

N° 23

2 JUILLET
2022

SOLUTION NOTAIRE

Hebdo

Spécial DIP

L'OFFICE DU NOTAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- 02** Débats autour de l'office du notaire en droit international privé
Par Estelle Gallant - Inf. 2
- 03** Le notaire, une juridiction ?
Par Fabienne Jault-Seseke - Inf. 3
- 07** Le notaire et la règle de conflit de lois
Par Hugues Fulchiron - Inf. 4
- 11** Réception d'une convention matrimoniale étrangère en France suivie d'un changement de loi applicable et de régime matrimonial
Par Caroline Deneuville, Sophie Chalas-Kudelko et Zoé Ancel-Liogier - Inf. 5
- 17** L'évolution de l'office du juge : quelles conséquences pour la pratique notariale ?
Par Sara Godechot-Patris - Inf. 6

> CAS PRATIQUE

Réception d'une convention matrimoniale étrangère en France suivie d'un changement de loi applicable et de régime matrimonial

Inf. 5



Caroline Deneuve,
notaire à Paris

Sophie Chalas-Kudelko
juriste-consultante en droit international privé
au Cridon-Lyon



Zoé Ancel-Lioyer,
juriste-consultante
en droit international privé
au Cridon-Lyon

LES FAITS

1. Après avoir vécu dix ans en couple, Alex et Florence se sont mariés en août 2020 sans contrat de mariage préalable.

Alex est de nationalité canadienne, résident de la province d'Alberta, il a des enfants d'une précédente union, tous de nationalité et résidence canadiennes.

Florence est de nationalité française, résidente en France, elle n'a pas d'enfant.

Depuis leur rencontre et après leur mariage, Florence et Alex ont conservé leur résidence séparée, en France et au Canada, où chacun y exerce sa profession.

Ils ont, trois mois après le mariage, conclu à Calgary, la convention matrimoniale qui n'avait pu être signée avant le mariage.

Cette convention a été établie selon les règles de la province d'Alberta. Ainsi, chaque époux avait son propre conseil, chacun a divulgué son patrimoine et une liste de leurs biens est annexée au contrat.

Sont également annexés à la convention :

- un certificat de chaque conseil attestant avoir donné toutes explications à son client;
- une attestation de chaque époux reconnaissant avoir reçu ces explications et avoir bien compris la teneur du contrat;

- une autre attestation de chaque époux reconnaissant avoir conscience des éventuelles réclamations futures qu'il pourrait faire en vertu du « Family Property Act », de son intention d'y renoncer pour donner effet à l'accord, qu'il déclare exécuter librement et volontairement, sans aucune contrainte de la part de l'autre partie;

- une attestation de chaque avocat confirmant que son client a conscience des réclamations qu'il pourrait faire et qu'il entend bien y renoncer.

2. La convention établie avec effet rétroactif au jour du mariage contient les dispositions suivantes.

Les époux choisissent la loi de la province d'Alberta pour régir cette convention dans toutes ses dispositions, c'est-à-dire celles concernant le régime matrimonial pendant le mariage et celles concernant la dissolution de celui-ci en cas de divorce ou de décès.

Les époux adoptent un régime assimilable à une séparation de biens. Chacun demeure propriétaire des biens qu'il possédait avant le mariage et de ceux qu'il pourrait acquérir pendant celui-ci, chacun administre ses biens.

Ils ont la possibilité d'acquérir des biens en indivision ou en « joint ownership » avec précision, dans ce second cas, qu'au décès le bien sera la propriété du survivant, et en cas de divorce, il appartiendra en indivision aux époux.

Chacun renonce à tout aliment, toute prestation compensatoire, à tout soutien financier en cas de divorce, et généralement à tout droit qui pourrait résulter de la « common law », du principe de fiducie implicite, du principe de « quantum meruit », de l'enrichissement sans cause, de tout droit à compensation, etc.

Chacun renonce à tout droit dans la succession de son conjoint, précision faite que chacun conserve la possibilité de gratifier son époux par testament.

