

Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux
(Entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux) (1)

Georges A. L. Droz, Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé

I. Introduction.

1. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux est entrée en vigueur pour la France, le Luxembourg et les Pays-Bas le 1^{er} septembre 1992, modifiant considérablement le droit positif français en la matière (2).

Ce droit positif ne perd pas complètement d'intérêt car il devra encore être appliqué à une grande catégorie d'époux, ainsi qu'on le verra plus loin, et il est bien résumé dans un arrêt de la Cour de Paris du 31 octobre 1991 (3), qui déclare que « selon la règle française de conflit de lois, la loi applicable au régime matrimonial est celle choisie par les époux qui, à défaut de manifestation expresse de volonté, sont présumés avoir soumis leurs relations pécuniaires à la loi de leur premier domicile conjugal, régime qui est insusceptible d'être modifié, sauf par application du droit déclaré compétent ou par l'effet de circonstances exceptionnelles, telle l'acquisition du statut de réfugié, et qui présentent un caractère d'unicité excluant le renvoi à des lois différentes selon la nature du bien ».

Les règles françaises résultaient d'une évolution qui s'est fait depuis l'ancien droit au prix de centaines de décisions en jurisprudence et d'une littérature pléthorique en doctrine. Malgré tout, la pratique et les notaires en particulier s'étaient accoutumés à jouer avec les règles jurisprudentielles bien que, pour découvrir la volonté implicite des époux, il fallût parfois jouer du don de voyance.

2. En droit international privé comparé, les solutions françaises étaient isolées en ce qui concerne les facteurs de rattachement, le recours à la volonté tacite des époux étant fort peu pratiqué, mais elles se rangeaient au contraire dans le camp important des systèmes qui accordent au rattachement un caractère indivisible et permanent (4). Le caractère unitaire et indivisible du rattachement aurait dû logiquement avoir pour corollaire, en cas de conflit positif de rattachements, une sanction de la règle de conflit du for par un prélèvement compensatoire éventuellement pratiqué sur les biens locaux. Mais, en vérité, cette « résistance » au conflit positif de systèmes a été fort peu pratiquée en France où on ne peut guère citer en ce sens que la tentative du Tribunal de grande instance de Lyon dans sa décision du 7 octobre 1971 (5) et l'on pratiquait plutôt « l'ignorance » des conflits positifs en liquidant le régime sans trop se préoccuper des biens, particulièrement des immeubles, situés à l'étranger qui échappaient ainsi à la loi applicable (6).

3. Quant à la permanence du rattachement, elle provoquait des difficultés propres du fait que les époux restaient inexorablement liés, en dépit de leur volonté contraire, à un système juridique avec lequel ils pouvaient avoir perdu tout lien. Ce manque de réalisme juridique était aggravé par le fait que la loi applicable à l'époque du mariage avait souvent changé dans sa teneur interne. C'est pourquoi, plutôt que d'appliquer les règles nouvelles pour les réfugiés, on préférait pétrifier la loi ancienne à la date de la rupture des liens, rendant ainsi la situation juridique encore plus irréaliste.

4. D'autres systèmes admettaient au contraire la scission de la loi applicable au régime entre meubles et immeubles. Enfin, une dernière catégorie de systèmes, qui recouvrait les précédentes, admettait un changement de la loi applicable lorsque la circonstance de rattachement, loi nationale ou loi du domicile, était modifiée. Dans les systèmes qui pratiquent une complète scission spatio-temporelle, comme le système américain, on assiste à un éclatement du patrimoine des époux dont certaines portions, circonscrites dans l'espace ou dans le temps, sont soumises à des lois différentes. Cela ne facilite pas évidemment la gestion du patrimoine familial.

5. La Convention de La Haye a tenté d'établir un compromis aussi bien sur les rattachement que sur leur caractère. Il y est admis, mais de manière « contrôlée », l'autonomie de la volonté des époux, ce qui est une nouveauté tant pour les systèmes qui ignoraient ce rattachement que pour ceux qui accordaient une totale liberté de choix. Sur le plan des rattachements objectifs, elle fait une application balancée de la loi nationale des époux et de la loi de leur résidence habituelle. Par ailleurs, elle assouplit la permanence du rattachement restreignant du même coup sa mutabilité automatique, ce qui provoque un changement pour les uns comme pour les autres.

6. On a reproché à la convention d'être compliquée. Ce ne sont pas les solutions de la convention qui sont compliquées, car prises individuellement elles sont fort simples. Ce sont les situations internationales qui sont complexes, ce qui oblige à une multiplication de règles qui peut surprendre à première vue.

Si l'on avait adopté une règle simple abstraite, automatique au niveau du rattachement objectif, cela aurait satisfait un certain nombre de commentateurs, mais cela n'aurait pas pour autant éliminé les situations complexes qui n'auraient tout simplement pas trouvé de solution ! Parmi ceux qui critiquent la convention, il y a d'excellents auteurs qui manient avec dextérité, voire brio, tous les mécanismes modernes du droit international privé : renvoi, concordance des solutions, *most significant relationship*, principe de proximité, faveur à l'institution, droit international privé matériel, solutions alternatives, échelle de Kegel, référence à l'ordre juridique compétent et l'on en passe ! Ils n'hésitent point à utiliser ces mécanismes dans leur démonstration des règles de conflit de droit commun. Pourquoi alors taxer de compliquée une convention qui les utilise pourtant avec beaucoup de modération ?

De toute façon, si complexité il y a, les difficultés pratiques s'estompent sur le plan statistique. Lors d'un exercice que nous avons mené en répertoriant des centaines de cas étudiés en plus de 35 ans pour le *Journal des Notaires* et pour les CRIDON, nous nous sommes rendu compte que dans l'immense majorité des cas, à l'énoncé de la situation de fait, la convention donnait une réponse immédiate ou permettait, grâce à l'intervention de la volonté des époux, d'arriver à une solution satisfaisante. Reste une poignée de situations délicates mais l'incertitude des solutions n'est pas plus grande que si l'on faisait application des anciennes règles.

7. Un dernier point mérite d'être souligné dans cette introduction. La convention, lorsqu'elle désigne la loi applicable, se réfère toujours à la *loi interne* de l'Etat de la résidence, de la nationalité, etc. Le Rapporteur et les commentateurs expliquent que par l'emploi de ce terme on a voulu exclure le mécanisme du renvoi, comme le font d'ailleurs traditionnellement les Conventions de La Haye. Cela est certes vrai, mais nous sommes aujourd'hui tentés de voir cette formulation d'un oeil neuf 📖(7). Ce que fait la Convention c'est en fait rechercher pour les différentes situations internationales auxquelles les époux sont confrontés, la loi qui sera la plus appropriée pour régler matériellement leurs relations pécuniaires. Ce travail effectué et la loi matérielle déterminée, il faut s'arrêter là, car ce serait contraire à l'esprit de la convention qu'après avoir donné une solution concrète aux diverses situations, on accepte que l'analyse soit remise en cause par une règle de conflit étrangère fondée sur des critères abstraits et rigides qui pourrait mener à l'application d'une loi n'ayant pas, dans le cas d'espèce, de lien sérieux et raisonnable avec les époux.

A. - Domaine matériel.

8. La convention ne se préoccupe que de déterminer la loi applicable aux régimes matrimoniaux et ne touche pas les conflits de juridictions en la matière. Comme les Conventions de Bruxelles, de Lugano et de San Sebastian excluent de leur champ d'application les régimes matrimoniaux, cette matière ressortira au droit commun tant sur le plan de la compétence internationale que sur celui de l'exécution des décisions.

9. Selon la tradition suivie dans les Conventions de La Haye on s'est abstenu de définir ce qu'on entendait par « régimes matrimoniaux », expression rendue en anglais par « *matrimonial property régimes* », néologisme créé pour la circonstance. Toutefois tout le monde comprend qu'il s'agit là des règles relatives à l'organisation de relations pécuniaires entre époux. Il y a des systèmes juridiques, par exemple le système islamique, qui ignorent la notion même de régime matrimonial, le mariage n'influant en rien sur les droits patrimoniaux des personnes qui se sont mariées. Cette absence d'organisation qui se traduit en fait par une séparation absolue des biens n'en constitue pas moins un système de relations pécuniaires entre époux, donc un régime matrimonial tombant dans le domaine de la convention.

10. Bien qu'elle ne définisse pas la notion de régime matrimonial, la convention en précise les contours de manière négative en excluant expressément de son champ d'application les obligations alimentaires entre époux, les droits successoraux du conjoint survivant et la capacité des époux (article premier, alinéa 2, chiffres 1 à 3).

On n'insistera pas sur les obligations alimentaires entre époux, qui entrent d'ailleurs dans le cadre tant des Conventions de Bruxelles, de Lugano et de San Sebastian que des Conventions de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en cette matière⁽⁸⁾. Pour ce qui est de la capacité des époux, il résulte de l'exclusion que l'incapacité générale de la femme mariée, de plus en plus rare en droit comparé, ainsi que l'incapacité velléienne plus restreinte, resteront soumises aux règles de conflit de droit commun qui rattachent cette matière à la loi applicable aux effets personnels du mariage. Quant à la capacité de passer un contrat de mariage ou de désigner la loi applicable au régime matrimonial, elle dépendra de la loi personnelle de chacun des époux.

11. L'exclusion du domaine de la convention des droits successoraux du conjoint survivant allait de soi. Le droit international privé comparé reconnaît l'impossibilité de faire coïncider de manière absolue ces deux lois, puisqu'elles sont déterminées par des facteurs de rattachement qui peuvent varier à la fois dans l'espace et dans le temps. Mais l'exclusion des droits successoraux du conjoint survivant ne résout pas les problèmes de répartitions entre loi applicable au régime et loi applicable à la succession. On sait que c'est la fameuse affaire de la « quarte du conjoint pauvre » qui incita Bartin à raisonner sur les conflits de qualifications. Le problème était de savoir si cette institution était un droit successoral du conjoint survivant ou un droit tiré du régime matrimonial. Il en allait de même au début du siècle de certains douaires subsistant en droit américain. On sait qu'aujourd'hui l'un des plus redoutables problèmes de répartition entre la loi de la succession et du régime matrimonial, est celui qui a été créé par la législation allemande dans le cadre du régime légal de la communauté différée des augmentations. En cas de décès d'un époux, le conjoint survivant reçoit le quart de la succession de son conjoint à titre de péréquation forfaitaire des augmentations. En France, on aura tendance à classer cette péréquation forfaitaire dans le domaine de la loi successorale, alors qu'en Allemagne il semble qu'aujourd'hui on en fasse une question de régime matrimonial⁽⁹⁾.

12. Reste également entier le problème de savoir si certaines institutions constituant ce qu'on appelle le régime primaire ressortissent à la loi applicable au régime matrimonial ou au contraire bénéficient d'un rattachement autonome. Il s'agit en droit français des dispositions des articles 212 et suivants du code civil, mais ce type de règles se retrouve dans de nombreuses législations modernes. La doctrine dominante insistait sur le caractère composite de ces règles estimant qu'il fallait renoncer à considérer le régime primaire comme un ensemble indissociable et qu'il convenait de rechercher le rattachement de chacune des mesures qu'il contient⁽¹⁰⁾. Mais la première Chambre civile de la Cour de cassation, prenant

de court les auteurs, a décidé dans son arrêt du 20 octobre 1987 que les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux énoncés par les articles 212 et suivants du code civil sont d'application territoriale (11). Cela signifie que s'agissant par exemple de contribution aux charges du mariage ou de la disponibilité de l'immeuble du domicile conjugal, on demandera la réponse à la loi du domicile des époux, même s'ils sont soumis à une autre loi pour ce qui concerne leur régime matrimonial.

13. Aux Pays-Bas, la loi portant approbation de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (publiée au *Staatsblad* 1991, p. 627) approuve expressément dans son article 4 que lors de la ratification de la convention, les Pays-Bas fassent la déclaration suivante : « Selon le droit néerlandais, les articles 85, paragraphe 1, 86, 88 et 89 du livre I du Code civil ne relèvent pas du régime matrimonial au sens de la convention ». Les articles cités ont trait aux charges du mariage, à la liberté de disposer du logement familial, à l'exigence du consentement des deux époux pour certains contrats (donation, contrat de vente à tempérament) autant de questions formant bien un régime primaire.

B. - Domaine spatial.

14. Le mécanisme conventionnel n'est pas réduit aux relations entre Etats contractants. Conformément à la tendance suivie à La Haye depuis 1951 en matière de conflits de lois, la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux a un caractère universaliste. Selon son article 2, la convention s'applique même si la nationalité ou la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des articles ci-dessous ne sont pas celles d'un Etat contractant.

Depuis le 1^{er} septembre 1992, les règles de conflit uniformes contenues dans la convention ont remplacé les règles de conflit de droit commun applicable en France en la matière, sous réserve de ce qu'on dira à propos du droit transitoire.

