

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

Les régimes matrimoniaux en Droit international privé notarial

Etude de deux cas pratiques autour de l'autonomie de la volonté et de la notion de
« première résidence habituelle des époux »

Mémoire réalisé par
Pauline DUCHENE

Promoteur
Jean-Louis VAN BOXSTAEL

Année académique 2014-2015
Master complémentaire en notariat

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier mon promoteur, Jean-Louis VAN BOXSTAEI, pour sa disponibilité, l'autonomie qu'il m'a laissée dans la planification de mon travail et ses précieux conseils qui m'ont permis d'aiguiller mes recherches et de soulever les questions les plus judicieuses à étudier au sein de mon mémoire.

Ensuite, j'aimerais remercier mon maître de stage, le Notaire Marc Henry, d'une part, pour m'avoir permis d'assister à de nombreuses consultations et à une vente publique, pendant lesquelles j'ai pu rencontrer les situations de droit international privé que j'ai choisies d'étudier à travers ce travail de fin de master de spécialisation en notariat. Et, d'autre part, pour avoir, chaque fois, pris le temps nécessaire pour répondre à mes interrogations et pour m'avoir donné son point de vue en tant que Notaire sur les différentes questions pratiques que soulevaient les deux situations que j'ai choisies.

Merci aussi aux collaborateurs de l'Etude du Notaire Henry qui m'ont épaulée durant mon stage et les différents rendez-vous et, plus particulièrement, merci à Marie qui a toujours prêté une oreille attentive quand je désirais parler de mon mémoire et des différentes inquiétudes que je nourrissais à ce sujet.

Merci également à toutes les personnes qui ont accepté de relire ce mémoire et qui m'ont fait part de leurs avis, critiques,... Cela a considérablement enrichi mon travail. Merci à elles.

Enfin, merci à mes professeurs de Namur, de Louvain-la-Neuve et de Lancaster qui durant mes sept années d'étude m'ont enseigné la rigueur, le souci de la vérité et de la justesse. Grâce à eux et aussi à ma promotrice de l'an passé, Sylvie Saroléa, j'ai acquis une qualité de raisonnement et une méthode de travail qui me serviront tout au long de ma vie professionnelle et qui m'ont été d'une grande utilité pour la rédaction de ce mémoire.

Pour tout cela, MERCI!

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	pp. 1 – 3.
PARTIE I : LES REGIMES MATRIMONIAUX EN D.I.P. – L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET LA CIRCULATION INTERNATIONALE DE L'ACTE NOTARIE	pp. 4 – 19.
<u>Chapitre I : Exposé du <i>casus</i></u>	p. 4.
<u>Chapitre II : L'autonomie de la volonté des parties</u>	pp. 5 – 13.
<i>Section I : Considérations générales</i>	pp. 5 - 6.
a) <u>Exposé du problème</u>	p. 5.
b) <u>Petit rappel</u>	p. 6.
<i>Section II : L'autonomie de la volonté</i>	pp. 6 – 13.
a) <u>Un peu d'histoire</u>	pp. 6 – 7.
b) <u>Pistes de réflexion concernant l'essor de l'autonomie de la volonté en droit familial international</u>	pp. 7 – 9.
c) <u>L'article 49 du CODIP</u>	pp. 10 – 11.
d) <u>Possibilité de choisir la loi applicable ou de modifier ce choix après le mariage</u>	p. 12.
e) <u>Un nouveau Reglement européen en matière de régimes matrimoniaux?</u>	pp. 12 – 13.
f) <u>Liberté de choix <i>in casu</i></u>	p. 13.
<u>Chapitre III: Circulation internationale d'un acte notarié belge</u>	pp. 14 – 19.
<i>Section I : Considérations générales</i>	p. 14.
<i>Section II : Hypothèse d'un contrat de mariage belge reconnu en Espagne</i>	pp. 14 -18.
a) <u>Généralités</u>	pp. 14 – 15.
b) <u>La force probante</u>	pp. 15 - 17

c) <u>La force exécutoire</u>	pp. 17 – 18.
<i>Section III : Hypothèse du contrat de mariage belge signé devant le notaire espagnol</i>	pp. 18 -19.
<u>Conclusion du casus I</u>	p. 19.
PARTIE II : LES REGIMES MATRIMONIAUX EN D.I.P. – LA PREMIERE RESIDENCE HABITUELLE DES EPOUX COMME CRITERE DE RATTACHEMENT PRINCIPAL; ENTRE CLARTE ET INCERTITUDE	pp. 20 – 33.
<u>Chapitre I : Exposé du casus</u>	p. 20.
<u>Chapitre II: La notion de « première résidence habituelle des époux »</u>	pp. 21 – 28.
<i>Section I : Considérations générales</i>	pp. 21 – 22.
<i>Section II : Notions</i>	p. 22.
<i>Section III: Discussions</i>	pp. 22 – 25.
a) <u>Notion factuelle</u>	pp. 22 – 23.
b) <u>La concentration des intérêts</u>	pp. 23 – 24.
c) <u>La durée et l'intention de s'établir/ l'<i>animus residendi</i></u>	pp. 24 – 25.
<i>Section IV: Quid in casu?</i>	pp. 25 – 28.
a) <u>Généralités</u>	pp. 25 – 26.
b) <u>Analyse des critères</u>	pp. 26 – 28.
<u>Chapitre III: Attitude du notaire</u>	pp. 28 – 32.
<i>Section I: Considérations générales</i>	pp. 28 – 29.
a) <u>Exposé du problème</u>	p. 28.

b) <u>Intérêt pour le notaire de connaître le régime matrimonial des époux</u>	pp. 28 - 29.
<i>Section II : Pistes de réflexion</i>	pp. 29 – 32.
a) <u>Intervention des époux à l'acte</u>	p. 30.
b) <u>Acte modificatif du régime matrimonial</u>	pp. 30- 31.
c) <u>Acte déclaratif</u>	p. 31.
d) <u>Quid in casu?</u>	p. 32.
<u>Conclusion du casus II</u>	pp. 32 – 33.
CONCLUSION GENERALE	pp. 34 – 35.
BIBLIOGRAPHIE	pp. 36 – 40.

INTRODUCTION

Dès ses débuts, le droit international privé a souvent été qualifié de « droit savant »¹. « Cette expression renvoyait à la particularité de cette branche du droit en devenir qui puisait ses sources, son origine, dans les théories des auteurs de doctrine (...). Les sources législatives y étaient ‘exceptionnellement peu nombreuses’², tenant presque toutes, comme je le mentionnerai *infra*, dans une seule disposition du Code civil savoir, l’article 3 ancien dudit Code, aujourd’hui abrogé par le Code de droit international privé (ci après ‘le CODIP’ ou ‘le Code’). »³ Mais, cette époque de tâtonnements où les sources législatives étaient pour ainsi dire inexistantes est belle et bien révolue, en Belgique, depuis l’avènement du CODIP.

Comme je m’attellerai à l’illustrer, le CODIP est venu apporter de la sécurité et de la transparence là où jusqu’alors régnaient l’incertitude et la confusion. Ça a ainsi été le cas dans la matière qui va nous occuper tout au long de mon travail: les régimes matrimoniaux. Le CODIP a simplifié et éclairci entre autres la possibilité pour les (futurs) époux d’exercer l’autonomie de leur volonté quant à la loi applicable à leur régime matrimonial tout en prévoyant, aussi, des limites assez strictes à cette liberté accordée aux parties. Le Code, comme je vous l’expliquerai en détails, a également érigé le critère de « la résidence habituelle » en critère de rattachement principal du Droit international privé belge. Cependant, comme nous le verrons, il n’a pas su empêcher certaines discussions de naître concernant l’interprétation à donner à cette notion ce qui peut conduire à des situations pour lesquelles il n’est pas aisé de déterminer où les époux ont établi leur première résidence habituelle après le mariage.

Pourquoi avoir choisi la matière du droit international privé pour rédiger mon mémoire ? Tout d’abord, parce qu’en plus d’être une matière relativement récente comparée par exemple, au droit des successions et, dans laquelle beaucoup reste encore à faire, les notaires sont directement, et de plus en plus, concernés par les règles du droit international

¹ B. OPPETTI, « le droit international privé, droit savant », *R.C.A.D.I.*, 1992, t. III, pp. 331 et s.

² F. RIGAUX, « Cent cinquante ans de droit international privé belge », *Les grands arrêts de la jurisprudence belge – Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 58.

³ J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le Notaire, l’Europe et le droit international privé. Yes, We can », *Revue du Notariat belge*, 2011, pp. 799- 800.

privé étant donné qu'ils sont confrontés quotidiennement à des situations ayant, au moins, un élément d'extranéité.

Ensuite, je trouvais extrêmement intéressant de me plonger à travers ces règles pas toujours appréciées ou bien connues par le notariat mais qui, pourtant, vu le contexte croissant d'internationalisation que nous connaissons, font partie intégrante du droit notarial au même titre que celles du droit des successions ou du droit des contrats. Ce contexte d'internationalisation touche donc aussi la matière des régimes matrimoniaux et oblige ainsi les notaires belges à jongler avec les nombreux instruments nationaux, européens et internationaux du droit international privé qui ont vu le jour plus ou moins récemment. Parmi ceux-ci, je peux notamment citer le CODIP, « les Règlements européens de 'nouvelle génération' qui, pour garantir la libre circulation des citoyens de l'Europe, investissent maints secteurs du droit de la famille dans lesquels les notaires sont traditionnellement actifs »⁴ ; les nombreuses Conventions internationales visant à favoriser la coopération entre les Etats et à faciliter la circulation internationale notamment des actes notariés ; le possible nouveau Règlement européen qui viserait à unifier la matière des régimes matrimoniaux⁵,... Toutefois, comme je l'expliquerai, la matière des régimes matrimoniaux, comparée à d'autres, n'est que très peu réglementée par le droit européen. En effet, de nombreux Règlements européens traitant, pourtant, de la matière civile excluent de leur champ d'application les régimes matrimoniaux.

Finalement, parce que, même si cette énumération à laquelle je viens de procéder est, bien entendu, non exhaustive, il en ressort que le notariat est plus que jamais concerné par ces règles de droit international privé qui ont un impact considérable en pratique et qui obligent les notaires à se montrer encore plus prudents et pro-actifs. Ainsi, tout au long de ce mémoire, je vais tenter de démontrer l'importance pratique qu'ont, pour le notaire, ces différents instruments. De même que j'épinglerai les efforts mis en œuvre par l'Union Européenne pour unifier les droits des différents Etats membres et promouvoir la coopération et la circulation internationale des actes entre ceux-ci.

Mon travail de fin de master de spécialisation en notariat sera divisé en deux parties distinctes. Au sein de chacune d'elles, je décortiquerai un cas pratique auquel j'ai été

⁴ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 3), p. 804.

⁵ Y.-H. LELEU, « Le droit international privé – Chapitre 1 : Les régimes matrimoniaux », *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, vol. 5, 2013, pp. 330-331.

confrontée au cours de mon stage facultaire au sein de l'Etude du Notaire Marc Henry à Andenne. De fait, je vais procéder à l'analyse de deux situations différentes prenant, cependant, toutes deux racine au cœur de la matière des régimes matrimoniaux.