Cependant et nonobstant cette dernière renonciation, il est prévu que Florence recevra une somme de 1 500 000 dollars en cas de décès d'Alex et qu'elle aura un droit via-ger d'habitation de la résidence actuelle d'Alex.

Enfin les époux s'engagent à prendre toutes mesures, à signer tous actes nécessaires pour lui donner pleinement effet.

3. Alex souhaite faire l'acquisition d'une maison en France pour son seul compte. Se pose alors la question de la réception de la convention matrimoniale signée dans la province d'Alberta. Nous examinerons ensuite les dispositions prises pour la dissolution du mariage soit par le divorce, soit par le décès.

LE RAISONNEMENT

LA RÉCEPTION DE LA CONVENTION MATRIMONIALE

4. Pour que la convention matrimoniale d'Alex et Florence puisse être reçue en France et y produise ses effets, il faut qu'elle soit valide en la forme et au fond selon notre droit international, c'est-à-dire selon le règlement européen sur les régimes matrimoniaux (*Règl. UE 2016/1103 du 24-6-2016*), qui s'applique pour ces questions aux époux mariés à compter du 29 janvier 2019 (*Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples. Commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104, dir. S. Corneloup, V. Egéa, E. Gallant et F. Jault-Seseke, éd. Société de législation comparée, Coll. Trans Europe Experts, 2018*).

5. Au fond, les époux ont choisi la loi de la résidence d'Alex comme loi applicable à leur régime matrimonial, ce qui est conforme à ce que permet le règlement (*Règl. 2016/1103 art. 22, § 1-a*). Cette loi régit la validité au fond de la convention (*Règl. 2016/1103 art. 27, g*). Par suite, la convention valide au fond dans la province d'Alberta est également valide en France.

6. Concernant la validité en la forme, le règlement contient, comme la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, deux articles, l'article 23 pour la convention sur le choix de loi, l'article 25 pour la convention matrimoniale.

Les deux instruments prévoient que ces conventions doivent au moins faire l'objet d'un écrit, daté et signé. Mais alors que la convention de La Haye a adopté une position souple, ouverte à la réception, le règlement s'avère plus restrictif.

Les articles 12 et 13 de la convention de La Haye prévoient que le contrat de mariage et la désignation de loi (quand elle résulte d'une stipulation expresse) sont

régis par la loi du régime ou celle du lieu où le contrat a été passé ou la désignation faite. Ce qui assure très généralement une validation.

Les articles 23 et 25 du règlement expriment une autre voie : outre l'écrit, daté et signé, il y a lieu de faire respecter les règles formelles de l'État membre de résidence des époux ou même de l'un d'entre eux. Ainsi, les deux articles contiennent cette même disposition : si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour les conventions matrimoniales, ces règles s'appliquent.

7. Florence ayant sa résidence habituelle en France au moment de la signature de la convention, il était nécessaire, pour que le contrat soit valide en France, de faire application de l'article 1394 du Code civil : toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultané de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires.

Autrement dit, la convention, n'ayant pas été conclue par acte notarié, n'est pas valide en la forme en France.

8. Le règlement prévoit par ailleurs qu'à défaut de choix de loi, la loi applicable à la convention matrimoniale est la loi de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage, à défaut, la loi de la nationalité commune au moment du mariage, et à défaut la loi de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances (*Règl. 2016/1103 art. 26*).

Interrogés sur ce dernier rattachement, les époux ont immédiatement répondu qu'ils n'étaient pas en mesure d'indiquer l'État avec lequel ils avaient ensemble les liens les plus étroits. Les époux étaient donc dans une situation d'imprévisibilité quant à leur régime matrimonial. Il y avait un risque qu'ils soient, en France, considérés comme mariés sous le régime légal français de la

communauté d'acquêts alors qu'ils avaient choisi un régime séparatiste de la province d'Alberta.

9. Pour écarter ce risque, les époux ont réitéré en France leur convention matrimoniale par acte notarié.

Cet acte de réitération relate la convention étrangère dans son intégralité après avoir été traduite par un traducteur assermenté en France. La convention étrangère est annexée à l'acte.