Si la ratification néerlandaise était tant attendue, ce n'était pas parce qu'elle permettait de régler un contentieux important dans les relations franco-néerlandaises, mais parce qu'elle allait entraîner en France l'application de nouvelles règles de conflit dans des cas d'extranéité mettant en jeu d'autres Etats dont les nationaux immigreront volontiers en France, Italie, Espagne, Portugal et bien entendu pays d'outre Méditerranée.

15. Le fait que la règle conventionnelle remplace la règle nationale ordinaire de conflit explique la règle d'apparence laxiste figurant dans l'article 20 selon lequel la convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente convention. En effet, de même que des conventions bilatérales, comme la Convention franco-polonaise du 5 avril 1967 (12) ou la Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971 (13) ont pu modifier le droit commun français, de même pareilles conventions ont pu ou pourront modifier le nouveau « droit commun » issue de la Convention de La Haye.

Le fait que les nouvelles règles de rattachement puissent conduire à l'application d'un Etat à système non unifié explique que les dispositions détaillées que l'on étudiera plus loin ont un intérêt immédiat, alors qu'il est peu probable que de tels Etats ratifient la convention dans un avenir rapproché.

C. - Domaine temporel.

16. La convention a pris des dispositions précises en ce qui concerne son domaine d'application dans le temps. L'expérience du fonctionnement des Conventions de La Haye a démontré que l'absence de dispositions de ce type était souvent source de difficultés. En effet, le problème des effets d'une nouvelle règle de conflit se renouvelle chaque fois qu'un nouvel Etat ratifie ou adhère au Traité. Si l'on a choisi de traiter ce problème en exergue et non pas, comme le font la plupart des auteurs, en conclusion de l'étude, c'est qu'il convient d'attirer immédiatement et fortement l'attention des lecteurs praticiens sur le fait que les règles qui vont être étudiées ne s'appliquent automatiquement qu'à une certaine catégorie de conjoints

pour l'instant fort limitée, alors que les règles du droit commun antérieures avec leur incertitude et leur finesse, restent applicables à une immense majorité d'époux. Pendant longtemps, les praticiens et les juges devront jouer avec les deux catégories de règles qui coexisteront et il n'est pas inutile de souligner que les nombreuses études doctrinales parues en matière de régime matrimoniaux depuis une trentaine d'années conserveront encore longtemps leur valeur pour guider et orienter ceux qui auront à faire application des règles « anciennes ».

17. L'article 21 décide que la convention ne s'applique, dans chaque Etat contractant, qu'aux époux qui ne sont mariés ou qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour cet Etat. L'idée que les règles nouvelles de conflit ne peuvent s'appliquer qu'aux mariages conclus depuis leur entrée en vigueur répond à un souci d'équité. Les époux qui se savaient soumis dans un pays à un régime de communauté prévu par une certaine loi selon la règle de conflit du pays, ne doivent pas pouvoir être brutalement considérés comme soumis *ab initio* à un régime de séparation de biens en vertu d'une loi applicable déterminée par les règles nouvelles. Ne sont donc soumis à l'ensemble des règles conventionnelles que les époux mariés depuis le 1^{er} septembre 1992. Les époux mariés le 31 août resteront soumis, comme on l'a dit, aux règles antérieures qui poursuivront donc vraisemblablement leurs effets jusque vers la seconde moitié de l'an 2000.

18. Il n'en reste pas moins que les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992 doivent pouvoir immédiatement bénéficier de l'un des progrès essentiels qu'apporte la convention, à savoir la faculté offerte aux époux de soumettre au cours du mariage leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable. En France, la pratique notariale a vivement ressenti le besoin de permettre à des époux jusque là irrémédiablement liés à un système juridique avec lequel ils pouvaient n'avoir plus de contacts réels, de changer la loi applicable et particulièrement d'adopter celle de leur nouveau domicile matrimonial et il est probable que la possibilité qui vient de leur être offerte sera très largement utilisée.

L'article 21, l'alinéa 2, prévoit la faculté pour un Etat contractant d'étendre par déclaration l'application de la convention à d'autres époux. En clair, cela signifie qu'un Etat pourrait soumettre impérativement à l'ensemble de la convention des époux mariés avant l'entrée en vigueur du Traité, et cela malgré les risques relevés d'iniquité. Heureusement, ni la France, ni les Pays-Bas, ni le Luxembourg n'ont utilisé une telle faculté et l'on s'en félicitera.

III. Détermination de la loi applicable au régime matrimonial au moment du mariage.

A. - Désignation de la loi applicable par les époux.

19. Le fait de permettre aux époux de désigner la loi applicable à leur régime matrimonial ne constitue pas une nouveauté pour les trois Etats qui ont en premier ratifié la convention. Le droit français était tout entier fondé sur l'autonomie de la volonté, qu'elle soit expresse ou tacite, le droit néerlandais a basculé dans le camp de l'autonomie depuis l'arrêt *Chelouche c. van Leer* (14) et le Luxembourg avait tendance à suivre le système français (15).

Alors qu'en droit français et luxembourgeois l'autonomie des époux était totale, il n'en va plus de même dans la convention (16). Par ailleurs, alors que les systèmes français, luxembourgeois et néerlandais comme d'ailleurs maints autres systèmes européens, admettaient l'indivisibilité du régime matrimonial et donnaient au rattachement un caractère unitaire, il n'en va plus de même dans la convention qui admet d'importantes exceptions en faveur de la scission se rapprochant ainsi des systèmes de *common law* (17).

a) Autonomie limitée de la volonté.

20. Selon l'article 3,

le régime matrimonial est soumis à la loi interne désignée par les époux avant le mariage.

Mais il est immédiatement précisé que les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes :

1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ;
3. la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

De cette énumération on peut tirer que si l'autonomie est limitée, elle est néanmoins bien orientée. Il est tout naturel que les époux puissent désigner la loi nationale de l'un d'eux, voire l'une des lois nationales de l'un d'eux s'il a plusieurs nationalités. Comme on change plus facilement de résidence habituelle que de nationalité, la loi nationale peut servir d'ancrage pour des époux appelés à se déplacer fréquemment au cours de la vie professionnelle, ce qui est le cas de nombreux cadres de sociétés multinationales. En fait, dans la pratique, les époux choisiront souvent leur loi nationale commune. Certes, il y aura des cas exceptionnels où la nationalité prise en compte ayant été perdue la loi du régime n'aura plus de rattachement réel. Mais pourquoi s'en inquiéter si elle satisfait les époux qui de toute façon auront la possibilité de réajuster la loi applicable à leur nouvelle situation personnelle. Qu'on ne dise pas que permettre de choisir la loi nationale d'un époux incitera le futur mari à faire pression sur sa femme pour qu'elle se rallie à son choix. Il est passé de mode de considérer que la femme subit toujours l'ascendant du mari et, d'autre part, il n'est pas du tout certain que la loi du mari soit contraire aux intérêts de la femme (18).

21. Le choix de la loi de l'Etat sur lequel un époux a déjà sa résidence habituelle correspond à une pratique encore plus répandue, car en fait c'est généralement dans cet Etat que les époux établiront la résidence habituelle commune qui, sous l'ancienne règle de conflit française, rendait compte le plus souvent de la volonté « implicite » des époux.

22. Enfin, la loi du premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage a été retenue pour permettre à des futurs conjoints de choisir d'ores et déjà la loi du pays dans lequel ils comptent s'établir. Il est normal qu'avant de se marier les futurs époux fassent des projets d'avenir parmi lesquels celui de s'établir à l'étranger pour y trouver du travail. Combien de couples parmi les 846 000 Portugais résidant en France ont en fait l'expérience ! Il est non moins naturel que le mari s'installe seul après le mariage dans le pays d'accueil pour y préparer pendant quelques mois, voire quelques années, l'installation du domicile familial. Le choix de l'Etat en question n'est donc pas du tout arbitraire et devait être retenu par la convention. Bien entendu, si les futurs époux ont choisi la loi française, mais que finalement le mari ou les époux s'installent en Belgique, on posera qu'il n'y a pas eu désignation valable de la loi applicable et l'on en reviendra au rattachement objectif. Les facteurs de rattachement étudiés ont été retenus par la convention, car ils présentent des liens raisonnables avec la situation personnelle des époux. Mais la convention a tenu compte d'un cas où le régime matrimonial avait des liens raisonnables non pas avec la situation personnelle des époux, mais avec la situation de leurs biens.

b) Abandon partiel de l'indivisibilité du régime matrimonial.

23. L'article 3, alinéa 3, pose le principe de l'indivisibilité du régime : la loi désignée s'applique à l'ensemble de leurs biens mais la règle est immédiatement corrigée par l'alinéa 4 selon lequel toutefois, que les époux aient ou non procédé à la désignation prévue par les alinéas précédents, ils peuvent désigner en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

On voit qu'une large exception a été admise pour tenir compte de la pratique des pays de *common law* : si la loi désignée s'applique bien à l'ensemble des biens mobiliers des époux, ceux-ci peuvent créer une scission de leur régime matrimonial en soumettant les divers immeubles qu'ils peuvent posséder en pays étranger aux diverses lois réelles. La règle est sage si l'on veut bien tenir compte de la dimension du droit international privé comparé. De

très nombreux systèmes juridiques rejettent encore toute autonomie de la volonté en matière de régime matrimonial légal. Ils soumettront donc les immeubles situés sur leur territoire à la loi applicable selon les critères objectifs de leur propre règles de conflit. La loi ainsi jugée applicable peut être différente de la loi désignée par les époux. Comment assurer la sanction de la règle de conflit conventionnelle ? Le problème n'est certes pas nouveau ; de nombreuses fois les CRIDON ont été saisis du cas où la loi française était déclarée applicable en tant que loi du domicile matrimonial, alors que des immeubles étaient situés à l'étranger dans un pays appliquant une autre loi au régime.

Faute d'entente entre les ayants-droit, ou bien on ignorait le conflit positif de systèmes et on laissait les intéressés se battre à l'étranger au lieu de situation des biens, ou on tentait de sanctionner la règle de conflit française par des prélèvements compensatoires permettant par l'attribution de biens français d'établir un équilibre rompu à l'étranger. Mais ces prélèvements compensatoires étaient surtout pratiqués à l'amiable grâce à l'intervention des professionnels et avaient trouvé, on l'a vu, fort peu de consécration en jurisprudence.

24. La règle conventionnelle, si elle ne permet pas de sauver toutes les situations, présente au moins des avantages pratiques certains : si des époux ayant la nationalité commune néerlandaise mais vivant en France ont choisi la loi française pour leurs relations pécuniaires alors que l'un d'eux possédait avant le mariage un immeuble en Autriche, la situation semble tout à fait bloquée : la règle de conflit donnant compétence à la loi nationale commune néerlandaise, l'immeuble sera considéré en Autriche comme tombant dans la communauté universelle et ni le droit français du domicile, choisi par les époux (communauté réduite aux acquêts), ni même le droit autrichien (séparation de biens) qu'ils pourraient choisir pour cet immeuble en vertu de la convention, ne seront reconnus applicables en Autriche. En revanche, les époux pourront choisir utilement le régime de la loi réelle lorsque le pays de la situation soumet bien cet immeuble pour une raison quelconque à sa propre loi, ce qui dissuadera les ayants-droits de réclamer des prélèvements compensatoires, par exemple dans le pays du domicile des époux.

25. Notons immédiatement que la règle qui permet une scission en matière immobilière est devenue la règle de droit commun française, luxembourgeoise et néerlandaise. Désormais, dans les trois pays, on admettra l'application de la loi réelle lorsqu'une désignation aura été faite en ce sens par des époux, quelle que soit leur nationalité et quel que soit leur domicile, puisque ces éléments ne sont pas pris en considération pour déclencher l'applicabilité du traité. Ainsi donc, il sera bon de conseiller à des époux domiciliés aux Etats-Unis de désigner expressément la loi française pour leurs immeubles français, de manière à ce que, pratiquement, les règles de conflit française et américaine trouvent en l'espèce une solution identique à propos des biens situés en France.

B. - Rattachements objectifs.

26. Lorsque les époux n'ont pas désigné la loi applicable, celle-ci est déterminée par des rattachements objectifs variant avec les circonstances. La loi ainsi déterminée s'applique à l'ensemble des relations pécuniaires selon le principe d'indivisibilité précédemment étudiée et sous la réserve d'une désignation expresse de la loi réelle en faveur d'immeubles. Le facteur de rattachement retenu en premier lieu est celui de la première résidence habituelle des époux après le mariage, des exceptions sont apportées en faveur de la loi nationale commune des époux, mais des exceptions aux exceptions provoquent dans certains cas un retour à la loi de la résidence habituelle. Enfin, en cas de défaillance complète du facteur de rattachement retenu, il est adopté une règle de circonstance.

a) Le principe : compétence de la loi de la première résidence habituelle des époux.

