, il y a place, ici, pour une discussion de principe tournant autour de la méthode à employer - méthode du conflit de lois ou méthode de la reconnaissance d'efficacité. Il n'y a guère d'unanimité, à ce sujet, entre les États membres de l'Union. Certains, comme l'Allemagne, l'Autriche et le Portugal - mais aussi, semble-t-il, les États scandinaves et les pays anglo-saxons -, restent fidèles à la méthode classique du conflit de lois; d'autres sont plus libéraux, et admettent d'étendre à l'agissement privé des époux la méthode de la reconnaissance d'efficacité.

Une position intermédiaire, présentée dans les propositions d'harmonisation, consisterait à étendre aux actes publics étrangers la technique des conflits de système, de sorte que l'autorité requise aurait à tout le moins le pouvoir de vérifier si l'acte répond aux conditions de validité prévues par le droit national désigné par les règles de rattachement de

l'État dont il émane - mais il n'est pas certain que toute tentative de fraude à la loi de l'État requis serait alors sanctionnée. En dépit de ces controverses, la question de l'efficacité à reconnaître aux contrats de mariage avenus à l'étranger ne se révèle pas toujours problématique, et il arrive qu'elle n'apparaisse pas. La raison principale en est que, même dans les États qui refusent d'employer ici la méthode des décisions, et qui préfèrent rester fidèles à la méthode du conflit de lois, la règle de conflit de lois à mettre en oeuvre est celle de l'autonomie de la volonté : si l'on fait exception de la Grèce, tous les États de l'Union laissent aux parties - dans une mesure qui tend à être de plus en plus contrôlée, il est vrai - le choix de la loi applicable à leurs régimes matrimoniaux, à la faveur d'un contrat de mariage qu'ils peuvent «régler le plus à propos», selon les formules du Code civil belge. Les époux n'ont donc pas à craindre, lorsqu'ils se déplacent à l'étranger, le surgissement d'une loi qu'ils n'avaient pas eue en vue, au moment de contracter, car la loi qui leur est imposée respecte le plus souvent le choix qu'ils ont exprimé.

La question de savoir s'il y a lieu d'employer la méthode du conflit de lois ou celle de la reconnaissance d'efficacité n'est cependant pas tout à fait théorique, et l'on y revient, d'une part parce qu'un nombre croissant d'États restreint la liberté des époux de faire choix de la loi applicable à leur régime matrimonial à un certain nombre de lois, identifiées a priori par des critères objectifs, fondés sur le domicile ou la nationalité (voy. à cet égard les conclusions de l'analyse comparative, et les propositions d'harmonisation); d'autre part, parce qu'en un pays aussi libéral que la Grande-Bretagne, le débat semble vif sur le sort à réserver aux arrangements patrimoniaux dont les époux sont convenus à l'étranger. Il n'est pas rare que, lorsque les époux ont leur domicile en Grande-Bretagne ou qu'ils y possèdent des biens, la loi locale vienne contrecarrer les attentes qu'ils plaçaient dans leur contrat de mariage.

#### *3.4.2. Spécificité de l'ordre juridique communautaire. Option en faveur de la méthode de la reconnaissance d'efficacité*

Il ne pourrait être question, dans le cadre limité du présent rapport de complément, de trancher la question, déjà évoquée, de savoir s'il y a lieu de soumettre le contrat de mariage conclu à l'étranger à la méthode du conflit de lois ou à celle de la reconnaissance d'efficacité. Mais il est permis à nouveau d'insister sur l'élément de solidarité qui unit les États membres de l'Union, et qui justifie, comme déjà relevé, que «ce qui est vrai sous l'angle international peut ne plus l'être absolument dans le contexte du marché intérieur». Le principe de confiance mutuelle et la nécessité qui s'y révèle de respecter, plus encore, les attentes légitimes des particuliers conduisent à la conclusion qu'il n'est guère de motif de dénier son efficacité au contrat conclu sans fraude à l'étranger. Les contrats de mariage conclus à l'étranger doivent être reconnus partout, à moins qu'il ne soit démontré qu'ils sont entachés de fraude à un principe essentiel, posé par la loi de l'État où les époux entendent s'en prévaloir.

En bref, le régime des actes publics étrangers est calqué sur celui des décisions judiciaires gracieuses, que les époux ont obtenues à l'étranger : le respect dû aux attentes légitimes des particuliers, qui commande la reconnaissance, en principe, de ces décisions, dicte de même le sort à réserver aux actes publics étrangers - particulièrement, des contrats de mariage conclus à l'étranger. L'on en revient, à nouveau, aux solutions du Règlement de Bruxelles II, qui soumet les actes authentiques intervenus à l'étranger en matière de rupture du lien conjugal et de responsabilité parentale à l'endroit des enfants communs au régime de reconnaissance accordé aux décisions judiciaires étrangères. Simplement, il faut vérifier que

les parties ont contracté valablement à l'étranger, ce qui, à la faveur d'une règle de conflit de système, devrait signifier que la reconnaissance n'est accordée qu'aux contrats de mariage conclu en conformité au droit (en ce compris ses règles de conflits de lois) de l'État où ils ont été faits. En effet, il ne saurait avoir de sens de reconnaître un contrat qui n'est pas valable d'après le droit de l'État dans lequel il a été passé.

### 3.5. Publicité du régime matrimonial

#### 3.5.1. *État des lieux*

Comme l'analyse comparative l'a montré, il s'en faut de beaucoup que les États membres de l'Union aient atteint un quelconque degré d'harmonisation en matière de protection des tiers. Certains États restent fidèles à une méthode empruntée au conflit de lois. Les États latins - singulièrement la France, la Belgique, ainsi que l'Espagne et le Portugal - restent fidèles à la méthode de l'inscription du contrat, par extrait, dans l'acte de mariage, ce qui conduit en fait à quelque discrimination, selon le lieu où le mariage a été célébré : il n'y a de publicité du régime matrimonial conventionnel qu'à la condition que le mariage ait été célébré dans ces pays ou, à défaut, que l'acte de mariage célébré en pays étranger y ait été transcrit, à l'occasion de l'établissement de l'un ou l'autre des époux dans ces pays. Si, par contre, le mariage célébré à l'étranger n'est pas transcrit dans ces États, seules les formes prescrites par la loi du lieu de célébration du mariage doivent être respectées - ce qui est parfois bien peu. Par exception, le contrat de mariage des commerçants ou celui qui comporte mutation de droits réels immobiliers situés dans ces pays font seuls l'objet d'une publicité non différenciée, puisqu'ils sont publiés, quel que soit le lieu de la célébration du mariage. Pensant en cela s'inspirer du système aménagé par la Convention de La Haye du 14 mars 1978, la proposition de loi portant Code belge de droit international privé permet au tiers qui, au moment de la naissance de la dette, réside habituellement sur le territoire du même État que l'époux dont il est le créancier, d'invoquer à son profit la loi de cet État, par préférence aux dispositions de la loi du régime - sauf si celles-ci prévoyaient un système de publicité ou d'enregistrement, et que cette publicité ou cet enregistrement ont eu lieu. Ici aussi, l'approche se fait en termes de conflit de lois.

Or, il n'est pas certain que la loi de la résidence habituelle commune du tiers et de l'époux dont il est le créancier organise une publicité meilleure que la loi applicable, au fond, au régime matrimonial.

Mieux qu'un raisonnement fondé sur le conflit de lois, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 organise en réalité la possibilité pour l'État de la résidence habituelle du tiers ou de l'un au moins des époux de mettre en place un système de publicité ou d'enregistrement obligatoire, à défaut de quoi le régime matrimonial est inopposable. La même possibilité existe, en faveur de l'État sur le territoire duquel un immeuble est situé, relativement à cet immeuble. Le Grand-Duché de Luxembourg et les Pays-Bas, liés par cette Convention au même titre que la France, ne s'y sont pas trompés, et ont mis en place un système d'enregistrement obligatoire des contrats de tous les époux qui y sont établis, quel que soit le lieu de célébration de leur mariage.

C'est vers ce système de publicité indifférenciée que se sont orientés la plupart des États du Nord de l'Union, et singulièrement la Suède, dont il a été question dans les

conclusions de l'analyse comparative : un système d'enregistrement obligatoire y est mis en place, comme au Danemark, en Finlande, ou en Allemagne, à peine d'inopposabilité du contrat de mariage aux tiers - voire, en Suède, de nullité.

### 3.5.2. *Pour un registre unique*

Il pourrait revenir à un instrument de l'Union d'organiser un système de publicité uniforme - à l'instar de celui que la Convention de Bâle de 1972 a mis en place à l'égard des testaments. Une publicité unique, accessible depuis tous les États membres de l'Union, aurait notamment pour avantage de dispenser les époux d'avoir à renouveler des formalités de publicité à chaque changement de résidence, et égaliserait le niveau de protection dont jouissent les tiers, quel que soit le territoire de l'Union sur lequel les époux, ou eux-mêmes, sont établis. Un registre unique aurait, aussi, le mérite de l'exhaustivité, car il arrive trop souvent, à l'heure actuelle, que des époux qui ont conclu un contrat de mariage échappent à toute publicité, du fait notamment de la célébration d'un mariage à l'étranger, ou de l'établissement de la résidence conjugale en un autre État que celui où les époux contractent. Encore faudrait-il, cependant, déterminer avec précision à quelle(s) catégorie(s) de personnes pareil registre serait accessible.

Le principe de subsidiarité permettrait que cette publicité nouvelle s'ajouterait, sans les remplacer, aux règles de publicité existant actuellement

## **3.6. Résumé des propositions sur l'efficacité internationale des décisions et des actes publics**

De l'analyse qui précèdent pourraient être retenus les quatre enseignements suivants, représentant les lignes de forces d'un futur instrument de l'Union.

- a) Les décisions judiciaires étrangères devraient obéir à des règles de reconnaissance et d'exécution analogues à celles posées par le Règlement de Bruxelles II.
- b) Les décisions rendues en matière gracieuse, notamment les décisions prononçant l'homologation d'un acte modificatif de régime matrimonial, pourraient cependant être soumises à un contrôle de la compétence indirecte, destiné à déjouer d'éventuelles fraudes à la loi.
- c) Les mêmes principes pourraient gouverner la reconnaissance des actes publics étrangers, particulièrement des contrats de mariage conclus à l'étranger.
- d) Un système de publicité unifié permettrait d'harmoniser le degré de protection dont jouissent les tiers sur tout le territoire de l'Union, et serait par là de nature à faciliter la circulation internationale des conventions matrimoniales.

## **4. DROIT INTERNE**

### **4.1. Régime primaire : des règles communes sur l'essentiel**

Une des manières de contribuer à l'harmonisation des règles relatives aux régimes matrimoniaux au sein de l'Union européenne pourrait consister à rechercher un consensus de base sur certaines dispositions fondamentales d'un régime primaire commun. Une telle harmonisation impliquerait par conséquent de considérer que le statut juridique du mariage produirait, de plein droit, certains effets patrimoniaux qui seraient simplement énoncés de manière générale dans une convention ouverte à la signature des Etats membres ou dans un règlement du Conseil et dont les modalités concrètes d'application resteraient circonscrites par les législations spécifiques de chaque Etat.

Il convient par conséquent de s'interroger sur ce qui pourrait constituer le « noyau dur » d'un éventuel régime matrimonial primaire européen.

À la réflexion, l'objectif le plus important paraît être de se limiter à quelques dispositions essentielles plutôt que de courir le risque de ne pas parvenir à dégager un consensus parce qu'on aurait voulu instituer un régime trop élaboré. Ces dispositions essentielles pourraient être les suivantes.

#### **4.1.1. La possibilité de conclure un contrat de mariage**

La plupart de nos systèmes juridiques ont reconnu la possibilité pour les futurs époux de conclure, avant le mariage, un contrat organisant leurs relations patrimoniales pendant la durée de leur mariage et au jour de sa dissolution.

Cette faculté leur a ensuite été étendue pendant le mariage, de façon à leur permettre d'adopter, après la conclusion du mariage, un (nouveau) régime spécifique organisant leurs relations patrimoniales.

Dans le contexte d'une évolution générale des mentalités tendant à valoriser une plus grande autonomie et responsabilité des personnes dans le mariage, il ne devrait pas y avoir de difficulté à consacrer, au niveau européen, un droit pour les époux de conclure de commun accord, avant ou pendant le mariage, un contrat de mariage, conformément aux règles de forme et de procédure qui resteraient déterminées par chaque législation nationale.

#### **4.1.2. La liberté d'exercice de l'activité professionnelle**

Il n'est évidemment plus contestable que le mariage ne peut pas porter atteinte à la liberté de chaque époux de choisir et d'exercer sa propre activité professionnelle. La consécration d'un tel droit entraîne assez logiquement qu'on reconnaisse aussi à chaque époux un pouvoir de gestion exclusive de ses revenus professionnels, de ses biens professionnels et de ses comptes bancaires.

Ce pouvoir de gestion exclusive implique, en termes juridiques, que chaque époux puisse, dans le cadre de son activité professionnelle, agir seul à l'égard de tout tiers

quelconque, sans être contraint de devoir solliciter, quel que soit son régime matrimonial secondaire, une autorisation préalable de son conjoint.

Une telle disposition ne peut cependant porter préjudice à la possibilité laissée au conjoint de saisir le juge compétent aux fins d'entendre éventuellement prononcer les mesures adéquates de limitation de ce pouvoir de gestion exclusive.

#### 4.1.3. *L'obligation de contribuer aux charges du mariage*

Un des enjeux sociaux et humains qui continue à caractériser le mariage peut et doit certainement être trouvé dans une forme de « mise en commun » des ressources de chacun des époux aux fins d'assurer le financement des charges normales procédant de la vie familiale.

La forme la plus élaborée de cette « mise en commun » est certes assurée par le régime matrimonial secondaire de la communauté, puisque, dans ce type de régime, la totalité des revenus de chaque époux tombe, en principe, de plein droit dans le patrimoine commun qui constitue la « caisse commune » servant à payer toutes les charges du mariage. Mais on ne peut imposer aux époux d'adopter le régime de communauté.

Une forme de « mise en commun » minimale est dès lors celle qui consiste à obliger les époux à contribuer respectivement aux charges du mariage *dans la proportion* de leurs revenus et, plus généralement, de leurs facultés.

Une telle obligation signifie en termes juridiques :

- a) que chacun ne finance pas le même montant mais qu'au contraire celui qui dispose de ressources plus élevées finance proportionnellement une part plus importante des dépenses ;
- b) que le rapport de proportionnalité ne se détermine pas seulement en tenant compte des revenus proprement dits de chaque époux mais aussi de la contribution en nature apportée par chacun des époux aux différentes charges de la vie familiale.

La proportionnalité dans les contributions respectives aux charges du mariage constitue ainsi une traduction juridique remarquable d'une certaine conception de la solidarité économique que le mariage peut et doit générer entre les deux époux.

#### 4.1.4. *La protection du logement de la famille*

À la lumière des dispositions prises dans un certain nombre de législations nationales des Etats membres, on peut aujourd'hui considérer qu'un consensus devrait normalement pouvoir être dégagé sur la nécessité d'assurer aux époux et, indirectement, aux enfants qu'ils éduquent, la protection de leur logement, c'est-à-dire la garantie de ne pas être privés de la disposition de leur logement en raison d'une initiative qui aurait été prise unilatéralement par un des époux.

La règle de droit susceptible d'assurer une telle garantie est celle qui consiste à subordonner impérativement à l'accord commun des deux époux l'accomplissement de tout

acte juridique qui aurait pour conséquence de rendre le logement de la famille matériellement indisponible aux époux et à leurs enfants.

En recourant à une formulation aussi large, on vise tout acte par lequel un des époux concéderait à un tiers tant des droits réels qu'une créance de jouissance (par exemple un contrat de bail) sur le logement de la famille que tout acte par lequel il renoncerait à une créance de jouissance sur le logement de la famille (par exemple un contrat de bail). On vise même tout acte par lequel un des époux contribuerait personnellement à rendre indisponible le logement de la famille qui serait la propriété d'une personne morale au sein de laquelle cet époux détiendrait des droits d'associé ou exercerait un pouvoir de gestion.

#### 4.1.5. *La sanction des actes frauduleux accomplis par un des époux*

Certaines législations nationales consacrent dans le régime matrimonial primaire une possibilité pour le juge compétent d'annuler ou de rendre inopposables au conjoint certains actes juridiques qu'un des époux aurait frauduleusement accomplis et qui mettraient en péril les intérêts du couple ou de la famille.

Une telle disposition institue aussi une forme de solidarité minimale entre deux époux, parce qu'elle interdit à chacun des conjoints de poser un acte de gestion non seulement de leur patrimoine commun ou indivis mais même de leur patrimoine propre, lorsque les conséquences économiques ou matérielles de cet acte de gestion seraient susceptibles d'être particulièrement graves pour la famille, c'est-à-dire risqueraient de priver le conjoint et les enfants de leurs moyens normaux de subsistance.

Sans doute, une telle disposition pourrait-elle expressément réserver au juge le pouvoir de prendre en compte les intérêts des tiers de bonne foi et dès lors de tempérer les effets de sa décision. Mais il est cohérent de considérer que le mariage – en ce qu'il constitue à tout le moins un engagement de veiller au bien-être matériel et humain du conjoint et des enfants des époux – implique minimalement une obligation légale de ne pas porter atteinte, par des actes inconsidérés, aux ressources financières et patrimoniales du ménage.

#### 4.1.6. *La compensation des déséquilibres économiques et financiers procédant de l'organisation de la vie familiale*

On pourrait songer enfin – et ce serait probablement la disposition la plus hardie – à une règle du régime matrimonial primaire qui obligerait chacun des époux à compenser, lors de la dissolution du mariage, les déséquilibres économiques et financiers qui auraient pu procéder pour l'un d'entre eux des modalités concrètes d'organisation de leur vie familiale.

Qu'on comprenne bien la portée exacte d'une telle disposition. Il ne s'agit pas de contraindre impérativement les époux à partager tous leurs acquêts. Une telle obligation ne paraît pouvoir être envisagée qu'en raison du libre choix que les époux auront eux-mêmes effectué de leur régime matrimonial secondaire. Mais lorsque c'est le mariage lui-même – c'est-à-dire, plus exactement, lorsque c'est la manière dont les époux ont eux-mêmes aménagé les modalités de la vie familiale et leurs rôles économiques et familiaux respectifs – qui a progressivement produit une disparité ou un déséquilibre dans les potentialités professionnelles et économiques de chacun des conjoints, il paraît cohérent et équitable que le

statut juridique du mariage contienne une règle de droit impérative qui, quel que soit le régime matrimonial secondaire des époux, contraindra l'époux qui aura économiquement bénéficié de cette organisation de la vie familiale à indemniser l'époux qui en aura subi les conséquences économiques.

On songe évidemment, de façon plus spécifique, aux femmes mariées qui réduisent ou parfois suspendent ou arrêtent leur activité professionnelle personnelle pour se consacrer aux soins et à l'éducation des enfants, pour collaborer à l'activité professionnelle de leur mari ou pour accompagner leur mari là où la poursuite de sa propre carrière professionnelle l'amène à voyager et résider.

Une protection des droits économiques et sociaux de ces femmes, en cas de dissolution du mariage, par une clause de sauvegarde instituant un principe de compensation ou d'indemnisation dont les modalités d'application seraient laissées à l'appréciation des autorités nationales, constitue aussi une traduction juridique remarquable d'une certaine conception de la solidarité économique que le mariage peut et doit générer entre les deux époux.

## 4.2. Régimes secondaires : un régime matrimonial européen

### 4.2.1. Considérations générales

Au terme de l'étude comparative réalisée, tant dans le droit interne que dans le droit international privé des quinze États membres de l'Union européenne, on pourrait se poser une ultime question : celle de savoir si une des manières de surmonter la diversité des règles de droit en matière de régimes matrimoniaux ne consisterait pas, indépendamment d'une éventuelle unification des règles de droit international privé assortie de quelques normes fondamentales de droit matériel uniforme, dans l'adoption d'un régime matrimonial conventionnel commun à ces quinze États membres (voire bientôt à vingt-cinq États membres).

Sans doute, ne paraît-il pas concevable ni d'ailleurs opportun, de songer à unifier les différentes législations nationales et à introduire dans le droit de chacun des quinze – bientôt davantage – États membres un même *régime matrimonial légal*, de plein droit applicable à tous les époux qui ne prendraient pas l'initiative de choisir, par contrat de mariage, leur régime matrimonial spécifique.

Ce ne serait pas *concevable* – ou à tout le moins ce le serait très difficilement – car, compte tenu de la divergence des différents régimes matrimoniaux légaux et des sensibilités spécifiques qui les expliquent, il est plus que vraisemblable qu'on ne parviendrait pas, pour faire prévaloir un système pratiqué par certains États, à faire accepter par les autres États qu'ils devraient renoncer à leur propre système.

Ce ne serait pas non plus *opportun*, puisqu'on s'accorde généralement à considérer que la construction politique de l'Union européenne doit se combiner avec le respect des identités et des particularités nationales, et que le régime matrimonial légal adopté dans un État est précisément une des expressions de la spécificité, de l'histoire, des traditions ou des

mentalités de chaque communauté nationale<sup>248</sup>. Au demeurant, il n'entre ni dans les objectifs ni dans le domaine de la politique commune actuelle des États membres d'unifier leurs règles de droit de la famille.

S'il paraît donc raisonnable de renoncer à l'idée d'harmoniser les différents régimes matrimoniaux légaux en vigueur dans les États membres, rien ne s'oppose et, au contraire, tout pousse par contre à imaginer l'instauration d'un régime matrimonial européen « subsidiaire ». Celui-ci, de nature conventionnelle, serait commun à tous les États membres et pourrait, dans chacun d'eux, être librement adopté par les époux, lors de la conclusion de leur mariage, à l'instar de tout autre régime matrimonial conventionnel. On est en droit de considérer, voire d'espérer, qu'il ne s'agirait là que d'une étape provisoire et qu'au fur et à mesure que ce régime matrimonial se développerait à travers l'Europe, certains États finiraient par l'adopter comme leur régime matrimonial légal, en inaugurant par là même un éventuel processus d'unification qui se réaliserait de façon volontaire et progressive.

Il reste que la tâche de concevoir un tel régime matrimonial européen reste complexe, car, pour être attractif, il devrait pouvoir présenter certaines caractéristiques communes aux différents régimes matrimoniaux des États membres et, donc, concilier des orientations dont on a vu qu'elles sont apparemment contradictoires. Le travail d'élaboration d'un projet d'un régime matrimonial européen subsidiaire suppose qu'on tente dès lors, préalablement, d'identifier le ou les éléments de convergence entre les différents régimes matrimoniaux légaux des États membres.

#### 4.2.2. *Convergences entre les différents régimes matrimoniaux légaux des États membres*

##### 4.2.2.1. Un principe commun aux États membres

En rapprochant les différentes législations européennes relatives aux régimes matrimoniaux, ne peut-on pas faire le constat, au-delà de divergences profondes, d'un principe ou d'un objectif commun qui serait expressément pris en compte et mis en œuvre selon les techniques juridiques spécifiques à chaque type de régime matrimonial ?

Un tel principe commun paraît effectivement pouvoir être dégagé, et il est d'ailleurs significatif qu'au fur et à mesure des réformes législatives intervenues dans les États membres au cours de la seconde moitié du XXe siècle, les différents droits internes se soient davantage rapprochés de ce principe commun plutôt qu'ils ne s'en seraient distancés.

Ce principe est celui de la *participation de chacun des deux époux dans les économies et les acquêts constitués pendant le mariage*. Il est fondé ou justifié par un constat qui est aussi bien économique que psychologique.

Dans la très grande majorité des couples, il s'opère, tant par le fait matériel du partage de la vie commune que par le fait de l'affection réciproque éprouvée par les époux, une confusion de leurs intérêts économiques et patrimoniaux respectifs, au sens où chacun des époux, par la place qu'il prend au côté de l'autre, va participer, en termes économiques, au développement de son activité professionnelle, de sa carrière, de sa productivité, de ses investissements... Il en résulte que les richesses ou les plus values qui vont se constituer aussi longtemps que dure la communauté de vie, même si elles ne sont apparemment constituées

248 Voir à ce sujet E. Todd, *L'invention de l'Europe*, Paris, Seuil, 1990.

que par un des époux et/ou à son seul nom, procéderont aussi de la part effective que l'autre y aura prise, sous de multiples formes : soutien affectif, aide matérielle, prise en charge des tâches du ménage et d'éducation des enfants, collaboration spécifique apportée à l'activité professionnelle du conjoint ...