Cette figure ne devrait pas être très fréquente mais elle peut se rencontrer comme c'est le cas pour Alex et Florence. Ainsi les articles 23 et 25 du règlement peuvent paraître excessifs en imposant l'acte notarié à peine d'invalidité de la convention. À cet égard,

M. Wautelet s'interroge sur la possibilité de sauver la convention étrangère si le respect des conditions imposées dans l'État de signature confère à celle-ci l'équivalent fonctionnel d'une convention reçue par acte authentique (*A. Bonomi et P. Wautelet : Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n°s 2016/1103 et 2016/1104, éd. Bruylant, 2021, p. 758*).

LES DISPOSITIONS POUR LE CAS DE DISSOLUTION DU MARIAGE

10. Il est très fréquent dans les États de common law de prévoir dans la convention matrimoniale des dispositions pour le cas de dissolution du mariage, que cette dissolution intervienne par le divorce ou par le décès. C'est d'ailleurs souvent l'objet essentiel de la convention matrimoniale.

11. Ce n'est pas le cas en France où la matière est régie par le titre V du livre III du Code civil : « du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux ». L'article 1387 pose en principe la liberté des conventions matrimoniales, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs « ni aux dispositions qui suivent ». Ainsi l'article 1389 prévoit que sans préjudice des libéralités faites selon les règles prévues par le Code civil, les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions.

Toutefois, comme le précisent les articles 1390 et suivants, les époux peuvent stipuler qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un d'eux, le survivant aura la faculté d'acquérir ou de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prédécédé.

12. S'agissant du divorce, le même titre V ne contient que quelques dispositions : notamment l'article 1397-1 qui précise que les conventions passées par les époux en instance de divorce ne sont pas régies par l'article 1397 concernant le changement de régime matrimonial (mais par l'article 265-2 qui permet alors aux époux de passer toutes conventions concernant la liquidation et le partage de leur régime matrimonial); l'article 1476, lequel édicte que si la communauté est dissoute par divorce, l'attribution préférentielle prévue au titre des successions applicable au partage de communauté n'est alors plus de droit.

13. Suivant ces règles, les contrats de mariage français sont généralement établis afin de choisir tel ou tel régime matrimonial prévu par le Code civil (ou en dehors du Code s'agissant de la société d'acquêts), afin de régir en conséquence les questions de propriété et d'administration des biens, les récompenses ou créances entre époux en cas de transfert de bien d'un patrimoine à l'autre. Ils contiennent des clauses d'attribution ou d'acquisition des biens du prédécédé, de préciput ou d'attribution inégale (ou totale) de la communauté en cas de dissolution par le décès, etc.

Mais dans la pratique actuelle, ils ne contiennent pas de clause concernant la dévolution des biens par succession proprement dite, matière régie par les titres I et II du livre III du Code civil concernant les successions et les libéralités, et encore moins de clause d'attribution de biens à titre de prestation compensatoire en cas de divorce, matière régie au titre VI qui lui est consacré, clause non permise comme indiqué ci-après.

14. On retrouve cette distinction dans le règlement Régimes matrimoniaux qui exclut de son champ d'application tant les obligations alimentaires que la succession du conjoint prédécédé (*Règl. 2016/1103 art. 1, § 2-c et d*), lesquelles sont régies par d'autres instruments européens comme le précise le considérant 22 : les obligations alimentaires

entre époux par le règlement CE 4/2009 du 18 décembre 2008, la succession par le règlement UE 650/2012 du 4 juillet 2012. C'est donc au regard de ces règlements applicables « erga omnes » (*A. Bonomi et P. Wautelet, ouvrage précité, p. 134 concernant le règlement Aliments*) que vont être appréciées les dispositions de la convention d'Alex et Florence concernant la renonciation à tout droit en cas de divorce et celles concernant leur succession.

