

**RELATIONS BANCAIRES
ET DIMENSION FAMILIALE
QUESTIONS CHOISIES
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

PAR

Patrick WAUTELET

AVOCAT
CHARGÉ DE COURS, ULG

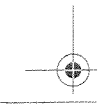
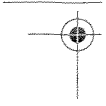
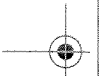


TABLE DES MATIÈRES

I. – LA BANQUE, LES ÉPOUX ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	185
§1. – <i>Le rattachement de principe</i>	187
A. Autonomie de la catégorie «effets du mariage» et interférence des régimes matrimoniaux	187
B. Rattachement en cascade : de la résidence habituelle à la nationalité commune	190
C. Le conflit mobile	194
D. Le droit transitoire	197
E. Les mariages «boiteux» et les relations de partenariat	198
F. L'impact de la loi du régime matrimonial	199
§2. – <i>L'impact des règles spéciales d'applicabilité</i>	201
II. – LA BANQUE ET LE DÉCÈS DU CLIENT	205
§1. – <i>Détermination de la loi successorale</i>	206
§2. – <i>Application strictement territoriale des obligations imposées par la législation fiscale</i>	208
§3. – <i>L'identification des héritiers</i>	209
A. Les différentes étapes du raisonnement	209
B. La pratique	213
1. Les systèmes permettant de rapporter la preuve de la qualité d'héritier	214
2. La valeur des systèmes permettant de rapporter la preuve de la qualité d'héritier à travers les frontières	217
3. Vers un certificat international d'hérédité?	220
§4. – <i>Appréhension des biens du défunt et reconnaissance des pouvoirs d'un administrateur étranger</i>	221
A. Le rôle de la loi successorale et des autres lois	221
B. La reconnaissance des pouvoirs d'un administrateur étranger	223
§5. – <i>Les relations avec les créanciers</i>	226

I. – LA BANQUE, LES ÉPOUX
ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Les relations qu'un établissement bancaire peut entretenir avec un client marié font l'objet, en droit belge, d'un ensemble

de règles précises dont le but est de préserver l'autonomie patrimoniale de chacun des époux tout en garantissant le maintien d'une solidarité familiale inhérente à l'idée d'association conjugale (1). Parmi les règles intéressant la pratique bancaire, il en est deux qui retiennent particulièrement l'attention : d'une part l'article 218 du Code civil, qui confirme l'autonomie dont jouissent en droit belge les époux pour l'ouverture d'un compte de dépôt ou la location d'un coffre et d'autre part l'article 224 du même Code qui permet à un conjoint de solliciter l'annulation d'un acte passé par son époux dès lors qu'il met en péril les intérêts de la famille.

Les établissements bancaires belges ont appris, parfois à leurs dépens, à intégrer ces règles dans leur pratique quotidienne. L'équilibre que cette pratique permet d'atteindre entre efficacité commerciale et respect des règles peut se trouver bouleversé dès lors que la situation spécifique d'un client commande l'application d'une règle de rattachement. Ceci peut être le cas lorsque le client possède une nationalité étrangère ou, s'agissant d'un ressortissant belge, lorsqu'il réside à l'étranger.

Dans ce cas, il s'impose de résoudre préalablement la question du droit applicable. Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, il était pour le moins difficile d'apporter une réponse précise à cette question, notamment en raison des limites, voire même des égarements, de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le Code a permis de clarifier nettement la règle de rattachement pertinente (§1). La solution retenue par le législateur appelle toutefois certains commentaires, notamment sous l'angle du conflit mobile. Par ailleurs, la codification n'a pas résolu de façon définitive la question de l'application immédiate en Belgique de certaines dispositions du régime primaire (§2).

(1) Voy. L'aperçu qu'en donne A. VERBEKE, «De bank en de gehuwde cliënt», in *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, H. BRAECKMANS (éd.), Maklu, 1994, 49-120.

§1. – *Le rattachement de principe*

L'autonomie dont bénéficie chaque époux dans les relations qu'il entretient avec son banquier et son pendant, la possibilité pour le conjoint d'un client de solliciter l'annulation d'un acte qu'il estime être nuisible aux intérêts de la famille, sont sans aucun doute intimement liés à la condition d'époux du client. C'est dès lors de façon naturelle que le droit international privé range ces questions dans la catégorie des effets du mariage.

Cette qualification générale ne permettait pas toutefois de résoudre les nombreuses questions suscitées en droit international privé par la réforme de 1976. Avant d'examiner l'importante clarification apportée par le Code à cette question, il semble opportun d'évoquer brièvement la jurisprudence antérieure au Code pour mieux cerner les contours de la nouvelle règle de rattachement.

A. *Autonomie de la catégorie «effets du mariage» et interférence des régimes matrimoniaux*

L'on sait qu'avant l'adoption du Code de droit international privé, la jurisprudence de la Cour de cassation ne permettait pas de distinguer avec certitude la règle applicable aux effets personnels du mariage de celle visant le régime matrimonial légal ou encore ce que l'on a coutume d'appeler en droit belge le régime primaire. La Cour avait en effet fondé la règle de rattachement applicable à ces trois catégories sur le même prescrit légal, l'article 3 alinéa 3 du Code civil précisant que l'ensemble de ces questions devait être considéré comme concernant l'état des personnes. Pour justifier ce rapprochement de catégories que la doctrine souhaitait aborder de façon autonome, la Cour s'était contentée d'expliquer que tant «le régime de protection découlant d'une disposition comme celle de

l'article 224, §1^{er}, alinéa 4 du code civil belge» (2) que «le régime matrimonial légal auquel sont soumis les époux mariés sans contrat» (3) était «étroitement lié à l'institution du mariage» (4).

Cette jurisprudence semblait d'autant plus nier l'existence d'une catégorie de rattachement autonome regroupant les effets du mariage autres que ceux relatifs au régime matrimonial proprement dit que la Cour avait, en l'absence de nationalité commune des époux, soumis la possibilité pour l'un des conjoints de solliciter l'annulation d'une sûreté personnelle consentie par l'autre à la loi du «premier domicile conjugal» des époux, facteur traditionnellement retenu pour déterminer, dans cette même hypothèse, le régime matrimonial légal. Si l'on ajoute à ceci que la Cour a utilisé dans l'arrêt *Banque Sud Belge* à propos de l'article 224 C. civ. la même formule que celle figurant dans l'arrêt *Eicker*, qui concernait le régime matrimonial légal, l'on comprendra que l'interprète ne pouvait qu'éprouver un sentiment de confusion (5).

(2) Cass. (3^{ème} ch.), 25 mai 1992, *Banque Sud Belge c. Ilardo et consorts*, *Pas.*, 1992, I, 839.

(3) Formule utilisée à la fois dans l'arrêt *Eicker* (Cass., 10 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, 968, conclusions J. VELU et les observations de M. RIGAUX parues in *R.C.J.B.*, 1981, 309 et s. sous le titre «la méthode des conflits de lois à la Cour de cassation») et dans l'arrêt du 9 septembre 1993 (Cass. (1^{ère} ch.), 9 septembre 1993, *Etat Belge, Ministre des Finances, C.W.*, *Pas.*, 1993, I, 665). Dans le premier arrêt, la Cour en déduit que dès lors que les époux ont acquis une nationalité commune par la conclusion du mariage, le régime matrimonial légal «doit être considéré comme concernant l'état des personnes et est en principe soumis à la loi de l'Etat de cette nationalité commune». Dans l'arrêt prononcé en 1993, la Cour a déduit du lien étroit qu'elle décèle entre le régime matrimonial légal et l'institution du mariage que «la détermination de la loi applicable à ses effets patrimoniaux doit être considérée comme définitivement acquise au moment où est consommé le fait générateur de ceux-ci». Voy. aussi l'arrêt *Montanari* : Cass. 16 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, 625 dans lequel la Cour a estimé qu'une demande d'une ex-épouse visant à lui permettre de se maintenir dans le logement familial, bien propre du demandeur et à obtenir une pension à charge de l'ex-époux, «ne pouvaient se concevoir qu'en raison de l'état de mariage qui fut celui des parties depuis la célébration de celui-ci jusqu'à sa dissolution».

(4) Dans l'arrêt *Banque Sud Belge* précité, la formulation adoptée par la Cour de cassation était légèrement différente puisque la Cour y précisait que le régime de protection mis en place par l'article 224 «est si étroitement lié au mariage et à ses effets». Dans un arrêt du 12 décembre 1985 (*Pas.*, 1986, I, 479), la Cour avait déjà précisé, à propos des mesures urgentes et provisoires adoptées par le juge de paix en vertu de l'article 223 C. civ. que «pareille décision doit être prise, en règle, conformément à la loi du statut personnel».

(5) Ce qui n'a pas empêché certains auteurs de livrer des commentaires très éclairants sur cette question. L'on retiendra surtout l'article de N. COPEL, «Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage», *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, 141-179.

Par contraste, le Code de droit international privé présente un ensemble de règles de rattachement aux frontières bien délimitées. Cette nouvelle réglementation repose sur deux piliers : d'une part l'article 48 qui vise de manière générale les « effets du mariage » et d'autre part les articles 49 à 54 qui figurent dans une section indépendante consacrée au « régime matrimonial ». La lecture de ces dispositions ne laisse subsister aucun doute sur la volonté du législateur de faire de l'article 48 la règle générale visant tous les effets du mariage à l'exception des questions intéressant directement le régime matrimonial (6). La description du champ d'application respectif de ces deux catégories (art. 48, §3 et art. 53) permet en outre de confirmer, si besoin en était, que le législateur a entendu soumettre à la règle générale les règles du régime primaire à connotation patrimoniale (7).

L'article 48 constituera dès lors pour l'établissement bancaire la norme de référence permettant d'apporter une réponse aux deux questions évoquées en introduction (8). Ceci n'exclut nullement que la loi du régime matrimonial puisse influencer la résolution de ces deux interrogations, comme on le verra ci-après (*infra*). La distinction conceptuelle mise en place par le Code n'exclut d'ailleurs pas la coïncidence entre la loi du régime matrimonial et celle applicable aux autres effets du mariage – la faveur dont jouit dans le Code le rattachement à la résidence habituelle parée des vertus de la proximité permettra, au contraire, bien souvent d'assurer l'application de la même loi aux deux catégories. Si tout rapprochement n'est pas exclu, il demeure que la division introduite par le Code élimine une source non négligeable de confusion.

(6) C'est en ce sens qu'il faut comprendre la réserve en faveur des articles 49 à 54 qui figure en tête de l'article 48. Voy. également les explications figurant dans l'Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, pp. 76-77, qui évoque à propos de l'article 48, une « catégorie résiduelle ».

(7) En ce sens, C. BARBÉ, « Le nouveau droit international privé belge : mariage et divorce », *J.T.*, 2005, 189, n° 46 ainsi que Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, (647-690), 657-658 et V. DE BACKER et H. JACOBS, « Capita selecta personen- en familierecht in het Wetboek van internationaal privaatrecht », *Not. Fisc. M.*, 2005, (157), 177, n° 54.

(8) L'Exposé des motifs précise d'ailleurs que l'autonomie bancaire des époux constitue également un effet du mariage au sens de l'article 48 : *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, 3-27/1, p. 79.

B. Rattachement en cascade : de la résidence habituelle à la nationalité commune

L'adoption du Code de droit international privé a mis fin au très long règne de l'article 3 du Code civil dont le dernier alinéa imposait l'application de la loi nationale à toutes les questions relatives à l'état et la capacité. Les praticiens ne peuvent que s'en réjouir dans la mesure où le rattachement fondé sur l'article 3, al. 3 ne manquait pas de susciter des controverses dès lors qu'il s'agissait de déterminer la loi applicable au régime primaire. S'il était acquis que des époux possédant la même nationalité étaient soumis aux dispositions de leur loi nationale, la solution était moins certaine dès lors que les époux étaient de nationalité différente – une situation de plus en plus fréquente depuis l'abandon de l'acquisition par l'épouse de la nationalité de son mari (9). Alors que la jurisprudence française avait clairement opté pour l'application territoriale des règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncées par les articles 212 et suivant du Code civil, considérée comme des lois de police (10), la Cour de cassation avait retenu l'application de la loi du « premier domicile conjugal », estimant, à propos du régime de protection découlant de l'article 224, §1^{er}, al. 4 du Code civil, qu'il était « si étroitement lié au mariage et à ses effets que ce régime doit être considéré comme concernant l'état des personnes » (11).

Cette décision avait suscité d'importants commentaires (12), les meilleurs auteurs soulignant que l'arrêt *Banque Sud belge* ne permettait pas de déterminer avec certitude si la Cour

(9) Cette règle figurait encore dans les lois coordonnées du 14 décembre 1932 sur l'acquisition, la perte et le recouvrement de la nationalité dont l'article 4 prévoyait que « l'étrangère qui épouse un belge ou dont le mari devient belge par option suit la condition de son mari ».

(10) Cass. fr. (1^{ère} ch.), 20 octobre 1987, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1988, 540.

(11) Cass. (3^{ème} ch.), 25 mai 1992, *Banque Sud Belge c. Ilardo et consorts*, *Pas.*, 1992, I, 839.

