

1

Le Code
de droit international privé

par

Patrick WAUTELET
chargé de cours
à la Faculté de droit de l'Université de Liège
avocat

*Table des matières***LE CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

En guise d'introduction.....	11
Section 1 Présentation générale du Code de droit international privé	13
§ 1er - Une réforme en douceur	13
§ 2 - Vocation subsidiaire du Code.....	13
§ 3 - Intégration de l'acquis du droit conventionnel.....	15
§ 4 - Structure générale du Code	16
§ 5 - Modernisation des règles de droit international privé.....	17
§ 6 - Rôle central du droit de la résidence habituelle	18
§ 7 - Des règles de compétence généreuses.....	20
§ 8 - Un rôle plus important accordé à l'autonomie de la volonté.....	20
§ 9 - Rattachements complexes	21
§ 10 - Entrée en vigueur et droit transitoire	22
Section 2 La théorie générale des conflits de lois (art. 15 à 21)	24
§ 1 ^{er} - Les nouveautés	25
1.- La clause d'exception.....	25
2.- Suppression de principe du renvoi	28
3.- Une solution restrictive du conflit de nationalités.....	30
§ 2 - Les confirmations	31
1.- L'exception d'ordre public	31
2.- Les règles spéciales d'applicabilité.....	32
3.- La fraude à la loi	34
4.- Le statut du droit étranger.....	35
§ 3 - Les silences et les solutions implicites.....	36
1.- Absence de définition du caractère international des situations visées	36
2.- La qualification	37
3.- Le conflit mobile	39
4.- La question préalable.....	39
5.- Silence du Code sur le rôle du juge dans l'application des règles de conflict de lois.....	40

Section 3 Le nouveau droit du divorce international	41
§ 1 ^{er} - Les règles de compétence internationale.....	42
§ 2 - Le droit applicable à la dissolution du lien conjugal	44
Section 4 Les obligations alimentaires	48
§ 1 ^{er} - Compétence internationale des juridictions belges	48
1.- Règle principale	48
2.- Règles secondaires	49
a) For de la nationalité belge commune.....	49
b) Extension de la compétence du tribunal belge saisi d'une action concernant l'état des intéressés	50
c) Application des règles générales de compétence du Code (art. 5 e.s.)	51
§ 2 - Extension du rôle de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments	51
1.- Une règle de rattachement unitaire	51
2.- Rattachement à la résidence habituelle du créancier d'aliments	53
3.- Intervention de l'ordre public de droit international privé.....	55
a) Clause particulière d'ordre public	55
b) Clause générale d'ordre public (art. 21 du Code).....	56
4.- Droit applicable aux conventions relatives aux aliments	57
5.- Recours d'un tiers-payeur.....	59
Section 5 Les régimes matrimoniaux	60
§ 1 ^{er} - Consécration de l'autonomie de la volonté	61
1.- Portée du choix de loi par les époux	61
2.- Limitations à l'autonomie de la volonté des époux	65
3.- Forme du choix de loi par les époux.....	67
4.- Choix d'une loi étrangère lorsque l'un des époux est belge.....	68
§ 2 - Bouversement de la loi applicable à défaut de choix	68
1.- Rattachement principal	69
2.- Rattachements objectifs subsidiaires.....	71
a) premier rattachement subsidiaire.....	71
b) deuxième rattachement subsidiaire : loi du lieu du mariage.....	72
§ 3 - Modification du régime matrimonial	73
§ 4 - Protection des tiers.....	76
§ 5 - Droit transitoire.....	77
1.- Le principe : pas d'application immédiate du Code aux mariages conclus avant le 1 ^{er} octobre ?	77
2.- Les exceptions	79
a) choix de loi par les époux.....	79

b) application immédiate de l'article 54 ?	80
Section 6 Les successions	81
§ 1 ^{er} - Compétence des tribunaux belges	81
§ 2 - Consécration du rattachement dualiste classique	84
§ 3 - Survivance limitée du renvoi	85
§ 4 - Choix du droit applicable	88
§ 5 - Forme des testaments	90
§ 6 - Abrogation du droit de prélèvement	91
§ 7 - Problème particulier des décès survenus lors de catastrophes naturelles	92
 Section 7 Trusts	 96
 Section 8 Les actes notariés et l'article 77 de la loi hypothécaire	 102

LE CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

En guise d'introduction

1.- Le droit international privé belge a connu avec la récente entrée en vigueur du Code de droit international privé un bouleversement de grande ampleur.¹ L'importance de ce développement justifie que l'on y consacre l'intégralité de la présente chronique.

Fruit des efforts d'un groupe d'universitaires spécialisés dans la discipline, le Code a été promulgué le 16 juillet 2004 et en est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004.² Son examen parlementaire a fourni deux documents qui seront des guides précieux pour l'interprétation de ses termes.³ Après son entrée en vigueur, les services du Ministère de la Justice ont fait paraître une circulaire qui apporte elle aussi d'utiles précisions sur le texte.⁴

¹ La présente chronique fait suite à celle publiée in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XXXIX, 1^{er} avril 2004, Larcier, 429-511.

² Loi du 16 juillet 2004, *M.B.*, 27 juillet 2004.

³ Il s'agit tout d'abord du rapport explicatif accompagnant la proposition de loi (Proposition de loi portant le Code de droit international privé, 1^{er} juillet 2003, *Doc. Parl.*, Sénat 3-27/1) et ensuite du rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willems (20 avril 2004, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7). Les documents les plus importants ont été rassemblés in M. FALLON et J. ERAUW, *La nouvelle loi sur le droit international privé*, Bruxelles, Kluwer, 2004.

⁴ Circulaire du 23 septembre 2004 de la Ministre de la Justice relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel (*M.B.*, 28 septembre 2004).

Il faut s'attendre à ce que le Code fasse l'objet de nombreux commentaires dans les mois et les années qui viennent. Aux publications qui ont déjà vu le jour,⁵ l'on ajoutera qu'un groupe de spécialistes de la discipline prépare un commentaire général du Code destiné à être publié par les éditions Bruylant et Intersentia.⁶

2. L'entreprise de codification modifie profondément le visage d'une discipline habituée jusqu'alors à des raisonnements fondés sur une seule disposition législative, l'article 3 du Code civil, matrice d'un foisonnement de raisonnements parfois déroutants pour le non-initié. Gageons que l'entrée en vigueur du Code va également sensiblement modifier la perception générale des règles de droit international privé réputées jusqu'alors pour leur inaccessibilité.

A défaut de pouvoir livrer un commentaire exhaustif du Code, l'on se contentera de souligner dans un premier temps certaines lignes directrices de la codification pour ensuite s'attarder aux règles particulières susceptibles d'intéresser le notariat.

⁵ J. ERAUW, « Het vernieuwde internationaal privaatrecht van België wordt van kracht », *R.W.*, 2004, pp. 121 e.s ; H. BOULARBAH et alii, « Le nouveau droit international privé belge », *J.T.*, 2005, 173-203 ; L. BARNICH, « Présentation du nouveau code belge de droit international privé », *Rev. not.*, 2005, 6-67 ; A. VAN GEEL et N. LABEEUW, « Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht : de verwachte (r)evolutie... of toch niet helemaal ? », *Nieuwsbrief notariaat*, Kluwer, 2004, n° 17-18, pp. 1-9, n° 19, pp. 1-8 et n° 20, pp. 1-8 ; J-Y CARLIER, « Le Code belge de droit international privé, à paraître in *R.C.D.I.P.*, 2005, n° 1.

⁶ Cet ouvrage se présentera sous la forme d'un commentaire par article. Il sera disponible à l'automne 2005.

Section 1

Présentation générale du Code de droit international privé

§ 1er - Une réforme en douceur

3. Le Code de droit international privé ne vise pas à réformer en profondeur la réglementation internationale des situations privées. L'ambition est plus modeste : le Code se présente d'abord comme la confirmation des solutions existantes, développées pour la plupart par la jurisprudence au départ d'un ensemble fort réduit de prescrits légaux. C'est ainsi qu'en matière de droit des biens, le Code confirme l'application de la traditionnelle *lex rei sitae* (art. 87 du Code). Dans de nombreux autres domaines, les règles nouvelles consolident l'acquis développé par les cours et tribunaux au cours des décennies qui précèdent.

La jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du Code n'a dès lors pas perdu toute pertinence. Il faudra toutefois s'y référer avec prudence, en ayant soin de repérer les correspondances entre les solutions du Code et les solutions anciennes.

§ 2 - Vocation subsidiaire du Code

4. Il est impératif de garder à l'esprit que le Code a une vocation *subsidiaire*. Les règles qu'il prévoit ne s'appliqueront en effet qu'à défaut de convention internationale, de règlement européen ou d'un autre instrument international.⁷ La matière contractuelle continuera par exemple à être régie par la Convention de Rome du 19 juin 1980, dont l'application est d'ailleurs élargie aux contrats non visés par la Convention (art. 98 du Code). Au rang des conventions qui primeront sur le Code, l'on peut également citer l'ensemble des conventions ratifiées par la Belgique en rapport avec les obligations alimentaires (cf. *infra* sur ce point). Il en va de même

⁷ Ce que confirme son article 2.

de l'ensemble des règlements européens adoptés ces dernières années, dont on sait qu'ils occupent une place de plus en plus importante dans la réglementation des situations internationales privées.⁸

Les conventions que la Belgique pourrait ratifier à l'avenir prévaudront également sur le Code. L'on pense en particulier aux travaux en cours au sein de la Conférence de La Haye pour le droit international privé qui visent à moderniser les conventions relatives aux obligations alimentaires.

5. Le caractère subsidiaire du Code s'étend également aux règles spéciales adoptées par le législateur belge dans certaines matières. L'on pense aux règles de rattachement spécifiques qui ont vu le jour ces dernières années en droit financier.⁹

Le Code laisse en réalité subsister de nombreuses réglementations spéciales, qu'il faudra appliquer prioritairement. La primauté du droit spécial permettra au législateur d'intervenir dans des matières spéciales sans toucher à la codification. Elle contraindra toutefois le praticien à un effort de coordination pour appréhender l'ensemble des sources de la discipline.¹⁰

⁸ Notamment le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, 12 janvier 2001, L-12/1) ainsi que le récent Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, abrogeant le Règlement (CE) n° 123/2000, *J.O.C.E.*, 23 décembre 2003, L-338/1. Sur ce dernier texte, l'on consultera S. SAROLÉA, « Un nouveau Règlement au 1^{er} mars 2005 : Bruxelles II Bis », *Divorce*, 2004, 130-135 ; S. DJEMNI-WAGNER, « L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale. Présentation des principales dispositions du règlement dit « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003. », *Gaz. Pal.*, 3 e t4 septembre 2004 et A. BIGOT, « Le nouveau Règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale », *Droit de la famille- Editions du Juris-classeur*, 2004, 12-17.

⁹ Cf. l'article 7 de la loi du 28 avril 1999 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres (*M.B.*, 1 juin 1999), l'article 17 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières (*M.B.*, 1^{er} février 2005) et les dispositions de la loi du 6 décembre 2004 modifiant notamment, en matière de procédures d'insolvabilité, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (*M.B.*, 28 décembre 2004).

¹⁰ Il sera aidé dans cette tâche par deux récents recueils qui ont pour objet de rassembler l'ensemble des sources pertinentes, à savoir : *Code de droit international privé*, par J. -Y. CARLIER, M. FALLON et B. MARTIN-BOSLY, Bruxelles, Bruylant, 2004, 779 p. et J. ERAUW et C. ROMMELAERE, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Gand/ius, Kluwer, 2004, 491 p. Pour les questions de droit

Pour mesurer l'ampleur des questions délaissées par le Code aux règles particulières, l'on peut citer, à titre d'exemple et sans aucune prétention à l'exhaustivité, les dispositions spéciales suivantes qui n'ont pas été affectées par la codification :

- les articles 146*bis*, 170*bis* et 1389 du Code civil ;
- les articles 851 et 852 du Code Judiciaire ;
- l'article 27 de la loi du 13 avril 1995 relative aux contrats d'agence commerciale ;
- l'article 30 de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales ;
- les articles 57 à 59 du Code des sociétés ;
- les articles 28*ter* et suivant de la loi du 9 juillet 1975 sur le contrôle des entreprises d'assurances ;
- l'article 2 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation ;
- l'article 1^{er} de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire ;
- et les articles 357 à 359.6 du Code civil relatif à l'adoption (introduits par la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption).

§ 3 - Intégration de l'acquis du droit conventionnel

6. Plutôt que d'innover à tout prix, le Code s'efforce au contraire d'intégrer, pour des matières particulières, l'acquis du droit international. La matière des trusts constitue l'exemple le plus manifeste de cette tendance : les articles 122 et suivants du Code s'inspirent directement des dispositions de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable aux trusts, qui n'a jamais été ratifiée par la

commercial, l'on consultera également : N. WATTÉ et C. BARBÉ, *Droit international des affaires. Recueil de textes*, Bruxelles, Larcier, 2005.

Belgique.¹¹ De même, on pourra lire ci-après que les règles du Code visant les obligations alimentaires s'inspirent largement de l'acquis conventionnel.

L'incorporation des règles conventionnelles dans l'ordre juridique belge permettra une meilleure coordination avec les droits étrangers qui ont montré plus d'empressement que le droit belge à adopter les instruments issus de négociations internationales. Dans une certaine mesure, la Belgique rattrape ainsi l'important retard qu'elle accusait dans la ratification des conventions internationales. L'entreprise de codification n'est donc certainement pas le signe d'un désintérêt de la Belgique pour l'unification progressive des règles de droit international privé. Il faut au contraire espérer qu'elle permettra aux représentants de la Belgique de faire entendre leur voix dans le concert des nations.

§ 4 - Structure générale du Code

7. Le Code de droit international privé a adopté une structure claire qui facilite grandement sa consultation. Les 31 premiers articles du Code prévoient des règles *générales*, qui s'appliquent dans toutes les matières. Ces dispositions posent les jalons relatifs aux trois questions classiques du droit international privé que sont la compétence internationale (artt. 5 à 14), le droit applicable (artt. 15 à 21) et l'effet en Belgique des décisions étrangères (artt. 22 à 31).

A ces dispositions générales s'ajoutent des règles *spéciales* qui visent les grandes catégories traditionnelles de la discipline. On y retrouve les domaines bien connus du droit personnel et familial que sont l'état et la capacité (artt. 32 à 41), les relations matrimoniales (artt. 42 à 48), les régimes matrimoniaux (artt. 49 à 54), le divorce (artt. 55 à 57), la filiation (artt. 61 à 72), les obligations alimentaires (artt. 73 à 6) ainsi que les successions (artt. 77 à 84). Le Code n'oublie pas les matières commerciales, qui font également l'objet de règles spéciales réparties dans des chapitres consacrés aux biens (artt. 85 à 95), aux obligations (artt. 96 à 108), aux personnes morales (artt. 109 à 115), au règlement collectif de l'insolvabilité (artt. 116 à 121) et aux trusts (artt. 122 à 125). Ces différents chapitres suivent la même structure que les dispositions générales : les règles de compétence précèdent les

¹¹ Cf. J. ERAUW, «Trust en trustachtige figuren in België – het toepasselijke recht», in *Liber amicorum Christian de Wulf*, Bruges, La Chartre, 2003, 395-409.

règles relatives au droit applicable, chaque chapitre se terminant le cas échéant par une disposition relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères.

§ 5 - Modernisation des règles de droit international privé

8. Le Code prolonge l'effort de codification en modernisant sensiblement les règles de droit international privé. Le renouvellement se traduit d'abord par l'introduction de règles visant des questions jusque là ignorées. L'on pense à la revendication des biens culturels (art. 90 du Code), qui ne faisait jusqu'alors l'objet que d'une disposition isolée, issue d'une directive européenne¹² ou encore aux conventions relatives à une obligation alimentaire, question qui n'était abordée par aucun texte avant la codification (art. 75).

Le Code prend également la mesure de l'évolution de la société et propose des règles adaptées à l'air du temps. Ceci explique la présence de règles spéciales relatives aux nouvelles formes de vie en couple (art. 58 e.s.) mais aussi l'attention particulière donnée à la question de la dissolution du lien conjugal par la seule volonté du mari (art. 57).

Enfin le législateur a profité de la codification pour renouveler quelque peu le modèle traditionnel de la règle de rattachement. C'est ainsi que certaines règles confèrent, sur le modèle de l'article 4(5) de la Convention de Rome du 19 juin 1980, à l'interprète un pouvoir étendu d'appréciation. L'on citera à titre d'exemple de ce mouvement de flexibilisation du droit international privé le rattachement subsidiaire retenu pour la responsabilité délictuelle. Lorsque les deux premiers rattachements s'avèrent inefficaces, l'article 99 § 1 du Code invite en effet le juge à rechercher l'État avec lequel l'obligation en cause présente « les liens les plus étroits ». L'on trouve un autre exemple de cette tendance dans la possibilité offerte aux cours et tribunaux de décliner leur compétence internationale malgré le choix

¹² L'article 8 de la loi du 28 octobre 1996 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire de certains États étrangers, *M.B.*, 21 décembre 1996 (et la Directive du Conseil n° 93/7 du 15 mars 1993 (*J.O.C.E.*, 27 mars 1992, L-74/74)). V. les commentaires de M. TRAEST, « Enkele aspecten inzake het vrij verkeer en de teruggave van cultuuroederen, in het bijzonder het conflictenrecht terzake na de richtlijn van 15 maart 1993 », *R.W.*, 1997-98, 865-873.

effectué par les parties au litige dans leur contrat pour les juridictions belges, lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique (art. 6, § 2 du Code).

§ 6 - Rôle central du droit de la résidence habituelle

9. Le Code innove par ailleurs en substituant dans une large mesure le rattachement à la loi de la résidence habituelle au rattachement à la loi nationale.¹³ Cette innovation concerne l'ensemble de la matière personnelle et familiale. C'est ainsi que deux époux mariés sans contrat de mariage seront soumis au régime institué par la loi de l'État dans lequel ils ont établi leur première résidence conjugale (art. 51). Ce rattachement triomphe même de l'existence d'une nationalité commune, qui n'est pertinente qu'à défaut de résidence conjugale des époux (*infra*). De même, les demandes en divorce seront soumises au droit de l'État dans lequel les époux ont établi leur résidence conjugale même s'ils possèdent une nationalité commune (art. 55).

L'effacement de la loi nationale au profit de la loi de la résidence habituelle¹⁴ (et de la résidence conjugale commune pour les relations matrimoniales) s'explique par plusieurs raisons. La première tient au caractère inopérant du rattachement à la loi nationale, constat vérifié à maintes reprises dans les situations mettant en jeu deux personnes possédant des nationalités différentes. L'on sait que la consécration du principe de l'égalité des sexes dans l'attribution de la nationalité par la filiation et la disparition progressive de l'acquisition par la femme mariée de la nationalité de son mari ont conduit à l'apparition d'un plus grand nombre de cellules familiales non pourvues d'une unité de nationalité. Cette évolution diminuait grandement la pertinence du rattachement à la loi nationale pour les situations familiales.

Les difficultés nées du divorce entre conjoints possédant des nationalités différentes illustrent parfaitement les résultats de cette évolution. Attachées au prescrit de l'article 3, al. 3 du Code civil, les juridictions belges se sont obstinées à

¹³ Sur ce point, *cons.* L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 13.

¹⁴ Qui fait l'objet d'une définition à l'article 4 du Code. M. Barnich voit dans la définition de la résidence habituelle une source d'incertitude pour les notaires, qui ne pourront consulter aucun registre et devront se fier à la déclaration des intéressés (L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 13).

privilégier l'application de la loi nationale des intéressés, ce qui aboutissait en pratique à contraindre les juridictions à cumuler les lois nationales en présence.¹⁵ Le résultat final était décevant et peu conforme aux attentes des intéressés.

Au-delà de l'appauvrissement de la nationalité comme facteur de rattachement, la préférence accordée au droit de la résidence habituelle s'explique également par l'évolution de la société belge, et principalement l'évolution démographique. Le constat est banal, la Belgique est devenue un pays d'immigration – même si la réalité incontestable de cette immigration ne se traduit pas toujours par une reconnaissance juridique. La co-existence sur le même territoire de communautés nationales différentes nécessite un aménagement des règles de rattachement. L'on pouvait en effet se demander si le rattachement traditionnel à la loi nationale ne constituait pas un obstacle ou à tout le moins un frein à l'intégration juridique des populations d'origine étrangère. S'il est vrai que le rattachement à la loi de la résidence habituelle peut être ressenti comme une négation des traditions juridiques des populations immigrées, il permet toutefois de faire droit à un souci d'égalité bien compréhensible dans le chef des autorités.

L'évolution en faveur du rattachement à la résidence habituelle contribuera sans doute à une généralisation de l'application du droit belge.¹⁶ Plus rares seront les cas dans lesquels les juridictions belges devront faire application d'un droit étranger à des questions relatives aux relations personnelles et familiales. Ceci ne manquera pas d'avoir un impact sur l'utilisation de théories 'particulières' du droit international privé, que sont le renvoi, l'ordre public ou les lois de police. La pratique révélera sans doute un recours moins fréquent à ces théories dérogoires, la nécessité de 'contourner' l'application d'un droit étranger se faisant moins pressante avec la généralisation de l'application du droit de la résidence habituelle. La suppression de principe du mécanisme du renvoi (art. 16 du Code, *infra*) ne peut d'ailleurs se comprendre que par le rôle plus important conféré au droit de la résidence habituelle.

¹⁵ Cf. le célèbre arrêt *Rossi* de la Cour de cassation (16 mai 1952, *Pas.*, 1952, I, 589, conclusions R. Hoyoit de Termicourt) ainsi que l'arrêt *Bigwood* (Cass., 14 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 445).

¹⁶ En ce sens, L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 13, pour qui "le rattachement à la résidence habituelle devrait conduire à une application beaucoup plus fréquente de la loi belge aux étrangers issus de l'immigration ».

§ 7 - Des règles de compétence généreuses

10. Le Code de droit international privé prévoit deux types de règles de compétence. Les unes, générales, s'appliquent en principe à tous les contentieux (art. 5 e.s. du Code). Les autres, particulières, ne visent qu'un contentieux particulier. Ces deux ensembles doivent être combinés pour délimiter les contours exacts de la compétence internationale des juridictions belges. Ainsi, en matière de divorce, et sous réserve de l'application des dispositions du Règlement 'Bruxelles IIbis', les tribunaux belges sont-ils compétents non seulement lorsque le défendeur réside habituellement ou est domicilié en Belgique (art. 5 du Code), mais également lorsque la dernière résidence habituelle des époux se trouvait en Belgique moins de 12 mois avant l'introduction de la demande, lorsque l'époux demandeur a sa résidence habituelle en Belgique depuis au moins 12 mois ou encore lorsque les deux époux possèdent la nationalité belge lors de l'introduction de la demande (art. 42 du Code).

Au total, l'on peut constater que le Code ouvre largement la porte des prétoires belges. Il faut en effet ajouter aux règles déjà citées un for de nécessité qui permet aux tribunaux belges de se déclarer compétents lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible (art. 11). Cette largesse se comprend fort bien s'agissant d'un Code destiné à s'appliquer principalement dans les relations avec des États qui ne sont pas liés par un traité avec la Belgique. Il s'agira principalement d'États non-européens. Dans ces hypothèses, contraindre une partie à engager une procédure devant un tribunal étranger peut en effet signifier la condamner à renoncer à toute procédure en raison des difficultés pratiques associées à l'introduction d'une telle procédure.

§ 8 - Un rôle plus important accordé à l'autonomie de la volonté

11. Le Code innove également, de manière sensible, par la reconnaissance qu'il accorde à l'autonomie de la volonté. Au-delà des domaines traditionnels dévolus depuis longtemps à l'autonomie de la volonté – principalement les contrats et, dans une moindre mesure, les régimes matrimoniaux -, le Code accorde en effet aux parties la possibilité de déterminer elles-mêmes le droit applicable à leurs relations

dans une série de domaines qui jusque là échappaient à la libre disposition des parties.

Ceci se vérifie pour les questions de divorce (art. 55, § 2 du Code), les obligations alimentaires (art. 75, § 1) et les successions (art. 79 du Code). Pour les deux premières questions, la plus grande liberté laissée aux parties s'explique par le souci de leur permettre d'opter pour l'application de leur droit national qu'écarterait la préférence exprimée par le Code pour le droit de la résidence habituelle (*supra*). En matière de succession, la place faite à l'autonomie de la volonté constitue une concession, en trompe-l'œil, aux nécessités de la planification successorale (*infra*).

§ 9 - Rattachements complexes

12. La règle traditionnelle de l'article 3 du Code civil prévoyait, pour les quelques catégories qu'elle distinguait, un seul facteur de rattachement. Ceci ne manquait pas de soulever des difficultés parfois insurmontables dans des cas atypiques – l'on se souvient du dilemme que posait l'identification du droit applicable à la responsabilité délictuelle découlant d'une faute commise dans un endroit soustrait à la souveraineté nationale – mais aussi dans des situations plus courantes où certaines particularités de l'espèce déjouaient la fonction localisatrice du facteur de rattachement retenu – pour rester dans le domaine de la responsabilité délictuelle, l'on pense à l'accident domestique survenu en France à l'occasion de vacances d'un groupe de ressortissants belges.

Le Code reconnaît au contraire qu'il est réducteur, voire présomptueux, de prétendre retenir, pour une relation juridique donnée, un et un seul facteur de rattachement susceptible de traduire, pour toutes les espèces, l'impératif savignien de localisation au siège de la relation juridique. Le Code fait dès lors une large place aux rattachements complexes, et singulièrement aux échelles de rattachement inspirées des travaux de Kegel (*Kegel'sche Leiter*). Ainsi, en matière de responsabilité délictuelle, le premier rôle est donné au droit de la résidence habituelle commune du responsable et de la personne lésée. A défaut de résidence habituelle sur le même État, c'est le lieu où le fait générateur et le dommage sont survenus qui prend le relais. Enfin, de façon subsidiaire, l'article 99 du Code rattache la responsabilité au droit de l'État avec lequel l'obligation en cause présente les liens les plus étroits.

L'ensemble perd sans doute en lisibilité mais gagne certainement en finesse.

§ 10 - *Entrée en vigueur et droit transitoire*

13. Le Code de droit international privé est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004.¹⁷ L'on remarquera que le délai entre la publication au *Moniteur* et l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est sans relation avec l'importance des changements introduits par le Code. Cet empressement, qui traduit sans doute la volonté du pouvoir politique de tirer un profit immédiat de la codification, n'a laissé que peu de temps aux nécessaires préparations qui doivent accompagner une entreprise de cette importance.¹⁸

Les questions de droit transitoire constitueront sans conteste l'un des points sensibles de la nouvelle réglementation dans les prochaines années. Les articles 126 et 127 du Code y sont consacrés. Le premier précise que les nouvelles règles de compétence internationale ne pourront être invoquées qu'à l'égard des procédures engagées après l'entrée en vigueur du Code, fixée au 1^{er} octobre 2004.¹⁹ Le nouveau régime des décisions étrangères s'appliquera de même aux décisions étrangères rendues après cette date.