La renonciation à tout droit en cas de divorce

15. Comme on l'a exposé plus haut, la renonciation en cas de divorce prévue par la convention des époux couvre l'ensemble des droits auxquels ils pourraient prétendre dans cette hypothèse de dissolution du régime. Il faut donc distinguer les droits qui relèvent du régime matrimonial (un droit de créance pour la participation à l'acquisition d'un bien, par exemple) de ceux qui relèvent des obligations alimentaires (une prestation compensatoire), appréciation particulièrement difficile et subtile d'autant plus qu'en droit d'Alberta comme dans la plupart des États appliquant la common law, cette distinction n'existe pas vraiment.

Lorsqu'un juge est chargé du divorce, il est tenu d'appliquer la règle sacro-sainte de l'équité pour le partage des biens, sans faire de distinction entre l'attribution qui relève de la distribution des biens au titre du régime (dans notre cas assimilable à une séparation de biens) de celle qui relève de l'obligation alimentaire, de la prestation compensatoire (*D. Eskenazy et I. Amar, L'impossible existence du concept de « régime matrimonial » dans les pays de common law ou comment faire entrer un « cercle » dans un carré ? : AJ Famille 2020 p. 167*).

16. Pour faire cette analyse permettant de distinguer ce qui relève du régime matrimonial de ce qui relève de l'obligation alimentaire, on peut se référer aux arrêts « de Cavel II » (*CJCE 6-3-1980 aff. 120/79*) et « van den Boogaard » (*CJCE 27-2-1997*

aff. 220/95) (*A. Bonomi et P. Wautelet, ouvrage précité, p. 134 et 296*). Il en résulte qu'un transfert de biens relève de l'obligation alimentaire s'il est destiné à assurer l'entretien d'un époux dans le besoin ou si les besoins et les ressources de chacun des époux sont pris en considération pour déterminer son montant.

Ainsi, la renonciation d'Alex et Florence à tout droit en cas de divorce peut rentrer en tout ou partie dans le champ de l'obligation alimentaire, auquel cas elle est régie par le règlement Aliments (*Règl. CE 4/2009 du 18-12-2008*), lequel renvoie en ce qui concerne la loi applicable (*art. 15*) au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 pour les États membres liés par cet instrument, ce qui est le cas de la France.

17. Concernant la désignation de la loi applicable, les parties peuvent choisir la loi de la nationalité ou de la résidence d'un époux au moment de la désignation ou la loi régissant leurs relations patrimoniales ou leur divorce (*Protocole La Haye art. 8, § 1*). Le choix de la loi de la province d'Alberta effectué par Alex et Florence est donc valide en France.

Mais ce même article édicte aussi que « nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'État de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier peut renoncer à son droit à des aliments » (*Protocole La Haye art. 8, § 4*).

Il faut également noter le garde-fou suivant : « À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties » (*Protocole La Haye art. 8, § 5*).

18. Selon le droit positif français, on ne peut renoncer par avance à une prestation compensatoire qui serait due en cas de divorce. Ceci résulte de deux arrêts rendus par la Cour de cassation en 2004

||
Si le divorce est prononcé en France, la renonciation à toute prestation compensatoire ne pourra pas produire ses effets

||

(Cass. 1^e civ. 3-2-2004 n° 01-17.094 : Bull. civ. I n° 30) et 2015 (Cass. 1^e civ. 8-7-2015 n° 14-17.880 FS-PB).

Dans le premier, la Cour considère que dès lors qu'aucune instance en divorce n'est engagée, les époux ne peuvent valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire. Une telle transaction est nulle de plein droit. Nous sommes donc en présence d'un droit indisponible.

Dans le second, la Cour casse l'arrêt d'appel qui a retenu que l'épouse avait renoncé à toute prestation compensatoire dans le contrat de mariage allemand, alors qu'il lui incombait de rechercher, de manière concrète, si les effets de la loi allemande n'étaient pas manifestement contraires à l'ordre public international français.

Si le divorce est prononcé en France, la renonciation de Florence à toute prestation compensatoire ne pourra donc pas produire ses effets. Les parties en ont été informées et l'article 8 du protocole de La Haye a été reproduit dans l'acte notarié après la réitération de la convention matrimoniale.

