

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

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

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

COMMISSION EUROPÉENNE  
Direction générale Justice et Affaires intérieures  
Unité A3 Coopération judiciaire en matière civile  
**Offre n ° JAI/A3/2001/03**

**ÉTUDE SUR LES REGIMES MATRIMONIAUX  
ET LE PATRIMOINE DES COUPLES NON MARIÉS  
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET EN DROIT INTERNE**

**FRANCE**  
**ADDENDUM**

---

TMC Asser Instituut  
Tel 00 31 (0)70 34 20 300  
Fax 00 31 (0)70 34 20 359  
[consultancy@asser.nl](mailto:consultancy@asser.nl)

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

NOTE DE SYNTHÈSE DE DISCUSSIONS AVEC DES PRATICIENS FRANÇAIS SUR  
LES PRINCIPAUX MÉRITES ET DÉFAUTS DE LA CONVENTION DE LA HAYE SUR  
LA LOI APPLICABLE AUX RÉGIMES MATRIMONIAUX

Nous faisons ici une sorte de synthèse de discussions très libres avec plusieurs professionnels français, spécialement dans le monde notarial. Cette synthèse n'a aucune prétention de rigueur scientifique. Elle tente plutôt de saisir quelques convergences significatives dans des opinions diverses.

I / Ces discussions ont surtout porté sur la loi applicable au régime matrimonial car, s'agissant des rapports pécuniaires entre membres de couples non mariés, le droit français, interne et international privé, est encore en formation. Il est clair en effet que s'agissant des couples non mariés, tout ou presque en droit français reste à construire, et cela, répétons-le, aussi bien en droit interne qu'en droit international privé. Certes, le droit interne connaît désormais une forme de partenariat enregistré, avec la création d'un pacte civil de solidarité par la loi du 15 novembre 1999. La même loi a du reste introduit pour la première fois une définition du concubinage dans le Code civil. Cependant et pour importante qu'elle soit, cette loi du 15 novembre 1999 souffre de graves maladresses ou ambiguïtés de rédaction, qui sont d'ailleurs le reflet d'ambiguïtés et de contradictions au fond. Il faut donc attendre qu'un patient et très important travail jurisprudentiel lui donne des contours plus clairs. Cette oeuvre en est seulement à ses tout débuts.

Telle est la situation en droit interne et a fortiori en droit international privé. Pour l'heure il est en effet trop tôt pour pouvoir assurer avec certitude que le Pacs est un élément du statut personnel et qu'à ce titre il doit relever de la loi nationale des partenaires, à moins que ce soit, ce qui serait sans doute préférable, de la loi de leur résidence habituelle, ou d'une combinaison, sans doute alternative, de l'une et de l'autre. Il faut bien dire qu'en l'état des recherches actuelles, la pratique a manifestement beaucoup de difficultés à suivre des orientations précises et qu'elle souhaite expressément qu'en effort substantiel soit fait, à l'échelle des pays de l'Union Européenne, dans le sens d'un rapprochement voire d'une convergence des législations des Etats membres en la matière. Il ne servirait pas en effet à grand chose d'harmoniser les règles de conflits de lois si les législations nationales restaient trop éloignées les unes des autres.

II / S'agissant des rapports pécuniaires des époux mariés, la Convention de la Haye du 14 mars 1978, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, a passé dans les trois pays ratifiants, et singulièrement en France, le cap des dix ans depuis son entrée en vigueur. C'est l'occasion de faire un premier bilan sérieux, quoique certes provisoire, de son application, et de ce que les praticiens – magistrats, avocats, enfin et peut-être surtout notaires – peuvent déjà considérer comme ses forces et ses faiblesses, ses avantages et ses inconvénients. Or ce bilan est d'autant plus intéressant qu'il est en France assez surprenant. On a en effet le sentiment que la Convention passe en définitive assez bien dans ses dispositions qui sont pourtant les plus éloignées des dispositions françaises antérieures et que c'est plutôt dans sa recherche, pourtant bien intentionnée, de la solution la plus adaptée à la solution concrète qu'elle est le plus souvent critiquée.