Face à une telle situation, il est non seulement logique (c'est-à-dire conforme à la réalité économique) mais aussi équitable (c'est-à-dire conforme à la justice distributive) que les richesses qui ont été produites par un des époux pendant la vie commune, à savoir les économies et les acquêts, soient considérées comme procédant de l'aide et de la collaboration réciproques des deux époux et puissent par conséquent être " partagées ".

#### 4.2.2.2. Examen des solutions légales des États membres

Or, précisément, les solutions légales adoptées en matière de régime matrimonial ou de partage des biens des époux dans les différents États membres traduisent le souci de permettre à chacun des conjoints de prendre sa part – c'est-à-dire sa participation – dans ces économies et ces acquêts.

Sans doute, le régime traditionnel de communauté, qui constitue le régime légal en Belgique, en Espagne, en France, au Grand-Duché de Luxembourg, en Italie..., constitue-t-il le régime qui assure de la manière la plus effective ce droit de participation, puisqu'il confère à chacun des époux, immédiatement, au fur et à mesure de la constitution des acquêts,

un droit réel de propriété dans les dits acquêts. Mais les autres solutions légales retenues dans les autres États membres sont susceptibles d'aboutir à un résultat économique comparable.

Dans les pays scandinaves, les différents régimes légaux de la communauté de biens différée permettent à chacun des époux de revendiquer, lors de la dissolution du régime, sa part, en principe de moitié comme dans un régime traditionnel de communauté, dans la masse partageable des biens matrimoniaux qui se constitue par l'effet de la dissolution du mariage.

Dans les pays qui, comme l'Allemagne ou, hors de l'Union européenne, la Suisse, ont institué un régime légal de participation aux acquêts, chaque époux ne pourra sans doute faire valoir à l'égard de l'autre époux qu'une créance, mais l'objet et le montant de cette créance comprendra précisément la moitié de la valeur des économies et acquêts constitués pendant le mariage par l'autre époux. Comme les créances respectives se compenseront, chacun des époux aura dans son patrimoine personnel, après la dissolution du mariage, une part égale, en valeur, des acquêts du couple.

C'est aussi un objectif de participation, voire de partage entre les époux qui est recherché dans les systèmes grec ou autrichien qui, à la différence du système allemand, ne confère pas à chacun des époux un droit acquis à une part égale des acquêts du conjoint.

Mais ces systèmes prévoient expressément, en Grèce, que l'époux qui aura effectivement contribué à l'accroissement du patrimoine de son conjoint pourra faire valoir une créance de participation à concurrence de sa contribution ou, en Autriche, que chacun des

époux pourra revendiquer le partage ou la répartition entre eux, d'une manière conforme à l'équité, des " biens d'usage " du ménage et des économies du ménage.

Reste enfin le système anglo-saxon de *common law* où c'est le juge qui dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable, lors de la dissolution du régime, pour procéder à la répartition équitable ("*equitable distribution*") des biens respectifs des époux. Ce qui justifie ce pouvoir procède aussi de la solidarité économique qui s'est constituée entre les époux pendant le mariage. Cette solidarité implique précisément, lors de la dissolution, que chaque époux ne se retrouve pas sans rien et que le juge puisse procéder, sur injonction judiciaire, à une forme de partage, compte tenu de ce que, dans le système juridique anglo-saxon, le juge va jusqu'à disposer du pouvoir d'attribuer à l'un ou l'autre des époux un ou plusieurs biens qui appartenaient pendant le mariage au patrimoine de l'autre époux. Le système de *common law* procède donc de la même conception. S'il ne présente pas l'avantage de la prévisibilité juridique parfaite de la participation, il apporte une plus grande souplesse dans chaque cas, en fonction de la spécificité de chacun d'eux. Mais le rôle du juge dans ce domaine n'est pas absent des droits continentaux.

#### 4.2.2.3. Une technique différente dans les États membres

C'est donc bien l'idée d'un droit ou à tout le moins d'une possibilité de participation économique de chacun des époux dans des avoirs, des biens ou des richesses dont il a partiellement, par le fait de la vie familiale commune ou par l'effet d'une contribution personnelle permis la constitution active, qui peut être considérée comme l'élément justificatif central des règles diverses organisant, dans les différents États de l'Union européenne, le régime matrimonial légal proprement dit des époux ou, lors de la dissolution du mariage, les effets juridiques de cette dissolution.

Ce qui, par contre, distingue les systèmes juridiques des États membres réside dans *les techniques utilisées* pour la mise en œuvre de cette notion convergente de partage ou de participation.

Pour la majorité des systèmes juridiques, le régime matrimonial constitue un ensemble de règles claires et précises qui déterminent de manière prévisible la nature et l'importance des droits respectifs de chacun des époux dans les acquêts qui auront été constitués pendant la vie commune ou dans la masse partageable des biens matrimoniaux. Tel est le cas des régimes de communauté, de communauté différée ou de participation aux acquêts.

Pour d'autres systèmes juridiques, qui ont opté pour un régime de base de séparation de biens, c'est lors de la dissolution du mariage qu'il conviendra de déterminer, en prenant en compte un ensemble de facteurs et, notamment, la réalité et l'importance des contributions économiques et non économiques effectives de chacun des époux pendant le mariage, la " part " que chacun d'entre eux pourra prendre dans les patrimoines respectifs.

Cette distinction n'est cependant pas elle-même aussi catégorique, car, même dans la première catégorie des systèmes juridiques, comme dans les régimes scandinaves de communauté différée ou le régime allemand de participation aux acquêts, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation subsidiaire qui lui permet éventuellement de déroger aux règles légales a priori applicables, si l'application de ces règles s'avérait inéquitable ou gravement inéquitable.

#### 4.2.3. *Élaboration d'un modèle de régime matrimonial européen*

Si on essaie de dégager de l'analyse qui vient d'être effectuée les éléments essentiels permettant de construire un régime matrimonial européen subsidiaire, on est alors amené à rechercher un système qui mettrait en œuvre l'idée ou l'objectif de partage ou de participation et qui, sur le plan de la technique utilisée, constituerait la meilleure solution moyenne entre les différents systèmes légaux existant au sein de l'Union européenne.

Un tel système "moyen" devrait, à notre avis, être *le régime matrimonial de la participation aux acquêts*, qui serait inspiré du régime légal allemand ou du régime conventionnel français. Ce régime, proposé aux citoyens européens, fixerait en principe de manière prévisible la nature, la quotité et le mode de calcul du droit de participation de chacun des époux, mais il laisserait de manière marginale au juge, dans des situations ou pour des raisons qui seraient explicitement déterminées, un pouvoir correcteur en équité aux fins de modifier éventuellement la nature, la quotité ou le mode de calcul du droit de participation.

On combinerait ainsi tout à la fois, comme dans la plupart des systèmes européens, la notion d'un régime matrimonial contenant des règles claires et précises, mais aussi un certain pouvoir d'appréciation laissé au juge, pour tenir compte des pratiques en vigueur dans d'autres systèmes européens où le souci de l'équité entend ne pas laisser à la seule règle générale et abstraite la fonction de dire le droit.

##### 4.2.3.1. Nature du droit de participation

Le droit de participation de chacun des époux dans les acquêts constitués par l'autre époux serait, en principe, un simple droit de créance qui lui permettrait de se faire payer un capital représentant la contre valeur de sa part mais qui ne lui conférerait donc pas la possibilité de faire procéder à un partage en nature des biens acquis par son conjoint ni de revendiquer la propriété d'un ou plusieurs de ces biens.

La reconnaissance d'une créance en valeur traduit en effet correctement, sur le plan économique, l'idée d'une participation à l'enrichissement du conjoint. Elle présente par ailleurs l'avantage de laisser à ce conjoint la propriété des biens qu'il a lui-même acquis ou constitués et elle permet d'éviter les difficultés qui sont souvent liées à la réalisation d'un partage en nature.

Sans doute, l'époux qui ne pourra faire valoir qu'une créance de participation en valeur ne sera-t-il pas aussi bien protégé que dans un régime de communauté, et il lui paraîtra parfois inéquitable de ne pas pouvoir prendre une part en nature des acquêts du couple.

Mais la logique qui préside à l'élaboration d'un modèle constituant une forme de compromis entre des systèmes différents implique précisément de retenir une solution "moyenne" qui est à mi-distance des solutions les plus catégoriques.

Il reste que, puisqu'on retiendrait aussi l'idée d'une dérogation qui pourrait être apportée par le juge à la règle de principe exprimé par le régime matrimonial, on pourrait

effectivement prévoir des exceptions et reconnaître au juge la possibilité de faire droit à une revendication en nature.

L'époux créancier pourrait ainsi demander de se voir attribuer, pour le remplir totalement ou partiellement de sa créance de participation, la propriété de l'habitation familiale et/ou des meubles meublants de l'habitation familiale ou la propriété d'un bien dont il démontrerait qu'il aurait contribué de manière importante à son acquisition, son amélioration ou son accroissement.

#### 4.2.3.2. Quotité du droit de participation

La quotité de la créance de participation de chacun des époux dans les acquêts constitués par l'autre époux serait fixée, en principe, à la moitié de la valeur au jour de la dissolution des dits acquêts.

La détermination dans les dispositions du régime matrimonial d'une quotité fixée de manière claire et précise est a priori une solution préférable à celle qui consiste à laisser cette quotité indéterminée, car elle devrait permettre d'éviter, dans la grande majorité des situations, des discussions oiseuses et des conflits interminables sur la part prise réellement et effectivement par chacun des époux dans les acquêts et les économies constitués par l'autre époux.

La quotité qui paraît par ailleurs a priori la plus raisonnable et la plus équitable est une quotité de moitié, car, outre qu'elle consacre, en droit, le principe de l'égalité des droits des deux époux, elle correspond, en fait, à la situation la plus fréquente où les époux répartissent de manière équilibrée entre eux l'ensemble des fonctions économiques et non économiques dans le mariage.

Mais, de façon à empêcher les éventuels effets pervers d'une solution trop mécanique, on n'exclurait pas non plus la possibilité d'une dérogation qui pourrait être décidée par le juge, soit lorsque l'époux débiteur démontrerait que la contribution économique ou non économique de son conjoint dans la constitution de ses acquêts et économies aurait été très considérablement inférieure à la sienne, soit lorsqu'en raison d'un comportement gravement fautif de l'époux créancier l'importance de sa créance de participation serait jugée gravement inéquitable.

Dans ces deux hypothèses énoncées de manière limitative, le juge pourrait réduire la créance à un pourcentage inférieur à la moitié, voire, éventuellement, supprimer la créance en tant que telle.

#### 4.2.3.3. Mode de calcul du droit de participation

Le mode de calcul du droit de participation des époux, c'est-à-dire les modalités d'évaluation de la valeur des acquêts du conjoint, doivent aussi pouvoir être déterminées de manière précise dans les dispositions du régime matrimonial.

Il convient d'une part de déterminer les biens de chaque époux qui seront considérés comme des acquêts et qui seront donc pris en compte dans le calcul du droit de participation de son conjoint.

La solution la plus logique consiste à n'en exclure que les biens possédés par chaque époux avant le mariage et les biens acquis à titre gratuit pendant le mariage par l'effet d'une donation ou d'une succession ou, plus exactement, la valeur au jour du mariage ou au jour de la donation ou de la succession des dits biens, car l'accroissement de valeur qui sera apporté à ces biens pendant le mariage constituera économiquement un acquêt.

Certains acquêts de nature strictement personnelle pourraient cependant aussi être exclus de plein droit du calcul du droit de participation, car on considérerait que ces acquêts devraient nécessairement pouvoir appartenir de manière exclusive à chaque époux, sans qu'il soit tenu d'en payer une quelconque valeur de compensation. On songe ainsi aux effets et objets personnels, aux outils et instruments de travail, à l'indemnité réparant un préjudice moral ou corporel...

Il convient d'autre part de régler le sort des plus-values des biens autres que les acquêts qui ne feront que correspondre à la dépréciation monétaire ou éventuellement à l'augmentation des prix du marché des dits biens pendant la durée du mariage.

La solution la plus logique consiste à ne pas inclure ces plus-values dans les acquêts et, dès lors, à décider soit que la valeur des biens autres que les acquêts sera, avant le calcul de la créance de participation, de plein droit indexée sur la base d'un indice général des prix en vigueur dans l'Union européenne, soit éventuellement que, pour des catégories spécifiques de biens, comme les actions cotées en bourse ou les œuvres d'art, la valeur initiale de ces biens sera de plein droit augmentée au prorata de l'augmentation des prix du marché des dits biens.

Comme pour les autres dispositions du régime matrimonial, un pouvoir exceptionnel de dérogation serait aussi accordé au juge, afin qu'il puisse éventuellement exclure des acquêts pris en considération pour le calcul du droit de participation du conjoint certains biens à l'égard desquels il considérerait qu'en raison de leur caractère éminemment personnel à un des époux il serait inéquitable que l'autre conjoint puisse faire valoir un droit de participation.

## DEUXIEME PARTIE

### RELATIONS PATRIMONIALES DES COUPLES NON MARIÉS

#### 1. LES COUPLES NON MARIÉS EN DROIT INTERNE

##### 1.1. Évolution historique

Jusqu'aux années 1960, la législation sur les couples non mariés est demeurée fort réduite dans les États membres, voire inexistante. Cette situation a toutefois profondément évoluée au cours des dernières décennies. Le nombre croissant de couples non mariés et l'acceptation sociale, puis juridique du phénomène ont conduit au développement de la jurisprudence et à l'introduction de nouvelles législations dans de nombreux États membres. Les tribunaux ont été amenés à trancher diverses questions, la plus importante étant celle de savoir si et dans quelle mesure la cohabitation devrait être traitée sur un pied d'égalité avec mariage.

Le législateur est intervenu de deux façons. D'abord, il a introduit des dispositions concernant la cohabitation dans des lois traitant de matières telles que la sécurité sociale ou la fiscalité. Cela s'est produit dans presque tous les États membres, à des degrés divers. En second lieu, certains législateurs ont adopté des législations générales sur la cohabitation, soit en définissant le concept de cohabitation et en prévoyant des règles générales à son sujet, soit en introduisant un nouveau concept juridique pour régir ces relations « familiales » : le « partenariat enregistré » (ou l'« enregistrement de partenariat »).

##### 1.1.1. *Aspects constitutionnels*

La cohabitation hors mariage est envisagée dans le cadre constitutionnel de plusieurs États membres. En Grèce, le droit de développer librement sa personnalité, consacré par l'article 5 paragraphe 1<sup>er</sup> de la Constitution, conduit à reconnaître la liberté des parties de cohabiter hors mariage, mais aucune protection juridique particulière n'est prévue<sup>249</sup> En Autriche, la Cour suprême a accordé à toute personne non mariée un droit constitutionnel personnel à vivre une relation hors mariage ; ce droit est toutefois limité aux couples de sexes différents<sup>250</sup> En Espagne, le Tribunal constitutionnel a jugé que les couples non mariés ne pouvaient être exclus de la protection sociale, économique et juridique accordée à la famille par l'article 39 de la Constitution, bien que le degré de protection juridique puisse être différent pour les couples mariés et non mariés<sup>251</sup> Au Portugal, le législateur a introduit plusieurs modifications dans le Code Civil pour l'adapter à la Constitution<sup>252</sup>

Toutes les Constitutions des États membres ne sont cependant pas favorables aux couples non mariés. En Irlande, le concept constitutionnel de la famille se limite aux familles basées sur le mariage<sup>253</sup> Les contrats de cohabitation sont, par conséquent, considérés comme

---

249 Grèce, 3.1.1 p. 28.

250 Autriche, 3.3.2

251 Espagne, 3.1.2, p. 31.

252 Portugal, 3.2.1, p. 56.

253 Irlande, 3.3.2, p. 69.

contraires à la Constitution et inapplicables, car contraires à l'ordre public<sup>254</sup> En Allemagne, la constitutionnalité du *Lebenspartnerschaftsgesetz* (acte qui permet d'établir un partenariat enregistré pour les couples du même sexe) a été contesté ; ce n'est que récemment qu'il a été déclaré conforme à la Constitution<sup>255</sup>

### 1.1.2. *Principes sous-jacents de la législation et de la jurisprudence*

Bien que la législation et les décisions des tribunaux en matière de cohabitation puissent ne pas se baser sur des arguments constitutionnels, des principes fondamentaux tels que la liberté de choix, l'égalité de traitement et l'ordre public jouent souvent un rôle important dans le développement de ce domaine du droit. Quelques brèves observations peuvent être formulées à ce sujet.

Le principe de l'égalité de traitement joue un double rôle.

D'une part, il est admis dans certains États membres qu'il ne devrait pas y avoir de discrimination entre les couples mariés et non mariés. Cette affirmation ne conduit toutefois pas à une égalité de traitement totale de tous les couples mariés et non mariés. Dans certains États membres, il est explicitement admis, que les couples non mariés devraient être libres de cohabiter sans se soumettre aux obligations légales du mariage s'ils le souhaitent<sup>256</sup>

D'autre part, l'égalité de traitement traduit, dans certains États, le principe de non-discrimination entre les relations homosexuelles et hétérosexuelles. C'est particulièrement la volonté de réduire cette discrimination qui a suscité l'introduction d'une législation sur les partenariats enregistrés dans certains États membres, mais d'autres formes d'égalité de traitement découlent peut-être également de ce principe. Cependant, certains États membres n'acceptent pas l'idée d'une égalité de traitement pour les couples homosexuels et hétérosexuels. Dans ces États, les modalités existantes d'égalité de traitement entre couples mariés et non mariés sont réservées explicitement aux couples hétérosexuel.<sup>257</sup>

Ce n'est pas uniquement la non-discrimination envers plusieurs types de relations entre partenaires qui joue un rôle dans l'égalité de traitement. Dans plusieurs États membres, la non-discrimination entre les enfants nés dans ou hors mariage a conduit à l'extension de règles sur le mariage aux couples non mariés avec des enfants, par exemple en matière d'occupation du domicile familial après la dissolution de la relation<sup>258</sup>. Un rapport national souligne même que l'égalité de traitement dans la législation sur la sécurité sociale ne fut pas basée sur le souhait d'éliminer la discrimination mais visait plutôt à empêcher les membres du couple non marié de bénéficier de prestations liées aux revenus comme s'ils vivaient seuls<sup>259</sup>.

La condamnation de la cohabitation au plan moral ne semble jouer un rôle que dans la loi irlandaise. Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, la protection constitutionnelle de la famille est limitée aux couples mariés et les contrats de cohabitation sont considérés comme contraires à la Constitution et à l'ordre public. Le rejet morale de l'homosexualité n'a pas été mentionnée explicitement dans les rapports nationaux, mais il semble probable que les distinctions établies entre les couples homosexuels et hétérosexuels trouvent leur origine dans

254 Irlande, 3.1.2, p. 60.

255 Bundesverfassungsgericht, 17 juillet 2002, 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01.

256 Grèce, 3.1.1, p. 29 ; Écosse, 3.4.1, p. 73.

257 Ex. UK-EW 3.4, p. 31 en ce qui concerne les ordres d'occupation ; UK-EW 3.6.1.4 p. 32 en ce qui concerne les dispositions familiales ; Écosse 3.3.4, p. 72 (les contrats de cohabitation entre homosexuels peuvent encore être inapplicables pour des raisons d'ordre public).

258 Écosse, 3.4.4, p. 74 ; Grèce, 3.5.2, p. 31 ; Irlande, 3.1, p. 60 : les procédures de partage en vertu des Partition Acts de 1868-1876 ont lieu devant les tribunaux familiaux (Family Law Courts) si les cohabitants ont des enfants ; Autriche 3.2.2 p. 35, au sujet de l'égalité des droits à la succession des enfants et de l'impôt sur le revenu ;

259 Angleterre 3.4 p. 31-32

un tel rejet, du moins lorsqu'il s'agit de liens juridiques qui n'ont rien à voir avec la parenté et l'éducation des enfants.

## 1.2. Les différents types de relations hors mariage

Le phénomène des relations hors mariage peut être classifié en fonction de ses différentes formes.

Dans sa forme la plus pure, il y a couple non marié lorsqu'un couple vit ensemble de par sa propre volonté. Cette relation n'est pas nécessairement formalisée. La formalisation intervient lorsqu'un couple non marié organise sa relation en signant un accord, de quelque manière que ce soit. On relève à cet égard un développement récent dans la législation de certains États : un couple non marié se voit désormais offrir la possibilité d'« enregistrer » sa relation. Ainsi qu'il sera exposé ci-après, il est possible d'établir une distinction entre, d'une part, les systèmes juridiques dans lesquels les partenaires établissent un contrat de cohabitation qui peut être enregistré auprès des autorités gouvernementales et, d'autre part, les systèmes juridiques dans lesquels les partenaires peuvent établir un « partenariat enregistré ». La distinction la plus importante entre le « contrat enregistré » et le « partenariat enregistré » est que l'enregistrement d'un contrat de cohabitation ne constitue pas un obstacle au mariage avec une autre personne et qu'il n'a aucun effet sur l'état civil.

Autre développement : le concept traditionnel du mariage est maintenant ouvert à la discussion. Sans évoquer ici le mariage polygame, connu de systèmes juridiques en dehors de l'Europe, le concept traditionnel du mariage, lien juridique entre un homme et une femme, a été contesté dès lors qu'un État a permis la célébration d'un mariage entre deux époux du même sexe. Même s'il ne s'agit pas à strictement parler d'un « couple non marié », le mariage entre époux du même sexe étant qualifié de « mariage » dans deux États membres, ce phénomène soulève la question de savoir si un tel mariage se verra reconnaître ce même statut juridique dans d'autres États membres. Si tel n'est pas le cas, quelle sera alors la position du couple, qui forme un couple marié dans tel État d'origine et qui sera considéré comme un couple de concubins dans d'autres États membres ?

## 1.3. Le couple non marié

En général, il n'existe pas de concept clairement défini du couple non marié. Vivre en tant que couple non marié n'entraîne pas de conséquences juridiques spécifiques. Toutefois, dans de nombreux États membres, il existe des dispositions, dispersées au sein de la législation, qui touchent au statut juridique des couples non mariés. Tous les rapports nationaux font référence à des dispositions législatives à ce sujet qui, dans des domaines très divers (droit administratif, social, pénal ou civil), concernent les couples non mariés.

Dans quelques États membres, la situation des personnes non mariées qui vivent ensemble en tant que couples et qui n'ont pris aucune mesure pour formaliser sa relation, entraîne des conséquences légales.

En France, la jurisprudence a développé un concept de cohabitation qui a finalement abouti en 1999 à l'insertion d'une définition du *concubinage* dans le Code Civil français<sup>260</sup>. Il y a concubinage lorsque deux personnes (quel que soit leur sexe) vivent ensemble de façon

stable et continue. La Suède a introduit deux nouvelles lois sur la cohabitation en 1987 ; la première concerne la propriété de la résidence commune et des biens ménagers des cohabitants hétérosexuels ; la seconde vise les cohabitants homosexuels et a étendu l'application de diverses lois aux couples homosexuels<sup>261</sup>. Le Portugal a créé en 1999 un régime légal unitaire pour l'union de fait : la loi 135/99, qui traite de la position des personnes vivant ensemble pendant plus de deux ans ; cette loi concerne principalement les matières sociales, fiscales et administratives mais elle contient également certaines dispositions sur la protection du domicile du couple en cas de décès ou de rupture de la cohabitation. Sur la base de cette loi, une plus grande protection sociale a été accordée par une législation ultérieure, la loi 7/2001. Cette loi s'applique aux hétérosexuels et aux homosexuels qui vivent en couple.