27. Selon l'article 4, alinéa premier, si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage.

Cette règle traduit en termes de résidence habituelle, notion de fait retenue dans les

Conventions de La Haye, le principe du rattachement à la loi du premier domicile matrimonial connu dans de nombreux systèmes juridiques et particulièrement dans le droit français qui en faisait l'indice principal de la volonté implicite des époux. Bien entendu, la règle soulèvera le problème classique de la preuve de l'établissement de cette première résidence habituelle, mais il s'agit là d'une difficulté qui n'est pas propre à la matière du régime matrimonial. Bien que de nombreuses Conventions de La Haye fassent appel au critère de la résidence habituelle, il n'existe pratiquement aucune jurisprudence illustrant de réelles difficultés soulevées par l'utilisation de cette notion. Dans la pratique notariale, il ne sera pas difficile de mettre en jeu ce facteur de rattachement. Il suffira de rapprocher la date du mariage des innombrables documents administratifs qui s'abattent sur un couple qui s'installe, taxe d'habitation, taxe de télévision, abonnement d'électricité ou téléphone, et évidemment, et pourrait-on dire surtout, enregistrement dans le cadre des assurances sociales dont la trace est aisément retrouvée même 30 ou 40 ans après. Comme le relève le Rapporteur, « il n'est pas nécessaire que les époux prennent immédiatement après le mariage leur résidence habituelle dans le même Etat, au contraire, si, pour des raisons pratiques, les époux maintiennent temporairement la résidence habituelle qu'ils avaient eue avant le mariage et qu'ensuite successivement ils établissent leur résidence habituelle dans un même Etat tiers, l'alinéa premier peut encore s'appliquer » (19). Il en va de même si un époux rejoint au bout d'un laps de temps assez court (sinon on tomberait dans l'exception qu'on va étudier) son conjoint établi dans un autre Etat.

b) Les exceptions : compétence de la loi nationale commune des époux.

28. Ce sont ces exceptions qui ont surtout attiré l'attention des commentateurs et suscité la critique de la complexité du système conventionnel. On verra que le mécanisme est beaucoup moins compliqué qu'on a voulu faire croire.

1. Absence de résidence habituelle commune.

29. L'exception la plus naturelle à la compétence de principe de la loi de la résidence habituelle provient de la défaillance pure et simple du facteur de rattachement : il n'y a pas de résidence habituelle commune après le mariage. Le cas n'est pas rare et des milliers de travailleurs migrants, particulièrement du sud de l'Europe ou d'outre Méditerranée installés dans un pays industrialisé, se marient dans leur pays d'origine à l'occasion de vacances, y laissent leur épouse et reviennent travailler seuls. Les règles qui facilitent le regroupement familial pourront certes réduire les cas de séparation, mais il est très fréquent que le travailleur tienne à ce que sa cellule familiale soit pour un temps installée dans son pays d'origine. Selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 3, le régime matrimonial est alors soumis à la loi interne de l'Etat de la nationalité commune de ces époux. Ce qui est évident dans cette règle, c'est tout naturellement le principe de proximité. Faute de résidence habituelle commune le rattachement le plus proche de la réalité juridique est la nationalité commune de ces époux. Cela d'autant plus que selon l'article 15, alinéa 2, de la convention les dispositions se référant à la nationalité commune ne sont pas applicables lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune. En effet, dans un tel cas, on ne saurait laquelle des lois nationales choisir. On tombe alors dans le cadre de la défaillance totale des facteurs de rattachement étudiés *infra*.

2. Déclaration en faveur de la loi nationale.

30. Cette exception est l'expression d'un compromis « politique » réalisé en faveur des tenants traditionnels de la loi nationale. Des pays pour la plupart européens et de droit civil sont appelés à abandonner, pour l'essentiel, leur rattachement traditionnel (loi nationale commune ou loi du mari) et le caractère permanent et indivisible de ce rattachement. C'est pour rendre la convention plus attrayante qu'un tel compromis a été réalisé. Selon l'article 4, alinéa 2, chiffre 1, les époux sont soumis à la loi interne de l'Etat de leur nationalité commune lorsque la déclaration prévue par l'article 5 a été faite par cet Etat. Cette déclaration a été effectuée par les Pays-Bas lors de leur ratification du traité. Il en résulte que désormais, et sous réserve des exceptions que l'on étudiera, des époux ayant uniquement la nationalité commune néerlandaise et mariés depuis le 1^{er} septembre 1992, seront soumis à la loi néerlandaise et considérés comme soumis au régime légal de communauté universelle,

établiraient-ils en France, ou en tout cas hors des Pays-Bas, leur première résidence habituelle commune. La France et le Luxembourg, pays à rattachement domiciliaire, n'ont évidemment pas fait cette déclaration. On voit qu'en fait de complexité, la situation est plutôt simple. Pour l'instant, seuls les Néerlandais sont concernés à la condition qu'ils n'aient pas d'autre nationalité, élément que le notaire devrait évidemment vérifier.

3. Convergence de systèmes de conflit de lois.

31. La troisième exception, formulée à l'article 4, alinéa 2, chiffre 3, découle de la seconde mais engendre des situations plus complexes.

La loi nationale commune des époux sera appliquée lorsque l'Etat de leur nationalité n'est pas partie à la convention, mais que sa loi interne est applicable selon son droit international privé, et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage dans un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue par l'article 5 (les Pays-Bas) ou dans un Etat qui n'est pas partie à la convention mais dont le droit international privé prescrit également l'application de la loi nationale des époux.

32. Il est fait échec à l'application à la loi de la résidence lorsque les systèmes les plus directement liés aux époux convergent dans leur solution. Ce n'est là rien d'autre qu'une application du système du renvoi au second degré et une illustration de l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, appelée aussi « Convention-renvoi » ou « Convention-Meijers », du nom de son promoteur, et qui n'est jamais entrée en vigueur. L'Italie n'est pas Partie à la convention. Des époux italiens s'établissent aux Pays-Bas, pays qui a fait connaître ses préférences en faveur de la loi nationale. On appliquera en France le droit italien à ces époux. Il n'y a rien d'étrange à cela, en effet en l'espèce la France aussi bien que le Luxembourg ne seront intéressés au régime de ces époux qu'accidentellement, par exemple à raison de la situation de certains biens sur leur territoire. Plutôt que de morceler le régime, il vaut mieux se rallier aux conceptions des Etats les plus directement intéressés à l'affaire.

33. Ce qui était bon pour le cas où un Etat contractant fait la déclaration l'est tout autant, sur le plan logique, lorsque sont seuls en cause des Etats non parties à la convention qui tous deux soumettent le régime matrimonial à la loi nationale commune des époux. Mais dans ce dernier cas, on est confronté à une difficulté technique qui peut inquiéter la pratique notariale. Comment savoir qu'un Etat non partie à la convention suit ou non le rattachement à la nationalité commune en matière de régime matrimonial ?

Répondre à cette question n'est ni plus difficile ni plus compliqué que de déterminer les Etats qui appliquent la nationalité commune des époux en matière d'effets personnels du mariage et cela en vue éventuellement de l'acceptation d'un renvoi dans le cadre des règles générales de conflit françaises. Ce qu'on accepte dans le cadre du mécanisme de droit commun français pourquoi le trouver plus indigeste dans le cadre d'une convention internationale ?

34. Certes, il conviendrait que les professions directement intéressées au jeu de la convention puissent être informées le plus largement et le plus complètement possible afin d'être en mesure de conseiller utilement leurs clients. Conscient de ces difficultés qui pourraient affecter le mécanisme conventionnel, le Bureau Permanent de la Conférence, en rapport notamment avec les CRIDON français, et l'*Internationaal Juridisch Instituut* de La Haye, a établi une liste, certainement non exhaustive, et sujette à révision au fur et à mesure des changements législatifs, des pays soumettant le régime matrimonial à la loi nationale des époux. Il serait très souhaitable qu'après vérification et contrôle une telle liste soit diffusée en France auprès des praticiens par leur organisation professionnelle. Prenant les devants, le Gouvernement néerlandais a publié cette liste dans le livret d'information sur la convention qui est mis à la disposition de tous les étrangers candidats au mariage dans toutes les mairies des Pays-Bas (20).

Rappelons que si, lors de l'élaboration de la convention il y a plus de 15 ans, le mécanisme fondé sur la convergence des solutions a pu surprendre, il n'en va plus du tout de même

aujourd'hui puisque l'on sait que la récente convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort du 1^{er} août 1989 reprend et amplifie le système dans son article 4, alinéa premier (21).

c) Les exceptions aux exceptions : le retour à la loi de la résidence habituelle.

35. Les exceptions à l'application de la loi de la résidence habituelle en faveur de l'application de la loi nationale commune ont été limitées dès que l'application de cette loi nationale risquait de contredire la réalité de certains faits et, en quelque sorte, de s'opposer au principe de proximité. Il n'y a là rien d'extravagant.

On a vu plus haut que les dispositions se référant à la nationalité commune ne sont pas applicables lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune. Il en résulte que des Néerlandais qui ont également la nationalité allemande ou danoise ne pourront pas bénéficier de la déclaration faite en faveur de la loi nationale par les Pays-Bas. Le compromis politique en faveur de la loi nationale se comprenait dès l'instant que la déclaration n'intéressait que des Néerlandais. Mais pourquoi désormais donner en France effet à cette déclaration alors que les Allemands prétendent, eux aussi, appliquer la loi allemande à ces nationaux allemands ou que le Danemark prétend quant à lui appliquer à ces Danois la loi de leur domicile. Dès l'instant que les époux ont plus d'une nationalité, le rattachement à la loi nationale perd le plus clair de son intérêt dans le cadre du principe de proximité et il faut s'en tenir à la résidence habituelle.

36. Supposons maintenant que des Néerlandais fussent déjà établis depuis longtemps et de manière stable en France (dont le système juridique n'est pas en faveur de la loi nationale) puis qu'ils s'y marient. Leur intégration dans un milieu juridique local partisan de la loi de la résidence justifie que celle-ci conserve sa prééminence malgré la déclaration faite en faveur de la loi nationale par les Pays-Bas. Par contre, si ces Néerlandais étaient installés en Allemagne depuis dix ans avant qu'ils ne se marient, on comprend que la déclaration néerlandaise conserve toute sa force, puisque les époux sont intégrés à un pays, l'Allemagne, qui soumet leur régime matrimonial à la loi nationale commune. C'est ce qui explique la teneur, d'apparence complexe mais simple de mise en oeuvre, de l'article 5, alinéa 2, selon lequel la déclaration d'un Etat contractant en faveur de sa loi nationale n'aura pas d'effet pour des époux qui conservent tous deux leur résidence habituelle sur le territoire d'un Etat où, au moment du mariage, l'un et l'autre avaient leur résidence habituelle depuis cinq ans au moins, sauf si cet Etat est un Etat contractant ayant lui-même fait la déclaration ou un Etat non partie à la convention et dont le droit international privé prescrit l'application de la loi nationale. On remarquera que lorsque joue l'exception à l'exception, c'est-à-dire lors que l'on applique la loi de la résidence habituelle, française dans l'exemple choisi, cette loi sera appliquée même aux Pays-Bas malgré la déclaration en faveur de la loi nationale.

37. Il découle de l'esprit de l'article 5, alinéa 2, que la résidence de cinq ans dans un même pays à prendre en considération pour faire échec à l'application de la loi nationale commune, peut avoir commencé avant l'entrée en vigueur de la convention alors que le mariage a été célébré après. C'est ainsi que tous les Néerlandais domiciliés en France, au Danemark, au Luxembourg depuis plus de cinq ans et qui se marient aujourd'hui resteront soumis à la loi de la résidence habituelle et la déclaration néerlandaise n'aura pas d'effet à leur égard.

d) Défaillance complète des rattachements retenus.

38. Lorsque les époux ont des nationalités et des résidences habituelles communes différentes, aucun des rattachements retenus ne peut être pris en compte. Il y a défaillance complète du facteur de rattachement et il convient de procéder à une recherche de la loi la plus appropriée. C'est ce que prévoit l'article 4, alinéa 4, qui dans un tel cas déclare que le régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'Etat avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les liens les plus étroits. On retrouve ici une formule qui a fait florès dans des Conventions de La Haye plus récentes, ainsi que dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. En France, plutôt que de recourir à la boule de cristal ainsi que cela se faisait relativement couramment dans l'ancien système, les notaires

orienteront plutôt les parties vers le juge dans le cadre d'une action déclaratoire en détermination de la loi applicable au régime matrimonial (22).

IV. Changement de la loi applicable au cours du mariage

39. Dans beaucoup de systèmes juridiques, y compris en droit commun français, le rattachement du régime matrimonial à la loi applicable au jour du mariage a un caractère permanent et cela bien qu'en droit comparé interne le principe d'immutabilité du régime matrimonial perde de plus en plus de son importance (23).