A travers la **première partie de mon mémoire**, après avoir brièvement exposé les faits, je tenterai, dans un second chapitre, de poser quelques pistes de réflexion dans le but d'expliquer l'essor que connaît, depuis de nombreuses années déjà, le principe de l'autonomie de la volonté. Ensuite, toujours dans le second chapitre, j'analyserai ce principe de la liberté de choix laissée aux parties, les limites dont ce dernier est assorti ainsi que comment le CODIP a permis d'écarter les zones d'ombre qui existaient sous l'ancien droit (art 3 ancien du C. civ) pour, finalement, pouvoir examiner ce qu'il en est dans notre *casus*. Enfin, avant de poser une conclusion intermédiaire, je m'intéresserai dans un troisième et dernier chapitre, à la circulation internationale des actes belges et à l'impact que la politique européenne d'unification et de libre circulation a en la matière. Je poserai d'abord le principe et j'analyserai, par la suite, au sein de deux sections distinctes, deux hypothèses dont la première vise la réception en Espagne d'un contrat de mariage belge et dont la seconde concerne la signature en Espagne d'un contrat belge de séparation de biens.

Dans la **deuxième partie de ce mémoire**, ce n'est qu'après avoir exposé les faits que je me pencherai sur le critère de rattachement principal du droit international privé qu'est la résidence habituelle. Ainsi, au cours du second chapitre de cette deuxième partie, je vais examiner sous toutes ses coutures cette notion, ses composantes et l'interprétation qui en est faite en pratique pour, finalement, expliquer ce qu'il en est, *in casu*, et répondre à la question de départ en déterminant quelle est la première résidence habituelle du couple belgo-équatorien. Ensuite, dans un troisième et dernier chapitre, je tenterai de répondre à une question subsidiaire en analysant différentes pistes de réflexions qui permettraient au notaire de sortir de l'impasse dans laquelle il se trouve lorsqu'il a, en face de lui, un couple qui souhaite acheter un immeuble mais pour lequel il n'a aucune certitude quant au régime matrimonial. Suite à cela, je résoudrai le *casus* en relatant comment, selon moi, le notaire devrait agir et je rédigerai une brève conclusion intermédiaire pour finalement cloturer mon travail de fin de master de spécialisation en notariat par une conclusion générale et personnelle.

PARTIE I : LES REGIMES MATRIMONIAUX EN D.I.P. - L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE ET LA CIRCULATION INTERNATIONALE DE L'ACTE NOTARIE.

Chapitre I : Exposé du *casus*

Le *casus* que je vais étudier dans la première partie de ce mémoire concerne, d'une part, l'autonomie de la volonté laissée, en droit international privé, aux (futurs) époux concernant le choix de la loi régissant leur contrat de mariage et, de surcroît, concernant aussi le choix de leur régime matrimonial. Et, d'autre part, la délicate question de la circulation internationale des actes notariés.

Les faits de mon exemple sont les suivants: Monsieur DUPONT a rencontré Mademoiselle LOPEZ en Espagne. Monsieur est de nationalité belge et Mademoiselle est de nationalité espagnole. Ils désirent se marier en Espagne où ils projettent d'ailleurs de s'installer après la cérémonie. Les époux veulent, préalablement à leur union, procéder à la signature d'un contrat de mariage dans lequel ils feront choix de la loi belge comme loi régissant leurs relations matrimoniales et dans lequel ils opteront pour le régime belge de la séparation de biens pure et simple.

Ce *casus* est, en soi, assez anodin. En effet, comme je le mentionnerai ci-après, il y a de plus en plus de couples de nationalités différentes qui se marient et désirent faire le choix d'une loi particulière qui régira leurs relations conjugales et le choix d'un régime matrimonial particulier.⁶ La question qui se pose alors est de savoir non seulement si les époux peuvent procéder à de tels choix et, si oui, sous quelles conditions, dans quelles limites, jusqu'où peut aller l'autonomie de leur volonté, mais aussi, de savoir quels seront les effets que produira leur contrat de mariage à l'étranger? C'est donc à ces deux questions que je vais m'atteler à répondre au cours des deux prochains chapitres.

⁶ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n°2-1225/1, p. 5.

Chapitre II : L'autonomie de la volonté des parties

Section I : Considérations générales

a) Exposé du problème

Tout d'abord, il est important de bien avoir à l'esprit que « choisir la loi applicable à son régime matrimonial revient forcément à choisir un régime matrimonial »⁷. Ainsi, si, comme dans mon *casus*, les époux décident que la loi **belge** sera la loi applicable à leur régime matrimonial, ils seront soumis au régime légal **belge** qu'est la communauté de biens ou à un des régimes matrimoniaux conventionnels belges tels que, par exemple, le régime de la séparation de biens pure et simple ou avec participation aux acquêts. Soit, ils choisiront expressément un de ces régimes soit, en l'absence de choix, ils seront soumis par défaut au régime légal belge.

Le régime matrimonial que choisiront les époux ou qui, comme je vous l'expliquerai, en cas d'absence de choix, leur sera dévolu, aura son existence propre et produira ses propres effets aussi longtemps que le mariage existera et peu importe où les époux résideront. D'ailleurs, certains ont même comparé le régime matrimonial à « *un vaisseau spatial (...) qui vit et navigue d'une existence propre, emportant avec lui les époux qui ont eu l'audace ou l'imprudence d'y embarquer* »⁸.

Deux questions se posent à présent. La première est celle de savoir dans quelle mesure les époux peuvent-ils exercer l'autonomie de leur volonté? Peuvent-ils, dans mon *casus*, opter pour, par exemple, la loi italienne ou française? La seconde question sur laquelle je me pencherai, à travers le chapitre suivant, concerne la circulation internationale de l'acte notarié belge. Ainsi, j'examinerai deux hypothèses. D'une part, comment va être réceptionné, en Espagne, un contrat de mariage belge de séparation de biens? Quels vont être ses effets? Et, d'autre part, est-ce qu'un notaire espagnol acceptera de procéder à la signature d'un contrat de mariage belge de séparation de biens? En effet, cette seconde hypothèse consistant en la signature du contrat de mariage en Espagne est, comme je l'expliquerai, selon moi, la plus probable en pratique.

⁷ J.-L.VAN BOXSTAEL, *Code DIP, Premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 143.

⁸ J.L., VAN BOXSTAEL, « Le régime matrimonial dans l'espace-temps, brève excursion à travers les planètes », *Revue du notariat belge*, 2006, p. 311.

b) Petit rappel

Avant de me lancer dans la réponse à ces deux questions, je me permets de rappeler qu'il existe deux « époques » bien distinctes en droit international privé belge. La première régit tout ce qui s'est passé avant l'entrée en vigueur du CODIP⁹, à savoir, avant le 1er octobre 2004. La seconde concerne tout ce qui s'est passé après l'entrée en vigueur dudit Code. Dans le cas qui nous occupe, les époux se mariant après l'entrée en vigueur du CODIP, notre *casus* tombe bel et bien sous l'empire des articles 49 et suivants de celui-ci donc, je ne vais pas m'apesantir davantage sur ce qui se passait sous l'empire de l'ancienne loi. Cependant, cette distinction peut s'avérer cruciale en pratique lorsqu'on est en présence d'un couple qui s'est marié avant le 1er octobre 2004¹⁰.

Section II : L'autonomie de la volonté

a) Un peu d'histoire

Que ce soit sous l'empire de l'ancienne loi ou sous l'empire du CODIP, les époux ont toujours eu la possibilité de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Cette autonomie de volonté laissée aux couples mariés ou désirant se marier était plus ou moins large suivant les courants doctrinaux.¹¹ Ainsi, sous l'ancienne loi, c'est de l'article 3 alinéa 3 ancien du Code civil (aujourd'hui abrogé) qu'étaient déduites les règles de conflit de loi en matière de régimes matrimoniaux.¹² Toutefois, « on hésitait sur la place à y reconnaître à l'autonomie de la volonté. *Grosso modo*, deux écoles s'opposaient. 'La première considérant qu'il était permis aux époux de choisir, par contrat de mariage, la loi applicable à leur régime matrimonial, et la seconde jugeant que tel ne pouvait être le cas que si le droit lui-même applicable à défaut de choix aménageait cette possibilité'¹³. »¹⁴ La place à accorder à l'autonomie de la volonté n'était donc pas des plus claires mais, heureusement, l'adoption du

⁹ Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.* 27 juillet 2004.

¹⁰ Ancienne règle de conflit de loi tirée de l'ancien article 3 al 3 du C. civ concernant la nationalité commune du couple en cas d'absence de choix. Voy. Cass., 10 avril 1980, *Pas.*, 1980, p. 968.

¹¹ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 7), p. 143.

¹² J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 3), p. 806.

¹³ Not. L. BARNICH, et N. WATTE, « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux », *Répertoire Notarial*, Bruxelles, Larcier, 1997, t. 18, DIP 2, n°38 et s., pp. 64 et s.

¹⁴ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 3), p. 806.

CODIP « a donné aux solutions de conflit de loi la ‘transparence ‘ et la ‘modernité’¹⁵ qui leur manquait jusqu’alors, en permettant aux époux de choisir, mais en d’étroites limites, la loi applicable à leur régime matrimonial et en soumettant ceux qui n’avaient exprimé aucun choix à un rattachement en cascade, façonné comme une échelle de KEGEL inversée (...) »¹⁶

A travers cette section, je ne vais donc m’attarder que sur le régime actuel, c’est à dire ce qui tombe sous l’empire du CODIP et plus précisément sous l’empire des articles 49 et suivants dudit Code. Ces articles sont directement inspirés de la Convention de la Haye du 14 mars 1978¹⁷, Convention qui n’a eu que très peu de succès (seulement trois Etats signataires: la France, les Pays-Bas et le Luxembourg).¹⁸ De fait, la Belgique ne l’a pas ratifiée entre autres parce que « le groupe d’experts belges qui, avant l’adoption du CODIP, travaillait depuis plusieurs années sur le droit applicable aux régimes matrimoniaux déconseilla à notre pays de ratifier cette Convention en raison de certaines imperfections qu’elle contenait. Nonobstant ces considérations, les rédacteurs du Code s’en sont, tout de même, très largement inspirés.»¹⁹

b) Pistes de réflexion concernant l’essor de l’autonomie de la volonté en droit familial international²⁰

P. WAUTELET souligne « l’essor considérable de l’autonomie de la volonté dans le règlement des relations familiales internationales ». En effet, malgré la double limitation à l’autonomie de la volonté des parties, dont je parlerai ci-après, les législateurs internationaux, européens et nationaux laissent une place de choix à l’autonomie de la volonté des futurs époux.

¹⁵ « Document de travail du 16 mars 2011 des services de la Commission Synthèse de l’analyse d’impact, relatif aux propositions de règlement relatif aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », SEC (2011) 328 final.

¹⁶ J.-L.VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 3), p. 807.

¹⁷ Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, signée à la Haye le 14 mars 1978.

¹⁸ J.-L.VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 3), p. 807.

¹⁹ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, n°3-27/7, pp. 108 et s.

²⁰ P. WAUTELET, « Autonomie de la volonté et concurrence régulatoire, le cas des relations familiales internationales », *Vers un statut européen de la famille ?*, Liège (ULG), Lextenso, 2014.

Pourquoi laisser tant de liberté de choix aux parties? Comment peut-on expliquer l'essor qu'a connu ce principe? Plusieurs réponses ont été avancées. Cependant, par manque d'espace et aussi par souci de concision, je n'en relèverai que trois.