L'article 127 détermine l'application dans le temps des règles relatives au droit applicable. Le principe qu'il pose est de facture classique puisqu'il stipule que les nouvelles règles seront applicables aux « actes et faits juridiques qui sont survenus après son entrée en vigueur ». L'application immédiate des règles du Code aux « effets produits par son entrée en vigueur par un acte ou un fait juridique survenu avant son entrée en vigueur » peut également s'appuyer sur une tradition bien établie.²⁰

¹⁷ A l'exception des règles relatives à l'adoption (artt. 66 e.s.), qui, selon l'article 140, entreront en vigueur « au plus tôt le jour de l'entrée en vigueur de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption ».

¹⁸ Ceci explique d'ailleurs que la Circulaire adoptée par le SPF Justice ne concerne que certains aspects de la codification.

¹⁹ L'on se rappellera qu'en droit belge, une demande est réputée pendante au moment de la signification introductive d'instance, pour autant que celle-ci ait été inscrite au rôle général la veille de l'audience. Cfr. Cass., 1 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, 102; *J.T.*, 1992, 475, obs. J.F. ROMAIN; Cass., 4 mars 1994, *R.W.*, 1994-95, 93; Cass., 9 décembre 1996, *R.W.*, 1996-97, 1296, obs. S. GEEROMS.

²⁰ Cass 9 septembre 1993, (Ministre des Finances / W.), *Pas.*, 1993, I, 665.

14. L'application de ces règles générales soulèvera certainement de difficiles questions. Ainsi, l'on peut se demander dans quelle mesure les règles nouvelles relatives aux régimes matrimoniaux (*infra*) pourront s'appliquer aux époux dont l'union a été célébrée avant le 1^{er} octobre 2004. Faut-il considérer que les relations patrimoniales entre époux sont définitivement figées par la célébration du mariage, auquel cas les époux mariés avant l'entrée en vigueur du Code échapperaient à l'application des nouvelles dispositions. Si l'on considère toutefois que le mariage ne constitue pas un acte 'instantané' qui épuise l'ensemble de ses effets le jour de la célébration, il faudra tenir compte des nouvelles règles même à l'égard des époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004.²¹

15. Le Code prévoit quelques règles particulières qui tendent à préserver le statut quo. Ainsi les nouvelles règles de rattachement ne s'appliqueront pas aux contrats conclus avant son entrée en vigueur, même si les effets qu'ils produisent s'inscrivent dans la durée.²² Il en va de même pour les obligations délictuelles dont la date de naissance est antérieure à l'entrée en vigueur du Code. En outre, la nouvelle règle relative aux biens culturels n'aura vocation à s'appliquer qu'aux seuls biens qui ont quitté le territoire de leur État d'origine après le 1^{er} octobre 2004, ce qui aura pour effet de préserver les collections nationales.²³

A l'opposé, le Code prétend expressément régir certaines situations nées et accomplies avant le 1^{er} octobre 2004. L'article 127, § 3 étend l'application de la règle spéciale visant le mariage entre personnes de même sexe aux unions célébrées à partir du 1^{er} juin 2003. Dans la même veine, les dispositions nouvelles pourront s'appliquer à tout choix par les parties d'un droit applicable effectué avant l'entrée en vigueur du Code, ce qui illustre à nouveau la faveur dont jouit l'autonomie de la volonté dans la loi nouvelle.²⁴

²¹ *Infra* sur cette question.

²² Article 127, § 1^{er} *in fine*.

²³ Article 127, § 7.

²⁴ Article 127 § 2.

Section 2

La théorie générale des conflits de lois (art. 15 à 21)²⁵

16. Les articles 15 et suivant du Code de droit international privé prévoient un ensemble de règles de méthode qui peuvent être invoquées à l'égard de toutes les règles de rattachement consacrées par le Code. Véritable 'grammaire' des conflits de lois, ces règles consacrent pour la plupart des doctrines dégagées précédemment par la jurisprudence et les auteurs, à l'exception notable de la clause d'exception.²⁶

Une lecture transversale du Code révèle toutefois des silences – pour la plupart bien réfléchis - sur certaines questions que l'on range traditionnellement dans la théorie des conflits de lois. Ces lacunes apparentes méritent quelques explications.

L'on notera enfin que le Code reste fidèle à la tradition des règles de conflit multilatérales, tout en accordant une large place aux rattachements complexes et en réservant également une place aux règles dictées par des objectifs matériels précis. Le Code facilite aussi l'utilisation des règles de rattachement qu'il prévoit en leur ajoutant des règles de 'domaine' qui précisent, de façon non limitative, les questions visées par chaque catégorie de rattachement.

²⁵ Les développements qui suivent sont extraits d'une étude publiée in *J.T.*, 2005, 180 e.s.

²⁶ Cf. le commentaire de J. ERAUW, « Het voorstel van Belgisch wetboek van internationaal privaatrecht en zijn algemene bepalingen », *W.P.N.R.*, 2003, n° 6537, 481-491.

§ 1^{er} - Les nouveautés

1.- LA CLAUSE D'EXCEPTION

17. Effort de modestie du législateur belge, l'article 19 permet aux juridictions belges de s'écarter du jeu normal de la règle de rattachement pour privilégier, dans des circonstances exceptionnelles, l'application d'une règle nationale qui présente un meilleur titre à s'appliquer.²⁷

Cette nouveauté, qui a déjà été critiquée,²⁸ est entourée de grandes précautions, notamment suite aux observations du Conseil d'État lequel estimait, à propos d'une version antérieure et plus libérale du texte, que la clause « *ébranle si gravement la fermeté des règles du projet qu'elle en compromet l'utilité* ».

L'introduction d'une telle clause peut surprendre dans la mesure où une grande partie du travail réalisé par le législateur a consisté à sélectionner soigneusement des critères de rattachement s'inspirant, pour la plupart, d'un impératif de proximité. Le Code rejoint sur ce point les expériences étrangères – et notamment les expériences suisse (art. 15 de la loi fédérale du 18 décembre 1987) et québécoise (art. 3082 du Code civil) –, qui ont montré que l'introduction de règles de rattachement précises et bien rédigées n'excluait pas la nécessité d'une 'soupape de sûreté'.

18. Dans quelles circonstances pourra-t-on invoquer la clause d'exception? Il faut tout d'abord constater que l'article 19, § 2 exclut le jeu de la clause lorsque les parties ont choisi la loi applicable à leur relation – ce qui peut être le cas non seulement en matière contractuelle, mais également en matière de divorce, de régime matrimonial, d'aliments, de successions, d'obligations dérivant d'un fait dommageable, d'obligations quasi-contractuelles, d'engagement par déclaration

²⁷ Cons. également en matière de compétence internationale l'article 11 qui institue un for de nécessité.

²⁸ Cf. L. BARNICH, « La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 59-72, spéc. p. 72., qui évoque un « effet de mode ».

unilatérale de volonté et de trust. Le champ d'action de la clause d'exception est dès lors fortement limité par cette liste. L'on peut se demander si la clause a vocation à jouer lorsque la juridiction conclut à l'existence d'un choix implicite mais certain des parties pour un droit national.

L'article 19 exclut également le jeu de la clause d'exception « *lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celle-ci* » - précision ajoutée suite aux observations du Conseil d'État. Encore faut-il s'entendre sur l'identité des règles de rattachement visées. Il s'agit principalement de ce qu'il est convenu d'appeler des règles de rattachement à caractère substantiel. L'on songe au rattachement alternatif retenu par l'article 83 pour la forme des testaments, ou encore à l'application particulière de l'exception d'ordre public prévue par l'article 74, § 2, qui met en place un rattachement subsidiaire, en faveur du droit de l'État de la nationalité commune du créancier et du débiteur d'aliments, dès lors que le droit de la résidence habituelle du créancier ne permet pas d'accorder des aliments (*infra*).

Par contre, les rattachements complexes modelés sur l'échelle de Kegel, ne sont pas, en principe, construits en fonction d'un objectif substantiel. Rien n'interdit dès lors la clause d'exception de jouer par exemple à l'égard de l'article 48 qui, pour les effets du mariage, retient successivement le droit de la résidence habituelle des époux ou, à défaut de résidence habituelle commune, celui de leur nationalité commune ou enfin le droit belge.²⁹

19. L'article 19 prévoit d'autre part une série de conditions qui enserrent le jeu de la clause d'exception dans un strict carcan. La règle de rattachement ne pourra ainsi être écartée que s'il est manifeste que la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné et qu'elle présente dans le même temps des liens très étroits avec un autre État. Ces conditions sont classiques. Elles reposent sur une analyse des circonstances de chaque espèce. Les juridictions belges ont déjà eu l'occasion de s'essayer à un raisonnement similaire en application de l'article 4(5) de la Convention de Rome.

20. Le Code prévoit en outre deux directives générales. Il est tout d'abord demandé aux juridictions de tenir compte du besoin de prévisibilité du droit applicable. Dans la mesure où la clause d'exception ne pourra jouer lorsque les

²⁹ L'on notera par ailleurs qu'un amendement déposé par Mme Nyssens, qui visait à écarter le jeu de la clause d'exception en matière d'adoption, n'a pas été retenu.

parties ont fait un choix de loi, l'on peut se demander ce que vise ce « besoin de prévisibilité », d'autant plus que la clause a vocation à s'appliquer dans des situations où l'éclatement des rattachement rend vain tout exercice de prévision. A défaut d'indication contraire, l'interprète pourra retenir qu'il lui appartient de s'interroger sur les attentes légitimes des parties, pour autant que celles-ci ne relèvent pas de la pure divination.

21. L'autre directive générale fait clairement référence à la théorie des droits acquis, théorie 'maudite' des conflits de lois. On est certes loin de la consécration générale de cette doctrine par l'article 21, al. 2 du projet de traité Benelux, portant loi uniforme relative au droit international privé, puisque l'article 19 ne fait intervenir le 'fait étranger' accompli que comme ingrédient d'une appréciation plus générale fondée d'abord et avant tout sur la force des rattachements en présence. Comme on a d'ailleurs pu le relever, l'article 19 ne permettra pas nécessairement de respecter les droits acquis, puisqu'il faudra encore que la loi d'après laquelle le rapport de droit a été créé à l'étranger, présente des liens plus étroits avec la situation que la loi normalement compétente.³⁰

A titre d'exemple, l'on relèvera que la clause d'exception pourrait corriger l'application de la règle automatique prévue par le Code pour le conflit de nationalités lorsque l'intéressé possède la nationalité belge (art. 3). Ainsi, en matière d'état et de capacité, et sous réserve de l'application du renvoi pour cette dernière question, l'on peut imaginer qu'une personne ne possède la nationalité belge qu'en raison d'un lien de parenté sans pour autant posséder d'autres attaches avec la Belgique. Même s'il peut paraître singulier d'écarter la loi nationale,³¹ rien ne s'oppose en réalité à ce que la clause d'exception corrige le jeu d'une telle règle au nom d'un souci de proximité.

Par contre, il semble trop réducteur de vouloir écarter le jeu de la clause d'exception à l'égard des règles de rattachement du Code inspirées, de façon générale, de ce même impératif de proximité.³²

³⁰ L. BARNICH, *art. cit.*, 69.

³¹ En ce sens, L. BARNICH, *art. cit.*, 71.

³² En ce sens toutefois pour les rattachements fondés sur le lieu d'un immeuble, sur le lieu de passation d'un acte (*locus regit actum*) et sur l'application de la loi du siège social, ne sont pas fondé sur l'idée de proximité et devraient dès lors échapper à la clause, L. BARNICH, *art. cit.*, pp. 71-72.

22. L'on notera également que la clause d'exception n'a pas vocation, au contraire de l'exception d'ordre public, de permettre de façon systématique le retour au droit belge, pas plus d'ailleurs qu'elle n'autorise le juge à remédier, au nom d'une équité mal comprise, à des situations jugées difficiles. La clause doit au contraire demeurer au service de la justice du droit international privé. On acceptera également que la clause d'exception ne peut jouer contre une règle spéciale d'applicabilité.

L'on ne saurait enfin déduire de l'article 19 que l'ensemble des règles de rattachement prévues par le Code ne constituent que des 'présomptions' qui peuvent être renversées sur base d'une démonstration fondée sur la proximité.³³ La méthode du Code diffère sur ce point fondamentalement de celle adoptée par l'article 4 de la Convention de Rome.

23. Même si un amendement en ce sens n'a pas été adopté des tribunaux belges,³⁴ l'on peut espérer que les juridictions belges auront soin de motiver l'utilisation exceptionnelle qu'elles feront de l'article 19.

2.- SUPPRESSION DE PRINCIPE DU RENVOI

24. S'inspirant d'une formule classique du droit international privé conventionnel, l'article 16 du Code indique que le droit désigné par les règles de rattachement du Code « s'entend des règles de droit de cet État à l'exclusion des règles de droit international privé ».

Voilà ainsi bannie du jeu de la règle de rattachement la prise en compte de la règle de rattachement étrangère – qui avait pourtant été récemment consacrée par la Cour de cassation ³⁵ -, mais aussi, bien que ceci ne soit pas explicité dans les travaux parlementaires, de la règle étrangère relative à la reconnaissance d'un jugement belge, voire de la règle étrangère de compétence.

³³ *Comp.* sur ce point les critiques renouvelées de L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 19-20.

³⁴ Amendement n° 26 de Mme Nyssens, Doc. Sénat, 3-27/3, 3 février 2003.

³⁵ Cass., 17 oct. 2002 (*C.D.S.L. / B.M.*), *R.T.D.F.*, 2003, 341, note M. FALLON.

25. Le Code s'écarte ainsi des solutions retenues par les droits suisses et italiens, qui permettent le renvoi, au moins dans la mesure où il permet le retour au droit du for. A l'instar de l'exclusion du renvoi par le projet de codification néerlandaise, l'article 16 se comprend aisément ³⁶ lorsque l'on tient compte d'une part de la large préférence accordée par le Code au rattachement à la loi de la résidence habituelle en matière familiale (*supra*), qui diminuera d'autant les occasions d'appliquer la loi étrangère, et d'autre part du caractère substantiel de nombreux rattachements, dont on comprendrait difficilement qu'ils puissent être écartés au profit d'une règle étrangère qui ne partage pas nécessairement les mêmes objectifs. Enfin, la suppression du renvoi peut également s'expliquer par la faveur dont jouit l'autonomie de la volonté dans le Code.

26. Le Code laisse toutefois subsister quelques manifestations d'un renvoi instrumentalisé, encadré dans des limites strictes. Le renvoi n'est alors toléré que dans la mesure où il permet d'atteindre un objectif propre au droit international privé belge.

Ainsi en matière de succession immobilière, l'article 78, § 2 permet de tenir compte de la règle de rattachement étrangère dans la mesure où celle-ci conduit à l'application du droit de la résidence habituelle du défunt, déjà applicable à la succession mobilière et dans le but avoué de rétablir l'unité de la succession - sans toutefois que le renvoi tel qu'il est organisé par l'article 78, § 2 permette d'aboutir à ce résultat dans tous les cas (*infra*). En matière de personnes morales, l'article 110 autorise le renvoi si le droit étranger de l'établissement principal de la personne morale désigne le droit de l'État en vertu duquel elle a été constituée, afin d'éviter les différences de traitement entre États adeptes du siège réel et ceux qui privilégient le siège statutaire. En matière de capacité, l'article 34, § 1, qui est le fruit

³⁶ Cf. toutefois les hésitations de F. BOUCKAERT, « Werd 'renvoi' uit het nieuw ontwerp van IPR-Wetboek verbannen? », in *Liber amicorum J. Herbots*, E. DIRIX et al. (éds.), Deurne, Kluwer, 2002, 15-30 et les critiques de L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 23, pour qui l'exclusion du renvoi ne tente que « ceux qui tiennent leur législation de droit international privé pour un modèle destiné au monde entier ». Les auteurs du texte reconnaissent effectivement que la suppression du renvoi témoigne d'une certaine confiance dans les règles de rattachement qu'ils proposent : J. ERAUW, *art. cit.*, *W.P.N.R.*, 2003, n° 6537, (481), 487 (« een IPR-codificatie een graad van gerustheid mag uitstralen over de regels die zij zelf invoert »).

d'un amendement parlementaire du texte original,³⁷ n'autorise le renvoi que s'il permet l'application du droit belge – contrairement aux deux autres exceptions.

Dans la mesure où le renvoi organisé par le Code est instrumentalisé et mis au service de buts bien définis, il ne semble pas légitime de permettre aux juridictions d'apprécier selon les circonstances de la cause l'opportunité de tenir compte des règles de rattachement étrangères.

3.- UNE SOLUTION RESTRICTIVE DU CONFLIT DE NATIONALITÉS

27. Le Code prévoit naturellement des solutions pour les conflits de nationalités. Les solutions retenues par l'article 3 sont classiques, sauf sur un point. Le législateur a en effet cru bon d'imposer une solution automatique du conflit de nationalités lorsqu'une des nationalités en présence est la nationalité belge. L'article 3 impose dans cette hypothèse de ne retenir que cette seule nationalité.

L'avantage pratique d'une telle disposition est indéniable. L'on peut toutefois se demander si l'automatisme qui caractérise cette disposition est nécessairement synonyme de sécurité juridique lorsque les intéressés vivent la binationalité non comme une contrainte charriant son lot de conflits de loyauté, mais plutôt comme la traduction administrative normale d'une appartenance bi-culturelle. En outre, l'article 3 rend impossible toute approche fonctionnelle du conflit de nationalités, alors que cette fournit précisément la flexibilité nécessaire à certaines situations exceptionnelles.³⁸

28. L'on peut d'ailleurs se demander comment concilier l'article 3 avec les engagements internationaux souscrits par la Belgique. Les commentaires accompagnant la proposition de loi ont beau prétendre que la règle retenue « confirme la règle classique, telle que consacrée par la Convention de La Haye du 12 avril 1930 ». Cette affirmation est, comme l'a relevé une sénatrice,³⁹ inexacte dans la mesure où la Convention de La Haye ne prévoyait qu'une simple faculté en faveur de la nationalité du for. A défaut d'avoir été dénoncée, cette Convention est

³⁷ Amendement n° 50, Doc Sénat 3-27/4 du 17 février 2004.

³⁸ Cf. sur ce point notre précédente Chronique, vol. XXXIX, 1^{er} avril 2004, p. 447 e.s.

³⁹ Amendement n° 25 de Mme Nyssens, Doc. Sénat 3-27/3, 3 février 2004, qui n'a pas été retenu.

toujours en vigueur. Pourrait-on invoquer le caractère subsidiaire du Code (art. 2) pour vider la solution de l'article 3 de l'essentiel de sa substance ? Il n'est en tout cas pas exclu que l'emprise croissante du droit européen sur le droit de la nationalité ⁴⁰ impose à terme de revoir l'article 3 du moins dans les rapports avec les autres États membres.

§ 2 - Les confirmations

1.- L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC

29. L'exception d'ordre public reçoit, avec l'article 21 du Code, un traitement détaillé à la mesure de son importance. Le Code ne se contente pas en effet de confirmer que l'application du droit étranger peut être écartée lorsqu'elle « produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public » belge, formule inspirée de l'acquis du droit conventionnel. L'article 21 fournit également de précieux éléments qui faciliteront son application concrète. L'on relèvera une référence à la doctrine de l'*Inlandsbeziehung*, déjà appliquée par certaines juridictions, ainsi qu'à la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public, qui invite à tenir compte de la gravité de l'effet que produirait l'application du droit étranger.

Il est également heureux que les mêmes indices aient été retenus, à l'article 25, § 1 (1) du Code, pour encadrer le rôle de l'exception d'ordre public dans l'accueil d'une décision étrangère. Le Code confirme ainsi l'unicité de l'ordre public de droit international privé.

30. Au-delà de ces indications, l'article 21 s'abstient judicieusement de proposer une quelconque définition des standards ou autres valeurs fondamentales qui fondent l'ordre public de droit international privé. La formule peu satisfaisante de l'arrêt *Vigouroux*,⁴¹ qui faisait référence aux principes essentiels « à l'ordre moral,

⁴⁰ Cf. récemment C.J.C.E., 19 octobre 2004, *Zu et Chen c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-200/02.

⁴¹ Cass., 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, 624.

politique ou économique établi», continuera dès lors de servir de guide – sans qu'elle doive toutefois éclipser les avancées récentes de la jurisprudence notamment dans la prise en compte des droits fondamentaux. Le mémoire accompagnant la proposition de loi rappelle d'ailleurs que le juge belge ne pouvait faire abstraction des « *exigences inhérentes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou au traité sur l'Union européenne* ». ⁴² L'on peut se demander si dans cette hypothèse, l'obligation faite aux juridictions belges d'écarter la disposition de droit étranger ne s'appuie pas sur les engagements internationaux de la Belgique plutôt que sur l'article 21.

L'article 21 confirme également le caractère subsidiaire de la vocation du droit belge à s'appliquer lorsque l'exception d'ordre public écarte une disposition du droit étranger. C'est en effet d'abord et avant tout dans le droit étranger que l'interprète devra, du moins en théorie, chercher une solution à la question posée. Le droit belge n'interviendra comme *Ersatzrecht* qu'à défaut pour la juridiction belge de distinguer une solution appropriée au problème dans le droit étranger.

2.- LES RÈGLES SPÉCIALES D'APPLICABILITÉ

31. Adoptant une terminologie nouvelle – qui risque d'ajouter encore à la confusion existant dans ce domaine où fleurissent les expressions les plus variées –, l'article 20 consacre ce qu'il est convenu d'appeler les lois de police. Pour l'essentiel, cette disposition confirme les solutions existantes. La jurisprudence n'avait en effet pas attendu le feu vert du législateur pour donner effet, par priorité sur les règles de rattachement, aux dispositions matérielles dont l'importance pour la cohérence du droit belge ne pouvait tolérer l'application d'une disposition étrangère.

32. Deux précisions sont données : d'une part, il doit s'agir de règles « *impératives ou d'ordre public* ». Cette précision, absente du projet primitif qui évoquait les « *règles du droit belge qui régissent impérativement la situation* », ⁴³ risque d'entraîner certaines confusions, notamment parce qu'elle semble faire référence à des catégories bien connues du droit interne. Il faut au contraire comprendre l'article 20 comme ne visant, parmi les dispositions du droit interne qui intéressent l'ordre

⁴² *Doc. Parl. Sénat*, 3-27/1, p. 50.

⁴³ Cf. l'amendement n° 17 du gouvernement, *Doc. Parl., Sénat*, 3-27/3.

public ou sont impératives, que celles qui ont vocation à s'appliquer également et par priorité aux situations internationales.

D'autre part, l'article 20 invite à reconnaître les règles spéciales d'applicabilité en raison de « *la loi ou [...] de leur but manifeste* ». Sur ce point, le texte confirme la confiance accordée aux juridictions qui pourront continuer à sélectionner, dans l'arsenal législatif belge et à défaut de précision du législateur sur le champ d'application de la loi, les textes dont l'impérativité s'impose également dans les espèces internationales. La proposition de loi insistait toutefois sur la prudence nécessaire dont les cours et tribunaux doivent faire preuve « *afin de ne pas ôter tout effet utile au jeu de la règle de rattachement* ». Les juridictions sont dès lors invitées à un effort particulier de motivation.

33. L'article 20 donne un fondement général à la théorie des 'lois de police'.⁴⁴ Force est toutefois de constater que cette consécration pourrait n'avoir que de modestes effets. Le domaine des contrats reste le terrain d'élection privilégié des dispositions internationalement impératives. Or dans ce domaine, l'article 20 s'effacera devant l'article 7 de la Convention de Rome. En outre, le Code, en privilégiant l'application de la loi de la résidence habituelle aux questions familiales, contribuera à favoriser sensiblement l'application du droit belge, ce qui diminuera d'autant la tentation pour les juridictions de recourir au 'stratagème' des lois de police pour contourner l'application du droit étranger.⁴⁵

⁴⁴ Le Conseil d'État estimait qu'il était inutile d'adopter une disposition particulière visant les lois de police, car ces normes « ne se situent pas, dans la hiérarchie des normes belges, sur un échelon supérieur à celui qu'occupent les règles de droit matériel. C'est pourquoi, si le législateur estime qu'une loi substantielle doit avoir un champ d'application différent de celui qu'elle aurait eu en vertu de la règle de conflit de lois, il lui est loisible d'attribuer lui-même à la loi qu'il fait le domaine d'application qui, selon lui, correspond le mieux à ce que cette loi commande et à l'objectif qu'elle poursuit ». N'était-ce pas là toutefois négliger les impératifs de transparence et de sécurité juridique, qui expliquent d'ailleurs la présence d'une disposition visant les lois de police dans la Convention de Rome ? Cf. également les observations de M. Rigaux, selon qui « Les lois d'application immédiate n'ont guère de place à occuper dans une codification d'inspiration bilatérale. Il faut les rechercher plutôt dans les législations spéciales que dans un instrument ne comprenant qu'un nombre restreints d'articles se référant aux grandes catégories de rattachement usuelles » (« La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *R.C.D.I.P.*, 1985, (1), 22).

⁴⁵ *Cons.* en matière de logement familial, Mons, 7 février 1985, *Ann. Dr. Liège*, 1988, 44.

Au vrai la liste des règles spéciales d'applicabilité visées par l'article 20 pourrait bien s'avérer fort limitée.⁴⁶

34. Gageons que la possibilité offerte par le deuxième alinéa de l'article 20, qui permet aux juridictions de donner effet aux règles spéciales d'applicabilité étrangères, demeurera largement inusitée en pratique.⁴⁷ L'exemple de la Convention de Rome montre en effet le peu d'empressement des tribunaux à appliquer une disposition impérative empruntée au droit étranger.⁴⁸

3.- LA FRAUDE À LA LOI

35. De façon on ne peut plus classique, l'article 18 du Code permet aux juridictions de refuser de tenir compte des « *faits et des actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi* ». L'intention frauduleuse des parties constitue le critère d'appréciation de la fraude, qui peut dès lors être invoquée même si les « faits et actes » constitués par les parties correspondent à la réalité. L'article 18 pourra non seulement jouer lorsque les parties simulent un facteur de rattachement, mais également lorsqu'elles conspirent pour mettre en place un facteur de rattachement bien réel dans le but d'échapper à l'application d'une loi particulière.⁴⁹ La charge de la preuve se révélera évidemment plus lourde dans la deuxième hypothèse.

36. L'article 18 ne peut être invoqué que dans les seules matières où « *les personnes ne disposent pas librement de leur droit* ». Au contraire de l'article 6 du Code,

⁴⁶ Cons. les exemples donnés in amendement n° 17 du gouvernement, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/3 : l'article 1^{er} du décret du 6 fructidor an II sur le port du nom exprimé dans l'acte de naissance et l'article 91 du Livre II du Code de commerce.

⁴⁷ M. Barnich s'étonne de voir consacrée cette possibilité dans le Code et estime qu'elle est en contradiction avec la suppression du renvoi (*art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 22). Il est permis de penser que la contradiction n'est qu'apparente dès lors que la loi de police étrangère possède une impérativité à laquelle ne peut prétendre la règle de rattachement étrangère et qui justifie que l'on permette au juge belge d'en tenir compte.

⁴⁸ Cf. les observations de M. FALLON, "Les lois de police étrangères face au juge", *J.T.*, 2001, 532-535.

⁴⁹ *Comp.* l'interprétation différente donnée par M. Barnich (*art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 24) pour qui l'article 18 consacre l'approche subjective de la fraude. Selon la lecture proposée par cet auteur, le Code écarte « les tentatives d'objectiver les conditions de la fraude à la loi ».