(12) Outre la contribution déjà citée de Mme Coipel, voy. S. NUDELHOLE, « Du nouveau concernant la loi applicable au régime primaire », *J.L.M.B.*, 1992, 938-946; M. LIGNARD-LIGNY, « Conflit mobile et loi applicable aux effets au mariage », *J.L.M.B.*, 1992, 946-947; M.-C. FOBLETS, « Des effets du mariage et de leur rattachement en D.I.P. belge », *Rev. dr. étr.*, 1992, 418 e.s.; I. COUWENBERG, « De wet van toepassing op de nietigverklaring van de persoonlijke zekerheidstelling (art. 224,1,4 BW) », *R.G.D.C.*, 1993, 457-461; N. WATTÉ, « La loi du régime de couples mixtes est-elle définitivement déterminée? », *R.G.D.C.*, 1994, 127-133 et du même auteur une synthèse générale : « Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps », *R.C.J.B.*, 1994, 676-732.

avait entendu ranger le régime de protection instauré par l'article 224, §1^{er} dans la catégorie des effets personnels du mariage ou plutôt dans la catégorie des effets patrimoniaux, la distinction entre ces deux catégories se faisant sentir à l'occasion du conflit mobile (13).

En outre, la solution retenue suscitait plusieurs difficultés : tout d'abord elle imposait aux établissements bancaires la recherche et l'application d'une loi étrangère dès lors que les époux possédaient une nationalité étrangère. Au vrai cette obligation est inhérente à l'adoption de règles de rattachement multilatérales. Plusieurs commentateurs ont toutefois relevé qu'elle imposait aux établissements bancaires une charge non négligeable de travail (14). Ensuite se posait la question de la compatibilité de certaines législations étrangères avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique belge et notamment avec le principe d'égalité entre époux (15). Enfin, des doutes subsistait sur la définition même du domicile conjugal visé par la Cour de cassation, le principal établissement réel des époux ne coïncidant pas nécessairement avec le domicile conjugal mentionné dans les registres de la population (16).

Le Code de droit international privé met fin à ces difficultés. L'article 48 du Code met en effet en place un système de rattachement en cascade qui s'éloigne radicalement de la règle retenue antérieurement. Le premier facteur de rattachement retenu par le Code est celui de la résidence habituelle des époux – qui soit s'entendre, selon l'article 4 du Code, du principal établissement des personnes concernées. La formule retenue par le Code («... l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre des époux ont leur résidence habituelle...») permet de

(13) Voy. en détail, N. WATTÉ, *art. cit.*, *R.C.J.B.*, 1994, (676), spéc. 688-700 ainsi que N. COIPEL, *art. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, 151-153, n° 10.

(14) Voy. surtout M. VERWILGHEN et P. VAN DEN EYNDE, *R.P.D.B.*, Compl. VI, v° Régime matrimoniaux (droit international), pp. 898-899, n° 90. Cons. également F. RIGAUX, «Quelques réflexions sur la loi du 14 juillet 1976. Droit interne et droit international privé», *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, 23-24, n° 34.

(15) M. Verwilghen se demandait par exemple s'il ne serait pas «choquant de voir une femme musulmane travaillant en Belgique dans l'impossibilité d'ouvrir un compte à son nom pour y placer son salaire parce que son mari s'y opposerait en invoquant son droit national, loi du régime matrimonial» (M. VERWILGHEN, «Droit international privé. Questions pratiques relevant du régime primaire», in *Cinq années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, 1982, (333-385), 341, n° 16.

(16) N. COIPEL, *art. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, 157-158, n° 14.

retenir l'application de la loi de l'Etat de résidence des époux même si ceux-ci ne résident plus ensemble – ce qui sera fréquent dans les situations de crise conjugale qui constituent le terrain privilégié d'application de l'article 48.

Il importe de noter que ce critère de rattachement s'impose quelle que soit la nationalité des époux. Deux époux belges qui résident en France ne pourront dès lors prétendre bénéficier de l'application des règles belges (17).

Ce n'est qu'à défaut de résidence des époux sur le territoire d'un même Etat que l'article 48 retient la loi nationale commune des époux. Partant, la perspective est inversée, la nationalité n'assumant qu'un rôle subsidiaire. Il ne faut toutefois pas sous-estimer l'importance pratique de cette règle subsidiaire. Il n'est en effet pas rare que l'un des époux déménage suite à une crise conjugale et s'installe dans un autre Etat, qui sera le plus souvent l'Etat d'origine de cet époux. Dans ce cas, la nationalité commune des époux reprend son emprise. L'on peut imaginer que suite à des difficultés conjugales, une ressortissante belge quitte le domicile qu'elle partageait à Paris avec son conjoint pour s'installer à Bruxelles. Si les deux conjoints possèdent la nationalité belge, l'établissement bancaire devra se conformer à l'article 218 C. civ. lorsque l'épouse nouvellement installée en Belgique souhaite y ouvrir un compte.

Ce n'est qu'à défaut de nationalité commune que l'article 48 impose l'application du droit belge – ce qui traduit à notre sens un attachement certain du législateur belge aux règles figurant aux articles 212 et suivant du Code civil (18).

En privilégiant le rattachement à la résidence habituelle, la volonté du législateur était d'assurer l'égalité entre les couples de nationaux et d'étrangers qui résident sur le territoire national (19). Si l'on applique cette règle aux faits qui ont donné lieu à l'affaire *Banque Sud Belge*, l'on constate que cet objectif

(17) En vertu de l'article 42-4° du Code, les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant notamment les effets du mariage dès lors que les époux sont belges lors de l'introduction de la demande.

(18) L'application à titre subsidiaire du droit belge pour les effets du mariage contraste avec le facteur subsidiaire retenu pour le régime matrimonial. A défaut de résidence et de nationalité commune, l'article 51 du Code retient en effet la loi de l'Etat sur le territoire duquel le mariage a été célébré.

(19) Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénar, 3-27/1, p. 78.

est atteint : dans cette espèce, une banque belge avait accordé une ouverture de crédit à un club sportif belge. Plusieurs époux, belges et italiens, s'étaient portés caution en vue de garantir le remboursement du crédit. Si leurs épouses, belges et italiennes, tenues dans l'ignorance de l'engagement de leur conjoint, devaient demander l'annulation des cautionnements, les juridictions belges n'auraient plus d'hésitation à appliquer l'article 224, §1^{er} du Code civil à l'ensemble des parties puisque tous les intéressés résidaient en Belgique.

Cet exemple illustre ce qui constitue sans doute l'une des conséquences les plus importantes du Code : dans les matières familiales, l'application du droit belge devient la règle. Seuls y échappent les couples belges résidant à l'étranger (20) et les conjoints de même nationalité qui ne résident pas dans le même Etat. Pour la pratique bancaire, cette modification est source de simplification non seulement parce que la règle nouvelle permet d'identifier avec précision les hypothèses susceptibles de conduire à l'application d'un droit étranger, mais aussi parce qu'elle réduit sensiblement la fréquence de ces hypothèses.

L'on peut toutefois se demander si la confiance accordée par le législateur à la résidence habituelle séduira la pratique bancaire. Au contraire de la nationalité ou du domicile, la résidence habituelle – que le Code définit par référence à l'établissement principal de l'intéressé et dont l'existence ne peut être subordonnée à un quelconque enregistrement de l'intéressé auprès des autorités – ne se laisse en effet pas circonscrire à

(20) L'on notera cependant que le Codet permet à ces époux de se soumettre volontairement à la loi belge, que ce soit pour le régime matrimonial qui leur est applicable (art. 49), pour la loi qui régira leur divorce (art. 55, §2) ou encore pour une éventuelle prétention alimentaire (art. 75). Malgré les suggestions en ce sens d'une partie de la doctrine, le Code ne reconnaît pas aux époux la possibilité de choisir la loi applicable aux effets de leur mariage. L'on lit à ce propos dans l'Exposé des motifs que «une faculté d'option en faveur de la loi de la nationalité commune, certes concevable en soi, ne rejoindrait pas le souci du code de prendre en compte le facteur d'intégration que constitue la résidence habituelle commune en présence de flux migratoires. Au demeurant, sous un angle pratique, l'octroi de la faculté d'option peut conduire à affaiblir la position d'une partie. Si l'option devait être effectuée au moment du mariage, c'est-à-dire avant la naissance de tout différend entre époux, le risque d'une pression exercée par l'un des conjoints ou par des membres de l'une des familles sur l'autre est considérable. Pour contrer ce risque, il y aurait alors lieu d'admettre une faculté de modification de l'option à tout moment, mais une telle mutabilité semble contraire à l'esprit qui guide le concept d'option en cette matière» (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 78).

un simple document administratif, tel un extrait des registres de la population. Certes, dans la grande majorité des cas, la résidence coïncidera avec le lieu d'enregistrement constaté dans ce document. L'on sait cependant que cette coïncidence ne se vérifiera pas nécessairement – notamment lorsqu'un conjoint étranger quitte son pays d'origine pour s'installer en Belgique en négligeant de solliciter la radiation de son inscription dans son pays ou encore à l'égard de ces personnes qui partagent leur temps entre deux résidences, l'une pour les mois d'hiver et l'autre pour les mois d'été. Les extraits des registres de la population ne constituent dès lors pas une garantie absolue – qui ne pourrait être obtenue qu'au prix d'efforts considérables, efforts qui seraient peu conciliables non seulement avec les exigences commerciales mais sans doute aussi avec la législation relative à la vie privée. En définitive, il est permis de penser que si discordance il y a entre la réalité de la résidence et soit l'inscription ou l'enregistrement auprès d'autorités, soit les renseignements fournis par le client, ce dernier ne devrait pas pouvoir invoquer cette discordance pour bénéficier de la loi de sa résidence effective dès lors que la banque a vérifié avec soin le ou les documents fournis par le client. En d'autres termes, l'on ne peut faire peser sur la banque les conséquences de l'imperfection ou des insuffisances de l'enregistrement par les autorités du domicile d'une personne. Cette solution se justifie d'autant plus lorsque le client lui-même a négligé d'informer les autorités des modifications intervenues dans sa situation.

C. *Le conflit mobile*

Comme l'ensemble des règles de rattachement du Code, l'article 48 est attentif à l'influence que peut avoir l'écoulement du temps sur la concrétisation du facteur de rattachement retenu. Rompant avec le choix malencontreux effectué par la Cour de cassation dans l'arrêt *Banque sud belge* en faveur de la loi du premier domicile conjugal, l'article 48 précise que la résidence habituelle des époux doit s'apprécier «au moment où ces effets sont invoqués». Ce faisant, c'est la concrétisation actuelle du facteur de rattachement qui est pertinente. Cette solution s'impose pour éviter de soumettre des

époux résidant de longue date en Belgique à la loi d'un Etat qui les aurait accueilli pendant les premières années de leur mariage, mais avec lequel ils auraient perdu depuis lors toute attache (21).

De même à l'égard de deux époux qui ne résident pas dans le même Etat, il faudra prendre en compte la loi de leur nationalité commune actuelle. Partant, si une belge épouse un marocain et réside avec lui à Tanger pendant quelques années et que les époux s'installent ensuite en Belgique où le mari acquiert la nationalité belge (22), c'est la nationalité belge commune qui l'emportera dès lors qu'une question se pose après la séparation des époux, si le conjoint est retourné au Maroc (23).

Pour départager les deux lois susceptibles de s'appliquer, le Code retient le moment «où [les] effets sont invoqués». La formule choisie est délibérément souple. Quel(s) repère(s) peut-on utiliser pour l'interpréter? Il est acquis que le moment retenu ne coïncide pas nécessairement avec celui de l'introduction d'une éventuelle demande en justice (24). Ce serait en effet permettre à un époux de déjouer les prévisions de l'autre en organisant par exemple un déménagement peu de temps avant la saisine par le conjoint d'une juridiction. L'expression utilisée par le législateur se différencie également de celle qui figurait dans l'arrêt *Banque sud belge* dans lequel la Cour a visé le «moment où le conflit surgit». Cette expression avait suscité des interrogations. L'on a suggéré que la Cour avait voulu

(21) L'Exposé des motifs évoque «l'objectif de la règle, qui est de retenir une intégration de la relation de vie quotidienne dans le milieu social» (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 78). *Comp.* avec les explications que donnait M. Graulich pour justifier l'application de la loi de la nationalité actuelle pour déterminer le statut personnel d'un individu. Dans ses célèbres *Principes de droit international privé - Conflit de lois, conflit de juridictions* (Dalloz, 1961, 126-127, n° 178), M. Graulich fondait cette solution sur le fait que le changement de nationalité résulte d'un acte par lequel la personne manifeste sa volonté d'appartenir à une communauté. Le déplacement de résidence n'a certes pas la même portée. Il demeure cependant l'indice d'une volonté de se soumettre à une loi nouvelle.

(22) Exemple donné par M. LIÉNARD-LIGNY, *art. cit.*, *J.L.M.B.*, 1992, (946), 948.

(23) L'article 3 du Code impose aux autorités belges de ne retenir que la seule nationalité belge du mari, à l'exclusion de sa nationalité marocaine. Sur ce point, voy. M. VERWILGHEN, «Article 3», in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds.), Intersentia/Bruylant, 2006, 14-16.

(24) En ce sens, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 78, qui évoque à ce propos le caractère «excessivement étroit» d'une référence au moment de l'introduction de la demande.

désigner le moment auquel le conflit de lois surgit (25). Ceci ne permettait toutefois pas d'apporter une réponse précise aux interrogations des praticiens, pas plus d'ailleurs que les autres formules proposées par la doctrine (26).

Au vrai il faut sans doute accepter qu'il y a une part irréductible d'incertitude inhérente à l'effet que peut emporter le changement de résidence ou de nationalité sur la loi applicable : si l'on comprend bien que le législateur a entendu viser le moment où les relations entre époux se dégradent au point de rendre nécessaire l'intervention de règles juridiques (27), il demeure difficile de définir ce moment avec précision (28).