Bien que la plupart des États membres n'aient pas encore inséré une définition générale du « couple non marié » dans leur législation, ce concept prend forme. Ainsi, la loi autrichienne ne contient pas de définition spécifique du phénomène, mais la jurisprudence a développé une notion du couple non marié comme étant une « communauté résidentielle, économique et sexuelle ». La loi autrichienne souligne, comme différence principale entre le mariage et la cohabitation, le caractère exclusivement volontaire de la relation du couple non marié. La volonté des parties est de vivre ensemble sans aucun engagement, de façon non définie juridiquement<sup>262</sup>. Cette notion de relation totalement volontaire se retrouve aussi dans le droit d'autres États membres. En Grèce, la cohabitation non-maritale est considérée comme étant appuyée par une disposition de la Constitution, qui permet à chacun de développer sa personnalité librement<sup>263</sup>. En Belgique, l'union de fait ou concubinage est la situation dans laquelle deux personnes vivent ensemble sans aucune obligation de le faire.

Dans d'autres États membres, comme le Royaume-Uni et l'Allemagne, il ne semble pas y avoir encore de concept défini du couple non marié. Le rapport allemand décrit ainsi la loi sur la cohabitation (qui ne se réfère pas au partenariat enregistré) comme « un *patchwork* de règles : quelques dispositions statutaires explicites, quelques dispositions qui ont été appliquées par analogie aux cohabitants, et des règles établies par les juges »<sup>264</sup>.

### 1.3.1. Aperçu des règles concernant les couples non mariés

Si l'on excepte l'introduction récente de la législation sur les partenariats enregistrés ou autres relations comparables, les systèmes juridiques des États membres se caractérisent par diverses règles ou principes applicables aux couples cohabitants. Ils apparaissent dans la plupart des États membres, à la fois dans la législation et dans la jurisprudence. Le développement de ces règles a souvent commencé lorsque les cohabitants et les autorités ont constaté des lacunes dans la législation existante. Il était demandé aux tribunaux d'intervenir, ce qui a conduit au développement de la jurisprudence et de l'action du législateur, souvent uniquement pour des questions spécifiques. Un aperçu de ces diverses règles est présenté ci-dessous. Les règles concernées abordent tant des questions de droit privé que des questions de droit public.

#### 1.3.1.1. La relation interne du couple non marié – Contrats et biens.

---

261 Suède, 3.3.2, p. 38.

262 Autriche, 3.3.2.

263 Grèce, 3.1.1.

264 Allemagne, 3.3.2., p. 46

Les *contrats* entre les cohabitants concernant leur cohabitation sont, en général, acceptés dans le droit interne des États membres. En Espagne, le contrat n'est pas régulé spécifiquement mais il est généralement considéré comme valide en vertu du Code Civil espagnol ; les communautés autonomes prévoient souvent des règles spécifiques à ce sujet. En France, les cohabitants (ou concubins) peuvent organiser leur relation par le biais d'un contrat <sup>265</sup>. En Suède, un contrat de cohabitation signifie normalement que les dispositions de la législation concernant le domicile des cohabitants seront écartées <sup>266</sup>. Au Portugal, il n'existe pas de législation spécifique pour les contrats de cohabitation et la validité de tels contrats n'a pas été contestée devant un tribunal, mais la doctrine admet généralement les contrats de cohabitation et les contrats traitant des conséquences de la fin de la cohabitation <sup>267</sup>.

La validité d'un contrat de cohabitation dépend souvent de règles générales du droit des contrats. En Angleterre, le contrat de cohabitation est autorisé, pourvu qu'il y ait une intention de créer des droits reconnus par la loi <sup>268</sup>. En Écosse, il est estimé généralement que les contrats de cohabitation entre les cohabitants hétérosexuels sont admissibles et que de tels contrats ne devraient pas être considérés comme sans effet pour seule cause d'immoralité <sup>269</sup>. Un contrat de cohabitation entre homosexuels peut toutefois être jugé inapplicable, en vertu de l'ordre public <sup>270</sup>. En Allemagne, le contrat de cohabitation est soumis aux principes généraux du droit des contrats; les cohabitants ne peuvent pas adopter de régime matrimonial dans leur contrat <sup>271</sup>. En Autriche, les cohabitants peuvent passer un contrat de partenariat, contrat qui règle principalement la situation des biens. Un tel contrat doit respecter le cadre juridique du mariage et de l'engagement contractuel, avec les restrictions concernant la moralité et les atteintes aux droits de la personne.

Au Luxembourg, les contrats entre cohabitants sont autorisés. Si l'acquisition d'un domicile est envisagée, il est conseillé aux (futurs) cohabitants d'établir, par acte notarié, un « *pacte tontinier* » qualifié de clause d'accroissement. De telles clauses doivent garantir que, lors du décès de l'un des cohabitants, le domicile qu'ils possédaient en indivision deviendra la pleine propriété de l'autre. Il faut noter qu'au Luxembourg, la jurisprudence assimile parfois de telles clauses à des accords sur la succession, qui ne sont pas sans effet <sup>272</sup>. Des solutions similaires concernant le domicile des cohabitants sont possibles en France <sup>273</sup>.

Au Danemark, les cohabitants peuvent établir un contrat <sup>274</sup>. En Finlande, les contrats entre cohabitants sont soumis aux règles sur les contrats « économiques » généraux <sup>275</sup>. En Italie, les contrats entre cohabitants sont autorisés et leur contenu semble inspiré par la loi sur le régime matrimonial <sup>276</sup>. En Belgique et en Grèce, il n'existe pas de règles spécifiques pour les contrats de cohabitation ; il y a peu d'informations disponibles sur la conclusion et la validité des contrats de cohabitation.

---

265 France, 3.4.2.2.1.

266 Suède, 3.3.4.

267 Portugal, 3.3.4, 3.4.1 et 3.5.2.

268 R.U., Angleterre et Pays de Galles, 3.3.4.

269 R.U., Écosse, 3.3.4.

270 R.U., Écosse, 3.3.4.

271 Allemagne, 3.3.4.

272 Luxembourg, 3.3.4.

273 France, 3.4.2.2.1.

274 Danemark, 3.3.

275 Finlande, 3.3.4.

276 Italie, 3.3.4.

Les contrats de cohabitation sont toujours sans effet dans un seul État membre, l'Irlande ; les contrats de cohabitation y sont considérés comme étant légalement inapplicables et contraires à l'ordre public<sup>277</sup>.

Quant aux *droits patrimoniaux*, aucun État membre n'applique ses dispositions sur les régimes matrimoniaux aux couples cohabitants. Dans la plupart des États membres, seules s'appliquent les règles générales sur les contrats<sup>278</sup> et les biens. Les solutions aux besoins spécifiques des cohabitants proviennent souvent du droit des contrats. Une autre solution peut être basée sur l'existence de dons<sup>279</sup>, de partenariats<sup>280</sup> et (des concepts de) contrats de travail<sup>281</sup> ou, après dissolution, de la loi sur l'enrichissement sans cause<sup>282</sup>. En Italie, les attributions de propriété entre cohabitants ne sont plus considérées comme des dons mais comme l'exécution de devoirs moraux et sociaux et, par conséquent, comme l'exécution d'une obligation naturelle<sup>283</sup>. En Suède, la législation sur la cohabitation contient des dispositions sur la propriété mutuelle de la résidence et des biens ménagers des cohabitants<sup>284</sup>.

### 1.3.1.2. Rupture du couple non marié

Les causes et conséquences de la fin de la cohabitation sur les biens des partenaires cohabitants découlent principalement des règles générales sur les biens et les contrats appliquées dans l'État membre en question.

Au Danemark, les tribunaux peuvent accorder une indemnité compensatoire au partenaire qui, sans elle, se trouverait dans une situation financière grave<sup>285</sup>. En Suède, les besoins des cohabitants sont pris en compte pour déterminer leur part respective dans la procédure de partage des biens<sup>286</sup>. En Grèce, un tribunal de district a rendu une décision dans laquelle l'article 1400 du Code civil, relatif aux demandes de partage des biens acquis après le mariage, a été appliquée par analogie à d'anciens cohabitants.

Une possibilité (limitée) d'accorder des dédommagements pour faute, délit civil, quasi-délit ou autre motif similaire se rencontre dans plusieurs États membres : la Belgique, la France et le Luxembourg<sup>287</sup>. Dans de nombreuses juridictions, il existe une possibilité que d'anciens partenaires cohabitants puissent intenter l'un contre l'autre avec succès une action pour enrichissement sans cause : l'Autriche, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Portugal, l'Espagne et le Royaume-Uni (Écosse)<sup>288</sup>. Il faut toutefois noter que les critères d'application de ces dispositions sont assez stricts.

En cas de procédure entre anciens partenaires cohabitants, les parties doivent avoir recours aux procédures judiciaires ordinaires dans la plupart des États membres. La loi

277 Irlande, 3.3.4.

278 Exception faite de l'interdiction irlandaise pour les contrats de cohabitation.

279 Grèce, 3.4. En Italie, les transferts de propriété entre cohabitants étaient considérés comme des dons par le passé ; cette position est maintenant remplacée par la position selon laquelle il existe une obligation naturelle. Italie, 3.4.1.

280 Autriche, 3.4 ; France, 3.4.2.2 ; Allemagne, 3.5.2 ; Portugal, 3.5.2 ;

281 Allemagne, 3.4.2 ; Grèce, 3.5.2 ; Italie, 3.4.3.

282 Voir infra, texte de la note 42.

283 talie, 3.4.1.

284 Suède, 3.3.2, 3.4.

285 Danemark, 3.4.

286 Suède, 3.5.2.

287 Belgique, 3.5.1 ; France, 3.5.2 ; Luxembourg 3.5.2.

288 Autriche, 3.5.2.1 ; France, 3.4.2.2 ; Allemagne, 3.5.2 ; Grèce, 3.5.2 ; Italie, 3.4.2 ; Portugal, 3.5.2 ; Espagne, 3.5.2 ; Écosse 3.5.2.

suédoise prévoit une procédure spécifique pour la division des biens après la dissolution d'un lien de cohabitation<sup>289</sup>.

En ce qui concerne le domicile familial du couple non marié et laissant de côté les contrats de cohabitation qui peuvent accorder de tels droits, un système juridique peut prévoir que l'un des cohabitants pourra demeurer dans le domicile familial après la fin de la cohabitation, à la suite du décès de l'autre cohabitant ou d'une rupture entre les cohabitants. De telles mesures sont souvent inspirées par des dispositions établies à l'origine pour les couples mariés. Ainsi, dans certains cas, le conjoint qui n'était pas titulaire du bail du domicile conjugal peut voir le bail transféré à son nom après le divorce ou la mort de l'autre conjoint. Une autre solution adoptée dans certaines juridictions est qu'en cas de divorce, la cour puisse ordonner à l'un des ex-conjoints de quitter le domicile, même si il ou elle est le (co-)locataire ou le (co-)propriétaire. Plusieurs États membres, la Grèce, l'Italie, le Portugal, l'Espagne et la Suède appliquent de telles solutions, soit partiellement, soit en totalité, aux cohabitants ou ont adopté des dispositions spécifiques dans ce domaine pour les couples non mariés<sup>290</sup>. L'Autriche adopte une position totalement différente et refuse aux cohabitants le droit d'invoquer les mêmes droits que les divorcés<sup>291</sup>.

#### 1.3.1.3. Obligations alimentaires

Les *obligations alimentaires*, sous la forme de paiements périodiques après la fin de la cohabitation sont, dans presque tous les États membres, limitées aux enfants communs. Les obligations alimentaires entre anciens cohabitants ne sont mentionnées que dans certaines communautés autonomes espagnoles. Néanmoins, l'ordre de verser une indemnité compensatoire à l'ancien cohabitant (en tant qu'indemnité due en raison de la fin de la cohabitation) peut avoir une fonction similaire à un paiement forfaitaire de pension alimentaire entre anciens époux.

Plusieurs rapports mentionnent que le (la) bénéficiaire d'une pension alimentaire n'a plus droit à cette pension si il (elle) cohabite avec une autre personne<sup>292</sup>. En Italie, il est suggéré que dans le cas contraire, le cohabitant qui doit verser une pension alimentaire ne peut invoquer ses obligations envers la personne avec qui il cohabite comme motif de réduction de cette pension<sup>293</sup>.

#### 1.3.1.4. Autres aspects

*Protection contre la violence domestique.* Plusieurs rapports mentionnent l'application aux cohabitants des règles sur la protection contre la violence domestique, même dans les États membres où la cohabitation est à peine reconnue.

En ce qui concerne les *contrats d'assurance vie*, plusieurs lois prévoient la possibilité que la désignation d'un cohabitant comme bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie puisse être

---

289 Suède, 3.5.2.

290 Mentionné explicitement dans les rapports de Grèce, 3.5.2 ; Italie, 3.5.2 (si les cohabitants ont des enfants en commun) ; Portugal, 3.5.2 ; Espagne, 3.5.2 ; Suède, 3.5.2.

291 Autriche, 3.5.2.1.

292 Autriche, Grèce, Italie.

293 Italie, 3.4.1.

révoquée après la dissolution de la cohabitation<sup>294</sup>. Par contre, les *retraites* ne sont pas mentionnées comme affecté par la cohabitation.

Plusieurs rapports mentionnent la question des *droits parentaux*. Ces droits ne concernent toutefois pas en premier lieu la relation entre les partenaires mais la relation entre chacun des partenaires et l'enfant. De plus, la cohabitation entre les parents est sans doute moins importante pour la détermination de ces droits que la question de savoir si et pendant quelle durée l'enfant a vécu dans leurs foyers respectifs. Cet aspect ne sera, par conséquent, pas discuté ici.

La loi écossaise reconnaît l'existence de couples cohabitants, pour des questions non mentionnées ci-dessus, notamment les *dommages-intérêts délictuels* et la *santé mentale*<sup>295</sup>. La loi autrichienne prévoit l'accès des couples non mariés à l'*insémination artificielle*<sup>296</sup>. De plus, la plupart des rapports mentionnent plusieurs domaines de *droit public* dans lesquels la cohabitation est prise en compte. La *sécurité sociale* et la *fiscalité* sont citées dans presque tous les rapports. En Autriche et en Écosse, le *droit pénal* est un domaine dans lequel la cohabitation peut avoir des conséquences<sup>297</sup>.

#### 1.4. Enregistrement des relations.

Un échelon supérieur à la vie en couple non marié (avec ou sans réglementation des relations patrimoniales entre les cohabitants dans un contrat) est atteint lorsque le couple formalise plus avant sa relation en l'enregistrant selon une procédure qui a été introduite en droit interne.

Il existe deux approches législative distinctes. L'une, rencontrée en Belgique et en France et appelée respectivement « cohabitation légale » et « pacte civil de solidarité » (« pacs ») sera ici désignée par l'expression « contrat enregistré » ou « enregistrement de contrat ». L'autre approche, rencontrée dans les États scandinaves membres de l'UE, aux Pays-Bas et en Allemagne, sera désignée par l'expression « partenariat enregistré » ou « enregistrement de partenariat ». Aucun État membre ayant l'anglais pour langue officielle n'a, pour l'instant, introduit de législation à ce sujet. Un projet de loi parlementaire anglais utilise le terme « partenariat civil » (*civil partnership*)<sup>298</sup>. L'expression « enregistrement de partenariat » ou « partenariat enregistré » n'est qu'une traduction approximative de la terminologie utilisée dans les pays nordiques et en droit néerlandais mais elle couvre également l'appellation allemande *Lebenspartnerschaft*.

Des termes tels que « enregistrement » et « partenariat » apparaissent également dans les législations prises par certaines autorités ou gouvernements de niveau inférieur. En Italie, certaines municipalités offrent à leurs administrés la possibilité d'enregistrer leur union à des fins de données personnelles<sup>299</sup>. L'intervention administrative est également possible dans certaines municipalités espagnoles. Certaines communautés autonomes espagnoles ont, en outre, introduit des registres séparés pour les couples non mariés. Ces registres ne doivent pas être confondus avec le registre civil (« état civil ») car celui-ci relève de la compétence exclusive de l'état espagnol. Ce type d'enregistrement par des autorités de communautés autonomes a comme effet de constituer preuve non exclusive de l'existence d'un couple non

294 Allemagne, 3.5.2 ; Luxembourg, 3.5.3.2.

295 Écosse, 3.2.1.

296 Autriche, 3.2.2.

297 Autriche, 3.2.2 ; Écosse, 3.2.1.

298 R.U. (Angleterre et Pays de Galles), 3.3.3.

299 Italie, 3.3.3.

marié. Dans certaines communautés autonomes, l'effet de l'enregistrement est plus étendu : les partenaires qui se sont enregistrés doivent se soumettre à la législation de la communauté autonome, qui contient un minimum de dispositions concernant la cohabitation<sup>300</sup>.

Les principales différences et ressemblances entre les institutions qui ont été introduites dans la législation nationale des États membres seront exposées ci-dessous. Un aperçu des questions spécifiques relatives aux biens sera présenté au paragraphe 3.5.

#### 1.4.1. *Sexe des partenaires*

Au Danemark, en Suède, en Finlande et en Allemagne, l'enregistrement de partenariat n'est possible que pour deux partenaires du même sexe. Aux Pays-Bas, en Belgique et en France, les nouvelles institutions sont ouvertes aux deux partenaires, indépendamment de leur sexe.

#### 1.4.2. *Autorité compétente pour l'enregistrement*

En Suède, en Finlande, au Danemark, aux Pays-Bas et en Belgique, l'enregistrement a lieu devant une autorité publique. En Allemagne, les États fédérés (*Bundesländer*) désignent l'autorité compétente. Ainsi, en Bavière, le notaire est une autorité compétente, alors que dans d'autres États, c'est une autorité publique, l'officier de l'état civil, qui est seule autorité compétente. En France, la conclusion d'un « pacs » s'effectue sous la forme d'un contrat entre les partenaires, lequel est présenté à l'autorité compétente pour enregistrement. Ce sont les tribunaux, et non l'état civil, qui tiennent les registres de « pacs » (le tribunal d'instance du lieu de naissance de chaque partenaire ou, en cas de naissance hors de France, le tribunal de grande instance de Paris.) Apparemment, l'enregistrement n'est pas une condition de validité du « pacs », mais il est conseillé aux partenaires de faire dépendre leur accord de l'enregistrement<sup>301</sup>. Il doit être noté que l'accès aux informations sur le « pacs » contenues dans ces registres est restreint. Seuls les partenaires et certaines autorités et organisations ont un droit d'accès complet. Pour cette raison, une nouvelle pratique a vu le jour, consistant à exiger une déclaration selon laquelle une personne n'a pas souscrit de « pacs »<sup>302</sup>.

#### 1.4.3. *Caractéristiques principales du partenariat enregistré*

Au Danemark, en Suède et en Finlande, l'enregistrement du partenariat signifie que les partenaires, qui doivent être du même sexe, seront traités sur un pied d'égalité avec les époux (donc mariés) de sexes différents. Les partenaires sont ainsi traités comme des époux en ce qui concerne leurs biens, les obligations alimentaires, les retraites, les impôts, les assurances, etc., mais l'enregistrement n'a aucun effet pour les relations avec les enfants nés de l'un d'eux. Cette institution est évidemment conçue comme une alternative au mariage pour les partenaires du même sexe, bien que l'homosexualité puisse ne pas être une condition<sup>303</sup>.

---

300 Espagne, 3.1.1. et 3.3.3.

301 France, 3.3.1.2.2.

302 France, 3.3.1.2.3.

303 Finlande, 3.3.3.

Aux Pays-Bas, l'enregistrement de partenariat signifie que la législation concernant le régime matrimonial et les obligations alimentaires entre époux sera applicable aux partenaires et aux tiers. Alors qu'un mariage ne peut être dissous que par le divorce, il est possible de mettre fin au partenariat par contrat entre les partenaires ; l'intervention d'un tribunal n'est pas nécessaire. L'enregistrement d'un partenariat rend le mariage impossible tant que le partenariat n'a pas été dissous, exception faite du mariage entre partenaires.

En Allemagne, la situation des partenaires enregistrés est différente de celle des époux en ce qui concerne le contenu du régime matrimonial. En cas de séparation ou de dissolution d'un partenariat enregistré, la situation des partenaires est similaire à celle des époux, sauf qu'il ne peut y avoir de division des retraites. La dissolution du partenariat enregistré exige un jugement du tribunal. Si les partenaires décident de vivre séparément, il existe des obligations concernant les obligations alimentaires et l'utilisation du domicile des partenaires<sup>304</sup>.

En France, l'enregistrement de contrat (le « pacs ») est considéré, dans une très grande mesure, comme une affaire contractuelle entre les partenaires. Néanmoins, certaines dispositions propres du mariage sont également applicables au « pacs ». La conclusion d'un « pacs » est impossible lorsqu'un partenaire est déjà marié ou a déjà conclu un autre « pacs ». La dissolution du « pacs » est possible par consentement mutuel et par déclaration unilatérale. Le mariage (avec un tiers) de l'un des partenaires entraîne automatiquement la résiliation du « pacs ». Le « pacs » prend également fin à la mort de l'un des partenaires.

En Belgique, le partenariat enregistré impose certaines obligations aux partenaires en ce qui concerne la contribution aux frais du ménage et aux dettes du foyer. Quelques dispositions concernant la responsabilité des époux envers des tiers sont également applicables au partenariat enregistré belge. Cependant, les dispositions légales concernant le régime matrimonial ne sont pas applicables. Comme en France, le partenariat enregistré belge ne peut être conclu si l'un des partenaires est déjà marié ou a déjà conclu un partenariat enregistré. Comme en France, le partenariat enregistré belge se dissout par consentement mutuel, déclaration unilatérale, par le mariage de l'un des partenaires avec un tiers ou lors du décès de l'un des partenaires.

## 1.5. Les biens dans les relations enregistrées

### 1.5.1. Les biens dans les partenariats enregistrés

En Finlande, en Suède, au Danemark et aux Pays-Bas, les relations patrimoniales des partenaires enregistrés sont soumises aux mêmes dispositions que celles des époux. Le régime juridique, la possibilité d'adopter un régime ou de conclure un « contrat de partenariat » sont identiques. Il en va de même pour la relation entre les partenaires enregistrés et les tiers. En ce qui concerne les droits de retraite, en Allemagne, le régime matrimonial des partenaires enregistrés est de nature similaire à celui des époux, mais son contenu est différent de celui des époux. Le régime normal applicable aux partenaires enregistrés est le *Ausgleichsgemeinschaft*, un terme qui peut être traduit par « communauté de compensation ». Chaque partenaire possède ses propres biens mais à la fin du régime, la plus-value sera partagée entre les partenaires.

---

304 Allemagne, 3.5.1.

### 1.5.2. *Les biens dans les relations « enregistrées »*

En France, le régime de propriété des partenaires dans un « pacs » a été qualifié d'embryon de régime matrimonial. Les biens acquis au cours de l'existence du « pacs » sont présumés être des biens indivis des partenaires, à condition que ces biens aient été acquis à titre onéreux après l'enregistrement du « pacs ». Cette présomption s'applique tant qu'elle n'a pas été réfutée. Il est possible de la contester. Les biens ménagers ont un statut spécial, car pour ces biens, la présomption de propriété indivise ne peut être écartée que par le contrat de « pacs ».

Une complication juridique naît du fait que la signification juridique de l'expression « meubles meublants », utilisée dans la législation française pour désigner les biens ménagers, est ambiguë ; par conséquent, il n'est pas toujours facile de déterminer quels sont exactement les biens bénéficiant de ce statut spécial. Pour les biens autres que les meubles meublants, la présomption d'indivision peut être contestée par le biais d'autres documents, par exemple un contrat d'achat.

Les partenaires d'un « pacs » se doivent une aide matérielle et mutuelle. Les transferts de propriété entre les partenaires peuvent être considérés comme des transferts effectués pour remplir cette obligation. Les partenaires peuvent définir cette obligation dans le contrat de « pacs ». S'ils ne l'ont pas fait, le tribunal devra déterminer l'étendue de cette obligation. Les partenaires sont solidairement responsables des dettes contractées pour les besoins de la vie courante et du domicile commun. Les concepts utilisés dans la législation française pour décrire ces dettes sont différents de ceux utilisés pour les époux, le législateur n'entendant pas assimiler le « pacs » au mariage. Les dispositions concernant la responsabilité solidaire n'écartent pas les règles normales de responsabilité civile si l'un des partenaires a, par exemple, accumulé des dettes considérables pour la vie courante à l'insu et sans l'accord de l'autre partenaire. Un problème pratique se pose pour les créanciers car l'identité de l'autre partenaire ne peut être vérifiée dans un registre public.