L'article 18 ne précise pas que cette condition doit être appréciée au regard du droit belge. L'on peut se demander s'il faut tenir compte, pour déterminer les limites de l'autonomie des parties, de la place réservée par le Code à l'autonomie de la volonté. Ainsi, en matière de divorce, l'autonomie limitée reconnue aux conjoints par l'article 55 § 2 dans la détermination du droit applicable est-elle de nature à écarter toute application de la fraude à la loi ? Il semble que la réponse soit négative, dans la mesure où la liberté des parties est strictement encadrée par le Code, ce qui tend à montrer qu'elle n'est tolérée que si elle répond à des objectifs précis.

4.- LE STATUT DU DROIT ÉTRANGER

37. L'article 15 confirme l'ambitieuse position du droit étranger en droit international privé belge. Comme cela était déjà le cas depuis l'arrêt *Babcock*, la charge de déterminer le contenu du droit étranger déclaré applicable repose en premier lieu sur les juridictions. En outre, le juge belge ne peut se contenter d'une application littérale de la loi étrangère. Il doit tenir compte de l'interprétation que reçoit le texte dans le pays d'origine.

38. Même si, comme on l'a remarqué pendant la discussion parlementaire du texte, les ressources bibliographiques et documentaires existant à l'heure actuelle permettent avec plus de facilité de repérer le contenu du droit étranger, force est de constater que les juridictions belges sont mal outillées pour remplir la mission qui leur est ainsi confiée. Ni le Réseau judiciaire européen,⁵⁰ ni la Convention de Londres de 1968, ne permettront, à brève échéance, au pouvoir judiciaire de s'acquitter de cette tâche avec facilité.

L'on peut dès lors prévoir que, comme par le passé, les cours et tribunaux feront confiance aux parties pour que ces dernières fournissent les renseignements nécessaires sur le droit étranger. L'article 15 § 2 entérine d'ailleurs cette situation, qui permet aux juges de « *requérir la collaboration des parties* ».

⁵⁰ Décision n° 2001/470 du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, L-174/25.

39. Cette même disposition consacre le rôle supplétif du droit belge, à la suite de la jurisprudence de la Cour de cassation.⁵¹ Pour respecter la cohérence du Code, il importe de tenir compte non seulement du caractère exceptionnel de cette suppléance, qui devrait inciter les juridictions à un effort de motivation, mais également, le cas échéant, de son caractère provisoire.

§ 3 - *Les silences et les solutions implicites*

40. Comme l'avait constaté M. Rigaux certaines questions générales comme la qualification ou la question préalable « ne sont pas matières à une disposition législative de droit interne, du moins si l'objectif visé est une meilleure coordination des systèmes ».⁵² Le Code permet de vérifier cette observation.

1.- ABSENCE DE DÉFINITION DU CARACTÈRE INTERNATIONAL DES SITUATIONS VISÉES

41. Contrairement au paragraphe liminaire de l'EGBGB, qui évoque les « *Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht eines ausländischen Staates* », le Code garde le silence sur le périmètre qu'il entend couvrir, se contentant d'évoquer le caractère « international » des situations visées à l'article 2.⁵³ On applaudira cette réserve bienvenue, tant il semble vain de se riquer à fournir une définition cohérente du caractère international des situations visées. Comme l'a fait observer la *Staatscommissie* néerlandaise à propos du récent projet de dispositions générales, l'intitulé de la loi semble fournir des repères suffisants pour permettre à la pratique de s'entendre sur l'applicabilité du Code. En cas de doute, l'on appliquera les dispositions du Code qui renverront, si l'espèce est dénuée de dimension internationale, à la compétence des tribunaux belges ainsi qu'à l'application de la loi belge.

⁵¹ Cass., 12 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 478.

⁵² F. RIGAUX, *art. cit.*, *R.C.D.I.P.*, 1985, (1), 45.

⁵³ Le Code ne se prononce pas non plus sur la notion de matière « civile et commerciale » à laquelle il limite son intervention. Sur ce point, H. BOULARBAH, *art. cit.*, *J.T.*, 2005, 174, note 14.

2.- LA QUALIFICATION

42. L'on cherchera en vain dans le Code une disposition précisant expressément l'attitude à adopter par les juridictions belges sur l'épineuse question de la qualification. Le Conseil d'État a vivement regretté cette absence, en estimant qu'il y avait lieu d'établir une règle explicite pour le cas où une demande est fondée sur une disposition de droit étranger et où le juge doit alors classer la question de droit posée dans l'une des catégories qui composent le catalogue des règles belges de conflit de lois. Il faut au contraire se réjouir du silence du Code, la question ne se laissant pas réduire à une simple disposition de loi, fut-elle bien inspirée.⁵⁴

Est-ce à dire que les auteurs du Code ont été insensibles à la difficulté ? Rien n'est moins vrai. Qui consulte le Code pourra constater que les règles de rattachement adoptent des expressions larges pour désigner la matière couverte, même si celles-ci sont, par la force des choses, inspirées des concepts et classifications du droit privé belge.⁵⁵ Ces catégories doivent d'ailleurs être interprétées « *de manière suffisamment souple, afin d'y faire entrer une institution étrangère [que le juge] estime équivalente aux prévisions du législateur* ». ⁵⁶ Au demeurant, le Code supprime l'une des difficultés récurrentes nées de l'existence en droit étranger d'une figure juridique, le trust, inconnue, du moins dans sa généralité, du droit belge. L'introduction de règles spécifiques visant le trust (art. 122 à 125) permet en effet d'appréhender en droit international privé belge cette institution inconnue qui avait suscité de nombreuses difficultés (*infra*).

⁵⁴ L'on prendra connaissance, pour s'en convaincre, des critiques formulées à l'encontre de l'article 3078 du Code civil québécois, qui impose aux juridictions québécoises de puiser dans leur propre système juridique la qualification. Voy. E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *Droit international privé. T. 1 : Théorie générale*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 160-163. Adde l'article 12, § 1^{er} du Code civil espagnol, qui précise que « la qualification pour déterminer la règle de conflit applicable est faite dans tous les cas conformément à la loi espagnole ». Comp. avec l'opinion de M. Barnich, pour qui « il s'agit d'une question insoluble pour un législateur national » (*art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 12).

⁵⁵ Cf. l'exposé des motifs : « Dans cet esprit, le code s'attache à établir des catégories ouvertes, qui ne découlent pas nécessairement du droit matériel belge » : Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 14.

⁵⁶ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, pp. 14-15. Il faut d'ailleurs admettre, avec M. Rigaux, que, les problèmes juridiques étant avant tout des problèmes humains qui peuvent se poser dans toutes les communautés du monde, « aucune notion juridique étrangère ne résiste à la subsumption opérée par la norme primaire de droit international privé de la *lex fori* » (*loc. cit.*, *R.D.C.I.P.*, 1985, 39).

43. En outre, le Code multiplie les règles de rattachement, qui visent des questions bien délimitées. On est loin du tryptique fondateur de l'article 3 du Code civil qui prétendait viser, au moyen de trois règles générales, l'ensemble des questions soulevées par les relations internationales privées. La spécialisation des règles de rattachement est de nature à faciliter la tâche de l'interprète qui pourra identifier avec moins de difficulté la règle applicable à une question pratique. L'argument est toutefois à double tranchant, dans la mesure où la spécialisation des règles crée à son tour de nouveaux problèmes de classification.

Enfin, les parties spéciales du Code contiennent des dispositions indiquant de manière concrète les limites des catégories de rattachement, ce qui est de nature à faciliter la tâche de l'interprète, qui pourra vérifier que la question posée fait bien partie de l'hypothèse visée par la règle de rattachement.⁵⁷

44. Ces différentes techniques permettront pour l'essentiel de rencontrer les difficultés liées à l'existence de catégorisations différentes d'une même question dans les droits nationaux. Il reste que les règles de rattachement proposées par le Code demeurent synthétiques et nécessitent dès lors un travail d'interprétation lorsqu'une question précise est susceptible d'appartenir à plusieurs catégories. La difficulté n'est pas propre au droit international privé, elle est inhérente au caractère général et abstrait de la règle juridique. L'exemple de la prescription extinctive, réputée constituer une question 'de fond' et être dès lors régie par la loi applicable à la relation juridique susceptible d'être prescrite, montre que le Code n'élimine pas toutes les difficultés.⁵⁸ La "sagesse des juges", à laquelle M. Rigaux confiait la résolution des problèmes de qualification,⁵⁹ pourra dès lors continuer à s'exercer à l'égard de ces difficiles questions.

⁵⁷ Cf. les articles 48, § 2 (domaine du droit applicable aux effets du mariage) ; 53 (domaine du droit applicable au régime matrimonial) ; 56 (domaine du droit applicable au divorce et à la séparation de corps) ; 63 (domaine du droit applicable à la filiation) ; 76 (domaine du droit applicable à l'obligation alimentaire) ; 80 (domaine du droit applicable à la succession) ; 94 (domaine du droit applicable au régime des biens) ; 103 (domaine du droit applicable aux obligations dérivant d'un fait dommageable) ; 111 (domaine du droit applicable à la personne morale) et 125 (domaine du droit applicable au trust).

⁵⁸ *Cons.* Part. 16 du projet de Code néerlandais, qui précise que « *Of een recht of rechtsvordering is verjaard of vervallen, wordt bepaald door het recht dat van toepassing is op de rechtsverbouding waarmede dat recht of die rechtsvordering is ontstaan* ».

⁵⁹ *art. cit.*, R.C.D.I.P., 1985, 40.

3.- LE CONFLIT MOBILE

45. L'on applaudira le soin minutieux apporté par les rédacteurs du Code à l'élimination du conflit mobile. La plupart des règles de rattachement précisent en effet à quel moment dans le temps le facteur de rattachement doit être pris en compte. Ainsi les effets du mariage sont-ils régis par le droit de l'État de la résidence habituelle commune des époux « au moment où ces effets sont invoqués » (art. 48). Ce faisant, le développement de l'élément de rattachement dans la durée ne peut influencer la solution de rattachement.

Il en va de même lorsque le Code retient, de façon exceptionnelle, la nationalité d'une personne comme facteur de rattachement. En matière d'état et de capacité, l'article 34, qui soumet ces questions à la loi nationale de l'intéressé, précise que la capacité acquise conformément à la loi nationale « ne se perd pas par l'effet d'un changement de nationalité ».

46. Cette approche pragmatique est à préférer à la difficile formulation d'une règle générale visant le conflit mobile dans son ensemble. Le conflit mobile ne peut en réalité être isolé de la règle de rattachement dans le cadre de laquelle il se pose, ce qui devrait conduire à formuler autant de règles spécifiques de conflit mobile qu'il y a de règles de rattachement.

L'interprète devra toutefois être attentif à l'interprétation du moment retenu par le Code pour la concrétisation du facteur de rattachement. Comme l'a souligné le Conseil d'État, il n'est en effet pas certain que le moment auquel on « invoque » un effet coïncide avec l'introduction d'une action en justice.

4.- LA QUESTION PRÉALABLE

47. Le Code ne se prononce pas sur l'énigmatique question préalable.⁶⁰ L'on ne s'en étonnera pas malgré l'intérêt pratique certain de cette question, eu égard à l'absence de disposition sur ce point dans les codifications étrangères⁶¹ et les

⁶⁰ Sur ce point les remarques de J. ERAUW, *art. cit.*, *W.P.N.R.*, 2003, n° 6537, (481), 486.

⁶¹ *Cons.* toutefois l'article 8 de la convention interaméricaine sur les règles générales de droit international privé (texte publié in *R.C.D.I.P.*, 1984, 262), ainsi l'article 3 du projet de Code néerlandais, qui dispose que *'Indien de vraag of aan een feit rechtsgevolgen toekomen bij wijze van voorvraag in*

dissonances existant en doctrine sur la solution appropriée, les uns plaidant pour l'application à la question préalable du droit international privé de la loi étrangère déclarée applicable par les règles de rattachement du for, les autres estimant préférable de ne pas s'écarter de la règle de rattachement du for.⁶²

L'interprète confronté à une question préalable pourra le cas échéant avoir recours à la clause d'exception pour s'écarter de la règle de rattachement prévue par le Code et soumettre, lorsque la question préalable concerne une relation de droit qui n'a pas ou peu de lien avec le for, la question préalable à la loi désignée par la règle de rattachement étrangère. Outre qu'elle ne confère aucune certitude au justiciable sur le résultat final de l'opération, cette solution d'appoint ne permettra toutefois de répondre qu'à un nombre limité de questions préalables.

5.- SILENCE DU CODE SUR LE RÔLE DU JUGE DANS L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS

48. Au contraire du Code civil espagnol (art. 12, § 1er) ou de la loi autrichienne du 15 juin 1978 (§2), le Code ne précise pas quel est le rôle du juge dans l'application des règles de rattachement. Il faut sans doute en conclure que les règles de droit international privé ne se singularisent pas sur ce point des autres règles de droit positif. L'on en reviendra dès lors aux règles classiques qui prescrivent, comme l'a rappelé M. Krings dans ses conclusions précédant l'arrêt *Babcock Smulders*,⁶³ que si la contestation ne met aucune règle d'ordre public en cause, le juge appliquera d'office la règle de rattachement pour autant que les éléments d'extranéité lui aient été soumis et pour autant que les parties n'aient pas expressément renoncé à l'application d'un droit étranger.

verband met een andere, aan vreemd recht onderworpen vraag moet worden beantwoord, wordt de voorvraag beschouwd als een zelfstandige vraag?

⁶² Cf. Paperçu donné par E. GROFFIER et G. GOLDSTEIN, *o.c.*, Cowansville, Ed. Yvon Blais Inc., 1998, 179-185.

⁶³ *J.T.*, 1981, 71.

49. L'on avouera toutefois que le critère de l'ordre public est d'une application malaisée, singulièrement dans la mesure où le Code fait une large place à l'autonomie de la volonté dans des matières qui sont réputées intéresser l'ordre public en droit interne.⁶⁴ Faut-il en conclure qu'il n'y a plus lieu, dans ces matières, pour le tribunal de se pencher d'office sur la règle de rattachement ? Ce serait sans doute donner une portée trop grande à une reconnaissance somme toute limitée et instrumentalisée de l'autonomie de la volonté.

Section 3

*Le nouveau droit du divorce international*⁶⁵

50. Le contentieux international de la dissolution du mariage a subi ces dernières années de profondes modifications, principalement suite aux changements introduits par l'adoption de règles européennes visant la compétence internationale des juridictions des États membres.

L'entrée en vigueur du Code de droit international privé signale aussi la fin du règne de la loi 'Rolin'⁶⁶ dont le but avoué était de permettre aux ressortissant(e)s belges mariés à un époux/se étranger d'obtenir le divorce même si la législation étrangère ne le permettait pas (*'favor divortii'*).

⁶⁴ Cf. art. 55 § 2 en matière de divorce, art. 75 en matière d'aliments.

⁶⁵ L'on consultera à ce propos les études de H. JACOBS, « Het wetboek van internationaal privaatrecht en het echtscheidingsrecht », *Echtscheiding*, 2004, n° 9, pp. 142-154 et de V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het echtscheidingsrecht in het Wetboek van internationaal privaatrecht », *Not. Fisc. M.*, 2005, 41-59.

⁶⁶ Loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger, *M.B.*, 9 juillet 1960.

§ 1^{er} - *Les règles de compétence internationale*

51. Au rayon des règles de compétence, l'on signalera que l'article 42 du Code permet de saisir les juridictions belges dès lors que (1) les époux sont belges lors de l'introduction de la demande, (2) l'un des époux a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande en cas de demande conjointe, (3) la dernière résidence habituelle commune des époux se situait en Belgique moins de douze mois avant l'introduction de la demande et enfin (4) que le conjoint qui engage la procédure réside en Belgique depuis au moins douze mois avant l'introduction de la demande.⁶⁷

L'on gardera à l'esprit que le Code n'a vocation à s'appliquer qu'à l'égard d'un défendeur « non communautaire », c'est-à-dire d'un défendeur qui ne possède pas la nationalité d'un État membre et n'est pas résident habituellement sur le territoire d'un État membre. Dans le cas inverse, le Règlement Bruxelles IIbis s'applique exclusivement.

Les règles de compétence retenues par le Code apportent une clarté bienvenue dans une matière autrefois caractérisée par une certaine dérive des juridictions belges.⁶⁸ Ainsi, les juridictions belges pourront se saisir d'une demande dès lors que le demandeur réside habituellement depuis plus de douze mois en Belgique, sans plus se soucier, comme c'était le cas avant l'entrée en vigueur du Code, d'une quelconque condition de réciprocité.⁶⁹

⁶⁷ Les tribunaux belges pourront également fonder leur compétence pour connaître d'une demande en divorce sur la localisation en Belgique du domicile ou de la résidence habituelle de l'époux défendeur, quelle que soit sa nationalité (art. 5).

⁶⁸ Dérive qui s'explique par l'absence de règle de compétence internationale spécifiquement adaptée au contentieux du divorce. *Cons.* l'étude de M. FALLON, « La compétence des tribunaux belges en matière de divorce d'époux de nationalité différente lorsque le demandeur est belge », *J.T.* 1986, 245-251.

⁶⁹ La résidence habituelle du demandeur ne constituait, sous l'empire du Code judiciaire, un chef de compétence qu'à la condition, difficilement applicable, de l'existence d'une réciprocité, posée par l'article 636 du Code judiciaire.

De même, il ne sera plus possible d'asseoir la compétence des juridictions belges sur la seule base de la nationalité belge d'une des parties.⁷⁰ Seule la nationalité commune des époux sera dorénavant pertinente. Enfin, l'existence de règles spécifiques pour le contentieux du divorce permettra d'éviter le recours par analogie à des règles conçues pour des hypothèses fort éloignées de la réalité de ce contentieux.⁷¹

52. Au total, le Code a quelque peu restreint l'étendue de la compétence internationale des juridictions belges, en éliminant les fors exorbitants et surtout le recours abusif à des règles de compétence. Dans la mesure où le Règlement Bruxelles II*bis* se montre déjà fort généreux, ceci ne devrait pas mettre en péril le droit d'accès des époux à une juridiction. Il est toutefois une situation particulière dans laquelle la compétence internationale des juridictions belges pourrait s'avérer trop limitée. Il se pourrait en effet que deux personnes de même sexe, qui se sont unies en Belgique en vertu de l'article 46, al. 2, ne puissent engager une procédure en dissolution du lien conjugal dans leur pays d'origine ou de résidence actuelle.⁷² Dans la mesure où ils ne résident plus en Belgique, l'article 42 ne pourrait leur ouvrir les portes des juridictions belges. Sans doute faudra-t-il dans ce cas faire appel au for de nécessité (art. 11) pour examiner dans quelle mesure il faut permettre à ces conjoints de solliciter le concours des juridictions belges.

Dans la mesure où les règles générales de compétence s'appliquent également à la matière du divorce, l'on peut se demander si les époux pourraient convenir d'accorder compétence aux tribunaux belges. L'article 6 du Code autorise le recours à l'autonomie de la volonté dans les matières où les parties « disposent librement de

⁷⁰ La nationalité belge du défendeur permettait autrefois de saisir les tribunaux belges (art. 15 C. civ.). Une certaine jurisprudence avait même admis qu'un demandeur belge pouvait, par cette seule qualité, saisir les juridictions de son pays en l'absence d'autres règles de compétence (Civ. Bruxelles, 22 novembre 1991, *R.T.D.F.*, 1992, 101 ; Bruxelles, 2 juin 1987, *R.T.D.F.*, 1988, 115, note M. FALLON).

⁷¹ L'on se souvient que certaines juridictions avaient eu recours à l'article 635-3 du Code judiciaire, par le biais d'un raisonnement audacieux qui voyait dans la demande en divorce la sanction de la méconnaissance par l'époux défendeur de certaines obligations naissant du mariage. Cf. par exemple Civ. Liège, 8 novembre 1991, *R.T.D.F.*, 1992, 104 et Bruxelles, 2 janvier 2001, *R.W.*, 2001-02, 782.

⁷² Situation évoquée par L. Barnich, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 42.

leur droit en vertu du droit belge ». La dissolution du lien conjugal échappe certainement à la volonté des parties en droit interne. Toutefois, le Code pourrait conduire à revoir cette appréciation dans la mesure où son article 55, § 2 permet aux parties de choisir le droit applicable à leur demande en divorce. Peut-on dès lors considérer que les parties disposent dorénavant librement de leurs droits en matière de divorce ? Une réponse positive conduirait à accepter les clauses d'élection de for dans cette matière, au-delà du rôle déjà reconnu à l'autonomie des parties.⁷³ Il ne semble toutefois pas que l'on puisse répondre affirmativement. Le choix laissé aux conjoints souhaitant dissoudre leur mariage est en effet strictement encadré. Ils ne peuvent opter que pour le droit de leur nationalité commune ou pour le droit belge. L'on ne peut dès lors déduire que le Code a eu pour effet de rendre disponible des droits qui ne le sont pas.⁷⁴

§ 2 - Le droit applicable à la dissolution du lien conjugal

53. Les nouvelles règles de rattachement prévues à l'article 55 e.s. du Code de droit international privé donnent priorité non plus à la loi belge en tant que telle, mais bien au droit de l'État sur lequel les deux époux ont leur résidence habituelle.⁷⁵ Ce n'est qu'à défaut de résidence habituelle commune des époux que le Code prévoit l'application de la loi de la nationalité commune des époux. L'article 55 prévoit également, de façon subsidiaire, l'application du droit belge. Comme on a

⁷³ Qui peuvent choisir de soumettre leur demande aux tribunaux belges, en cas de demande conjointe, dès lors que l'un des époux a sa résidence habituelle en Belgique (art. 42). Pratiquement, une clause d'élection de for, si elle est permise, n'aura d'utilité que dès lors qu'aucun des époux ne réside en Belgique.

⁷⁴ *Comp.* sur ce point l'interprétation de J.-Y. CARLIER, *art. cit.*, *R.C.D.I.P.*, 2005, n° 21. Selon M. Carlier, « le code faisant partie du droit belge, il faut également en tenir compte et considérer que lorsqu'une part d'autonomie de la volonté a été introduite dans les règles de droit applicable, il y va de droits disponibles pour lesquels les parties peuvent également choisir la compétence du juge belge [...] ». Sur ce point également les commentaires de V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.*, *Not. Fisc. M.*, 2005, (41), 49, n° 29.

⁷⁵ L'on notera que l'article 55 n'exige pas que les conjoints résident ensemble, puisqu'il est fait référence à la résidence habituelle de « l'un et l'autre époux ». *Comp.* avec la formule retenue par l'article 42 qui évoque la « dernière résidence habituelle commune » des époux.

pu le noter, « la très grande majorité des divorces déferés aux tribunaux belges restera soumise au droit belge ».76

Le rattachement primaire à la résidence habituelle est une constante dans le Code en matière familiale. Il signifie qu'une demande en divorce formée entre deux époux belges, qui résident à l'étranger, sera soumise non au droit belge, mais bien au droit local de leur résidence.

L'article 55 § 3 prévoit toutefois une *clause de sauvegarde* qui vise l'hypothèse dans laquelle le droit étranger déclaré applicable ignore l'institution du divorce. Cette hypothèse ne sera pas fréquente – le Chili était un des derniers états à ne pas permettre le divorce, mais sa législation a semble-t-il été modifiée en 2004. Cette clause de sauvegarde ne pourra être invoquée lorsque le droit étranger connaît le principe du divorce mais le soumet à des conditions plus onéreuses que celles prévues en Belgique.

Ceci explique qu'il ne saurait être question d'écarter sur cette base l'application du droit irlandais. Ce droit ne connaît certes qu'une seule forme de divorce et exige d'une part que le demandeur démontre que les époux ont vécu séparément pendant au moins 4 des 5 années qui précèdent la requête et d'autre part que le juge vérifie que la vie commune entre époux est devenue impossible.⁷⁷ Ces conditions sont à l'évidence plus contraignantes que celles prévues dans d'autres législations nationales, notamment en droit belge. L'on ne peut toutefois prétendre que le droit irlandais ne connaîtrait pas le principe du divorce. Il n'y a dès lors pas lieu d'invoquer l'article 55 § 3 à l'encontre du droit irlandais.⁷⁸

54. L'article 55 du Code permet également aux époux de déterminer eux-mêmes le droit applicable à la dissolution de leur mariage. Ceci constitue une

⁷⁶ L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 43.

⁷⁷ Le divorce a été introduit suite à un référendum en 1996 : *Family Law (Divorce) Act* de 1996. Cf. G. SHANNON, "Ireland", in *European Family Law in Action: Volume I. Grounds for Divorce*, Intersentia, Anvers, 2003.

⁷⁸ *Comp.* article 61, al. 3 de la loi suisse qui va plus loin encore et dispose que « Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse ».

nouveauté importante.⁷⁹ Comme l'on pouvait s'y attendre, le choix des époux est fortement encadré : outre un choix pour le droit belge, les époux peuvent également opter pour le droit de leur nationalité commune. On pense aux couples vivant en Belgique, mais possédant chacun la même nationalité étrangère, qui désirent soumettre leur demande à leur droit national et non au droit belge de leur résidence habituelle.⁸⁰ Inversément, deux époux étrangers pourraient souhaiter se prémunir contre toute discussion sur l'admissibilité d'une demande fondée sur une forme de divorce connue du droit belge mais soumise à des conditions plus onéreuses dans leur droit national.⁸¹

La possibilité de choisir le droit applicable à la demande permettra également aux conjoints de nationalité belge mais résidant à l'étranger, de soumettre leur demande au droit belge ou, plus précisément, de bénéficier d'une forme de divorce connue du droit belge mais ignorée par la loi étrangère.

55. Le Code précise que le choix des époux doit « être exprimé lors de la première comparution ». Ceci semble exclure la possibilité pour les tribunaux de déduire de l'attitude des époux, et des références qu'ils font au droit belge, un choix implicite en faveur de celui-ci. L'on ne peut qu'encourager les juridictions à interroger les conjoints lors de la première comparution pour s'assurer de la réalité de leur choix.

L'expression 'première comparution' utilisée par le législateur semble faire référence à la procédure utilisée pour le divorce par consentement mutuel.⁸² Il est vrai que ce type de divorce constituera sans aucun doute le terrain d'élection du choix par les

⁷⁹ Cf. déjà le plaidoyer de J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel - Etude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

⁸⁰ Notamment pour faciliter la reconnaissance du divorce dans leur État d'origine.

⁸¹ Cf. les explications de V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.*, *Not. Fisc. M.*, 2005, (41), 51-52, qui évoquent l'hypothèse d'un divorce par consentement mutuel entre deux époux italiens, soucieux d'éviter le délai d'attente de 3 ans imposé par le droit italien. Il faut toutefois garder à l'esprit que le droit belge s'appliquera de plein droit dans la plupart des situations, dès lors que les époux ont habité en Belgique.

⁸² Art. 1289 C. jud.

époux de la loi applicable. Il ne faut toutefois pas exclure la possibilité d'un choix de loi dans l'hypothèse d'un divorce plus conflictuel.⁸³

56. L'article 55 vise toutes les formes de divorce sans distinction. Il ne sera donc plus nécessaire de distinguer, comme c'était le cas sous l'empire de la loi Rolin, selon que le divorce est fondé sur la faute de l'un des époux, la séparation de longue durée ou sur leur consentement mutuel. Il faut se réjouir du caractère général de la nouvelle règle de rattachement, tant il était parfois délicat d'utiliser les types de divorce connus en droit belge à l'égard du droit étranger.