En droit français, la permanence du rattachement résultait du fait que celui-ci était déterminé par la volonté implicite des époux au moment du mariage et que donc un changement ultérieur de domicile ou de nationalité ne pouvait influencer sur ce facteur, même si le domicile et parfois la nationalité avaient pu être pris en considération pour découvrir cette volonté implicite. Bien plus, ce que la volonté des époux avait pu faire au jour du mariage, déterminer la loi applicable, elle ne pouvait plus le défaire par la suite. Les difficultés provoquées par la permanence du rattachement sont bien connues. On a été très vite confronté en France au fait que la loi déterminée au jour du mariage avait changé dans sa teneur matérielle. Ce fut notamment le cas de toutes les législations des pays socialistes qui abandonnèrent leur ancien droit pour adopter un régime, souvent impératif, de communauté d'acquêts, prenant pour modèle le code de la famille soviétique. Des époux mariés sous la loi d'un de ces pays et qui étaient depuis longtemps installés en France, voyaient leur régime matrimonial changé par l'effet de la législation nouvelle d'un pays avec laquelle ils n'avaient plus guère de liens. L'application de la loi nouvelle a semblé excessive pour les réfugiés qui avaient marqué, en prenant ce statut, leur désir de rompre tous liens avec le pays d'origine. Mais plutôt que d'admettre une mutabilité, on a préféré pétrifier la loi applicable dans sa teneur ancienne à la date à laquelle les liens avaient été rompus (24).

40. Les auteurs de la convention sensibles à ces difficultés ont estimé que, puisque les époux avaient le droit de désigner la loi applicable au jour du mariage, ils devaient également avoir le droit de désigner une nouvelle loi applicable au cours de l'union pour l'adapter aux circonstances de leur situation personnelle. Ils ont aussi admis certains cas de mutabilité automatique du régime matrimonial, mais en partant d'idées différentes : faire coïncider la situation juridique des époux à la réalité du moment, assurer le principe de proximité et aussi faire un geste en faveur des systèmes de *common law* qui admettraient largement la mutabilité automatique de la loi applicable.

A. - La mutabilité volontaire.

41. Selon l'article 6, les époux peuvent au cours du mariage soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable.

Ce principe posé, la convention fixe une limite au choix des époux et fixe également la portée de la désignation de la nouvelle loi applicable.

a) Lois susceptibles d'être choisies.

42. Partant du même esprit que celui qui était exprimé dans l'article 3, l'article 6 prévoit que les époux ne peuvent désigner qu'une des lois suivantes :

1. la loi d'un Etat dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ;
2. la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation.

De nouveau, le choix est limité à des lois qui ont un lien concret avec les époux : des époux mariés sans contrat sont soumis à la loi du pays étranger dans lequel ils ont fixé leur résidence habituelle après le mariage. Sans abandonner cette résidence habituelle, ils peuvent

au bout de quelques années et si tel est leur intérêt choisir d'être soumis à la loi nationale du mari ou de la femme. Un tel choix peut avoir de multiples justifications, et on soulignera particulièrement l'intérêt de faire éventuellement coïncider la loi du régime matrimonial avec la loi successorale si le pays de la nationalité suit le principe de l'application de la loi nationale à la succession.

De même, des époux soumis à une loi étrangère, soit en raison de leur résidence habituelle ou de leur loi nationale, pourront choisir d'être soumis à la loi de leur nouvelle résidence habituelle pour faire coïncider la loi applicable à la localisation des intérêts pécuniaires du ménage.

b) Portée de la désignation de la nouvelle loi applicable.

43. Selon l'article 6, alinéas 3 et 4, la loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble des biens des époux sous réserve du droit qu'ils ont de désigner en ce qui concerne les immeubles la loi du lieu de la situation. On retrouve comme au moment du mariage le principe d'indivisibilité et son exception en matière immobilière.

Toutefois, la mention dans l'article 6 que la loi désignée s'applique à l'ensemble des biens des époux prend une portée particulière.

44. Cela signifie que la loi nouvelle, donc le régime matrimonial légal qu'elle institue, s'applique aux biens qu'ils possédaient antérieurement et qui avaient été soumis à une loi différente connaissant, vraisemblablement, un régime légal différent. Le fait que la loi nouvelle s'applique rétroactivement à la date du mariage est mis en lumière par l'article 8, relatif à la mutabilité automatique, qui prévoit que le changement de la loi applicable dans ce dernier cas n'a d'effet que pour l'avenir et que les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.

Selon le Rapporteur, « puisque les époux prennent le soin de désigner une nouvelle loi, on en conclut qu'ils ont voulu mettre fin au régime antérieurement applicable. Ils peuvent soit liquider ce régime, solution la plus satisfaisante, soit accepter que leurs relations pécuniaires soient régies par la nouvelle loi à partir du moment du mariage ». Et le Rapporteur de rappeler qu'une proposition tendant à permettre de ne soumettre à la nouvelle loi que les biens futurs a été rejetée à une faible majorité par la Conférence  (25). Lors des débats, un certain nombre de délégations, y compris la délégation française, ont craint un dépeçage excessif de la loi applicable au régime matrimonial, les époux pouvant, par exemple, soumettre leurs relations pécuniaires à trois lois applicables pour des biens acquis pendant des périodes différentes et en plus, choisir d'autres lois pour des immeubles situés dans d'autres pays !

45. A vrai dire, la solution retenue de la rétroactivité obligatoire de la désignation paraît un peu trop radicale. Il n'est pas grave de passer d'un régime légal de séparation à un régime légal de communauté d'acquêts (le plus répandu en droit comparé) et cela rétroactivement. En effet, en désignant la loi applicable nouvelle qui connaît ce régime communautaire, les époux acceptent du seul fait de leur désignation une opération très simple : tout ce qu'ils ont acquis conjointement ou séparément depuis le mariage est désormais commun. Il en va différemment lorsque les époux, mariés sous un régime légal de communauté qui peut être fort étendu, comme la communauté universelle néerlandaise, décident d'adopter une loi dont le régime légal est la séparation de biens. La rétroactivité a pour effet que le sort des biens dépendra du fait que durant le mariage ils ont été acquis par un époux seul ou conjointement. On pourra dire qu'après tout, il appartient aux époux de mesurer la portée pratique du changement de loi applicable avant de le réaliser. Mais puisqu'on leur demande justement de ne se prononcer qu'en connaissance de cause, pourquoi ne pas leur permettre d'organiser eux-mêmes l'évolution qui se fait dans leurs relations pécuniaires ? On vient d'ailleurs de voir que le Rapporteur estime que les époux peuvent liquider le régime ancien « solution la plus satisfaisante » pour être ensuite soumis à la loi nouvelle. Permettre de liquider le régime ancien pour les biens antérieurement possédés, n'est-ce pas déjà faire échec au principe d'une rétroactivité absolue ? Supposons qu'un immeuble ait été acquis par le mari seul

pendant le mariage dans le cadre d'un régime de communauté d'acquêts et que le régime légal nouveau soit celui de la séparation : avec la rétroactivité ce bien est un propre du mari. Permettre aux époux, par accord de liquidation amiable, d'estimer que désormais dans le cadre du régime de séparation de la loi nouvelle ils sont conjointement propriétaires du bien, c'est en fait maintenir en grande partie le régime ancien pour ce bien. Si cela est admis, comme nous le souhaitons, une interprétation souple de la Convention devrait permettre d'aller plus loin et de laisser aux époux, assistés de leur conseil, la liberté d'organiser leurs relations pécuniaires par phases successives (26).

46. Il convient maintenant d'aborder un certain nombre de problèmes qui intéressent encore plus directement les notaires.

En droit comparé interne, on constate des différences importantes dans la liberté qui est donnée aux époux de modifier leur régime matrimonial au cours du mariage. Certains systèmes connaissent encore l'immutabilité du régime soit qu'ils n'autorisent les époux à ne conclure de conventions uniquement qu'avant le mariage (pays d'Amérique latine, Portugal), soit qu'ils imposent aux époux un régime légal obligatoire (certains pays d'Amérique latine, certains pays socialistes) (27). En France, mais aussi en Grèce, en Israël, aux Pays-Bas, en Turquie, etc. un changement de régime matrimonial est permis mais soumis à homologation judiciaire. Enfin, dans d'autres pays et spécialement en Allemagne, Suisse ou Italie, un changement de régime est libre et il n'y a pas besoin d'intervention judiciaire.

47. La possibilité de désignation d'une nouvelle loi applicable permettra dans certains cas aux époux d'esquiver les formalités d'homologation. Supposons un couple franco-néerlandais soumis à la loi française en raison de l'installation de leur première résidence habituelle. Ils n'ont pas fait de contrat de mariage et sont donc soumis à la communauté réduite aux acquêts. Pour des raisons personnelles liées souvent aux droits de mutation, ils désirent passer sous le régime de la communauté universelle. Selon le droit français applicable, ils doivent alors changer de régime devant notaire, ce qui est coûteux, puis obtenir l'homologation, ce qui est incertain. Selon le droit néerlandais, il en irait exactement de même. Pour obtenir le résultat désiré, il leur suffit de soumettre leur régime matrimonial à la loi néerlandaise d'un des époux par une simple déclaration notariée et, automatiquement, sans homologation ni française ni néerlandaise et sans frais de liquidation du régime matrimonial antérieur, ils seront considérés comme soumis depuis leur mariage à la communauté universelle néerlandaise.

Un couple franco-allemand ou franco-italien est soumis au régime français de communauté d'acquêts. Il désire adopter le régime de séparation de biens. Pour éviter les formalités, il lui suffit de désigner la loi allemande ou italienne d'un des époux. Ceux-ci se trouveront alors, durant un instant de raison, soumis au régime légal allemand de communauté différée des augmentations, ou italien de communauté d'acquêts, mais en vertu de la liberté laissée par les systèmes juridiques italien et allemand, ils pourront immédiatement, dans le même acte, adopter le régime conventionnel de séparation de biens.

En revanche, des époux français soumis au régime de communauté d'acquêts italien qui désirent adopter un régime de communauté universelle inconnu en droit italien, pourront certes choisir la loi française de leur nationalité mais ensuite, pour passer du régime légal de communauté d'acquêts à celui de la communauté universelle, ils devront obtenir l'homologation du tribunal.

On se rend bien compte que la mutabilité volontaire du régime est un outil sophistiqué qui est à manier avec prudence par les professionnels plutôt que par les époux eux-mêmes.

48. Autre question intéressant le notariat : que se passera-t-il si des époux, qui avaient passé un contrat de mariage soumis expressément ou objectivement à une certaine loi, décident de se soumettre à la loi française de leur nouvelle résidence habituelle ? Le contrat de mariage, de séparation de biens ou de communauté universelle, soumis à la loi étrangère, sera-t-il désormais un contrat de séparation de biens ou de communauté universelle soumis au droit français, ou deviendra-t-il nécessairement caduc, le régime légal français remplaçant les

relations pécuniaires antérieures et ne pouvant être changé que sous les conditions françaises ?

En premier lieu, il faut résoudre un problème d'interprétation de la volonté des époux. Il est possible que les époux aient voulu, en choisissant la loi de leur nouvelle résidence, rompre avec leurs relations pécuniaires antérieures et adopter le régime légal de la loi nouvelle. Il s'agit là d'un problème de preuve. Mais *quid* si les époux en désignant la loi française déclarent expressément qu'ils désirent que leur contrat de séparation ou de communauté universelle soit désormais soumis au droit français, cela par exemple afin que la loi du régime et la loi successorale éventuelle coïncident. Peut-on passer d'une loi à l'autre sans solution de continuité ou est-on obligé de passer par le relais du régime légal français, puis faire les frais et les formalités d'une homologation de changement de régime ?

Lors des négociations ces problèmes n'ont pas été évoqués. L'esprit de la convention qui est de faire coïncider le plus possible les relations pécuniaires entre époux à l'environnement socio-juridique du ménage, devrait permettre une certaine souplesse d'interprétation. Puisque les époux désirent toujours rester sous l'empire d'une certaine organisation de leurs relations pécuniaires, mais qu'en même temps ils ont avantage à ce que le contrat soit désormais soumis à la loi nouvelle avec laquelle ils ont des liens étroits et qui est applicable ou le sera à d'autres éléments de leur vie familiale, pourquoi leur interdire une telle possibilité ou compliquer considérablement la réalisation de leur désir ?

Bien entendu, il faudrait tenir compte du fait qu'il se peut que la nouvelle loi choisie ignore le type de relations pécuniaires contractuellement prévu par les époux (certains systèmes juridiques, notamment les pays ex-socialistes, prohibaient le régime de séparation de biens). Dans ce cas, les époux ne pourront pas prétendre au maintien du régime contractuel et devront assumer les conséquences de leur choix. De nouveau, on voit que les professionnels auront un rôle important à jouer pour conseiller les époux.

49. Dernière question intéressant également et immédiatement le notariat : il existe en France de nombreux époux soumis à une loi étrangère en vertu des anciennes règles de conflit. C'est à la loi étrangère applicable au régime de décider en principe si les époux peuvent modifier leur régime légal. Or, un certain nombre de systèmes juridiques étrangers ne le permettent pas, soit qu'ils connaissent encore l'immutabilité du régime soit qu'ils rendent impératif un certain type de régime, comme par exemple la communauté d'acquêts en Roumanie et autres pays ex-socialistes. On sait que la convention donne immédiatement à ces époux le droit de choisir la loi française de leur résidence habituelle pour faire coïncider leur régime matrimonial avec leur situation de fait. De nombreux époux sont donc tentés d'adopter la loi française et si le régime légal français ne leur convient pas, ils peuvent demander de changer ce régime conformément aux règles prévues à l'article 1397 du code civil.