Les dispositions relatives à la succession

19. Rappelons que les époux ont choisi expressément la loi de la province d'Alberta pour régir ces dispositions. Les époux renoncent à tout droit dans la succession de leur conjoint. Néanmoins Florence, moins fortunée qu'Alex, reçoit au décès de son époux une somme forfaitaire ainsi qu'un droit d'usage viager de sa résidence actuelle. Ces dispositions constituent un « pacte successoral » conformément à la définition qui en est donnée à l'article 3 du règlement Successions (Règl. 650/2012 art. 3, § 1-b) et à l'interprétation de la Cour de justice (CJUE 9-9-2021 aff. 277/20).

20. La validité en la forme de cette « disposition à cause de mort » (Règl. 650/2012 art. 3, § 1-d) est régie par l'article 27 qui prévoit tout un panel de lois pour admettre cette validité. Ainsi, la loi d'Alberta peut régir la validité formelle comme étant la loi de l'État de conclusion, également loi de la nationalité et de la résidence d'Alex. Par suite la convention valable en la forme selon le droit d'Alberta l'est également en France.

21. S'agissant de la validité au fond, les parties peuvent choisir comme loi régissant sa recevabilité, sa validité au fond et ses effets

contraignants, la loi que l'une des personnes dont la succession est concernée aurait pu choisir en vertu de l'article 22, soit la loi de la nationalité de l'un des époux (Règl. 650/2012 art. 25, § 3). Le pacte régi par la loi d'Alberta, unité territoriale avec laquelle Alex a les liens les plus étroits (Règl. 650/2012 art. 36, § 2-b), est donc également valide au fond et pourra produire ses effets en France.

22. Dans la situation actuelle, le nouveau droit de prélèvement compensatoire prévu à l'article 913 du Code civil français ne devrait pas pouvoir perturber les prévisions des époux. Florence de nationalité et résidence françaises n'a consenti aucune libéralité à son conjoint, lequel n'est pas protégé par les dispositions de cet article. Alex et ses enfants sont, quant à eux, de résidence et nationalité canadiennes.

LES FAITS

23. Alex et Florence, après de nombreuses années, décident de s'installer en France dans la maison qu'Alex avait acquise voilà longtemps.

N'ayant plus vraiment de liens avec le Canada, ils s'interrogent sur la nécessité de maintenir leur « prenuptial agreement ». Qui plus est, Alex s'étant brouillé avec ses enfants souhaiterait aujourd'hui favoriser Florence dans l'hypothèse où il décéderait en premier.

Ils ont entendu parler du régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant.

Ils retournent donc chez le notaire qui les avait reçus lors de l'acquisition pour lui demander conseil.

LE RAISONNEMENT

CHANGEMENT DE LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL

24. Les époux avaient figé la loi applicable à leur régime matrimonial par la signature de leur prenuptial agreement, assimilé, avec toutes les précautions évoquées au préalable, à un contrat de mariage et dans la mesure où l'on pouvait déduire des termes de ce contrat un choix au profit de la loi de la province d'Alberta.

Ainsi, l'adoption du régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au conjoint survivant relevant de

la loi française suppose qu'au préalable, les époux changent la loi applicable à leur régime matrimonial.

Depuis le 29 janvier 2019, tout acte de changement de la loi applicable au régime matrimonial doit obéir aux dispositions du règlement européen sur les régimes matrimoniaux (Règl. 2016/1103 art. 69, § 3).

Est-il possible de changer de loi au profit de la loi française ?

25. Ainsi, un changement de loi au profit de la loi française suppose (Règl. 2016/1103 art. 22, § 1) :

- qu'une loi étrangère soit actuellement applicable au régime matrimonial;
- qu'il existe un critère de rattachement avec la France : soit par la nationalité de l'un ou l'autre des époux soit par la résidence habituelle de l'un ou l'autre au moment de la conclusion de la convention.

Le règlement réduit ainsi l'autonomie de la volonté des époux quant au choix de la loi applicable à leur régime matrimonial. Mais dans la mesure où Alex et Florence résident désormais habituellement en France, ils peuvent changer de loi applicable et désigner la loi française.