L'article 56 complète utilement la règle de rattachement en précisant les limites de son domaine d'application. Sont en toute hypothèse visés par la loi du divorce les questions d'admissibilité de la séparation de corps, les causes et les conditions du divorce,⁸⁴ ainsi que la dissolution du lien matrimonial. Pour le divorce par consentement mutuel, l'article 56 ajoute que la loi du divorce régit également l'obligation d'un accord entre époux portant des mesures concernant la personne, les aliments et les biens des époux ainsi que des enfants. Le Code met dès lors fin aux hésitations qui subsistaient sur la qualification exacte des conventions préalables et de leur contenu.⁸⁵ Dorénavant, il faudra appliquer la loi du divorce pour déterminer à la fois la nécessité d'un accord préalable, les éléments sur lesquels les conjoints doivent s'accorder ainsi que le pouvoir du juge lors d'une éventuelle homologation.

⁸³ En ce sens, V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.*, *Not. Fisc. M.*, 2005, (41), 51, n° 34.

⁸⁴ Il n'était pas nécessaire de viser la question de l'admissibilité du divorce ; si le droit étranger ignore l'institution du divorce, il peut en effet être écarté en application de l'article 55 § 3.

⁸⁵ Sur cette question, cf. notre dernière chronique (*Chronique du Notariat*, vol. XXXIX, 1^{er} avril 2004, 468-469).

Section 4

Les obligations alimentaires

57. Le Code de droit international privé prévoit un ensemble cohérent de règles particulières visant la matière des obligations alimentaires. L'on ne peut toutefois prendre connaissance de ces règles sans tenir compte des multiples conventions internationales appelées à régir cette question. L'exposé qui suit se propose de commenter les règles du Code tout en attirant l'attention sur les règles conventionnelles en vigueur en Belgique.

§ 1^{er} - Compétence internationale des juridictions belges

58. La compétence des juridictions belges en matière d'obligations alimentaires se laisse décliner selon deux modes. A une règle principale s'ajoute en effet quelques règles subsidiaires. L'effet global de cette juxtaposition de règles de compétence est que les juridictions belges pourront se prononcer dans un large éventail de cas.

1.- RÈGLE PRINCIPALE

59. Les tribunaux belges sont compétents si le créancier possède sa *résidence habituelle* ou son domicile en Belgique. Cette règle est tout d'abord consacrée par l'article 5(2) du Règlement 44/2001⁸⁶ et ensuite par l'article 73 du Code.⁸⁷ La première disposition est applicable dès que le défendeur est domicilié dans un État membre de l'Union européenne.⁸⁸ Le Code de droit international privé s'applique subsidiairement. En pratique, l'on consultera le Code dès lors que le défendeur n'est pas domicilié dans un État membre. Le domicile du défendeur constitue en effet le critère d'applicabilité du Règlement 44/2001.

⁸⁶ Qui fait référence à la résidence habituelle *ou* domicile.

⁸⁷ Qui ne fait référence qu'à la seule résidence habituelle du créancier d'aliments.

⁸⁸ A l'exception du Danemark, qui n'est pas lié par le Règlement 44/2001.

Ainsi lorsqu'un enfant résidant en Belgique réclame des aliments, il faudra appliquer le Règlement 44/2001 lorsque son auteur, le défendeur, réside en Italie. L'on appliquera par contre le Code lorsque l'auteur réside au Maroc.

Les deux dispositions font référence au « créancier d'aliments ». Il est acquis, au moins dans le contexte communautaire, que la simple contestation par le débiteur de l'existence d'une créance d'aliments ne prive pas le demandeur de la possibilité de faire jouer l'article 5(2).⁸⁹ Cette disposition a en effet vocation à s'appliquer à l'ensemble des actions engagées en matière alimentaire, y compris celle intentée pour la première fois par un demandeur d'aliments. Une autre interprétation aurait eu pour effet de priver cette disposition d'une grande partie de son utilité. Le législateur belge s'étant inspiré de la règle communautaire, il n'y a pas de raison d'adopter une interprétation différente à l'égard de l'article 73 § 1 du Code.

L'article 5(2) du Règlement et l'article 73, § 1, 1^o du Code visent manifestement à protéger le créancier d'aliments. Pour autant, il ne faudrait pas en déduire que le débiteur d'aliments ne pourrait invoquer le for de la résidence habituelle du créancier.⁹⁰

2.- RÈGLES SECONDAIRES

60. Au-delà de la résidence habituelle du demandeur, les différentes réglementations applicables prévoient des règles subsidiaires.

a) For de la nationalité belge commune

61. L'article 73 du Code prévoit que les juridictions belges peuvent également connaître des demandes relatives à une obligation alimentaire si les deux parties concernées possèdent la nationalité belge. Le for de la nationalité belge commune des parties permet à une ressortissante belge de saisir les tribunaux belges d'une demande formée contre son époux de même nationalité alors que les deux époux vivent depuis des années en Afrique centrale.

Cette extension de compétence pourrait faire naître un certain 'tourisme judiciaire' dans le chef de citoyens belges expatriés et souhaitant bénéficier de l'application des

⁸⁹ C.J.C.E., 20 mars 1997, *Farrell c. Long*, aff., C-295/95, *Rec.*, 1997, I-1685.

⁹⁰ Par exemple pour obtenir une réduction/adaptation du montant de l'obligation alimentaire.

normes belges. Dans la mesure où l'article 74 prévoit l'application du droit de la résidence habituelle du créancier (*infra*), cette tentation ne sera toutefois pas l'occasion d'obtenir l'application du droit belge. Les tribunaux belges refuseront ainsi d'appliquer le droit belge à la demande formée par la ressortissante belge contre son époux dès lors que les deux époux résident en Afrique centrale.

b) Extension de la compétence du tribunal belge saisi d'une action concernant l'état des intéressés

62. Tant l'article 5(2) du Règlement que l'article 73 du Code prévoient une extension de compétence générale qui permet au tribunal belge déjà saisi d'une demande relative à l'état d'une personne, de se prononcer sur une demande de cette personne visant à obtenir des aliments. Le mécanisme est le suivant : si les tribunaux belges sont compétents pour connaître d'une demande en divorce entre deux époux, engagée par un conjoint résidant en dehors de la Belgique, ce dernier pourra 'compléter' sa demande en ajoutant une demande de secours alimentaire. Celle-ci constitue en effet le 'complément naturel' de la demande de divorce. Il en va de même pour toute action principale relative à l'état des personnes – par exemple une action relative à la filiation.

Comme pour la règle générale, l'article 73 du Code sera utilisé dès lors que le défendeur n'est pas domicilié dans un État de l'UE. Ainsi si un couple franco-tunisien installé en Belgique se sépare et que l'époux tunisien s'installe en Tunisie, l'épouse française demeurée en Belgique pourra ajouter à sa demande en divorce fondée sur la dernière résidence habituelle des époux (article 3(1)(a), 2^{ème} hypothèse du Règlement Bruxelles II-*bis*) une demande en aliments.

La compétence annexe ainsi conférée au tribunal saisi d'une demande principale s'explique aisément par un souci de *concentrer le contentieux* devant un seul tribunal. Il faut éviter d'imposer au créancier d'aliments de devoir multiplier les procédures devant des tribunaux différents pour obtenir d'une part la reconnaissance de la qualité lui permettant de demander des aliments, et d'autre part l'octroi d'une telle pension alimentaire. Au sein de l'espace judiciaire européen, cette compétence annexe connaît toutefois une limitation, déduite de la nature de la compétence principale exercée par le tribunal : celui-ci ne pourra étendre sa compétence en vertu de l'article 5-2 du Règlement 44/2001 que pour autant que la règle de compétence qui fonde sa prétention à connaître du litige principal soit jugée acceptable. Elle ne le sera pas lorsqu'elle fait appel à la nationalité d'une des parties.

Concrètement, l'article 5-2 du Règlement ne permettra pas au tribunal français de faire droit à une demande d'aliment formulée dans le cadre d'un litige en reconnaissance de paternité lorsque ce litige lui a été soumis à raison de la nationalité française du demandeur.⁹¹

Le Code de droit international privé ne connaît pas de réserve similaire relative à la *qualité* du fondement de la compétence du tribunal belge. Ceci s'explique aisément, le Code ne pouvant raisonnablement incriminer à l'occasion de la réglementation des aliments un chef de compétence retenu pour une autre matière. En outre, les chefs de compétence retenus par le Code ne peuvent être qualifiés d'exorbitants, en sorte qu'il ne s'imposait pas de les assortir d'une réserve.⁹²

c) Application des règles générales de compétence du Code (art. 5 e.s.)

63. L'article 73 du Code n'exclut pas l'application des règles générales de compétence du Code. Seul le domicile/résidence habituelle du défendeur semble pouvoir se révéler utile en matière d'aliments. Dès lors que le défendeur est domicilié en Belgique, le Règlement 44/2001 l'emportera toutefois sur le Code.

La connexité ne semble pas pouvoir étendre la compétence internationale des tribunaux belges. Il est en effet difficile de concevoir une demande principale avec laquelle la demande d'aliments serait connexe au sens de l'article 9 du Code.

§ 2 - Extension du rôle de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments

1.- UNE RÈGLE DE RATTACHEMENT UNITAIRE

64. Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, le praticien devait jongler avec une pluralité de règles de rattachement différentes selon la *qualité* du créancier : pour l'enfant de – 21 ans résidant en Belgique, il était fait application

⁹¹ Art. 14 Code civil français.

⁹² En matière de divorce : artt. 42/43 du Code et Règlement Bruxelles II-*bis* ; en matière de filiation : art. 61 Code.

de la loi de la résidence habituelle de l'enfant selon la Convention de La Haye de 1956.⁹³ Entre ex-époux, la loi nationale commune des époux s'imposait selon la jurisprudence *Montanari* de la Cour de Cassation.⁹⁴ A défaut de nationalité commune, il fallait avoir recours à la loi de la première résidence commune des époux. La demande de l'enfant résidant hors des États contractants à la Convention de La Haye était quant à elle soumise à sa loi nationale selon la jurisprudence *Ejfeling* de la Cour de Cassation.

Le Code de droit international privé met en place un rattachement *unique* pour l'ensemble des obligations alimentaires (parents/enfants, époux, etc.). Ce rattachement unique se justifie tant sur le plan des principes que pour la facilité d'application qu'il procure.⁹⁵ Pourquoi devrait-on en effet localiser différemment la créance alimentaire d'un enfant et celle d'un ex-conjoint ?

Le rattachement unique introduit par l'article 74 évite également les incohérences qui avaient notamment vu le jour en ce qui concerne les aliments entre ex-époux. La Cour de cassation avait – dans sa jurisprudence *Montanari* – rattaché les demandes d'aliments entre ex-époux à la loi des effets du mariage.⁹⁶ Ce rattachement conduisait à des situations difficiles parce qu'il ne tenait pas compte de la réalité du contentieux conjugal. Ainsi, l'on ne s'expliquait pas comment appliquer la loi de la résidence conjugale des ex-époux qui possèdent des

⁹³ Convention de La Haye du 24 octobre 1956 *sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants*. L'application de la convention n'était possible qu'à l'égard des enfants dont la résidence habituelle était située dans un État membre. La Convention avait été ratifiée par l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Portugal.

⁹⁴ Cass., 16 juin 1994, (M. / Q.), *Pas.*, 1994, I, 603 et les commentaires de N. WATTÉ, "Les conséquences juridiques du divorce en droit international privé", *R.C.J.B.*, 1996, 12-36.

⁹⁵ *Comp.* avec le rattachement distinct de l'obligation alimentaire entre ex-époux dans la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 et l'application indirecte de ce rattachement in Cass., 17 oct. 2002 (C.D.S.L. / B.M.), *R.T.D.F.*, 2003, 341, note M. FALLON ; *J.L.M.B.*, 2003, 1135 ; *R.W.*, 2002-2003, 1507, note B. VOLDERS ; *E.J.*, 2003, 2, note M. TRAEST.

⁹⁶ En appuyant ce rattachement sur la circonstance que « ... ces demandes ne peuvent 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 par la transcription du divorce ; qu'elles sont si étroitement liées aux relations personnelles des époux, dont elles apparaissent comme une survivance, qu'elles ne peuvent être jugées qu'en application de la loi régissant le statut personnel des ex-conjoints » (*Pas.*, 1994, I, 603).

nationalités différentes dès lors que les époux ne possèdent plus de résidence conjugale commune....

2.- RATTACHEMENT À LA RÉSIDENCE HABITUELLE DU CRÉANCIER D'ALIMENTS

65. Le Code soumet les demandes relatives aux obligations alimentaires à la loi de la *résidence habituelle* du créancier. La règle retenue est en phase avec le droit conventionnel.⁹⁷ Le choix du critère de rattachement est justifié par plusieurs raisons : il s'agit sans conteste d'une mesure de protection du créancier d'aliments qui constitue le 'centre' de la relation juridique en cause. D'autre part la loi de la résidence du créancier est sans doute mieux à même de tenir compte du milieu de vie du créancier et donc la plus adaptée pour déterminer le montant de la créance alimentaire. Enfin le facteur de rattachement garantit une certaine égalité, formelle au moins, entre créanciers résidant sur le territoire belge.

Le Code de droit international privé est attentif au phénomène du conflit mobile (*supra*). L'article 74 précise que la résidence habituelle pertinente est celle « au moment où [l'obligation alimentaire] est invoquée » - ce qui n'est pas nécessairement synonyme d'introduction de l'action en justice.⁹⁸

66. L'application de la loi de la résidence habituelle du créancier, conjuguée à la compétence des tribunaux belges lorsque le créancier réside habituellement en Belgique, favorisera en pratique certainement l'application du droit belge. Il est toutefois un danger lié à l'application plus générale du droit belge et de ses standards : le rattachement au droit de la résidence du créancier pourrait inciter celui-ci à une certaine 'mobilité' du créancier. Un créancier pourrait être tenté de s'installer en Belgique ou de profiter d'une installation en Belgique pour réclamer l'application du droit belge.

⁹⁷ Art. 1 Convention de La Haye du 24 octobre 1956 ; art. 4 Convention de La Haye du 2 octobre 1973, jamais ratifiée par la Belgique.

⁹⁸ Cf. l'article 1^{er}, al. 2 de la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 et l'article 4 al. 2 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (« *En cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi interne de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu* »).

L'article 74 prévoit dès lors une exception pour les situations où le débiteur et le créancier ont la même nationalité étrangère. Dans ce cas, il paraît en effet peu judicieux d'appliquer le droit belge dans la mesure où le débiteur réside dans son pays d'origine. Ainsi, si un créancier d'aliments (ex-épouse) togolais réclame des aliments en Belgique où il réside et que le débiteur (ex-époux), lui aussi ressortissant togolais, réside toujours au Togo, l'application de l'article 301 C. civ. belge (« . . . conditions équivalentes à celles dont il bénéficiait durant la vie commune . . . ») ne semble pas justifiée. Dans ce cas, le Code commande l'application du droit togolais.

On retrouve la même idée que dans la réserve formulée, en faveur de la loi belge uniquement, par la Belgique à propos de la Convention de La Haye de 1956.⁹⁹

L'on peut considérer cette exception comme une concrétisation particulière de la clause d'exception (art. 19 du Code). Elle permettra d'éviter les difficultés d'exécution des décisions belges à l'étranger – l'exécution à l'étranger, et particulièrement hors EU, d'une décision belge imposant le paiement d'aliments accordés selon le droit belge pourrait en effet soulever des difficultés lorsque l'exécution est demandée dans un pays dont les standards 'alimentaires' sont très différents.

67. Il importe de vérifier la cohérence de la loi des aliments avec la loi de l'action relative à l'état. En ce qui concerne les aliments entre ex-époux, l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier se conjugue harmonieusement avec la loi du divorce.¹⁰⁰

Il subsiste toutefois une possibilité d'incohérence, par exemple dès lors que les époux ont la même nationalité étrangère et qu'ils n'ont pas vécu maritalement en Belgique. Ainsi si une ressortissante allemande s'installe en Belgique et engage une procédure en divorce après 12 mois de résidence contre son époux allemand,¹⁰¹

⁹⁹ Cf. art. 2 de la loi du 17 juillet 1970 : « *La loi belge est déclarée applicable même si l'enfant a sa résidence habituelle à l'étranger, lorsque la demande d'aliments est portée devant un tribunal belge, que l'enfant et la personne à qui les aliments sont réclamés sont de nationalité belge, et que cette dernière personne a sa résidence habituelle en Belgique* ».

¹⁰⁰ *Comp.* dans l'ancien droit : application de la loi nationale commune des époux selon la jurisprudence *Montanari* alors que bien souvent le divorce avait été prononcé sur base de la loi belge, cf. loi *Rolin*.

¹⁰¹ Comme le lui permet l'article 3(1)(a), 5^{ème} hypothèse du Règlement Bruxelles II-*bis*.

avec qui elle a toujours vécu en Allemagne, l'action en divorce sera régie par le droit allemand.¹⁰² Si l'ex-époux s'installe lui aussi en Belgique après le divorce, il faudra normalement appliquer le droit belge, droit de la résidence habituelle du créancier d'aliments, pour apprécier la demande d'aliments. L'on ne peut appliquer dans ce cas la clause de réserve visant le 'créancier mobile'. Si le divorce a été obtenu sur base du § 1565 BGB, fondé sur la constatation de la faillite du mariage ('*Scheitern der Ehe*'), quel époux aura « obtenu le divorce » au sens de l'article 301 C. civ. ? Ne faut-il pas au contraire se référer au droit allemand pour vérifier si l'un des époux peut obtenir des aliments, ce qui constituerait une clause d'exception inversée ?¹⁰³

En ce qui concerne les aliments dans les relations entre enfant/parent, l'application de la loi nationale de la personne dont la paternité/maternité est en jeu (art. 62 Code) ne coïncide pas nécessairement avec la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments.

68. En conclusion, l'application généralisée de la loi belge va probablement diminuer la tentation de faire intervenir l'exception d'ordre public ou d'autres théories dérogoires.¹⁰⁴

3.- INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

69. L'intervention de l'exception d'ordre public peut être envisagée sous plusieurs formes.

a) Clause particulière d'ordre public

70. L'article 74, § 2 prévoit un rattachement subsidiaire dès lors que le droit de la résidence habituelle du créancier ne permet pas d'accorder des aliments : le rattachement se fait alors avec le droit de l'État de la nationalité commune du

¹⁰² Article 55-2° et 55-3° du Code.

¹⁰³ En droit allemand, l'*Anspruch auf Unterhalt* ne naît qu'en faveur de l'époux qui n'est pas capable de contribuer à son propre entretien, § 1569 BGB.

¹⁰⁴ Cf. les tentatives de la jurisprudence, en particulier en matière de créances alimentaires en faveur d'enfants, d'appliquer le standard pratiqué en Belgique dès que l'enfant réside en Belgique : J.P. St. Gilles, 5 mai 1998, *J.J.P.*, 1999, 122 ; J.P. St. Nicolas, 3 avril 1990, *J.J.P.*, 1990, 371 ; Civ. Nivelles, 8 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1998, 51.

créancier et du débiteur d'aliments ou, de manière encore plus subsidiaire, avec le droit belge. Ainsi si la loi marocaine refuse à l'enfant majeur marocain résidant en Belgique les aliments nécessaires à la poursuite de sa formation,¹⁰⁵ l'on appliquera le droit belge comme 'filet de sécurité' pour le créancier alimentaire.

Cette clause ne peut intervenir que dans les relations entre époux ou envers un enfant mineur – ce qui s'explique par le caractère fondamental de l'obligation alimentaire dans ces relations, par opposition aux autres relations familiales, par exemple vis-à-vis des collatéraux.

En outre, la clause particulière d'ordre public ne pourra intervenir si le droit étranger accorde des aliments au créancier, même si le montant de la créance accordée est minime et bien inférieur à ce qui aurait été attribué sur base du droit belge.

Prenons l'exemple de deux époux marocains séparés. L'épouse réside au Maroc et l'époux, qui réside en Belgique, met fin au mariage par répudiation 'talak' (art. 79 e.s. Code de la famille du 5 février 2004). L'épouse sollicite alors l'octroi d'aliments devant un tribunal belge. Si le droit marocain, dans le cas de figure considéré, accorde à l'épouse un 'don de consolation',¹⁰⁶ peut-on encore appliquer l'article 74, § 2 ?

La question est délicate. L'on peut douter que le don de consolation constitue bien une créance alimentaire au sens de l'article 74 du Code. Pour écarter l'application du droit marocain, il faudra dès lors avoir recours à l'exception générale d'ordre public de droit international privé, qui est toutefois assortie de conditions plus strictes (intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge, etc.) que l'exception particulière de l'article 74, §2.

b) Clause générale d'ordre public (art. 21 du Code)

71. La clause générale de l'ordre public peut intervenir en matière d'aliments nonobstant l'existence d'une clause particulière. L'on se contentera de rappeler que les contours de l'ordre public de droit international privé ne se laissent pas dessiner

¹⁰⁵ Civ. Bruxelles, 15 mai 1990, *R.T.D.F.*, 1991, 422.

¹⁰⁶ Evalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus dans l'exercice de ce droit par l'époux – article 84 Code marocain de la famille.

avec précision. Le plus sage est dès lors de poser quelques questions concrètes relatives à son application éventuelle, toujours contingente aux circonstances concrètes de l'espèce.

L'application d'une loi étrangère qui ne tiendrait pas compte des besoins du créancier ou des ressources du débiteur peut-elle être considérée comme une violation des principes fondamentaux qui constituent l'ordre public ? Cf. art. 11, al. 2 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (« *Toutefois, même si la loi applicable en dispose autrement, il doit être tenu compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans la détermination du montant de la prestation alimentaire* »).

Quid de l'application en Belgique d'une loi étrangère qui prévoirait une obligation alimentaire inconnue du droit belge ? Cf. art. 7 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 (« *Dans les relations alimentaires entre collatéraux et entre alliés, le débiteur peut opposer à la prétention du créancier l'absence d'obligation à son égard suivant leur loi nationale commune ou, à défaut de nationalité commune, suivant la loi interne de sa résidence habituelle* »).

Quid enfin de l'application en Belgique d'une loi étrangère qui permet aux époux de conclure, avant le divorce, une convention par laquelle ils renoncent mutuellement à toute prétention alimentaire pour la période post-divorce ?¹⁰⁷

4.- DROIT APPLICABLE AUX CONVENTIONS RELATIVES AUX ALIMENTS

72. L'article 75 du Code introduit une règle nouvelle, qui vise une hypothèse auparavant rarement abordée, celle des conventions relatives aux aliments. Cette disposition innove puisqu'elle permet, dans une certaine mesure, aux parties de choisir la loi applicable à la convention. Ce rattachement complète la Convention de Rome, dont on sait qu'elle exclut les obligations contractuelles concernant les

¹⁰⁷ Cf. Mons, 19 janvier 2000, R.G.D.C., 2002, 185 et la note de C. BARBÉ. Cf. § 1585 c BGB : « *Die Ehegatten können die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen* ». Comp. Cass. fr., 7 novembre 1972, R.C.D.I.P., 1973, 691 (non-contrariété à l'ordre public de droit international privé d'une convention conclue entre deux époux allemands portant sur les créances éventuelles d'aliments post-divorce).

« droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non-légitimes ». ¹⁰⁸

L'article 75 trouvera principalement à s'appliquer dans le cadre des conventions que les époux doivent conclure à l'occasion d'un divorce par consentement mutuel. L'on peut aussi songer aux conventions entre époux à l'occasion de leur union, par laquelle ils renoncent à toute prétention alimentaire.

L'autonomie de volonté n'était pas prévue par le droit conventionnel classique, ni par les autres codifications récentes. ¹⁰⁹ Le choix ouvert aux parties est assez large, puisqu'elles peuvent opter pour la loi de l'une de leurs nationalités ou de l'État de la résidence habituelle de l'une d'entre elles. ¹¹⁰ Un couple belgo-allemand pourra ainsi conclure une convention pré-matrimoniale et renoncer valablement à toute prétention alimentaire postérieure à un divorce pour autant que les époux soumettent leur convention à la loi allemande.

73. Le Code ne nous éclaire pas sur les modalités du choix par les parties. ¹¹¹ En raison de l'importance de l'enjeu pour les intéressés, il semble qu'il faille exclure la possibilité d'un choix *tacite* par les parties.

A défaut de choix par les parties, le Code prévoit l'application des mêmes rattachements que pour l'obligation alimentaire non-conventionnelle. Ceci se justifie pleinement sur le plan des principes.

¹⁰⁸ L'article 75 reproduit exactement les termes de la Convention de Rome, puisqu'il vise les conventions relatives aux aliments découlant « de relations de parenté, de mariage ou d'alliance ». Partant, il ne devrait pas y avoir de lacune entre les deux textes.

¹⁰⁹ Les lois suisse et italienne se contentent par exemple de renvoyer à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973.

¹¹⁰ Les époux bénéficient à l'égard des aliments d'une liberté plus grande que celle qui leur est accordée en général par la réglementation du divorce. L'article 55 § 2 du Code limite en effet le choix des époux au seul droit de leur nationalité commune ou au droit belge. Théoriquement, il semble dès lors possible de 'dépecer' une convention préalable conclue entre époux à l'occasion d'un divorce par consentement mutuel et de soumettre la clause relative aux aliments à une autre loi que celle applicable en général à la convention. Une telle formule risque toutefois de créer bien des difficultés.

¹¹¹ *Comp.* pour les régimes matrimoniaux l'article 50 du Code.

5.- RECOURS D'UN TIERS-PAYEUR

74. L'article 76 du Code complète la réglementation par une énumération non-exhaustive des questions visées par la loi des aliments. L'on y apprend notamment que cette loi gouverne la question de savoir à qui et dans quelle mesure le créancier peut demander des aliments. Pour éviter toute controverse sur l'application de la *lex fori* comme loi de la procédure, la même disposition précise également que la loi des aliments régit les délais dans lesquels l'action en aliments doit être intentée ainsi que l'identité du demandeur.

75. Plus difficile est la question de la loi applicable au recours d'un tiers payeur. A quel droit doit être soumis le recours d'un CPAS belge en vertu de l'article 98, § 2 de la loi organique des CPAS du 8 juillet 1976, contre le débiteur d'aliments français lorsque le CPAS est intervenu en faveur d'un créancier lui aussi français ?

Il importe de distinguer deux questions : le tiers payeur a-t-il été subrogé dans les droits du créancier ? Cette question est régie non pas par la loi applicable à la créance d'aliments, mais bien par la loi applicable à l'obligation du tiers de désintéresser le créancier (art. 76, § 2 du Code). Cette solution était en réalité la seule envisageable pour sauvegarder le droit de recours des autorités publiques.

Par contre, les limites de l'obligation du débiteur demeurent soumises à la loi de la créance alimentaire (art. 76, § 1, 5^o).