Pour la pratique bancaire, cette indétermination limitée ne suscitera que rarement des difficultés : l'article 48 retient en effet un second critère charnière lorsque le litige porte sur un «acte juridique». Dès lors que l'effet du mariage est susceptible d'affecter un tel acte, le moment pertinent pour déterminer le critère de rattachement est celui où l'acte a été passé. Ce critère offre une très grande sécurité juridique. Il est en effet difficile d'imaginer un établissement bancaire ouvrir un compte au nom d'un client ou recevoir de celui-ci une garantie personnelle sans prendre soin d'en enregistrer, d'une manière ou d'une autre, la date. Que ce soit pour la validité d'une sûreté consentie par un époux, l'ouverture d'un compte-dépôt ou encore la location d'un coffre fort, il sera dès lors facile à la banque de déterminer avec précision la date pertinente. C'est à cette date qu'il faudra se placer pour apprécier le facteur de rattachement. On le voit, le conflit mobile reçoit avec

(25) M. LIÉNARD-LIGNY, *art. cit.*, *J.L.M.B.*, 1992, (946), 947-948.

(26) M. Born avait proposé de retenir le «moment où se pose le problème à régler». MM. de Gavre et Lange avaient pour leur part suggéré la formule suivante : «au moment où le conflit surgit» (ces auteurs sont cités par N. COIREL, *art. cit.*, 148, n° 5).

(27) Etant entendu qu'un couple qui a le privilège d'être heureux, ne sera confronté qu'une seule fois au régime primaire, à savoir à l'occasion de la lecture des articles 212 et suivant par l'officier d'état civil lors de la célébration du mariage.

(28) Le Conseil d'Etat s'était d'ailleurs inquiété de cette difficulté (Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, p. 265). Le Conseil d'Etat faisait remarquer que «il ne faut pas perdre de vue que, par exemple, il n'est pas simple de déterminer le moment auquel une personne 'invoque' un effet de son mariage, car le mot 'invoque' est lui-même ambigu. Un époux qui exige d'une manière plus ou moins explicite que son conjoint accomplisse ce à quoi le mariage l'oblige, 'invoque'-t-il l'effet de celui-ci? Ou faut-il estimer qu'il ne l'invoque pas tant qu'il ne le fait pas valoir en justice?».

l'article 48 une solution satisfaisante qui ne suscite d'autre difficulté que celle liée à la détermination de la résidence habituelle (*supra*).

D. *Le droit transitoire*

L'on a vu que la nouvelle règle de rattachement introduite par le Code tranche avec la pratique en vigueur auparavant. Pour solutionner le conflit transitoire entre les deux règles, l'article 127, §1^{er} du Code retient le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle. Ceci signifie que la nouvelle règle s'applique non seulement aux époux mariés après l'entrée en vigueur du Code, mais aussi aux époux mariés avant cette date, dans la mesure où leur relation conjugale appelle, après le 1^{er} octobre 2004, l'application d'une règle du régime primaire. La règle de droit transitoire élargit en effet le domaine d'application du nouveau système de rattachement aux effets produits après l'entrée en vigueur du Code par les actes et faits juridiques survenus avant celle-ci.

Dès lors qu'une question relative à l'autonomie bancaire dont jouit un époux marié avant le 1^{er} octobre 2004 se pose après cette date, il faut considérer qu'il s'agit d'un effet nouveau d'une situation ancienne, auquel l'article 4 a vocation à s'appliquer.

Il ne faut pas en déduire que le Code a fait perdre aux anciennes règles toute prétention à s'appliquer. Le Code ne prétend en effet pas étendre son emprise aux actes conclus avant son entrée en vigueur. Il faut en effet distinguer les actes dont les effets sont instantanés de ceux qui n'épuisent pas leurs conséquences au jour de leur conclusion. Le mariage appartient sans conteste à cette seconde catégorie. Il est plus difficile de se prononcer à l'égard de l'ouverture d'un compte bancaire ou de l'émission d'une garantie personnelle comme une caution. Certes, il s'agit là d'actes ponctuels, dont la conclusion peut être considérée comme instantanée. Ne doit-on pas toutefois accepter qu'une caution n'épuise pas l'ensemble de ses effets juridiques au jour de sa constitution, mais produit au contraire des effets tant que la créance garantie n'est

pas éteinte (29)? Si l'on accepte cette lecture, il faut en conclure que la caution émise avant l'entrée en vigueur du Code doit être régie par l'article 48 si la question de sa validité est posée après le 1^{er} octobre 2004.

Cette lecture extensive du principe de l'application immédiate est confortée par le fait que le législateur a choisi de préserver certains actes juridiques et au premier chef les contrats, du principe de l'application immédiate (art. 127, §1^{er} *in fine*). Aucune dérogation de ce type n'a été prévue pour l'article 48.

Au total, il n'est pas certain que l'application immédiate de la nouvelle règle de rattachement nuise à la stabilité des opérations bancaires (30).

E. *Les mariages «boiteux» et les relations de partenariat*

Les règles qui ont été esquissées jusqu'ici visent les relations matrimoniales *sensu stricto*. Elles ne peuvent s'appliquer, même par analogie, aux partenaires engagés dans les liens d'un pacs ou d'une autre figure juridique que le Code désigne par l'expression de «relation de vie commune» (31). L'article 60 du Code prévoit d'ailleurs une règle spécifique pour ces relations, qui rattache au droit de l'Etat d'enregistrement les effets de la relation sur les biens des parties. Cette règle, qui ne laisse aucune prise au conflit mobile, permet de déterminer sans hésiter le droit applicable.

Par contre, la systématique du Code de droit international privé commande que l'on applique l'article 48 tant au mariage 'classique' qu'à l'union entre personnes de même sexe. Cette dernière reçoit en effet dans le Code le même traitement que le mariage entre personnes de sexes différentes.

La circonstance que le mariage en question pourrait ne pas être reconnu par des autorités étrangères n'est pas de nature

(29) *Comp.* à propos de la cession de créances, nos observations in «Le nouveau droit international privé belge», *Dr. Banc. & Fin.*, 2005, (111), 114-115, n° 6.

(30) *Comp.* J.-L. VAN BOXSTAEL, «Le régime matrimonial dans l'espace-temps. Brève excursion à travers les planètes», *Rev. not.*, 2006, (310), 322, n° 12 (qui semble plaider pour l'application immédiate de l'article 48) avec l'opinion de C. BARBÉ, «Article 48», in *Le Code de droit international privé commenté...*, *op. cit.*, 266-267.

(31) Voy. la définition donnée à l'article 58 et les explications de J.-Y. CARLIER, «Article 58», in *Le Code de droit international privé commenté...*, *op. cit.*, 315-317.

à écarter l'application de l'article 48. Il est vrai que l'on pourrait hésiter à appliquer la loi d'un État qui ne reconnaîtrait pas la validité de l'union en question (32). Appliquer une loi étrangère à une union qu'elle ne reconnaîtrait pas, ne force-t-il pas la main à un droit étranger que l'article 15 du Code impose d'appliquer «selon l'interprétation reçue à l'étranger»? En réalité, le législateur belge se contente d'emprunter à l'arsenal juridique étranger les règles déterminant les effets du mariage, sans prétendre ni imposer une quelconque obligation de reconnaissance d'un mariage aux autorités étrangères, ni d'ailleurs se soumettre, par le biais d'un impératif de cohérence de l'ordre juridique étranger, aux choix politiques de ce dernier (33). Il n'y a dès lors pas lieu de déroger à l'application de la loi normalement applicable (34) – d'autant moins que la non-reconnaissance des unions entre personnes de même sexe tend à s'amenuiser (35).

F. *L'impact de la loi du régime matrimonial*

L'on a vu que le Code de droit international privé innove en proposant une large catégorie de rattachement qui regroupe l'ensemble des effets du mariage à l'exclusion du seul régime matrimonial, qui fait l'objet d'un rattachement autonome (*supra*).

Ce faisant, le Code clarifie considérablement une question qui n'avait pu recevoir jusque là de réponse satisfaisante. La distinction que fait le Code entre les effets du mariage d'une part et le régime matrimonial d'autre part n'exclut toutefois

(32) Cette question se pose avec encore plus d'acuité lorsque l'État étranger a adopté une politique d'interdiction expresse du mariage entre personnes de même sexe, comme c'est le cas par exemple en Australie (voy. le *Marriage Amendment Act* de 2004, qui introduit une nouvelle section 5(1) dans le *Marriage Act* de 1961, aux termes de laquelle «*marriage means the union of a man and a woman to the exclusion of all others, voluntarily entered into for life*»). La section 88 EA introduite par la même législation prévoit que «*A union solemnised in a foreign country between: (a) a man and another man; or (b) a woman and another woman; must not be recognised as a marriage in Australia*».

(33) Voy. sur ce point la position adoptée par MM. RIGAUX et FALLON, *Droit international privé*, 2005, 495-496, n° 12.10.

(34) En ce sens, C. BARBÉ, «Article 48», in *Le Code de droit international privé ...*, *op. cit.*, p. 264.

(35) Voy. l'exposé nuancé que donne pour la France H. FULCHIRON, «Mariages et partenariats homosexuels en droit international privé français», *Rev. inter. dr. comp.*, 2006, 409-438, spéc. pp. 422 et s.

pas qu'il soit nécessaire de consulter à la fois la loi du régime matrimonial et celle régissant les effets du mariage pour appréhender toutes les facettes d'une même situation. L'exemple de la caution personnelle fournie par un époux permet d'illustrer la nécessité d'une approche globale.

Il en fait pas de doute que la loi régissant les effets du mariage s'applique à la demande d'un conjoint visant à obtenir l'annulation d'une sûreté consentie par son époux. Si la demande est rejetée, il faudra déterminer le sort de la dette résultant de la sûreté consentie par l'époux. La loi du régime matrimonial a vocation à s'appliquer à cette question. Selon l'article 53, §1^{er} (5°), la loi du régime matrimonial détermine en effet la composition des patrimoines et doit seule être consultée pour apprécier la nature de la dette résultant de la sûreté et l'incidence de celle-ci sur les patrimoines des époux (36).

On a proposé de soumettre également à la loi du régime le recours que le conjoint peut souhaiter exercer contre l'époux qui s'est engagé au mépris des intérêts de la famille (37). Le Code a toutefois retenu l'application de la loi qui gouverne les effets du mariage. L'article 48, §2 (6°) du Code range en effet sous cette loi les «conséquences dommageables» à l'égard d'un époux de l'acte passé par l'autre et qui affecte les intérêts de la famille. L'application de la loi qui gouverne les effets du mariage permet de sauvegarder la cohérence du régime primaire. Il serait en effet peu opportun de soumettre l'annulabilité de l'acte à une loi et d'en préférer une autre pour déterminer les conséquences de l'acte litigieux entre les époux.

S'il est fait droit à la demande en annulation, l'établissement bancaire souhaitera sans doute exercer un recours contre le conjoint contractant. M. de Page a suggéré de consulter la loi du régime matrimonial pour déterminer l'étendue du recours du tiers (38). Cette loi a certes vocation à s'appliquer pour déterminer sur quels biens le recours peut éventuellement

(36) Pour les différentes hypothèses en droit belge, voy. F. HERINCK, «L'annulabilité de certains actes posés au mépris des règles du régime primaire ou qui mettent en péril les intérêts de la famille», *Rép. not.*, T. II, 1. 2, 1997, (419), 432-435.

(37) Ph. DE PAGE, *art. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 658-659, note 45.

(38) Ph. DE PAGE, *art. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 658-659, note 45.

s'exercer. L'article 54 le confirme, qui soumet à la loi du régime matrimonial l'opposabilité de celui-ci aux tiers. Toutefois, l'existence du recours nous semble être tributaire non pas tant de la loi applicable au régime, mais bien de la loi qui gouverne la sûreté annulée. Cette loi possède un titre pour déterminer les conséquences de l'annulation de la sûreté entre parties.

La loi du régime matrimonial est par contre décisive lorsque l'établissement bancaire souhaite poursuivre en paiement l'époux avec lequel il n'a pas contracté (39). Un recours de ce type pose en effet directement la question de l'opposabilité à un tiers du régime matrimonial. L'on sera attentif dans ce contexte au jeu d'exceptions mis en place par l'article 54 (40).

Au total, la question n'est pas dénuée d'une certaine complexité, à laquelle le Code permet heureusement de faire face sans trop de difficulté.

§2. – *L'impact des règles spéciales d'applicabilité*

L'on sait que depuis l'adoption par la loi du 14 juillet 1976 des dispositions constituant le régime dit 'primaire', un débat divise la doctrine sur la nature de ces dispositions. A côté des nombreuses hésitations sur le rattachement à retenir pour ce régime (41), certains auteurs ont accordé aux règles du régime primaire la qualification de lois d'application immédiate. M. Heyvaert notamment, s'appuyant sur l'importance que revêt à ses yeux le régime primaire pour la préservation du bien être social, a plaidé pour que l'on considère l'ensemble des dispositions légales qui le constitue comme une législation d'applica-

(39) En ce sens, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/2, p. 79.

(40) Qui font l'objet d'explications fort claires de F. BOUCKAERT, «Het internationaal huwelijksvermogensrecht en het voorontwerp van IPR-Wetboek : oude wijn in nieuwe zakken of jonge wijn in nieuwe zakken?», in *Liber amicorum Christian de Wulf*, La Chartre, 2003, (373), 386-389, n^{os} 25-30.

(41) Entre les partisans d'un rattachement global et ceux d'un 'panachage' de rattachements fondés sur une analyse de chaque règle envisagée, entre un rattachement à la loi des effets personnels du mariage ou celle du régime secondaire, les opinions étaient pour le moins multiples, voy. le panorama que livre N. WATTÉ, *art. cit.*, *R.C.J.B.*, 2004, 688-689, n^{os} 21-22 et du même auteur, avec la collaboration de L. BARNICH, «Les conflits de lois en matière de régime matrimoniaux», in *Rép. not.*, Tome XV, Livre XIV, Larciere, 1997, 81-83, n^{os} 67-69.

tion immédiate (42). D'autres voix plus nuancées ont plaidé pour une approche sélective, préférant accorder le statut de loi d'application immédiate à certaines règles du régime primaire (43), tout en délaissant les autres à une règle de rattachement.