Or cette disposition prévoit que les époux pourront convenir, dans l'intérêt de la famille, de modifier le régime seulement « après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal ». Des époux qui ont déjà été soumis à un régime légal étranger pendant dix ou vingt ans ou plus et qui désignent aujourd'hui la loi française, doivent-ils encore attendre deux ans pour pouvoir changer le régime de communauté d'acquêts français en régime de communauté universelle ou de séparation ?

Il s'agit là certes d'un problème d'interprétation, non de la convention, mais du droit interne français applicable. Cependant, ce droit interne devrait à notre avis être vu à la lumière de la convention. La convention a voulu accorder aux époux la possibilité d'adapter leurs relations pécuniaires à la réalité. Cette réalité c'est à *la fois* le droit français du pays où ils vivent et leur volonté, élément qui joue un rôle si important tant en droit conventionnel qu'en droit interne français. L'article 1397 vise le cas de nouveaux mariés ou d'époux qui viennent de changer leur régime. On veut que les uns aient le temps de réfléchir et que les autres n'abusent pas de la mutabilité. Il n'en va pas de même du cas où la loi française devient applicable soudainement à des époux mariés depuis longtemps sous un régime matrimonial étranger : leur acte de désignation de la loi française est un acte suffisamment grave et donc

sérieusement délibéré pour que l'on estime qu'ils puissent également, à l'intérieur de la loi française, choisir tout de suite dans l'intérêt de la famille (contrôlé par le juge) le régime matrimonial qui convient mieux à leurs relations. On ajoutera que puisque le changement de loi applicable a un effet rétroactif, ainsi qu'on l'a vu, il en résulte que la loi française doit être considérée comme ayant été applicable dès l'origine (mariage ou changement de régime) et que le délai de deux ans est alors automatiquement couvert s'il s'est écoulé alors que la loi étrangère était applicable (28). C'est pourquoi nous sommes tout à fait en faveur d'une interprétation qui ne tiendrait pas compte du délai de deux ans dès l'instant que les époux ont dépassé ce délai alors qu'ils étaient soumis à un régime étranger.

B. - Mutabilité automatique.

50. L'article 7 de la convention, après avoir proclamé dans son alinéa premier le principe de la permanence du rattachement, apporte des exceptions à ce principe en prévoyant trois cas de mutabilité automatique. Il importe de souligner que cette mutabilité automatique ne pourra jamais intervenir dès lors que les époux par un acte de volonté ont organisé leurs relations pécuniaires. En effet, dans l'article 7, alinéa 2, un membre de phrase pose une condition essentielle : ... si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage... Dans le premier cas, les époux se sont ralliés au régime légal d'une certaine loi, dans le second ils ont organisé directement leurs relations pécuniaires, la situation est bloquée et un changement ne pourra intervenir que par une nouvelle manifestation de volonté : ce que la volonté des époux a fait, elle seule peut le défaire.

a) Cas de mutabilité.

1. Disparition des éléments d'extranéité.

51. Tout d'abord la loi interne de l'Etat où les époux ont tous deux une résidence habituelle devient applicable au lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis, à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si la nationalité de cet Etat est leur nationalité commune ou dès qu'ils acquièrent cette nationalité.

Antérieurement, les relations des époux étaient marquées par des éléments d'extranéité touchant à leur nationalité ou résidence habituelle. Désormais les éléments d'extranéité ont disparu car tout est réuni : il s'agit de deux Français qui vivent en France. Il a semblé naturel de les soumettre immédiatement à la loi avec laquelle ils sont désormais entièrement reliés. Le fait qu'ils aient des biens hors de France n'est pas suffisant pour contrebalancer la force d'attraction de la loi française en l'espèce.

52. On notera que le fait de soumettre à la loi française des époux étrangers domiciliés en France qui acquièrent au cours du mariage la nationalité française par naturalisation, paraît encore plus naturel. Dans la plupart des cas, ces époux à l'occasion des formalités de naturalisation ont dû ou devraient être informés des conséquences civiles de l'acquisition de la nationalité française et, s'ils ne manifestent pas une volonté contraire, on admettra qu'ils ont admis le changement de loi applicable. A l'inverse, peu nous chaut que des époux français d'origine perdent tout lien avec la loi française de leur régime matrimonial s'ils acquièrent volontairement la nationalité étrangère du pays où ils sont désormais domiciliés, et cela même s'ils ont des biens en France.

2. Ecoulement d'un délai de 10 ans.

53. Le deuxième cas de mutabilité automatique est de loin le plus important et celui qui a donné ou donnera sans doute lieu à plus de controverse.

On sait que dans les pays de *common law* une tendance est d'admettre la mutabilité automatique et totale de la loi applicable au régime matrimonial. Il est fréquent aux Etats-Unis que des couples voient leurs relations pécuniaires soumises successivement à deux, trois ou à quatre lois au gré des aléas de la profession du mari. Cette mutabilité touche aux biens mobiliers puisqu'on sait que les biens immobiliers sont soumis à la loi réelle. Entre la mutabilité totale et la permanence absolue, dans le cas du rattachement objectif, on a

voulu faire un compromis qui se justifie dans la mesure où la situation nouvelle des époux coïncidera avec la réalité.

54. La loi interne de l'Etat où les époux ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable... lorsque, après le mariage, cette résidence habituelle a duré plus de dix ans. C'est avec soulagement qu'on a vu la proposition de réduire le délai à cinq ou trois ans rejetée lors des négociations. En effet, dans un tel cas la mutabilité automatique pouvait entraîner des conséquences graves pour les très nombreux cadres de sociétés multinationales qui sont en général nommés dans un pays pour trois ans au moins et six ans au plus. Il n'est pas rare qu'après 25 ou 30 ans de fonctions, de tels couples aient vécu cinq ou six ans dans cinq ou six pays différents.

Certes, la mutabilité peut être neutralisée par une désignation expresse d'une loi applicable mais il fallait aussi compter avec l'insouciance des jeunes ménages. C'est pourquoi le délai de dix ans a été retenu de sorte que dans la majorité des cas qui s'y prêteront il n'y aura vraisemblablement qu'un changement automatique. Après dix ans, l'intégration au pays d'une nouvelle résidence devient telle qu'on peut rompre tout lien avec le rattachement initial.

3. Acquisition d'une résidence habituelle commune.

55. Le dernier cas de mutabilité opère en faveur de la loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux dès que ceux-ci l'ont constituée « si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3 ». Cette formule d'apparence sibylline couvre une situation très simple et très facile à mettre en oeuvre. On sait que les époux sont normalement soumis à la loi du pays où ils ont leur résidence habituelle sauf déclaration en faveur de la loi nationale. Mais tant qu'ils n'ont pas de résidence habituelle dans le même Etat, le facteur de rattachement ne peut jouer et, selon le principe de proximité, on s'en tient à la loi de leur nationalité commune. Mais s'ils s'installent finalement ensemble dans un pays, le mari travailleur migrant ayant par exemple trouvé un logement familial, il est tout naturel que l'exception faite en faveur de la loi nationale cesse de produire effet et que l'on en vienne au rattachement normal fondé sur la résidence habituelle. La règle sera appelée à jouer souvent en cas de regroupement familial dans un pays d'immigration.

b) Effets du changement de loi applicable.

56. Ainsi qu'on a dit plus haut, selon l'article 8 le changement de loi applicable en vertu de l'article 7, alinéa 2, n'a d'effet que pour l'avenir, et les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable.

Lors des discussions de la Treizième session de la Conférence de La Haye, certaines délégations avaient proposé de donner un effet rétroactif au changement automatique de la loi applicable. Nous avons vivement attaqué une telle proposition faisant valoir que ce qui était admissible pour des époux qui choisissaient une loi nouvelle dans le cadre de l'article 6, pouvait avoir un effet désastreux en cas de changement automatique. Des Grecs mariés en Grèce, domiciliés en Grèce après leur mariage, se sentent tout naturellement soumis à la loi grecque, et savent qu'ils sont séparés de biens de même que des Français domiciliés en France, vivant en France, se savent soumis au régime de communauté. Si ces Grecs s'installent en France, ou ces Français en Grèce, et qu'ils y restent plus de dix ans, on admettra qu'au bout de ce délai la loi applicable change. Mais il paraîtrait inique, sauf peut-être pour un Suisse (29), qu'on vienne annoncer à un époux grec que tous les biens qu'il a acquis seul avec ses deniers personnels depuis la célébration du mariage sont devenus communs en vertu du droit français, ou à un époux français que le portefeuille d'actions géré par le mari seul au nom de la communauté est soudainement devenu sa propriété personnelle en vertu du droit grec !

57. C'est pourquoi on a admis un effet immédiat mais non rétroactif du changement de loi applicable de sorte que, comme en droit américain, les époux devront gérer deux, voire trois « wagons » se rapportant à des régimes matrimoniaux différents s'appliquant à des biens

différents. Lors des négociations, on a vu qu'un tel système était complexe, mais en vérité la difficulté ne doit pas être exagérée. Aux Etats-Unis, depuis 1827, on suit le principe de la mutabilité à la suite de l'arrêt *Saul v. His Creditors* qui donna à Livermore, partisan de la permanence du rattachement, l'occasion d'écrire le premier ouvrage américain sur les conflits de lois (30). Bien que les couples américains soient connus pour leurs déplacements fréquents en raison de la grande mobilité des travailleurs, il n'en est pas résulté de catastrophes juridiques. Le problème le plus délicat est celui de la gestion de différents patrimoines successifs qui au lieu d'être pétrifiés continuent leur vie propre en raison de subrogations ou remplois. Des techniques assez affinées de *tracing* ont été mises au point par les *lawyers* américains pour résoudre ces problèmes. Les professionnels français qui manient également aisément les mécanismes de subrogation et de remploi ne devraient pas être dépassés par cette tâche.

58. Si la rétroactivité automatique a été rejetée, la rétroactivité volontaire a été admise. Selon l'article 8, alinéa 2, les époux peuvent à tout moment et dans les formes prévues à l'article 13, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi, sans préjudice, en ce qui concerne les immeubles, des dispositions leur permettant de choisir la loi de la situation.

Bien entendu, l'exercice de cette faculté ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers, ainsi que le précise la dernière phrase de l'article 8.

c) Opposition au changement de loi applicable.

59. On a vu que dès que les époux ont désigné une loi applicable au moment du mariage ou ont changé la loi au cours du mariage, ou encore ont établi un contrat de mariage, cela paralyse le mécanisme de la mutabilité automatique. Mais que se passe-t-il lorsque les époux qui n'ont pas procédé à l'origine à une désignation de la loi applicable, et qui sont soumis, en vertu des critères objectifs, au régime légal soit de la loi de la première résidence habituelle soit de la loi nationale commune, désirent rester soumis à cette loi bien qu'ils se soient établis à l'étranger et que le délai de dix ans va prendre fin et qu'ils risquent donc d'être automatiquement soumis à une loi nouvelle qui ne leur convient pas.

Il s'agit par exemple d'époux français domiciliés en France à l'origine et qui se sont établis en Amérique latine. Au bout de dix ans, ils seront soumis au droit chilien ou paraguayen alors qu'ils veulent rester sous l'empire du droit français, par exemple pour faciliter la liquidation simultanée de la succession et du régime matrimonial sur leurs biens français. Pris à la lettre, l'article 6 est impuissant à résoudre leur problème, puisqu'il y est dit que les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne « autre que celle jusqu'alors applicable ».

60. Bien que la convention soit muette sur ce point, nous estimons avec le Rapporteur qu'il devrait être permis aux époux de déclarer au cours du mariage qu'ils désirent être *maintenus* sous le régime légal de la loi primitivement applicable et d'échapper ainsi à la mutabilité automatique. On peut relever en droit comparé que, récemment, plusieurs systèmes juridiques européens ont changé leur loi interne sur les régimes matrimoniaux. L'Italie est passée de la séparation à la communauté réduite aux acquêts, la Suisse de l'union des biens à une participation aux acquêts. Dans les deux pays, ces règles nouvelles ont été déclarées immédiatement applicables aux époux antérieurement mariés, avec un effet rétroactif pour la Suisse. Mais tant le système italien que le système suisse ont permis aux époux par déclaration de s'opposer au changement de loi applicable.