Le débiteur pourra-t-il opposer au CPAS/tiers payeur une convention conclue avec le créancier alimentaire ? Cette question a été évoquée dans un arrêt de la Cour de Justice, à l'occasion d'une difficulté concernant la compétence des tribunaux.¹¹² Une commune des Pays-Bas avait engagé une action récursoire contre de M. Baten, domicilié en Belgique, en vue de recouvrer des sommes d'argent versées, au titre d'aide sociale, à l'épouse divorcée et à l'enfant de M. Baten. Selon l'article 94 de l'Algemene Bijstandswet (loi générale sur l'aide sociale), qui institue un régime d'aide sociale en faveur des personnes résidant aux Pays-Bas, «Une convention par laquelle des époux ou des anciens époux stipulent que, après le divorce [...], ils ne seront nullement tenus mutuellement d'une obligation d'entretien ou que cette obligation sera limitée à un montant déterminé [...] n'empêche pas la récupération auprès de l'une des parties et ne préjuge pas de la détermination de la somme devant faire

¹¹² C.J.C.E., 14 novembre 2002, aff. C-271/00, *Gemeente Steenbergen c. Luc Baten* (question préjudicielle relative à la Convention de Bruxelles).

l'objet d'une récupération». Or lors de leur divorce par consentement mutuel prononcé en Belgique, M. Baten et de M^{me} Kil avaient convenu qu'aucune pension alimentaire ne serait due pour eux-mêmes.

Faut-il dans cette hypothèse accepter qu'en vertu de l'article 76, § 1 (5°) du Code, les limites de l'obligation de M. Baten doivent être déterminées par le droit néerlandais, droit de la résidence habituelle de la créancière ? Ceci signifierait que M. Baten ne pourrait invoquer la convention le liant à son ex-épouse. Si la convention est régie par le droit belge, l'on pourrait avec une certaine imagination accepter que l'obligation de l'ex-mari se fonde sur la convention conclue avec son ex-épouse, en sorte que les limites de son obligation vis-à-vis du tiers seraient soumises au droit belge. Si une telle qualification paraît audacieuse, il ne resterait à l'ex-mari que la seule clause d'exception comme bouée de sauvetage.

Section 5

Les régimes matrimoniaux

76. Le nouveau régime des relations patrimoniales entre époux constitue l'une des principales innovations du Code de droit international privé.¹¹³ Les solutions retenues par le législateur sont en grande partie inspirées de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, tout en écartant toutefois certaines des solutions conventionnelles jugées trop incertaines.¹¹⁴ Paradoxalement, avant l'entrée en vigueur du Code, les juridictions belges avaient eu l'occasion, à plusieurs reprises, d'appliquer les dispositions de la Convention de La Haye, par le biais du renvoi.¹¹⁵

¹¹³ Le projet de Code avait déjà fait l'objet de commentaires par 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*, Bruges, La Chartre, 2003, 373-393.

¹¹⁴ Par exemple la mutabilité 'silencieuse' du régime matrimonial prévue à l'article 7, 2^{ème} al. de cette Convention.

¹¹⁵ Cf. par exemple Anvers, 26 octobre 1999, R.G.D.C., 2001, 33 ; Civ. Termonde, 27 juin 1997, *Rev. not. b.*, 1998, 388 ; R.G.D.C., 1998, 140, note C. DE BUSSCHERE ; *Tijd. Not.*, 1997, 410, note F. BOUCKAERT.

Avec l'entrée en vigueur du Code et la disparition du renvoi (cf. article 16 du Code, *supra*), il ne sera plus possible d'appliquer la Convention de La Haye en Belgique.

Les articles 49 et suivant du Code faciliteront grandement la mission des notaires.

§ 1^{er} - Consécration de l'autonomie de la volonté

77. Le Code met fin à la querelle entre l'école 'autonomiste' - pour qui les futurs conjoints dont la situation présente quelque élément étranger pouvaient « non seulement faire des conventions matrimoniales, mais aussi choisir l'ordre juridique qui déterminera la validité et la portée de leur contrat » - et l'école 'unitariste' - qui pronait l'unité de la règle de rattachement applicable aussi bien au régime légal qu'au régime conventionnel, et soumettait dès lors le choix par les époux aux limites posées par le droit applicable à leur régime matrimonial.¹¹⁶

Le Code consacre en effet la possibilité pour les époux de déterminer eux-mêmes la loi applicable à leurs relations patrimoniales. Le changement se déduit déjà clairement de l'ordre des dispositions du Code : le Code pose *d'abord* le principe de la liberté de choix des époux (art. 49) pour *ensuite* seulement énoncer la règle subsidiaire (art. 51).

Il importe tout d'abord de préciser la portée de cet important principe (a) avant de passer en revue certaines des limites apportées à l'autonomie de volonté des époux (b) et d'expliquer quelle forme doit prendre le choix des parties (c).

1.- PORTÉE DU CHOIX DE LOI PAR LES ÉPOUX

78. L'article 49 du Code énonce que le régime matrimonial est « régi par le droit choisi par les époux ». Le choix dont il est question à cette disposition est bien un véritable 'choix de loi', et non simplement la possibilité de puiser dans un droit étranger un régime matrimonial type dont l'application serait limitée par une quelconque 'loi-cadre'. Les termes utilisés (« le droit choisi par les époux ») ne trompent pas.

¹¹⁶ Cf. l'exposé dans la précédente Chronique (Chronique, Vol. XXXIX, 1^{er} avril 2004, 472-481).

Le choix par les époux d'une loi nationale sera sans doute la plupart du temps accompagné d'un choix 'matériel' d'un régime particulier (séparation de biens, communauté universelle, etc. avec les modalités dont ces régimes peuvent être assortis). Ainsi, l'on peut imaginer que deux futurs époux de nationalité belge optent pour l'un des régimes conventionnels admissibles en droit belge et assortissent ce choix d'une option pour le droit belge, afin de bien souligner que le régime qu'ils ont choisi doit s'interpréter à la lumière du droit belge - et éviter les surprises liées à un déménagement ultérieur dans un autre pays. Rien n'empêche toutefois les futurs époux d'opter pour une loi nationale, sans préciser plus avant la nature de leur régime. Dans ce cas, ils seront soumis au régime par défaut de la loi qu'ils ont désignée.

79. L'article 49 se démarque profondément du système en vigueur jusqu'au Code puisqu'il ne subordonne pas le choix par les époux d'une loi nationale au respect d'une quelconque loi-cadre – qui serait la loi applicable par défaut au régime matrimonial. Contrairement à ce qu'enseignait une importante doctrine,¹¹⁷ le régime matrimonial conventionnel n'est dès lors plus soumis au même rattachement que le régime légal applicable à défaut de convention. S'il n'était pour le rattachement subsidiaire (*infra*), l'on pourrait même écrire que les régimes matrimoniaux ont quitté le statut personnel.

Ceci signifie concrètement qu'il est dorénavant possible pour tous les époux, quelle que soit leur situation initiale et la loi applicable à leur régime matrimonial à défaut de convention, de procéder à un choix de loi et d'échapper ainsi aux limitations de la loi applicable à leur situation d'origine.

¹¹⁷ N. WATTÉ, avec la collaboration de L. BARNICH, "Les conflits de lois en matière de régime matrimoniaux", in *Répertoire notarial*, Tome XV, Livre XIV, Bruxelles, Larcier, 1997, 65, n° 40 ; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Story-Scientiae, 1989, 277, n° 583 ; A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Mys & Breesch, 3^{ème} éd, 2001, 217, n° 511 ; K. LENAERTS, "De vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap in het internationaal privaatrecht", in *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, W. PINTENS (éd.), Maklu, Anvers, (140), 148-149 ; L. BARNICH, « Belgique », in M. VERWILGHEN (réd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 774, n° 47.

Ceci constitue une amélioration notable de la situation d'époux soumis à une loi nationale qui adhère encore au principe de l'immutabilité du régime matrimonial.¹¹⁸ Ainsi, un couple de ressortissants portugais, mariés au Portugal sans convention et qui réside depuis quelques années en Belgique, pourra dorénavant conclure une convention et soumettre celle-ci au droit belge. Ce faisant ils pourront modifier à leur gré leur régime matrimonial puisque dès lors qu'ils ont opté pour le droit belge, leurs relations patrimoniales sont soumises au droit belge qui permet la mutabilité du régime matrimonial. L'on se souviendra qu'avant l'entrée en vigueur du Code, toute tentative de modification du régime matrimonial était appréciée à la lumière du droit applicable au régime avant la modification. Dans le cas d'époux portugais, ceci signifiait une impossibilité de modifier le régime en cours de route – sauf à tenir compte d'une éventuelle modification du facteur de rattachement, auquel cas une certaine jurisprudence retenait le facteur de rattachement actualisé.¹¹⁹

L'article 49 apporte également une amélioration notable à la situation d'époux soumis à une loi nationale qui ne leur permet pas de choisir la loi applicable. Deux époux grecs par exemple ne pouvaient, avant l'entrée en vigueur du Code, échapper aux limitations imposées par leur loi nationale – sauf à risquer de soumettre leur (nouveau) contrat à une loi leur permettant le choix d'une loi, avec le danger toutefois que ce contrat ne soit pas reconnu dans l'État d'origine. Dorénavant, ces époux pourront en toute confiance procéder au choix d'une loi nationale, sans risquer de mettre en péril leur contrat.

Il est une troisième catégorie de cas pour lesquels l'article 49 apportera une sécurité juridique appréciable, à savoir les époux souhaitant soumettre leurs relations à la loi belge pour bénéficier d'une modalité particulière autorisée par le droit belge, qui leur est refusée par leur droit national. L'exemple classique est celui de deux époux italiens mariés en Italie sans contrat de mariage. S'ils souhaitent, une fois installés en Belgique, adopter un régime de communauté universelle et l'assortir d'une clause de

¹¹⁸ En ce sens, L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 39.

¹¹⁹ Ainsi, le tribunal de première instance de Bruxelles avait-il admis que la requête en modification du régime matrimonial de deux époux roumains devait être appréciée à la lumière de la loi belge puisque les deux époux avaient acquis la nationalité belge : Civ. Bruxelles, 27 mars 1996, *Rev. not. b.*, 1996, 338, note C. DE BUSSCHERE. Cf. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1993, n° 1445 et 1448, selon qui la question de la validité d'une mutation conventionnelle du régime matrimonial devait être appréciée selon la « loi désignée par la concrétisation actuelle du facteur de rattachement ».

partage inégal, une tel contrat risque de se heurter aux limites posées par le droit italien, applicable par défaut, qui n'autorise pas de telles clauses.¹²⁰

Ainsi le tribunal de première instance de Bruxelles s'est-il vu contraint de refuser l'homologation d'une convention conclue entre deux époux italiens, résidant depuis de nombreuses années en Belgique, parce que les époux avaient stipulé que le survivant d'entre eux serait soit propriétaire de toute la communauté, soit propriétaire de la moitié et usufruitier de l'autre moitié du patrimoine commun.¹²¹

Depuis l'entrée en vigueur du Code, ces époux italiens pourront soumettre leurs relations au droit belge pour ensuite adopter l'une ou l'autre modalité autorisée par le droit belge, dont une clause de partage inégal. Il en va de même pour des époux néerlandais, mariés sous le régime néerlandais de la communauté universelle, qui prétendaient assortir leur régime d'une clause d'attribution totale de la communauté universelle en se référant à l'article 1461 du Code civil.¹²² Ceci n'était pas possible sous l'ancien régime (sauf application de la doctrine du renvoi) dans la mesure où le droit néerlandais limitait l'autonomie de volonté des époux. Avec le Code, les époux néerlandais pourront dans un premier temps opter pour le droit belge et ensuite profiter librement du libéralisme du droit belge. Les refus d'homologation d'une modification du régime matrimonial ne pourront avec le Code que diminuer.

80. L'option autonomiste retenue par le législateur impose de se demander selon quelle loi il faut déterminer la validité du choix par les époux d'une loi nationale. L'article 53, § 1, 1^o du Code précise que la validité du consentement des époux sur le choix de la loi applicable est soumise à la loi du régime matrimonial. Faut-il comprendre que, lorsque les époux n'ont pas encore conclu de contrat de mariage, la validité du choix de loi est soumise à la loi applicable à défaut de choix ?

¹²⁰ Art. 210 Code civil italien et F. SALERNO et D. DAMASCELLI, « Italie », in *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, M. VERWILGHEN (réd.), Bruxelles, Bruylant, 2003, 1607, n^o 91.

¹²¹ Civ. Bruxelles, 21 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, 955, note M. LIENARD-LIGNY, « La mutabilité du régime matrimonial et sa modification correcte en droit international privé ». Cf. également Civ. Bruxelles, 17 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 278, note M. LIENARD-LIGNY (le tribunal refuse l'homologation d'une convention visant à soumettre des époux espagnols au régime belge de la communauté légale, avec certaines modifications des règles relatives à la dissolution et au partage de la communauté).

¹²² Civ. Gand, 31 mars 1994, *Tijd. Not.*, 1994, 479, note F. BOUCKAERT.

Ce serait priver certains époux de la possibilité prévue par l'article 49 d'opter pour une loi nationale.

Avec M. Bouckaert,¹²³ l'on acceptera que cette lecture de l'article 53 priverait l'article 49 d'une grande partie de sa signification. L'on examinera dès lors la validité du choix de loi à la lumière du seul droit choisi par les époux.¹²⁴

Une question demeure : peut-on accepter que les époux procèdent à un choix *implicite* de la loi applicable à leurs relations patrimoniales ?¹²⁵ Si la réponse est positive, l'article 49 s'appliquera à la plupart des contrats de mariage, réduisant d'autant le champ d'application de la règle subsidiaire. Dans le cas contraire, l'article 49 n'aura vocation qu'à régir les seuls contrats de mariage comportant un choix exprès de loi.

L'article 50 ne précise pas que le choix des époux doit être exprès.¹²⁶ La plupart des contrats de mariage comprendront de nombreuses références, sinon directement à des dispositions législatives données, au moins à des techniques juridiques particulières propres à un système légal. A ce titre, il semble possible de déduire un choix implicite des époux. Toutefois, l'incertitude qu'engendre la recherche d'une volonté implicite des époux plaide pour une acceptation réduite de cette hypothèse et une application large de la règle subsidiaire en cas de doute.

2.- LIMITATIONS À L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DES ÉPOUX

81. L'option autonomiste retenue par le législateur s'accompagne de nombreuses mesures destinées à encadrer le choix des futurs conjoints. A la suite de la Convention de La Haye, le Code ne permet aux époux que de choisir certaines lois, à savoir :

- la loi de leur résidence conjugale après le mariage ;

¹²³ *art. cit.*, 386, § 24.

¹²⁴ *Comp.* avec le mécanisme similaire de l'article 8 de la Convention de Rome.

¹²⁵ L'article 11 de la Convention de La Haye admet que la designation par les époux de la loi puisse être expresse ou résulter « indubitablement » des dispositions du contrat de mariage.

¹²⁶ M. Barnich admet la possibilité théorique d'un choix implicite. Il conseille toutefois à raison aux époux de désigner expressément la loi applicable (*art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 34).

- la loi de la résidence habituelle de l'un des époux au moment du choix, ou encore
- la loi de la nationalité de l'un des époux au moment du choix.

L'on notera que les futurs époux qui optent pour la loi de leur future résidence conjugale devront veiller à ce que leur intention de s'y installer se concrétise, sous peine de perdre le bénéfice de leur choix.

La limitation du choix des époux a pour effet de prévenir dans une certaine mesure le 'tourisme légal' d'époux à la recherche d'un régime particulier que ne leur offre pas le droit applicable à défaut de choix. Ainsi, le Code ne permet pas à deux époux portugais de conclure une convention devant un notaire belge lors d'un passage en Belgique, dans laquelle ils subordonneront leur régime au droit belge (et opteront pour tel ou tel régime particulier autorisé en droit belge). Ces époux n'ont en effet pas leur résidence habituelle en Belgique, et ne possèdent pas la nationalité belge. Ils ne peuvent 'profiter' de l'article 49 pour échapper au principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux qui a toujours cours en droit portugais.

82. Une autre limite posée à l'autonomie de la volonté des époux porte sur l'étendue du choix. Selon l'article 50, § 2 *in fine*, le choix des époux doit porter sur « l'ensemble des biens des époux ». Il n'est donc pas question de 'panachage' et autre dépeçage, qui ne feraient que rendre plus difficiles encore des opérations déjà complexes par nature.¹²⁷

Il faudra également veiller à ce que le régime matériel choisi par les parties soit compatible avec la loi nationale qu'ils retiennent. Selon l'article 53, § 1, 2°, et 3, la loi du régime matrimonial régit entre autre l'admissibilité et la validité du contrat de mariage ainsi que la possibilité et l'étendue du choix d'un régime matrimonial. Il s'agit là d'une exigence essentielle de cohérence du régime des époux.

¹²⁷ *Comp.* avec l'article 3 *in fine* de la Convention de La Haye selon lequel les époux « peuvent désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés ». Les époux peuvent également « prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation ».

3.- FORME DU CHOIX DE LOI PAR LES ÉPOUX

83. L'article 52 donne quelques indications sur la forme du choix par les époux d'un régime matrimonial. Cette disposition ne vise en tant que telle que le seul choix d'un régime matrimonial. Dans la mesure où l'article 50, § 2 y fait référence pour le choix du droit applicable, la solution qu'elle pose a une portée générale.

L'article 52 al. 1 introduit une règle alternative : les époux peuvent opter soit pour les conditions de forme prévues par le « droit applicable au régime matrimonial au moment du choix », soit pour les conditions de formes prévues par le « droit de l'État sur le territoire duquel il a été fait ».

Comment comprendre cette règle ? Faut-il comprendre que les époux auront toujours le choix entre la *lex causae* et la loi du lieu du choix ? Il semble que les époux pourront toujours opter pour les formes prescrites par la loi du lieu.¹²⁸

Le choix pour les conditions de forme de la *lex causae* pose une difficulté. Le Code précise qu'il doit s'agir du droit applicable au régime matrimonial « au moment du choix ». Doit-on comprendre que lorsque les époux ne sont pas encore mariés, et qu'ils procèdent à un choix de loi dans leur convention matrimoniale préuptiale, ils sont tenus de respecter les conditions de forme de la loi applicable par défaut (loi désignée par l'article 51, *infra*), puisqu'ils n'ont par hypothèse pas encore conclu de convention ? Ou doit-on accepter que ces futurs époux peuvent également choisir de respecter les conditions de forme de la loi pour laquelle ils optent dans leur convention ? M. Bouckaert opte à juste titre pour la première interprétation.¹²⁹

En pratique, l'on ajoutera que le choix par des époux résidant en Belgique ou y possédant des intérêts, d'une forme prévue par le droit étranger auquel ils soumettent leur contrat, pourrait soulever des difficultés. Un couple belgo-anglais souhaitant soumettre leur contrat au droit anglais, peut-il rédiger cette convention par simple acte sous seing privé comme le permet apparemment le droit anglais ? Le Code le permet, sous réserve toutefois de la doctrine de la fraude à la loi (*supra*). Ces époux risquent toutefois d'être confrontés à une certaine réticence, notamment

¹²⁸ Cette solution s'impose selon l'article 52 *in fine* en cas de modification du régime matrimonial.

¹²⁹ *art. cit.*, 381, § 17.

à l'occasion d'une homologation éventuelle. L'exigence des contrats solennels est en effet profondément ancrée dans les traditions juridiques belge.

L'on notera enfin que le Code introduit une règle matérielle minimale. Selon l'article 52, le choix du régime matrimonial – et par extension le choix de droit – doit faire l'objet d'un écrit daté et signé par les deux époux. Cette exigence sera le plus souvent posée par le droit applicable au régime. Même si celle-ci devait permettre la conclusion d'un contrat purement oral, les époux veilleront toutefois à respecter l'exigence minimale posée par le Code.

4.- CHOIX D'UNE LOI ÉTRANGÈRE LORSQUE L'UN DES ÉPOUX EST BELGE

84. L'article 1389 du Code civil précisait que si l'un des époux était belge, ils ne pouvaient établir leur convention matrimoniale par simple référence à une législation étrangère. La nature de cette disposition a donné lieu à de nombreuses interrogations.

L'article 132 du Code modifie l'article 1389, qui se lira dorénavant de la façon suivante :

Art. 1389 - Les époux ne peuvent établir leurs conventions matrimoniales par simple référence à une législation abrogée. Ils peuvent déclarer qu'ils adoptent un des régimes organisés par le présent titre.

Cette nouvelle rédaction supprime l'une des difficultés les plus irritantes du droit international privé des régimes matrimoniaux.

§ 2 - Bouversement de la loi applicable à défaut de choix

85. Le Code ne se contente pas de modifier en profondeur la règle applicable lorsque les époux sont liés par un contrat de mariage. Le rattachement de principe des régimes matrimoniaux à la loi nationale commune des époux, qui ne faisait plus

de doute depuis la jurisprudence *Eicker* de la Cour de cassation,¹³⁰ est également abandonné.

Le Code adopte un rattachement en cascade qui se décline en trois versions.

1.- RATTACHEMENT PRINCIPAL

86. Dorénavant, et à la suite de la solution consacrée par la Convention de La Haye de 1978 (art. 4), il faudra d'abord avoir égard à la loi de la première résidence conjugale commune des époux pour déterminer le régime matrimonial des époux.

Cette règle appelle quelques remarques :

- tout d'abord cette règle évite les difficultés liées au *conflit mobile*, puisque le facteur de rattachement est clairement fixé dans le temps ; est seule pertinente la résidence habituelles des époux « après la célébration du mariage ». Comme on l'a remarqué, la détermination dans les faits de la résidence habituelle peut cependant prêter à discussion, singulièrement lorsque la discussion a lieu 20 ans ou plus après les faits.¹³¹

- ensuite, cette règle joue également pour les époux belges. Ainsi, deux jeunes licenciés en droit qui se marient en Belgique après leurs études et s'installent ensuite directement aux États-Unis où ils poursuivent leur formation et acquièrent une première expérience professionnelle, seront soumis au droit de l'État américain dans lequel ils ont vécu les premières années de leur mariage ! La même solution ne s'impose pas à l'égard de jeunes époux dont le séjour commun dans un pays étranger est strictement limité dans le temps dès lors qu'ils ont clairement fait apparaître leur intention de revenir dans leur pays d'origine. L'on pense à la situation d'époux en mission pour une durée déterminée et qui mettent en location leur maison familiale en Belgique pour la durée de cette mission.

Il sera toujours loisible aux époux, une fois durablement installés en Belgique, de faire usage de la possibilité offerte par l'article 49 du Code et de soumettre leurs relations patrimoniales au droit belge. Toutefois, ceci pourrait constituer une

¹³⁰ Cass. 10 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, 968.

¹³¹ L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 34.

modification du régime matrimonial nécessitant une homologation par le tribunal (*infra*).

Ceci plaide pour une utilisation accrue des conventions matrimoniales, même à l'égard des couples 'belgo-belges'.

- L'article 51 fait référence à la « résidence habituelle ». de « l'un et l'autre époux ». Ceci vise d'abord la résidence conjugale des époux. La formule utilisée laisse penser que l'on pourra également retenir l'application du droit d'un État dès lors que les deux époux y résident, même s'ils vivent séparément – hypothèse exceptionnelle s'il en est.

Peut-on s'inspirer de la définition qui figure à l'article 4, § 2 (1) du Code ? C'est ce que laisse penser les travaux préparatoires.¹³²

- le rattachement à la loi de la première résidence conjugale commune signifiera certainement une diminution de l'application du droit étranger en Belgique. Ceci est particulièrement important pour les communautés étrangères vivant en Belgique, dont les membres seront soumis, à défaut de choix, au droit belge.

- L'article 51 du Code signifie-t-il un retour à la théorie du choix implicite de loi, condamnée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Eicker*?¹³³ Ce serait prêter au législateur une intention qu'il n'avait pas. Le rattachement au droit de la première résidence conjugale des époux a été préféré pour ses qualités propres (à savoir la simplicité ; l'égalité entre couples installés en Belgique ; et une application plus fréquente du droit belge), sans qu'il soit besoin de reprendre la théorie de la volonté présumée des époux, qui n'ajoute rien à la solution consacrée par le Code.¹³⁴

¹³² Cf. Exposé des motifs, Proposition de loi, 1^{er} juillet 2002, *Doc. Parl.*, Sénat 2-1225/1, 2001-2002, p. 82 : « Cette résidence doit s'entendre au sens déterminé par le code, c'est-à-dire qu'elle doit s'accompagner d'une localisation des intérêts principaux ou d'une intention d'établissement stable ».

¹³³ Cf. Cass., 10 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, 968 : « Attendu que le régime matrimonial d'époux dont le mariage a été célébré à l'étranger sans qu'ils aient conclu de conventions au sujet de leurs biens, leur est imposé par la loi qui leur est applicable et ne peut être déterminé par une volonté commune présumée des époux ».

¹³⁴ Cf. toutefois le passage de l'Exposé des motifs dans lequel on indique que le rattachement du régime matrimonial au droit de l'État dans lequel le mariage a été célébré (rattachement subsidiaire, cf. *infra*) se justifie parce que « Il n'est par ailleurs pas exclu que les époux, en choisissant ce lieu, aient entendu être régis, quant à leur régime, par le droit de cet État » : Exposé des motifs, Proposition de loi, 1^{er} juillet 2002, *Doc. Parl.*, Sénat 2-1225/1, 2001-2002, p. 82.

- le rattachement à la loi de la première résidence conjugale permettra d'éviter les difficultés qui naissent lorsque deux époux de nationalité étrangère s'installaient de manière durable en Belgique après leur mariage. Sous l'empire de la règle en vigueur avant le Code, ces époux restaient soumis à leur loi nationale – même si entre temps, l'un d'eux ou les deux avaient acquis la nationalité belge.¹³⁵ Le rattachement à la résidence conjugale évite ces difficultés liées à l'écoulement du temps, du moins lorsque les époux se sont installés en Belgique directement après leur mariage.

L'écoulement du temps aura toutefois aussi des effets sur la résidence conjugale. Des époux originaires du Bénin qui ont vécu les premières années de leur mariage dans leur pays d'origine pour s'installer ensuite en Belgique, demeureront soumis au droit du Bénin, quelle que soit la durée de leur séjour en Belgique. La seule solution dans ce cas pour obtenir l'application du droit belge reste la conclusion d'une convention matrimoniale.

2.- RATTACHEMENTS OBJECTIFS SUBSIDIAIRES

87. Sur le mode de l'échelle de Kegel, l'article 51 prévoit deux rattachements subsidiaires. Ces rattachements subsidiaires jouent le même rôle que les exceptions prévues par la Convention de La Haye (art. 4) qui écartent l'application du droit de la loi de la première résidence conjugale des époux. Dans le système de la convention, ces exceptions étaient toutefois très complexes et leur application pratique guère aisée. L'on préfère la méthode plus directe du Code.

a) premier rattachement subsidiaire

88. Le premier rattachement subsidiaire soumet les époux, à défaut de résidence habituelle commune, au droit de leur nationalité commune. L'hypothèse visée est celle de deux jeunes époux étrangers qui se sont mariés dans leur pays d'origine pour n'être réunis qu'une fois que le conjoint aura obtenu l'autorisation de séjourner sur le territoire belge.

¹³⁵ Cf. Anvers, 26 octobre 1999, R.G.D.C., 2001, 33 : deux époux néerlandais installés de façon durable en Belgique ; l'époux plaide pour l'application du droit belge comme droit de l'État d'intégration des époux, ce que refuse la Cour d'Appel.