Tout d'abord, la première réponse avancée est que « *l'essor de l'autonomie de la volonté trahissait un souci de pallier l'impossibilité d'unifier les droits des Etats membres.* »²¹ En effet, l'Union européenne a effectué dans de nombreuses matières, un travail d'unification assez remarquable entre les droits des différents Etats mais, « *force est bien de constater que le droit familial semble constituer un îlot de résistance tenace face au mouvement d'unification et d'harmonisation* »²² Ainsi, pour expliquer cette spécificité du droit de la famille qui rendrait difficile l'unification des différents droits, certains auteurs tels que A. THURILLET-BERSOLLE stipulent que « *le droit de la famille, plus que toute autre branche du droit civil, est imprégné à la fois de l'histoire, de la culture et des mœurs d'une société déterminée et constitue en tant que 'bastion des particularismes nationaux', un droit réfractaire à toute internationalisation.* »²³

Toutefois, sans trop entrer dans les détails pour une et en développant l'autre par la suite, deux nuances sont à apporter à ce constat de quasi impossibilité d'unification et d'harmonisation du droit familial européen. La première nuance est que, de fait, même s'il est vrai que « *les normes pertinentes en matière de relations familiales demeurent fondamentalement l'œuvre du législateur national (...) à défaut d'entreprise avérée d'unification, on peut néanmoins déceler une certaine convergence des droits nationaux.* »²⁴ Ainsi, dans notre *casus*, le régime légal belge est celui de la communauté de biens et c'est aussi le régime légal prévu par le Code civil espagnol; même si nous verrons que, pour l'Espagne, ce régime « *de droit commun* » coexiste avec un certain nombre de droits « *foraux* » ou « *locaux* » applicables dans certaines communautés autonomes dotées de leurs propres législations.²⁵ La seconde nuance consiste quant à elle, comme je le développerai

²¹ P. WAUTELET, *op. cit.*, (voy. note 20).

²² *Ibid.*

²³ A. THURILLET-BERSOLLE, « Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement », Thèse Dijon 2011.

²⁴ *Ibid.*, pp. 415-449.

²⁵ J.-L. VAN BOXSTAEL, « Droit comparé et droit international privé: Régimes matrimoniaux en Europe », *Revue du Notariat belge*, 2014, p. 686.

infra, en une Proposition²⁶ que la « Commission européenne a soumise en 2011 aux Etats membres, invitant ces derniers à adopter un règlement unifiant les règles de conflit de lois relatives aux régimes matrimoniaux. »²⁷ Donc, même si le Règlement est toujours actuellement à l'état de projet, il semblerait qu'il ne soit pas totalement impossible de tenter d'uniformiser un peu les régimes matrimoniaux des différents Etats membres de l'Union Européenne.

Ensuite, la seconde piste de réflexion proposée pour expliquer cette place de choix laissée à l'autonomie de la volonté des parties est que « *cet essor serait la conséquence inéluctable de la liberté toujours plus grande concédée par le droit matériel interne en matière familiale.* »²⁸

Et enfin, la troisième et dernière cause de cet essor de l'autonomie de la volonté que je mentionnerai dans ce travail, stipule que « *la liberté de choix est également associée à l'idée d'une meilleure coordination des systèmes qui reposent sur des traditions différentes (...)* »²⁹ L'argument serait que chaque Etat a ses traditions, ses mœurs, ses coutumes et que chaque personne ressortissante ou résidante de ce pays peut y être plus ou moins sensible et vouloir ou non que cette culture se reflète dans son régime matrimonial. Ainsi, en Belgique, la tendance actuelle des futurs époux est d'opter pour le régime de la séparation de biens en se ménageant parfois une société d'acquêts. Or, si on unifie les différents régimes de tous les pays européens, parviendra-t-on à conserver cette particularité et cette liberté de choix?

Il ressort de ce qui précède que le principe de l'autonomie de la volonté est un principe phare en matière de droit familial international. Il se voit, d'ailleurs, concrétisé dans de nombreux textes internationaux, européens et nationaux. Ci-dessous, je vais d'ailleurs m'atteler à l'étude de la source nationale principale de ce principe: savoir le CODIP et plus précisément les articles 49 et suivants qui instituent très clairement le principe de la liberté de choix des parties mais avec, toutefois, une double limitation.

²⁶ Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière des régimes matrimoniaux, 16 mars 2011, COM(2011) 126 final.

²⁷ Y.-H., LELEU, *op. cit.*, (voy. note 5), p. 330-331.

²⁸ C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, ADI-Poche, 2013, p. 155.

²⁹ P. WAUTELET, *op. cit.*, (voy. note 20).

c) L'article 49 du CODIP

Venons-en à présent, à l'article 49 du CODIP. Cette disposition permet donc expressément aux époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Mais, leur choix est toutefois limité, comme je l'ai déjà mentionné, et comme je l'expliquerai plus en détails ci-après. En effet, l'article 49 paragraphe 2 stipule que « *Les époux ne peuvent désigner que l'un des droits suivants : 1° le droit de l'Etat sur lequel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage ; 2° le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle au moment du choix ; 3° le droit de l'Etat dont l'un d'eux a la nationalité au moment du choix.* »

Suite à la lecture de cette disposition combinée avec d'autres, les auteurs de doctrine considèrent qu'il existe, en réalité, une **double limitation à l'autonomie de la volonté des époux**:

- **La première**, la plus évidente selon moi, résulte du fait qu'on a énuméré limitativement les droits que les époux ont le loisir de désigner.³⁰ Il me semble que cette première limitation s'explique parce que le CODIP a vocation à la proximité, son objectif est de parvenir à des solutions qui sont les plus proches des personnes, qui ont le lien le plus étroit avec elles³¹, le territoire où elles vivent,... Donc, toujours selon moi, il ne serait pas logique par rapport à cet objectif de proximité que le CODIP permette aux époux de choisir n'importe quel droit pour régir leur régime matrimonial. De fait, je pense qu'il ne serait pas cohérent que, par exemple, un couple belgo-marocain résidant en Belgique choisisse le droit anglais comme droit applicable à son régime matrimonial alors que ce couple n'a jamais vécu en Angleterre et n'a aucun lien avec la loi anglaise.

En outre, nous pouvons associer à cette première limitation l'article 53 § 1er du CODIP lequel stipule que « *le droit applicable au régime matrimonial détermine notamment: (...) 2° l'admissibilité et la validité du contrat de mariage; 3° la possibilité et l'étendue du choix d'un régime matrimonial* ». Le paragraphe 1er de l'article 53 amène donc de la certitude, de la

³⁰ J.-L. VAN BOXSTAEL, « Droit notarial international », Université Catholique de Louvain, Faculté de droit et de criminologie, Master de spécialisation en notariat, 2014, p. 197.

³¹ P. WAUTELET, « Le Code de droit international privé ou l'avènement d'un droit privé 'flexible ' », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, De Boeck & Larquier, 2006, p. 349.

sécurité là où l'ancienne loi conduisait à des impasses³². De fait, l'art 53 § 1er couplé avec l'art 49 § 2 nous amène à considérer « *qu'il est certain que le choix d'une loi ne peut conduire qu'à l'adoption de l'un des régimes, légaux ou conventionnels, aménagés par cette loi* ». ³³ Il ressort de ce qui précède que, non seulement, les époux voient les droits qu'ils peuvent choisir limitativement énumérés à travers l'article 49 du Code mais qu'en plus, ils ne peuvent opter que pour un des régimes matrimoniaux prévus par ce droit qu'ils ont choisi.

- **La seconde limitation à l'autonomie de la volonté** accordée aux époux est celle contenue à l'article 49 § 2 du CODIP lu à la lumière de l'article 50 § 2 al 2 dudit Code. Ainsi, « *le choix exprimé par les époux doit porter sur l'ensemble de leurs biens. Tout panachage, tout dépeçage de la loi applicable au régime matrimonial est interdit.* » Cette interdiction du dépeçage comporte, dans certaines situations, quelques difficultés comme l'explique le professeur J.-L. VAN BOXSTAEL à travers son *syllabus* de droit international privé³⁴ (matière qu'il enseigne à l'Université Catholique de Louvain-la-Neuve). De fait, certains époux pourraient légitimement vouloir appliquer telle loi à une partie de leur patrimoine et telle autre loi à l'autre partie. Toutefois, je ne rentrerai pas dans ces détails par manque d'espace.

Donc, pour en revenir au *casus* qui nous occupe, Monsieur et Mademoiselle DUPONT-LOPEZ ne pourront opter que pour la loi belge ou la loi espagnole et ne pourront en aucun cas choisir le droit français ou italien. De plus, l'autonomie de leur volonté se verra également limitée car ils ne pourront choisir pour l'ensemble de leurs biens qu'un seul et unique régime légal ou conventionnel parmi les régimes légaux et conventionnels belges³⁵ ou espagnols³⁶.

³² J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 30), pp. 195-196, (« les époux qui se sont mariés avant l'entrée en vigueur du CODIP et qui ont choisi le droit que le Code n'autorise pas sont renvoyés aux incertitudes du droit ancien. »).

³³ *Ibid.*, p. 197.

³⁴ *Ibid.*, pp. 195-196.

³⁵ Régime légal prévu par le Code civil belge : communauté de biens. Aménagements conventionnels possibles : communauté universelle, séparation de biens avec société d'acquêts, la séparation de biens pure et simple...

³⁶ Régime légal espagnol prévu par le Code civil espagnol : communauté de biens, voir aussi *infra* ce que j'expliquerai au niveau des droits « foraux » ou « locaux », Aménagements conventionnels possibles prévus par le Code civil : séparation de biens, participation aux acquêts. Liberté conventionnelle totale en Catalogne, aux îles Baléares, au Pays Basque, à Valence et en Galice (voir à ce sujet l'article cité à la note 25 de ce mémoire).

d) Possibilité de choisir la loi applicable ou de modifier ce choix après le mariage

L'autonomie de la volonté laissée aux (futurs) époux peut s'exercer, non seulement, avant le mariage mais, aussi, pendant celui-ci. En effet, l'article 50 § 1er du CODIP stipule que « *le choix du droit applicable peut être fait avant la célébration du mariage ou au cours du mariage. Il peut modifier un choix antérieur.* »

Evidemment, ce nouveau choix que pourront effectuer les époux est, aussi, soumis aux conditions de l'article 49 du CODIP au même titre que le choix que les conjoints peuvent poser avant la célébration de leur union et n'est possible que si la loi applicable à leur régime actuel l'autorise.³⁷

Quoi qu'il en soit, dans le *casus* qui nous occupe, il est question pour les époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial avant la célébration de leur mariage. Dès lors, je ne vais pas m'attarder davantage sur la possibilité offerte aux couples de modifier leur choix *a posteriori* mais, je trouvais cela important de souligner l'existence de cette possibilité.

e) Un nouveau Règlement européen en matière de régimes matrimoniaux?

Depuis l'adoption du CODIP en 2004, la matière des régimes matrimoniaux n'a plus connu de bouleversement important mais cela va peut-être changer car, comme je l'ai déjà mentionné dans l'introduction de mon mémoire, un projet de Règlement européen relatif à la matière des régimes matrimoniaux est toujours en discussion depuis la proposition du 16 mars 2011 effectuée aux Etats membres par la Commission.³⁸ Ce Règlement, s'il est adopté, bouleversera la matière des régimes matrimoniaux sous de nombreux aspects mais, *in casu*, le seul aspect qui nous intéresse concerne l'autonomie de la volonté. Est-ce que ce Règlement va modifier ce qui a été acquis en cette matière?