Dans l'interprétation de la convention, on devrait se baser sur ces exemples pour admettre que, d'un commun accord, les époux puissent s'opposer à un mécanisme de mutabilité automatique. C'est en tout cas l'opinion du Rapporteur qui regrette sur ce point la lacune de la Convention et qui écarte toute interprétation restrictive. C'est également l'opinion d'un commentateur familier des pratiques notariales, M^{me} M.L. Revillard, qui estime à juste titre que la forme d'une déclaration des époux devrait suivre les conditions fixées par la convention pour la désignation de la loi applicable, et qu'à ce titre les notaires auront un rôle de conseil déterminant à jouer dans les situations internationales lorsqu'on voudra éviter de voir les

époux accumuler une série de régimes matrimoniaux. En doctrine néerlandaise, M^{me} I. Joppe admet même que les époux puissent, dans un délai raisonnable après l'écoulement des 10 ans, s'opposer à la mutabilité (31).

V Droits des tiers

61. Le problème de la protection des tiers a fait l'objet d'une évolution lente lors des négociations de la convention ainsi que le relate le Rapporteur (32). Tout d'abord on pensait purement et simplement ignorer le problème dans la convention de manière à laisser à chaque Etat contractant le soin de résoudre comme il l'entendait la question de la protection des tiers. Certains systèmes juridiques ont établi un registre des régimes matrimoniaux où sont inscrits les régimes conventionnels et les changements de régime. C'est le cas aux Pays-Bas, alors que la Suisse vient d'abandonner ce système. En France, la publicité du contrat de mariage est faite par inscription en marge de l'acte de mariage et au registre du commerce pour le commerçant. Les changements de régimes matrimoniaux suivent le même mécanisme. Mais s'agissant de régimes légaux soumis à des lois étrangères qui peuvent surprendre tout autant les tiers que des régimes conventionnels, on montre beaucoup moins de préoccupation. On estime généralement en France que les tiers qui contractent avec un étranger, ou avec un Français vivant à l'étranger ou marié à l'étranger, doivent être alertés par ces éléments d'extranéité et doivent se renseigner auprès des intéressés et de leur conseil. S'ils ont fait preuve de la prudence requise, ils pourront toujours plaider l'ignorance excusable de la loi étrangère en cas de surprise désagréable, par exemple si les renseignements donnés par le cocontractant s'avèrent inexacts.

A vrai dire, il s'agit là surtout de problèmes qui se résolvent dans la pratique, car la protection des tiers au regard des régimes matrimoniaux soumis à des lois étrangères n'a guère été illustrée en jurisprudence. Il est vrai que souvent par un réflexe excessif de prudence, on exige que les deux époux comparaissent pour un acte qui n'intéresse qu'un seul d'entre eux !

62. Finalement, on décida à La Haye de soumettre en principe les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers à la loi applicable au régime matrimonial tel que déterminé par la convention (article 9, alinéa premier). Mais en même temps, on permet aux Etats contractants de prendre des mesures de protection dans certains cas déterminés.

Il est prévu dans les alinéas 2 et 3 de l'article 9 que

le droit d'un Etat contractant peut prévoir que la loi applicable au régime matrimonial ne peut être opposée par un époux à un tiers lorsque l'un ou l'autre a sa résidence habituelle sur son territoire, à moins :

1. que des conditions de publicité ou d'enregistrement prévues par ce droit aient été remplies, ou
2. que le rapport juridique entre cet époux et le tiers ait pris naissance alors que le tiers connaissait ou devait connaître la loi applicable au régime matrimonial.

Tout Etat contractant a la possibilité de spécifier au moyen d'une déclaration la portée des alinéas 2 et 3 de l'article 9.

63. La France n'a pour l'instant fait aucune déclaration. Resteront donc soumis à publicité les contrats de mariage dressés en France ou à l'étranger lorsque le mariage est célébré en France (article 75 du code civil), seront également inscrits au registre de commerce les contrats de mariage établis en France ou à l'étranger intéressant un commerçant installé en France. Enfin, en cas de changement de régime matrimonial, l'homologation du changement effectué en France sera inscrit au répertoire civil, une insertion légale sera faite et mention sera portée en marge de l'acte de mariage et une notification sera faite au détenteur du contrat modifié. Rien n'est prévu pour les changements effectués à l'étranger. De même, rien n'est prévu - et pour cause puisque la convention vient à peine d'entrer en vigueur - pour la

désignation de la loi applicable qui peut avoir autant d'effet qu'un contrat de mariage ou un changement de régime matrimonial. Il serait souhaitable que les autorités françaises donnent des précisions sur ce point à l'instar de ce qu'ont fait les autorités néerlandaises.

64. La loi néerlandaise portant approbation de la convention prévoit dans son article 3 *b* qu'un époux dont le régime matrimonial est soumis à une loi étrangère peut faire inscrire dans le registre des régimes matrimoniaux un acte notarié déclarant que son régime matrimonial est soumis à une loi étrangère. Il est prévu à l'article 3 *c* qu'un tiers qui, au cours du mariage, a conclu un acte juridique avec un époux dont le régime matrimonial est soumis à une loi étrangère, peut, même après la dissolution du mariage, recouvrer la créance résultant de cet acte juridique, comme s'il existait entre les époux une communauté universelle de biens selon le droit néerlandais si, au moment de cet acte juridique, aussi bien lui-même que les deux époux avaient leur résidence habituelle aux Pays-Bas. Mais selon l'article 3 *d*, les dispositions du point *c* ne s'appliquent pas si, au moment de l'acte juridique, le tiers savait ou était censé savoir que le régime matrimonial des époux était soumis à une loi étrangère. Il en est ainsi lorsque l'acte juridique a été conclu après un délai de 14 jours après qu'un acte visé sous l'article 3 *b* a été inscrit au registre des régimes matrimoniaux.

Ces dispositions paraissent fort équitables : lorsque tous les intéressés habitent aux Pays-Bas, on applique purement et simplement le régime légal néerlandais, à moins que le tiers n'ait été averti par les époux qu'ils sont soumis à une loi étrangère ou, s'ils s'abstiennent de le faire, qu'une publicité ait été faite en temps utile pour que le tiers puisse s'informer.

VI Dispositions diverses

A. - L'accord des époux sur la loi applicable.

65. La désignation de la loi applicable par les époux suppose de leur part un accord, qu'il soit autonome ou inclus dans un contrat de mariage.

La convention contient quelques règles de fond et de forme relatives à cet accord.

a) Le consentement des époux.

66. Selon l'article 10, les conditions relatives au consentement des époux quant à la loi déclarée applicable sont déterminées par cette loi. Bien que la règle ait une apparence de cercle vicieux, puisque si le consentement est vicié il n'y a pas désignation valable de la loi qui pourtant détermine les conditions du consentement, elle n'en est pas moins fort classique. Elle figurait déjà dans la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels du 15 juin 1955, toujours en vigueur pour la France, et elle a été notamment reprise dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

b) Caractère de la désignation.

67. Selon l'article 11, la désignation de la loi applicable doit faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage.

On a ainsi voulu bannir le recours à la volonté implicite des époux qui depuis Dumoulin a causé tant de ravages dans la pratique et la jurisprudence françaises, obligeant parfois les avocats, notaires et juges à utiliser le marc de café ou la boule de cristal. La stipulation expresse pourra figurer dans un acte autonome ou dans un contrat de mariage. Il est fréquent, lorsqu'il intéresse des époux de nationalités différentes ou qui vivent à l'étranger, que le contrat de mariage porte la mention qu'il est soumis à telle ou telle loi. Il n'en va pas de même des contrats de mariage qui, au moment où ils ont été faits, avaient trait à une situation dépourvue de tout élément d'extranéité. Des Français domiciliés en France et ayant des biens en France, établissent en France leur contrat de mariage. Le notaire n'a évidemment pas besoin de mentionner qu'il fait application des articles 1387 et suivants du code civil français. Néanmoins, il est indubitable que les époux ont voulu que leur contrat fût soumis au droit français, d'ailleurs aux yeux de la convention ils ne pouvaient pas faire

autrement. La situation est plus délicate lorsqu'un Belge résidant en Belgique et ayant épousé une Française domiciliée en France fait rédiger un contrat de mariage devant un notaire français ou belge. La nationalité du notaire en l'espèce n'est pas un élément qui rend indubitable l'élection de la loi de son pays. Pour que cela soit, il faudrait que l'on précise qu'il s'agit d'articles du code civil français ou belge, ou encore que l'on fasse expressément référence à des dispositions connues d'un code civil et ignorées de l'autre. La mention dans un contrat de mariage établi par un notaire français que les époux sont soumis « au régime de la communauté universelle tel que prévu par l'article 1526 du code civil modifié par la loi du 13 juillet 1965 », désigne indubitablement la seule loi française, même si les époux sont belges et surtout s'ils sont nationaux d'un pays qui ignore le régime de communauté universelle.

c) Forme du contrat de mariage.

68. Quant au fond, le contrat de mariage est soumis évidemment à la loi applicable désignée par les époux ou révélée par les rattachements objectifs. Vu l'importance du contrat de mariage dans le mécanisme conventionnel (il bloque, on le sait, le processus menant à la mutabilité automatique du rattachement), il a paru utile d'aborder dans la convention les problèmes de sa forme.

En droit comparé, les systèmes divergent, les uns font de ce contrat un acte solennel qui doit toujours être passé par acte public ou devant notaire, les autres se bornant à un acte sous seing privé. La convention adopte une règle de conflit alternative à deux branches.

69. Le contrat de mariage est valable quant à la forme si celle-ci répond tout d'abord à la loi interne applicable au régime matrimonial. L'application de la *lex causae* qui se répand de plus en plus en droit comparé est ainsi reconnue alors qu'en tant que telle elle n'a pas été retenue dans la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

Le contrat de mariage est aussi valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne en vigueur au lieu où le contrat a été passé. L'application de la règle *locus regit actum* n'étonnera pas. En revanche, l'application de la loi nationale d'un ou des époux n'a pas été retenue et on ne le regrettera pas. En effet, des Anglais qui désirent passer en France un contrat de mariage soumis à la loi anglaise, pourront toujours le faire selon la forme privée anglaise qui correspond à la *lex causae*. Mais ces Anglais ne pourront pas utiliser en France la forme privée anglaise pour le cas où résidant en France ils désirent passer un contrat sous l'empire de la loi française. Mais ils pourront toujours passer le même acte en Angleterre ou... faire semblant de l'avoir rédigé dans leur pays d'origine.

70. Beaucoup plus nouvelle est la disposition matérielle qui figure à la deuxième phrase de l'article 12. Il y est prévu que le contrat de mariage doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux. L'exigence de l'écrit émanant des deux parties dissuade par anticipation toute tentative d'ayants droit prétendus qui voudraient faire prouver par témoins l'existence d'un contrat de mariage oral convenu entre époux dans un pays qui n'attache pas beaucoup d'importance à la forme écrite. La disposition ne veut pas dire que les époux peuvent toujours se contenter d'un simple écrit daté et signé par eux. Ils peuvent le faire uniquement si l'une des lois applicables le permet. Si, au contraire, la *lex causae* et la *lex loci* exigent l'intervention d'un notaire, il faudra s'y conformer.

d) Désignation de la loi applicable par stipulation expresse.

71. La désignation par stipulation expresse de la loi applicable qui a lieu dans un acte autonome et indépendant du contrat de mariage, doit néanmoins revêtir la forme prescrite pour les contrats de mariage, soit par la *lex causae*, soit par la loi du lieu où intervient la désignation. La règle figure dans l'article 13. Cette référence à la forme du contrat de mariage a été voulue, parce que l'accord des époux sur la seule désignation de la loi applicable est une institution nouvelle créée par la convention et les droits internes ne connaissent donc pas aujourd'hui de forme spécifique en la matière. Cependant, il est possible que le droit applicable ignore toute forme propre au contrat de mariage. C'est pourquoi l'article 13 reprend

in fine la règle matérielle selon laquelle la désignation doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux. Ainsi donc, si le droit français est applicable, la désignation se fera par acte notarié, si c'est le droit anglais qui est applicable, on se contentera de l'acte sous seing privé.

B. - Ordre public.

72. De manière classique, l'article 14 prévoit que l'application de la loi déterminée par la convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public. On ne s'étendra pas sur une disposition bien connue qui figure dans la plupart des Conventions de La Haye. On signalera que l'ordre public a fort peu à intervenir en matière de régime matrimonial, surtout depuis que la Suisse a remplacé son régime discriminatoire d'union des biens par un régime plus respectueux de l'égalité des époux (33).

C. - Notion de nationalité commune.

73. On a vu que le rattachement à la nationalité commune des époux ne pouvait être utilisé que si ces époux n'avaient qu'une seule nationalité commune. Encore faut-il se demander ce qu'est une nationalité commune, fût-elle unique.

La convention précise dans son article 15 qu'une nationalité est considérée comme nationalité commune des époux dans les cas suivants : les deux époux avaient cette nationalité avant le mariage, ou les deux époux ont volontairement acquis cette nationalité après le mariage.