Le Code précise qu'il doit s'agir de la nationalité commune « *au moment de la célébration du mariage* ». Ceci signifie-t-il que si deux époux acquièrent une nationalité commune *par l'effet du mariage* - hypothèse de moins en moins fréquente en raison de la neutralisation de l'effet du mariage sur la nationalité des époux -, le rattachement subsidiaire ne pourrait pas jouer ? A défaut d'autres précisions dans le texte,¹³⁶ il semble qu'une nationalité acquise par l'effet du mariage ne puisse être prise en considération.¹³⁷

b) deuxième rattachement subsidiaire : loi du lieu du mariage

89. A défaut de nationalité commune, le Code prévoit une ultime solution qui soumet les époux au droit du lieu de célébration de leur mariage. Ce rattachement subsidiaire est certes quelque peu arbitraire. Les futurs époux peuvent en effet choisir de se marier dans un État pour une raison sentimentale, sans avoir d'autres liens avec cet État. Ainsi un couple franco-anglais peut décider de se marier en Italie parce que la famille de la future épouse est originaire d'Italie. L'exposé des motifs reconnaît d'ailleurs que le lieu de célébration du mariage peut être « fortuit ».¹³⁸

Il est toutefois préférable au rattachement retenu par la Convention de La Haye, qui soumet les époux à la « *loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, [le régime matrimonial] présente les liens les plus étroits* » (art. 4 *in fine*).

Dans cette matière, il importe en effet de pouvoir déterminer avec certitude le régime applicable aux époux.¹³⁹ Le rattachement retenu par le Code est dès lors préférable à une formule flexible.¹⁴⁰ Si un ressortissant français souhaite faire l'acquisition en Belgique d'une maison pour y loger sa famille et que son épouse réside au Maroc, où les époux se sont rencontrés et mariés, dans l'attente de l'installation de la maison familiale, le notaire pourra facilement déterminer que

¹³⁶ *Comp.* avec l'article 15 de la Convention de La Haye.

¹³⁷ *Comp.* avec la solution proposée par L. BARNICH, selon qui il faut avoir égard à la nationalité de chacun au moment du mariage ou par l'effet de celui-ci (*art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 35).

¹³⁸ *Doc. Parl.*, Sénat 2-1225/1, 2001-2002, p. 82.

¹³⁹ Cf. lors de la discussion du projet au Sénat les observations soulignant la nécessité pour les notaires d'une sécurité juridique : Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat, 20 avril 2004, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 110.

¹⁴⁰ Cf. M. Bouckaert qui parle de « *verademing* » à ce propos, *art. cit.*, p. 377, § 9.

L'article 1418 du Code civil, qui impose de recueillir le consentement des deux époux, n'est pas applicable, puisque les époux se sont mariés au Maroc.

L'on aurait pu opter, pour ce dernier échelon du rattachement, pour l'application du droit belge, comme on l'a fait pour d'autres matières.¹⁴¹ Un amendement a été déposé en ce sens,¹⁴² qui voulait substituer au droit du lieu du mariage le droit belge. L'amendement n'a pas convaincu, entre autre parce qu'il pourrait imposer l'application du droit belge à des époux qui n'ont pas d'autres liens avec la Belgique. En outre, si le lieu du mariage devait s'avérer totalement fortuit, la clause générale d'exception pourrait intervenir.

90. A propos des rattachements objectifs subsidiaires se pose la question de leur articulation avec le rattachement objectif principal. Celui-ci étant fondé sur la résidence habituelle commune des époux « après la célébration du mariage », peut-il être invoqué lorsque les époux ont vécu séparément pendant quelque temps après le mariage, par exemple dans l'attente d'un titre permettant de s'établir en Belgique ? Ou faut-il dans ce cas considérer que la résidence commune a été acquise trop tardivement et préférer l'application de la loi nationale commune ? Selon M. Barnich, il est raisonnable de « passer vers les rattachements subsidiaires, à la loi nationale commune ou à la loi du lieu de célébration du mariage, chaque fois que la détermination du régime se pose de manière effective avant que les époux se rejoignent ».¹⁴³

§ 3 - Modification du régime matrimonial

91. Selon l'article 53, § 1 (4), la possibilité pour les époux de modifier 'en cours de route' leur régime matrimonial, est soumise à la loi du régime matrimonial. Cette même loi détermine si les époux ont la possibilité de faire agir le nouveau système de manière rétroactive.

¹⁴¹ Cf. art. 48 pour les effets du mariage ; art. 55, § 1, 4° pour le divorce. Cf. également en ce sens l'observation de Mme Nyssens lors de la discussion au Sénat (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat, 20 avril 2004, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 110.

¹⁴² Amendement n° 5 déposé par MM. Willems et Coveliers, *Doc. Parl.*, Sénat n° 3-27/3.

¹⁴³ *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 35-36)

Faut-il comprendre que la mutabilité du régime matrimonial est soumise, comme sous l'empire de la jurisprudence précédant l'entrée en vigueur du Code, à la loi applicable aux époux avant la modification ? Ou faut-il au contraire accepter que les époux peuvent 'puiser' dans la loi qu'ils choisissent à l'occasion du changement, la possibilité de modifier leur régime, en se soumettant aux éventuelles limites à cette modification qu'impose cette loi ?

L'on peut lire dans l'exposé des motifs qui accompagnait la proposition de loi que :

« La faculté pour les époux de changer de régime dépend aussi du droit applicable au régime matrimonial. [...] Lorsque ce droit ne prévoit pas cette faculté, il suffit aux époux de modifier le choix du droit applicable au régime matrimonial, en respectant les conditions des articles 49 et 50, avant de procéder à la mutation ». ¹⁴⁴

L'on acceptera dès lors que la possibilité pour les époux de modifier leur régime demeure, comme avant l'entrée en vigueur du Code, soumise à la loi nationale applicable avant la modification, mais que les époux auront toujours la possibilité, si cette loi devait refuser la mutabilité, d'opter pour le droit belge qui permet le changement. La volonté des époux est dès lors le facteur décisif. L'article 50 confirme cette interprétation, qui stipule que les parties peuvent faire un choix de droit applicable « au cours du mariage ».

Imaginons deux époux anglais mariés sans convention qui souhaitent adopter un régime fondé sur une communauté de biens et transférer dans le patrimoine commun d'importants avoirs dont est titulaire l'un des époux, pour permettre par exemple au conjoint survivant de recevoir la propriété de la moitié des biens devenus communs sans dépendre d'une onéreuse transmission successorale. Si ces époux résident depuis longtemps en Belgique, il faudra en principe consulter le droit anglais, applicable aux époux à défaut de choix, pour déterminer la possibilité et les modalités d'une modification. Toutefois, l'article 50 leur permet de soumettre leurs relations au droit belge qui déterminera dès lors immédiatement les conditions et modalités de changement du régime. Ceci pourrait s'avérer avantageux dans la

¹⁴⁴ *Doc. Parl., Sénat, 3-27/1, p. 83.*

mesure où la possibilité de modifier un régime matrimonial en droit anglais semble douteuse.¹⁴⁵

92. Qu'en est-il de la nécessité d'obtenir l'homologation d'une éventuelle modification de régime ? L'on sait qu'en droit belge, l'exigence d'homologation est fonction de l'importance du changement.¹⁴⁶

Selon l'article 52, al. 2 du Code, la mutation du régime matrimonial a lieu selon les formalités prévues par le droit de l'État sur le territoire duquel la mutation est effectuée : toute mutation effectuée en Belgique devra dès lors respecter les formalités prescrites par le droit belge.

Ceci ne résout pas de façon définitive la question de l'exigence d'une homologation judiciaire, sauf à considérer que l'homologation constitue à coup sur une « formalité » au sens de l'article 52. Or l'on sait que le statut exact de l'exigence d'homologation a été l'objet de certaines contestations. On notera d'ailleurs que les deux premiers commentateurs du Code adoptent des positions radicalement différentes sur la question de la nécessité d'une homologation et d'un acte de liquidation.¹⁴⁷ L'opinion de M. Barnich nous semble plus conforme à la portée du Code. Selon cet auteur, dès lors que la loi nouvellement choisie exige un acte liquidatif dans certaines circonstances, il faudra respecter cette exigence.

93. Selon l'article 50, § 3, le changement de droit applicable résultant d'un choix effectué par les époux n'a d'effet que pour l'avenir. Ceci signifie qu'un choix effectué par les époux déjà mariés pour le droit belge, n'a pas pour effet de modifier la composition de leur patrimoine déjà acquis – celui-ci demeure soumis au droit qui régissait le régime avant la modification - ce qui suppose en réalité la création de deux ensembles de patrimoines : le premier, soumis au droit applicable à l'origine

¹⁴⁵ Sur ce point, R. URQUHART, K. F. C. BAKER et M. P. CLANCY, « Royaume-Uni », in *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, M. VERWILGHEN (réd.), Bruxelles, Bruylant, 2003, 2239, n° 12.

¹⁴⁶ Artt. 1394-1395 C. civ. : l'homologation n'est pas requise, et les époux ne doivent pas procéder à un inventaire de leurs droits respectifs lorsque la modification « n'entraîne pas liquidation du régime préexistant ou changement actuel dans la composition des patrimoines ou lorsque la modification porte seulement sur la rétractation, du commun accord des époux, des donations qu'ils se sont faites ou que l'un d'eux a faites à l'autre dans le contrat de mariage ».

¹⁴⁷ *Comp.* F. BOUCKAERT, *art. cit.*, n° 11 et L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, 6, 39-40.

aux époux, et le second, soumis au droit choisi par les parties. Partant, il ne semble pas qu'il soit nécessaire de soumettre une modification de ce type à l'homologation prévue par l'article 1395 C. civ.

Toutefois, l'article 50, § 2 dispose que le choix d'une loi effectué par les époux doit porter sur l'ensemble de leurs biens. Les époux peuvent-ils dès lors limiter l'effet de leur choix aux seuls biens futurs ? Il est certain que les époux peuvent prévoir que la loi qu'ils choisissent régira l'ensemble de leurs biens, présents et futurs. L'article 50, § 3 *in fine* prévoit expressément cette possibilité. Dans ce cas, les époux n'échapperont pas à une procédure d'homologation. Il reste à déterminer si l'article 50, § 2 *in fine* n'empêche pas les époux de limiter l'effet de leur choix aux biens futurs, dans l'espoir d'éviter une procédure d'homologation.

§ 4 - *Protection des tiers*

94. L'article 54 est une règle nouvelle qui vise un problème récurrent : quel droit régit les relations entre tiers et les époux ? Il s'agit essentiellement des mesures de publicité destinées à assurer l'opposabilité du régime aux tiers.

La règle de principe est simple : le Code étend l'application de la loi du régime matrimonial à l'opposabilité du régime aux tiers. Compte tenu de l'autonomie laissée aux parties, le résultat concret de cette règle peut être d'imposer la réalisation, en Belgique, de conditions de publicité imposées par le droit étranger choisi par les époux.¹⁴⁸

Dans un souci de réalisme, le Code prévoit dès lors certaines exceptions à l'application de la loi du régime matrimonial. Le mécanisme des exceptions, inspirées pour partie de la jurisprudence *Lizardi* et de l'article 8, al 2 de la Convention de Rome, est complexe. Il impose de tenir compte de la résidence habituelle du créancier et de l'époux qui est son débiteur. Si cette résidence est commune, elle l'emporte sur la loi du régime matrimonial. Un époux belge marié à une ressortissante japonaise ne pourra dès lors invoquer le respect des formalités

¹⁴⁸ Ce qui conduit M. Barnich à écrire que le rattachement retenu par le Code est « curieux » (*art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 41).

prescrites par le droit japonais choisi par les époux à l'encontre d'un créancier résidant, comme l'époux, en Belgique.

L'application du droit de la résidence commune du créancier et de l'époux est elle-même écartée dès lors que le créancier ne pouvait ignorer le régime matrimonial de son débiteur.

§ 5 - Droit transitoire

95. Les changements opérés par le Code en matière de régimes matrimoniaux sont nombreux et importants. L'on est dès lors en droit de se demander si les règles nouvelles ont également vocation à s'appliquer aux conjoints mariés avant l'entrée en vigueur du Code. Une réponse négative signifierait que les praticiens devront continuer à travailler avec l'ancien régime pendant de nombreuses années encore.

L'article 127 du Code prévoit des règles générales de droit transitoire qui ont déjà été évoquées. Aucune règle particulière n'est prévue pour les régimes matrimoniaux.¹⁴⁹ L'on peut toutefois distinguer un principe général et plusieurs règles particulières.

1.- LE PRINCIPE : PAS D'APPLICATION IMMÉDIATE DU CODE AUX MARIAGES CONCLUS AVANT LE 1^{ER} OCTOBRE ?

96. Il ne fait pas de doute que le Code s'appliquera aux mariages célébrés et aux conventions matrimoniales conclues après le 1^{er} octobre 2004. Selon l'article 127, § 1, les dispositions du Code sont applicables aux situations nouvelles - à savoir les « actes et faits juridiques qui sont survenus après son entrée en vigueur ».

Le Code est également d'application aux effets produits après son entrée en vigueur par les actes ou faits juridiques survenus avant son entrée en vigueur. Doit-on considérer que cette règle classique d'application immédiate du Code aux effets nouveaux des situations anciennes concerne également les régimes matrimoniaux ?

¹⁴⁹ Cf. la précédente chronique, pp. 481-483.

La réponse à cette question est délicate. Elle suppose que l'on se prononce sur la nature du régime matrimonial. Cette institution doit-elle en effet être considérée comme une situation juridique '*instantanée*', auquel cas les mariages célébrés avant le 1^{er} octobre 2004 seraient définitivement protégés du Code, et demeureraient soumis à la jurisprudence en vigueur avant son adoption ? Ou faut-il au contraire considérer que les mariages célébrés sous l'empire de l'ancienne législation, continuent à produire leurs effets après l'entrée en vigueur du Code, et sont donc soumis aux dispositions du Code, du moins pour les effets survenus après le 1^{er} octobre 2004 ?

Cette dernière analyse conduirait à de nombreuses difficultés : il faudrait en effet distinguer, pour les mariages célébrés avant le 1^{er} octobre 2004, les effets produits par le mariage avant l'entrée en vigueur du Code, qui demeureraient soumis à l'ancienne législation, et ceux que ces 'vieux' mariages continuent de produire après la date d'entrée en vigueur du Code. Ces derniers effets pourraient bénéficier des règles nouvelles.

L'exemple suivant illustre les difficultés d'une telle approche. Imaginons un couple de ressortissants néerlandais qui se marient dans les années 1970 aux Pays-Bas sans conclure de convention pré-nuptiale. Profitant du climat fiscal favorable, les époux s'installent en 1984 en Belgique où ils se portent acquéreur d'un bien immobilier. En janvier 2005, l'époux reçoit une importante donation mobilière d'un ascendant. Si l'époux vient à décéder peu après, il faudra considérer que jusqu'en 1994, le couple était soumis à la communauté universelle du droit néerlandais. En effet, que l'on suive la règle de rattachement en vigueur à l'époque, fondée sur la nationalité commune des époux,¹⁵⁰ ou la nouvelle règle, le droit néerlandais s'applique. A partir de 1994 toutefois, les époux seront soumis au droit belge, puisqu'une résidence de 10 ans en Belgique a modifié, selon l'article 7 § 2 (2) de la Convention de La Haye, applicable en Belgique par le biais du renvoi, le facteur de rattachement en faveur de la loi de la résidence habituelle. Le renvoi étant supprimé par le Code, il faudrait considérer que ces mêmes époux sont à nouveau régis, depuis le 1^{er} octobre 2004, par le droit néerlandais, au titre du droit de leur première résidence conjugale. Pour le conjoint survivant, ceci représentera une économie considérable dans la mesure où la donation reçue en 2005 tombera dans la communauté universelle. L'exemple

¹⁵⁰ Ou celle de la Convention de La Haye de 1978, applicable en l'espèce par le biais du renvoi.

montre toutefois les difficultés de cumuler, pour un même couple, plusieurs lois nationales selon les époques de leur vie commune.

97. Pour remédier à ces difficultés, il faudrait considérer soit que le régime matrimonial constitue une situation instantanée qui épuise l'ensemble de ses effets le jour de la célébration du mariage, soit encore que le régime matrimonial constitue un contrat.¹⁵¹

Il semble que le législateur ait retenu la première solution, confirmant ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation. L'exposé des motifs précédant la loi expliquait en effet que « pour la catégorie du régime matrimonial, le code s'applique aux mariages célébrés après son entrée en vigueur ».¹⁵² Ce bref passage semble montrer que le législateur a été sensible aux difficultés qui découleraient d'un 'panachage' de lois appliquées à un même mariage. Cette interprétation, partagée en doctrine,¹⁵³ permet de considérer les mariages célébrés avant le 1^{er} octobre 2004 comme des situations juridiquement acquises, et insusceptibles de modification par l'effet du changement de législation. Ceci signifie que les praticiens du droit devront encore pendant de longues années continuer à travailler avec l'ancienne jurisprudence.

2.- LES EXCEPTIONS

98. Le Code prévoit une exception à l'absence d'application immédiate des articles 49 e.s. L'on peut en outre se demander si l'article 54 du Code ne mérite pas une application générale à toutes les situations.

a) choix de loi par les époux

99. Selon l'article 127, § 2 du Code, « Un choix de droit applicable par les parties antérieur à l'entrée en vigueur [du Code] est valide s'il satisfait aux conditions [du Code] ».

Cette disposition s'applique assurément également au choix effectué par les époux de la loi applicable à leur régime matrimonial.

¹⁵¹ Le Code n'affecte en effet pas les contrats conclus avant son entrée en vigueur. Toutefois, cette réserve n'est formulée que pour les contrats qui tombent sous le coup de l'article 98 du Code.

¹⁵² *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, p. 142.

¹⁵³ F. BOUCKAERT, *art. cit.*, p. 390, § 32; L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 37.

En pratique, les époux qui ont, avant l'entrée en vigueur du Code, choisi expressément la loi applicable à leur régime matrimonial, pourront bénéficier des dispositions libérales du Code pour valider ce choix si l'ancienne règle ne le permet pas.¹⁵⁴ Ainsi deux époux portugais mariés au Portugal qui s'installent en Belgique après 5 ans de mariage et souhaitent, en 2003, rédiger une convention matrimoniale, constateront que le droit portugais ne permet pas la modification du régime matrimonial 'en cours de route'.¹⁵⁵ S'ils choisissent, malgré le risque d'annulation, de soumettre leur contrat modificatif au droit belge, ils pourront, à partir du 1^{er} octobre 2004, invoquer l'article 49 du Code pour valider leur choix.

Qu'en est-il des époux mariés avant l'entrée en vigueur du Code, qui souhaitent, après le 1^{er} octobre 2004, exercer la faculté qui leur est conférée à l'article 49 ? Cette situation n'est pas expressément visée par l'article 127, § 2. Il est permis de penser que dans ce cas, il faut avoir égard à la règle générale de l'article 127, § 1. La date charnière est en effet celle laquelle les époux ont procédé au choix de loi. Celui-ci se situant après l'entrée en vigueur du Code, l'article 49 peut s'appliquer.

b) application immédiate de l'article 54 ?

Avec M. Bouckaert,¹⁵⁶ l'on peut penser que l'article 54 doit s'appliquer immédiatement, en ce compris aux mariages célébrés avant l'entrée en vigueur du Code, dès lors qu'il s'agit d'une disposition qui intéresse les tiers et donc l'ordre public. Réserver l'application de l'article 54 aux seuls époux mariés après l'entrée en vigueur du Code, constituerait une discrimination vis-à-vis de certains créanciers.

¹⁵⁴ Cf. le passage suivant dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition de loi : « Une disposition spéciale permet de valider un choix du droit applicable par les parties, formulé avant l'entrée en vigueur du code, à condition évidemment qu'il respecte les dispositions du code. Cette solution permet principalement de confirmer un choix de loi intervenu en matière de régime matrimonial ou de trust. Il permet aussi de valider un tel choix formulé après cette date alors que le mariage a été célébré avant cette date » (*Doc. Parl., Sénat, 3-27/1, p. 142*).

¹⁵⁵ Cf. article 1714 du Code civil portugais de 1966, et A. FRADA DE SOUSA, L. MOREIRA DE ALMEIDA et M. COSTA BARREIRA, « Portugal », in *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, M. VERWILGHEN (réd.), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 2142, n° 108.

¹⁵⁶ F. BOUCKAERT, *art. cit.*, 390, § 33.

Une autre manière d'arriver au même résultat, est de considérer que l'article 54 s'applique dès lors que la dette est née après l'entrée en vigueur du Code. Dans ce cas aussi, l'on permet l'application immédiate du Code aux mariages célébrés avant son entrée en vigueur. Toutefois, retenir la date de la naissance de la dette comme moment charnière ne permettra pas d'appliquer l'article 54 à toutes les situations.

Section 6

Les successions

100. Le Code de droit international privé n'a pas fondamentalement modifié la réglementation des successions internationales. Le chapitre VII du Code est sans doute le moins innovateur – l'on a même pu dire qu'il était aussi le moins réussi. Il est significatif que la discussion de ce chapitre au Sénat ait été fort brève.¹⁵⁷

Sur certaines questions toutefois, le Code clarifie les règles existantes et apporte d'utiles précisions. L'on passera en revue les grandes lignes de la nouvelle réglementation internationale des successions.

§ 1^{er} - Compétence des tribunaux belges

101. L'article 77 du Code prévoit deux chefs de compétence pour la question des successions. Il importe de noter que ces chefs de compétence s'ajoutent à ceux prévus dans les règles générales du Code, à l'exclusion toutefois du for du défendeur (art. 5) dont l'application est exclue en matière de succession. Concrètement, la seule résidence habituelle ou domicile du défendeur ne suffit pas pour asseoir la compétences des tribunaux belges.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willemsn, *Doc. Parl.*, Sénat 3-27/7, 20 avril 2004, pp. 155-158.

¹⁵⁸ Cette exclusion s'explique par le souci de favoriser la concentration des litiges, cf. le Rapport explicatif, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, 1^{er} juillet 2002, p. 106.

Le premier chef de compétence retenu par l'article 77 ne fait que confirmer, en d'autres termes toutefois, la règle qui figurait déjà à l'article 635 (4) du Code judiciaire - qui conférait compétence aux tribunaux belges dès lors que la succession était ouverte en Belgique.¹⁵⁹ En effet, selon l'article 77 1°, les juridictions belges sont compétentes lorsque le défunt avait sa dernière résidence habituelle en Belgique. Un décès accidentel ou soudain lors d'un séjour à l'étranger ne prive pas les tribunaux belges de leur compétence pour connaître des difficultés relatives à la succession d'une personne résidant habituellement en Belgique.

Le Code n'indique pas quelle est la portée de cette compétence. Est-elle limitée aux seuls biens du défunt se trouvant sur le territoire belge ou vise-t-elle au contraire l'ensemble de la succession ? Les termes utilisés par l'article 77 (« *toute demande en matière successorale* ») incitent à penser que la compétence ainsi définie est générale.

La compétence accordée aux juridictions belges à raison de la localisation de la dernière résidence habituelle du défunt, permet de faire coïncider compétence et droit applicable (« *Gleichlauf* ») dans la mesure où, pour les successions mobilières au moins, le Code s'en tient au droit de la dernière résidence habituelle du défunt (*infra*).

102. L'article 77 étend également la compétence des juridictions belges aux demandes successorales qui portent sur un bien situé en Belgique.¹⁶⁰ Cette compétence est plus limitée : il est en effet nécessaire que la demande porte sur le bien situé en Belgique. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'un bien quelconque de la succession soit situé en Belgique pour conférer compétence aux tribunaux belges à l'égard de toute question que la succession du défunt pourrait faire naître. Encore faut-il que la demande vise directement le bien concerné. L'on pense à une demande en réduction d'une donation portant sur un bien immobilier situé en Belgique, au partage successoral d'immeubles situés en Belgique ou encore à

¹⁵⁹ Sur cette règle, cf. R. VANDER ELST et M. WESER, *Droit international privé belge et droit conventionnel international. II. Conflits de juridictions*, par M. WESER et P. JENARD, Bruxelles, Bruylant, 1985, 433-434. En général, L.F. GANSHOF, "Les conflits de juridictions en matière successorale en droit international privé belge", note sous Civ. Gand, 16 June 1970, *R.C.J.B.*, 1972, 450.

¹⁶⁰ Comme c'était déjà le cas avant l'entrée en vigueur du Code sur base de l'article 635-1 C. Jud., cf. R. VANDER ELST et M. WESER, *o.c.*, 421-422.

l'action en nullité d'un partage (amiable ou judiciaire) portant également sur des immeubles situés en Belgique et faisant partie d'une succession ouverte à l'étranger.

Dans la mesure où la compétence s'exerce en raison de la localisation en Belgique d'un bien immobilier, les règles du Code permettront également de faire coïncider loi applicable et compétence (*Gleichlauf*), dans la mesure où la succession immobilière est soumise au droit de l'État où l'immeuble est situé.

La compétence à raison de la localisation d'un bien en Belgique, n'est toutefois pas limitée aux seuls biens immobiliers. Les juridictions belges pourront également revendiquer compétence à l'égard de biens mobiliers situés en Belgique, par exemple des avoirs bancaires déposés par un *de cuius* néerlandais résidant aux Pays-Bas, auprès de la filiale belge d'une banque néerlandaise. L'on se demandera à ce propos comment déterminer le lieu de situation de biens incorporels, comme une créance. L'article 80 § 2 du Code prévoit que les biens meubles sont réputés être situés au lieu de la résidence habituelle du défunt au moment du décès. Cette règle vise toutefois l'hypothèse particulière de l'acceptation de ou de la renonciation à la succession. Il semble préférable d'en revenir à la règle générale selon laquelle les créances sont réputées être localisées dans l'État où est situé le débiteur.¹⁶¹

Dans la mesure où la compétence des juridictions belges peut également s'exercer à l'égard des biens meubles, les règles du Code ne permettent pas d'assurer la *Gleichlauf*.

103. L'on notera enfin qu'entre la Belgique et la France subsiste l'article 7 de la Convention franco-belge du 8 juillet 1899 qui prévoit, en son article 7, la compétence des tribunaux du pays du lieu de l'ouverture de la succession.¹⁶²

¹⁶¹ Cf. l'article 2(g) du Règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, selon lequel les créances sont réputées être localisées dans l'État dans lequel le débiteur est établi.

¹⁶² La convention belgo-néerlandaise ne prévoit par contre aucune compétence spécifique en matière de succession.

§ 2 - Consécration du rattachement dualiste classique

104. Alors qu'en droit comparé et en droit conventionnel, le rattachement unitaire de la succession a tendance à s'imposer,¹⁶³ le Code confirme la règle duale de rattachement privilégiée par la jurisprudence belge. Ainsi, il faudra continuer à distinguer entre succession mobilière - régie par la loi de l'État sur le territoire duquel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès (art. 78, § 1, consécration du vieil adage *mobilia sequuntur personam*) – et succession immobilière - régie par la loi de l'État sur le territoire duquel l'immeuble est situé (art. 78, § 2).

L'on notera que la définition précise de la résidence habituelle à l'article 4 § 2 (1°) du Code prévient toute tentative de détournement de la règle de rattachement par le futur défunt.