En Belgique, les biens des partenaires en cohabitation légale sont séparés, sauf s'ils ont inclus des dispositions contraires dans le contrat de cohabitation. Dans tous les cas, les partenaires doivent contribuer aux dépenses de la vie courante proportionnellement à leurs revenus et ils sont également solidairement responsables des dettes contractées pour les dépenses de la vie courante (et des enfants que les partenaires élèvent, le cas échéant). Toutefois, il n'y a pas de responsabilité pour les dettes excessives contractées par l'autre partenaire.

Les partenaires en cohabitation légale peuvent organiser leur relation patrimoniale par le biais d'un contrat. Ce contrat doit être établi de façon authentique devant un notaire et une mention du contrat doit être faite dans le registre de la population. Toutefois, il est en général estimé que le contenu de ce contrat ne peut être opposé à des tiers.

### 1.5.3. *Les biens dans un partenariat enregistré en cas de dissolution ou de décès*

En Allemagne, aux Pays-Bas, en Finlande, en Suède et au Danemark, la résiliation (ou la dissolution) d'un partenariat enregistré a pour les biens des partenaires enregistrés des effets totalement similaires à ceux qu'un divorce aura pour les biens des époux. Il est évident qu'en Allemagne, les différences entre le régime matrimonial des partenaires enregistrés et celui des époux conduiront à des résultats différents. En cas de décès de l'un des partenaires, le partenaire survivant est traité de façon similaire à l'époux survivant, en ce qui concerne les biens et l'héritage.

#### 1.5.4. *Les biens dans un contrat enregistré en cas de décès*

En Belgique, la dissolution de la cohabitation légale entraînera la résiliation de tout contrat conclu au sujet des biens des partenaires, mais les dispositions traitant de la répartition des biens indivis devront être respectées. Envers les tiers, la dissolution n'a pas de conséquences spéciales.

En France, le partage des biens en indivision est laissée à la charge des partenaires. S'ils n'y parviennent pas, le tribunal effectue le partage. En cas de résiliation d'un contrat de « pacs », le partenaire qui le résilie peut voir sa responsabilité contractuelle engagée envers l'autre partenaire. Les motifs possibles d'engagement de responsabilité sont le manquement à des obligations légales ou contractuelles ou la « rupture abusive » du contrat de « pacs ». En ce qui concerne les tiers, un problème pratique se pose car, en cas de résiliation par seule volonté des partenaires, la déclaration unilatérale de l'un des partenaires contre l'autre ne prend effet que trois mois après qu'elle a été faite. Il existe, par conséquent, une période de latence, durant laquelle des problèmes peuvent surgir à propos de la responsabilité solidaire des partenaires pour certaines dettes, qui subsisteront tout au long de cette période de latence. Le recours à des mesures de protection possibles en vertu du droit civil ordinaire est possible. Des problèmes peuvent surgir pour les dettes dont les partenaires ne sont pas responsables solidairement ou à propos desquelles la responsabilité solidaire est contestée. La question se posera au moment du partage des biens.

#### 1.5.5. *Les biens dans un contrat enregistré en cas de décès de l'un des partenaires*

En France, le partenaire survivant du « pacs » n'a aucun droit *ab intestat*. Les droits à la succession du partenaire survivant dépendent des dispositions volontaires du défunt. Les restrictions qui s'appliquent aux dons entre époux ne s'appliquent pas aux partenaires. Les dispositions sont soumises aux restrictions générales qui accordent des droits à certains héritiers. Il existe un régime fiscal favorable pour les mutations à titre gratuit entre les partenaires.

En Belgique, la situation est similaire. Un partenaire n'héritera pas en l'absence de toute disposition à cet effet. Le régime fiscal concernant les mutations entre partenaires est dans certains cas similaire à celui du conjoint survivant.

### 1.6 **Le mariage entre personnes du même sexe**

Deux États membres, la Belgique et les Pays-Bas, permettent la célébration d'un mariage entre deux personnes du même sexe. Selon la loi néerlandaise comme selon une récente loi belge, le mariage entre personnes du même sexe est un mariage véritable, et non une institution distincte. Ces États membres ont donc créé deux institutions différentes, le partenariat enregistré et le mariage, qui sont toutes deux ouvertes aux couples hétérosexuels et homosexuels. Il existe peu de différences entre les deux institutions en ce qui concerne la relation interne du couple et les relations patrimoniales externes du couple. La différence principale réside dans la dissolution du partenariat enregistré, qui peut être réglée par les partenaires en dehors du tribunal.

En ce qui concerne la paternité, seul le mariage hétérosexuel a des conséquences pour les enfants de l'un des époux. Aux Pays-Bas, l'adoption est possible pour un couple homosexuel, qu'il soit marié, non marié ou qu'il ait établi un partenariat enregistré. Si l'un des époux ou partenaires a un enfant pendant la durée du partenariat enregistré ou du mariage, l'autre époux ou partenaire a la garde de l'enfant, sauf s'il existe une relation de parenté entre l'enfant et une troisième personne qui soit l'un de ses parents.

## **2. LES COUPLES NON MARIÉS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

### **2.1 Introduction**

Les règles de droit international privé des États membres concernant les couples non mariés sont encore très peu développées. Peu d'États membres ont adopté des législations qui traitent des aspects de droit international privé concernant les couples non mariés (de toute nature) et la jurisprudence à ce sujet est très réduite. Certains États membres ayant adopté le partenariat enregistré ont introduit des législations qui traitent de certains aspects de droit international privé concernant le partenariat. Les États membres ayant adopté le contrat enregistré n'ont pas adopté de législation en matière de droit international privé.

L'absence de législation (ou de jurisprudence claire et incontestée) dans la plupart des États membres n'affecte pas seulement les problèmes qui peuvent surgir relativement aux biens du couple au moment de sa séparation, mais également d'autres problèmes de droit international privé qui affectent le couple non marié, par exemple l'accès à certaines nouvelles institutions et la « reconnaissance » du statut particulier des couples non mariés.

Bien que ce rapport se focalise sur les questions liées aux biens et surtout sur celles qui se posent lors de la séparation du couple non marié, l'existence de ce couple soulève certains problèmes que ne connaissent pas, dans la même mesure, les couples mariés.

En ce qui concerne le régime matrimonial, la question préliminaire inévitable, qui est de savoir si le couple est vraiment marié, pose peu de problèmes aux systèmes nationaux de droit international privé des États membres. Tous ces systèmes possèdent des règles de conflits de lois, d'autorités et de juridictions en mesure de traiter cette question. Un tribunal ou une autre autorité compétente pourra peut-être rencontrer des difficultés dans la mise en application de ces règles, mais il aura une connaissance assez claire de leur contenu.

S'agissant des couples non mariés, le premier problème est de déterminer quel est le contenu des règles de droit international privé qui doivent être appliquées aux relations entre couples non mariés. Ce problème concerne les systèmes de droit international privé de tous les États membres, y compris ceux qui n'ont pas introduit de législation spécifique sur le couple non marié. Il ressort des rapports de grandes incertitudes à ce sujet et la seule certitude, c'est que de nombreux problèmes ne sont pas encore résolus à l'heure actuelle.

La plupart des rapports ont cependant traité des problèmes de droit international privé liés au couple non marié et ils ont émis certaines hypothèses quant à de possibles solutions. Leurs observations se concentrent sur les problèmes généraux de droit international privé qui pourraient être amenés à jouer un rôle, surtout dans les États membres qui n'ont pas promulgué de législation. Il faut souligner à propos de ces observations qu'elles ne reflètent pas la *législation* actuelle pour la plupart des États membres. Elles découlent principalement de débats dans la *doctrine* juridique et peuvent également refléter l'opinion personnelle de l'expert national.

Ces observations sont résumées ci-dessous.

## 2.2. Problèmes généraux de droit international privé

La plupart des rapports contiennent des commentaires à propos du couple non marié, basés sur les principes généraux de droit international privé des États membres. Ces commentaires se concentrent sur deux problèmes, à savoir la qualification (également appelée classification ou caractérisation) et l'ordre public.

### 2.2.1. Qualification

Contrairement aux époux mariés, le couple non marié n'est pas un phénomène qui reçoit une acception généralement acceptée. L'étude comparative des droits internes des États membres a établi une division entre quatre catégories de couples non mariés :

- a) le couple non marié qui n'a pas du tout formalisé sa relation ;
- b) le couple non marié qui est lié par un contrat informel ;
- c) le couple non marié qui est lié par un contrat enregistré ; et
- d) les partenaires enregistrés.

Il apparaît que cette classification n'est pas encore acceptée par tous les systèmes nationaux de droit international privé des États membres. Cependant, une distinction similaire à celle faite dans l'étude comparative des droits internes entre le contrat enregistré et le partenariat enregistré semble être établie dans certains rapports nationaux<sup>305</sup>.

De nombreux problèmes de qualification peuvent surgir à propos des couples non mariés. Un exemple de ces problèmes est celui de déterminer si le phénomène du couple non marié doit être considéré comme une question relevant du statut personnel ou comme une question relevant du droit général des obligations, en particulier du droit des contrats lorsqu'un contrat a été établi entre le couple.

D'autres problèmes de classification se posent en raison des diverses possibilités de catégories de couples non mariés, en vertu des législations des autres États membres. Si un État membre prévoit une règle de conflits de loi pour les partenaires enregistrés qui est basée sur le concept de partenaires enregistrés existant dans sa propre loi, dans quelle mesure cette règle peut-elle s'appliquer aux concepts d'enregistrement de partenariat existant dans les autres États membres ?

Quant à la méthode de classification, plusieurs rapports soulignent qu'une approche traditionnelle, la qualification en fonction de la *lex fori*, ne pourra pas toujours fonctionner ; ainsi, par exemple, dans les cas où la loi du tribunal ne contient pas de règles sur le contrat enregistré ou le partenariat enregistré.

Plusieurs autres approches ont été mentionnées. Au Portugal, l'approche de qualification traditionnelle selon la *lex fori* n'a jamais eu de succès. L'approche dominante au Portugal est une approche fonctionnelle, qui est basée sur la sphère d'influence des systèmes juridiques nationaux. La règle de conflits de loi sert à identifier le système juridique (étranger) applicable pour résoudre une question spécifique. Par conséquent, le droit international privé portugais est considéré comme étant capable de traiter de formes de vie de famille qui sont inconnues en droit portugais. L'approche portugaise est donc bien une approche fonctionnelle, basée sur les règles du droit positif<sup>306</sup>. Une approche similaire prévaut dans le droit

305 Luxembourg, 4.1.1. va dans cette direction.

306 Portugal, 4.1.1.

international privé allemand lorsque le phénomène prévu par la loi étrangère n'existe pas dans le système juridique allemand. Il sera alors classé selon sa fonction. Bien que cette approche fournisse une solution en ce qui concerne le mariage de fait et le partenariat enregistré, elle ne résout pas la question de la qualification des couples non mariés, pour lesquels une qualification contractuelle ou familiale fait depuis longtemps l'objet de débats. L'approche familiale ne l'a emporté que récemment, au vu des développements dans le reste du monde<sup>307</sup>. Le droit international privé autrichien est prêt à accepter les partenariats enregistrés ayant des effets similaires au mariage à la condition qu'ils soient connus dans leurs pays d'origine.

### 2.2.2. *Ordre public*

En l'absence de jurisprudence ou de législation, les données des rapports nationaux sur l'application de l'ordre public aux couples non mariés sont très hésitantes. Les développements récents dans le droit de certains États membres semblent inciter les experts juridiques des autres États membres à préconiser une application prudente de l'ordre public envers de nouvelles institutions telles que le partenariat enregistré ou le contrat enregistré. Toutefois, dans certains États membres, il semble que le partenariat enregistré, en tant que relation entre personnes du même sexe ayant des effets similaires au mariage, sera vraisemblablement considéré comme contraire à l'ordre public. Cette position est au moins adoptée dans les rapports grec et irlandais. Dans d'autres États, la position de principe se montre plus nuancée : il apparaît que l'ordre public ne conduira pas automatiquement à la non-reconnaissance du partenariat enregistré passé dans un autre État membre, peu importe s'il concerne des personnes du même sexe ou de sexes différents. En Espagne, les couples non mariés, de même sexe ou non, sont régis par une règle constitutionnelle qui protège les relations familiales autres que le mariage<sup>308</sup>.

L'ordre public semble être un obstacle beaucoup plus important à la reconnaissance du mariage néerlandais ou belge entre deux personnes du même sexe. Même si l'exception d'ordre public ne peut sans doute pas être invoquée contre le mariage entre personnes du même sexe en raison d'une règle constitutionnelle sur la non-discrimination, les règles de conflits de lois existant pour le mariage ne peuvent pas être appliquées pour le mariage entre personnes du même sexe. En Espagne, la règle constitutionnelle qui régit les relations autres que le mariage ne protégera pas le mariage entre personnes du même sexe.

## 2.3. **Droit international privé des États qui connaissent l'enregistrement de partenariat**

Même dans les États membres qui ont adopté l'enregistrement de partenariat, les règles de droit international privé sont peu nombreuses.

### 2.3.1. **Règles de conflits de lois**

---

307 Allemagne, 4.1.1.

308 Espagne 4.1.1.

Au Danemark, premier État membre à avoir adopté l'enregistrement de partenariat, aucune législation spéciale n'a été prévue pour traiter des questions de droit international privé le concernant. En principe, pour avoir accès à l'enregistrement de partenariat, l'un des partenaires doit être de nationalité danoise (ou ressortissant d'un petit groupe d'autres pays : Norvège, Islande, Suède et Pays-Bas). Toutefois, en 1993, la Cour suprême danoise a déclaré valide un partenariat enregistré passé au Danemark entre deux partenaires de nationalité russe. La législation danoise prévoit un motif particulier de compétence pour la dissolution d'un partenariat enregistré, pour laquelle les tribunaux danois seront toujours compétents. Le droit international privé danois n'a pas développé de règles spécifiques pour traiter les questions liées aux biens des partenaires enregistrés. Il convient de noter ici qu'au Danemark, les règles de droit international privé sont également très peu développées sur le régime matrimonial des époux<sup>309</sup>.

En Suède, les partenaires ont accès à l'enregistrement de partenariat si l'un des deux partenaires est domicilié en Suède depuis plus de deux ans ou si l'un des deux partenaires est ressortissant de la Suède, du Danemark, de l'Islande, de la Norvège ou des Pays-Bas. Les biens des partenaires enregistrés ont récemment été soumis aux mêmes règles de conflits de loi que ceux des époux mariés. Le droit international privé suédois a suivi les développements du droit interne suédois et a étendu le champ d'application des règles de conflits de lois sur le mariage à l'enregistrement de partenariats des personnes du même sexe et aux couples non mariés.

En Finlande, les partenaires ont accès à l'enregistrement de partenariat si les deux partenaires résident habituellement en Finlande depuis plus de deux ans ou si l'un des partenaires est de nationalité finlandaise. Un décret gouvernemental inclut désormais dans cette dernière option les citoyens du Danemark, de l'Allemagne, de l'Islande, des Pays-Bas, de la Norvège et de la Suède. La liste des États pourra s'étendre dans le futur lorsque d'autres États adopteront le partenariat enregistré.

Aux Pays-Bas, les aspects de droit international privé touchant le partenariat enregistré ne sont pas encore réglés par la législation. La Commission d'État néerlandaise en vue de promouvoir la codification du droit international privé a rédigé un rapport en 1998 qui préconise l'élaboration d'un ensemble de règles traitant des aspects internationaux du partenariat enregistré. Il est difficile de savoir dans quelle mesure le législateur suivra les recommandations de ce rapport. Le rapport essaie d'établir un équilibre entre la similitude entre le mariage et le partenariat enregistré et l'obscurité qui entoure le partenariat enregistré dans d'autres pays. Un aspect important est la délimitation des effets de la législation interne néerlandaise dans les cas internationaux. En matière de relations patrimoniales, le rapport recommande l'autonomie des parties, à condition que la législation choisie ait introduit le partenariat enregistré. En l'absence d'autonomie des parties, le rapport préconise une règle unilatérale pour l'application de la loi néerlandaise si le partenariat a été enregistré aux Pays-Bas.

En Allemagne, la législation récente contient des règles de droit international privé concernant le partenariat enregistré. Les lois de l'État où le partenariat a été enregistré régissent l'institution et les effets (tant sur les personnes que sur les biens) du partenariat enregistré. Le concept de partenariat enregistré dans le droit international privé allemand est celui du droit interne, les règles sont dirigées à l'intention du partenariat homosexuel. Cependant, l'application par analogie aux partenariats hétérosexuels est estimée possible. Il n'est pas certain que l'application par analogie soit possible pour les contrats enregistrés du droit belge et du droit français<sup>310</sup>. La législation allemande prévoit en outre la possibilité de réenregistrer le partenariat dans un autre État. Il apparaît toutefois que dans d'autres États

309 Danemark, 2.1

310 Allemagne, 4.1.1., 4.1.2. et 4.3.1.1.1.

membres, un tel réenregistrement n'est pas possible si un partenariat a été enregistré à l'étranger car ce partenariat enregistré sera reconnu comme tel<sup>311</sup>.

### 2.3.2. *Compétence*

La législation allemande contient une règle sur la dissolution du partenariat enregistré entre personnes du même sexe. Les tribunaux allemands sont compétents si l'un des partenaires, ou les deux, sont, ou étaient citoyens allemands au moment de la formation du partenariat, si l'un des partenaires réside habituellement en Allemagne ou si le partenariat a été enregistré en Allemagne. La compétence en matière de dissolution du partenariat enregistré s'étend également à la question des biens, par exemple leur partage. Dans la législation finlandaise, les tribunaux sont compétents en matière de dissolution d'un partenariat enregistré si le partenariat a été enregistré en Finlande ou s'il existe un lien avec la Finlande car l'un des partenaires est domicilié en Finlande, ou si le demandeur a été domicilié en Finlande ou a un autre lien proche avec la Finlande et qu'il ne peut raisonnablement pas lui être demandé d'entreprendre une procédure dans un autre pays<sup>312</sup>.

En Suède, les partenaires enregistrés sont traités comme les époux, et les tribunaux seront compétents en matière de problèmes patrimoniaux si le problème est lié à une question « maritale » en Suède, si le défendeur est domicilié en Suède, si le demandeur est domicilié en Suède et la loi suédoise s'applique à la relation patrimoniale, si la question concerne des biens en Suède ou si le défendeur s'est soumis à la compétence juridictionnelle suédoise<sup>313</sup>.

Au Danemark, les tribunaux seront toujours compétents si le partenariat enregistré a été établi au Danemark. Aux Pays-Bas, il y a toujours compétence internationale si le partenariat enregistré a été passé aux Pays-Bas. De plus, les règles sur la compétence en matière de divorce sont déclarées applicables à la dissolution des partenariats enregistrés. Ceci signifie en pratique que la compétence pour la dissolution d'un partenariat enregistré qui a été conclu à l'étranger sera établie sur la base des critères qui ont été développés pour les époux dans les articles 2, 5, et 6 du Règlement 1347/2000 (Bruxelles II).

### 2.3.3. *Reconnaissance des décisions étrangères*

En Allemagne, la législation garantit que la dissolution d'un partenariat enregistré, qu'il ait été conclu en Allemagne ou à l'étranger, sera reconnue selon les règles générales de reconnaissance. Dans les États membres scandinaves, la reconnaissance des décisions étrangères en matière de partenariat enregistré est régie par les règles appliquées aux décisions concernant le mariage. Aux Pays-Bas, il n'existe pas de législation sur la reconnaissance des décisions étrangères en matière de partenariats enregistrés.

## 2.4. **Droit international privé des États membres qui ont introduit des contrats enregistrés**

En France, l'introduction du « pacs » n'a pas conduit à l'introduction de règles de droit international privé. Il est estimé que la seule règle de conflits de loi possible pour le « pacs »

311 Finlande 4.1.2. Cf. Pays-Bas, Annexe, Rapport du comité permanent gouvernemental sur le droit international privé, commentaires de l'art.2.

312 Finlande, 4.2.1.2.

313 Suède, 2.2.2.

doit se référer à la loi de l'état d'enregistrement (ou de création)<sup>314</sup>. La résiliation du « pacs » ne pose pas de problème de compétence internationale, car la résiliation unilatérale s'effectue par le biais d'une déclaration délivrée à l'autre partenaire. En cas de dissolution par consentement mutuel, les partenaires peuvent faire une déclaration devant le tribunal d'instance du lieu de résidence de l'un des partenaires<sup>315</sup>. Il est possible que la résiliation puisse conduire à d'autres litiges entre les anciens partenaires. Pour ces litiges, les règles générales de compétence du Code civil français seront appliquées. Il existe un doute quant à savoir si la Convention de Bruxelles (désormais Règlement 44/2001 dit « Bruxelles I ») peut déterminer la compétence en matière de litiges entre anciens partenaires. La question se poserait principalement en cas d'une action basée sur un délit civil. Le problème serait alors de savoir si une action liée à un délit civil est recevable entre ex-partenaires.

En Belgique, la position est que le partenariat enregistré et le contrat enregistré peuvent être assimilés aux relations maritales en droit international privé<sup>316</sup>. Cependant, il est impossible de se prononcer clairement sur la compétence internationale et le droit applicable en ce qui concerne le contrat enregistré. Il est suggéré que la compétence internationale et le droit applicable pourraient être déterminés en suivant les règles établies pour le régime matrimonial. En ce qui concerne la reconnaissance des décisions étrangères, il est fait référence aux règles générales de reconnaissance<sup>317</sup>. Le Code de droit international privé belge en projet contient des règles de conflits de lois et de conflits de juridictions propres aux couples non mariés, mais partenaires.

## 2.5. Droit international privé et couples non mariés

Il n'existe pratiquement aucune législation qui traite des questions de droit international privé concernant les couples non mariés. Seule exception notable : la Suède, où les règles de droit international privé qui s'appliquent aux couples mariés sont aussi applicables aux couples non mariés.

Dans les autres États membres, le débat sur le traitement du couple non marié en droit international privé est encore balbutiant et se limite principalement à la doctrine. Quant à la question du droit applicable, deux approches possibles sont en général proposées. L'approche traditionnelle semble être que le couple non marié en tant que tel n'a pas une signification spécifique pour l'application du droit international privé. La situation juridique des membres de ce couple n'est pas différente de celle de parfaits étrangers l'un à l'égard de l'autre, à moins qu'il n'y ait un contrat d'un type quelconque entre les membres du couple ou que des biens soient possédés en indivision par les membres du couple. Dans ce cas, l'approche traditionnelle considère que ce contrat ou cette relation de propriété devra être régie conformément aux règles générales de droit international privé concernant les contrats ou les biens. Une approche plus originale, influencée par l'adoption de nouvelles institutions pour le couple non marié (telles que le contrat enregistré ou le partenariat enregistré) souligne le caractère « familial » de la relation entre les membres du couple non marié. Par conséquent, le droit applicable à cette relation devrait être déterminé conformément aux règles habituelles concernant les relations familiales. Ceci peut signifier que, dans la doctrine, le traitement en tant que quasi-époux soit préconisé, conduisant à une application par analogie des règles de conflits de lois prévues pour le mariage. Cela peut aussi signifier que l'application des règles

---

314 France, 4.3.1.1.

315 France 4.2.1.

316 Belgique 4.1.1.

317 Belgique, 4.2-4.4.

traditionnelles de conflits de lois pour le statut, en relation avec la loi de la nationalité commune ou la loi de la résidence habituelle du couple, doit être favorisée<sup>318</sup>. Cependant, même en France, l'introduction d'une définition du concubinage n'a pas conduit à l'acceptation de l'idée que, en l'absence d'un contrat réglant la cohabitation, un seul droit applicable puisse régir les relations patrimoniales du couple<sup>319</sup>.