Mais la convention vise aussi le cas où un époux a volontairement acquis la nationalité de l'autre au moment du mariage ou ultérieurement, soit par une déclaration prévue à cet effet, soit en ne déclinant pas cette acquisition alors qu'il savait que ce droit lui était ouvert. On aperçoit la finalité de la disposition. Si un époux, par exemple la femme, a conservé sa nationalité d'origine tout en acquérant involontairement et par l'effet de la loi la nationalité de son conjoint, les époux ne seront pas considérés comme ayant une nationalité commune au sens de la convention. En effet, la nationalité ayant été imposée au conjoint, on ne peut estimer qu'elle constitue un facteur de rattachement ayant des liens raisonnables avec la situation juridique.

D. - Dispositions relatives aux systèmes juridiques non unifiés.

74. La Conférence de La Haye comporte en son sein des Etats à systèmes juridiques non unifiés, territorialement plurilégislatifs comme l'Australie, le Canada, les Etats-Unis, le Mexique, sans parler de l'ex-Yougoslavie, etc. et des systèmes interpersonnels, comme l'Egypte ou Israël. Il fallait tenir compte de cette spécificité pour le cas où la règle de rattachement conduirait à l'application de la loi d'un de ces pays. De toute façon, la Conférence ne comprendrait-elle aucun système juridique complexe parmi ses Membres que le problème resterait le même. En effet la Convention, on le sait, a un caractère universaliste et la loi désignée pour régir le régime matrimonial pourra donc être celle d'un Etat non contractant, comme l'Inde, l'Iran, la Syrie, le Liban, etc.

Pour la première fois, une convention de droit international privé (rappelons qu'elle a été négociée en 1976) a tenté de résoudre positivement et directement les problèmes provoqués par les systèmes juridiques complexes. Depuis lors, cet exercice est poursuivi systématiquement dans toutes les Conventions de La Haye.

a) Le substitut de la loi nationale.

75. Aux Etats-Unis, au Canada, au Royaume-Uni, au Mexique, un rattachement basé sur la nationalité commune des époux ne signifie pas grand-chose. En effet, le critère de la nationalité ne permet pas de désigner une loi matérielle applicable. On sait qu'aux Etats-Unis ou au Canada, certains états ou provinces adoptent le principe de la séparation de biens (par exemple, Etat de New York, Ontario, Nouveau Brunswick), d'autres celui de la communauté (Texas, Louisiane, Québec). Plus près de nous, en Espagne, il existe un droit foral séparatiste

aux Baléares et en Catalogne, un droit forai de communauté universelle (Aragon), alors que la Castille et les provinces de Code civil sont soumises au régime de communauté réduite aux acquêts. La nationalité commune américaine, canadienne ou espagnole ne permet donc pas en tant que telle de déterminer à quelle loi interne, donc à quel régime matrimonial, les époux sont effectivement soumis.

76. L'article 16, alinéa premier, de la convention pose tout d'abord le principe tout à fait naturel que, lorsqu'un Etat comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquels des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la loi nationale d'un tel Etat est entendue comme visant le système déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat. S'agissant d'époux ayant tous deux la nationalité espagnole, il conviendra de se référer aux règles spéciales en vigueur en Espagne pour déterminer à quel droit particulier ils seront soumis (34). Un tel système pouvait également jouer dans le cadre du système fédératif yougoslave, mais aujourd'hui le problème tend à être résolu par le vide, chaque république ayant repris son indépendance et étant donc devenue unitaire sur le plan législatif.

Le droit comparé montre cependant que de nombreux Etats fédéraux ne connaissent aucune règle de conflit commune à l'ensemble des unités territoriales. Il n'existe pas de règles de conflit dans la loi américaine ou canadienne, mais des règles de conflit propres à chaque état ou province (Texas, New York, Californie, Québec, Ontario) et ces règles peuvent diverger. Par exemple au Québec, on suit le principe de l'unité du rattachement du régime, alors qu'en Ontario on admet le système de la scission.

77. Pour tenter de résoudre le problème, l'article 16, alinéa 2, prévoit qu'à défaut de telles règles de conflit communes,

on entend par Etat dont un époux a la nationalité, au sens des articles 3, alinéa 2, chiffre 1 et 6, alinéa 2, chiffre 1, l'unité territoriale où cet époux a eu en dernier lieu sa résidence habituelle ; de même, pour l'application de l'article 4, alinéa 2, on entend par Etat de la nationalité commune des époux l'unité territoriale où l'un et l'autre a eu, en dernier lieu, une résidence habituelle.

L'obscurité du texte n'est qu'apparente et il suffira que tout praticien, même non spécialiste, se réfère aux dispositions visées pour être immédiatement éclairé : dans le mécanisme conventionnel, les époux peuvent désigner la loi d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité au moment de cette désignation. On a voulu éviter que si l'un des époux est américain ou canadien, il ne puisse se référer à la loi de l'un quelconque des cinquante Etats américains ou d'une des dix Provinces canadiennes. Il faut qu'il y ait un lien raisonnable entre le choix et la réalité. On considérera donc comme loi nationale la loi de l'Etat américain ou de la Province canadienne où l'intéressé avait en dernier lieu sa résidence habituelle.

Pour ce qui est du rattachement objectif directement fondé sur la nationalité commune des époux, il se traduira pour des époux américains (ou canadiens) par une référence à la loi de l'unité territoriale où l'un et l'autre ont eu en dernier lieu une résidence habituelle. Sinon, on recherchera si, avant de se marier, ils ont l'un et l'autre résidé dans l'un des Etats américains. Si tel est le cas, on appliquera la loi de cet Etat, sinon on considérera qu'ils n'ont ni nationalité commune, ni résidence habituelle commune et il faudra rechercher la *proper law* conformément à l'article 4, dernier alinéa.

b) Le substitut de la loi de la résidence habituelle.

78. Des époux originaires d'Europe se fixent au Liban ou en Iran après leur mariage. Comment faire jouer le critère de la résidence habituelle qui donne compétence à la loi iranienne ou libanaise, alors que dans ces pays, le droit de la famille dépend de la religion (islamique, orthodoxe, melchite, copte, catholique, rabbinique, maronite, etc.) des intéressés. On hésite à soumettre à un système confessionnel des personnes pour qui la religion peut être étrangère au droit à raison du caractère laïque du système juridique dans lequel ils ont jusqu'alors vécu. Mais surtout il est souvent impossible de déterminer un droit religieux

applicable lorsque les intéressés ne prétendent pas avoir de religion ou sont adeptes d'une religion non reconnue dans le pays.

79. Classiquement, l'article 19 prévoit que

lorsqu'un Etat connaît, en matière de régimes matrimoniaux, deux ou plusieurs systèmes de droit applicables à des catégories différentes de personnes, toute référence à la loi d'un tel Etat est entendue comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet Etat.

S'agissant en France de déterminer le régime matrimonial d'époux libanais ou iraniens soumis à la loi libanaise ou iranienne, on consultera les règles libanaises ou iraniennes pour déterminer à quel groupe religieux ces époux appartiennent (35).

Mais il est possible que de telles règles soient impuissantes à résoudre certains problèmes. C'est ainsi que les droits libanais ou iraniens ne contiennent aucune règle qui permettrait de déterminer la loi religieuse reconnue au Liban ou en Iran, qui serait applicable à un couple de Norvégiens ou de Finlandais théosophes. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les règles de conflit de lois libanaises et iraniennes soumettent ces époux à leur loi nationale étrangère, loi nationale commune ou loi du mari. Mais comme la convention exclut le renvoi, la situation est bloquée ! C'est pourquoi la Convention contient une règle subsidiaire dans l'article 19, alinéa 2, selon laquelle la loi interne de l'Etat de la nationalité commune des époux s'applique dans le cas prévu à l'article 4, alinéa premier, c'est-à-dire que la loi nationale commune remplace la loi de la résidence habituelle commune. Cela a l'apparence de renvoi, mais ce n'en est pas un ou alors c'est une sorte de « renvoi expédient » à la Lerebours-Pigeonnière. Si c'était un vrai renvoi de la loi de la résidence à la loi nationale, il n'y aurait aucune raison, pour les pays dont les règles générales de conflit de lois admettent très largement le renvoi au second ou troisième degré, de s'arrêter là et ils pourraient être alors tentés d'aller plus loin et de passer de la loi de la nationalité commune à la loi réelle dans le cadre d'une scission qui serait admise par l'Etat non contractant de la nationalité commune.

80. L'article 19 ajoute aussi que la loi interne de l'Etat dans lequel les époux avaient tous deux leur résidence habituelle reste applicable dans le cas prévu à l'article 7, alinéa 2, chiffre 2. On sait que selon cette dernière disposition il y a changement automatique de la loi applicable en faveur de la loi de la résidence habituelle qui a duré pendant plus de dix ans. Les époux norvégiens pourront rester vingt ou trente ans au Liban, ils continueront néanmoins être soumis à la loi norvégienne, la mutabilité automatique ne pouvant jouer, faute de loi de la résidence habituelle déterminable.

81. Enfin, il se peut que des époux de nationalités différentes, un Italien marié à une Française, s'installent au Liban. Comme ni le critère de la nationalité commune ni celui de la résidence habituelle ne peut être pris en considération, on fera jouer la clause de l'article 4, alinéa 3, et le juge appréciera la situation. En l'espèce, on pourrait aisément faire valoir que les droits italien et français connaissent tous deux un régime de communauté d'acquêts et qu'il n'y a aucune raison de ne pas choisir l'un de ceux-ci en fonction par exemple de la localisation des biens des époux.

c) La résidence habituelle à l'intérieur d'un Etat fédéral.

82. De même que la convention ne permet pas à des Américains ou Canadiens de choisir n'importe quelle loi de l'une quelconque des unités territoriales lorsqu'elle se réfère à la nationalité des époux, de même la Convention n'entend pas que l'on puisse viser n'importe quelle unité territoriale d'un Etat fédéral lorsqu'elle se réfère à l'Etat de la résidence habituelle. Si une personne réside au Canada ou aux Etats-Unis et qu'elle se marie aux Pays-Bas ou en France, elle ne pourra soumettre son régime qu'à la seule loi de l'unité territoriale où elle a sa résidence habituelle, Ontario, Québec, Californie. Si elle réside au Texas, elle ne pourra pas choisir la loi de New York. C'est ce que veut exprimer l'article 17 qui déclare que toute référence à la résidence habituelle dans un Etat non unifié est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale de cet Etat.

d) Conflits entre unités territoriales.

83. Selon l'article 18, un Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent en matière de régimes matrimoniaux, n'est pas tenu d'appliquer une règle de la Convention aux conflits entre les lois de ces unités, lorsque la loi d'aucun autre Etat n'est applicable en vertu de la convention.

Comme aucun Etat plurilégislatif n'a encore ratifié le Traité, la question ne se pose pas aujourd'hui sur le plan pratique. Rappelons que ce que veut éviter cette disposition, c'est que la règle de conflit uniforme construite pour les besoins internationaux s'applique nécessairement à l'intérieur d'un Etat plurilégislatif, alors que tous les éléments d'un rattachement possibles sont concentrés à l'intérieur des frontières fédérales. Si d'aventure le Royaume-Uni ratifiait cette convention, elle ne prétendrait point régler les situations qui pourraient se circonscrire entre l'Angleterre et l'Ecosse.

84. S'il est improbable que les Etats plurilégislatifs ratifient rapidement la convention, il est important de noter que seul l'Etat non unifié n'est pas tenu d'appliquer les règles conventionnelles aux conflits entre les lois de ses propres unités. Mais il n'en va pas de même si la question se pose dans les Etats tiers qui ont ratifié la convention, c'est-à-dire en France, aux Pays-Bas ou au Luxembourg. Dans ces pays, on devra appliquer les règles conventionnelles pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial d'époux intégrés à un système plurilégislatif. Des époux américains s'installent à New York immédiatement après leur mariage. Six ans plus tard, ils transfèrent leur domicile au Texas. Si l'on s'interroge à New York ou au Texas sur le régime matrimonial, on appliquera les règles ordinaires de conflit américaines qui impliquent que le changement de domicile entraîne automatiquement un changement de régime matrimonial pour les biens mobiliers ; quant aux biens immobiliers ils seront soumis aux lois réelles. Il en résulte que, séparés de biens selon la loi de New York au moment du mariage, ils sont devenus communs en biens selon le droit du Texas, l'immeuble qu'ils possèdent en Louisiane est commun, l'immeuble acquis par un époux seul à New York est propre. Supposons que la question du régime matrimonial de ces Américains se pose en France à l'occasion d'une saisie pratiquée sur un bien mobilier ou sur un compte en banque de l'un des époux. Le juge français consultera la convention et constatera que ces époux mariés et domiciliés à New York après le mariage sont soumis à la loi de New York, donc à la séparation de biens. Il ne reconnaîtra pas le changement automatique de loi applicable en faveur du régime de communauté texan au bout de six ans. Pour qu'un tel changement intervienne il faudra aux yeux du juge français que le délai de dix ans se soit écoulé. Si les Etats-Unis ratifient la convention, ce qui est fort improbable, on aboutirait ainsi à une fâcheuse divergence d'appréciation entre deux Etats contractants sur le régime matrimonial des mêmes époux.