Attention

Depuis le 29 janvier 2019, il n'est plus possible de changer la loi applicable au profit de la loi du lieu de situation pour les immeubles ou certains d'entre eux. Le morcellement n'est plus permis contrairement à ce qu'autorisait la convention de La Haye du 14 mars 1978.

À quel moment le changement de loi peut-il intervenir ?

26. Comme dans le cadre de la convention de La Haye de 1978, le changement de loi applicable peut intervenir à tout moment après la célébration du mariage.

La modification de la loi applicable suppose qu'il existe encore un élément d'extranéité.

Par exemple, un couple de Français, sans double nationalité, marié à Las Vegas et établissant sa première résidence habituelle en France est soumis au régime légal français. Les époux ne peuvent pas changer de loi applicable à leur régime matrimonial une fois revenus en France.

Quelle est la portée temporelle du changement de loi ?

27. Sauf convention contraire des époux, le changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage n'a d'effet que pour l'avenir (*Règl. 2016/1103 art. 22, § 2*). Par ailleurs, un changement rétroactif de la loi applicable résultant de la convention des époux ne porte pas atteinte aux droits des tiers (*Règl. 2016/1103 art. 22, § 3*). C'est donc une question importante à aborder avec les clients : veulent-ils que le changement soit rétroactif ? Cette rétroactivité sera-t-elle efficace ?

En l'absence de clause de rétroactivité, il sera nécessaire de procéder à deux liquidations, pour chacune des masses soumise à une loi différente.

28. L'absence de rétroactivité. Par principe, le changement de loi ne vaut que pour l'avenir, laissant à la loi initialement compétente une place pour régir les relations patrimoniales nouées avant la modification. En l'absence de clause de rétroactivité, chacune des masses devra être liquidée le moment venu selon la loi qui lui est applicable.

Notamment au moment du divorce, la double liquidation permettra de déterminer s'il doit y avoir lieu à versement d'une prestation compensatoire puis, le cas échéant, de déterminer le montant de cette prestation compensatoire (*C. civ. art. 270 et 271*) pour autant que la loi française soit applicable à ces questions. Dans cette optique, il est recommandé, en l'absence de clause de rétroactivité, d'établir préalablement au changement de loi un inventaire des biens des époux afin d'avoir une photographie exacte de leur patrimoine à la date de mutation.

29. La rétroactivité dans les relations entre époux. Afin que les époux prennent une décision éclairée relativement à la rétroactivité du changement de loi, il serait de bonne pratique de proposer des simulations avec liquidation du régime unique ou des deux régimes consécutifs. Cela est particulièrement conseillé lorsque le régime matrimonial des époux est soumis à la loi française et que les époux veulent choisir un régime légal séparatiste de manière rétroactive.

30. La rétroactivité et les droits des tiers. Imaginons qu'Alex ait acheté le bien à l'aide d'un emprunt immobilier avec une

hypothèque conventionnelle prise sur le bien acheté, hypothèque qu'il avait signée seul bien évidemment.

Puis, six ans après avoir procédé, avec Florence, au changement rétroactif de la loi applicable au régime matrimonial, avec désignation de la loi française, Alex cesse de rembourser son prêt.

Logiquement, la banque prononce la déchéance du terme et délivre un commandement de payer valant saisie.

Alex, bien informé du fonctionnement du régime de communauté français, oppose la nullité du commandement : la banque ne peut saisir un bien commun en l'absence de consentement exprès de l'autre conjoint à l'emprunt (*C. civ. art. 1415*).

L'argument d'Alex ne devrait pas prospérer puisque, comme indiqué, le changement rétroactif de la loi applicable au régime matrimonial ne peut jamais porter atteinte aux droits des tiers.

Selon quelle forme le changement de loi devra-t-il être effectué ?

31. En raison de la localisation de la résidence habituelle de Florence et Alex en France, l'acte portant changement de loi applicable à leur régime matrimonial doit nécessairement revêtir la forme d'une convention matrimoniale, laquelle est régie par l'article 1394 du Code civil, conformément aux dispositions du règlement qui imposent que les règles formelles supplémentaires de l'État membre où se trouve la résidence habituelle des deux époux soient respectées (*Règl. 2016/1103 art. 23, § 2*).