Contrairement aux attentes que l'on aurait pu avoir après l'entrée en vigueur de la loi de 1976, cette question n'a pas connu d'importants développements en jurisprudence. Malgré les apparences, l'arrêt *Banque Sud belge* de Cour de cassation déjà cité n'a pas non plus permis de clore le débat. Comme on le sait, dans cet arrêt la Cour a censuré la décision de la Cour d'Appel de Mons qui avait retenu la qualification de loi de police à l'égard de l'article 224, §1^{er}, al. 4 du Code civil (44). La Cour a précisé qu'en «décidant que l'article 224, §1^{er}, alinéa 4 du Code civil, constitue une loi de police... l'arrêt viole cette disposition ainsi que l'article 3, al. 1^{er} et 3 du même code».

Que pouvait-on déduire de cette décision? Il est certain que la disposition visée ne peut être considérée comme une loi de police. Ceci ne préjuge toutefois pas de la qualification des autres dispositions du régime primaire. En outre que la Cour ait refusé de considérer que l'article 224, §1^{er} constituait une loi de police n'exclut aucunement, comme on l'a judicieusement précisé (45), que cette disposition puisse être considérée comme une règle d'application immédiate (46). La distinction entre les deux mécanismes est

(42) A. HEYVAERT, «Het Belgisch internationaal huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1978, (555), 567, n° 17 et 583, n° 39. Selon M. Heyvaert, «als regeling tot functionering van het sociaal zekerheidsinstituut, is [le régime primaire] echter in wezen nauw verbonden met de algemene huisvestingspolitiek, het openbaar krediet en de algemene sociale zekerheidsorganisatie. Daarom meen ik dat deze wetgeving niet beheerst wordt noch door het persoonlijk huwelijksstatuut, noch door de wet die het huwelijksgoederenrecht beheerst, maar dat het wetgeving betreft van burgerlijke politie en veiligheid, die toepasselijk is voor alle echtgenoten die hier hun gewoon verblijf hebben, wat ook hun nationaliteit en verder huwelijksvermogensstelsel weze».

(43) Voy. surtout l'étude de N. WATTÉ, *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Larcier, 1987, spéc. 119-122, n°s 158 et s. ainsi que 182, n° 263.

(44) Mons, 20 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1217; *R.D.C.*, 1990, 787; *Rev. not. Belge*, 1990, 245.

(45) N. WATTÉ, *art. cit.*, *R.C.J.B.*, 1994, 708-712.

(46) *Comp. S. NUDELHOLE, art. cit.*, *J.L.M.B.*, 1992, 945, n° 8 (Mme Nudelhole estime que la Cour de cassation a décidé que l'article 224 «ne constitue pas une loi de police et de sûreté, ni une règle d'application immédiate»).

bien connue – même si la pratique semble éprouver quelques difficultés à l'accepter. Le Code de droit international privé ne fait pas référence aux lois de police. L'article 20 évoque uniquement des règles dites spéciales d'applicabilité. Il ne fait pas de doute que ce vocable nouveau désigne en réalité les lois d'application immédiate – ou en tout cas les règles permettant de déterminer l'application de ces lois dans l'espace.

Dans la mesure où l'on admet que la Cour de cassation n'a entendu exclure, à l'égard de l'article 224, §1^{er} que la seule qualification de loi de police – ce qui explique qu'elle ait spécialement visé la violation de l'article 3, al. 1^{er} du Code civil – il n'est pas interdit de continuer à s'interroger sur la possibilité de considérer certaines règles du régime primaire comme des lois d'application immédiate. Certes, cette question a perdu une partie de son intérêt pratique dès lors que l'article 48 du Code garantit l'application du droit belge à la plus grande partie des couples résidant en Belgique, qu'ils soient belges ou étrangers. Elle demeure néanmoins décisive puisqu'une éventuelle qualification de ces dispositions comme loi d'application immédiate suffirait pour écarter, dans le champ d'application de ces dispositions, le nouveau système de rattachement mis en place par l'article 48 (47).

Si la question est assurément délicate, il est certain qu'il s'impose de considérer chaque disposition du régime primaire séparément (48). Les objectifs poursuivis par ces règles, s'ils se rejoignent pour certains, sont en effet trop divers pour justifier une approche globale (49). Si l'on ne

(47) L'on peut lire dans l'exposé des motifs qui accompagnait le projet de Code que «la technique de la règle de rattachement multilatérale est utilisée pour déterminer le droit applicable aux effets du mariage, de préférence à l'insertion de règles spéciales d'applicabilité dans chaque disposition concernée» (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 79). Il ne nous semble pas que cette observation condamne a priori toute tentative de considérer l'une ou l'autre disposition du régime primaire comme une loi d'application immédiate.

(48) Le débat en droit interne sur la qualification du régime primaire comme concernant ou non l'ordre public (voy. par exemple W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH et K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Universitaire Pers Leuven, 2002, 48-50, n^{os} 51-52) n'est pas en soi contraignant pour la qualification en droit international privé, même s'il doit inciter à une certaine prudence.

(49) Certaines dispositions visent à protéger la partie faible à la relation, d'autres à garantir l'intégrité de la famille, d'autres encore l'égalité des sexes, voy. L. RAUCENT et Y.-H. LELEU, «Les régimes matrimoniaux – caractères généraux du régime primaire», *Rép. Not.*, T. V, l. II, 1997, 210, n^o 14.

retient que les seuls articles 218 et 224, directement pertinents pour la pratique bancaire, il nous paraît que la première disposition mérite un respect particulier dans la mesure où, à tout le moins historiquement, elle entend garantir une autonomie patrimoniale dont l'épouse a trop longtemps été privée (50).

La protection que confère l'article 224 n'est certainement pas négligeable, notamment parce qu'elle conforte indirectement le statut du logement familial (51). Il n'en demeure pas moins possible à notre estime de considérer que cette norme n'atteint pas le niveau d'impérativité nécessaire pour justifier une qualification comme loi d'application immédiate (52). Au contraire, l'on peut avancer qu'il serait difficilement acceptable de concevoir une association conjugale sans l'autonomie que tend à garantir l'article 218 C. civ. Au minimum, il faudrait considérer que la qualification de loi d'application immédiate s'attache aux deux premiers alinéas de l'article 218, l'obligation d'information, qui n'est d'ailleurs pas directement

(50) Voy. à l'appui de cette proposition, J.P. Bruxelles, 3 mai 1978, *J.J.P.*, 1980, 126 (solution implicite, accepte que l'article 218 C. civil constitue une loi de police).

(51) Comme l'avait souligné fort à propos la Cour d'Appel de Mons dans l'arrêt *Banque sud belge* (Mons, 20 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1217; *R.D.C.*, 1990, 787; *Rev. not. Belge*, 1990, 245) : « le législateur, conscient de la gravité des engagements de la caution, a entendu assurer tout autant la protection des intérêts privés des familles que la protection de la collectivité, intéressée à la cohésion et à la stabilité de toutes celles qui la composent, qu'elles soient belges ou étrangères installées sur le territoire du Royaume ». Et la Cour d'indiquer qu'un « tel objectif serait compromis s'il était permis à un créancier de se prévaloir d'une loi étrangère ne connaissant pas un tel système de protection contre les agissements légers ou passionnés d'un époux et non concertés avec l'autre, pour se faire délivrer un titre l'habilitant à réaliser la vente forcée d'un logement familial dont il serait propriétaire en Belgique, outre des meubles qui le garnissent ».

(52) *Comp. N. WATTÉ, art. cit., R.C.J.B.*, 1994, 711-712, n° 51, selon qui l'article 224, §1, 4° C. civ. doit être considéré comme une loi d'application immédiate. Mme. Watté justifie sa position en ces termes : « l'article 224, §1, 4° C. civ exprime le souci du législateur belge de restreindre la liberté des époux en vue de préserver le bon déroulement et le fonctionnement de la vie familiale en Belgique contre les actes arbitraires des conjoints, et en organisant les conséquences qu'ont de tels actes vis-à-vis des tiers. Une telle disposition, qui s'inspire des intérêts de la famille, valeur transcendant les intérêts de ses membres considérés isolément, et dont la sécurité ne peut être compromise – ce qui mettrait d'ailleurs en péril la sécurité collective – devrait à nos yeux être qualifiée de loi d'application immédiate, avec la conséquence qu'elle étendrait son domaine d'application aux relations internationales, car le législateur belge ne pourrait admettre qu'une loi étrangère puisse porter atteinte aux buts qu'il s'est fixé dans la loi de 1976, objectifs relatifs à l'organisation des familles reposant à la fois sur le principe d'une complète égalité juridique entre époux et sur celui de leur indépendance patrimoniale ». *Comp. du même auteur, « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux »...*, *op. cit.*, 92, n° 80.

sanctionnée par la loi, n'étant pas strictement nécessaire à l'objectif d'égalité poursuivi (53) (54).

Cette position, qui est loin d'épuiser le débat, devra encore passer l'épreuve de la jurisprudence (55). On le voit, le Code de droit international privé a certes clarifié bien des questions difficiles. Le droit international privé conserve toutefois une part de ses mystères et donc de ses charmes.

II. – LA BANQUE ET LE DÉCÈS DU CLIENT

Les relations bancaires ne connaissent pas de frontières. Une banque établie en Belgique peut être dépositaire de fonds détenus par un client établi en Belgique ou à l'étranger. La succession de ce client suscite des questions d'ordre différent qu'il importe de distinguer.

En substance, la banque doit avant tout déterminer si l'héritier ou les héritiers qui se présente(nt) peuvent faire valoir des droits à la succession. Dans un deuxième temps, la banque devra déterminer quelle est l'ampleur de ces prétentions. Dans les deux cas, la loi successorale jouera un rôle

(53) En ce sens, A. VERBEKE, *art. cit.*, in *Actuele ontwikkelingen...*, 71, n° 28 ainsi que R. VANDER ELST, *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, T. I, *Conflits de lois*, Bruylant, 1983, 86-87, n° 16.3 (M. Vander Elst suggère que le droit d'ouvrir un compte en banque (art. 218), en tant qu'il touche à l'égalité entre époux, appartient à tous les époux qui résident en Belgique, la loi de 1976 apparaissant sur ce point comme une loi d'application immédiate) et M. VERWILGHEN et P. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, 899, n° 91 (ces auteurs penchent également pour la qualification de l'article 218 comme loi d'application immédiate). *Comp.* avec F. RIGAUX, *art. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, 24, qui estimait à l'époque que «il n'y a pas lieu de tenir l'article 218 du Code civil pour une loi de police applicable aux époux étrangers résidant en Belgique».

(54) L'on peut, à la suite de M. VANDER ELST (*Droit international privé belge et droit conventionnel international...*, *op. cit.*, 86, n° 16.3) accepter que l'obligation d'information imposée par l'article 218(3) constitue une loi de police qui s'impose à tous ceux qui exercent la profession visée en Belgique, quelle que soit la nationalité des époux. Dans le même sens, F. RIGAUX, *art. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 1978, 24, qui estime qu'en tant qu'il impose une obligation professionnelle au banquier, «l'article 218 alinéa 3 a nécessairement un effet territorial limité aux établissements bancaires localisés en Belgique». M. Rigaux étend l'application de cette obligation aux succursales belges de banques étrangères. MM. VERWILGHEN et VAN DEN EYNDE (*op. cit.*, 899, n° 93) partagent cette opinion tout en ajoutant que l'obligation d'information existe même si le conjoint qui en est le destinataire réside à l'étranger.

(55) Mme Coipel a suggéré, dans son étude précitée, de préserver les valeurs jugées fondamentales à l'ordre juridique belge par le biais de l'exception d'ordre public international plutôt que par la qualification de loi d'application immédiate de tout ou partie des dispositions du régime primaire, pour adopter une attitude plus souple et plus accueillante vis-à-vis de la loi étrangère : *art. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, 154, n° 11.

déterminant. Il importe dès lors d'en rappeler les contours (§1). L'on s'interrogera également sur l'application aux successions internationales des obligations particulières qui pèsent sur les banques en cas de décès d'un client (§2) avant d'aborder successivement la question de l'identification des héritiers (§3) et le rôle de l'éventuel exécuteur/liquidateur (§4). Pour terminer nous évoquerons brièvement le sort à réserver aux prétentions des créanciers (§5).

Pour d'évidentes raisons, l'on s'en tiendra dans le présent rapport à la seule succession mobilière, les successions immobilières n'intéressant pas directement les établissements bancaires (56).

§1. – Détermination de la loi successorale

Le Code de droit international privé a confirmé dans les grandes lignes le régime des successions internationales en vigueur auparavant tout en offrant au praticien un ensemble de règles précises et détaillées dont le moindre mérite n'est pas d'aborder des questions qui n'avaient reçu auparavant que des réponses incertaines (57).

Pour le volet mobilier de la succession, le critère déterminant demeure en effet la résidence habituelle du défunt (58). L'article 78 du Code précise que celle-ci devra être appréciée

(56) Il faudra consulter la loi successorale pour déterminer si un bien est mobilier ou immobilier. Dans des circonstances exceptionnelles, ceci peut soulever des difficultés de qualification. L'on pense aux actions d'une société civile immobilière de droit français ou encore aux droits qui découlent d'un contrat de time sharing. Pour plus de détails, voy. V. DE BACKER et H. JACOBS, «Het erfrecht in het Wetboek internationaal privaatrecht», *Not. Fisc. M.*, 2006, 37, 42-44. *Comp.* avec la position en droit français où l'on semble préférer la qualification *lege fori* pour déterminer le caractère mobilier ou immobilier des biens héréditaires : G. DROZ et M. REVILLARD, v° Successions – conflits de lois, *Juris-Cl. Dr. Int.*, 2002, fasc. 557-10, p. 6, nos 32 et s.