Il semblerait que non. En effet, « *s'il aboutit, il apportera un surcroît appréciable de sécurité juridique aux époux en ne modifiant pas de façon fondamentale les habitudes des praticiens belges. Ce projet est en effet, fondé sur une double approche dont la première*

³⁷ P. WAUTELET, « L'ingénierie patrimoniale dans les relations franco-belges : perspectives de droit international privé belge », *Questions particulières dans un contexte franco-belge*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 15.

³⁸ Y.-H., LELEU, *op. cit.*, (voy. note 5), p. 330.

*consiste en une règle permettant aux (futurs) époux de sélectionner la loi applicable à leur régime matrimonial*³⁹ (...).»⁴⁰

De plus, il ressort entre autres, de la « prise de position relative aux propositions de règlement sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats »⁴¹ effectuée par les Notaires d'Europe qu'il est important que lesdits Règlements européens conservent pour les conjoints «*la liberté de choisir la loi déterminant leur régime matrimonial, dès lors que celle-ci présente un certain lien avec l'un d'eux, que ce soit par la nationalité ou le lieu de résidence habituelle (...)*»⁴²

Il ressort donc de ce qui précède que, si le Règlement européen est adopté, il ne fera pas marche arrière en ce qui concerne l'autonomie de la volonté laissée aux (futurs) époux.

f) Liberté de choix *in casu*

Après ce bref examen de l'autonomie de la volonté, ses limites et les possibles changements à venir au niveau européen, examinons ce qu'il en est dans notre *casus*. *In casu*, dans le contrat de mariage précédant leur union, les futurs époux pourraient, comme ils le désirent, convenir que c'est la loi belge qui régira leur régime matrimonial étant donné que Monsieur DUPONT aura non seulement, la nationalité belge au moment du choix mais aussi sa résidence habituelle en Belgique lors dudit choix. Le choix de la loi espagnole serait également possible étant donné que c'est en Espagne que les jeunes mariés fixeront leur première résidence habituelle (art 49 § 2, 1°) mais aussi vu que la future épouse a, non seulement, la nationalité espagnole mais est aussi résidente d'Espagne au moment de la signature du contrat (art 49 § 2, 2° et 3°). Quant au choix de la loi italienne ou française, il est comme je l'ai déjà mentionné, proscrit par l'article 49§2.

³⁹ Article 16 de la proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière des régimes matrimoniaux, *op. cit.* (voy note 26).

⁴⁰ Y.-H., LELEU, *op. cit.*, (voy. note 5), p. 330.

⁴¹ Conseil des Notariats de l'Union Européenne, « Prise de position relative aux propositions de règlements sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », disponible sur <http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2012/PP-CNUE-REG-MAT-final-21-9-12-FR.pdf> (1 mai 2015).

⁴² *Ibid.*, p. 4.

Chapitre III : Circulation internationale d'un acte notarié belge

Section I : Considérations générales

Maintenant que nous avons résolu la question du droit applicable au contrat de mariage des futurs époux, attardons-nous sur la circulation internationale de ce dernier et sur les effets qu'il est amené à produire à l'étranger.

« La Belgique est un petit pays. Le régime matrimonial traverse ainsi l'espace où il est question de l'efficacité à l'étranger d'un régime matrimonial arrêté en Belgique et inversement. »⁴³

Dans le *casus* qui nous occupe, je ne me pencherai donc que sur la circulation d'un acte notarié belge (savoir le contrat de mariage) à l'étranger (*in casu*, en Espagne). En étudiant cette première hypothèse, j'examinerai brièvement les différents effets qu'un acte notarié est amené à produire à l'étranger. Ensuite, j'envisagerai également une seconde hypothèse qui, selon moi, sera le plus probablement effectuée en pratique ; c'est-à-dire le cas du notaire espagnol qui va instrumenter la signature d'un contrat de mariage belge de séparation de biens.

Section II : Hypothèse du contrat de mariage belge reconnu en Espagne

a) Généralités

Comment se passe la circulation d'un acte belge à l'étranger et, plus spécifiquement dans notre exemple, en Espagne? Voilà la question à laquelle je vais m'atteler à répondre. Pour ce faire, sans toutefois trop entrer dans les détails et les développements que vous pouvez d'ailleurs trouver aux pages 76 et suivantes du *syllabus* de droit international privé du Professeur J.-L. VAN BOXSTAEL, je vais me pencher sur les effets qu'un acte authentique produit à l'étranger. Ainsi, je peux relever cinq effets dont est assorti ce dernier lorsqu'il circule à travers les Etats :

- 1) La force probante.
- 2) La force exécutoire.

⁴³ L. BARNICH, « Présentation du nouveau Code belge de droit international privé », *Revue du Notariat belge*, 2005, p. 7.

- 3) L'opposabilité aux tiers.
- 4) La reconnaissance.
- 5) L'effet de fait.

Ce qui nous intéresse plus particulièrement *in casu*, ce sont la force probante et la force exécutoire. Voilà pourquoi, je n'approfondirai que ces deux effets là de l'acte authentique à l'étranger.

b) La force probante

Il existe deux forces probantes différentes : la force probante extrinsèque et la force probante intrinsèque :

- la **force probante extrinsèque** vise l'authenticité formelle de l'acte authentique et pose la question de savoir si, dans la forme, on a affaire à un acte authentique ou non, s'il a bien été signé par une autorité compétente, etc.⁴⁴ *In casu*, c'est donc de savoir si l'acte authentique belge sera considéré comme répondant aux exigences formelles des actes authentiques espagnols.

La force probante extrinsèque d'un acte notarié belge en Espagne dépendait, avant la signature par ces deux pays, de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 « supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers »⁴⁵ d'un processus formel, appelé « la légalisation ». En effet, cette exigence de la légalisation était et est toujours contenue à l'article 28 de la loi du 16 mars 1803⁴⁶, communément appelée loi de Ventôse, qui stipule que « *les actes notariés sont légalisés lorsque cette formalité est exigée pour valoir hors du territoire du royaume. La légalisation sera faite par le Ministère des affaires étrangères.* » Donc, avant la ratification par la Belgique⁴⁷ et par l'Espagne⁴⁸ de la Convention susmentionnée, les actes notariés étaient soumis à ce processus formel par lequel les autorités compétentes du pays sur le territoire duquel l'acte authentique était produit, l'examinaient et

⁴⁴ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 30), p. 79.

⁴⁵ Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, signée à la Haye le 5 octobre 1961, approuvée par la loi du 5 juin 1975.

⁴⁶ Loi du 16 mars 1803 (loi du 25 ventôse an XI) contenant organisation du notariat, *M.B.*, 16 mars 1803

⁴⁷ Le 9 février 1976 (voir J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 30), p. 83).

⁴⁸ Le 25 septembre 1978 (voir J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 30), p. 83).

jugeaient si oui ou non l'acte qui leur était présenté avait bien été signé par quelqu'un de compétent, se prononçaient sur la véracité de la signature par cette personne,...

Toutefois, grâce à la Convention de la Haye du 5 octobre 1961, ce processus n'est plus nécessaire lorsqu'un acte authentique circule entre les différents pays signataires et donc, notamment, entre la Belgique et l'Espagne. En effet, l'article deux de ladite Convention de la Haye stipule que « *chacun des Etats contractants dispense de légalisation les actes auxquels s'applique la présente Convention et qui doivent être produits sur son territoire (...)* ».

Néanmoins, selon l'article 3 de la Convention, même si la procédure de légalisation n'est plus requise en tant que telle, il reste malgré tout une formalité à accomplir qui est celle de l'apostille. L'apostille est définie à l'article 4 de la Convention comme un « cachet » qui doit être apposé sur l'acte lui-même ou sur une allonge, « *par l'autorité compétente de l'Etat d'où émane le document* »⁴⁹ et qui doit être conforme au modèle annexé à la Convention de la Haye. *In casu*, l'apostille sera donc apposée par « le Service public des Affaires étrangères à Bruxelles, sur l'acte du notaire belge. L'acte devra ensuite, être traduit en espagnol par un traducteur juré avant que ce dernier ne puisse être produit en Espagne et revêtu de la force exécutoire. »⁵⁰

- la **force probante intrinsèque** vise, quant à elle, le *negotium* et « concerne la validité au fond du rapport de droit (c'est-à-dire la volonté privée des parties qui s'adressent au notaire) que l'acte contient. C'est, comme l'écrit l'auteur français, P. CALLE, '*simplement considérer que le rapport de droit contenu dans l'acte authentique doit être présumé valable et doit produire ses effets indépendamment de l'extranéité de l'acte et de celle de l'officier public qui l'a reçu.*'⁵¹ »⁵² La force probante intrinsèque « *questionne la véracité des faits énoncés dans l'acte.* »⁵³ *In casu*, la question est donc de savoir si le notaire espagnol va considérer comme vrai, comme probant, le contenu de l'acte notarié belge c'est-à-dire s'il va considérer comme probante la volonté des parties de choisir le régime belge de séparation de biens comme

⁴⁹ Article 3 de la Convention *op. cit.*, (voy. note 45).

⁵⁰ X., « Services consulaires : se marier en Espagne », disponible sur http://www.diplomatie.be/madridfr/default.asp?ACT=5&content=44&id=23&mnu=23#_3_L%C3%A9galisation_des (7 mai 2015).

⁵¹ P. CALLE, « L'acceptation et l'exécution des actes authentiques », *JCP*, 2013, n°15, p. 54.

⁵² J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 30), p. 78.

⁵³ *Ibid.*, p. 87.

régime matrimonial ? Selon moi, étant donné que « ce fameux rapport de droit est, en réalité, ‘ l’œuvre des volontés des parties’, il importe peu que l’acte ait été accompli en Belgique ou à l’étranger : il est présumé valable. »⁵⁴ Donc, au vu de ce que je viens d’expliquer, je me permets d’affirmer *qu’in casu*, la validité au fond de l’acte ne devrait pas poser de problèmes au niveau de la preuve de ce que les époux ont accompli pour leur régime matrimonial.

c) La force exécutoire

L’autre effet de l’acte notarié qui nous intéresse *in casu* est sa force exécutoire. En effet, « l’acte authentique qui constitue un titre exécutoire dans son Etat d’origine ne revêt par contre pas d’emblée ce caractère dans l’Etat de destination. »⁵⁵ Ainsi, c’est une chose qu’à l’étranger on reconnaisse qu’un acte notarié belge soit formellement un acte authentique et que son contenu soit probant, mais encore faut-il que cet acte ait force exécutoire dans ledit Etat car, sans cela, l’acte n’aurait qu’un effet de fait ; c’est-à-dire que l’acte ne serait qu’un fait juridique qui s’imposerait en tant que tel et sans autres conditions mais ne pourrait pas faire l’objet d’une exécution⁵⁶. Donc, selon moi, cette force exécutoire est essentielle à la circulation internationale des actes notariés car le fait qu’un acte authentique ait force exécutoire signifie que ce qui a été décidé dans celui-ci doit être exécuté sans qu’il y ait besoin d’aucune formalité.⁵⁷

In casu, pour que le contrat de mariage belge ait force exécutoire en Espagne, il devra faire l’objet de la procédure d’*exequatur*. En effet, aucun Règlement européen n’a encore, comme c’est pourtant le cas dans de nombreuses autres matières grâce, notamment, au Règlement titre exécutoire européen⁵⁸, prévu que soient exécutoires de plein droit les contrats de mariage entre Etats membres, sans qu’aucune procédure particulière ne soit nécessaire. Cette procédure d’*exequatur* devra, dans notre exemple, être menée à bien par les juridictions espagnoles compétentes qui jugeront si oui ou non le contrat de mariage belge de séparation

⁵⁴ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 30), p. 78.