Comment assurer la publicité du changement de loi applicable ?

32. La loi applicable au régime matrimonial régit les effets de ce régime entre l'un des époux et les tiers (*Règl. 2016/1103 art. 27, f*). Toutefois, un tiers ne peut se voir opposer la loi du régime matrimonial que s'il en a eu connaissance ou s'il aurait dû en avoir connaissance « en faisant preuve de la diligence voulue » (*Règl. 2016/1103 art. 28, § 1*). Il y a présomption de connaissance par le tiers de la loi applicable au régime matrimonial notamment lorsque l'un des époux s'est conformé aux « obligations en matière de publicité ou d'enregistrement du régime matrimonial » prévues par la loi de l'État où l'époux contractant et le tiers ont leur résidence habituelle (*Règl. 2016/1103 art. 28, § 2-b*).

33. En France, la publicité du régime matrimonial est assurée :

- par l'énonciation dans l'acte de mariage que les époux ont déclaré qu'il a été fait ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage (*C. civ. art. 76, 8°*) ou qu'ils ont fait un acte de désignation de la loi applicable (*C. civ. art. 76, 9°*), étant ici précisé que cette dernière disposition fait toujours référence à la convention de La Haye ;
- par la mention en marge de l'acte de mariage que le régime matrimonial a été modifié (*C. civ. art. 1397, al. 6*) ;
- et, le cas, échéant, par les formalités de publicité foncière.

On retiendra également les formalités de publicité spécifiques en matière internationale, intégrées par le décret 98-508 du 23 juin 1998 au Code de procédure civile (*art. 1303-1 à 1303-6*). L'application de ces formalités dans le cadre du règlement ne semble poser aucune difficulté, même si elles ont été insérées en contemplation de la convention de La Haye.

Attention

Une modification du régime matrimonial ne doit être publiée aux services de publicité foncière que dans la mesure où elle a pour effet d'attribuer à l'autre époux des droits réels dont il se trouvait dépourvu (*CA Paris 20-10-2005 n° 05/09277 : AJ Famille 2006 p. 165 obs. P. Hilt*). C'est notamment le cas lorsqu'un bien appartenant personnellement à l'un des époux est apporté à une communauté d'acquêts ou une communauté universelle.

Dans le cas d'Alex et Florence, il sera nécessaire de procéder aux formalités de publicité foncière s'ils entendent que le bien initialement acheté par Alex seul, et sur lequel Florence ne disposait d'aucun droit réel, entre dans la communauté par un acte d'apport. Ces formalités sont fortement conseillées aussi lorsqu'une clause de rétroactivité est insérée dans l'acte de changement de loi applicable.

34. L'article 1397 du Code civil français relatif au changement de régime matrimonial n'est pas applicable dans le cadre d'un simple changement de loi applicable au régime matrimonial, même en présence d'enfants mineurs. Aucune publication dans

un journal d'annonces légales n'a lieu d'être opérée ni aucune homologation judiciaire demandée.

Rappelons que les règlements européens sont directement applicables dans tous les États membres (à l'exception de ceux qui exercent «l'opt out» ou qui ne participent pas à la coopération renforcée). Ils y produisent des effets immédiats. Aucune formalité nationale d'insertion ou de transposition de leurs dispositions dans l'ordre interne des États membres n'est nécessaire. Elle est même interdite.

Lorsque des époux désignent ou modifient la loi applicable à leur régime matrimonial au profit du régime légal de la nouvelle loi sur le fondement du règlement 2016/1103, seules les modalités de désignation prévues par ce règlement doivent donc être respectées.

CHOIX D'UN RÉGIME MATRIMONIAL DANS LA CONVENTION DE CHANGEMENT DE LOI APPLICABLE

Convention de La Haye du 14 mars 1978

35. Lors d'un changement de loi applicable au cours du mariage, est-il possible de choisir la nature du régime matrimonial ?