Dans le cas où un contrat ordinaire de cohabitation (c'est à dire un contrat autre que le contrat enregistré de droit français ou belge) aurait été passé entre les membres du couple non marié, l'une des questions débattues dans les rapports est l'application de la Convention de Rome, de 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Une fois encore, les opinions divergent sur cette question. Certains rapporteurs pensent que de tels contrats sont exclus de la Convention de Rome par son article 1(2)(b)<sup>320</sup>. Cette position apparaît notamment dans les rapports anglais et espagnol. Même si l'applicabilité de la Convention de Rome est mise en doute, il est généralement accepté que l'autonomie des parties est permise en ce qui concerne le contrat de cohabitation<sup>321</sup>. Une approche différente est adoptée dans le rapport sur l'Écosse, selon lequel l'autonomie des parties est inopportune<sup>322</sup>. En Irlande, les contrats de cohabitation sont sans effet, quelle que soit la loi applicable<sup>323</sup>. Au Portugal, la portée limitée de l'autonomie des parties en matière de contrats de mariage est jugée devoir être donnée aussi aux contrats du couple non marié<sup>324</sup>.

La question de la compétence internationale en matière de séparation du couple non marié ne reçoit que peu d'attention. Le rapport finlandais souligne que la dissolution d'une relation « de fait » ne peut être qu'une rupture de fait qui n'exige pas l'intervention de l'état ou des autorités gouvernementales<sup>325</sup>. Au Portugal, il n'existe pas de jurisprudence ou de doctrine sur la question<sup>326</sup>.

En ce qui concerne la compétence internationale en matière de litiges patrimoniaux entre les (anciens) membres d'un couple non marié, seul le droit suédois contient une règle qui s'adresse aux couples non mariés, ces derniers étant traités sur un pied d'égalité avec les époux. Dans d'autres États membres, il n'existe pas de règle de compétence élaborée spécialement pour les couples non mariés. Un exemple clair est la Finlande, où la question n'a apparemment jamais été traitée, ni en jurisprudence ni en doctrine<sup>327</sup>. La position générale est que les règles ordinaires de compétence internationale s'appliqueront, ce qui semble impliquer que le traitement sur un pied d'égalité avec les couples mariés est exclu<sup>328</sup>. Les rapports anglais et écossais avancent ainsi l'idée que les litiges patrimoniaux entre les membres du couple non marié seraient des litiges patrimoniaux entre « étrangers » devant la loi<sup>329</sup>. Il est parfois avancé que la Convention de Bruxelles (désormais Règlement 44/2001) déterminera la

318 Voir notamment les discussions en France, 4.1.1. et en Allemagne, 4.1.1.

319 France, 4.3.1.2.

320 Le début de l'article 1 est ainsi rédigé :

Champ d'application

Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles.

Elles ne s'appliquent pas :

a) à l'état et à la capacité des personnes physiques, sous réserve de l'article 11 ;

b) aux obligations contractuelles concernant : les testaments et les successions, les régimes matrimoniaux, les droits et devoirs découlant d'une relation de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes ; (...).

321 Finlande, 4.3.1.2 ; Allemagne 4.3.1.1 ; Suède 2.3.1.1.2 ; Autriche 4.3.1.1.

322 Royaume-Uni (Angleterre) 4.2.2 ; Royaume-Uni (Ecosse) 4.3.1.1.1.

323 Irlande 4.3.1.1.

324 Portugal 4.3.1 et 2.3.1.1.3.

325 Finlande, 4.2.1.2.

326 Portugal, 4.2.1.

327 Finlande, 4.2.2.

328 Autriche 4.2.1. ; Espagne 4.2.1. ; Belgique 4.2.1.

329 Écosse, 4.2.2.

compétence dans des litiges de ce type<sup>330</sup>. D'un autre côté, le rapport grec estime improbable l'application des règles générales de compétence internationale<sup>331</sup>. En Irlande, même les règles générales de compétence internationale ne pourraient être appliquées aux actions entre membres d'un couple non marié, en raison des restrictions d'ordre public<sup>332</sup>.

## 2.6. Reconnaissance et exécution

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des décisions concernant les biens des couples non mariés, les remarques sont encore plus hésitantes. Le rapport finlandais accepte l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano et du Règlement 44/2001<sup>333</sup>.

---

330 France, 4.2.1 ; Finlande 4.2.2.

331 Grèce 4.2.1.

332 Irlande 4.2.

333 Finlande 4.4.1.1.

**ANNEXES****TABLEAUX EXPOSANT LES LOIS DES ÉTATS MEMBRES****A. DROIT INTERNE**

1. Contrat enregistré et partenariat enregistré.  
Réglementation dans le droit interne actuel.

États membres	Aucune	Contrat enregistré	Partenariat enregistré
Belgique		X	
Danemark			X
Allemagne			X
Grèce	X		
Espagne	X		
Finlande			X
France		X	
Irlande	X		
Italie	X		
Luxembourg	X		
Pays-Bas			X
Autriche	X		
Portugal	X		
Suède			X
Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)	X		
Royaume-Uni (Écosse)	X		

2. Contrat enregistré et partenariat enregistré.  
Exclusivité pour les couples de personnes du même sexe.

États membres	Même sexe uniquement	Pas de restrictions de sexe
Belgique		X
Danemark	X	
Allemagne	X	
Finlande	X	
France		X
Pays-Bas		X
Suède	X	

## 3. Cohabitation de fait. Droit interne actuel.

États membres	Réglementé	Non réglementé
Belgique		X
Danemark		
Allemagne		X
Grèce		X
Espagne		X
Finlande		X
France	X	
Irlande		
Italie		
Luxembourg		
Pays-Bas		
Autriche		
Portugal	X	
Suède		
Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)		X
Royaume-Uni (Écosse)		X

## 4. Effets sur les biens des partenariats enregistrés.

Équivalence du régime des biens du partenariat enregistré avec le régime matrimonial et étendue de la réglementation des parties

États membres	Identique au régime matrimonial	Régime différent	Réglementation des parties autorisée
Danemark	X		X
Allemagne		X	X
Finlande	X		X
Pays-Bas	X		X
Suède	X		X

## 5. Effets sur les biens des contrats enregistrés.

Équivalence des effets sur les biens du contrat enregistré avec le régime matrimonial et étendue de la réglementation des parties

États membres	Identique au régime matrimonial	Régime différent	Réglementation des parties autorisée
Belgique		X	X
France		X	X

6. Effets sur les biens des couples de fait non mariés  
Nature des approches dans le droit interne.

États membres	Solutions suivant les principes généraux du droit civil	Solutions spécifiques
Belgique		
Danemark		
Allemagne		
Grèce		
Espagne		
Finlande	X	
France		
Irlande		
Italie		
Luxembourg		
Pays-Bas		
Autriche		
Portugal		
Suède		X
Royaume-Uni (Angleterre et s de Galles)		
Royaume-Uni (Écosse)		

## B. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Existence d'une législation sur les aspects de droit international privé des partenariats enregistrés et questions couvertes par les règles de conflits de lois promulguées

États membres	Règles de conflits de loi traitant tous les aspects	Règles de conflits de loi traitant des biens	Aucune législation de droit international privé
Danemark			X
Allemagne	X		
Finlande		X	
Pays-Bas			X
Suède		X	

Existence et nature des règles sur la compétence internationale en cas de dissolution d'un partenariat enregistré

États membres	Compétence si le partenariat a été enregistré dans l'État membre	Analogie avec les règles sur le divorce
Danemark	X	X
Allemagne	X	X
Finlande	X	X
Pays-Bas	X	X
Suède		X

## SECTION II

### COUPLES NON MARIÉS

#### REMARQUES FINALES ET PERSPECTIVES D'UNE HARMONISATION

##### 1. INTRODUCTION

##### 1.1. Droit interne

Le droit interne des États membres fait montre d'une évolution dans le cadre de laquelle un certain nombre d'alternatives au mariage traditionnel est en train de gagner du terrain. La cohabitation de fait, sans aucune formalité, bénéficie désormais d'une certaine reconnaissance juridique, notamment dans le domaine du « droit public » (droit fiscal, administratif et social). On observe aussi une tendance du droit civil à accepter le phénomène, comme en témoigne la situation au Portugal, en France et, tout particulièrement, en Suède. Néanmoins, à l'exception de ce dernier État, les conséquences juridiques de la cohabitation ordinaire en droit civil sont extrêmement limitées.

En ce qui concerne la réglementation de la cohabitation par contrat de conclu par un couple non marié, la plupart des États membres acceptent désormais ces contrats en droit interne. L'enregistrement du contrat de cohabitation, qui est possible en droit belge et en droit français, est un pas supplémentaire vers l'officialisation de la relation unissant le couple non marié. L'enregistrement d'un tel contrat maintient cependant la liberté, pour le couple non marié qui n'a pas officialisé son union, de ne plus cohabiter, puisqu'une rupture est possible à tout instant et que les formalités à remplir à cet effet sont peu nombreuses. L'enregistrement du contrat de cohabitation, tout particulièrement, ne constitue pas un obstacle à la conclusion d'un mariage avec une autre personne.

Le « partenariat enregistré », tel qu'il existe au Danemark, en Finlande, en Suède, en Allemagne et aux Pays-Bas, diffère à maints égards de l'enregistrement de contrat, que connaissent le droit belge et le droit français. L'enregistrement de partenariat est une alternative au mariage ; il entraîne des conséquences pour l'état civil et constitue un obstacle au mariage. Il existe deux différences notables entre les diverses réglementations de l'enregistrement de partenariat. En premier lieu, l'enregistrement de partenariat aux Pays-Bas est ouvert aux couples homosexuels et hétérosexuels, alors que, dans les autres États membres, il est possible uniquement entre des partenaires du même sexe. En second lieu, l'enregistrement de partenariat dans tous les États membres concernés, à l'exception de l'Allemagne, produit les mêmes effets patrimoniaux qu'un mariage. En Allemagne, l'enregistrement de partenariat entraînera, en l'absence d'une réglementation des parties,

l'application d'un régime de propriété, dont le contenu est différent du régime matrimonial légal des époux.

A l'heure actuelle, dans les états membres le mariage homosexuel n'est possible qu'aux Pays-Bas et en Belgique.<sup>334</sup> Dans ce dernier État, une législation vient d'entrer en vigueur pour ouvrir le mariage aux époux de même sexe, mais les droits des conjoints homosexuels en matière de garde des enfants et d'adoption seront plus limités qu'aux Pays-Bas. Mais entre les époux et dans leurs relations avec des tiers, ce mariage homosexuel n'est rien d'autre qu'un « mariage », tant en vertu du droit interne néerlandais que belge. Les effets patrimoniaux d'un tel mariage sont, en droit interne, identiques à ceux du mariage.

## 1.2. Droit international privé

En ce qui concerne les couples non mariés qui n'ont pas officialisé leur relation d'une quelconque manière, l'incertitude est grande quant au traitement de leur relation en droit international privé. Le débat s'articule autour de la question de savoir si leur relation doit être traitée comme une relation familiale ou comme une relation ordinaire, éventuellement économique. Actuellement, le traitement en tant que relation ordinaire semble prendre l'avantage sur des approches favorisant le caractère familial. En Irlande, le fait que le couple non marié « rivalise » avec l'institution traditionnelle qu'est le mariage, semble rendre son acceptation difficile, voire impossible. Néanmoins, même si le traitement ordinaire des biens du couple non marié, conformément aux règles générales applicables aux biens et aux contrats, constitue encore l'approche générale, les preuves du fonctionnement de ces règles générales sont rares en pratique.

Pour ce qui est des contrats enregistrés tels qu'ils existent en Belgique et en France, les systèmes de droit international privé sont encore indécis sur leur mode de traitement. Les conjectures vont bon train sur les principes à appliquer.

Sur le partenariat enregistré, tel qu'il a été introduit dans les États scandinaves membres de l'UE, en Allemagne et aux Pays-Bas, les systèmes de droit international privé des États membres ont élaboré un certain nombre d'idées concernant le traitement à lui réserver. En ce qui concerne le droit applicable, il existe une différence notable entre l'approche finlandaise et suédoise, d'une part, et l'approche allemande et néerlandaise, d'autre part. En Finlande et en Suède, les règles de conflit de lois concernant les relations patrimoniales sont identiques à celles régissant le régime matrimonial. En Allemagne, une règle spéciale, différente de celle applicable au régime matrimonial, a été promulguée. Cette règle semble être influencée par la prise de conscience du fait que l'enregistrement de partenariat est un phénomène nouveau, qui ne peut être traité de la même façon que le mariage. En désignant le droit de l'État d'enregistrement comme applicable, la règle de conflit de lois allemande assure l'application d'une loi au régime de propriété des époux enregistrés qui reconnaît une telle relation. Les règles de conflit de lois, applicables aux biens de partenaires enregistrés, proposées par un organe consultatif du gouvernement néerlandais, tiennent également compte de l'obscurité qui entoure le partenariat enregistré à l'échelle internationale et visent l'application du droit du lieu d'enregistrement. Elles autorisent cependant une autonomie

<sup>334</sup> On note cependant que la jurisprudence canadienne vient d'accepter que deux hommes ou deux femmes peuvent se marier : Court of Appeal for Ontario, 10 juin 2003, Halpern et al, disponible sur <http://www.ontariocourts.on.ca/appeal.htm>.

limitée des parties, permettant aux partenaires enregistrés d'opter pour le droit d'un État qui a adopté un concept similaire à celui du partenariat enregistré néerlandais.

En ce qui concerne la compétence internationale, les États membres qui ont instauré l'enregistrement de partenariat, semblent moins réticents à appliquer par analogie les règles de compétence applicables aux couples mariés. Néanmoins, les États membres ont assuré qu'il y aura toujours un tribunal compétent pour dissoudre un partenariat enregistré qui a été conclu dans l'un de ces États membres. Ceux d'entre eux qui ont introduit le partenariat enregistré sont prêts à reconnaître des partenariats similaires lorsqu'ils ont été conclus dans d'autres États.

Dans les États membres qui n'ont introduit ni le partenariat enregistré ni le contrat enregistré, les règles de droit international privé concernant ces phénomènes sont très incertaines. Les rapports font mention, pour la plupart, d'une attitude bienveillante à l'égard de ces nouveaux phénomènes et d'une volonté de les traiter sur la base de principes généraux de droit international privé. Cependant, ces principes généraux n'ont qu'une capacité limitée à traiter ces matières neuves et la certitude juridique est quasiment inexistante.

## **2. POSSIBILITES D'UNE HARMONISATION PLUS POUSSEE**

Lorsqu'on considère le problème des couples non mariés, il est possible d'établir d'emblée une classification grossière.

La première catégorie est celle des couples réellement non mariés : les couples de fait, qui peuvent avoir conclu un contrat de cohabitation, mais dont la relation n'a pas été officialisée d'une manière ou d'une autre. La seconde catégorie est celle des relations enregistrées, apparues au cours des dix dernières années et qui connaissent une certaine officialisation d'une relation. La dernière catégorie est celle du mariage « ordinaire », célébré valablement entre des époux du même sexe. Dans les rapports sur les couples non mariés, l'accent principal a été mis, dès lors qu'il s'agissait de traiter le problème des couples non mariés en droit international privé, sur la relation enregistrée. Cette tendance est compréhensible puisqu'il existe au moins une législation dans ce domaine dans un certain nombre d'États membres. Parce que les systèmes juridiques nationaux se concentrent, en matière de couples non mariés, sur les relations enregistrées, les perspectives d'une harmonisation plus poussée, présentées dans ce rapport, concerneront principalement la relation enregistrée.

### **2.1. Relations enregistrées**

Le terme « relation enregistrée » est sensé couvrir les partenariats enregistrés, tels qu'on les observe dans le droit des pays nordiques, en droit néerlandais et en droit allemand, ainsi que l'enregistrement de contrat (ou « contrat enregistré ») prévu par le droit français et le droit belge.

Malgré les nombreuses distinctions qui ont pu être établies dans la comparaison du mode de réglementation de cette relation par les droits internes, il subsiste un certain dénominateur commun. En dépit de toutes les distinctions établies plus haut entre le contrat enregistré, d'une part, et le partenariat enregistré, d'autre part, ces deux phénomènes ont en

commun un élément essentiel. Tous deux établissent une relation juridique exclusive entre deux personnes, qui doit être dissoute par la loi avant qu'une de ces deux personnes ne puisse s'engager dans une nouvelle relation juridique « de couple » (un partenariat enregistré, un contrat enregistré ou un mariage) avec une autre personne.

Il existe toutefois des différences dans le mode d'organisation par le législateur de la dissolution de la relation exclusive. En ce qui concerne le partenariat enregistré, certaines formalités sont à observer en cas de dissolution. Pour ce qui est du contrat enregistré, le simple fait de contracter un mariage avec une autre personne entraînera sa dissolution. Un autre élément qui est essentiel en rapport avec l'objectif du présent rapport est que toutes les relations enregistrées sont appelées à modifier la nature des relations patrimoniales existant entre les membres du couple. Cette modification ne surviendrait pas si la relation n'avait jamais été conclue.

### 2.1.1. *Remarques préliminaires*

En recherchant des convergences au niveau des règles de droit international privé, applicables aux relations enregistrées dans l'Union européenne, on constate l'existence d'un fossé considérable entre les États membres qui ont introduit une relation enregistrée dans leur système juridique national et ceux qui ne l'ont pas fait.

Les États membres qui ont introduit une forme de relation juridique ont souvent promulgué une loi qui traite de problèmes liés aux relations enregistrées et relevant du droit international privé ou ils s'approprient à le faire. Même si ce n'est pas le cas, ces États apportent une certaine attention au problème et l'on peut s'attendre à ce que leurs pouvoirs publics tentent d'accéder à des institutions qui ont été adoptées à l'étranger. En agissant ainsi, les pouvoirs publics peuvent ne pas reconnaître immédiatement les détails et être préparés à surmonter des différences relativement considérables entre les droits internes. Ainsi, le Ministère de la Justice suédois penserait qu'un mariage conclu aux Pays-Bas remplit les conditions requises pour être assimilé à un partenariat enregistré en Suède.<sup>335</sup> Une correspondance entre les gouvernements néerlandais et français a placé le partenariat enregistré néerlandais sur un pied d'égalité avec le « pacs » français.

Pour ce qui est des États membres qui n'ont pas créé une relation enregistrée dans leur législation, on ne sait que peu de choses sur le mode de traitement des relations enregistrées étrangères dans le cadre des règles nationales de droit international privé de ces États. Par conséquent, si l'on considère l'Union européenne comme un tout, on constate qu'il n'existe aucune convergence des règles de droit international privé applicables aux relations enregistrées, tout simplement parce qu'un certain nombre d'États ne connaissent pas la notion de relations enregistrées dans leur droit interne.

Lorsqu'on se concentre sur les règles de droit international privé établies (ou préconisées) dans les États membres qui ont introduit des relations enregistrées, on observe une différence d'approche fondamentale : certains États membres soulignent le caractère unique relatif de la relation, d'autres pas. Les premiers ont élaboré ou sont en train d'élaborer des règles qui sont destinées uniquement à l'intention de droits étrangers qui ont introduit des

<sup>335</sup> Le Ministère de la Justice suédois a communiqué ce point de vue en réponse aux demandes de renseignements adressées par Monsieur M. Jänterä-Jareborg, professeur de droit en Suède. Cf. M. Jänterä-Jareborg, Registered Partnerships in Private International Law: Scandinavian Approach, dans : Boele-Woelki/Fuchs (eds), Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe, 2003, Anvers, p. 158.

institutions similaires ou à l'intention du droit de l'État de création de l'institution. Les autres États membres (Suède, Finlande) insistent sur les similitudes qui existent entre le partenariat enregistré et le mariage et appliqueront le droit matrimonial étranger aux partenariats enregistrés, même si ce droit ignore le partenariat enregistré.

### 2.1.2. *Qualification et reconnaissance*

Compte tenu des divergences majeures dans les droits internes nationaux, que l'on retrouve dans les règles nationales de droit international privé, deux obstacles sont à surmonter dès lors que l'on amorce une tentative d'harmonisation des règles de droit international privé, applicables aux problèmes patrimoniaux. Le premier obstacle est de savoir comment faire face au problème de la qualification (ou classification). Le second consiste à rechercher dans quelle mesure la reconnaissance d'institutions étrangères en tant que telles doit être réglementée lors de l'élaboration de règles de droit international privé applicables aux biens des partenaires dans la relation enregistrée.

Dans les conventions internationales traitant de questions relevant du droit de la famille, les concepts utilisés par ces conventions sont généralement pris dans un sens large, l'accent étant mis sur l'emploi d'un concept autonome (qui n'est pas nécessairement celui du droit interne des États liés par la Convention). Ces conventions, toutefois, traitent généralement de questions qui sont connues dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, par exemple le mariage, l'obligation alimentaire ou les biens matrimoniaux.

En dehors du droit de la famille, des traités de droit international privé peuvent aborder des notions qui ne sont pas connues de tous les systèmes juridiques (comme le *trust*). Dans ce cas, la plupart du temps, la notion est déjà bien connue de longue date par un grand groupe de systèmes juridiques.

La question à résoudre concerne un nouveau phénomène qui, à l'échelle mondiale, reste inconnu de la majorité des systèmes juridiques. Des différences plutôt considérables existent entre les systèmes juridiques européens qui ont introduit le phénomène. Même si certaines caractéristiques communes peuvent être identifiées (comme l'exclusivité et les conséquences pour les relations patrimoniales, dont on a parlé plus haut), l'obscurité relative qui entoure le nouveau phénomène nécessiterait probablement de longues discussions sur la portée d'un futur instrument, surtout si un seul terme général devait être utilisé pour identifier le partenariat enregistré et les contrats enregistrés couverts par l'instrument. Selon toute probabilité, de telles discussions deviendront inévitables dès que les pouvoirs publics des États qui ont adopté une forme quelconque de relation enregistrée, auront à traiter de relations enregistrées en vertu d'un droit étranger, puisque les concepts ne sont pas identiques. Pour les pouvoirs publics des États qui n'ont pas encore introduit un nouveau type de relation de couple, il sera même plus difficile de comprendre la portée de l'instrument, si ce dernier n'est pas expliqué de manière détaillée.

La solution permettant d'éviter ces discussions et de promouvoir une certitude juridique consisterait à préciser les institutions qui, aux termes du droit national, seront couvertes par le futur instrument. Une liste figurant en annexe à l'instrument pourrait énumérer les relations couvertes par celui-ci. La liste pourrait être complétée en cas d'introduction, dans d'autres États, de nouvelles relations qui partageraient les éléments

essentiels d'exclusivité et d'incidence sur les biens. L'insertion d'une telle liste aurait des conséquences pour la portée de l'instrument, puisqu'il semblerait que celui-ci ne pourrait exercer d'effets que sur les relations qui sont prévues à l'annexe. Toutefois, compte tenu du caractère européen du phénomène, ce ne serait pas un obstacle majeur.<sup>336</sup>

Reste la question de savoir si un instrument traitant du droit applicable aux biens des partenaires vivant dans le cadre d'un contrat enregistré ou d'un partenariat enregistré doit ou non traiter aussi de la reconnaissance et de la validité de l'institution proprement dite. À ce propos, il est permis de faire les observations suivantes. Pour ce qui est des couples mariés, il existe des Conventions de La Haye qui traitent du droit applicable au régime matrimonial et à la validité ou la reconnaissance de mariages, ce qui suggère d'ores et déjà que ces questions sont apparentées, sans être nécessairement liées. Il est évident que, lorsqu'un mariage peut être intégralement reconnu aux termes des règles de droit international privé régissant la reconnaissance de mariages, il n'y aura aucun doute quant à l'applicabilité des règles de droit international privé concernant le régime matrimonial. Ce constat s'appliquera par analogie aux partenariats enregistrés ou aux contrats enregistrés. Lorsque ces derniers sont reconnus, les règles applicables aux biens des partenaires peuvent être appliquées.

Pour ce qui est des mariages, leur reconnaissance s'avère être une condition préalable à l'application des règles de conflit de lois, applicables au régime matrimonial. Il semble improbable qu'un mariage ne soit pas reconnu et que le mariage non valable crée néanmoins des relations patrimoniales entre les personnes formant le couple. Dans le cas des récentes institutions, le problème pourrait être moins catégorique. L'approche pourrait consister à accepter que l'existence de l'institution étrangère crée des effets sur les biens, sans que l'institution étrangère ne soit reconnue intégralement. Cette approche cadrerait également avec la variété d'effets que les systèmes juridiques nationaux attribuent aux nouvelles relations en rapport avec la garde des enfants et l'adoption.