⁵⁵ H., BOULARBAH, « Le nouveau droit international privé belge : Règles générales - C. Efficacité des jugements et actes authentiques », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 12 mars 2005, p. 184.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ X., « L’authentification des actes », disponible sur <http://www.notaire.be/notaire/les-actes-notaries/le-notaire-authentifie-les-actes> (22 avril 2015).

⁵⁸ Règlement (CE) n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d’un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, J.O., L 142, 30 avril 2004.

de biens répond aux conditions nécessaires, n'est pas injuste, ne contient pas d'éventuels motifs de refus d'exécution,... *A priori*, selon moi, aucun problème ne devrait se poser à la reconnaissance en Espagne d'un tel contrat de mariage mais seules les juridictions espagnoles ont le pouvoir d'en décider.

Section III : Hypothèse du contrat de mariage belge de séparation de biens signé devant le notaire espagnol

Selon moi, en pratique, étant donné que la future mariée vit en Espagne, que les époux vont s'y marier et y résider par la suite, il est fort probable que le notaire belge, pour éviter des déplacements « inutiles » aux futurs époux, rentre en contact avec le notaire espagnol pour lui envoyer un projet d'acte belge de séparation de biens qu'il enjoindra à ce dernier de faire signer aux futurs mariés. Cependant, est-ce que le notaire espagnol acceptera de procéder à la signature d'un contrat de mariage soumis à un autre droit que le sien?⁵⁹

Je ne pense pas qu'il y ait une réponse tranchée à cette question. En effet, tout dépendra de la position et du ressenti de chaque notaire, de la diligence des parties,... Nonobstant cette incertitude, j'ai tendance à croire, quand même, que dans le cas qui nous occupe, la réponse du notaire espagnol sera positive. Je vais avancer deux arguments pour étayer ma position :

Le premier est que, comme je l'ai mentionné *supra*, l'Espagne connaît quelques spécificités au niveau de ses régimes matrimoniaux. En effet, « à côté du régime légal espagnol de communauté de biens organisé par le Code civil, coexistent un certain nombre de 'droits foraux' ou 'locaux', applicables dans certaines communautés autonomes dotées de leurs propres législations. Ainsi, ces régimes légaux organisés par les droits foraux sont, entre autres : en Aragon, en Galice et en Navarre : la communauté de biens (portant sur les acquêts), en Catalogne, aux îles Baléares et à Valence : la séparation de biens (...). »⁶⁰ Il ressort de ce qui précède, que l'Etat espagnol n'est pas étranger au régime matrimonial de séparation de biens et donc, en soit, rien ne l'opposerait à faire signer un contrat de mariage de séparations de biens même si ce dernier est un contrat de mariage belge. Et, encore moins, si le notaire belge lui fait parvenir un projet de contrat de mariage de séparation de biens pour lui faciliter la tâche.

⁵⁹ M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique communautaire : pratique notariale*, 2006, Defresnois, 156, n°293.

⁶⁰ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 25), p. 686.

Le second argument est que, dans le contexte actuel de migrations et d'internationalisation, j'ose aussi croire en la coopération entre les notaires des différents Etats du monde et, encore plus, quand ces notaires professent tous les deux dans un Etat membre de l'Union Européenne qui mène une politique d'unification et de libre circulation. En effet, sans un minimum de coopération entre ces autorités je pense que les valeurs d'autonomie de la volonté, de liberté de s'établir,... véhiculées, entre autres, par les législateurs européens ne seraient rien de plus que des chimères.

Conclusion du *casus* I

A travers la première partie de mon mémoire, j'ai tenté de donner des pistes de réflexion et des débuts de réponse au *casus* qui nous a occupés. Toutefois, je ne pense pas pouvoir tirer de celles-ci une conclusion parfaitement tranchée.

De fait, même si, selon moi, les époux pourront choisir le droit belge comme droit régissant leur régime matrimonial et pourront donc aussi de surcroît choisir le régime matrimonial belge de la séparation de biens pure et simple, la question qui reste plus délicate est celle de la circulation internationale de ce contrat de mariage. En effet, même si je considère qu'en pratique, pour des raisons économiques et de mobilité évidentes ledit contrat de mariage sera signé en Espagne, rien n'empêche les époux de préférer qu'il soit signé en Belgique devant un notaire belge maîtrisant totalement le droit belge.

Mais, si on considère, comme je le pense, que c'est en Espagne que le contrat sera signé, deux questions pratico-pratiques restent, pour moi, en suspens, si on part, bien évidemment, du principe que le notaire espagnol acceptera de procéder à la signature d'un tel contrat de mariage. D'une part, comment le notaire espagnol procédera-t-il à la rédaction de cet acte ? Va-t-il, comme je le suppose, accepter de se baser sur un projet de contrat de mariage que lui aura envoyé son homologue belge ? Le rédigera-t-il en espagnol ou en français ? D'autre part, qu'en sera-t-il dans cette situation-là, de son devoir de conseil⁶¹ ? Il est clair que le notaire espagnol ne connaît pas aussi bien le droit belge que le notaire belge, alors comment faire ?

Je vous laisse réfléchir à toutes ces questions pour passer, à présent, à la seconde partie de mon mémoire qui, bien que traitant également des régimes matrimoniaux, met en avant une toute autre problématique.

⁶¹ Le devoir de conseil est un devoir impératif qui est prévu par l'article 9 de la loi de ventôse.

PARTIE II : LES REGIMES MATRIMONIAUX EN D.I.P. - LA PREMIERE RESIDENCE HABITUELLE DES EPOUX COMME CRITERE DE RATTACHEMENT PRINCIPAL; ENTRE CLARTE ET INCERTITUDES

Chapitre I : Exposé du *casus*

Le *casus* auquel je vais à présent m'atteler a aussi pour objet la matière des régimes matrimoniaux mais concerne un cas où les époux n'ont pas fait le choix de la loi applicable à leur régime matrimonial. Afin de mener à bien l'étude de cet exemple qui aborde la matière des régimes matrimoniaux de manière encore plus pointue que le précédent, je vais me centrer sur l'analyse de la notion de « première résidence habituelle des époux ».

Les faits de mon *casus* sont les suivants : dans le cadre d'une vente publique, le notaire adjuge le bien à un couple. Monsieur est de nationalité belge et Madame est de nationalité équatorienne. Ils se sont mariés en 2010 en Equateur sans avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage. Après leur mariage, ils ont vécu environ six mois en Equateur, le temps que Monsieur termine le travail qu'il avait à réaliser là-bas. Le couple, déjà avant son mariage, avait commencé à rechercher un logement en Belgique, pays où, d'ailleurs, ils résident depuis 2011.

L'examen de cette problématique va donc se baser d'une part, sur une étude de la notion de « première résidence habituelle des époux » et, d'autre part, sur l'attitude que le notaire devrait adopter lorsqu'il a face à lui des époux pour lesquels il n'a pas de certitude concernant la loi applicable à leur régime matrimonial. De fait, comme je vous l'expliquerai en détails dans la suite de mon exposé, il est très important, quand un notaire passe un acte, que ce dernier sache quel est le régime matrimonial des parties. Or, *in casu*, un doute existe à ce sujet car la loi applicable au régime matrimonial des époux pourrait être soit la loi belge, soit la loi équatorienne suivant que l'on considère que la première résidence principale du couple était en Equateur ou en Belgique.

Chapitre II : La notion de « première résidence habituelle des époux »

Section I : Considérations générales

« Avec l'avènement du CODIP, la résidence habituelle est devenue le critère de rattachement de référence en supplantant ainsi, le critère de la nationalité, qui avait jusqu'alors, la primauté du rattachement. »⁶² Cette préférence pour la notion de résidence habituelle s'explique, selon moi, parce que « *la résidence habituelle s'impose comme un facteur de rattachement indifférencié, égalitaire et non discriminatoire (...). Elle agit dès lors comme un puissant facteur d'intégration, qui ne sera du reste pas pour déplaire aux notaires, dont les clients sont en majorité des personnes qui ont précisément leur résidence habituelle en Belgique, au point que les notaires seront invités, la plupart du temps, à leur appliquer le droit belge.* »⁶³

L'article 51 du CODIP vise les situations où des époux n'ont pas fait le choix de la loi applicable à leur régime matrimonial. Ce dernier énonce, sous la forme d'une échelle de KEGEL inversée⁶⁴, trois critères de rattachement dont le premier est la résidence habituelle.⁶⁵ D'ailleurs, il est bon d'avoir à l'esprit que « la première résidence habituelle des époux » est le facteur de rattachement qui dictera la loi applicable pour le plus grand nombre des cas.⁶⁶

Dans le *casus* qui nous occupe à travers cette seconde partie de mon mémoire, le critère de rattachement est bel et bien la première résidence habituelle des époux étant donné qu'ils en ont ou en ont eu une⁶⁷ ; le tout est de savoir laquelle, de celles qu'ils ont eue en Equateur ou qu'ils ont actuellement en Belgique, est considérée comme leur « première résidence habituelle » ?

⁶² J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 7), p. 53.

⁶³ *Ibid.*, pp. 53-54.

⁶⁴ M. FALLON, « La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire », *Travaux du comité français de droit international privé*, 2004-2006, pp. 96-97.

⁶⁵ Article 51 CODIP : « *A défaut de choix du droit applicable par les époux, le régime matrimonial est régi : 1° par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux fixent pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage ; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité au moment de la célébration du mariage ; 3° dans les autres cas, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le mariage a été célébré.* »

⁶⁶ L. BARNICH, « Le nouveau droit international privé belge : Règles générales - D. Les régimes matrimoniaux », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 12 mars 2005, p. 192.

⁶⁷ Article 51, 1° et 2° du Code de droit international privé.

Donc, nonobstant la primauté accordée à la notion de résidence habituelle, encore faut-il s'entendre exactement sur le concept.⁶⁸

Section II : Notions

Bien que définie au paragraphe deux de l'article 4 du CODIP, la notion de « résidence habituelle » fait toujours l'objet de nombreuses discussions en pratique. De fait, comme je vous l'expliquerai dans la section suivante, les débats sont légion en ce qui concerne l'interprétation à donner à ce concept phare du droit international privé. Ces discussions sont, selon moi, compréhensibles car « comment apprécier, parfois vingt ans après, une 'volonté réalisée ou pas' de nouer des liens durables en un endroit ? »⁶⁹

Comme je l'ai mentionné ci-avant, l'article 4 § 2 du CODIP donne une définition de la notion. Ainsi, il stipule que « *la résidence habituelle se comprend comme : 1° le lieu où une personne physique s'est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir ; pour déterminer ce lieu, il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens ; 2° le lieu où une personne morale a son établissement principal.* »

Il ressort très clairement de cette disposition que tout est fonction des éléments concrets de chaque situation particulière. Il est en effet, laissé une grande place à l'interprétation et à une analyse *in concreto* de chaque cas ; ce qui entraîne logiquement de nombreuses discussions en pratique.

Section III : Discussions

a) Notion factuelle

« *La résidence habituelle est une notion de fait, indépendante de toute démarche volontaire ou intentionnelle dans le chef de la personne puisqu'il ne faut accomplir aucune formalité d'enregistrement, auprès d'une administration communale par exemple, pour acquérir une 'résidence habituelle' au sens du Code. Celle-ci se fixe mécaniquement et, dans*

⁶⁸ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 7), p. 54.