(57) Pour un exposé complet, voy. notre étude : «Le nouveau régime des successions internationales», *R.G.D.C.* 2005, 375-388 ainsi que P. DE PAGE, «Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions», *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 647-690 et V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.*, *Not. Fisc. M.*, 2006, 37-67.

(58) Avant la codification, l'on rattachait la succession mobilière au droit de l'Etat dans lequel était situé le dernier *domicile* du défunt (F. RIGAUD et M. FALLON, *Droit international privé T. II. Droit positif belge*, Larcier, 1993, 655, n° 1458; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, APR, Story-scientia, 1989, 280, n° 593). La définition retenue par le Code de la résidence habituelle correspond à celle qui était donnée au domicile avant la codification (V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.*, *Not. Fisc. M.*, 2006, 37, 44, n° 20).

au moment du décès du défunt – un moment dont la détermination ne suscite aucune difficultés, sauf peut être à l'égard des personnes disparues. Ce rattachement traditionnel est complété par une définition bien utile de la résidence habituelle (art. 4, §2 (1°)), qui permettra dans la plupart des cas de déterminer avec précision la loi applicable à la succession mobilière. Malgré les précisions apportées par le Code, les difficultés traditionnelles de localisation de la résidence habituelle du défunt subsisteront cependant, notamment à l'égard des personnes qui ont partagés les dernières années de leur vie entre plusieurs résidences (59). Par contre, il importe de souligner que la définition de la résidence habituelle proposée par le Code s'impose aussi à l'égard des diplomates et fonctionnaires internationaux en poste en Belgique. Puisque le Code substitue au domicile le rattachement à la résidence habituelle, il n'est en effet plus question de se référer à l'article 106 du Code civil selon lequel ces personnes étaient réputées conserver leur domicile dans leur Etat d'origine (60). L'on ne peut guère prétendre qu'un diplomate en poste à Bruxelles n'y réside pas parce que sa mission auprès des autorités belges serait nécessairement limitée dans le temps et qu'il serait appelé à adopter un autre poste (61).

L'on retiendra également qu'il faut s'attacher à la seule dernière résidence du défunt. Ceci suscite les mêmes questions qu'avant le Code en cas de déménagement du défunt quelques mois avant son décès. Un citoyen français qui décède acciden-

(59) Voy. les exemples donnés par M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, Defrénois, Paris, 2001, 5^{ème} éd., 271, n° 514 (ces exemples illustrent la difficulté de déterminer le domicile du défunt, facteur retenu en droit international privé français pour la succession mobilière. Ils sont toutefois tout aussi pertinents pour le concept de résidence habituelle retenu par le Code). Une difficulté supplémentaire provient du fait qu'il n'y aura pas toujours coïncidence exacte entre le facteur de rattachement retenu par le Code et le critère qui fonde la compétence des autorités fiscales belges – à savoir le siège de la fortune. Le fait qu'une personne soit soumise en Belgique à l'impôt des non-résidents ne suffit pas à démontrer qu'elle ne réside pas habituellement en Belgique. Voy. sous l'ancien droit à propos d'une ressortissante belge résidant à Monaco, Civ. Bruxelles, 31 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, 677. Sur ce point, M. VERWILGHEN, «Les lois applicables aux successions internationales», in *J'hérite à l'étranger*, Féd. Royale Not. Belge, Journées notariales Hasselt 1984, (15), 37, n° 29.

(60) Voy. V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.*, *Not. Fisc. M.*, 2006, 37, 45, n° 21.

(61) *Comp.* avec la position en droit français où l'on accepte que les diplomates en poste en France n'y sont pas domiciliés : TGI Seine, 10 février 1964, *J.D.I.*, 1965, 127, note SIALELLI.

tellement en Belgique quelques mois après s'y être installé doit-il être présumé résidé en Belgique? Si la réponse définitive dépendra des circonstances précises de l'espèce, l'on peut toutefois prédire qu'en règle, une telle succession sera soumise à la loi belge.

§2. – *Application strictement territoriale
des obligations imposées par la législation fiscale*

Avant d'examiner l'impact de la loi successorale, une précision s'impose sur la mission qui incombe aux banques en cas de décès d'un client. L'on sait que le droit belge impose dans cette circonstance diverses obligations aux établissements bancaires. Les plus connues sont l'obligation d'informer l'administration fiscale sur les avoirs détenus par le *de cuius* (art. 97 C. Succ.). Outre cette obligation d'information, qui vise aussi bien les avoirs détenus sur des comptes courants, des comptes d'épargne ou de dépôt, des comptes à terme et des comptes titres, des obligations particulières pèsent sur les établissements qui louent des coffres (art. 101 à 102,3 C. Succ.).

Imposées par la législation fiscale, ces obligations empruntent à cette dernière ses critères d'application. La loi successorale n'a dès lors aucune prise sur l'existence, l'ampleur ou la sanction de ces devoirs (62). Partant, un héritier ne pourra exciper de l'application à la succession du défunt d'une loi étrangère pour échapper au blocage temporaire des avoirs du *de cuius* détenus auprès d'une banque belge ni à l'obligation faite aux banques établies en Belgique d'inviter l'administration à assister à l'ouverture d'un coffre ouvert par le *de cuius*. Il faudra au contraire avoir égard aux critères retenus par le droit fiscal, et en particulier celui d'habitant du Royaume et de siège de la fortune, pour déterminer si ces obligations s'appliquent (63).

(62) L'on pourrait difficilement prétendre qu'elles concernent la capacité du conjoint survivant ou des héritiers et qu'à ce titre elles sont régies par la loi applicable à la capacité de ces personnes.

(63) L. WEYTS, *La déclaration de succession*, Kluwer, 2000, 59, n° 148 et H. CASMAN, «De bank en het overlijden van de cliënt», *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, H. BRAECKMANS (éd.), Maklu, 1994, (123), 129, n° 9.

L'on ajoutera que selon le texte même de l'article 97, les succursales de banques étrangères établies en Belgique sont soumises aux mêmes obligations. L'on peut toutefois se demander ce qu'il en est des succursales que possèdent à l'étranger les établissements bancaires belges. A notre sens, la loi fiscale belge ne peut prétendre exercer une telle emprise sur les actions de ces succursales, qui pourraient d'ailleurs fort bien être soumises à des obligations équivalentes dans l'Etat où elles sont établies. Un Etat étranger ne saurait en effet tolérer que la Belgique impose des obligations à une entité active sur son territoire si ces obligations visent directement à garantir la perception de l'impôt en vertu des règles belges (64).

La récente proposition de loi visant à permettre aux établissements bancaires de mettre à disposition du conjoint survivant une somme destinée à rencontrer les dépenses urgentes doit logiquement suivre le même régime (65). Si elle est adoptée, cette proposition ne bénéficiera donc qu'aux seuls habitants du Royaume.

§3. – L'IDENTIFICATION DES HÉRITIERS

A. Les différentes étapes du raisonnement

De manière générale, l'établissement bancaire prendra connaissance du décès d'un client suite à l'intervention d'un héritier. La première question qui se pose est d'identifier les héritiers. Cette question doit être résolue en deux temps. Dans un premier temps, il importe de déterminer la loi successorale puisqu'il est admis que c'est cette loi qui détermine «la vocation des héritiers et légataires» selon les termes de l'article 80, §1^{er}, 2^o du Code.

L'identification de la *lex successionis* peut s'avérer délicate notamment s'agissant d'un client non-résident. Il sera parfois

(64) *Comp.* à propos du paiement des dettes fiscales, F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 759, n° 13.108 (ces auteurs donnent plusieurs exemples illustrant le caractère strictement territorial des lois fiscales et l'absence de coopération entre Etats sur ces questions).

(65) Proposition de loi modifiant le Code des droits de succession en vue de résoudre les problèmes temporaires de liquidités auxquels sont confrontés les survivants, 9 février 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, n° 2272/001.

nécessaire de procéder à quelques investigations pour s'assurer de la localisation de la dernière résidence habituelle. La banque pourra dans cette hypothèse compter sur la collaboration du ou des héritiers, qui seront disposés à établir la réalité de leurs prétentions.

Une fois la loi successorale identifiée, encore faut-il en déterminer le contenu. S'agissant d'un défunt résidant en Belgique, l'opération ne présente aucune difficulté particulière. Il en ira autrement s'il apparaît que le défunt résidait dans un pays étranger, dont il faudra rechercher et comprendre la législation. De nombreuses sources d'information existent qui peuvent aider l'établissement bancaire à établir le contenu de la loi étrangère. Cette question ne soulève pas de difficultés insurmontables lorsque l'on est confronté à un défunt qui résidait dans un des Etats membres de l'Union européenne (66). La Commission européenne a d'ailleurs publié une étude rassemblant pour chaque Etat membre une présentation détaillée des règles du droit des successions (67).

La mission est plus difficile lorsque le défunt résidait dans un pays plus éloigné ou encore dans une juridiction 'exotique'. Pour obtenir des informations sur le droit successoral en vigueur dans ces pays, la source d'information sans nul doute la plus complète est le recueil publié sur feuillets mobiles par MM. Ferid, Firsching, Dörner et Hausmann sous le titre '*Internationales Erbrecht*'. Ce recueil en dix volumes, dont la parution a commencé en 1955, rassemble des contributions sur plus de 70 pays dont un grand nombre de juridictions parfois difficilement accessibles – la liste des pays couverts se lit en réalité comme une véritable invita-

(66) On mentionnera l'ouvrage de M. HAYTON (éd.), *European Succession Laws*, 3^{ème} éd., Bristol, Jordans, 570 p. (l'ouvrage contient des rapports sur les pays suivants Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Chypre, Danemark, Ecosse, Espagne, France, Finlande, Grèce, Irlande, Ile de Man, Irlande du Nord, Italie, Jersey, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pays de Galle, Portugal, Suède, Suisse) et les rapports nationaux qui ont été rassemblés dans l'ouvrage de M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités – Droit international privé et droit comparé*, Bruylant, 2003.

(67) Pour la plupart des Etats membres, un spécialiste national a été chargé de rédiger une étude présentant, selon un questionnaire uniforme, le droit successoral de son Etat. Les rapports sont disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

tion au voyage, partant de l'Albanie pour se terminer au Vatican en passant par l'Éthiopie, le Costa Rica, le Kirghizstan ou encore la Nouvelle Zélande (68). Le même éditeur publie également des monographies consacrées au droit successoral de certains pays (69). En langue française, l'on peut également consulter les fascicules parus dans le *Juris-Classeur Droit Comparé* (70), dont l'objectif est toutefois plus vaste puisque l'ambition est d'offrir un panorama de l'ensemble du droit civil intéressant le notariat. La partie consacrée au droit des successions est en conséquence parfois fort réduite (71).

En l'absence d'information ou d'informations actuelles sur la législation en vigueur dans l'État dont la loi est applicable, la solution la plus directe consiste à obtenir une consultation

(68) M. FERID et al. (éds.), *Internationales Erbrecht*, Beck, f.m. La 64 livraison a été publiée en octobre 2006. Les fascicules consacrés aux différents pays comportent deux parties. Dans une première partie, le lecteur trouvera un commentaire, parfois succinct (une dizaine de pages), parfois très fouillé (plus de 200 pages pour le commentaire relatif au droit américain) sur le droit des successions du pays, selon une structure commune (après un aperçu bibliographique, le lecteur trouvera des renseignements sur les sources de droit, les conflits de lois dans le temps et dans l'espace, les règles fondamentales du droit des successions, les successions ab intestat, les successions testamentaires, l'acceptation et la renonciation à la succession ainsi que des questions spécifiques comme la preuve de la qualité d'héritier ainsi que la procédure en matière successorale). Dans une seconde partie, les fascicules reproduisent également les textes législatifs pertinents, le plus souvent dans la langue d'origine accompagnée d'une traduction en langue allemande. L'ouvrage n'est certes pas parfait. L'on se reportera à la critique qu'en livre par exemple E. SCHWEINBERGER in *Rev. int. dr. comp.* 1980, 659-660, qui pointe notamment du doigt le fait que les contributions nationales sont de valeur inégale. Cette collection demeure toutefois d'une valeur inégalée.

(69) H.-P. SCHÖMMER et N. KESEN, *Internationales Erbrecht Türkei*, Beck, 2004, 180 p.; H.-P. SCHÖMMER, T. STEINHÄUER et R. HAYDU, *Internationales Erbrecht Frankreich*, Beck, 2005, 197 p.; H.-P. SCHÖMMER, K.-M. BAUER et H. FASSOLD, *Internationales Erbrecht Österreich*, 2ème éd., Beck, 2003, 166 p.; H.-P. SCHÖMMER et J. REISS, *Internationales Erbrecht Italien*, Beck, 2005, 252 p.; H.-P. SCHÖMMER et U. BÜRGI, *Internationales Erbrecht Schweiz*, 2ème éd., Beck, 2006, 322 p. et H.-P. SCHÖMMER et D. GEBEL, *Internationales Erbrecht Spanien*, Beck, 2003, 258 p. On annonce la parution en 2007 d'un volume consacré aux Pays-Bas.

(70) B. GOLDMAN (éd.), *Juris-Classeur droit comparé*, éd. Techniques (publication commencée en 1960, elle est toujours en cours).