Certaines règles semblent nécessaires pour décider de la validité, de la reconnaissance et de la cessation de la relation enregistrée, même si ces aspects n'ont d'incidence que dans le contexte des biens des partenaires. Il ne devrait pas y avoir de discussion possible sur la détermination du début et de la fin de la relation. Toute autre est la question de savoir si, pour la coordination recherchée ici, ces règles doivent être harmonisées de manière plus approfondie dans le futur instrument. Dans les conditions actuelles, il semblerait que la plupart des États ayant adopté des relations enregistrées accepterait la règle selon laquelle le droit de l'État d'enregistrement de la relation, y compris ses règles de droit international privé, est décisif. L'acceptation de cette approche par des États qui ne connaissent pas le concept de relation enregistrée, semble être suffisante. Ceci laisse croire qu'à l'avenir, il serait toujours possible d'appliquer les règles de conflit de lois nationales et qu'il serait permis d'avancer qu'une approximation plus approfondie de ces règles nationales de droit international privé serait bénéfique à la certitude juridique. Cependant, une telle approximation ne concernerait directement, dans l'Union européenne, qu'un certain nombre d'États membres, à savoir ceux qui ont introduit des relations enregistrées. À l'heure actuelle, il semble difficile d'envisager que des États qui n'ont adopté aucune forme de relation enregistrée dans leur droit interne soient préparés au fait que leurs pouvoirs publics auront à faire face à l'enregistrement ou à la dissolution de relations enregistrées conformément au droit d'autres États membres.

<sup>336</sup> A l'extérieur de l'Union européenne, deux états associés à la zone de libre échange, la Norvège et l'Islande, ont introduit l'enregistrement de partenariat.

### 2.1.3. *Coordination des règles de conflit de lois*

En ce qui concerne la teneur de la règle de conflit de lois, applicable aux biens dans des relations enregistrées, les règles de conflit de lois acceptées ou répandues dans les États qui ont introduit les nouvelles institutions font état de deux approches distinctes. Un certain nombre d'États insistent sur la relative obscurité qui entoure le nouveau type de relations et encouragent des règles qui prennent en compte ce manque de clarté. Ces États retiennent le droit de l'État de création de la relation enregistrée, applicable aux biens des membres du couple. Certains d'entre eux prennent quelquefois le parti de règles qui permettraient (sur la base de l'autonomie des parties ou des règles objectives de conflit de lois) l'application d'autres lois d'États connaissant des institutions comparables. L'autre approche, suivie en Suède et en Finlande, souligne la similitude de l'institution du partenariat enregistré avec le mariage et pense qu'il est possible d'appliquer les règles du régime matrimonial d'États qui ne connaissent pas le partenariat enregistré, si le droit de cet État devait être applicable dans le cadre des règles de conflit de lois. Par conséquent, le droit suédois serait disposé à appliquer le droit matrimonial italien aux biens des partenaires italiens qui se sont enregistrés en Suède.<sup>337</sup>

Compte tenu des différences qui existent entre les diverses formes de relations enregistrées, il paraît difficile d'étendre l'approche suédoise et finlandaise à l'ensemble du groupe identifié ici comme consacrant les relations enregistrées, puisque cette approche souligne et accepte la similitude entre le partenariat enregistré et le mariage. L'autre approche se concentre sur le droit de l'État d'enregistrement (de célébration) de la relation et n'exige pas l'acceptation d'une similitude avec le mariage. Comme l'harmonisation (ou la coordination) des règles de droit international privé en Europe exigera leur application par les pouvoirs publics d'États qui peuvent avoir d'énormes difficultés à accepter cette similitude, le point de départ de l'approche suédoise et finlandaise semble plus vulnérable aux objections fondées sur l'ordre public. Par ailleurs, l'approche suédoise et finlandaise rendrait difficile le traitement des partenariats enregistrés et des contrats enregistrés comme un seul et même groupe et exigerait qu'une nouvelle distinction soit établie dans l'instrument pour ces catégories.

L'approche qui prône l'application du droit de l'État d'enregistrement de la relation ne dépend pas de la similitude avec le mariage. Elle est plus réaliste, compte tenu de l'obscurité relative qui plane sur les nouvelles formes de relations de couple. La question est de savoir si seul le droit interne (ou matériel) de l'État d'enregistrement doit être appliqué ou s'il faut prévoir l'application des règles de conflit de lois de cet État. Ceci impliquerait qu'une forme de renvoi soit introduite dans les règles harmonisées ou, du moins, qu'il y ait une possibilité d'intervention des règles nationales de droit international privé. Bien que le renvoi ne reçoive plus de soutien massif dans les systèmes de droit international privé des États membres, il est bon de noter que certains instruments internationaux autorisent l'intervention des règles nationales de droit international privé (dans le cadre de l'instrument international). Citons, par exemple, certaines dispositions de la Convention de La Haye sur les mariages, de la Convention de La Haye sur les régimes matrimoniaux et, dans les instruments de l'Union européenne, de la Deuxième directive assurance non vie.

---

337 Cf. op cit nt 335, p. 144.

Dans la situation actuelle, où les approches des systèmes nationaux (tant en droit interne qu'en droit international privé) n'ont pas encore été fermement établies, il semble y avoir un besoin de se concentrer sur le droit de l'État d'enregistrement. Cependant, si un instrument d'harmonisation établissait une règle ferme qui permettrait uniquement l'application du droit interne de l'État d'enregistrement, l'évolution vers un système de règles de conflit de lois multilatérales serait effectivement bloquée. Compte tenu de la relative obscurité qui entoure les nouvelles relations enregistrées, des règles de conflit de lois réellement multilatérales semblent dépasser le cadre envisageable. Mais en laissant les coudées franches à l'application des règles de conflit de lois nationales (puisqu'elles peuvent évoluer), un équilibre peut être trouvé entre, d'une part, l'acceptation (loin d'être universelle) des nouvelles relations de couple dans les droits internes et, d'autre part, la probable augmentation de ces relations avec un élément international. L'occasion devrait être donnée aux systèmes nationaux de droit international privé de faire évoluer davantage leurs règles tout en tenant compte de l'acceptation croissante du phénomène. Les règles de droit international privé, qui ne connaissent pas la relation enregistrée, devraient bénéficier d'un délai d'adaptation aux nouvelles relations provenant d'autres États. Le premier groupe ne devrait pas se montrer trop agressif et le second ne point rester trop longtemps sur la défensive. Une solution rapide, basée sur des points de vue qui n'existent actuellement que dans un groupe limité d'États, peut exercer un effet contraire. Une solution rapide peut aussi être difficilement conciliable avec des développements encore inconnus en droit interne. Il se pourrait bien que, dans le temps, la coordination puisse progresser et conduire à une réglementation plus poussée, comprenant des règles de conflit de lois applicables aux régimes matrimoniaux.

#### 2.1.4. *Ordre public*

À l'heure actuelle, une harmonisation ou une coordination des règles de droit international privé ne peut exclure le droit de tout État d'invoquer l'ordre public. Il est indiscutable que l'ordre public est le talon d'Achille d'une évolution ultérieure du droit international privé dans ce domaine sensible. L'approche recommandée ici, qui tente de coordonner les systèmes nationaux de droit international privé tout en respectant encore leur caractère national, devrait être contrôlée à intervalle régulier pour en évaluer l'efficacité.

Au sein de l'Union européenne, les principes du droit communautaire devraient encourager les États à user parcimonieusement de l'ordre public. Il semble qu'à cet égard, la communication interprétative de la Commission concernant l'usage de l'ordre public en rapport avec les règles harmonisées de conflit de lois, applicables aux contrats d'assurance, sera tout aussi importante en cas de coordination ou d'harmonisation dans ce domaine.<sup>338</sup>

#### 2.1.4. *Conflits d'autorités et de juridictions*

En ce qui concerne la compétence internationale, les États membres qui ont introduit une forme quelconque de partenariat enregistré ont établi une règle stipulant qu'il y a compétence si le partenariat a été conclu dans l'un de ces États membres. En Suède, la règle est prévue de manière moins explicite.

338 Cf. JO 2000, C 43, p. 26: "L'application, en vertu des règles de conflit de lois prévues par les directives sur les assurances, par un État membre de ses propres dispositions matérielles "impératives", de ses "lois de police" et de ses "dispositions d'ordre public" aux contrats d'assurance est susceptible, s'il en résulte une entrave, d'être soumise à l'analyse de la notion d'intérêt général. Cette notion d'intérêt général agit comme un filtre de la législation nationale. Elle oblige les pouvoirs publics des États membres à analyser la conformité de leur législation nationale avec les principes de libre circulation du traité."

Dans les États membres qui ont adopté des contrats enregistrés, les règles concernant la compétence internationale sont peu claires. Il semble d'une importance capitale que, tant que le statut de partenaires enregistrés n'a pas été reconnu intégralement dans l'Union européenne, la compétence du tribunal de l'État d'origine, en cas de dissolution du partenariat enregistré (ou du contrat enregistré) doive être maintenue. Ce tribunal devrait également conserver la compétence en ce qui concerne les biens des partenaires, à la date de la dissolution ou à une autre date.

Cependant, pour ce qui concerne les questions touchant aux biens des partenaires, il semble qu'il n'y ait pas d'objection à admettre que la compétence soit fondée sur des critères bien établis, à condition que la relation enregistrée soit reconnue, du moins les relations patrimoniales spéciales qui sont apparues dans ce cadre. Cette situation parlerait en faveur de la compétence internationale des juridictions de l'État dans lequel se situe le domicile du défendeur et des juridictions des États où se situent ses biens (surtout immeubles). Elle impliquerait également la possibilité d'autoriser une compétence en rapport avec des mesures provisoires ou urgentes.

En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de décisions, leur acceptation (dans la mesure où des biens sont concernés) semble se heurter à un seul obstacle majeur, comme celui rencontré, il y a longtemps déjà, en d'autres matières civiles et commerciales, par la Convention de Bruxelles de 1968. L'acceptation d'une telle règle peut impliquer l'obligation de reconnaître et d'appliquer des décisions qui rejettent des demandes de dommages et intérêts parce que la relation sous-jacente (le partenariat enregistré ou le contrat enregistré) ne peut pas être reconnue. Une telle décision peut aussi considérer que le droit d'un autre État membre, qui doit être appliqué, est contraire à l'ordre public ou incompatible avec les règles impératives du tribunal. Il semble qu'il devrait y avoir une possibilité d'évaluer cette situation, tout particulièrement dans l'État d'origine de la relation enregistrée.

## **2.2. Couples non mariés**

En ce qui concerne les couples non mariés, les règles de droit international privé des États membres sont très peu développées. La qualification des relations entre les couples non mariés, à la fois ceux qui ont conclu un contrat de cohabitation et ceux qui n'en ont pas conclu, soulève de sérieux problèmes. D'aucuns décrètent que cette question relève du droit général des obligations et du droit patrimonial. D'autres soulignent le caractère « familial » des relations. Étant donné que les États qui ont adopté des règles sur la cohabitation, à l'exception de la Suède, n'ont apporté que peu d'attention aux aspects du droit international privé, la question se pose de savoir si l'heure d'une harmonisation ou d'une coordination plus poussée a déjà sonné. Il est évident que le nombre de couples non mariés ne cesse d'augmenter, mais il n'y a aucune indication claire sur la nécessité d'agir dans le domaine du droit international privé. Du fait du petit nombre d'États ayant adopté une législation s'adressant aux couples non mariés, l'instauration de règles de conflits de lois multilatérales serait un coup d'épée dans l'eau pour la majorité des cas.

S'il existe un besoin d'agir au sein de la société, il semble que, quelle que soit la qualification donnée au phénomène nouveau, il y ait des indices en faveur de l'applicabilité du droit de l'État de la résidence commune du couple et, probablement aussi, en faveur du droit de l'État de la nationalité commune. La question est de savoir s'il est possible de

consacrer ces deux règles et, si oui, de déterminer laquelle retenir en premier. La question serait également de savoir s'il est possible de corriger la règle, par exemple sur la base du lien social avec un autre État que celui de la nationalité commune ou l'état de la nationalité conjointe. Par conséquent, si une règle de conflit de lois s'orientant vers droit de l'État de la nationalité commune était acceptée et appliquée en rapport avec un couple suédois cohabitant en Belgique, l'application du droit suédois pourrait être rejetée en raison du fait que le couple est étroitement lié à la Belgique. Inversement, un couple belgo-luxembourgeois cohabitant en Suède pourrait ne pas être soumis au droit suédois en tant que droit du lieu de cohabitation, si ce couple est considéré comme n'étant pas suffisamment intégré à la société suédoise.

En ce qui concerne la compétence dans ces domaines, et compte tenu des règles hésitantes proposées, une argumentation consisterait à accorder -compétence exclusive au tribunal du lieu où la cohabitation s'est réalisée ou se réalise. Ce tribunal serait le mieux à même à prendre en compte le lien social avec le lieu de cohabitation.

### **2.3. Mariages homosexuels**

Aux Pays-Bas, premier État à avoir introduit le mariage homosexuel, prédomine l'opinion selon laquelle ce mariage est à considérer et classer comme un véritable mariage. Une analyse prudente, parue dans un rapport de la Commission d'Etat néerlandaise en vue de promouvoir la codification le droit international privé, défend en outre la position selon laquelle il n'y a aucune objection à appliquer aux mariages homosexuels les Conventions de La Haye de 1978 sur les mariages et les régimes matrimoniaux. D'autres opinions peuvent prévaloir dans d'autres États membres, telles celle exprimé par le Ministère de la Justice suédois, qui considère que ce mariage remplit les conditions requises pour être assimilé à un partenariat enregistré aux termes du droit suédois.

Il semblerait que l'approche adoptée par l'État d'origine du mariage homosexuel, qui considère assez fermement cette relation comme un mariage, soit la plus répandue en droit international privé. Cela impliquerait que toutes les suggestions faites en rapport avec le mariage classique devraient s'appliquer également au mariage homosexuel. Inutile de préciser que cette situation rend le mariage homosexuel extrêmement vulnérable aux objections fondées sur l'ordre public. Les observations faites plus haut en ce qui concerne l'usage restrictif de l'ordre public s'appliqueraient ici de la même façon, par identité de motifs.

\* \*  
\*

## ANNEX 1

### PLAN DIRECTEUR DES RAPPORTS NATIONAUX

#### **PRÉLIMINAIRES**

##### **1. Portée du “ Plan directeur ”**

*Le texte ci-dessous présente le “plan directeur” des rapports nationaux pour l'étude à réaliser en réponse à la demande de la Commission européenne. Il est destiné à éclairer les rapporteurs nationaux sur le contenu souhaitable de leur rapport, de manière à permettre une harmonisation de la teneur et des principales subdivisions de l'ensemble des rapports.*

*Ce “plan directeur” n'est pas rigoureusement impératif, mais il n'est pas non plus simplement indicatif ou exemplatif. Chaque rapporteur veillera à respecter le plus possible les subdivisions principales et il prêtera attention aux subdivisions plus secondaires. Si son droit national ne prévoit rien à propos d'une rubrique, il suffira d'y écrire “ néant ”.*

*Chaque rapporteur aura certes à adapter ce plan en tenant compte des particularités de son droit national, tant pour la partie consacrée au droit international privé que pour la partie décrivant le droit interne. Il ajoutera au besoin des éléments propres à son droit national qui ne sont pas repris ici, notamment dans la rubrique “ Divers ”.*

##### **2. Problèmes communs à différents rapports nationaux**

*Les rapports nationaux doivent citer les traités internationaux liant l'État, avec références de publication officielle. Certains de ces traités peuvent lier plusieurs Etats membres de l'Union européenne, ce qui signifie que des développements similaires se retrouveront dans plusieurs rapports nationaux. Voici quelques indications à ce sujet.*

*a) Conventions internationales multilatérales : La Convention de La Haye du 17 juillet 1905 concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux a été ou est encore en vigueur dans certains Etats. La Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, conclue à La Haye le 14 mars 1978, est en vigueur en France, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Comme il existe déjà des études publiées sur ces Conventions (on songe notamment aux rapports officiels de ces conventions, publiées notamment aux Actes et Documents de la Conférence de La Haye de droit international privé), on donne comme directive aux rapporteurs nationaux de rappeler les règles conventionnelles de façon synthétique et d'exposer surtout les problèmes de mise en œuvre de ces conventions dans leur État si d'aventure elles y sont applicables.*

*b) Traités bilatéraux : il est souhaitable de présenter de façon synthétique les traités bilatéraux. S'il s'agit de traités conclus entre deux Etats membres de l'Union européenne, ils seront présentés dans chacun des deux rapports nationaux*

*Pour les points de convergence entre les trois rapports scandinaves, dont on connaît la proximité juridique au sein de l'Union nordique, on conseillera aux trois rapporteurs concernés une concertation entre eux.*

*Les règles de droit international privé des Etats membres de l'Union européenne s'appliquent en principe indistinctement aux ressortissants des Etats membres et aux ressortissants d'un Etat tiers. S'il ne devait pas toujours en être ainsi, le rapport national devra le préciser !*

*La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes peut intéresser certains rapporteurs : voyez, par exemple, l'arrêt 143/78 De Cavel, du 27 mars 1979 (Rec., 1979, p. 1055).*

*Précisons aussi que le rapport a pour objet principal le droit international privé et le droit familial “ civil ”, et non pas le droit fiscal ou le droit social. Parfois, cependant, il sera difficile d'éviter des allusions à ces autres branches du droit.*

\* \*  
\*

## QUESTIONNAIRE

### INTRODUCTION

Bref exposé sur l'objet du rapport, sur la méthode suivie pour l'élaborer et sur le plan du rapport. Ne pas introduire, dans cette introduction, des développements sur les matières étudiées dans le rapport.

## CHAPITRE 1. RÉGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS. DROIT INTERNE

### 1.1. GÉNÉRALITÉS

*[L'objet de ces généralités est d'exposer de façon synthétique les notions générales sur les rapports patrimoniaux entre époux dans votre pays].*

#### 1.1.1. Sources

- 1.1.1.1. Énoncé des principales sources légales et réglementaires.
- 1.1.1.2. Énoncé des principales sources jurisprudentielles et coutumières.
- 1.1.1.3. Énoncé des réforme éventuellement en cours.

*N.B. : citer ici les principaux textes et les donner in extenso en annexe au rapport.*

#### 1.1.2. Évolution historique

*(bref exposé, s'il est nécessaire pour la compréhension de la suite du rapport).*

- 1.1.2.1. Étapes de l'évolution historique
- 1.1.2.2. Situation actuelle (depuis la dernière réforme).

#### 1.1.3. “ Régime primaire ”

*Mention des droits et devoirs fondamentaux des époux au plan patrimonial (règles qui s'appliquent impérativement à tous les époux)*

#### 1.1.4. “ Régimes secondaires ”

- 1.1.4.1. Existence ou non de règles spéciales sur les “ régimes matrimoniaux ” (secondaires) ?
- 1.1.4.2. Notion de “ régime matrimonial ” : quelles matières sont-elles comprises dans cette notion, si elle existe ? (p. ex. : biens entre époux, obligations alimentaires, pensions, assurances...)
- 1.1.4.3. Régime légal (prévu par la loi en cas d'inexistence de contrat de mariage), s'il en existe.
- 1.1.4.4. Contrats de mariage. Admis par la loi ? Phénomène courant ou exceptionnel ? Avantages et inconvénients ?
- 1.1.4.5. Régimes conventionnels prévus par la loi, s'ils existent.
- 1.1.4.6. Principe d'immutabilité ou de mutabilité conventionnelle des régimes matrimoniaux
- 1.1.4.7. Particularités nationales (p. ex. : régimes spéciaux admis localement)

### 1.2. SORTES DE RÉGIMES

#### 1.2.1. Commentaires sur le régime primaire

- 1.2.1.1. Présentation sur l'ensemble de la législation réglant les droits et devoirs fondamentaux entre époux (rapports *patrimoniaux* exclusivement, à l'exclusion des rapports *personnels* comme devoir de cohabitation, de fidélité...)
- 1.2.1.2. Obligation de contribuer aux charges et dépenses du ménage ; biens réservés...
- 1.2.1.3. Situation juridique de la résidence conjugale ou du domicile conjugal et du logement familial ;
- 1.2.1.4. Exercice d'une profession par un époux ;
- 1.2.1.5. Ouverture de comptes bancaires ou de coffres ;
- 1.2.1.6. Représentation entre époux : mandat domestique de la femme mariée... ;
- 1.2.1.7. Protection contre les actes d'un époux qui mettent en péril les intérêts patrimoniaux de la famille...

#### 1.2.2. Régime matrimonial légal

- 1.2.2.1. Régime (secondaire) imposé aux époux en l'absence de contrat de mariage. Existence ou inexistence d'un régime légal.
- 1.2.2.2. S'il en existe : contenu, organisation, composition des patrimoines (actifs, dettes...), droits des créanciers...(vue synthétique).

**1.2.3. Régimes conventionnels**

- 1.2.3.1. Énumération (systèmes communs, systèmes de séparation, systèmes de participation : contenus,
- 1.2.3.2. Contrats de mariage : autonomie des époux dans le choix d'un régime ? utilité ? admissibilité ? conditions de validité (fond et forme), capacité et consentement pour conclure le contrat, effets, ... (vue synthétique).

**1.3. CHANGEMENTS DE RÉGIMES****1.3.1. Principe**

- 1.3.1.1. Mutabilité ou immutabilité du régime matrimonial durant le mariage.
- 1.3.1.2. Justification du principe

**1.3.2. Modalités du changement**

- 1.3.2.1. Autorités compétentes pour intervenir (notaire ? juge ?)
- 1.3.2.2. Conditions de fond (durée du mariage ? contrôle ?) et de forme,

**1.4. PUBLICITÉ DU RÉGIME****1.4.1. Principe**

- 1.4.1.1. Existence ou non d'un système de publicité des régimes matrimoniaux.
- 1.4.1.2. Justification du principe (finalité du système : protection des tiers, notamment des enfants du ménage, des créanciers ?)

**1.4.2. Modalités de la publicité**

- 1.4.2.1. Autorités compétentes pour intervenir (notaire ? juge ?)
- 1.4.2.2. Conditions de fond (durée du mariage ? contrôle ?) et de forme,
- 1.4.2.3. Publicité du régime initial : Organisation concrète. Autorités compétentes (notaire ? fonctionnaire ? juge ?). Existence ou non d'un registre matrimonial. ....
- 1.4.2.4. Publicité du régime initial : Modalités...

**1.5. ADMINISTRATION DES PATRIMOINES****1.5.1. Dans le régime légal**

- 1.5.1.1. Gestion des biens propres ou communs, personnels ou séparés.
- 1.5.1.2. Intervention des époux (ensemble - commune ou concurrente - ou séparément).

**1.5.2. Dans les régimes conventionnels**

- 1.5.1.1. Gestion des biens propres ou communs, personnels ou séparés.
- 1.5.1.2. Intervention des époux (ensemble - commune ou concurrente - ou séparément).

**1.5.2. Contrats entre époux durant le mariage**

- 1.5.2.1. Ventes entre époux : acceptées ou prohibées ou réglementés ?
- 1.5.2.2. Donations entre époux : acceptées ou prohibées ou réglementées ?
- 1.5.2.2. Sociétés entre époux : acceptées ou prohibées ou réglementées ?
- 1.5.2.2. Contrats de travail entre époux : acceptés ou prohibés ou réglementés ?

**1.6. DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE DU RÉGIME MATRIMONIAL****1.6.1. Après rupture du lien conjugal (divorce...)**

- 1.6.1.1. Preuve de la propriété des biens. Détermination des biens partageables.
- 1.6.1.2. Modes de partage (à l'amiable, judiciaires)
- 1.6.1.3. Récompenses éventuelles ou droit en équité
- 1.6.1.4. Autorités compétentes (Notaires ? Pouvoir des tribunaux ?)...

**1.6.2. Au décès d'un des époux**

- 1.6.2.1. Preuve de la propriété des biens. Détermination des biens partageables.
- 1.6.2.2. Modes de partage (à l'amiable, judiciaires)
- 1.6.2.3. Récompenses éventuelles ou droit en équité
- 1.6.2.4. Autorités compétentes (Notaires ? Pouvoir des tribunaux ?)...