⁶⁹ L. BARNICH, *op. cit.*, (voy note 66), p. 192.

le chef de la personne de manière inconsciente. »⁷⁰ Il y va ainsi « d'une concentration des intérêts c'est-à-dire de données factuelles qui traduisent le centre de la vie de la personne. »⁷¹

Après de telles considérations, il va de soi que la résidence habituelle ne peut qu'être unique. En effet, chaque personne ne peut concentrer ses intérêts qu'à un seul et même endroit.⁷²

La notion de résidence habituelle au sens du CODIP doit, selon P. WAUTELET, « *s'apprécier pour les besoins du CODIP essentiellement en fait, indépendamment de toute formalité administrative* »⁷³ et participe d'une combinaison de plusieurs critères que je vais analyser dans les points suivants : la concentration des intérêts de la personne, la durée et/ou l'intention d'établissement stable.⁷⁴

b) La concentration des intérêts

La concentration des intérêts d'une personne signifie que c'est là où une personne à son centre de vie, « *là où la personne a son chien, ses pantoufles et sa pipe* »^{75 76}.

Comme je l'ai mentionné *supra*, il n'est pas nécessaire de s'inscrire au registre de la population ou d'effectuer une quelconque démarche administrative pour avoir sa résidence habituelle quelque part.⁷⁷ Ainsi, il est possible d'avoir, par exemple, sa résidence habituelle en

⁷⁰ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 7), p. 54.

⁷¹ M. FALLON et J. ERAUW, *La nouvelle loi sur le droit international privé. La loi du 16 juillet 2004*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 80 et 82.

⁷² Proposition de loi portant le Code de droit international privé, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2003, n°3-27/1, p. 29.

⁷³ H. BOULARBAH, « Le nouveau droit international privé belge : Introduction », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 12 mars 2005, p.176.

⁷⁴ H. ROSSOUX, « b) Quant au fond », *Rép. not.*, Tome XVIII, Droit international privé, livre 3, D.I.P. – Successions internationales, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 65.

⁷⁵ J. HERBOTS, « Algemeenheden – De levering in goede staat », *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, p. 23.

⁷⁶ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 7), p. 54.

⁷⁷ « *La notion de résidence habituelle retenue par le CODIP ne coïncide pas toujours avec celle retenue en ce qui concerne l'inscription sur les registres de la population* » voy, F. DEREME, et P. WAUTELET, « Les biens à l'étranger, les biens à l'étranger – Le cas de la France », *Planification successorale aspects civils et fiscaux*, Actes de la journée d'étude du 20 avril 2007, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 480.

Belgique et d'être domicilié en France.⁷⁸ Toutefois, le fait d'effectuer une telle démarche administrative qu'est l'inscription au registre de la population « *peut constituer un indice de la localisation de la résidence habituelle dans cet Etat.* »⁷⁹

c) La durée et l'intention de s'établir/ l'*animus residendi*

Le critère de la concentration des intérêts est joint à une certaine durée de la résidence ou à l'intention de s'établir.⁸⁰ L'un de ces critères ou chacun d'eux cumulé(s) avec le critère principal de la concentration des intérêts⁸¹ permet(tent) de déterminer où une personne a sa résidence habituelle. Examinons-les de plus près :

Le critère de la **durée de la résidence** est le fait objectif de l'écoulement du temps.⁸² Toutefois, comme le soulignent les travaux préparatoires de la proposition de loi, cela ne signifie pas nécessairement que la durée doit être indéterminée.⁸³ Ainsi, quelqu'un peut être considéré comme résidant d'un pays et ce, même s'il ne vient y vivre que quelques années et sait qu'il est destiné à quitter ledit pays un jour. En réalité, ce que vise ce critère de durée de la résidence est davantage la stabilité de la résidence.⁸⁴ Il suffit que la personne « ait fixé en ce pays le centre de ses intérêts ou, à tout le moins, ses intérêts principaux. »⁸⁵

« A ce critère de durée s'ajoute, parfois (dans les cas les plus simples), l'intention de s'établir aussi appelée *animus residendi*. Ce critère vise la volonté qu'a une personne de s'établir dans un pays de manière stable, fût-ce pour une durée limitée. »⁸⁶ Ainsi, une personne peut, si elle a l'intention de nouer des liens stables et particuliers avec un Etat, être considérée, dès son entrée, comme y résidant habituellement.⁸⁷ C'est ainsi, selon moi, le cas de personnes partant, par exemple, en Australie pour y vivre et y travailler. Ces personnes ne savent pas pour combien de temps elles partent ; tout dépend si elles trouvent un travail et

⁷⁸ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *op. cit.*, (voy. note 72).

⁷⁹ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 212.

⁸⁰ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 7), p. 54.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *op. cit.*, (voy. note 72).

⁸⁴ H. ROSSOUX, *op. cit.*, (voy. note 74), p. 66.

⁸⁵ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 7), p. 54.

⁸⁶ H. ROSSOUX, *op. cit.*, (voy. note 74), p. 66.

⁸⁷ F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, (voy. note 79), p. 211.

parviennent à faire leur vie là-bas mais pourtant, dès leur entrée en Australie, elles ont la volonté de s'y établir de manière stable pour y construire une partie ou le reste de leur vie. Ce qui compte donc c'est l'élément intentionnel.⁸⁸

Rajoutons aussi que, dans certains cas, « l'intention pourra, si elle fait défaut, détruire l'effet cristallisateur de la durée. »⁸⁹ Ainsi, si une personne vit dans un pays depuis plusieurs années mais n'a pas l'intention d'y fixer une résidence stable, cette dernière n'aura donc pas sa résidence habituelle dans ledit pays.

Ces deux critères de durée et d'intention de s'établir peuvent, comme je l'ai mentionné *supra*, se cumuler. Cependant, il existe aussi, comme je l'ai également expliqué ci-dessus, des situations plus délicates dans lesquelles, seule la durée ou seule l'intention de s'établir se cumule avec le critère principal qu'est la concentration des intérêts. Quoiqu'il en soit, de nombreux praticiens considèrent qu'il suffit qu'un seul des deux critères secondaires se cumule avec le critère principal de la concentration des intérêts pour qu'on considère que la résidence habituelle soit bel et bien établie.⁹⁰

Section IV : Quid in casu ?

a) Généralités

In casu, la question qui se pose est donc de savoir si la première résidence habituelle des époux était en Equateur ou en Belgique ? Pratiquement, cette distinction n'aura aucune réelle importance étant donné que les époux, n'ayant pas fait précéder leur union d'un contrat de mariage, sont soumis au régime légal belge ou équatorien, selon le cas. Or, il se fait que le régime légal belge est celui de la communauté de biens de même que celui équatorien⁹¹. L'intérêt de cette question est donc plutôt théorique mais il est tout de même, selon moi, intéressant d'y répondre car, en pratique, un autre notaire pourrait être confronté à une situation similaire mais avec un couple belgo-marocain par exemple et, là, l'intérêt de savoir

⁸⁸ P. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Droit international privé », *Liquidation et partage, commentaire pratique*, Kluwer, Waterloo, f. mob., VII, p. 53.

⁸⁹ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 7), p. 55.

⁹⁰ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *op. cit.*, (voy. note 72).

⁹¹ Union Internationale du Notariat Latin, « World map of matrimonial property regimes », *Notarius International*, Deutsches Notarinstitut, Würzburg (Germany), vol 10, 1-2/2005, p. 144.

où se situe la première résidence habituelle des époux ne serait pas juste théorique étant donné que le régime matrimonial légal marocain est celui de la séparation de biens !⁹²

Quoi qu'il en soit, dans le cas qui nous occupe, je vais tenter de structurer ma réponse en suivant les différents critères que j'ai analysés *supra* (savoir : le centre des intérêts, la durée et l'intention).

b) Analyse des critères

- **La concentration des intérêts**

Comme je l'ai expliqué *supra*, le premier critère qui nous permettra de déterminer si les époux ont établi leur première résidence habituelle en Equateur ou en Belgique est de savoir s'ils avaient concentré leurs intérêts dans le premier pays. *In casu*, Monsieur est venu vivre en Equateur pour des raisons professionnelles et il y a rencontré sa future épouse. Après leur union, les conjoints ont continué de résider durant six mois en Equateur mais avaient déjà l'intention de venir vivre en Belgique. D'ailleurs, ils avaient déjà procédé à des recherches pour un logement et avaient également entamé les formalités administratives afin de permettre à Madame de venir vivre en Belgique. Selon moi, les jeunes époux n'ont donc jamais eu, à l'époque, l'intention de nouer, en tant que mari et femme, des liens durables avec l'Equateur d'autant plus qu'ils savaient pertinemment que Monsieur n'était en Equateur que pour des raisons professionnelles et allait retourner dans son pays. Tous ces éléments me permettent d'affirmer que le couple n'a jamais envisagé d'établir une vie commune en Equateur.

Examinons à présent les deux critères secondaires qui, selon moi, nous conforteront dans notre réponse.

- **La durée et l'intention de s'établir (*animus residendi*)**

Comme je l'ai longuement expliqué *supra*, le critère de **la durée de la résidence** n'est pas tant le fait de l'écoulement du temps mais, plutôt, le fait de la stabilité. Au vu de cela, dans notre *casus*, les époux n'ont vécu que six mois en Equateur après leur mariage tout en cherchant un logement ailleurs. Est-ce suffisant pour avoir une certaine stabilité ? Personnellement, j'en doute.

De plus, il nous reste le critère de *l'animus residendi* qui, me semble-t-il, n'est pas non plus rempli. En effet, Monsieur est parti vivre en Equateur pour des raisons professionnelles

⁹² Union Internationale du Notariat Latin, *op. cit.*, (voy. note 91), p. 144.

et, même si il a rencontré son épouse là-bas, il n'a jamais voulu y faire sa vie et y établir une résidence que ce soit avant ou après son mariage. Il a toujours conservé ses intérêts principaux en Belgique et s'y rendait régulièrement pour retrouver sa famille, ses amis,... D'ailleurs, comme l'a écrit P. WAUTELET, « *une personne de nationalité belge qui est partie vivre au Canada par obligation scolaire ou professionnelle et qui conserve ses intérêts principaux en Belgique, ne réside pas habituellement au Canada s'il n'est pas établi qu'elle a l'animus residendi* »⁹³.

Donc, vu que, « pour déterminer ce lieu de la résidence habituelle, 'il est tenu compte en particulier, des circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens' (art 4, §2, 1°), c'est-à-dire de la 'concentration des intérêts de la personne jointe à une certaine durée ou une intention d'établissement stable'⁹⁴. »⁹⁵ et qu'il ressort de notre analyse que les époux ont, d'une part, dès le départ, choisi de nouer en tant que couple marié, des liens étroits avec la Belgique (recherche d'un logement, formalités administratives pour que Madame puisse venir vivre en Belgique) et, d'autre part, qu'ils n'ont vécu que six mois en Equateur après leur mariage et, qu'en outre, ils n'ont jamais eu la volonté de s'établir durablement là-bas, je pense pouvoir affirmer que leur première résidence habituelle est bien en Belgique et que donc, à défaut d'avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage, ils sont mariés sous le régime légal belge de la communauté des biens.⁹⁶

Toutefois, je me dois de mentionner la position que certains auteurs adoptent et, qui vient à l'encontre de ce que j'ai expliqué *supra*. En effet, ces derniers considèrent que « l'expression 'pour la première fois' après la célébration du mariage, accolée aux termes 'résidence habituelle' est destinée à exclure la problématique du conflit mobile et, que donc cette imperméabilité au conflit mobile faisant fit du principe de proximité que les auteurs du Code ont voulu promouvoir, aurait pour conséquence que deux époux ayant fixé leur première

⁹³ P. WAUTELET, « Notes de cours de droit international notarial », Université de Liège, Année académique 2008-2009, pp. 15-17.