(71) À l'avenir, l'*International Encyclopedia of Laws* (R. BLANPAIN, gén. éd., Kluwer) pourrait fournir de précieux services. Le troisième volume de cette encyclopédie, édité sous la responsabilité de W. PINTENS, est consacré au droit de la famille et comprend un volet sur le droit des successions. Une quinzaine de pays ont déjà fait l'objet de monographies dans cette collection (les pays concernés sont l'Allemagne, l'Australie, le Botswana, le Canada, le Costa-Rica, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la Finlande, la Grèce, l'Inde, l'Irlande, le Japon, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, le Portugal, la République Tchèque, Singapour, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Zambie).

d'un juriste local (72). Même dans ce cas toutefois, des difficultés importantes peuvent surgir. L'on sait par exemple qu'en droit burundais, qui connaît pourtant un important effort de codification, le droit des successions est encore régi à l'heure actuelle par la coutume (73). Le caractère non-écrit de ces règles peut poser des difficultés considérables d'accès au praticien belge. La difficulté devient quasi-insurmontable lorsque l'on sait que dans la pratique récente des juridictions burundaises, certaines règles coutumières qui favorisent les héritiers mâles du défunt en leur réservant la quasi-totalité de la succession ne sont plus appliquées car jugées contraires au principe d'égalité entre sexes (74). Il est à craindre que même le spécialiste local ne puisse dans ces conditions fournir de renseignements tout à fait fiables sur l'état du droit étranger (75).

Une fois la loi successorale identifiée et son contenu déterminé (76), la dernière étape consiste à s'assurer de la qualité

(72) L'on n'oubliera pas le rôle que peut jouer le Ministère des Affaires Etrangères, qui possède une importante documentation sur la législation de nombreux pays étrangers. La bibliothèque est accessible au SPF Affaires Etrangères (Service P&C 2 - Bibliothèque, Rue des Petits Carmes 15 à 1000 Bruxelles). Malheureusement, le riche catalogue de la bibliothèque n'est pas disponible en ligne. Les représentations diplomatiques établies en Belgique peuvent dans certaines circonstances être une source utile d'information sur le droit étranger. Voy. Civ. Charleroi, 23 juin 1961, *J.T.*, 1961, 590 (dans cette espèce, le demandeur s'était fondé sur un document émanant du Ministère des Affaires étrangères pour apporter au tribunal la preuve du droit soviétique applicable à la succession).

(73) L'on ajoutera que les règles coutumières sont susceptibles de varier selon l'appartenance régionale ou ethnique du défunt. L'on trouve quelques indications sur les pratiques successorales du Burundi dans le rapport «Etude sur les pratiques foncières au Burundi», établi sous la supervision de G. GATUNANGE pour le compte de l'ONG RCN Justice & Démocratie, 2004, 106 p., spéc. pp. 55-65. En général sur le rôle du droit coutumier dans ce pays, voy. CH. NTAMPAKA, «Reconciling the sources of law in the Burundi Code of persons and of the family», in *The International Survey of Family law*, A. BAINHAM (éd.), Martinus Nijhoff, 1997, 65-77 ainsi que du même auteur, «La coutume dans les droits africains après la réception des droits romanistes. Exemple des pays francophones d'Afrique centrale», *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire des institutions*, 1984, 181-191.

(74) Sur la situation dans le droit voisin du Rwanda, voy. M. IMBLEAU et W.A. SCHABAS, *Introduction au droit rwandais*, Yvon Blais, Québec, 1999, 470 p.

(75) L'article 15, §2 *in fine* du Code de droit international privé permet, lorsqu'il est «manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile», de faire application du droit belge. L'on comprend que cette dérogation au mécanisme normal de la règle de rattachement ne devra être utilisée qu'avec la plus grande prudence, sous peine de mettre en jeu la responsabilité de l'établissement bancaire.

(76) Il va sans dire qu'il sera parfois difficile de pénétrer les arcanes du droit étranger. L'on sait par exemple que le droit marocain de la succession est réputé pour sa difficulté, notamment en raison de l'existence d'un grand nombre de catégories d'héritiers. Voy. récemment sur cette question, K. RIMANQUE, «Het familiaal vermogensrecht in de islam voor beginners», in *Over erven. Liber amicorum Micken Puelincks-Coene*, F. SWENNEN et al. (éds.), Kluwer, 2006, 351-385.

des héritiers. Il ne s'agit plus de déterminer qui sont les successibles, mais si une personne donnée possède le lien de parenté requis avec le *de cuius*. Cette question relève de la loi applicable aux relations de parenté (77). Comme par le passé, le Code de droit international privé soumet ces questions à la loi nationale. A l'égard des relations entre parent et enfant l'article 62, §1^{er} du Code précise qu'il faut retenir la loi de la personne dont la paternité ou la maternité est en cause. L'on pourra sur base de cette règle de rattachement reconstruire l'écheveau des relations familiales. Ainsi à l'égard d'un enfant adopté il faudra consulter la loi applicable à l'adoption pour déterminer si une personne peut prétendre être l'enfant adoptif du *de cuius* (78). Une fois le lien de filiation établi, la loi successorale reprend son emprise pour déterminer les droits des héritiers dans la succession. Elle déterminera notamment si l'un d'eux peut solliciter des informations auprès d'un établissement bancaire ou s'il doit au contraire être en possession d'un mandat des autres héritiers.

B. La pratique

L'analyse qui précède a révélé les difficultés auxquelles les établissements bancaires peuvent être confrontés pour déterminer la position à adopter vis-à-vis des héritiers ou des personnes qui revendiquent cette qualité. Ces difficultés tiennent à la fois à l'obligation de consulter une, voire plusieurs lois étrangères et d'en déterminer le contenu. Une chose est en effet de déterminer que la succession est soumise à loi moldave et que cette même loi régit les relations unissant le défunt à la personne qui prétend être son héritier, autre chose est d'établir qui sont les héritiers selon cette loi et de vérifier sur base des documents fournis par l'héritier l'existence d'un véritable lien de filiation.

(77) Voy. N. WATTÉ, «Les successions internationales. Conflits de lois, conflits de juridictions», in *Répertoire notarial*, Tome XV, livre XIV-3, Bruxelles, Larcier, 1992, 164-165, n° 194. En France, G. DROZ et M. REVILLARD, v° Successions – conflits de lois, *Juris-Cl. Dr. Int.*, 2002, fasc. 557-10, p. 26, n° 189.

(78) En vertu de l'article 70 du Code, la loi nationale des adoptants au moment de l'adoption est pertinente.

En pratique les établissements bancaires pourront la plupart du temps s'appuyer sur des documents fournis par les intéressés. De nombreux Etats ont en effet mis en place des systèmes permettant de rapporter la preuve de la qualité d'héritier, sur lesquels les établissements bancaires pourront s'appuyer pour obtenir la certitude nécessaire à propos de l'identité des personnes concernées. Après avoir brièvement décrit ces systèmes (§1), il conviendra de s'interroger sur la valeur des certificats à travers les frontières (§2).

1. *Les systèmes permettant de rapporter la preuve de la qualité d'héritier*

L'on peut distinguer deux catégories de pays, selon que le mode de preuve fasse intervenir une autorité judiciaire ou non (79).

Dans une première catégorie de pays, la loi confère aux juridictions une compétence particulière qui leur permet de délivrer à la requête d'un successeur un certificat d'héritier. Le droit allemand offre l'exemple le plus connu. Selon l'article 2353 BGB, le tribunal peut fournir un certificat d'héritier ('*Erbschein*') qui non seulement mentionnera l'identité des héritiers mais déterminera aussi leurs parts successorales et précisera également l'existence ou non de limitations aux droits des héritiers (80) (81). Pour obtenir la délivrance de ce certificat, les héritiers devront prouver leurs droits et notamment établir leur lien de parenté avec le défunt ou produire le testament dont ils invoquent le bénéfice. Sur base des documents produits par les successeurs, le juge délivre le certificat d'héritier qui possède une valeur probatoire importante. Selon

(79) Voy. l'aperçu général fourni par MM. H. DÖRNER et P. LAGARDE dans leur «Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relative aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne», in *Les successions internationales dans l'Union européenne. Perspectives pour une harmonisation*, Deutsches Notarinstitut, 2004, 113-129.

(80) Le certificat judiciaire d'héritier du droit allemand a été décrit avec beaucoup de détails par Y.-H. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Maklu-Bruylant, 1996, 86-88, n° 132-134. Voy. également les observations critiques de Ph. DRAKIDIS, «Des problèmes nés de l'application du certificat d'héritier», *Rev. int. dr. comp.*, 1966, 593-612.

(81) Le droit grec connaît la même institution, voy. Ph. DRAKIDIS, v° Grèce – Successions. Donations, *Juris-Cl. Dr. Comp.*, 1996, fasc. 2, p. 22, n° 260-272 à propos des articles 1956-1996 du Code civil grec.

le §2365 BGB, le certificat fait naître une présomption réfragable que le titulaire a une vocation successorale. Cette présomption est selon la loi allemande opposable *erga omnes*. Elle protège dès lors les tiers de bonne foi qui se sont fondés sur le certificat pour se libérer entre les mains d'un héritier. Pour autant, le certificat d'héritier ne jouit pas de l'autorité de chose jugée. La présomption que fait naître le certificat est en effet réfragable.

Des systèmes similaires sont en vigueur en Suisse (82) et dans les départements français de l'Alsace et de la Lorraine (83). L'Autriche connaît un système particulier du fait que selon le droit autrichien la succession doit faire l'objet d'un envoi en possession par le tribunal (84).

D'autres pays font reposer l'effort de preuve sur l'*acte de notoriété* ou ses dérivés. L'on sait qu'à l'origine, la pratique de l'acte de notoriété ne bénéficiait pas d'un appui légal. L'utilisation de cet acte s'est imposée en pratique pour faciliter les relations entre les héritiers d'un défunt et les tiers, notamment les établissements bancaires. Si la pratique semblait se satisfaire de l'acte notarié, celui-ci soulevait d'importantes questions juridiques, notamment quant à sa force de preuve. L'acte de notoriété repose sur les déclarations de deux témoins qui attestent connaître le défunt et ses successibles. Sous la pression de la pratique, les actes de notoriété débordent largement de cette seule constatation de fait – le décès et l'existence de successibles – pour aborder également des questions de droit comme la dévolution successorale et les droits des héritiers. Ainsi est née la pratique des attestations d'hérédité qui sont rédigées par les notaires et qui sont fondées non plus tellement sur les déclarations de témoins mais bien sur les investigations des notaires ainsi que sur l'application par ces derniers aux données de fait qu'ils ont pu rassembler, des règles juridiques applicables à la succession.

(82) Le Code civil prévoit la possibilité pour les héritiers testamentaires d'obtenir une attestation de leur qualité d'héritiers (art. 559 C. civ.). La pratique semble avoir développé un système équivalent pour les héritiers ab intestat, voy. les références citées par Y.-H. LELEU, *op. cit.*, 86, note 2 *in fine*.

(83) H. DÖRNER et P. LAGARDE, *art. cit.*, 114-116.

(84) Pour plus de détails, voy. Y.-H. LELEU, *op. cit.*, 186-203.

Tel qu'il existe à l'heure actuelle dans la pratique belge, le statut de l'acte notarié ou de la déclaration d'hérédité est incertain (85). En pratique le crédit accordé au document sera grand, les tiers se fiant aux investigations effectuées par le notaire. Le tiers qui s'est fié à un tel acte n'est toutefois pas juridiquement protégé, le recours à la théorie du maintien des actes accomplis par l'héritier apparent étant des plus incertains (86).

Aux Pays-Bas et en France, ces difficultés ont conduit le législateur à intervenir pour donner à l'instrument probatoire né de la pratique une assise légale. La loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 a introduit une nouvelle section dans le Code civil français, intitulée «de la preuve de la qualité d'héritier». Les articles 730 et suivant du Code civil donnent ainsi un fondement légal à la pratique de l'acte de notoriété. Pour obtenir un acte de notoriété, les héritiers devront présenter l'acte de décès de la personne dont la succession est ouverte ainsi que l'ensemble des documents pertinents dont ils disposent – par exemple des actes d'état civil – pour établir leur vocation successorale. Avec cette réforme, le législateur français a renoncé à faire du témoignage de deux parties le fondement de l'acte de notoriété. Comme l'a suggéré une partie de la doctrine belge (87), l'acte de notoriété est ainsi transformé en un acte hybride, dont la valeur repose à la fois sur les éléments de fait apportés par les parties, qui ne sont plus des témoins, et sur la réflexion juridique du notaire qui déduit des faits qu'on lui soumet les conséquences qu'imposent les règles juridiques dont il a la maîtrise.

L'acte de notoriété ainsi établi fait foi «jusqu'à preuve contraire» (art. 730-3 C. Civ.) – preuve qui peut être rapportée par toute voie de droit. La présomption que l'acte de notoriété établit se révélera bien utile dans les rapports avec les tiers. L'article 730-4 du Code civil français dispose à cet égard que

(85) Voy. les réflexions et les suggestions, en sens divers, de J.-L. Snyers, «Waarheen met de akte van bekendheid?», *T. Not.*, 1988, 136-144 et de J. Demblon, «Acte de notoriété, attestation d'hérédité, certificat de propriété successorale», *Rev. not. Belge*, 1986, 234-251.

(86) Voy. pour plus de détails N. Geelhand, *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenaafweging in het erfrecht*, Maklu, Anvers, 1995, pp. 45-46, n°s 73-75.

(87) J.-L. Snyers, *art. cit.*, spec. pp. 140-143, n°s 17 et s.

les héritiers désignés dans l'acte de notoriété «sont réputés, à l'égard des tiers détenteurs de biens de la succession, avoir la libre disposition de ces biens et, s'il s'agit de fonds, la libre disposition de ceux-ci dans la proportion indiquée à l'acte.»