E. - Information des époux.

85. Il n'est pas inutile de signaler que la Conférence de La Haye, consciente de l'impact qu'allait provoquer l'entrée en vigueur d'une telle convention qui touche directement de grandes catégories de personnes à raison du brassage de plus en plus important de populations qui se fait particulièrement en Europe, a émis le voeu, dans l'Acte final de la Treizième session :

« Que les Etats Parties à la Convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux prennent les mesures appropriées pour informer le public, et en particulier les personnes qui se marient sur leur territoire, qui viennent y établir leur résidence habituelle ou qui le quittent :

a. de la possibilité qui est ouverte à des époux de désigner, dans certaines limites et en observant certaines formes, la loi applicable à leur régime matrimonial dans son ensemble, ou seulement en ce qui concerne les immeubles ;

b. de la loi applicable au régime matrimonial à défaut de choix par les époux et du fait que

cette loi peut changer dans certaines circonstances ;

c. de la faculté qu'ont les époux, en cas de changement de la loi applicable, de soumettre tous leurs biens à la nouvelle loi. »

86. Le Gouvernement néerlandais, très soucieux de protéger les intérêts des étrangers qui vivent sur son territoire, a immédiatement mis en oeuvre la réalisation d'un fascicule d'information intitulé « Régimes matrimoniaux et Convention de La Haye ». Ce fascicule de 16 pages est donné par les Services de l'état civil à toutes les personnes qui font connaître leur intention de se marier, et particulièrement aux étrangers. Pour leur faciliter la compréhension du texte, ce fascicule va être traduit dans de nombreuses langues, anglais, français, allemand, espagnol, arabe, turc, etc. Le même fascicule sera remis aux consulats néerlandais à l'étranger afin que des Néerlandais expatriés puissent connaître leur situation juridique lorsqu'ils se marient à l'étranger. La brochure, réalisée par le Ministère de la Justice en collaboration avec la Confrérie royale des notaires et l'*International Juridisch Instituut* pourra également être remise à leurs clients par les notaires et avocats.

87. La France devrait sinon suivre entièrement un tel exemple (36), en tout cas au moins s'en inspirer. On devrait pouvoir informer les futurs époux, particulièrement ceux qui n'ont pas la nationalité française, de l'existence de la Convention de La Haye au moment où ils procèdent aux formalités préalables au mariage. Une note d'information rédigée par le Ministère de la Justice en collaboration avec le Conseil Supérieur du Notariat et les CRIDON pourrait aussi être largement diffusée dans les postes consulaires, afin qu'au moment du mariage ou de sa transcription les Français expatriés reçoivent une information idoine.

88. Mais surtout et essentiellement, c'est à la profession notariale française de faire le nécessaire pour que tous ses membres puissent jouer le rôle essentiel que, sans le dire, veut leur faire jouer la convention.

C'est aux notaires de « réveiller » le dossier de leurs clients étrangers installés en France depuis longtemps et qui sont soumis aux anciennes règles de conflit françaises. Leur situation était bloquée jusque là par la permanence du rattachement et il conviendra de s'interroger s'il ne vaut pas mieux aujourd'hui d'utiliser les facultés de mutabilité volontaire offertes par le Traité. Pour ce qui est des futurs époux qui tombent directement dans le cadre conventionnel, il importe encore plus de leur montrer les possibilités offertes et les conséquences d'une action sur le plan de la désignation de la loi applicable.

Mots clés :

MARIAGE * Régime matrimonial * Loi applicable * Règle de conflit française * Convention de La Haye du 14 mars 1978 * Entrée en vigueur

(1) V. le texte de cette convention *infra*, p. 815.

(2) La convention a été publiée par décret du 21 septembre 1992 au *JO* du 25 septembre 1992, p. 13324, donc trois semaines après son entrée en vigueur, alors que le Traité prévoit un délai de trois mois pour procéder « à temps » à la publication. Les mauvaises habitudes continuent ! Sur la Convention, voir Rapport A.E. von Overbeck, *Actes et documents de la Treizième session*, t. II, 1976, p. 328 ; H. Batiffol, « La Treizième session de la Conférence de La Haye », cette *Revue*, 1977, p. 453 ; G.A.L. Droz, « Les principaux traités multilatéraux relatifs aux régimes matrimoniaux, successions et libéralités », Rapport général in *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités, Union internationale du Notariat latin*, Vol. I, 1979, p. 205 ; A. Leuck, « Le statut matrimonial et la vie internationale », *Rapport au 75^e Congrès des Notaires de France*, 1978, Vol. II, p. 1020 et s. ; M. Lienard-Ligny, « Régime matrimonial en droit international privé et la Convention de La Haye du 14 mars 1978 », *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1981, p. 311 ; Y. Loussouarn, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Clunet*, 1979, p. 5 ; A.E. von Overbeck, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Annuaire suisse de droit international*, Vol. XXXIII, 1977, p. 105 ; M. Revillard, « La Convention de La Haye du 14

mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Répertoire du Notariat Defrenois*, 15 mars 1992, n° 5, p. 257 ; N. Watte, « La détermination de la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Journal des Tribunaux*, Vol. 101, 1982, p. 661.

(3) *Clunet* 1992.373, note Laurence Idot.

(4) V. note étude « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 1974, Vol. III, p. 21 et s. et, tout récemment, « Regards sur le droit international privé comparé », Cours général, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 1991.IV, t. 229, p. 194 et s.; sur le droit comparé, v. aussi A. Leuck, « Le statut matrimonial et la vie internationale » précité.

(5) *Clunet* 1972.597, note Ponsard.

(6) Sur les conflits positifs de systèmes, v. notre ouvrage « Regards sur le droit international privé comparé » précité, p. 298 et s., n° 316 et s.

(7) Pour un développement de cette idée, v. « Regards... » précité, n° 337 et s., p. 317 et s.

(8) V. l'état des signatures et ratifications de ces Conventions, ratifiées par la France, dans cette *Revue*, *supra*, p. 169 et s.

(9) Sur les problèmes de répartition, v. notre ouvrage « Regards sur le droit international privé comparé » précité, p. 323 et s.

(10) Wiederkehr, *Jurisclasseur droit international*, article 156, n° 60 et s. 329, 337 ; Droz, *Rép. Dalloz dr. int.*, v° Régimes matrimoniaux, n° 212 et s. ; Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, n° 631-1 ; Loussouarn et Bourel, *Précis* n° 315.

(11) *Clunet* 1988, p. 444, note Huet, cette *Revue* 1988.180, note Lequette ; V. aussi à propos de la contribution aux charges du mariage, article 214 du code civil, les observations de M^{me} M. Simon-Depitre, cette *Revue* 1991, p. 348 et s. ; Wiederkehr, « Problèmes d'actualité en matière de droit international privé des régimes matrimoniaux », *Travaux du Comité français* 1988, p. 223 et s.

(12) V. étude R. de Bottini, cette *Revue* 1972.1 et s.

(13) Cette *Revue* 1973, p. 570.

(14) Hoge Raad, 8 déc. 1976, *NJ* 275, 27 ; *Revue néerlandaise de droit international* 1980.244 ; cette *Revue* 1978.97, note Jessurun d'Oliveira.

(15) A. Huss et A. Weitzel, *Jurisclasseur de droit comparé*, v° Luxembourg (conflits de lois et de juridictions de droit luxembourgeois) n° 41.

(16) Aucune limitation de l'autonomie de la volonté ne transparait dans les arrêts de la Cour de cassation française à propos du choix de la loi applicable. Mais à vrai dire, on serait bien en peine de citer des exemples jurisprudentiels où des époux avaient choisi une loi n'ayant aucun lien avec leurs relations pécuniaires. C'est pourquoi sur le plan pratique des limitations apportées par la convention n'auront guère d'effet puisque les rattachements offerts sont ceux qui en fait étaient déjà retenus dans la pratique notariale.

(17) Le caractère indivisible du régime matrimonial était particulièrement accusé en droit français. C'est pour assurer cette indivisibilité et éviter le morcellement du régime que la jurisprudence française a justifié son refus d'accepter le renvoi de la loi américaine à la loi française de la situation des immeubles et cela bien avant que l'arrêt *Gouthertz* ne le fasse en se fondant sur l'autonomie de la volonté. Sur l'ensemble du problème, voir notre étude «

Rejet du renvoi et tendance à la recherche de la *proper law* en matière de loi applicable au régime matrimonial légal », *Journal des Notaires* 1973.681 et s. et, plus récemment, « Regards sur le droit international privé comparé » précité, n° 330, p. 311.

(18) Sur ce que n'est pas en soi discriminatoire l'application de la loi du mari ou du père ou de la mère en droit international privé, v. notre opinion dans « Regards... » précité, notre 623.

(19) Rapport Von Overbeck, *Actes et documents*, précité, p. 362, n° 149.

(20) Cette liste, qui figure également en note 13 dans l'étude de M^{me} Revillard au *Rép. Notariat* 1992, p. 265, est la suivante : Afghanistan, Albanie, Algérie, Allemagne, Angola, Autriche, Belgique, Bulgarie, Cap Vert, Corée, Egypte, Emirats Arabes Unis, Espagne, Finlande, Grèce, Hongrie, Indonésie, Irak, Italie, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Liechtenstein, Maroc, Pologne, Portugal, Roumanie, Sénégal, Somalie, Suède, Syrie, Tchad, Tchécoslovaquie, Thaïlande, Tunisie, Vatican, Yougoslavie.

(21) V. pour une vigoureuse défense du système de la convergence des solutions, Paul Lagarde, « Une nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », cette *Revue* 1989, p. 267 et s., n^{os} 12 et s.

(22) Sur cette procédure, v. notre article au *Journal des Notaires*, 1972, art. 50.357, p. 14 et M. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, 2^e éd., n° 67 et les réf.

(23) Sur le droit comparé, v. « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé » précité, p. 52, n^{os} 68 et s. et, plus récemment, « Regards... » précité, n^{os} 218 et s.

(24) Sur les difficultés provoquées par la permanence du rattachement, v. en droit comparé, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé » précité, p. 58, n^{os} 78 et s. et *Regards... préc.*, p. 212, n^{os} 220 et s.

(25) Rapport Von Overbeck, *Actes et documents*, précité, p. 345, n° 72. V. le Document de travail n° 37, Proposition de la délégation norvégienne, et sa discussion au Procès-verbal, n° 10, *Actes et documents préc.*, p. 257 et s.

(26) Il est intéressant de noter que notre opinion est partagée en doctrine néerlandaise, v. I.S. Joppe, « Het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 en zijn uitvoering en aanvulling in De Wet Conflictenrecht Huwelijksvermogensregime » (WCH), *Twee Haagse Verdragen*, 1990, p. 36 et s.

(27) Sur le droit interne comparé, v. A. Leuck, « Le statut matrimonial et la vie internationale », 75^e *Congrès des Notaires de France*, La Baule 1978, p. 1020 et s. et M. Revillard, *Droit international privé et pratique notariale*, préc., p. 63, note 39.

(28) V. dans le même sens A. Leuck, étude à la *Semaine juridique*, édition Notariale, 1992.I, p. 278, n° 25.

(29) Selon l'article 55 de la nouvelle loi suisse sur le droit international privé, les époux sont réputés être soumis depuis la date de leur mariage à la loi de leur nouveau domicile. Sur les difficultés provoquées par cette disposition, v. notre ouvrage « Regards... », précité, p. 215, n° 224.

(30) *Saul v. His Creditors*, 16 Am. Déc. 212 (La. 1827); Livermore, *Dissertations on the questions which arise from the contrariety of the positive laws of different States and Nations*, New Orleans 1828, sur l'histoire v. R. De Nova, « The first American book on Conflict of Laws », 8 *American Journal on Legal History*, 136, 1964.

(31) M. Revillard, *Répertoire du Notariat* 1992, p. 270, n^{os} 37 et s. I. Joppe, *op. cit.*, note 25, p. 42. 27

(32) Rapport Von Overbeck, *Actes et documents*, précité, p. 351 et s.

(33) Dans l'ancien système suisse de l'union des biens, le bénéfice de l'union était attribué pour deux tiers au mari et pour un tiers à la femme.

(34) L'exercice ne sera sans doute pas très facile encore qu'on dispose d'un apport de règles récent, mais jugé compliqué par la doctrine. V. « Loi espagnole du 15 octobre concernant la réforme du Code civil en application du principe de non-discrimination en raison du sexe », traduction française dans cette *Revue* 1991.623, et le commentaire nuancé de M^{me} A. Borras.

(35) C'est ainsi qu'en Iran on pourra faire application de la loi sur le respect du statut personnel des Iraniens non chiites du 22 juill. 1933, traduction française dans Makarov, *Recueil de textes concernant le droit international privé*, t. I, Iran, p. 3. Il ne semble pas que ce texte ait été abrogé.

(36) La distribution d'un livret de renseignement en portugais ou en arabe par les administrations françaises d'état civil devrait tenir compte des probables et consternantes réactions que cela susciterait dans certains milieux.