⁹⁴ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *op. cit.*, (voy. note 72), p. 29.

⁹⁵ H. BOULARBAH, *op. cit.*, (voy. note 73), p. 176.

⁹⁶ X., « Le régime légal de communauté », disponible sur <http://www.notaire.be/se-marier-vivre-ensemble/le-mariage/le-regime-legal-de-communaute> (1 mai 2015).

résidence sur le territoire d'un Etat exotique restent soumis à la loi de cet Etat. »⁹⁷ Donc, si l'on suit ces auteurs notre couple belgo-équatorien serait soumis à la loi équatorienne, solution à laquelle, au vu de ce que j'ai expliqué *supra*, je n'adhère pas.

Chapitre III : Attitude du notaire face à l'incertitude du régime matrimonial des époux

Section I : Considérations générales

a) Exposé du problème

Le fait de s'interroger sur la loi applicable au régime matrimonial des époux en l'absence de choix de la part de ces derniers m'amène à me poser une autre question qui est, selon moi, toute aussi intéressante que la précédente en pratique. En effet, que doit faire le notaire, quelles précautions doit-il prendre, lorsqu'un couple de personnes mariées, pour lesquelles il ne sait pas déterminer avec certitude le régime matrimonial, vient devant lui afin, comme c'est le cas dans mon exemple, d'acheter un immeuble ?

Cette situation dans laquelle se trouve ce couple de nationalité étrangère n'est pas rare. En effet, beaucoup de couples ne font pas précéder leur union d'un contrat de mariage et se voient ainsi appliquer l'article 51 du CODIP. C'est d'ailleurs, comme je l'ai expliqué, ce qui se produit dans mon *casus* et c'est le droit le plus légitime de ces couples de ne pas faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Mais le problème que l'on rencontre parfois, lorsqu'on se retrouve face à des époux ayant décidé de s'en remettre à la loi est, comme je vous l'ai détaillé dans le chapitre précédent, qu'il n'est pas toujours aisé de savoir avec certitude quel est le régime matrimonial de ces derniers à qui, dans mon exemple, la maison a été adjugée en vente publique par le notaire.

b) Intérêt pour le notaire de connaître le régime matrimonial des époux

Lorsqu'un notaire en présence de personnes mariées passe un acte de vente, d'achat, ..., il est crucial qu'il sache quel est le régime matrimonial de ces derniers. Il est donc très important qu'il sache quel est le droit applicable au régime matrimonial du couple (droit belge ou équatorien dans notre *casus*) ce qui lui permettra ainsi de pouvoir déterminer quel est leur régime matrimonial en tant que tel. Comme je l'ai déjà mentionné *supra*, pour le cas qui

⁹⁷ J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, (voy. note 30), p. 205.

nous occupe, cette question est plutôt théorique vu que le régime matrimonial légal de l'Equateur et de la Belgique est le régime de la communauté de biens mais cette question pourrait avoir son importance dans d'autres circonstances (couple belgo-marocain, par exemple).

Ainsi, en présence d'un couple marié qui, comme dans notre *casus*, désire acquérir un bien, le fait de savoir quel est le régime matrimonial de celui-ci permettra au notaire de savoir si, d'une part, « un seul des époux peut s'engager seul ou s'il doit obtenir l'accord de son conjoint ? »⁹⁸ *In casu*, il est vrai que la question ne se posera pas étant donné que le couple belgo-equatorien désire acquérir le bien conjointement. D'autre part, ça permettra également au notaire de savoir « quel sera le statut du bien acquis (Bien commun ? Bien indivis ? Bien propre à un des époux ?) Et finalement, de déterminer quelles clauses spécifiques il devra insérer dans l'acte lors de l'acquisition. »⁹⁹

Or, comment le notaire pourrait-il répondre à ces différentes questions s'il ne connaît pas avec certitude le régime matrimonial du couple venant se présenter à lui ? Comment faire pour sortir de cette impasse ? Quelles précautions le notaire doit-il prendre avant de passer un acte dans un tel contexte ? C'est à ces différentes questions que je vais donner quelques pistes de réflexion dans la prochaine section.

Section II : Pistes de réflexion

Il est clair que le notaire ne « saurait se contenter des déclarations des parties. De fait, il est souvent considéré que *le rédacteur de l'acte d'acquisition devra analyser la situation matrimoniale de l'acquéreur et du vendeur, non seulement pour assurer la validité de son acte, mais aussi pour donner à l'acquéreur en particulier le conseil approprié quant à la structuration de l'acquisition*. Il convient donc de déterminer la loi applicable au régime matrimonial, puis d'en tirer les conséquences pratiques. »¹⁰⁰

Selon moi, trois solutions s'ouvrent au notaire instrumentant. Je vais les examiner ci-après.

⁹⁸ P. WAUTELET, *op. cit.*, (voy. note 37), p. 330.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 331.

a) Intervention des deux époux à l'acte

La première serait de faire intervenir chacun des conjoints à l'acte. Ainsi, en participant à l'acte, ils marqueraient tous les deux leur accord sur l'opération de vente ou d'achat. Et aucun d'eux ne pourrait par la suite, si les choses tournent mal (divorce, par exemple), venir dire qu'il n'est pas d'accord avec cette acquisition dont il ignorait l'existence et ainsi tenter de faire annuler ledit acte¹⁰¹. En effet, dans le cas d'un régime matrimonial légal de communauté, les époux sont obligés d'acheter ensemble car tous leurs biens sont présumés communs.¹⁰² Ce n'est que dans de rares exceptions que les époux mariés en communauté pourraient acheter un bien seul¹⁰³, pour autant que ça ne porte pas atteinte aux intérêts de la famille¹⁰⁴, qu'une clause spécifique soit insérée dans l'acte¹⁰⁵ et que certaines conditions soient remplies¹⁰⁶. Voilà pourquoi, en cas de doute concernant le régime matrimonial des époux, il est plus prudent de les faire participer tous les deux à l'acte.

b) Acte modificatif du régime matrimonial

La seconde possibilité serait, selon moi, que le notaire au cours du premier rendez-vous concernant l'achat de l'immeuble propose aux époux de modifier leur régime matrimonial en signant un contrat de mariage dans lequel ceux-ci clarifieraient leur volonté concernant leur régime matrimonial en choisissant la loi applicable à ce dernier et en optant, par la même occasion, pour un régime matrimonial particulier. Les époux signeraient alors ce contrat avant de signer l'acte d'achat.

Cela permettrait ainsi au notaire d'être sûr du régime matrimonial des parties et donc de pouvoir les informer correctement, de déterminer le statut du bien acheté,...

Toutefois, je dois relever deux inconvénients majeurs à cette solution. Le premier est qu'il me semble que la signature d'un acte modificatif du régime matrimonial ne serait pas

¹⁰¹ Article 1423 C.Civ.

¹⁰² X., « Acquisition en personne physique », *Acheter, vendre ou donner un immeuble*, disponible sur http://www.indicator.be/upload/WAAVDIBK_sample.pdf (4 mai 2015), p. 16 ; Article 1405 C. civ.

¹⁰³ Achat en emploi de fonds propres : Articles 1402-1404 C.civ.

¹⁰⁴ Article 1426 C. civ « *Si l'un des époux fait preuve d'inaptitude dans la gestion tant du patrimoine commun que de son patrimoine propre ou met en péril les intérêts de la famille (...)* ».

¹⁰⁵ Clause de remploi dans l'acte notarié (art 1402 C. civ).

¹⁰⁶ Conditions à remplir (art. 1402 et 1404 C. civ.).

des plus économiques pour le couple. En effet, les frais auxquels les époux devraient se soumettre pour la modification de leur régime matrimonial additionnés à ceux occasionnés par l'acte d'achat pourraient leur paraître exorbitants et les décourager dans leur projet. Le second inconvénient apparaîtrait lors de la rédaction de l'acte modificatif. En effet, si on n'est pas certain du régime matrimonial des conjoints, raison pour laquelle on leur demande de mettre sur papier leur volonté, comment le rédacteur de l'acte pourrait-il savoir quel était l'ancien régime matrimonial que les époux souhaitent modifier et ainsi indiquer dans l'acte que ces derniers passent, par exemple, d'un régime de communauté à un régime de séparation de biens avec participation aux acquets? Peut-être que le rédacteur pourrait, pour l'ancien régime, s'en tenir aux déclarations des parties et indiquer dans l'acte, « les parties nous déclarent être mariées sous tel régime et désirent modifier ce dernier en tel autre régime » ? Peut-être qu'en pratique, certains notaires accepteraient de faire cela mais un tel comportement serait, selon moi, quelque peu « borderline »; d'autant plus, que j'ai fait remarquer plus haut qu'il est prudent que les notaires ne se basent pas uniquement sur les déclarations des parties pour rédiger leurs actes. Bref, cette seconde piste de réflexion ne nous permet pas vraiment de sortir de l'impasse dans laquelle nous nous trouvons bien qu'elle pourrait malgré tout être utilisée en pratique par certains notaires.

c) Acte déclaratif

La troisième et dernière piste de réflexion que je vais avancer consisterait à ce qu'avant de procéder à la signature de l'acte d'achat, le notaire fasse signer un acte déclaratif aux époux dans lequel ceux-ci expliqueraient que leur volonté lors du mariage était de s'établir de manière stable dans tel ou tel pays, d'y nouer des liens particuliers etc. Par exemple, *in casu*, les époux pourraient dans le corps de cet acte expliquer que, dès le départ, ils avaient la volonté de s'établir en Belgique et d'y vivre et, qu'ils avaient d'ailleurs déjà commencé à chercher un logement en Belgique et, ce, même avant leur mariage,... Cet acte déclaratif sera considéré comme, ce qu'on appelle en pratique un « petit acte », les frais seront donc bien moindres que ceux qu'engendrerait la signature d'un acte modificatif de régime matrimonial.¹⁰⁷ En outre, cet acte déclaratif est tout aussi valable et sécurisant pour le notaire. En effet, il permettrait au notaire, au même titre que l'acte modificatif du régime matrimonial, d'avoir une certitude concernant le régime matrimonial du couple et concernant la loi applicable à ce dernier et aurait, en plus, l'avantage d'être bien moins onéreux pour le couple.

¹⁰⁷ Discussion avec le Notaire Marc Henry lors de mon dernier jour de stage le 2 avril 2015.

d) Quid in casu?

Concernant le *casus* qui nous occupe, nous allons partir de la constatation que j'ai émise *supra* et considérer donc que c'est la loi belge qui régit le régime matrimonial du couple belgo-equatorien et que les époux, à défaut de contrat de mariage, sont donc mariés sous le régime de la communauté des biens.

Pour ne pas voir son acte entaché de nullité et aussi pour exercer son devoir de conseil de la manière la plus complète c'est à dire, *in casu*, s'assurer que le couple ait parfaitement conscience de ce qu'il fait (acheter un bien qui sera en communauté ou qui sera indivis ou...), je pense que le notaire optera pour la troisième solution que j'ai proposée *supra* et invitera donc les parties à procéder à la signature d'un acte déclaratif dans lequel elles confirmeront que leur régime matrimonial est bel et bien soumis à la loi belge et, qu'à défaut d'avoir fait précéder leur union d'un contrat de mariage, leur régime matrimonial est celui de la communauté des biens et que donc l'immeuble qu'ils s'approprient à acquérir ensemble sera un bien commun.