La question avait été également posée en son temps à propos de l'article 6 de la convention de La Haye du 14 mars 1978. À l'époque, la doctrine avait adopté la position suivante : le changement de loi a pour effet certain de rendre applicable le régime légal de la loi choisie. Le choix d'un régime conventionnel n'est possible que dans la mesure où la loi choisie le permet et dans les conditions fixées par celle-ci.

L'adoption de la loi 97-987 du 28 octobre 1997 a permis une interprétation plus souple de l'article 6.

Tout d'abord, l'article 1397-2 du Code civil introduit par cette loi rend expressément inapplicables les dispositions de l'article 1397 du même Code lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime

matrimonial « en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, faite à La Haye le 14 mars 1978 ».

En outre, le dernier alinéa de l'article 1397-3 introduit par la même loi dispose que : « À l'occasion de la désignation de la loi applicable, avant le mariage, ou au cours de celui-ci, les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux ».

Règlement européen Régimes matrimoniaux

36. Silence du texte. Le règlement européen, pas plus que la convention de La Haye avant lui, n'apporte de précision quant à la possibilité de choisir un régime conventionnel dans l'acte de changement de loi applicable au régime matrimonial.

Le règlement précise cependant que la loi applicable au régime matrimonial régit la validité au fond des conventions matrimoniales (*Règl. 2016/1103 art. 27, g*). Il appartient donc à la loi du régime matrimonial de régir les conditions de fond des conventions matrimoniales, que celles-ci soient conclues préalablement au mariage ou au cours de l'union.

Si l'on prend l'exemple d'une désignation de loi au profit de la loi française, c'est cette loi qui régit les conditions de fond de la convention matrimoniale souhaitée par les époux. Il convient dès lors de se référer aux articles 1387 à 1399 du Code civil.

Pour autant, devrait-on faire application des dispositions de l'article 1397 ?

C'est une question qui reste débattue aujourd'hui.

37. Position du Cridon Lyon. Nous exposons ici la position prise par le Cridon Lyon, en l'absence de jurisprudence à ce sujet et de véritable consensus de la part des auteurs. Nous nous conformons, par ailleurs, à la position prise par la circulaire de présentation des dispositions des règlements 2016/1103 et 2016/1104 (*Circ. JUSC1911990C du 24-4-2019*).

L'article 1397 du Code civil ne s'applique qu'à la modification ou au changement de régime matrimonial au cours du mariage.

Or, dans le contexte international, l'inclusion de la convention matrimoniale dans la convention de changement de loi applicable ne saurait s'analyser comme un changement de régime matrimonial en raison, principalement, de la simultanéité des actes. En effet, le régime légal français n'a jamais vocation à s'appliquer de sorte que l'on ne peut pas être dans l'hypothèse d'un changement de régime de droit interne.

38. Précisons enfin, si besoin est, que la notification aux enfants, pas plus que la publication dans un journal d'annonces légales, ne constituent des conditions de validité au fond de l'acte de changement. Du reste, l'absence de notification ou de publication n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte (contrairement à l'absence de liquidation lorsque celle-ci est nécessaire). Il faut cependant avoir conscience que le délai d'opposition des enfants et des créanciers est laissé en suspens telle une épée de Damoclès.

Il en résulte qu'un éclaircissement rapide de ce point serait le bienvenu pour apporter toute la sécurité juridique dont ont besoin les notaires rédacteurs et leurs clients.

39. Bibliographie. A. Bonomi et P. Wautelet : Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) n^{os} 2016/1103 et 2016/1104, éd. Bruylant, 2021.

S. Corneloup, V. Egéa, E. Gallant et F. Jault-Seseke : Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples. Commentaire des règlements 2016/1103 et 2016/1104, éd. Société de législation comparée, Coll. Trans Europe Experts, 2018. U. Bergquist, D. Damascelli, R. Frimston, P. Lagarde et B. Reinhartz : Commentaire des règlements européens sur la liquidation des régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés, éd. Dalloz, Coll. Commentaire Dalloz, 2018.

H. Péroz, Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux : JCP N 2016 n° 1241.

É. Fongaro, Le choix de la loi applicable au régime matrimonial : Dr. famille 2017 dossier 31.