Aux Pays-Bas le législateur est également intervenu pour donner une assise légale à la pratique notariale. Depuis cette intervention, l'on parle de la '*verklaring van erfrecht*' rédigée par un notaire. Selon l'article 188 du Livre 4 NBW, la *verklaring van erfrecht* est un acte notarié dans lequel le notaire fait mention de certains faits, comme le fait qu'une personne déterminée est l'héritier, pour une partie déterminée de la succession, du défunt, avec mention de son acceptation éventuelle de la succession. La mission du notaire est importante : il lui incombe de vérifier les faits qu'il décrit ainsi que les conséquences juridiques qui en découlent.

Le nouvel article 187 du Livre 4 du Code civil garantit au tiers qui s'est fié à la '*verklaring van erfrecht*' qu'il sera considéré comme ayant agi de bonne foi. Le débiteur qui s'est libéré entre les mains d'une personne désignée par une telle déclaration pourra opposer le caractère libératoire de ce paiement au véritable héritier, sauf si des circonstances particulières lui imposait d'effectuer une enquête complémentaire qui aurait pu lui révéler le caractère erroné de la déclaration (88).

D'autres systèmes existent sans doute. Plutôt que d'offrir une encyclopédie de droit comparé sur cette question, il est préférable de s'interroger sur la valeur internationale de ces documents.

2. La valeur des systèmes permettant de rapporter la preuve de la qualité d'héritier à travers les frontières

Quelle est la valeur d'un acte de notoriété français sur le territoire belge ? Un établissement bancaire belge peut-il sans

(88) L'article 187 dispose que «1) *Hij die is afgegaan op de in een verklaring van erfrecht vermelde feiten, geldt te dezen aanzien als te goeder trouw.* 2) *Een schuldenaar die, afgaande op de in een verklaring van erfrecht vermelde feiten, heeft betaald aan iemand die niet bevoegd was de betaling te ontvangen, kan aan degene aan wie betaald moest worden, tegenwerpen dat hij bevrijdend heeft betaald.* 3) *Het in de vorige leden bepaalde lijdt uitzondering, indien van degene die op de verklaring is afgegaan, op grond van bijzondere omstandigheden een nader onderzoek kon worden geveerd, dat hem de onjuistheid van de verklaring zou hebben doen blijken.*»

réserve se fier à un *Erbschein* délivré par une juridiction allemande? Ces questions appellent une réponse nuancée selon la nature du document.

Si le document a été établi suite à une procédure judiciaire, les règles relatives à l'effet des jugements étrangers sont susceptibles de s'appliquer. Elles imposent d'accorder au jugement étranger le même traitement que celui qu'il reçoit dans l'Etat d'origine. Partant, l'on devra accorder à un *Erbschein* allemand les mêmes effets que ceux qu'il emporte en droit allemand. La reconnaissance du jugement s'effectuera de plein droit, selon le prescrit de l'article 22 du Code de droit international privé. Les héritiers qui invoquent un tel document ne devront dès lors pas au préalable obtenir un quelconque fiat d'une juridiction belge.

S'agissant par contre d'un acte établi par un notaire étranger, le régime applicable est celui de l'acte authentique étranger (89). Pour s'en tenir au seul Code de droit international privé, l'acte authentique bénéficie de la reconnaissance de plein droit pour autant que sa validité soit établie conformément au droit déclaré applicable par le Code (90). S'agissant de déterminer qui sont les successibles et quels sont leurs droits, c'est à la lumière de la loi successorale qu'il faudra vérifier la validité de l'acte étranger. Il faudra également s'assurer que l'acte répond aux exigences d'authenticité posées par la loi d'origine. Cette vérification peut s'avérer délicate lorsque le certificat ou l'attestation est né de la pratique et ne peut pas, ou seulement de manière indirecte, en appeler à un encadrement légal spécifique.

Qu'il s'agisse d'un jugement ou d'un acte notarié, le régime théorique applicable est celui de la reconnaissance de plein droit. La pratique confirme que dans la plupart des cas, les

(89) Voy. récemment la synthèse offerte par G. DE LEVAL, «Reconnaissance et exécution de l'acte notarié dans l'espace judiciaire européen», in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Larcier, 2005, 663-678. Adde I. DUPRÉ, «Het vrij verkeer van authentieke akten in de Europese Unie: een geïntegreerd overzicht voor de rechtspraktijk», *Not. Fisc. M.*, 2005, 1-27 ainsi que cf. F. DE BOCK et K. SWERTS, «Vrij verkeer van authentieke akten over de landsgrenzen heen: utopie of werkelijkheid?», in *Le droit processuel et judiciaire européen*, G. DE LEVAL (éd.), Bruxelles, La Chartre, 2003, 391-417, spéc. pp. 401-404 pour le régime mis en place par le Code de droit international privé.

(90) Article 27, §1^{er}.

établissements bancaires réserveront un bon accueil aux documents étrangers qui leur sont soumis. Si l'on enseigne traditionnellement que l'acte de notoriété ne fait preuve que dans le pays où il est passé (91), les actes de notoriétés sont reconnus en pratique au moins dans les relations entre pays qui connaissent l'institution (92). En France, l'on admet ainsi la preuve de la qualité héréditaire sur base d'un acte de notoriété, d'une déclaration établie par un notaire, un greffier-notaire ou encore un huissier-notaire instrumentant à l'étranger (93). Dans tous les cas il faudra toutefois procéder à une vérification de la cohérence de l'acte dressé à l'étranger et s'assurer que les renseignements y fournis correspondent bien à ceux qui figurent sur les autres documents en possession de la banque. L'expérience française apprend en effet qu'une certaine prudence est de mise. Dans l'affaire *Ragouslky*, les tribunaux français avaient confié la gestion de la succession vacante d'une citoyenne russe décédée en France à l'administration des domaines. Deux citoyens russes assignèrent le directeur régional des domaines en pétition d'hérédité. Ils prétendaient être la nièce et le neveu de la défunte et s'appuyaient pour ce faire sur une attestation de notoriété établie par l'ambassade russe à Paris (94). La convention consulaire franco-soviétique imposait aux autorités françaises de reconnaître l'authenticité de l'attestation établie par les services consulaires russes établis à Paris. Toutefois les juridictions françaises ont rejeté la demande, estimant qu'il y avait un doute sur l'identité de la défunte – les actes de naissance et de décès ne correspondant pas – et que ce doute remettait en

(91) G. DROZ et M. REVILLARD, *op. cit.*, p. 26, n° 192.

(92) Dans la jurisprudence l'on trouve quelques décisions qui se fondent expressément sur un acte notarié rédigé par un notaire étranger pour démontrer la qualité d'héritier (voy. l'ordonnance du Président du tribunal de 1ère instance de Malines, 28 juin 1955, *Tijd. v. Notarissen*, 1955, 184 – le président fait référence à une 'verklaring van erfrecht' rédigée par un notaire néerlandais); Civ. Charleroi, 23 juin 1961, *J.T.*, 1961, 590 (le tribunal se fonde, sans de plus ample vérification, sur un acte de notoriété rédigé par un fonctionnaire diplomatique soviétique).

(93) G. DROZ et M. REVILLARD, *op. cit.*, p. 26, n° 192.

(94) Sur les particularités de l'acte notarié consulaire, voy. les observations de M. REVILLARD, note sous Cass. (1^{ère} Ch. Civ.), 24 octobre 1984, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1985, 341-345. De manière plus générale, sur le rôle des autorités consulaires dans la liquidation des successions internationales, voy. F. RIGAUD, «L'intervention des autorités consulaires dans la conservation, l'administration et la liquidation des successions», *Annales de droit et de sciences politiques*, 1957, 251 et s. et 327 et s.

cause l'existence même du lien de parenté des déclarants avec la défunte.

3. *Vers un certificat international d'hérédité?*

Malgré les innovations de la pratique, de nombreuses difficultés subsistent. Il faut d'abord constater que les établissements bancaires sont susceptibles d'être confrontés à une grande diversité de documents et de certificats divers, dont il ne sera pas toujours facile d'apprécier précisément la valeur. En outre, la pratique des certificats n'est pas universelle. Il n'est pas exclu que certains héritiers ne puissent présenter qu'un ensemble de documents 'bruts' (certificat de décès, attestation de parenté et copie de la législation applicable), imposant au banquier une lourde tâche de vérification. Pour résoudre ces difficultés, il n'est pas de meilleure solution que de mettre en place un certificat international d'hérédité selon des normes acceptées par le plus grand nombre d'Etats. La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions avait pour objectif de permettre l'obtention d'un certificat international d'hérédité qui permettrait à son titulaire de faire valoir sa qualité dans tous les Etats contractants. Le certificat, établi par les autorités de l'Etat de la dernière résidence du défunt, aurait permis à son titulaire, sur simple présentation, de revendiquer l'administration de la succession.

Malheureusement, cette Convention n'a été ratifiée que par trois pays (95). L'idée n'est toutefois pas définitivement entermée. Dans le cadre du Livre vert sur les successions et testaments publié en mars 2005, la Commission européenne a en effet souhaité obtenir les réactions des milieux concernés sur l'opportunité d'adopter un «certificat européen d'héritier» qui permettrait aux héritiers de faire établir leurs droits dans tous

(95) Le Portugal, la République Tchèque et la Slovaquie. Pour plus de détails, voy. H. VAN HOUTTE, «Naar een internationaal certificaat van de beheerder van een internationale nalatenschap», *R.W.*, 1977, 2300 et s.; L. GANSHOF, «La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions», *Rev. not. b.*, 1975, 490 et s. ainsi que R. VANDER ELST, «Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions», *J.T.*, 1975, 250-251.

les Etats membres (96). Une telle initiative, si elle aboutissait, permettrait d'alléger considérablement la tâche des établissements bancaires.

§4. – *Appréhension des biens du défunt
et reconnaissance des pouvoirs
d'un administrateur étranger*

Il ne suffit pas de déterminer qui sont les héritiers et quelle part leur revient. Encore faut-il s'interroger sur les modalités éventuelles auxquelles la prise de possession des biens du défunt pourrait être subordonnée. L'on connaît la distinction entre les deux principaux systèmes qui s'opposent sur cette question : d'une part les régimes juridiques d'inspiration romaine fondé sur l'adage selon lequel la mort saisit le vif et d'autre part les régimes qui préfèrent à la transmission directe des biens successoraux aux héritiers un système fondé sur une transmission différée après contrôle judiciaire et liquidation de la succession par un administrateur (97). En droit anglais par exemple, il revient à la Family Division de la High Court – anciennement la *Court of Probate* – de désigner le *personal representative* (*executor* ou *administrator* selon les cas) chargé de recueillir l'actif, de payer les dettes en ce compris les dettes fiscales du défunt et de distribuer enfin le solde entre les héritiers.

A. *Le rôle de la loi successorale et des autres lois*

Il revient à la loi successorale de se prononcer sur les modalités d'administration et de transmission de la succession. Cette règle déjà admise avant la codification (98), est doréna-

(96) Commission européenne, Livre vert sur les successions et les testaments, COM(2005)65, 1^{er} mars 2005, p. 11, questions 33 à 35.

(97) Entre ces deux extrêmes existent de nombreuses nuances qu'a contribué à mettre en lumière M. Y.-H. LELEU dans son étude précitée, notamment sur le droit anglais (pp. 205-281) et le droit autrichien (pp. 139-201).

(98) N. WATTÉ, *op. cit.*, *Rép. Not.*, 179, n° 223 (qui fait allusion à l'opinion contraire avancée par certains auteurs anciens, notamment L. De Vos); M. VERWILGHEN, «Les lois applicables aux successions internationales», in *J'hérite à l'étranger*, Féd. Royale Not. Belge, Journées notariales Hasselt 1984, (15), 59, n° 69. Dans la jurisprudence, voy. l'ordonnance du Président du tribunal de 1^{ère} instance de Malines, 28 juin 1955, *Tijd. v. Not.*, 1955, 184 (le président fait droit à une demande d'envoi en possession fondée sur l'article 1008 du Code civil belge au bénéfice d'un légataire universel, l'application du

vant confirmée par l'article 82, §1^{er}, al 1^{er} du Code. La solution s'imposait puisque le système de la mise en possession des biens successoraux est intimement lié au droit successoral. Le Code prévoit certes une exception à l'application de loi successorale en faveur de la loi du lieu de situation d'un bien dès lors que cette loi exige l'intervention d'une autorité de l'Etat de situation pour l'administration ou la transmission du bien (99). Cette exception n'aura toutefois qu'une application fort peu fréquente en matière de succession mobilière.

Faut-il également réserver l'application de la loi locale dès lors que les mécanismes de transmission mis en œuvre par la loi successorale ne se révèlent pas efficaces? M. Rigaux évoquait l'hypothèse dans laquelle les juridictions du pays du dernier domicile n'auraient pas désigné d'administrateur, faute de bien ou que l'administrateur désigné par ces juridictions se désintéresse des valeurs mobilières situées en Belgique. L'illustrateur auteur avançait qu'il devait être possible dans ce cas d'accorder une compétence subsidiaire à la *lex rei sitae* pour permettre aux héritiers d'invoquer la saisine de plein droit que leur confère le droit belge et de se faire remettre directement ces valeurs (100). Cet exemple illustre la délicate question de la délimitation des questions soumises à la loi successorale d'une part et d'autres lois d'autre part. Au vrai, comme l'indiquait M. Rigaux, cette question invite à une approche pragmatique qui tient compte de la difficulté dans laquelle pourrait se trouver des héritiers.