Conclusion du casus II

A travers ce second *casus*, j'ai tenté de faire apparaître que, malgré les nombreux éclaircissements et simplifications que le CODIP a apportés en droit international privé, toutes les situations ne sont pas toujours limpides et certaines, comme c'était le cas dans notre exemple, peuvent prêter à discussion.

D'ailleurs, en érigeant comme critère de rattachement principal du droit international privé belge la notion de « résidence habituelle » qui est, comme je l'ai longuement expliqué, une notion profondément factuelle, les rédacteurs du CODIP savaient pertinemment que ce critère allait permettre un rattachement plus concret d'une situation à la loi d'un Etat mais ils avaient également à l'esprit que qui dit « appréciation *in concreto* » s'expose à des discussions factuelles¹⁰⁸, à différentes solutions possibles,...

Enfin, j'espère être également parvenue à montrer à travers cet exemple d'une part, que le notaire doit prendre beaucoup de précautions avant de passer un acte et qu'il ne peut donc pas simplement se contenter des déclarations des parties et, d'autre part, qu'il sera souvent face à des situations complexes où plusieurs solutions s'ouvriront à lui et, pour trouver celle

¹⁰⁸ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *op. cit.*, (voy. note 72).

qui sera la plus adaptée, il devra se montrer pro-actif, faire de nombreuses recherches, discuter avec les parties,...

CONCLUSION GENERALE

A travers ce mémoire, je me suis efforcée de démontrer l'importance qu'a acquise le droit international privé dans notre monde actuel qui connaît « *un accroissement considérable de la mobilité des personnes et des biens et de la 'mondialisation' des actes et faits juridiques (...).* »¹⁰⁹ En effet, aujourd'hui plus qu'avant, les notaires sont confrontés à des mariages internationaux, à des couples, de nationalités différentes et dont le régime matrimonial n'est pas nécessairement toujours régi par le droit belge, qui veulent acquérir ou vendre un immeuble,... Face à cette multitude de situations internationales, les notaires doivent donc redoubler de prudence, être capable de jongler avec de nombreux instruments de droit international privé et coopérer activement avec leurs homologues étrangers.

Il est vrai que, malgré les innumérables domaines touchés par cette internationalisation, je ne me suis focalisée que sur la matière des régimes matrimoniaux. La raison de ce choix est très simple et se trouve dans le fait que, comme je l'ai déjà mentionné, j'ai rencontré ces deux problématiques en pratique, durant mon stage au sein de l'Etude du Notaire Marc Henry et que je les trouvais toutes deux très intéressantes et soulevant assez de questions pour en faire l'objet de ce mémoire de fin de master de spécialisation en notariat. De plus, ça m'a ainsi permis d'approfondir pleinement une seule et unique branche du droit international privé et d'étudier en détails avec vous les articles du CODIP s'y référant.

En outre, en analysant ces deux exemples, j'ai également tenté de soulever, d'une part, la transparence et la simplification des règles de droit international privé apportées par le CODIP et, d'autre part, d'épingler les limites de ces dernières et les éventuelles incertitudes qu'elles semblent encore laisser planer dans certaines situations. Ainsi, même si depuis l'avènement du CODIP le droit international privé belge a fait un bond de géant grâce à ce Code ambitieux et novateur, il reste encore certaines matières qui posent question. Mais l'Union Européenne, grâce à sa politique d'intégration et d'unification, permet de renforcer la coopération entre les Etats membres ainsi que de faciliter la circulation des décisions judiciaires et des actes notariés. D'ailleurs, elle commence, comme je l'ai expliqué, depuis quelques années, à s'intéresser très sérieusement à la matière des régimes matrimoniaux.

¹⁰⁹ H. BOULARBAH, *op. cit.*, (voy. note 73), p. 173.

Cependant, ces projets de Règlements européens permettant entre autres choses, d'unifier les régimes matrimoniaux au niveau européen,... sont toujours, malheureusement, à l'état de projet. Espérons qu'ils finiront par aboutir dans les plus brefs délais.

Pour finir, même s'il est vrai que je ne suis pas parvenue à résoudre les deux *casus* de manière définitive et tranchée, j'ai tenté, à travers les quelques questions que j'ai laissées en suspens tout au long de ce mémoire, de vous faire réfléchir sur ce principe très important qu'est l'autonomie de la volonté et sur la notion de « première résidence habituelle » qui, bien que définie par le CODIP, n'est pas si évidente qu'elle y parait. J'espère aussi, d'une part, être parvenue à travers ces interrogations, à attirer votre attention sur le rôle pro-actif et de conseil dont est, plus que jamais dans ce contexte d'internationalisation grandissant, assortie la mission du notaire. Et, d'autre part, d'avoir éveillé votre intérêt pour la matière du droit international privé notarial et avoir réussi, par la même occasion, à vous convaincre que le droit international privé est toujours, mais plus uniquement, un droit savant et qu'il a, aujourd'hui, aussi et surtout, vocation à devenir un droit de proximité.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Internationale

- Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, signée à La Haye le 14 mars 1978.
- Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, signée à la Haye le 5 octobre 1961, approuvée par la loi du 5 juin 1975.

Européenne

- Proposition de Règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière des régimes matrimoniaux, 16 mars 2011, COM(2011) 126 final.
- Règlement (CE) n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, J.O., L 142, 30 avril 2004.

Nationale

- Articles 4 ; 49 ; 51 du Code de droit international privé.
- Articles 1402-1405 ; 1423 ; 1426 du Code civil.
- Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.* 27 juillet 2004.
- Loi du 16 mars 1803 (loi du 25 ventôse an XI) contenant organisation du notariat, *M.B.*, 16 mars 1803.

- Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, n°3-27/7.
- Proposition de loi portant le Code de droit international privé, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2003, n°3-27/1.
- Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2001-2002, n°2-1225/1.

DOCTRINE

a) Ouvrages, revues, périodiques,...

- BARNICH, L., « Présentation du nouveau Code belge de droit international privé », *Revue du Notariat belge*, 2005, p. 7.
- BARNICH, L., « Le nouveau droit international privé belge : Règles générales - D. Les - régimes matrimoniaux », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 12 mars 2005, pp. 191-193.
- BARNICH, L. et WATTE, N., « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux », *Répertoire Notarial*, Bruxelles, Larcier, t. 18, DIP 2, 1997, pp. 64 et s.
- BOULARBAH, H., « Le nouveau droit international privé belge : Introduction », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 12 mars 2005, pp 173-176.
- BOULARBAH, H., « Le nouveau droit international privé belge : Règles générales - C. Efficacité des jugements et actes authentiques », *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 12 mars 2005, pp 184-186.
- CALLE, P., « L'acceptation et l'exécution des actes authentiques », *JCP*, 2013, n°15, p. 54.
- DE PAGE, P. et DE STEFANI, I. « Droit international privé », *Liquidation et partage, commentaire pratique*, Kluwer, Waterloo, f. mob., VII, p. 53.
- DEREME, F. et WAUTELET, P., « Les biens à l'étranger, les biens à l'étranger – Le cas de la France », *Planification successorale aspects civils et fiscaux*, Actes de la journée d'étude du 20 avril 2007, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 480.

- FALLON, M., « La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire », *Travaux du comité français de droit international privé*, 2004-2006, pp. 96-97.
- FALLON, M. et ERAUW, J., *La nouvelle loi sur le droit international privé. La loi du 16 juillet 2004*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 80 et 82.
- HERBOTS, J., « Algemeenheden – De levering in goede staat », *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, p. 23.
- KOHLER, C., *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatsisme*, ADI-Poche, 2013, p. 155.
- LELEU, Y.-H., « Le droit international privé – Chapitre 1 : Les régimes matrimoniaux », *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, vol. 57, 2013, pp. 330-345.
- OPPETTI, B., « Le droit international privé, droit savant », *R.C.A.D.I.*, 1992, t. III, pp. 331 et s.
- REVILLARD, M., *Droit international privé et pratique communautaire : pratique notariale*, 2006, Defresnois, 156, n°293.
- RIGAUX, F. et FALLON, M., *Droit international privé*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 211-212.
- RIGAUX, F., « Cent cinquante ans de droit international privé belge », *les grands arrêts de la jurisprudence belge – Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 58.
- ROSSOUX, H., « b) Quant au fond », *Rép. not.*, Tome XVIII, Droit international privé, livre 3, D.I.P. – Successions internationales, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 66.
- THURILLET-BERSOLLE, A., « Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement », Thèse Dijon 2011.
- Union Internationale du Notariat Latin, « World map of matrimonial property regimes », *Notarius International*, Deutsches Notarinstitut, Würzburg (Germany), vol 10, 1-2/2005, p. 144.

- VAN BOXSTAEL, J.-L., « Droit comparé et droit international privé: Régimes matrimoniaux en Europe », *Revue du Notariat belge*, 2014, pp. 686-687.

- VAN BOXSTAEL, J.-L., « Droit notarial international », Université Catholique de Louvain, Faculté de droit et de criminologie, Master de spécialisation en notariat, 2014, pp. 78-205.

- VAN BOXSTAEL, J.-L., *Code DIP, Premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 1-274.

- VAN BOXSTAEL, J.-L., « Le Régime matrimonial dans l'espace-temps: Brève excursion à travers les planètes », *Revue du Notariat belge*, 2006, pp. 310- 336.

- VAN BOXSTAEL, J.-L., « Le Notaire, l'Europe et le droit international privé. Yes, We can », *Revue du Notariat belge*, 2011, pp. 799- 814.

- WAUTELET, P., « Autonomie de la volonté et concurrence réglementaire, le cas des relations familiales internationales », *Vers un statut européen de la famille ?*, Liège (ULG), Lextenso, 2014.
- WAUTELET, P., « L'ingénierie patrimoniale dans les relations franco-belges : perspectives de droit international privé belge », *Questions particulières dans un contexte franco-belge*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 15-331.

- WAUTELET, P., « Notes de cours de droit international notarial », Université de Liège, année académique 2008-2009, pp. 15-17.

- WAUTELET, P., « Le Code de droit international privé ou l'avènement d'un droit privé 'flexible ' », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, De Boeck & Larcier, 2006, pp. 347-364.

b) Documents divers

- « Document de travail du 16 mars 2011 des services de la Commission Synthèse de l'analyse d'impact, relatif aux propositions de règlement relatif aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », SEC (2011) 328 final.

- Conseil des Notariats de l'Union Européenne, « Prise de position relative aux propositions de règlements sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », disponible sur <http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2012/PP-CNUE-REG-MAT-final-21-9-12-FR.pdf> (1 mai 2015).

c) Sites internet

- X., « L'authentification des actes », disponible sur <http://www.notaire.be/notaire/les-actes-notaries/le-notaire-authentifie-les-actes> (22 avril 2015).

- X., « Le régime légal de communauté », disponible sur <http://www.notaire.be/se-marier-vivre-ensemble/le-mariage/le-regime-legal-de-communaute> (1 mai 2015).

- X., « Acquisition en personne physique », *Acheter, vendre ou donner un immeuble*, disponible sur http://www.indicator.be/upload/WAAVDIBK_sample.pdf (4 mai 2015), p. 16.

- X., « Services consulaires : se marier en Espagne », disponible sur http://www.diplomatie.be/madridfr/default.asp?ACT=5&content=44&id=23&mnu=23#_3._L%C3%A9galisation_des (7 mai 2015).

JURISPRUDENCE

- Cass., 10 avril 1980, *Pas.*, 1980, p. 968.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