Cette distinction n'est pas sans complexifier la liquidation de successions possédant une dimension internationale puisqu'elle peut conduire à un morcellement de la succession. La succession d'un ressortissant français qui réside en Belgique et possède un appartement à Paris, sera gouvernée par la loi belge pour les biens mobiliers du défunt. Il faudra toutefois appliquer la loi française pour déterminer le sort de l'appartement parisien du défunt – sous réserve toutefois du renvoi, cf. *infra*.

La pratique notariale a depuis longtemps intégré les difficultés liées au morcellement des successions. Les travaux préparatoires expliquent d'ailleurs que le maintien de la double règle de rattachement a reçu le soutien du notariat. Il demeure que l'on peut regretter que la codification n'ait pas été l'occasion d'envisager un rattachement unitaire pour la succession, qui aurait facilité la tâche des praticiens, notamment de ceux appelés à œuvrer dans le domaine de plus en plus répandu de la planification successorale.¹⁶⁴

¹⁶³ Cf. l'article 3(1) de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort.

¹⁶⁴ Il semble d'ailleurs qu'une première version du Code prévoyait que l'ensemble de la succession serait soumise à la loi de la résidence habituelle du défunt. Cf. F. BOUCKAERT, "Professio Juris dans le Code de droit international privé belge", Rapport présenté lors d'une journée d'étude organisée par le Deutsche Notarinstitut, 10-11 mai 2004, disponible sur www.dnoti.de, pp. 417-430, spéc. p.418.

§ 3 - Survivance limitée du renvoi

105. L'exclusion du mécanisme du renvoi par l'article 16 du Code (*supra*) connaît une exception limitée en matière de succession : pour les successions immobilières, il est permis de tenir compte du fait que le droit déclaré applicable par la règle belge de rattachement fait référence à la loi de l'État sur le territoire duquel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès.

Il s'agit donc d'un renvoi '*dirigé*'¹⁶⁵ : il ne sera tenu compte du renvoi que si celui-ci permet de rétablir l'unité de la loi applicable à la succession – en d'autres termes le renvoi ne sera possible que si il « tend [...] à restituer l'unicité de la loi successorale, chaque fois que le droit étranger ne prétend pas assurer sa propre emprise sur la dévolution de l'immeuble ».¹⁶⁶ En droit comparé, de nombreux pays rattachent la succession à la loi nationale du défunt.¹⁶⁷ L'application du renvoi dans ce cas ne sera possible que si le défunt résidait habituellement dans l'État dont il possède la nationalité. Si un ressortissant belge décédé en Belgique où il résidait, possédait un bien immobilier en Espagne, le tribunal belge saisi d'une demande relative à cet immeuble devra appliquer le droit belge et non le droit espagnol du lieu de situation

¹⁶⁵ Ou renvoi de 'caractère substantiel' comme l'explique le Rapport Explicatif, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, 1^{er} juillet 2002, p. 107.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ Cf. l'Espagne (C. PLANNELS DEL POZO et M. CHECA MARTINEZ, « Espagne », in M. VERWILGHEN (réd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 1082, n° 37 : « La conception personnaliste du droit des successions espagnol a été intégrée dans les normes espagnoles de droit international privé, plus précisément à l'article 9.8 du Code civil. Cet article prévoit l'application de la loi nationale du *de cuius* au moment du décès et, suivant un principe d'unité et d'universalité de la succession, ne fait pas de distinction entre la succession des biens meubles et immeubles ou de différenciation en fonction du pays où les biens se trouvent 2. Cette solution est applicable à la succession *ab intestat*, à la succession testamentaire et à toute succession régie par des pactes ou des contrats successoraux » et L. A. CALVO CARAVACA, « Art. 9.8 C.c. », *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 2^{me} ed., t. I, vol. II, Madrid, 1995, Edersa, pp. 350-391); l'Italie (article 46 de la loi n° 218 du 31 mai 1995 sur la réforme du système italien de droit international privé : « *La successione per causa di morte è regolata dalla legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte* »), l'Allemagne (§ 25-1 de l'EGBGB : « *Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte* ») et les Pays-Bas dans la mesure où le droit international privé néerlandais ('wet conflictenrecht erfopvolging') fait référence à la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989.

puisque la règle de rattachement espagnole conduit au droit de la nationalité du défunt.

De même, il semble que l'article 78, § 2 doit être compris comme autorisant, dans l'hypothèse particulière de la succession immobilière, le renvoi au second degré.¹⁶⁸ Ainsi si ce même ressortissant belge possède un immeuble dans un État qui privilégie, en matière de succession, le rattachement au droit de l'État de la dernière résidence du défunt, le tribunal belge appliquera le droit belge lorsque le défunt est décédé en Espagne ou dans un autre pays qui soumet la succession à la loi nationale du défunt.

Les travaux préparatoires ont mis en lumière une autre fonction potentielle du renvoi autorisé par l'article 78, § 2, à savoir prévenir les stratégies successorales destinées à éluder l'application d'une disposition accordant des droits réservataires à certains héritiers.¹⁶⁹ Ainsi, si une personne résidant en Belgique et possédant une fortune mobilière considérable, fait l'acquisition d'un bien immobilier dans un pays dont le droit national ne reconnaît à aucun héritier des droits réservataires, la solution du renvoi proposée à l'article 78 § 2 permettra de neutraliser la stratégie du futur défunt lorsque le droit de l'État sur le territoire duquel se situe l'immeuble désigne le droit de la résidence du défunt.

106. Le renvoi organisé par l'article 78, § 2 semble constituer une *obligation* pour les tribunaux. Cette disposition se situe ainsi dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait, avant l'entrée en vigueur du Code, également fait du renvoi une *obligation* pour les tribunaux belges.¹⁷⁰ L'enseignement classique voyait certes dans cette singulière figure juridique une simple faculté pour

¹⁶⁸ En ce sens, Rapport Explicatif, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, 1^{er} juillet 2002, p. 107 ainsi que L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. not.*, 2005, (6), 54.

¹⁶⁹ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willems, *Doc. Parl.*, Sénat 3-27/7, 20 avril 2004, pp. 156-157.

¹⁷⁰ Dans un arrêt prononcé en 2002 (Cass., 17 octobre 2002, *Tijdschrift@ipr.be*, 2003, vol. 5, 27 ; *R.T.D.F.*, 2003, 347, note M. FALLON (« Une consolidation de la technique du renvoi par la Cour de cassation de Belgique : la bonne voie ? ») et la note de F. BOUCKAERT, « Echtscheidingsgevolgen, onderhoudsgeld en 'renvoi' - Kantmeldingen bij het arrest van het Hof van Cassatie van 17 oktober 2002 », *Revue@dipr.be*, 2003, liv. 4, 71-75), la Cour avait en effet, pour accueillir une fin de non-recevoir, constater que « à supposer qu'elle eût fait application de la loi portugaise, la cour d'appel eût dû constater que cette loi renvoyait à la loi du divorce, soit la loi belge ».

les juridictions.¹⁷¹ Dans la mesure où le renvoi organisé par le Code est instrumentalisé et mis au service de l'unicité du droit applicable à la succession, il ne semble pas légitime de permettre aux juridictions d'apprécier selon les circonstances de la cause l'opportunité de tenir compte des règles de rattachement étrangères.

107. L'on a déjà pu critiquer la modestie du renvoi ainsi autorisé. M. Lagarde a par exemple montré que, tel qu'il est organisé par l'article 78 § 2, le renvoi ne permettra pas systématiquement de rétablir l'unicité de la loi successorale.¹⁷² Ainsi si le *de cuius* est un ressortissant belge résidant en Espagne et qui possède des biens immobiliers tant en Belgique qu'en Espagne, la succession immobilière sera régie dans son intégralité par la loi belge – les immeubles situés en Belgique étant directement soumis au droit belge, les immeubles situés en Espagne étant régis par la loi belge par l'effet du renvoi du droit espagnol vers la loi nationale du défunt. La succession mobilière sera par contre régie par la loi espagnole, alors que la règle de rattachement espagnole prescrit également l'application de la loi belge.¹⁷³ L'on peut se demander s'il n'aurait pas été judicieux de permettre le jeu du renvoi pour la succession mobilière dans la mesure où cette technique permet de rétablir l'unicité de la loi successorale.

¹⁷¹ P. ex. M. VERWILGHEN, "Les rapports patrimoniaux dans le couple en droit international privé belge. Du droit positif actuel vers une révision codifiée", in *Le service notarial. Réflexions critiques et prospectives*, J. TAYMANS et J.-L. RENCHON (éds.), Bruxelles, Bruylant, 2000, (277), 309-310. M. Verwilghen écrivait que « le renvoi, création jurisprudentielle de portée exceptionnelle, exercice de virtuosité contesté en doctrine dès son origine et qui demeure illogique et contestable, n'a strictement rien d'obligatoire dans notre système juridique ». Cf. toutefois les critiques de F. BOUCKAERT, « Werd 'renvoi' uit het nieuw ontwerp van I.P.R.-Wetboek volledig verbannen ? », in *Liber amicorum Jacques Herbots*, E. DIRIX et al. (eds.), Deurne, Kluwer, 2002, (15), 16, n° 4.

¹⁷² Intervention de M. Paul Lagardé lors du colloque sur le nouveau Code de droit international privé, UCL 22 octobre 2004.

¹⁷³ Exemple donné par M. BOUCKAERT, *loc. cit.*, in *Liber amicorum Jacques Herbots*, E. DIRIX et al. (eds.), Deurne, Kluwer, 2002, (15), 26, n° 21. Comme l'observe M. Barnich, "le renvoi ne pourrait pas non plus réunir en une seule masse plusieurs immeubles du défunt, dans l'hypothèse où ceux-ci se trouveraient dans des pays où la loi successorale est la loi nationale alors que le défunt résidait, avant son décès, dans un État dont il n'est pas ressortissant" (L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. Not.*, 2005, (6), 54-55).

§ 4 - *Choix du droit applicable*

108. S'inspirant de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989, l'article 79 permet au défunt de déterminer le droit applicable à sa succession. Cette nouveauté est toutefois plus apparente que réelle : en effet, d'une part le choix est limité à certaines lois avec lequel le futur défunt possède un lien caractéristique.¹⁷⁴ Le Code présume que le futur défunt possède un lien caractéristique avec l'État dont il est ressortissant et avec l'État dans lequel il réside habituellement. D'autre part, l'article 79 précise que ce choix ne peut porter atteinte aux droits réservataires dont bénéficierait un héritier en vertu de la loi applicable à la succession à défaut de choix.¹⁷⁵

Ces limitations, et singulièrement celle relative à la réserve, privent le choix de loi d'une grande partie de son attrait potentiel, notamment dans le cadre de la planification successorale.¹⁷⁶ La loi choisie par le futur défunt et la loi objectivement applicable à la succession ne sont pas mises sur un pied d'égalité. Comme on a pu l'écrire, « le choix effectué conformément à l'article 79 du Code aura pour seul effet de rendre exclusivement applicables les dispositions matérielles de la loi successorale choisie qui ne heurtent pas les dispositions impératives de la loi successorale désignée objectivement ».¹⁷⁷ En réalité, cette limitation aboutit à ne permettre le jeu de l'autonomie de la volonté qu'à l'égard de la seule quotité disponible, celle-ci étant déterminée par la loi objectivement applicable à la succession, considérée comme étant la loi 'dominante' ou 'loi-cadre'.¹⁷⁸

¹⁷⁴ L'on notera au passage qu'il n'est pas question de tolérer un quelconque 'dépeçage' de la loi applicable : le choix doit porter sur l'ensemble de la succession. *Comp.* dans la Convention de La Haye l'article 6 qui permet au futur défunt de faire un choix secondaire partiel.

¹⁷⁵ Le choix par le défunt d'une législation étrangère ne porte naturellement pas atteinte à l'application éventuelle de la législation belge relative aux droits de succession. Cette législation possède en effet ses propres critères d'applicabilité. Cf. la discussion sur ce point au Sénat, *Doc. Parl.* 3-27/7 du 20 avril 2004, p. 156.

¹⁷⁶ M. Barnich évoque à cet égard un "espoir . . . rapidement déçu" (L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. Not.*, 2005, (6), 55).

¹⁷⁷ F. BOUCKAERT, Rapport précité, *www.dnoti.de*, 423.

¹⁷⁸ M. Barnich regretted que la restriction en faveur des héritiers réservataires n'ait pas été limitée, comme en droit italien, aux seuls héritiers résidant en Belgique (L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. Not.*, 2005, (6), 55).

109. L'on peut en outre se demander si l'article 79 entend imposer une obligation absolue d'assurer l'application de la réserve prévue par la loi objectivement applicable. Quid en effet si la loi choisie par le défunt connaît elle aussi une réserve, fut-elle organisée différemment que celle prévue par la loi objectivement applicable à la succession ? Si un *de cuius* néerlandais résidant en Belgique, où est localisé l'ensemble de son patrimoine immobilier, entend soumettre sa succession à la loi néerlandaise, faudra-t-il écarter l'application de la loi néerlandaise et lui substituer les articles 913 e.s. du Code civil belge ? L'article 79 ne semble pas permettre de tenir compte du fait que la loi néerlandaise connaît elle aussi des droits particuliers à certains héritiers – la fameuse '*legitieme portie*'.¹⁷⁹ Cette question mérite réflexion, d'autant plus que les droits réservataires des héritiers ne sont pas les mêmes dans tous les pays. Pour ne citer qu'une différence, l'héritier réservataire a droit, selon le droit néerlandais, à une créance en argent à hauteur de sa part légitime, et non à une part en nature de la succession.

Les travaux préparatoires indiquent que l'application des normes de la loi applicable objectivement à la succession constitue une « protection minimale ».¹⁸⁰ Si le droit désigné par le défunt est plus favorable aux réservataires, ces mêmes travaux préparatoires semblent indiquer qu'il n'y a pas lieu d'écarter le droit choisi par le défunt.¹⁸¹ L'on devrait ainsi comparer la protection offerte respectivement par la loi désignée par le défunt et par la loi applicable objectivement à la succession. Il est inutile de préciser qu'une telle comparaison pourra s'avérer délicate.¹⁸²

L'importance accordée par le législateur à la protection des droits réservataires incite enfin à penser qu'une loi étrangère qui ne reconnaît en aucun cas des droits particuliers aux descendants ou autres catégories d'héritiers généralement munis de droits réservataires, pourrait se heurter à l'exception d'ordre public international (art. 21 du Code).

¹⁷⁹ Qui a fait l'objet d'une réforme récente, cf A ce sujet, A. VERBEKE, « Het nieuwe erfrecht internationaal gesitueerd », *W.P.N.R.*, 2003, n° 6516, (20), 23-27.

¹⁸⁰ Rapport Explicatif, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, 1^{er} juillet 2002, p. 109.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² On consultera la contribution de A. VERBEKE et Y.-H. LELEU pour plus de détails sur le droit comparé : « Harmonization of the Law of Succession in Europe », in *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2^{ème} éd., 1998, 180-181. *Adde* les rapports nationaux publiés in *European Succession Laws*, D. HAYTON (éd.), Bristol, Jordans, 1998.

110. La possibilité accordée au *de cuius* de désigner la loi applicable aux successions se heurte également au risque que le choix de loi ne soit pas honoré par un État étranger concerné par la liquidation de la succession. L'autonomie de volonté n'a en effet pas encore acquis le statut de principe général en droit international privé comparé des successions. Ainsi le droit international privé allemand ne permet-il le choix de loi que dans la mesure où il porte sur les biens immobiliers du *de cuius* situés sur le territoire national et pour autant que le défunt opte pour le droit allemand.¹⁸³ Qu'advient-il du choix effectué par un ressortissant allemand résidant en Belgique en faveur du droit belge, dès lors que ce ressortissant possède un bien immobilier en Belgique ? Le choix effectué en faveur du droit belge est parfaitement valable aux yeux du droit international privé belge, il ne l'est pas selon les règles allemandes, du moins dans la mesure où il porte sur un bien immobilier situé en Belgique. Si la question du partage de la succession devait être portée à la connaissance des juridictions allemandes, celles-ci écarteraient le choix pour le droit belge et détermineraient le sort de l'immeuble sur base du droit allemand, droit de la nationalité du défunt.

§ 5 - *Forme des testaments*

111. L'article 83 du Code fait référence à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la loi applicable à la forme des testaments. Cette référence n'est pas de pure forme : outre qu'elle rappelle aux praticiens l'existence de cette convention, l'article 83 étend également l'application des règles conventionnelles à tous les testaments. Cette disposition précise en effet expressément que l'application de la convention « est étendue aux autres dispositions à cause de mort ».

Ce faisant, l'on appliquera dorénavant les règles conventionnelles aux testaments consulaires, à propos desquels la Convention ne se prononçait pas. La réserve formulée par la Belgique lors de la ratification de la Convention de La Haye, qui excluait l'application des dispositions de celle-ci aux dispositions testamentaires

¹⁸³ § 25 II EGBGB : “*Der Erblasser kann für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen*”. Pour plus de détails, cf. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3^{ème} éd., Tübingen, Mohr, 1997, 387-390.

faites, en dehors de circonstances extraordinaires, en la forme orale, n'a dès lors plus d'effet.

L'on se réjouira de cette extension, le libéralisme de la Convention de 1961 (*'favor testamenti'*) ayant permis de résoudre la plupart des difficultés relatives à la forme des dispositions à cause de mort dans un contexte international.

112. L'on rappellera que la Convention s'appliquait déjà, en elle-même aux testaments conjonctifs, pour autant toutefois que ceux-ci soient licites. Une controverse animait la doctrine, sur la question de savoir si la question de la validité d'un tel testament, concernait la forme de l'acte ¹⁸⁴ ou plutôt sa licéité au fond, auquel cas la question serait soumise à la *lex successionis*. Le rapport explicatif indique que l'article 83 a pour but d'étendre l'application de la Convention de La Haye au pacte successoral.¹⁸⁵ Il faut sans doute comprendre que, dorénavant, la question de la validité d'un pacte successoral ne peut plus être remise en question que sur la seule base de la Convention de La Haye.

§ 6 - Abrogation du droit de prélèvement

113. L'article 912 du Code civil est abrogé.¹⁸⁶ Comme on le sait, cette disposition permettait, en cas de partage d'une succession comprenant des avoirs situés sur le territoire d'un État étranger, aux cohéritiers non ressortissants de cet État de prélever sur les biens situés en Belgique une « portion égale à celle des biens étrangers dont ils seraient exclus, à quelque titre que se soit, en vertu des lois et coutumes locales ».

La question du champ d'application international de cette règle était fort discutée. La jurisprudence avait estimé que cette disposition pouvait jouer chaque fois qu'une

¹⁸⁴ Auquel cas un testament rédigé en Allemagne serait valable en vertu de l'adage *locus regit actum*, puisque le droit allemand permet aux époux de rédiger un testament conjonctif par lequel il se désignent mutuellement comme légataires universels (§ 2265 e.s. BGB sur le *'gemeinschaftliches Testament'*).

¹⁸⁵ Rapport Explicatif, Doc. Sénat 2-1225/1 du 1^{er} juillet 2003, p. 111.

¹⁸⁶ Article 139(6^o) du Code.

personne pouvait prétendre à une partie d'une succession en Belgique et à l'étranger et que la loi successorale étrangère se révélait moins favorable que le droit belge.¹⁸⁷

Véritable « mesure de rétorsion à l'égard d'une législation successorale étrangère »,¹⁸⁸ le droit de prélèvement constituait une mesure d'un autre âge, marque de méfiance à l'égard des pays étrangers qui ne se justifie sans doute plus à l'heure actuelle.

Cette abrogation a pris effet le 1^{er} octobre 2004. Le droit de prélèvement ne s'applique plus aux successions ouvertes après cette date. En principe toutefois, il devrait pouvoir être invoqué pour les successions déjà ouvertes à cette date.

§ 7 - *Problème particulier des décès survenus lors de catastrophes naturelles*

114. L'actualité récente a rappelé les difficultés posées par les décès de plusieurs membres d'une même famille. Pour terminer cette contribution, nous rappellerons quelques règles fondamentales qui peuvent d'appliquer dans ces circonstances tragiques.¹⁸⁹

Il importe de distinguer deux questions particulières soulevées par ces catastrophes. La première est celle de l'établissement de la réalité du décès de l'intéressé – question qui peut notamment intéresser les assureurs, les notaires et éventuellement l'Office national des pensions. Il ne fait pas de doute que cette question est régie par la loi applicable à la succession de l'intéressé. Le Code le confirme expressément, dans la mesure où son article 80, § 1, (1) précise que « les causes et le moment de l'ouverture de la succession » sont soumises à la *lex successionis*. La succession d'un ressortissant belge décédé dans des conditions tragiques au Sri Lanka lors d'un séjour de vacances dans ce pays, sera régie, du moins pour les biens meubles, par la loi belge, loi de la dernière résidence du défunt. Comme déjà

¹⁸⁷ Civ. Arlon, 21 décembre 2000, *Rev. Not.*, 2001, 325, note F. BOUCKAERT.

¹⁸⁸ F. BOUCKAERT, note sous Civ. Arlon, 21 décembre 2000, *Rev. Not.*, 2001, (325), 328.

¹⁸⁹ En général, et sous l'angle du droit français, cf. I. CORPART, « Droits des catastrophes : quid des successions ? », in *Journal des accidents et des catastrophes*, vol. 23, disponible à l'adresse www.iutcolmar.uha.fr/internet/Recherche/JCERDACC.nsf/NomUnique/JLAE-58TFS7.

précisé, l'intéressé n'aura pas acquis, du fait de son séjour au Sri Lanka, une nouvelle résidence habituelle dans ce pays.

Il reviendra dès lors à la loi belge de déterminer à quel moment l'intéressé est décédé. La question est compliquée par l'existence, en droit belge, d'un statut intermédiaire, celui de l'absence (artt. 112 e.s. du Code civil). L'incertitude qui pèse sur le sort de certaines personnes disparues lors de catastrophes naturelles conduit en effet naturellement à songer à l'ouverture d'une procédure d'absence.¹⁹⁰

Dans la mesure où le statut de l'absence est régi, selon l'article 40 du Code, par le droit dont la personne avait la nationalité, il n'y a pas nécessairement coïncidence entre la loi applicable à la succession et celle qui régit l'absence. Ainsi à l'égard d'un ressortissant anglais qui réside depuis quelques années en Belgique, l'on devra conclure que la question de l'absence est régie par la loi anglaise, alors que sa succession est en principe – sauf existence de biens immobiliers à l'étranger – régie par la loi belge.¹⁹¹

Pour compliquer encore la réponse, il faut ajouter que les droits nationaux n'appréhendent pas tous l'absence de la même façon.¹⁹² Certaines législations considèrent la personne comme décédée après que se soit écoulé un certain laps de temps.¹⁹³ D'autres, telle la législation belge, n'arrivent pas à cette conclusion tant que la preuve certaine du décès n'est pas apportée.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Sur le caractère inadapté de ce statut, cf. les explications de CH. AUGHET, « Quel statut civil pour les disparus de l'Asie du sud-est ? Le régime de l'absence exhumé », *Journal du juriste*, janv. 2005, p. 10.

¹⁹¹ Le renvoi ne permettra pas de faire coïncider la loi de l'absence et celle applicable à la succession dans la mesure où le Code de droit international privé écarte l'application de ce mécanisme (art. 16).

¹⁹² Pour un exposé des différentes approches adoptées par les États face à des cas d'absence, voy. A. HELDRICH et A. STEINER, « Disappearance », in R. DAVID, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol IV (Persons and Family), Ch. 2 (Persons), III, Tübingen, Mohr, n° 41 à 82 ainsi que H. CORRAL TALCINI et M.S. RODRIGUEZ, « Disparition des personnes et présomption de décès. Observations de droit comparé », *Rev. int.dr. comparé*, 2000, 553 e.s.

¹⁹³ Par exemple, la loi française du 28 décembre 1977, la loi allemande du 15 janvier 1951, la loi autrichienne de 1950 et le Code civil italien en ses articles 58 à 68.

¹⁹⁴ Article 112 à 140 du Code civil.

115. Comment articuler le statut de l'absence et celui de la succession ? Une approche possible consiste à se demander d'abord si l'intéressé est décédé, puisque l'ouverture d'une succession rend inutile le recours à l'absence. L'on appliquera dès lors les règles du droit de la résidence habituelle de l'intéressé pour déterminer si la preuve du décès peut être rapportée. A l'égard des personnes possédant leur résidence habituelle en Belgique, seul le droit belge est dès lors pertinent pour déterminer la réalité du décès. Or l'on sait qu'en droit belge, cet élément ne peut être rapporté que par l'établissement d'un acte de décès en bonne et due forme. Un acte d'état civil dressé par un fonctionnaire étranger pourrait toutefois suffire, dans la mesure où il répond aux conditions posées par le Code pour son efficacité.¹⁹⁵

L'on pourrait hésiter à appliquer, en vertu du principe *locus regit actum*, les règles du droit du lieu du décès supposé pour déterminer la réalité du décès. L'adage *locus regit actum* peut en effet être invoqué non seulement à l'égard de la forme *extrinsèque* des actes juridiques, c-à-d les formes prescrites pour la validité d'un acte, mais également de la question de l'admissibilité des modes de preuve. Ce raisonnement pourrait toutefois conduire à des difficultés dans la mesure où le lieu du décès peut être lui-même incertain.

L'on notera que la Convention de Lake Success concernant la déclaration de décès de personnes disparues ne permet pas de résoudre ce problème.¹⁹⁶ Selon son article 1^{er}, cette convention ne vise en effet que les personnes disparues au cours des années 1939 à 1945 « dans des circonstances qui permettent raisonnablement de supposer qu'elles sont mortes par suite d'événements de guerre ou de persécutions raciales, religieuses politiques ou nationales ».

116. Une fois la preuve de la réalité du décès rapportée, sur base d'un acte d'état civil ou, si l'on accepte de soumettre cette question à l'adage *locus regit actum*, sur base des règles du lieu du décès, la liquidation de la succession. Une deuxième question particulière peut alors surgir, celle du moment du décès et de l'application éventuelle d'un statut particulier réservé aux comourants.

¹⁹⁵ Article 31, qui fait référence aux conditions posées par l'article 27.

¹⁹⁶ Convention concernant la déclaration de décès de personnes disparues, faite à *Lake Success* le 6 avril 1950, approuvée par un loi du 30 juin 1953, *M.B.*, 22 août 1953 et 22 novembre 1953. La Belgique n'est semble-t-il pas liée par les protocoles de prorogation conclus les 16 janvier 1957 et les 15 janvier 1967. Sur cette convention, cf. M. J. A. OYARZABAL, *Ausencia y presuncion de fallecimiento en el derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abaco, 2003, 119 p.

Ici encore le droit comparé révèle une certaine diversité. Ainsi, en droit anglais, il semble que l'on applique une présomption en vertu de laquelle le plus jeune est censé avoir survécu au plus âgé.¹⁹⁷

Avant l'entrée en vigueur du Code, la question des comourants était rattachée au statut successoral. Cette vision était justifiée par le fait que les présomptions de survie que l'on connaissait constituaient de véritables règles de dévolution.¹⁹⁸

Le nouveau Code de droit international privé confirme cette solution. L'article 80 du Code qui délimite le domaine de la loi successorale stipule en effet que le droit applicable à la succession détermine « 1° les causes et le moment de l'ouverture de la succession ». Or il semble évident que la question de comourants touche directement à la question du moment de l'ouverture de la succession.

Dès lors que la succession des intéressés est régie par la loi belge, l'on aura dès lors égard aux articles 720 e.s. du Code civil qui donnent suite, en droit belge, à la Convention Benelux de 1972 relative aux comourants qui introduit une présomption de simultanéité de décès.¹⁹⁹

L'application de la loi successorale pourrait toutefois s'avérer difficile lorsque la succession des comourants est régie par des lois différentes, qui ne connaissent pas les mêmes présomptions de survie.²⁰⁰ C'est pourquoi l'on a proposé de qualifier les présomptions relatives au moment du décès de règles de preuve et de les soumettre à la *lex fori*.²⁰¹

¹⁹⁷ N. WATTÉ, « Les successions internationales, conflits de lois, conflits de juridictions », *Rép. Not.*, Tome XVIII, Livre III, p. 158.

¹⁹⁸ Cf. N. WATTÉ, *o.c.*, 158 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 6^{ème} éd, 1976, L.G.D.J., Paris, n° 643 et F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 1993, Larcier, Bruxelles, n°1461.

¹⁹⁹ Loi du 19 septembre 1977, *M.B.* 10 janvier 1978. Cf. M. EECKHAUTE, « La nouvelle théorie des comourants », *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, 297-301 et R. DE VALKENEER, « La Convention Benelux sur les comourants et son annexe », *Rev. not.*, 1978, p. 409.

²⁰⁰ P. LAGARDE, *Rép Int Dalloz*, v° Successions, n° 124 es.

²⁰¹ En ce sens, M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, Defrénois, 5^{ème} éd., 290, n° 544. Cf. aussi l'article 13 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort ; qui dispose que « Lorsque deux ou plusieurs personnes dont les successions sont régies par des lois différentes décèdent dans des circonstances qui ne permettent pas de déterminer l'ordre des décès, et lorsque ces lois règlent cette situation par des dispositions

Section 7

Trusts ²⁰²

117. L'on connaît les difficultés soulevées par l'intégration en droit belge d'un trust constitué sous un régime étranger. La jurisprudence avait certes à maintes reprises estimé que le trust n'était pas en soi contraire aux principes d'ordre public.²⁰³ Les limites de l'accueil réservé à cette institution n'étaient toutefois pas clairement définies.²⁰⁴

Il demeurait également difficile d'appréhender une institution aux multiples facettes, qui ne se laissait pas réduire à l'une ou l'autre des catégories générales avec lesquelles le droit international privé fonctionne. Cette difficulté de qualification ²⁰⁵ est résolue avec le Code qui, à la suite et sur le modèle de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985,²⁰⁶ accepte l'institution du trust en tant que telle en lui réservant un sort particulier.²⁰⁷

incompatibles ou ne la règlent pas du tout, aucune de ces personnes n'aura de droit dans la succession de l'autre ou des autres ». *Comp.* avec l'article 21 de la loi italienne sur le droit international privé de 1995, qui stipule que « Quand il faut établir la survivance d'une personne à une autre et s'il n'est pas déterminé laquelle d'entre elles est morte la première, l'ordre des décès se fixe selon la loi gouvernant le rapport pour le règlement duquel cet ordre importe ».

²⁰² Les développements qui suivent sont extraits d'une contribution destinée à être publiée in *Droit bancaire et financier*.

²⁰³

²⁰⁴ En général, S. DE RAEDT et M. TRAEST, *Trust en privaats vermogensbeheer*, Maklu, 2000.

²⁰⁵ Sur laquelle J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Anvers, Intersentia, 1997, 51-53.

²⁰⁶ Convention du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, qui n'a pas été ratifiée par la Belgique.

²⁰⁷ En général, J. ERAUW, « Trust en trustachtige figuren in België – het toepasselijke recht », in *Liber amicorum Christian de Wulf*, La Chartre, 2003, 395-409.

118. Il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces règles. Les articles 122 e.s. du Code n'ont pas pour but de permettre la création, en Belgique, d'un trust.²⁰⁸ Le seul enjeu de ces dispositions est la *reconnaissance* d'un trust valablement constitué sur base d'un droit étranger.²⁰⁹ Même si les travaux préparatoires précisent fort justement qu'il est erroné de parler de "reconnaissance" du trust, dans la mesure où, traditionnellement, le concept de 'reconnaissance' est réservé aux décisions judiciaires étrangères,²¹⁰ il faut accepter que le Code vise bien l'accueil en Belgique d'un trust étranger. L'on se reportera à l'énumération fort complète donnée par la Convention de La Haye pour apercevoir la portée de cette réception.²¹¹

Ne sont visés par les dispositions du Code que les seuls trusts « *de type anglo-saxon, qui sont caractérisés par une distinction fondamentale entre les biens du trust et le patrimoine du trustee* ». ²¹² Ceci ne signifie toutefois pas que seuls les trusts constitués selon les droits anglais et américains peuvent prétendre être reconnus comme tels. La distinction doit être faite entre le trust 'classique' et d'autres formes de relations fiduciaires qui créent un patrimoine d'affectation sans toutefois organiser une

²⁰⁸ *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 140.

²⁰⁹ Pour une première approche des conséquences fiscales de cette reconnaissance, cf. S. DE RAEDT et M. TRAEST, « Meer vertrouwen in de trust na het IPR-Wetboek ? », *Fiscalog*, 2004, n° 947, 1-4.

²¹⁰ *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 139. Cf. les commentaires de P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans un Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RebelsZ.*, 2004, (225), 229-235 sur les nouveaux avatars de la 'reconnaissance' en droit international privé.

²¹¹ Selon l'article 11 de la Convention, la reconnaissance « *implique au moins que les biens du trust soient distincts du patrimoine personnel du trustee et que le trustee puisse agir comme demandeur ou défendeur, ou comparaître en qualité de trustee devant un notaire ou toute personne exerçant une autorité publique. Dans la mesure où la loi applicable au trust le requiert ou le prévoit, cette reconnaissance implique notamment: a) que les créanciers personnels du trustee ne puissent pas saisir les biens du trust; b) que les biens du trust soient séparés du patrimoine du trustee en cas d'insolvabilité ou de faillite de celui-ci; c) que les biens du trust ne fassent pas partie du régime matrimonial ni de la succession du trustee; d) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le trustee, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé* ».

²¹² *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 139.

séparation stricte entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine personnel du fiduciaire. Ainsi il semble que le contrat fiduciaire tel qu'il est organisé par la loi luxembourgeoise, réponde aux caractéristiques requises par l'article 122, à tout le moins depuis les modifications apportées à cette institution par la loi du 27 juillet 2003.²¹³ L'un des buts visés par le législateur luxembourgeois était en effet d'étendre au contrat de fiducie le bénéfice du régime de reconnaissance instauré par la Convention de La Haye en faveur des institutions fonctionnellement comparables aux trusts.²¹⁴

Par contre, la désignation parmi plusieurs banques accordant un emprunt à un débiteur, d'une banque chargée de représenter les autres prêteurs lors de la conclusion et de l'exécution de l'opération ne semble pas pouvoir être assimilé à un trust.²¹⁵ Tel qu'on la connaît dans la pratique des *syndicated loans*, ce type de construction confère en effet avant tout un rôle de *représentation* à l'établissement désigné comme '*lead bank*', qui est chargée de centraliser et de répartir l'information et le cas échéant de contrôler le respect par l'emprunteur des conditions de l'emprunt.²¹⁶ Même si les documents contractuels font souvent référence à la '*lead bank*' comme étant le '*trustee*' des autres banques, l'examen des prérogatives associées à la fonction de '*lead bank*' fait apparaître que la mission confiée à la banque relève du droit de la représentation contractuelle.²¹⁷

²¹³ Loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires, *Mémorial* 4 n° 124 du 3 septembre 2003, p. 2620 et les commentaires de P. HOSS et P. SANTER, « Le contrat fiduciaire en droit luxembourgeois », in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Larcier, 2004, vol. 2, 665-700.

²¹⁴ Selon l'article 5 de la loi luxembourgeoise, un contrat fiduciaire est « contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire ». L'article 6 de la loi du 27 juillet 2003 précise en outre que le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire.

²¹⁵ En général sur la question de la représentation et de l'organisation des prêteurs, voy. les observations toujours pertinentes de G. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Brill, Leyden, 1955, 255-257.

²¹⁶ Cf. la description détaillée donnée par PH. WOOD, *International loans, bonds and securities regulation*, Sweet & Maxwell, 1995, 98-103.

²¹⁷ A telle enseigne que si une banque membre du syndicat venait à verser à la *lead bank* sa part de l'emprunt avec pour mission d'en faire profiter l'emprunteur, la banque ne pourrait prétendre

119. Le trust constitué à l'étranger ne pourra prétendre à la qualité de trust que pour autant qu'il réponde aux conditions posées par la règle de conflit du Code. Celui-ci se montre résolument libéral, tout en apportant d'importantes corrections. Le libéralisme de principe se traduit par la possibilité pour le fondateur du trust de sélectionner la loi applicable au trust.²¹⁸

A défaut de choix, il faudra avoir égard à la loi de l'État sur le territoire duquel le trustee avait sa résidence habituelle au moment de la constitution du trust.

Il est intéressant de noter que cette règle de rattachement objective pourra être invoquée, de manière subsidiaire, lorsqu'exceptionnellement, le droit désigné par le fondateur du trust ne permet pas de valider le trust. Ainsi, si le fondateur devait retenir l'application de la loi belge, il est à craindre que celle-ci ne permette pas de valider le trust. Le trust pourra toutefois être reconnu en tant que tel s'il apparaît que le trustee résidait, lors de la constitution du trust, dans un pays dont le droit valide l'institution.

Une première réserve porte toutefois sur le caractère véritablement international du trust. Pourrait-on en effet envisager de permettre à un ressortissant belge de créer un trust et de le soumettre expressément à un droit étranger qui valide le trust, alors que l'ensemble des « éléments significatifs » du trust sont localisés en Belgique ? Il aurait sans doute été possible de passer outre le choix de loi ainsi effectué par le fondateur en faisant appel à l'exception de la fraude à la loi consacrée par le Code (art. 18). Il a semblé plus sage aux rédacteurs du texte de prévoir une limitation expresse.

Que faut-il entendre par « éléments significatifs » ? Les travaux préparatoires indiquent que la réserve doit jouer lorsque « l'entière du patrimoine se situe en Belgique et que les personnes concernées ne possèdent de lien qu'avec ce pays ». ²¹⁹ Dès lors que le trust porte sur un bien immobilier situé dans un pays étranger, il faudra dès lors accepter le choix de loi fait par le fondateur. L'on peut toutefois se demander ce qu'il en est lorsque le patrimoine sur lequel porte le trust est situé dans un pays qui ne connaît,

revendiquer la somme ainsi versée en cas de défaillance de la *lead bank*, sauf s'il apparaît que les circonstances particulières de la cause, un « *special purpose trust* » a été créé entre l'agent défaillant et la banque. Cf. PH. WOOD, *o.c.*, 100, § 6-22.

²¹⁸ Art. 124, § 1^{er}.

²¹⁹ *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/1, p. 140.

pas plus que la Belgique, l'institution du trust. Quid par exemple de la constitution d'un trust portant sur un bien immobilier situé en France ? Faudra-t-il accepter cette construction dès lors que le fondateur a soumis le trust au droit anglais ? Il est permis de penser qu'au-delà de la limite expresse prévue à l'article 124, § 1^{er}, al. 2, la clause générale de fraude à la loi pourra jouer un rôle dans cette hypothèse.

120. Le Code réserve également l'application des droits réservataires des héritiers.²²⁰ Tout comme l'article 79 du Code neutralise les effets que pourraient avoir le choix par le futur défunt d'une loi sur les droits des héritiers réservataires, l'article 124, § 3 du Code stipule que le droit applicable au trust ne peut avoir pour effet de priver un héritier d'un droit réservataire que lui confère la *lex successonis*.²²¹ L'on peut se demander si cette réserve était nécessaire, dans la mesure où la jurisprudence belge avait déjà estimé que les droits réservataires des héritiers méritaient d'être protégés contre l'application d'une loi étrangère en sens contraire.²²² L'article 124 § 3 a toutefois le mérite de constituer un avertissement sans ambiguïté aux fondateurs de trust.

La réserve en faveur des droits réservataires n'exclut d'ailleurs pas que l'accueil en Belgique d'un trust étranger soit limitée par le respect d'autres dispositions impératives du droit belge – appelées dorénavant règles spéciales d'applicabilité.

²²⁰ Art. 124, § 3. Cette réserve ne figurait pas dans le texte original, elle a été ajoutée suite à la discussion parlementaire.

²²¹ La conjonction de ces deux dispositions amènent à penser que les droits réservataires des héritiers doivent dorénavant être considérés comme des dispositions spéciales d'applicabilité au sens de l'article 19 du Code.

²²² Cf. par exemple Civ. Bruxelles, 31 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, 677. En l'espèce, une personne résidant alternativement en Belgique et à Monaco, et possédant les nationalités belge et britannique, avait constitué un trust testamentaire conformément au droit monégasque, à l'effet de priver l'enfant d'un premier mariage de toute prétention successorale. Saisi d'une demande d'annulation dudit testament, le tribunal de Bruxelles constata que la succession de la défunte était soumise à la loi belge, tant en ce qui concerne les immeubles situés en Belgique, que pour les meubles, puisque la défunte devait être considérée comme domiciliée en Belgique. Le tribunal admit ensuite la validité du trust testamentaire, en privilégiant audacieusement la nationalité britannique de la testatrice. Selon le tribunal, il aurait en effet été inadmissible de faire dépendre la validité du testament d'un choix de l'une ou l'autre des nationalités de son auteur. Le trust ainsi validé ne pouvait toutefois selon le tribunal sortir ses effets que dans la mesure permise par la loi belge applicable à la succession. Le tribunal estima dès lors que le trust ne saurait faire échec au droit d'un héritier réservataire et réduisit l'effet du trust à la quotité disponible.

L'on pense en particulier à certaines dispositions du droit des faillites, comme l'article 17 de la loi ou encore le principe général d'égalité des créanciers.²²³ La Convention de La Haye réservait d'ailleurs directement l'application des dispositions internationalement impératives relatives au transfert de propriété, aux sûretés réelles et à la protection des créanciers en cas d'insolvabilité.²²⁴

A l'instar d'autres chapitres, l'article 125 complète utilement la réglementation des trusts en précisant les questions visées par la loi déclarée applicable. Outre les questions classiques relatives à la constitution et à l'administration du trust, cette disposition indique également que le droit applicable au trust n'a pas vocation à régir la validité des actes d'acquisition ou de transfert de droits réels sur les biens du trust. Cette précision est sans doute surabondante, la question du transfert des droits réels faisant l'objet d'une disposition particulière dans le Code.²²⁵ L'on saura toutefois gré aux rédacteurs du Code d'avoir écarté toute possibilité de confusion.

121. L'on notera enfin que le Code prévoit des règles de compétence spéciales qui s'ajoutent aux règles générales. Elles permettent de saisir les tribunaux belges dès lors que le trust est administré en Belgique ou que la demande porte sur des biens situés en Belgique. Il semble toutefois qu'une partie importante des trusts déjà créés dans le cadre d'opérations de planning successoral sont gérées non pas en Belgique mais depuis l'étranger et que ces mêmes trusts ne comprennent pas, pour des raisons fiscales, de biens situés en Belgique.²²⁶ Les règles de compétence particulières se montreront dès lors inopérantes s'agissant de procédures introduites en Belgique.

De manière générale, ces règles n'ont d'ailleurs vocation à s'appliquer que dans des situations extra-européennes. L'article 5(6) du Règlement 44/2001 permet en effet déjà d'engager une procédure contre le fondateur, le trustee et le bénéficiaire du trust devant les tribunaux du 'domicile' du trust.²²⁷

²²³ Articles 7 et 8 de la loi hypothécaire.

²²⁴ Article 15 (d) et (e) de la Convention du 1^{er} juillet 1985.

²²⁵ Art. 87. Cf. également l'article 94 qui précise le domaine de la *lex rei sitae*.

²²⁶ En ce sens, A. VAN GEEL (et N. LABEEUW), *Lc.*, *Nieuwsbrief notariaat*, 2004, n° 20, (1), 7.

²²⁷ Sur cette disposition, cf. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2002, 192-194.

122. Au total, le régime mis en place par le Code a une portée limitée.²²⁸ Il ne s'agit pas, comme déjà souligné, de permettre la constitution en droit belge d'un mécanisme de trust mais plutôt d'offrir certaines garanties aux personnes ayant un intérêt dans la constitution d'un trust soumis à un droit étranger. L'on aurait d'ailleurs sans doute pu atteindre le même résultat en ratifiant la Convention de La Haye.²²⁹

Section 8

Les actes notariés et l'article 77 de la loi hypothécaire

123. Le Code de droit international privé n'a pas négligé la question du sort en Belgique des actes authentiques étrangers.²³⁰ Parallèlement avec la plus grande générosité dont le Code fait preuve à l'égard des décisions étrangères, l'article 27 adopte une politique d'ouverture vis-à-vis des actes authentiques étrangers. Ceux-ci seront en effet reconnus 'de plein droit' en Belgique, c-à-d sans qu'il soit nécessaire de recourir à une quelconque procédure. Concrètement, toute autorité (un notaire, le conservateur des hypothèques, etc.) doit accepter le caractère authentique de l'acte étranger sans imposer une vérification préalable lors d'une procédure

²²⁸ Cf. toutefois l'article 127, § 8 du Code qui précise que la possibilité pour le fondateur du trust de choisir le droit applicable au trust, peut être invoquée au bénéfice d'un trust constitué avant l'entrée en vigueur du Code. Il n'existait en effet aucune raison légitime de priver les trusts déjà constitués au 1^{er} octobre 2004 du bénéfice de la sécurité juridique qu'apporte le Code.

²²⁹ Le Code est toutefois plus précis que la Convention puisque celle-ci se contente de poser, comme règle subsidiaire applicable à défaut de choix, que le trust est régi par la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits (art. 7). Cette règle générale est certes précisée par l'énumération d'une série de facteurs dont le juge doit tenir compte. Elle laisse toutefois planer une fâcheuse incertitude sur une question vitale.

²³⁰ Il ne revenait pas au Code de se prononcer sur le sort à l'étranger d'actes authentiques belges. Cette question ne peut être réglée que par le biais de conventions internationales. Une récente étude fait le point sur la question : I. DUPRÉ, « Het vrij verkeer van authentieke akten in de Europese Unie : een geïntegreerd overzicht voor de rechtspraak », *Not. Fisc. M.*, 2005, 1-27.

spécifique. Cette disposition s'inspire largement du traitement réservé aux actes authentiques par l'article 57 du Règlement 44/2001 – qui ne vise toutefois que le caractère exécutoire de ces actes.

Le régime simplifié de l'article 27 s'applique aux seuls actes « authentiques ». A défaut de définition par le Code du caractère authentique d'un acte, l'on pourra avoir égard aux critères développés par la Cour de Justice dans le cadre du Règlement Bruxelles I.²³¹

La reconnaissance de plein droit suppose que l'acte réunisse les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État d'origine. Il importe dès lors de vérifier selon le droit étranger quelles formalités doivent être respectées pour que l'acte acquiert un caractère authentique.

Le Code prévoit également un contrôle de la *validité* des actes étrangers. Cette question doit être vérifiée à l'aune du droit applicable à l'acte en vertu du Code. Un acte étranger qui prétend régir les relations patrimoniales entre époux devra ainsi être conforme à la règle de l'article 52 du Code (*supra*). Le Code attire l'attention sur les dispositions relatives à la fraude à la loi et l'ordre public. Le contrôle de la validité constitue une nouveauté propre au Code qui s'explique apparemment par les cas de fraude auxquels les autorités belges ont été confrontées dans le passé.²³² Le contrôle n'est pas réservé aux tribunaux. Il pourra être mis en œuvre par toute autorité à qui l'acte est soumis.

L'on notera enfin que le Code n'étend pas le bénéfice de la procédure par requête unilatérale, prévue pour les décisions étrangères par l'article 23, aux actes authentiques.²³³ Cette procédure est toutefois ouverte à tout partie qui souhaite obtenir la déclaration de la force exécutoire de l'acte authentique étranger.

²³¹ C.J.C.E., 17 juin 1999, *Unibank*, aff. C-260/97, *Rec.*, 1999, I-3715 et les commentaires de M. G.A.L. DROZ in *R.C.D.I.P.*, 2000, 251.

²³² *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 57.

²³³ Pour plus de détails sur le régime du Code, 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), 401-404.

124. L'on se souviendra que l'application de l'article 77 de la loi hypothécaire donne lieu, dans les espèces internationales, à certaines difficultés.²³⁴ La question se posait notamment de savoir dans quelle mesure les différentes conventions et traités ratifiés par la Belgique pouvaient être invoqués pour échapper à l'obligation du visa préalable. La pratique révélait certaines hésitations sur ce point. Force est de constater que le Code de droit international privé n'a pas pris la mesure de ces difficultés.

L'article 77 de la loi hypothécaire prévoit que les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'effet, à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal de première instance du lieu où les biens sont situés. Cette disposition s'accompagne d'une règle de compétence particulière, l'article 582-6 du Code judiciaire, qui confère compétence au Président du tribunal de première instance pour les demandes visées par l'article 77 de la loi hypothécaire.

De façon singulière, le Code abroge la seconde de ces dispositions, tout en laissant intact la première. L'article 139(8°) du Code supprime en effet la règle de compétence particulière sans s'attaquer à l'obligation imposée par l'article 77 d'obtenir le visa.

Que faut-il en conclure ? L'on peut déjà mentionner que certains tribunaux refusent désormais de délivrer le fameux visa, prétextant de la suppression de l'article 586-2 du Code judiciaire. Il est vrai qu'une requête en ce sens adressée au Président du tribunal de première instance ne peut plus s'appuyer sur la règle de compétence spéciale.²³⁵

L'article 77 demeure toutefois intact. A ce titre, le conservateur des hypothèques pourra toujours à bon droit de tenir compte d'un acte authentique étranger qui n'a pas reçu le visa préalable. Il semble d'ailleurs que la pratique des conservateurs

²³⁴ Sur ce point notre précédente Chronique, vol. XXXIX, avril 2004, pp. 501-511.

²³⁵ Une note publiée sur l'extranet de la Fédération des notaires en février 2005 apprend qu'un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles en date du 20 octobre 2004 a décidé que l'exigence du visa avait été supprimée par le Code de droit international privé.

d'hypothèque soit établie dans ce sens. M. Decuyper, président de la fédération royale des conservateurs d'hypothèque s'est récemment exprimé en ce sens.²³⁶

Pour obtenir le visa préalable, la partie qui souhaite invoquer en Belgique un acte authentique étranger devra dès lors, à défaut de compétence particulière du Président du tribunal de première instance, s'adresser au tribunal de première instance, compétent sur base de la compétence résiduaire dont il jouit.

125. Pourrait-on invoquer la reconnaissance de plein droit dont jouissent avec le Code les actes authentiques étrangers (*supra*) pour passer outre l'exigence du visa ? Formellement, cette solution se heurte à la primauté des règles particulières (art. 77 L. Hyp.) sur celles du Code (art. 2). En outre, l'on peut se demander si l'exigence du visa préalable est pleinement rencontrée par la reconnaissance de plein droit dont bénéficient les actes authentiques étrangers. En d'autres termes, doit-on conclure que dès lors que les actes authentiques étrangers doivent être reconnus en Belgique, il ne saurait être question d'exiger un visa préalable ? C'est l'opinion apparemment défendue dans une décision prononcée par le vice-président du tribunal de première instance de Bruxelles.²³⁷

Les contours exacts de l'exigence du visa préalable sont difficiles à tracer. Il ne fait pas de doute que le visa constitue une formalité plus lourde que la simple légalisation. Celle-ci se limite en effet au contrôle de l'authenticité de la signature. Or, selon l'article 586-2 du Code judiciaire, aujourd'hui abrogé, le président du tribunal de première instance statuant sur une demande de visa avait le devoir de vérifier si l'acte est authentique selon la législation du pays où il a été dressé.

D'autre part, il n'est pas non plus douteux qu'une fois l'acte authentique étranger reconnu exécutoire en Belgique en vertu du Code ou du Règlement 44/2001, rien ne s'oppose à son utilisation en Belgique pour fonder une inscription hypothécaire. L'on ne saurait en effet admettre qu'un acte authentique ayant fait l'objet d'un

²³⁶ J. DECUYPER, "Visumplicht afgeschaft of niet? That's the question!", *Not. Fisc. M.*, 2005, 28-32, spec. p. 32 : "Gelet op artikel 2 van de Wet en op artikel 77 en 93 van de Hypotheekwet moeten wij, niettegenstaande het feit dat het indruist tegen de geest van de nieuwe Wet, toch het visum blijven vragen voor de authentieke akten die de vestiging van een hypotheek inhouden of die de doorhaling of de vermindering van een hypothecaire inschrijving toestaan, evenals voor de volmachten die erop betrekking hebben".

²³⁷ Civ. Bruxelles, 20 octobre 2004, inédit, cité par J. DECUYPER, *art. cit.*, 32.

exequatur puisse servir de fondement à une mesure d'exécution, alors qu'il serait pas susceptible de fonder une inscription.

Demeure la question de l'équivalence entre visa et reconnaissance de l'acte étranger. Comme l'on remarqué les auteurs du Code, la reconnaissance d'un acte authentique étranger se confond en réalité avec l'appréciation de sa validité.²³⁸ Dans la mesure où le Code étend l'effet de la reconnaissance de plein droit aux actes authentiques étrangers, il est permis de penser que l'exigence du visa préalable n'est plus de mise. Toute autorité belge a désormais la possibilité d'apprécier directement la validité de l'acte authentique étranger et, une fois cette vérification opérée, de considérer que l'acte étranger doit être tenu pour authentique en Belgique. Ce contrôle, plus large que celui du simple visa, nous semble dès lors rendre inutile l'obtention du visa préalable.

126. La difficulté principale de cette interprétation est qu'elle se heurte à la persistance du texte de l'article 77 de la loi hypothécaire. Même s'il s'agit d'un malencontreux oubli, l'on ne peut, à moins d'évoquer un cas d'abrogation implicite, ignorer ce prescrit légal. En outre, la reconnaissance de plein droit n'est jamais que précaire. L'appréciation donnée par le conservateur des hypothèques est susceptible d'être remise en question. Il en va d'autant plus ainsi que cette appréciation est, dans le système du Code, subordonnée au contrôle par l'autorité publique belge, des exigences de l'ordre public du for et de l'absence de fraude à la loi. L'appréciation de ces conditions peut s'avérer délicate.

On le voit, même en adoptant une interprétation favorable à l'accueil des actes authentiques étrangers, toutes les difficultés ne disparaissent pas. A moins que le législateur ne répare ce qui constitue sans nul doute un oubli, il faudra sans doute pendant longtemps encore recourir soit recourir aux services d'un notaire belge, soit s'adresser aux autorités consulaires ou diplomatiques belges en poste à l'étranger, qui jouissent de certaines compétences notariales.²³⁹

²³⁸ *Doc. Parl., Sénat, 3-27/1, p. 57.*

²³⁹ Sur ce point, notre précédente Chronique, pp. 510-511.