Dans la mesure où seule la loi successorale a vocation à se prononcer sur la transmission des biens du défunt, il ne peut

droit belge étant justifiée s'agissant de biens immobiliers situés en Belgique); ordonnance du Président du Tribunal de 1^{ère} instance de Ypres, 9 décembre 1938, *Rev. prat. not. b.*, 1939, 504 (solution implicite – application de la loi belge pour ordonner l'envoi en possession d'immeubles situés en Belgique et faisant partie de la succession d'un défunt qui était domicilié en France); Civ. Charleroi, 23 juin 1961, *J.T.*, 1961, 590 (le tribunal fait référence à la loi successorale – qu'il estime devoir déterminer non pas sur base de la règle classique mais en se fondant sur le critère de l'intérêt social – pour décider qu'il n'y a pas lieu de prononcer l'envoi en possession dans la mesure où selon la loi soviétique qu'il estime applicable les héritiers sont saisis de plein droit).

(99) Article 82, §1, al. 2 Code. La doctrine acceptait déjà avant la codification que la compétence de la loi successorale était exclue au profit de celle de la loi locale dès lors que cette dernière subordonnait le transfert de la propriété à des mesures de publicité (N. WATTÉ, *o.c.*, *Rép. Not.*, 179, n° 223).

(100) F. RIGAUD, «Quelques aspects de la transmission d'une succession mobilière dans les relations internationales», *Rev. Banque*, 1970, (254), 268-269, n° 51-53.

y avoir de conflit entre les prétentions d'un administrateur étranger et celles des héritiers (101). Pour départager d'éventuelles demandes inconciliables émanant de l'administrateur et des héritiers, l'établissement bancaire pourra se contenter de faire référence à la loi successorale. Dès lors que l'administrateur fonde sa compétence sur cette loi, les héritiers devront s'effacer devant ses prétentions sauf difficulté liée à la reconnaissance de la qualité de l'administrateur (102).

B. La reconnaissance des pouvoirs d'un administrateur étranger

L'application de la loi successorale peut conduire un juge belge à connaître d'une succession soumise au régime de la mise en possession différée. Supposons un ressortissant belge domicilié à Londres qui y décède. La succession du défunt comprend d'importants avoirs bancaires détenus par un établissement bancaire belge. Quelle attitude adopter vis-à-vis des héritiers vivant en Belgique qui se manifestent auprès de l'établissement bancaire pour réclamer le transfert des avoirs (103)? Dès lors que le défunt résidait en Angleterre, la loi successorale est la loi anglaise. Celle-ci ne permet pas aux héritiers d'appréhender directement les avoirs bancaires. L'établissement bancaire devra au contraire en application du droit anglais donner satisfaction au seul administrateur désigné par le juge anglais (104).

Comment les établissements bancaires belges doivent-ils réagir lorsqu'ils sont confrontés aux prétentions d'administra-

(101) *Comp.* avec les explications à ce sujet de M. Rigaux, qui évoquait le concours entre l'administrateur et les héritiers, ces derniers se prévalant de la *lex rei sitae* : *art. cit., Rev. Banque*, 1970, (254), 269-270, n^{os} 54 et s.

(102) M. Rigaux évoque une autre difficulté, liée à la mission de certains administrateurs étrangers dont l'une des fonctions est d'assurer le paiement des dettes fiscales. M. Rigaux estime que l'on peut « hésiter à reconnaître à un Etat étranger le droit d'utiliser les mécanismes judiciaires de transmission de biens pour obtenir sur les biens situés en Belgique le recouvrement forcé d'impôts qui lui sont dus » (*art. cit., Rev. Banque*, 1970, (254), 269-270, n^o 55).

(103) Cet exemple est donné par N. WATTÉ, *o.c.*, *Rép. Not.*, 179, n^o 223.

(104) Les juridictions anglaises et américaines se reconnaissent compétentes pour désigner un 'administrator' dès lors que le défunt était domicilié en Angleterre ou aux États-Unis. En outre, ces mêmes juridictions acceptent de désigner un administrateur dit 'local' dès lors que le défunt possédait des biens sur le territoire de la juridiction. Pour plus de détails, voy. par exemple E. SCOLES, P. HAY, P. J. BORCHERS et S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3^{ème} éd., West, 2000, 1055-1067.

teurs désignés par des tribunaux étrangers (105)? A quelle(s) condition(s) peut-on reconnaître la qualité de ces administrateurs? Une pratique déjà bien établie avant le Code acceptait qu'un administrateur désigné par un tribunal étranger pouvait justifier de son titre moyennant production du document émanant de l'autorité étrangère compétente (106). Une fois ce document produit, l'administrateur pourra ester en justice et poser tous les actes conservatoires et d'administration qui lui semblent nécessaire (107). Par contre, la doctrine exigeait que l'administrateur étranger obtienne l'exequatur de la décision l'ayant désigné avant de l'autoriser à poser un acte d'exécution forcée – comme par exemple exiger d'un héritier qu'il lui remette les biens meubles qu'il détient (108).

En réalité, dès lors que l'administrateur étranger a été désigné par une juridiction, il peut se prévaloir, pour justifier son action en Belgique, des effets que le droit belge reconnaît aux décisions étrangères. A ce titre, l'on peut facilement accepter que l'administrateur peut se prévaloir de sa qualité puisque depuis l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, la reconnaissance de plein droit des décisions est devenu la règle (109). Cette reconnaissance permettra à l'administrateur d'effectuer tous les actes que sa mission lui impose (110). Doit-on exiger de l'administrateur qu'il préalablement une déclaration de force exécutoire si le dépositaire refuse de faire

(105) Sur ce thème voy. déjà les explications de F. RIGAUX, «La mise en œuvre, dans les pays de droit civil, de certains institutions successorales du droit anglo-saxon», *Revue Henri Maigret*, 1962, 7-15 ainsi que C. THIBERGE, «Problèmes de transmission et de partage des successions en droit international privé», *Travaux du comité français de droit international privé*, 1960-1962, 67-81.

(106) En ce sens, F. RIGAUX, *art. cit.*, *Rev. Banque*, 1970, (254), 267, n° 42 qui s'appuie sur la jurisprudence française.

(107) En France, cette position a été confirmée par l'arrêt *Schapiro* de la Cour de cassation (Cass., 6 juin 1967, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1969, 75, note Deprez, dans lequel la Cour estime que l'ordonnance de l'Etat de New York qui investissait l'administrateur de la succession produisait ses effets en France sans qu'il y ait lieu à une quelconque déclaration d'exequatur «du moment qu'elle ne donne pas lieu à des actes d'exécution forcée».

(108) N. WATTÉ, *o.c.*, *Rép. Not.*, 181, n° 226.

(109) Le Règlement 44/2001 n'a pas vocation à s'appliquer à la question de la reconnaissance des pouvoirs d'administrateurs étrangers puisque ce Règlement exclut de son champ d'application les questions liées au droit des successions. Il faudra par contre avoir égard aux anciennes conventions bilatérales, notamment la convention conclue entre la Belgique et le Royaume-Uni le 2 mai 1934, qui est toujours en vigueur.

(110) RIGAUX et M. FALLON, 2005, 759, n° 13.109 (ces auteurs expliquent que l'administrateur étranger pourra «en principe, agir en Belgique sur la simple présentation de la preuve de son habilitation»).

droit à sa demande. MM. Rigaux et Fallon semblent indiquer que ceci n'est pas nécessaire. Ils expliquent en effet que le pouvoir de l'administrateur doit être reconnu de plein droit «sans distinguer selon que le dépositaire des biens concernés refuse ou non de s'exécuter» (111). Partant si l'établissement bancaire détenteur de valeurs mobilières tombant dans la succession d'un défunt refuse de s'en dessaisir entre les mains de l'administrateur, celui-ci ne devrait pas au préalable poursuivre l'exequatur de la décision qui l'a nommé. Cette interprétation se comprend dans la mesure où l'administrateur invoque la décision étrangère pour solliciter que soit reconnue sa qualité d'administrateur, qui justifie à elle seule ses prétentions. Un passage par le tribunal nous semble toutefois nécessaire dès lors que l'établissement bancaire ou un autre tiers refuse de se plier aux injonctions de l'administrateur, ne fut-ce que pour obtenir une décision judiciaire confirmant la reconnaissance de la décision étrangère.

Cette question illustre la difficulté de déterminer si un acte particulier peut être dit relever de l'exécution forcée et nécessiter dès lors un exequatur préalable. La jurisprudence française se montre à raison assez souple, admettant qu'un administrateur étranger puisse, sans exequatur préalable, mettre fin à des fonctions temporaires d'un administrateur français, réaliser l'actif mobilier, délivrer des legs, voire encore agir en justice, à l'exclusion des héritiers, pour réclamer réparation du préjudice causé par le décès accidentel du défunt (112). Cette interprétation doit à notre sens également s'imposer en Belgique.

L'article 82, §2 précise *in fine* qu'il faut tenir compte, dans l'appréciation des pouvoirs d'une personne habilitée à administrer la succession en vertu de la *lex successionis*, de décisions judiciaires rendues ou reconnues en Belgique (113). Cette pré-

(111) *Idem*. Voy. toutefois plus loin dans le même ouvrage, la réflexion de MM. Rigaux et Fallon selon laquelle «Si l'administrateur étranger a été investi par une décision judiciaire, ses pouvoirs seront fonction de la reconnaissance de plein droit ou, en cas de refus de remise du bien, ils reposeront sur la déclaration de la force exécutoire de la décision en vertu des règles générales sur l'efficacité des décisions étrangères...» (p. 760, n° 13.109, nous soulignons).

(112) Voy. les commentaires de M. F. BOULANGER sur le «quasi-effacement des exigences de l'exequatur»: *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004, 160-161, n° 145.

(113) F. RIGAUX et M. FALLON, 2005, 759, n° 13.109.

cision dont la portée est difficile à déterminer, semble faire référence à l'hypothèse dans laquelle une juridiction belge aurait prononcé une décision accordant des droits sur la succession à une autre personne que l'administrateur. Il s'agit dès lors d'un cas particulier du phénomène des conflits de décisions, qui sont visés à l'article 25, §1^{er}, 5^o du Code. Au vrai, l'hypothèse semble exceptionnelle (114). Dès lors que la succession est régie par une loi étrangère, les juridictions belges ne pourront en effet reconnaître des droits sur la succession à une autre personne que l'administrateur (115).

§5. – *Les relations avec les créanciers*

Outre les héritiers, d'autres personnes peuvent interpellier un établissement bancaire suite au décès d'un client. L'on pense aux créanciers du défunt qui ont un intérêt certain à se manifester. Quelle attitude l'établissement bancaire devra-t-il adopter pour faire face à une telle revendication, notamment lorsqu'elle entre en concurrence avec la revendication d'un héritier ou d'un administrateur étranger?

Imaginons qu'un ressortissant belge décède à Londres où il réside. S'il laisse d'importants avoirs détenus auprès d'un établissement bancaire belge, celui-ci pourrait être confronté aux prétentions contradictoires des héritiers du défunt, qui réclament la saisine des biens, à celles de l'administrateur désigné par une juridiction anglaise et enfin aux revendications d'un créancier soucieux d'obtenir le paiement de sa dette.

Ce conflit n'appelle au vrai pas d'éclairage particulier sous l'angle du droit international des successions. L'établissement bancaire devra en effet réagir aux prétentions des créanciers comme il le ferait si le titulaire des avoirs était encore vivant. Partant, l'établissement bancaire ne pourra réagir à la sommation du créancier que si celui-ci produit un titre établissant la réalité de sa créance ainsi que son caractère exécutoire. Dès lors que le créancier met à profit le titre dont il dispose pour effectuer une saisie entre les mains de l'établissement bancaire,

(114) Voy. toutefois *infra* à propos des revendications des créanciers.

(115) Voy. l'exemple théorique de conflit de décisions donné par MM. RIGAUX et FAL-LON, *op. cit.*, 760, n^o 13.109.

les règles normales de la saisie sont appelées à s'appliquer. Une mesure de saisie valablement pratiquée sera opposable tant aux héritiers qu'à un éventuel administrateur étranger. L'article 82, §2 du Code rappelle d'ailleurs que l'administrateur devra accepter les effets d'éventuelles décisions prononcées par les tribunaux belges.

M. Rigaux a suggéré que lorsque la succession est gérée par un administrateur étranger, l'établissement bancaire devrait s'assurer de l'existence d'éventuels créanciers locaux avant de remettre à l'administrateur les valeurs mobilières dont il est détenteur ou dépositaire (116). La préoccupation est légitime. Elle est d'ailleurs partagée par d'autres systèmes juridiques qui permettent aux créanciers locaux de solliciter la désignation d'un administrateur local dont la mission est de désintéresser les créanciers locaux avant de transmettre le reliquat de la succession à l'administrateur principal (117).

Il reste que l'établissement bancaire n'a pas vocation ni d'ailleurs l'obligation d'assumer le rôle de protecteur d'éventuels créanciers locaux du défunt. Tout au plus l'établissement bancaire pourra-t-il, à sa discrétion, veiller à s'assurer que l'administrateur étranger ait connaissance de l'existence des créanciers locaux. Si ces derniers entendent paralyser le transfert des avoirs à l'administrateur, il leur incombe de mettre en œuvre les moyens classiques de coercition, à défaut de quoi la banque ne peut être contrainte de leur accorder priorité en écartant les prétentions de l'administrateur étranger.

(116) F. RIGAUX, *art. cit.*, *Rev. Banque*, 1970, (254), 258, n° 18.

(117) M. Rigaux faisait référence au droit américain. Il semble toutefois que celui-ci ne permette pas de protéger de manière absolue les créanciers locaux, voy. E. SCOLES, P. HAY, P.J. BORCHERS et S.C. SYMEONIDES, *oc. cit.*, 1089-1092.