A / Au premier titre, s'agissant des aspects positifs du bilan, ni le changement volontaire de la loi applicable au régime matrimonial, tel qu'il est prévu à l'article 6 de la Convention, ni la possibilité de choisir une loi propre, celle du lieu de leur situation, pour les immeubles, ne paraissent soulever d'objection fondamentale en France. La pratique, spécialement la pratique notariale, en souligne au contraire les avantages particuliers.

A. 1. Le changement volontaire de la loi applicable au régime matrimonial est certes dans l'esprit d'une époque qui comprend mieux la souplesse et la flexibilité que la fixité et l'immutabilité. Du reste cette faculté s'inscrit dans une perspective de liberté contractuelle qui n'est plus guère aujourd'hui discutée au contrat de mariage, même si, pour combien de temps encore ?, le droit interne français continue à soumettre le changement de régime matrimonial à homologation judiciaire.

A ces considérations, il faut en ajouter une autre, toute pratique. Dans l'hypothèse en effet où le régime matrimonial initial des époux reste incertain, quand il n'ont pas fait de contrat de mariage ni désigné la loi applicable et que la localisation d'une éventuelle première résidence habituelle commune est elle-même problématique, le choix d'une loi « nouvelle » peut en définitive apparaître comme le moyen le plus simple pour les époux de clarifier et d'assainir leur situation.

Bien entendu l'accueil finalement favorable réservé à cette possibilité de changement volontaire de la loi peut aussi s'expliquer par la considération que, ce faisant, la Convention de la Haye a en définitive confirmé la qualification contractuelle du régime matrimonial et de

la sorte rejoint, tout en l'amplifiant, la solution traditionnelle du droit international privé français.

A. 2. C'est en revanche en sens clairement contraire à la solution française traditionnelle que s'inscrit la possibilité pour les époux, offerte par le dernier alinéa de l'article 3 de la Convention, de désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux la loi du lieu où ces immeubles sont situés, cette désignation pouvant du reste se faire aussi bien au moment du mariage qu'en cours de mariage. C'est l'abandon du principe d'indivisibilité du régime matrimonial, qui désormais peut relever de lois différentes si du moins les conjoints choisissent la loi de la situation pour les immeubles.

On sait que cette disposition est inspirée des droits anglo-saxons et particulièrement du droit américain, qui autorisent très largement un tel découpage. Rien de tel dans la solution française antérieure, qui en tenait ferme pour l'indivisibilité du régime matrimonial et qui s'était même construite, dans le lointain XVI<sup>ème</sup> siècle de ses origines, contre le statut réel et la loi singulière de la situation de chaque bien. La fameuse consultation de Dumoulin, rendue en 1525 et qui est rappelée par tous les ouvrages français contemporains, a permis précisément d'éviter le morcellement du statut réel, en voyant dans le régime matrimonial un contrat, explicite ou tacite selon les cas, relevant d'une seule loi.

On aurait donc pu s'attendre à ce que la pratique française réagisse assez vivement à ce dispositif nouveau. Or ce n'est pas vraiment le cas. Bien au contraire, plusieurs notaires de la Région Aquitaine nous ont signalé pratiquer relativement fréquemment cette possibilité ou du moins songer à le faire, notamment à la demande de clients britanniques dont l'essentiel du patrimoine est situé au Royaume-Uni mais qui ont acquis ou entendent acquérir un immeuble en France. Si leur régime matrimonial est généralement séparatiste, ils sont tentés ou se voient conseiller pour cet immeuble de choisir plutôt la loi française et avec elle un régime très fortement communautaire, ainsi de la communauté universelle avec attribution de l'intégralité de la communauté, en l'occurrence le seul immeuble situé en France, au survivant. Ainsi peuvent-ils notamment éviter ou du moins renvoient-ils à la génération suivante l'imposition française, qu'ils trouvent lourde, sur les mutations par décès. On voit donc tout le bénéfice d'une telle opération, qui ne nous a pas semblé être réellement redoutée par les notaires français.

Tout au plus ceux-ci peuvent-ils parfois estimer que la limitation des lois susceptibles d'être désignées par les contractants est trop étroite. La solution française antérieure était en effet sur

ce point plus libérale, puisque, au moins formellement, elle ne mettait aucune limitation à ce choix. Mais il était bien rare qu'en pratique les époux choisissent une autre loi que celles qui sont aujourd'hui énumérées à l'article 3 de sorte qu'en définitive la différence entre la règle traditionnelle et la règle conventionnelle nouvelle est sans aucun doute plus ténue qu'on ne l'imagine.