**1.7. DIVERS**

*Rubrique ouverte pour permettre aux rapporteurs nationaux de développer des points non envisagés ci-dessus (p. ex. : Droit transitoire, Droits locaux (droit foral en Espagne) ou autres remarques...)*

## CHAPITRE 2 RÉGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ\*

### 2.1. GÉNÉRALITÉS

*[L'objet de ces généralités est d'exposer de façon synthétique les notions générales communes à toutes les sections du rapport relatives au droit international privé de l'État]*

#### 2.1.1. Sources

- 2.1.1.1. Énoncé des principales sources internationales applicables (Conventions).  
*Pour les traités multilatéraux : mention des traités, avec renvoi aux numéros qui en traiteront plus loin.  
Pour les traités bilatéraux : mention des traités, avec un bref commentaire présenté ici ou un renvoi plus loin s'ils sont commentés dans leur contexte adéquat. S'entendre, le cas échéant, avec le rapporteur du pays cocontractant.*
- 2.1.1.2. Énoncé des principales sources légales.  
*Citer ici les principaux textes et les donner in extenso en annexe au rapport.*
- 2.1.1.3. Énoncé des principales sources jurisprudentielles et coutumières.  
*Citer ici les principales sources et les donner in extenso en annexe au rapport.*
- 2.1.1.4. Énoncé des réformes éventuellement en cours (p. ex. : codification, révision partielle...).  
*Citer ici les principaux projets et les donner in extenso en annexe au rapport.*

#### 2.1.2. Évolution historique

*(bref exposé, s'il est nécessaire pour la compréhension de la suite du rapport).*

- 2.1.2.1. Étapes de l'évolution historique du droit international privé.
- 2.1.2.2. Situation actuelle du droit international privé. Mentions des conflits transitoires résultants de réformes du droit international privé.
- 2.1.2.3. Évolution du droit international privé en matière de régimes matrimoniaux. Conflits transitoires de droit international privé.

*N.B. : Certains Etats membres ont connu, au cours du dernier demi-siècle, des problèmes de droit transitoire résultant de la modification des règles de conflit de lois, d'autorités et de juridictions régissant les régimes matrimoniaux. Ces problèmes sont apparus par suite d'une réforme législative ou de l'entrée en vigueur d'une Convention internationale ou d'un revirement de jurisprudence. Ces Etats sont donc confrontés à une difficulté particulière : la coexistence de deux ou trois systèmes successifs de règles de compétence internationale, de lois applicables ou de règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes, en matière de régimes matrimoniaux.*

*Le rapporteur national devra, dans ce cas, exposer ici ces problèmes de droit transitoire et leurs solutions. Plus loin, il devra veiller à développer à la fois les solutions anciennes (applicables encore à certains anciens couples mariés) et le droit nouveau (applicable aux couples plus récents).*

#### 2.1.3. Notions générales de droit international privé

- 2.1.3.1. Problèmes de qualifications et texte législatif ou solution jurisprudentielle régissant ces problèmes  
*Simple mention ; l'impact de ces problèmes sur les matières étudiées doit être examiné plus loin, dans son contexte.*
- 2.1.3.2. Théorie du renvoi et texte législatif ou solution jurisprudentielle régissant cette théorie.  
*Simple mention ; l'impact de cette théorie sur les matières étudiées doit être examiné plus loin, dans son contexte.*
- 2.1.3.3. Théorie de l'ordre public et texte législatif ou solution jurisprudentielle régissant cette théorie.

---

\* Nous ne voulons pas entrer ici dans la vieille querelle sur le domaine du droit international privé. En nous fondant sur les matières traitées dans les grands ouvrages de droit international privé de la majorité des Etats membres de l'Union européenne, nous admettons que cette discipline couvre les problèmes de compétence internationale des autorités et des juridictions, de lois applicables ainsi que de reconnaissance et d'exécution des décisions et actes étrangers. Ces trois domaines sont d'ailleurs ceux qui sont mentionnés dans l'appel d'offre de la Commission européenne.

*Simple mention ; l'impact de cette théorie sur les matières étudiées doit être examiné plus loin, dans son contexte.*

- 2.1.3.4. Théorie de la fraude à la loi et texte législatif ou solution jurisprudentielle régissant cette théorie.

*Simple mention ; l'impact de cette théorie sur les matières étudiées doit être examiné plus loin, dans son contexte.*

## 2.1.4. **Problèmes généraux de rattachement**

- 2.1.4.1. Facteurs de rattachement — communs aux sections sur la compétence internationale des autorités et des juridictions, sur les lois applicables (conflits de lois) et sur la reconnaissance des décisions et des actes étrangers —: solution aux conflits positifs de nationalités, définition des termes “ domicile ”, “ résidence ”, etc.).

- 2.1.4.2. Problèmes de rattachement — communs aux sections sur la compétence internationale des autorités et des juridictions, sur les lois applicables (conflits de lois) et sur la reconnaissance des décisions et des actes étrangers — dans les Etats plurilégislatifs (systèmes interterritoriaux et interpersonnels).

## 2.2. **COMPÉTENCE INTERNATIONALE DES AUTORITÉS ET DES JURIDICTIONS EN MATIÈRE DE RÉGIME MATRIMONIAL**

### 2.2.1. **Règles générales de compétence internationale applicables à la matière des régimes matrimoniaux**

- 2.2.1.1. Énoncé des sources et du contenu de ces règles.  
2.2.1.2. Leur mise en application dans le domaine des régimes matrimoniaux.

### 2.2.2. **Règles de compétence internationale particulières à la matière des régimes matrimoniaux**

- 2.2.2.1. Autorités ou juridictions compétentes pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat.  
2.2.2.2. Autorités ou juridictions compétentes pour recevoir des contrats de mariages dans les relations internationales.  
2.2.2.3. Autorités ou juridictions compétentes pour intervenir dans le changement d'un régime matrimonial.  
2.2.2.4. Autorités ou juridictions compétentes pour, contrôler les contrats (de vente, de donation, etc) passés entre époux durant le mariage.  
2.2.2.5. Autorités ou juridictions compétentes pour liquider et partager un régime matrimonial.

## 2.3. *DROITS APPLICABLES AU RÉGIME MATRIMONIAL*

### 2.3.1. **Détermination des droits applicables au régime matrimonial**

#### 2.3.1.1. *Les époux ont signé un contrat de mariage (ou un settlement)*

- 2.3.1.1.1 *Principes de rattachement* : facteurs de rattachement applicable au fond, à la forme et aux effets du contrat (autonomie de la volonté, *lex rei sitae*, loi personnelle, *lex fori*, *locus regit actum*, ...).

- 2.3.1.1.2 *Problèmes généraux de rattachement* : ordre public, qualification, etc.

- 2.3.1.1.3. *Problèmes particuliers au contrat de mariage* : portée du choix : simple désignation du droit applicable ou désignation d'un régime matrimonial précis du droit d'un Etat ? Limites de l'autonomie de la volonté Liberté totale ou obligation de choisir entre certaines lois ou entre certains régimes ? Problème suscité par une volonté non expresse (choix tacite ?). Antériorité du contrat par rapport au mariage ? Possibilité de “ dépecer ” la loi applicable (en choisissant, par exemple, de soumettre tel bien immeuble à une autre loi que celle du régime) ?

2.3.1.2. *Les époux n'ont pas signé de contrat de mariage (ou de settlement)*

2.3.1.2.1. *Principes de rattachement* : facteurs de rattachement retenus : domicile conjugal, résidence habituelle, nationalité commune, nationalité du mari, *lex rei sitae*, autonomie de la volonté tacite, *lex fori*, ... avec précisions sur les hypothèses visées : nationaux, étrangers, réfugiés, apatrides, ... ; hiérarchie de rattachements (facteur principal, facteurs subsidiaires) ; circonstances de rattachement (unité ou pluralité de régimes, conséquences pratiques, ...).

2.3.1.2.2. *Problèmes de rattachement* : détermination du facteur (double nationalité, conflits de lois personnelles, définition du domicile et de la résidence, notions de réfugiés et d'apatrides, ... ; identification du droit applicable dans les États composés (systèmes interpersonnels et interterritoriaux) ; théorie du renvoi (premier et deuxième degré, *Foreign Court Theory*, ...) ; problèmes de qualifications ; d'ordre public... (p. ex. quand l'application du droit étranger applicable peut-elle être écartée pour des raisons d'incompatibilité avec l'ordre public du for?)

2.3.2. *Domaine des droits applicables au régime matrimonial*

2.3.2.1 *Pendant le mariage*

2.3.2.1.1. *Matières soumises à la loi du régime* : composition du patrimoine, pouvoirs de disposer et d'administrer (étendue), validité intrinsèque du contrat de mariage, effets du contrat, ...

2.3.2.1.2. *Matières soumises à une autre loi* (sans développements exagérés !) : domaine de la loi personnelle (capacité de passer le contrat de mariage, obligations alimentaires entre époux, consentements, incapacité de la femme mariée, ...) ; domaine de la loi réelle (inscriptions hypothécaires, hypothèque légale du conjoint, inaliénabilité dotale, ...), de la *lex fori* (rôle de l'ordre public à propos du "régime primaire", c.à.d. des droits et devoirs fondamentaux des époux, du mandat domestique, des biens réservés, de la capacité de la femme mariée, ...), de la *lex loci actus* (forme du contrat de mariage, ...)

2.3.2.1.3. *Matières dont la loi applicable est controversée* : quid de la loi applicable aux contrats passés par des époux durant leur mariage (p.ex. : donations, ventes, sociétés, travail...) ? aux obligations alimentaires ? Pensions ? Assurances-vie ?

2.3.2.2. *Lors de la dissolution du mariage*

2.3.2.2.1. *Dissolution du vivant des époux* (divorce, annulation du mariage ; distinction entre effets principaux et effets secondaires) : matières soumises à une autre loi (loi du divorce pour les sanctions pécuniaires ?).

2.3.2.2.2. *Dissolution par décès d'un époux* : matières soumises à la loi du régime, matières soumises à d'autres lois (loi successorale, loi personnelle, (...)) ; problèmes pratiques de liquidation et partage du régime matrimonial (p. ex. qualification "régimes matrimoniaux" ou "succession"?)

**2.3.3. Droits applicables en cas de changements de régime matrimonial**

**2.3.3.1. Modifications apportées au facteur de rattachement**

2.3.3.1.1. Hypothèses de conflits "mobiles" (p. ex. les époux changent de nationalité ou de domicile).

2.3.3.1.2. Lois applicables à ces conflits mobiles

**2.3.3.2. Modifications apportées au droit applicable**

2.3.3.2.1. Hypothèses de "conflits transitoires de droit interne" (le droit interne a été révisé durant la vie conjugale des époux).

2.3.3.2.2. Loi applicable à ces conflits transitoires du droit interne.

*N.B. : Le problème de la modification de la règle de conflit de lois par suite d'une réforme législative, de l'entrée en vigueur d'une Convention ou d'un revirement de jurisprudence entre dans les problèmes généraux de droit international privé envisagés plus haut : voir*

**2.3.3.3. Mutations du régime par la volonté des époux**

- 2.3.3.3.1. Lois applicables à l'admissibilité et aux conditions du changement de changement convenu entre époux
- 2.3.3.3.2. Lois applicables au contrat de mariage modificatif du régime antérieur (conditions de fond, forme, effets...).

#### **2.3.3.4. Autres mutations éventuelles du régime**

- 2.3.3.4.1. Mutations automatiques du régime ?
- 2.3.3.4.2. Mutations du régime décidée par une autorité ou une juridiction ?

### **2.3.4. Droits applicables à la publicité du régime matrimonial**

#### **2.3.4.1. Droit applicable à la publicité du régime initial**

- 2.3.4.1.1. Opposabilité de plein droit du régime aux tiers ?
- 2.3.4.1.2. Loi applicable à un système de publicité ?
- 2.3.4.1.3. Obligation d'inscription au registre des biens ?

#### **2.3.4.2. Droit applicable à la publicité du régime modifié**

- 2.3.4.2.1. Opposabilité de plein droit du régime aux tiers ?
- 2.3.4.2.2. Loi applicable à un système de publicité ?
- 2.3.4.2.3. Obligation d'inscription au registre des biens ?

## **2.4. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES DÉCISIONS ÉTRANGÈRES ET DES ACTES ÉTRANGERS EN MATIÈRE DE RÉGIMES MATRIMONIAUX**

### **2.4.1. Règles générales sur l'efficacité des actes publics étrangers et des décisions étrangères en matière de régimes matrimoniaux**

- 2.4.1.1. Exposé des sources et du contenu de ces règles.
- 2.4.1.2. Leur mise en application dans le domaine des régimes matrimoniaux.

### **2.4.2. Règles sur l'efficacité des actes (publics ou privés) étrangers et des décisions étrangères particulières à la matière des régimes matrimoniaux**

- 2.4.2.1. Reconnaissance des contrats de mariage passés à l'étranger
- 2.4.2.2. Reconnaissance des modifications conventionnelles de régime matrimonial survenues à l'étranger (par acte sous seing privé, par devant une autorité ou une juridiction)...
- 2.4.2.3. Exécution des décisions étrangères de liquidation et partage de régimes matrimoniaux.
- 2.4.2.4. Coopération entre les autorités et juridictions des États en ce domaine ? Règles spéciales de publicité ?
- 2.4.2.5. Problèmes d'efficacité internationale des contrats (de vente, de donation, de travail...) passés entre époux durant le mariage.

*Note* : La reconnaissance ou l'exécution des décisions ou actes publics en matière de régimes matrimoniaux peuvent-ils être refusé si la décision ou l'acte est incompatible avec l'ordre public de l'Etat requis?

### **2.4.3. Fréquence de la reconnaissance et exécution des décisions étrangères et des actes étrangers**

- 2.4.3.1. Fréquence des décisions judiciaires sur l'efficacité de décisions judiciaires étrangères et des actes publics étrangers.

*Note*: Nous comprenons qu'il sera difficile de donner une réponse à cette question, mais peut-être une estimation est possible sur base du nombre des décisions publiées à ce sujet ou sur base d'expérience personnelle, ou sur base de données recueillies par votre gouvernement (par le Ministre de Justice, par une autre autorité qui réunit des données statistiques). Nous vous invitons à donner une réponse et, si la réponse ne figure pas dans des documents publics, de solliciter une réponse des autorités les plus qualifiées. La Commission de la CE a expressément demandé d'indiquer la fréquence des décisions relative à la reconnaissance et à l'exécution,

- 2.4.3.2. Fréquence de l'utilisation des règles sur la reconnaissance des actes étrangers en dehors des autorités judiciaires (p. ex. par les notaires publics ou autres autorités).

Veillez donner une évaluation globale. Peut-être pouvez-vous indiquer le pourcentage de répartition entre l'utilisation des règles par les autorités judiciaires et par les autres autorités.

## **2.5. DIVERS**

*Rubrique ouverte pour permettre aux rapporteurs nationaux de développer des points non envisagés ci-dessus.*

### CHAPITRE 3. COUPLES NON MARIÉS. DROIT INTERNE

#### 3.1. Sources

- 3.1.1. Énoncé des principales sources légales et réglementaires.
- 3.1.2. Énoncé des principales sources jurisprudentielles et coutumières.
- 3.1.3. Énoncé des réformes éventuellement en cours.

*N.B. : citer ici les principaux textes et les donner in extenso en annexe au rapport.*

#### 3.2. Évolution historique

*(bref exposé, s'il est nécessaire pour la compréhension de la suite du rapport).*

- 3.2.1. Étapes de l'évolution historique
- 3.2.2. Situation actuelle (depuis la dernière réforme).

#### 3.3. Nature juridique des relations autre que le mariage

*(bref exposé, se limitant aux notions générales des types de rapports ou relations différents du mariage qui existent en droit interne et aux aspects qui distinguent ces types)*

- 3.3.1. Concept du mariage 'légal' (uniquement entre personnes de sexe différent? Ou aussi pour personnes du même sexe?). Célébration du mariage 'légal' ou d'un mariage polygame?
- 3.3.2. Union de fait. Conséquences légales de la cohabitation hors mariage; conditions (durée, nature).
- 3.3.3. Partenariat enregistré : possibilité d'établir devant une autorité 'publique' une relation entre deux adultes qui n'est pas un mariage. Personnes capables (même sexe, sexe différent?). Effets de ce partenariat en ce qui concerne les biens, les obligations alimentaires, les enfants nés d'un des adultes.
- 3.3.4. Contrat de cohabitation : dispositions légales et réglementaires sur ce contrat (s'ils existent). Effets du contrat vis-à-vis des tiers (y compris une caisse de retraite, une compagnie d'assurances vie)
- 3.3.5. Tout autre type de relations qui est différent du mariage traditionnel, tout en présentant certaines caractéristiques du mariage et qui n'est pas envisagé par les paragraphes 3.3.1. -3.3.4.

#### 3.4. Situation des biens dans les relations autre que le mariage

Effets d'une relation, autre que le mariage, sur les biens des membres formant le 'couple'. Les biens sont-ils divisés? Y a-t-il des biens 'indivis' ou 'communs'? Certains biens sont-ils destinés aux besoins du 'ménage'? L'un des membres du couple a-t-il des droits sur les biens de l'autre membre? La relation mène-t-elle à l'existence de droits sur les pensions, les assurances vie?

*Note 1. La section 3.4. et les sections 3.5 et 3.6. doivent sans doute distinguer selon les différents types de couples non-mariés, tels que présentés à la section 3.3. Si le droit interne du pays reconnaît plusieurs types de relations, cette section 3.4 et les sections 3.5 et 3.6 devraient être divisées selon ces types (p.e. 3.4.1. mariage de fait; 3.4.2. partenariat enregistré; 3.4.3. contrats de cohabitation; 3.4.4. tout autre rapport similaire au mariage).*

*Note 2. Pour la situation des biens dans les relations autre que le mariage, ce plan directeur est évidemment moins impératif que pour les régimes matrimoniaux. Si la loi de l'État concerné connaît des règles détaillées sur un ou plusieurs types de relations, il pourrait être nécessaire d'appliquer les mêmes divisions qu'au chapitre 1er, notamment sections 1.2 à 1.5. Comme ces divisions ne seront probablement adaptées qu'à quelques États, nous n'avons pas repris ici toutes les options. En plus, il se peut que les règles applicables aux biens dans les relations autres que le mariage soient identiques à celles régissant les régimes matrimoniaux. Veuillez contacter le service de coordination si vous voulez lui poser des questions ou formuler des observations.*

#### 3.5. Conséquences patrimoniales de la séparation des couples non mariés

3.5.1. Séparation du couple non marié :

Comment se réalise la séparation en droit (p. ex. formalités à respecter, autorités compétentes, circonstances qui démontrent la séparation, publicité de la séparation?) Ne donner que les principes généraux car ce problème n'est pas l'objet propre de l'étude.

### 3.5.2. Effets de la séparation sur les biens du couple

Conséquences patrimoniales de la séparation des membres du couple (Division des biens communs ? Autorité compétente pour statuer sur cette division ? Quid du foyer du couple, d'obligations alimentaires, des pensions, des assurances vie ?).

### 3.5.3 Effets de la séparation envers les tiers

Responsabilité à l'égard des tiers pour les dettes du couple (responsabilité conjointe, séparée, individuelle ?). Droit que les membres peuvent faire valoir contre un tiers (p. ex.: pensions, assurances vie).

*Note:* En ce qui concerne les sections 3.5.1 à 3.5.3, référez-vous aussi à la section 1.6.1. La même division peut-elle être retenue pour un ou plusieurs types de couples non-mariés ? Si oui, veuillez modifier votre rapport en ce sens.

## 3.6. Conséquences patrimoniales en cas de décès d'un membre du couple

### 3.6.1. Envers le survivant du couple :

Conséquences d'un décès d'un membre du couple sur les droits patrimoniaux du survivant et sur les biens successoraux du défunt (biens communs du couple; biens propres du défunt). Quelle est la fonction, ici, du droit successoral ? Y a-t-il des biens communs du couple ? Le survivant peut-il avoir des droits patrimoniaux sur les biens communs ou sur les biens propres du défunt, indépendamment du droit successoral ? Ces droits dépendront-ils toujours de l'application du droit successoral ? Le droit successoral de l'État contient-il des règles relatives au survivant ou faut-il que le défunt ait signé avant sa mort un testament à l'intention du survivant ?

### 3.6.2 Envers les tiers :

Conséquences d'un décès sur les droits patrimoniaux du survivant envers les tiers, pour les biens du couple ou les biens propres du défunt. Origine de ces droits : à cause d'un régime patrimonial spécial du couple ?

*Note:* En ce qui concerne les sections 3.6.1 à 3.6.2, référez-vous aussi à la section 1.6.2. La même division peut-elle être retenue pour un ou plusieurs types de couples non-mariés ? Si oui, veuillez modifier votre rapport en ce sens.

## 3.7. DIVERS

*Rubrique ouverte pour permettre aux rapporteurs nationaux de développer des points non envisagés ci-dessus*

## CHAPITRE 4. COUPLES NON MARIÉS. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

### 4.1 Généralités

#### 4.1.1. Qualification. Ordre public :

*Note:* Les sections suivantes traiteront des conflits de juridictions, des conflits de lois et de la reconnaissance et exécution des actes (publics) étrangers et des décisions étrangères en matière de couples non mariés. À propos des couples non mariés, un problème fondamental est qu'un type de relation connu dans tel pays est inconnu dans le droit de l'État membre qui fait l'objet du rapport national.

Cette section exposera les problèmes de droit international privé de l'État membre confronté à un type de relation inconnu du droit interne. Des exemples clairs de ces problèmes sont la qualification d'un phénomène inconnu du droit interne (p. ex. le partenariat enregistré), l'application de l'ordre public (p. ex. à un mariage célébré selon la loi néerlandaise entre deux femmes, ou à un mariage polygame). Il se peut que d'autres problèmes se présentent dans le droit international privé de l'État membre concerné.

#### 4.1.2. 'Reconnaissance' du couple non marié :

La reconnaissance des mariages est régie par des règles de droit international privé bien établies (p. ex. la Convention de La Haye sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, 1978). Cette "reconnaissance" est-elle possible à l'égard d'autres relations entre deux personnes, comme un partenariat enregistré à l'étranger ? Rôle de l'ordre public ?

#### 4.1.3. Célébration d'un mariage selon une loi étrangère :

Est-il possible de conclure dans votre pays un mariage international de personnes de même sexe (ou de sexes différents, ou d'un transsexuel) si la loi étrangère déclarée compétente par votre règle de conflit le permet? Rôle de l'ordre public ?

## **4.2 Conflit de juridictions**

*Note: Il se peut qu'il soit nécessaire de distinguer entre les divers types de couples "non mariés", exposés à la section 3.3.*

4.2.1. Séparation du couple non marié. Compétence internationale :  
Compétence internationale si le couple non marié veut se séparer. Règles spécifiques ? Peut-on utiliser les règles de compétence internationale pour les mariages ? Application des règles générales ?  
Veuillez indiquer les autorités judiciaires (ou autres autorités publiques) compétentes.

4.2.2. Conséquences de la séparation sur les biens du couple non marié. Compétence internationale.  
Régime patrimonial du couple non marié, lors de la séparation du couple. P. ex. : liquidation et division des biens du couple, usage du logement du couple, droits d'un membre du couple à la pension de l'autre membre, etc.  
Règles spéciales, pour certains catégories de non-mariés ? Utilisation des règles générales, des règles destinées aux couples mariés ?  
Veuillez indiquer les autorités judiciaires (ou autres autorités publiques) compétentes.

4.2.3. Relation entre 4.2.1. et 4.2.2  
Un tribunal (ou une autorité publique) peut-il avoir compétence internationale à propos du régime patrimonial du couple, mais non à propos de la séparation du couple ? Ou vice versa ?

## **4.3. Droit applicable**

### **4.3.1. Détermination des droits applicables au régime patrimonial**

- 4.3.1.1. Le couple a signé un 'contrat' (ou un settlement)
- 4.3.1.2. Le couple n'a pas signé de contrat de mariage (ou de settlement)

### **4.3.2. Domaine des droits applicables au régime patrimonial**

*Note: Veuillez vous référer à la section 2.3.2. pour voir si les divisions de cette section peuvent être utilisées à cet endroit.*

- 4.3.2.1. Pendant le mariage
- 4.3.2.2. Lors de la dissolution du mariage
  - 4.3.2.2.1. Dissolution du vivant du couple
  - 4.3.2.2.2. Dissolution par décès d'un membre du couple

### **4.3.3. Droits applicables en cas de changement de régime patrimonial**

- 4.3.3.1. Modifications apportées au facteur de rattachement
- 4.3.3.2. Modifications apportées au droit applicable
- 4.3.3.3. Mutations du régime par la volonté du couple
- 4.3.3.4. Autres mutations éventuelles du régime

### **4.3.4. Droits applicables à la publicité du régime patrimonial**

- 4.3.4.1. Droit applicable à la publicité du régime initial
- 4.3.4.2. Droit applicable à la publicité du régime modifié

## **4.4 RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES DÉCISIONS ÉTRANGÈRES ET DES ACTES ÉTRANGERS EN MATIÈRE DE RÉGIMES PATRIMONIAUX DE COUPLES NON MARIÉS**

### **4.4.1. Règles générales sur l'efficacité des actes publics étrangers et des décisions étrangères en matière de régimes patrimoniaux de couples non mariés**

- 4.4.1.1. Exposé sur les sources et le contenu des règles (voir section 2.4.1.1., le cas échéant)
- 4.4.1.2. Application des règles générales sur les couples non mariés.

Influence de l'ordre public? Influence de la "reconnaissance" de la relation établie sous une loi étrangère (voir section 4.1.1.). La "non-reconnaissance" de la relation sous une loi étrangère influence-t-elle la reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère sur cette relation? Par ex., si une relation existe selon la loi étrangère et n'est pas reconnue, cela veut-il dire qu' une décision étrangère qui s'occupe du patrimoine du couple ne peut être reconnue ?

#### **4.4.2. Règles sur l'efficacité des actes (publics ou privés) étrangers et des décisions étrangères particulières à la matière des régimes patrimoniaux des couples non mariés**

4.4.2.1. Reconnaissance des contrats du couple sur leur patrimoine passés à l'étranger

4.4.2.2. Reconnaissance des modifications conventionnelles de régime patrimonial survenues à l'étranger (par acte sous seing privé, par devant une autorité ou une juridiction)...

4.4.2.3. Exécution des décisions étrangères de liquidation et partage de régimes patrimonial d'un couple non marié.

4.4.2.4. Coopération entre les autorités et juridictions des États en ce domaine ? Règles spéciales de publicité ?

4.4.2.5. Problèmes d'efficacité internationale des contrats (de vente, de donation, de travail...) passés entre le couple durant leur vie commune

#### **4.4.3. Fréquence de la reconnaissance et exécution des décisions étrangères et des actes étrangers**

4.4.3.1. Fréquence des décisions judiciaires sur l'efficacité de décisions judiciaires étrangères et des actes publics étrangers.

*Note: Nous comprenons qu'il sera difficile de donner une réponse à cette question, mais peut-être une estimation est possible sur base du nombre des décisions publiées à ce sujet ou sur base d'expérience personnelle, ou sur base de données recueillies par votre gouvernement (par le Ministre de Justice, par une autre autorité qui réunit des données statistiques). Nous vous invitons à donner une réponse et, si la réponse ne figure pas dans des documents publics, de solliciter une réponse des autorités les plus qualifiées. La Commission de la CE a expressément demandé d'indiquer la fréquence des décisions relative à la reconnaissance et à l'exécution,*

4.4.3.2. Fréquence de l'utilisation des règles sur la reconnaissance des actes étrangers en dehors des autorités judiciaires (p. ex. par les notaires publics ou autres autorités).

Veillez donner une évaluation globale. Peut-être pouvez-vous indiquer le pourcentage de répartition entre l'utilisation des règles par les autorités judiciaires et par les autres autorités.

#### **4.5 DIVERS**

*Rubrique ouverte pour permettre aux rapporteurs nationaux de développer des points non envisagés ci-dessus*

### **ANNEXES AU RAPPORT**

#### **1. Tableaux synoptiques**

Un modèle de tableaux synoptiques sera adressé ultérieurement aux rapporteurs nationaux par le service de coordination. Il leur sera remis au plus tard à La Haye, lors de la réunion de fin mars 2000.

#### **2. Textes législatifs et réglementaires**

Donner en bonnes photocopies claires et lisibles, avec mention complète de la référence à la source, le texte intégral des principales sources législatives et réglementaires citées dans le rapport national, à la fois dans la langue (ou les langues) officielle(s) du pays et, si possible, en traduction anglaise et/ou française. Ceci est très important et exigé expressément par la Commission européenne !

#### **3. Liste des abréviations utilisées**

À citer dans l'ordre alphabétique des abréviations, avec signification détaillée de la référence complète. Ne pas reprendre les abréviations usuelles bien connues (ex : *op. cit.*).

#### **4. Bibliographie** Uniquement celle de votre pays

4.1. *Doctrine* (bibliographie, dans l'ordre alphabétique, des ouvrages généraux les plus importants de droit international privé et de droit interne, et de monographies ou articles sur les rapports patrimoniaux familiaux en droit international privé et en droit interne). De 20 à 30 références environ.

4.2. *Périodiques* (par ordre alphabétique, avec lieu d'édition, date de la première publication et, éventuellement, de la dernière ; s'intéresser surtout aux périodiques et revues de droit familial traitant des questions étudiées dans le rapport, même si ces sources sont publiées dans leur langue d'origine). Une dizaine de références environ.

4.3. *Jurisprudence* : (liste des principales décisions citées, surtout récentes, rendues dans l'État concerné, avec références complètes de publication et, le cas échéant, références aux commentaires publiés. Ces décisions sont présentées selon l'usage du pays : ordre alphabétique des parties, ordre des juridictions, ordre chronologique, par matières, ...). Ajouter, si nécessaire, les références aux chroniques de jurisprudence. Pas plus de 50 références.  
Une photocopie des décisions les plus importantes (de 3 à 5) doit figurer en annexe.

**ANNEX 2****INTERNET QUESTIONNAIRE MATRIMONIAL PROPERTY AND THE PROPERTY OF UNMARRIED COUPLES**

## Introduction.

T.M.C. Asser Instituut, The Hague, The Netherlands and Université Catholique de Louvain-la-Neuve, Belgium are currently preparing a report commissioned by the European Commission on matrimonial property and the property of unmarried couples in internal and private international law. This questionnaire is directed to legal practitioners within the European Union (lawyers, notaries, judges) who deal with these issues in their daily practice.

We guarantee anonymity: your name will not be linked to your comments in the report that will be prepared on the basis of the replies to the questionnaire. However, in order to vouch for the origin of the replies to this questionnaire (which is on the web and in principle accessible to anyone), we kindly request you to provide some personal details. In case you wish us to disclose to the EU Commission that you responded to the questionnaire, please tick the appropriate box

This questionnaire tries to obtain more insight as to the problems that may occur in legal practice with regard to matrimonial property and the property of unmarried couples. Some questions are aimed at discovering problems when applying the internal (domestic) law, most questions are however directed at discovering problems when applying private international law rules (jurisdiction, choice of law and recognition and enforcement of court decisions). An effort has been made to minimize the work of the respondent by drafting multiple-choice questions. At the end, there are some open questions that invite the respondent to offer his opinion in writing.

It is not necessary to include the respondent's name or that of the organisation you work for in the replies to the questionnaire, but we do need some information on the respondent's background.

POSITION/FUNCTION: \_\_\_\_\_  
 MEMBER STATE: \_\_\_\_\_  
 NAME (optional): \_\_\_\_\_  
 ORGANISATION (optional): \_\_\_\_\_  
 E-mail address (optional): \_\_\_\_\_

Disclose my personal details to the EU commission:

- Yes  
 No

1. In internal cases (cases without any international element) the application of the internal law in respect of matrimonial property law/the property of spouses,
  - Occasionally poses legal problems
  - Regularly poses legal problems
  - Often poses legal problems
  - I do not know/can not say
  
2. In international cases the application of the private international law rules in respect of matrimonial property law/the property of spouses,
  - Occasionally poses legal problems
  - Regularly poses legal problems
  - Often poses legal problems
  - I do not know/can not say

3. Great mobility of spouses (residence in many different states) during their marriage will probably make it more difficult to decide what law governs their matrimonial property.
- I agree
  - I disagree
  - I do not know/can not say
4. Problems with finding the applicable law arise most frequently in relations between
- Spouses
  - Spouses on one side and third parties on the other side
  - Both between spouses and between spouses and third parties
  - I do not know
5. General acceptance in the EU of the possibility to designate the applicable law prior or during the marriage will in practice end most discussion on the applicable law
- I agree
  - I disagree
  - I do not know
6. In present practice, I would say that the number of cases wherein spouses had designated the law applicable to the matrimonial property was about (the answer should not take into account whether such a designation has at present any effect under the national private international law system), is,
- In the majority of cases (>50%)
  - In approx 25%-50% of cases
  - In approx. 10%-25% of cases
  - In less than 10% of cases
  - In very few cases or none at all
  - I never dealt with such a case
7. A reform of the choice of law rules should only be effective for spouses who married after the reform
- I agree, as  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_
  - I disagree, as  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_
  - I do not know/can not say
8. As far as concerns jurisdiction in matrimonial property cases during divorce proceedings, the current rules on international jurisdiction are,
- Adequate, as  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_
  - Inadequate, as  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_
  - I do not know/can not say

9. In case spouses have divorced in another Member State and the divorce court has made a decision in respect of the matrimonial property/the marital property, such a decision can in practice be enforced without problems in my jurisdiction.

- I agree
- I disagree
- In addition to my response, I would like to comment the following,

---



---



---



---

10. The introduction of uniform rules on jurisdiction and enforcement of decisions of courts of other EU Member States in respect of matrimonial property/marital property will also require unification of the choice of law rules.

- I agree
- I disagree
- In addition to my response I would like to comment the following,

---



---



---



---

11. There is an urgent need for unification or harmonisation in respect of the following (it is possible to tick more than one box)

- The position of unmarried couples in internal law
- The position of new ‘institutions’ (alternative to marriage) in internal law
- The celebration of marriage between spouses of the same sex
- The position of unmarried couples in private international law
- The position of new ‘institutions’ (alternative to marriage) in private international law
- The position of spouses in a same sex marriage in private international law
- There is no such urgency

12. Unification of private international law rules with respect to the property of unmarried couples who have entered into one of the new ‘institutions’ (alternatives to marriage), also requires unification of the private international law rules on the recognition of these institutions

- I disagree
- I agree
- I have no comment
- In addition to my response, I would like to comment the following

---



---



---



---



---

13. From my own experience, I would say that the following three problems tend to arise most frequently when the law of my jurisdiction is applied in an internal case,

1.  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

2  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

3.  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

It is impossible to identify such legal problems

14. From my own experience, I would say that the following problems of international jurisdiction (to a maximum of three) tend to arise in matrimonial property/marital property cases

1.  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

2  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

3.  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

It is impossible to identify such typical cases

15. From my own experience, I would say that the following problems (to a maximum of three) of choice of law (i.e the question what internal law is applicable in an international case) tend to arise in matrimonial property/marital property cases

1.  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

- 2

---

---

---

---

---

- 3.

---

---

---

---

---

- It is impossible to identify such typical cases

16. From my own experience, the following problems (to maximum of three) tend to arise in case of recognition of a foreign court decision or of a foreign public act in respect of matrimonial property/marital property (a typical example of such a foreign public act would be a marriage contract duly executed abroad before a continental notary)

- 1.

---

---

---

---

---

- 2

---

---

---

---

---

- 3.

---

---

---

---

---

- It is impossible to identify such typical cases

17. From my own experience, I would say that the alternatives for the traditional marriage (cohabitation outside marriage, the new institutions introduced in certain states ('partnership registration', the French 'pacs') or same-sex marriages) create the following problems of private international law (jurisdiction, choice of law, recognition and enforcement):

- 1.

---

---

---

---

---

- 2

---

---

---

---

---

- 3.

---

---

---

---

---

- It is impossible to identify such typical cases

18. Please add any further comments that you may have:

---

---

---

---

---

---

---

## TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS .....	1
1. OBJET DU RAPPORT .....	1
2. OBJECTIFS DE LA RECHERCHE .....	2
2.1. Rédaction de rapports nationaux dans les États membres.....	2
2.2. Rédaction d'une étude comparative des droits des États membres.....	3
2.3. Rédaction de propositions d'harmonisation .....	3
SOMMAIRE .....	7
PROLÉGOMÈNES .....	12
ÉLÉMENTS D'ÉVALUATION QUANTITATIVE .....	12
1. DONNEES GENERALES .....	12
1.1. Mobilité des citoyens de l'U.E. et de leurs biens dans les États membres.....	12
1.1.1. Population résidente étrangère .....	12
1.1.2. Patrimoine situé dans d'autres États de l'U.E. ....	13
1.2. Immigration des ressortissants d'États tiers dans l'U.E. ....	13
2. DONNEES PARTICULIERES.....	14
2.1. Données statistiques sur les mariages, divorces et séparations.....	14
2.1.1. Différences de critères des données statistiques nationales .....	14
2.1.2. Différences de nature des données statistiques nationales.....	16
2.1.3. Données statistiques sur les couples non mariés.....	17
2.3. Données sur la fréquence des affaires en justice.....	18
2.4. Enquête auprès de praticiens spécialisés.....	19
2.5. Internationalisation potentielle des situations internes de tout couple.....	20
PREMIÈRE PARTIE .....	22
RÉGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS.....	22
Section I.....	22
NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION EUROPÉENNE .....	22
1. RELEVÉ DES PRINCIPALES DIFFICULTÉS PRATIQUES DUES À LA DIVERGENCE DES DROITS .....	22
1.1. Divergences des droits internes.....	22
1.1.1. Notions générales .....	22
1.1.2. Régime primaire.....	24
1.1.3. Régimes secondaires .....	26
1.2. Divergences des droits internationaux privés.....	30
1.2.1. Compétence internationale des autorités et juridictions.....	30
1.2.2. Droits applicables.....	33
1.2.3. Efficacité internationale des décisions et des actes publics étrangers.....	44
2. VERS UN RÈGLEMENT EUROPÉEN POUR SURMONTER CES DIFFICULTÉS.....	48
2.1. Portée du règlement.....	48
2.2. Objet du règlement.....	49
2.2.1. Harmonisation globale du droit international privé régissant les régimes matrimoniaux et les relations des couples enregistrés .....	49
2.2.2. Harmonisation partielle du droit interne en ces matières.....	54
2.3. Champ d'application du règlement .....	57
2.3.1. Domaine matériel .....	57
2.3.2. Domaine personnel.....	60
2.3.3. Domaine territorial .....	62
2.3.4. Domaine temporel.....	62

2.4.2.	Acquis communautaire.....	68
2.4.3.	Avis doctrinaux .....	68
2.5.	Mesures transitoires et abrogatoires à prévoir.....	69
2.5.1.	Sort des conventions en vigueur dans les États membres .....	70
2.5.2.	Sort des règles nationales .....	70
Section II	.....	72
ANALYSE DES RAPPORTS NATIONAUX	.....	72
1.	REGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS EN DROIT INTERNE	
COMPARE	.....	72
1.1.	Introduction .....	72
1.2.	Généralités.....	72
1.2.1.	Sources .....	72
1.2.2.	Évolution historique .....	73
1.2.3.	Régime “ primaire ” .....	73
1.2.4.	Régimes secondaires. ....	74
1.3.	Sortes de régimes .....	77
1.3.1.	Régime primaire.....	77
1.3.2.	Régime légal.....	81
1.3.3.	Régimes conventionnels.....	85
1.4.	Changements de régimes.....	86
1.4.1.	Principe.....	86
1.4.2.	Modalités du changement.....	87
1.5.	Publicité du régime.....	88
1.5.1.	Principe.....	88
1.5.2.	Modalité .....	88
1.6.	Administration des patrimoines .....	89
1.6.1.	Dans le régime de la communauté des revenus et acquêts.....	89
1.6.2.	Dans les autres régimes de communauté de biens .....	90
1.6.3.	Dans les régimes de type séparatiste .....	90
1.6.4.	Contrats entre époux durant le mariage.....	91
1.7.	Dissolution, liquidation et partage du régime matrimonial.....	93
1.7.1.	Après rupture du lien conjugal .....	93
1.7.2.	Au décès d’un des époux.....	96
1.8.	Annexes à la section II -1 : Tableaux synoptiques.....	98
2.	REGIMES MATRIMONIAUX DES COUPLES MARIÉS EN DROIT	
INTERNATIONAL PRIVE COMPARE	.....	106
2.1.	Les sources et leur évolution historique.....	106
2.1.1	Relative rareté des sources conventionnelles internationales .....	106
2.1.2.	Prédominance, parmi les sources nationales, des textes écrits.....	107
2.1.3.	Évolution des sources.....	108
2.1.4.	Application au droit transitoire international des principes généraux régissant le conflit des lois dans le temps. ....	109
2.2.	Compétence internationale.....	111
2.2.1.	Prédominance des sources internes .....	111
2.2.2.	Règles ordinaires .....	111
2.2.3.	Règles spécifiques .....	112
2.3.	Loi applicable.....	114
2.3.1.	Difficultés générales de rattachement .....	114
2.3.2.	Loi applicable au régime matrimonial .....	118
2.3.3.	Loi applicable aux changements de régime matrimonial.....	126

2.4.	Reconnaissance et exécution des décisions et des actes étrangers.....	130
2.4.1.	Les décisions judiciaires.....	130
2.4.2.	Les actes publics.....	131
2.5.	Conclusions .....	132
2.6.	Annexes à la section II -2 : Tableaux synoptiques.....	134
Section III.....		144
PROPOSITIONS POUR UNE HARMONISATION .....		144
1.	COMPÉTENCE INTERNATIONALE .....	144
1.1.1.	Règle générale de compétence directe des juridictions.....	146
1.1.2.	Compétences dérivées .....	147
1.1.3.	Mesures urgentes et provisoires et mesures d'exécution .....	148
1.1.4.	Clause attributive de juridiction dans un contrat de mariage et prorogation volontaire de juridiction .....	148
1.1.5.	Vérification de la recevabilité en cas de défaut.....	149
1.1.6.	Litispendance et connexité internationale .....	150
1.1.7.	For inapproprié et for de nécessité .....	150
1.1.8.	Compétences résiduelles .....	151
1.2.	Compétence internationale non contentieuse.....	153
1.2.1.	Réception d'un contrat de mariage ou de sa modification et liquidation du régime matrimonial .....	153
1.2.2.	Enregistrement d'un contrat de mariage ou de sa modification.....	155
2.	DROITS APPLICABLES .....	156
2.1.	Régime primaire (droits et devoirs fondamentaux des époux) .....	157
2.1.1.	Détermination des droits applicables .....	157
2.1.2.	Domaine des droits applicables au régime primaire .....	160
2.2.	Régimes secondaires (régime légal et régimes conventionnels).....	161
2.2.1.	Détermination de la loi applicable .....	161
2.2.2.	Domaine de la loi applicable.....	168
2.2.3.	Effets du régime matrimonial à l'égard des tiers .....	170
3.	RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES DÉCISIONS ET DES ACTES ÉTRANGERS .....	172
3.1.	Notion de « décisions étrangères ».....	172
3.1.1.	Transposition des solutions du Règlement dit « Bruxelles I ».....	172
3.1.3.	Distinction entre décisions contentieuses et gracieuses .....	173
3.2.	Régime des décisions contentieuses.....	174
3.2.1.	Types de décisions visées.....	174
3.2.2.	Règle de reconnaissance de plein droit .....	174
3.2.3.	Limitation des motifs de refus de la reconnaissance.....	174
3.3.	Régime des décisions gracieuses.....	177
3.3.1.	Type de décisions visées .....	177
3.3.2.	Exclusion du contrôle de la loi appliquée .....	177
3.3.3.	Rétablissement du contrôle de la compétence indirecte.....	178
3.4.	Régime des actes publics étrangers.....	179
3.4.1.	Choix entre la méthode des conflits de lois et celle de la reconnaissance d'efficacité.....	179
3.4.2.	Spécificité de l'ordre juridique communautaire. Option en faveur de la méthode de la reconnaissance d'efficacité.....	180
3.5.	Publicité du régime matrimonial .....	181
3.5.1.	État des lieux .....	181
3.5.2.	Pour un registre unique .....	182

3.6. Résumé des propositions sur l'efficacité internationale des décisions et des actes publics .....	182
4. DROIT INTERNE.....	183
4.1. Régime primaire : des règles communes sur l'essentiel .....	183
4.1.1. La possibilité de conclure un contrat de mariage.....	183
4.1.2. La liberté d'exercice de l'activité professionnelle .....	183
4.1.3. L'obligation de contribuer aux charges du mariage.....	184
4.1.4. La protection du logement de la famille.....	184
4.1.5. La sanction des actes frauduleux accomplis par un des époux .....	185
4.1.6. La compensation des déséquilibres économiques et financiers procédant de l'organisation de la vie familiale .....	185
4.2. Régimes secondaires : un régime matrimonial européen.....	186
4.2.2. Convergences entre les différents régimes matrimoniaux légaux des États membres .....	187
4.2.3. Élaboration d'un modèle de régime matrimonial européen.....	190
DEUXIEME PARTIE .....	193
RELATIONS PATRIMONIALES DES COUPLES NON MARIÉS .....	193
1. LES COUPLES NON MARIÉS EN DROIT INTERNE.....	193
1.1. Évolution historique .....	193
1.1.1. Aspects constitutionnels.....	193
1.1.2. Principes sous-jacents de la législation et de la jurisprudence.....	194
1.2. Les différents types de relations hors mariage.....	195
1.3. Le couple non marié.....	195
1.3.1. Aperçu des règles concernant les couples non mariés .....	196
1.4. Enregistrement des relations.....	200
1.4.1. Sexe des partenaires .....	201
1.4.2. Autorité compétente pour l'enregistrement .....	201
1.4.3. Caractéristiques principales du partenariat enregistré.....	201
1.5. Les biens dans les relations enregistrées.....	202
1.5.1. Les biens dans les partenariats enregistrés.....	202
1.5.2. Les biens dans les relations « enregistrées ».....	203
1.5.3. Les biens dans un partenariat enregistré en cas de dissolution ou de décès.....	203
1.5.4. Les biens dans un contrat enregistré en cas de décès.....	204
1.5.5. Les biens dans un contrat enregistré en cas de décès de l'un des partenaires .....	204
1.6. Le mariage entre personnes du même sexe.....	204
2. LES COUPLES NON MARIÉS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE.....	205
2.1. Introduction.....	205
2.2. Problèmes généraux de droit international privé.....	206
2.2.1. Qualification.....	206
2.2.2. Ordre public.....	207
2.3. Droit international privé des États qui connaissent l'enregistrement de partenariat.....	207
2.3.1. Règles de conflits de lois.....	207
2.3.2. Compétence.....	209
2.3.3. Reconnaissance des décisions étrangères.....	209
2.4. Droit international privé des États membres qui ont introduit des contrats enregistrés.....	209
2.5. Droit international privé et couples non mariés .....	210

ANNEXES .....	213
TABLEAUX EXPOSANT LES LOIS DES ÉTATS MEMBRES .....	213
A. DROIT INTERNE.....	213
B. DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....	215
SECTION II .....	216
COUPLES NON MARIÉS .....	216
REMARQUES FINALES ET PERSPECTIVES D'UNE HARMONISATION .....	216
1. INTRODUCTION.....	216
1.1. Droit interne .....	216
1.2. Droit international privé.....	217
2. POSSIBILITES D'UNE HARMONISATION PLUS POUSSEE .....	218
2.1. Relations enregistrées.....	218
2.1.1. Remarques préliminaires.....	219
2.1.2. Qualification et reconnaissance.....	220
2.1.3. Coordination des règles de conflit de lois .....	222
2.1.4. Ordre public.....	223
2.1.4. Conflits d'autorités et de juridictions .....	223
2.2. Couples non mariés .....	224
2.3. Mariages homosexuels .....	225
ANNEX 1 .....	226
PLAN DIRECTEUR DES RAPPORTS NATIONAUX .....	226
ANNEX 2 .....	238
INTERNET QUESTIONNAIRE MATRIMONIAL PROPERTY AND THE PROPERTY OF UNMARRIED COUPLES .....	238