II. B. 1. Du côté des ombres car il y en a, la pratique regrette d'abord la trop grande complexité de la solution retenue pour le cas où les parties n'ont pas désigné la loi applicable à leur régime. Certes l'article 4 est en apparence fort clair puisqu'il commence par énoncer qu'à défaut d'une telle désignation, le régime matrimonial est régi par la loi de la première résidence habituelle commune des conjoints. Mais c'est pour réserver aussitôt trois hypothèses dans lesquelles on se réfèrera plutôt à la loi de leur nationalité commune, si elle existe. La troisième de ces hypothèses est aisément compréhensible et à vrai dire elle va de soi puisque c'est le cas dans lequel les époux n'ont pas fixé de résidence habituelle commune. Les deux premières hypothèses en revanche sont extrêmement complexes. La première reconnaît la compétence de la loi de l'Etat de la nationalité commune lorsque celui-ci a fait une réserve en ce sens en ratifiant la Convention ( ce n'est pas le cas de la France mais c'est celui des Pays-bas). Quant à la deuxième, elle s'en tient aussi à la loi de l'Etat de la nationalité commune, mais quand celui-ci n'est pas un Etat contractant, que cependant sa loi est désignée par ses propres règles de conflit et que, de surcroît, les époux ont installé leur résidence habituelle soit dans un Etat qui a fait la réserve citée ci-dessus (les Pays-Bas) soit dans un Etat non partie à la Convention dont les règles de droit international privé conduisent aussi à la loi de la nationalité commune... Ces dispositions partent assurément d'excellentes intentions, celle d'assurer un équilibre entre loi de la résidence habituelle et loi de la nationalité commune, celle encore de désigner pour loi compétente celle qui serait retenue dans tous les systèmes de conflits de lois intéressés. Mais l'on sent qu'ici comme ailleurs, le mieux est décidément l'ennemi du bien ! A quoi il faut ajouter que si les époux n'ont pas non plus de nationalité commune, c'est la loi du pays avec lequel leur régime présente les liens les plus étroits qui sera retenue.

Les praticiens reconnaissent que ces dispositions sont animées de l'excellente intention de déterminer la loi qui a le plus de titres à s'appliquer. Mais ils observent aussi qu'elles embrouillent passablement la situation et que, dans un certain nombre de cas, elles risquent d'empêcher les époux et leurs conseils d'avoir une idée claire de la loi applicable au régime

matrimonial. N'est-ce pas l'exact contraire du but recherché par les rédacteurs de la Convention ?

II.B.2. Une autre source d'incertitudes et de difficultés redoutées par les professionnels est celle qui tient au risque de changement automatique de la loi applicable au régime matrimonial, quand celle-ci n'a pas en effet été choisie par les parties. On sait en effet qu'il peut en être ainsi, aux termes de l'article 7 de la Convention, dès lors que les époux fixent leur résidence habituelle dans le pays de leur nationalité commune, ou qu'ils ont une résidence habituelle dans le même pays après n'en avoir pas eu ou qu'ils ont installé depuis au moins dix ans leur résidence habituelle dans un autre pays que celui où ils avaient fixé leur première résidence habituelle commune. C'est spécialement ce dernier cas qui peut faire difficulté. Maintenant que les dix ans de l'entrée en vigueur de la Convention ont eux-mêmes sonné, cette situation pourrait en effet se développer en pratique et se révéler redoutable, en prenant notamment les époux de court. Certains ménages peuvent en effet ne pas prendre conscience qu'ils ont changé de loi applicable à leur régime et donc parfois de régime matrimonial et de toute façon ce changement, qui n'est pas rétroactif, risque de multiplier les difficultés, à la liquidation finale des rapports pécuniaires entre les époux.

Certes cette disposition a le mérite de vouloir suivre au plus près la réalité du rattachement mais on peut encore ici se demander si ce souci, pour louable qu'il soit, ne se paie pas d'inconvénients bien plus grands. Certains praticiens ne seraient pas éloignés de souhaiter voir disparaître cette mutation automatique.

Jean-Pierre LABORDE

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV