

**Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives
nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada**

Watté, N. (Nadine)

Le droit patrimonial de la famille en droit international privé : perspectives du récent code belge

(Conférences Roger-Comtois; 6, 2007)

Comprend des réf. bibliogr.

1. Biens communs (Droit international privé) – Belgique. 2. Successions et héritages (Droit international privé) – Belgique. I. Titre. II. Collection.

KJK485.M375W37 2008

346.49301'664

C2008-940930-2

Composition : Lise Cummings

Graphisme : Lucie Roberge

Ouvrage publié grâce à l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition.

On peut se procurer le présent ouvrage aux

ÉDITIONS THÉMIS

Faculté de droit

Université de Montréal

C.P. 6128, succ. Centre-ville

Montréal (Québec) H3C 3J7

Téléphone : 514 343-6627

Télécopieur : 514 343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

Internet : <http://www.themis.umontreal.ca>

Tous droits réservés

© 2008 – Les Éditions Thémis inc.

Dépôt légal : 3^e trimestre 2008

Bibliothèque nationale du Canada

Bibliothèque nationale du Québec

ISBN 978-2-89400-253-7

Imprimé au Canada

Chaire du notariat

Comité de gestion

M^{me} Anne-Marie Boisvert, doyenne de la Faculté de droit de l'Université de Montréal et présidente du comité

M^e Denis Marsolais, président de la Chambre des notaires du Québec

M. Michel Morin, vice-doyen à la recherche et aux études supérieures de la Faculté de droit de l'Université de Montréal

M^{me} Brigitte Lefebvre, titulaire de la Chaire du notariat

M^e Jean Lambert, notaire à Montréal

Comité scientifique

M^{me} Brigitte Lefebvre, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, titulaire de la Chaire du notariat et présidente du comité

M. Claude Fabien, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du notariat

M. Alain Roy, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du notariat

M^e Christine Gagnon, notaire à Québec

M^e Johanne Pelletier, notaire, juriste à la formation, Chambre des notaires du Québec

Comité consultatif universitaire

M^{me} Brigitte Lefebvre, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, titulaire de la Chaire du notariat et présidente du comité

M. Richard Brouillet, directeur de la Clinique juridique de droit notarial de l'Université d'Ottawa

M. François Brochu, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

M^{me} Madeleine Cantin Cumyn, professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill

M^{me} Lucie Laflamme, professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

M^{me} Martine Lachance, professeure au Département des sciences juridiques de la Faculté de science politique et droit de l'Université du Québec à Montréal

M^e Jean Lambert, notaire à Montréal

Table des matières

Présentation du cycle des <i>Conférences Roger-Comtois</i>	xi
M ^e Brigitte Lefebvre	
Présentation de la professeure Nadine Watté.....	xiii
L'honorable Jean-Louis Baudouin	
Bibliographie sélective.....	xv
Le droit patrimonial des familles en droit international privé. Perspectives du récent Code belge.....	1
Professeure Nadine Watté	

Présentation du cycle des *Conférences Roger-Comtois*

La Chaire du notariat de l'Université de Montréal a pour mission de promouvoir le développement et le rayonnement de l'institution du Notariat. Cette mission s'accomplit notamment par la tenue d'activités scientifiques propices à la réflexion sur le droit et le notariat. C'est dans cette optique qu'a été créé le cycle annuel des *Conférences Roger-Comtois*, à l'intérieur duquel s'alternent des conférenciers québécois et étrangers.

Ces conférences rendent hommage à un notaire exceptionnel qui a laissé sa marque au sein de la communauté juridique québécoise. Embauché à la Faculté de droit de l'université de Montréal en 1948, le notaire Comtois fait partie de la toute première équipe des professeurs à temps plein. Les juristes qui embrassaient la carrière professorale étaient très rares à l'époque. La plupart se vouaient plutôt à la pratique du droit. Pour Roger Comtois, c'était le début d'une longue et fructueuse carrière universitaire. Sans délaisser l'enseignement, Roger Comtois s'est investi dans l'administration universitaire, d'abord, comme directeur des études notariales pendant plus de vingt ans, puis comme doyen de la faculté de droit de 1976-1979. Malgré ses lourdes tâches à la faculté, il a de plus été président de son ordre professionnel, la Chambre des notaires du Québec, de 1966-1969.

Roger Comtois est également, un juriste, un chercheur et un praticien du droit pendant près de cinquante ans. Un des premiers notaires, détenteurs d'un doctorat en droit, il a publié des ouvrages de doctrine fondamentaux, notamment le *Traité théorique et pratique de la communauté de biens* connu et utilisé par plusieurs générations de juristes. Directeur de la *Revue du notariat* pendant plus de quarante ans, il en a été une plume assidue. Ces articles sont si nombreux qu'il serait laborieux et fastidieux d'en faire le décompte exact. Le notaire Comtois a de plus, joué un rôle de premier plan dans le contenu de la

législation québécoise. Sa contribution à l'instauration et à la codification du régime de la société d'acquêts et de la copropriété divise relève du secret de Polichinelle.

Roger Comtois est un juriste qui peut dire : « mission accomplie ». L'hommage que veut lui rendre la Chaire du notariat avec ce cycle de conférences est mérité.

Brigitte Lefebvre, notaire
Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Montréal
Titulaire de la Chaire du notariat

Présentation de la professeure Nadine Watté

C'est pour moi un grand plaisir et un honneur de vous présenter notre conférencière Nadine Watté; un plaisir parce que depuis déjà quelques années, et malgré la distance qui nous sépare, nous entretenons des liens d'amitiés; un honneur parce que le curriculum vitae de Nadine est impressionnant. Je ne vous le lirai pas au complet parce que je craindrais d'y passer toute la soirée tellement il est riche tant sur le plan des activités d'enseignement que sur celui des diverses contributions scientifiques.

Nadine Watté est docteur en droit de l'Université Libre de Bruxelles et sa thèse, d'ailleurs publiée, portait sur *la loi applicable aux effets personnels du mariage*.

Elle a, à son crédit, trois ouvrages majeurs publiés en 82, 87 et 92, de très nombreux articles, notes ou commentaires de jurisprudence dont vous me dispenserez de vous donner ici l'énumération.

Nadine est professeur à la faculté de droit de l'U.L.B. et à l'Institut d'études européennes. Elle est considérée comme l'une des grandes spécialistes européennes en droit international privé. Elle a également enseigné cette matière ici à Montréal, au Vietnam et en Tunisie entre autres.

C'est une conférencière recherchée, membre d'un grand nombre de sociétés savantes touchant à la fois le notariat et le droit international privé et c'est donc sans tarder plus que je lui demande de prendre la parole.

L'honorable Jean-Louis Baudouin
Juge retraité de la Cour d'appel

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Docteure en droit, Nadine Watté est professeure à l'Université libre de Bruxelles. Elle est présidente du Centre de droit privé et de droit économique et dirige la Revue de droit de cette institution. Spécialiste du droit international privé, elle enseigne ce droit sous différents aspects depuis 25 ans (Droit international des sociétés et procédures d'insolvabilité; droit international privé et Intégration européenne; Contentieux international). Elle est notamment titulaire du cours de droit international pour la licence en notariat. Très active au niveau national et international, Mme Watté est en outre, vice-présidente de l'Association belge des femmes juristes, membre du Conseil d'administration de la branche belgo-luxembourgeoise de l'International Law Association, vice-présidente de la section belge de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, membre associé de l'Académie Internationale de Droit Comparé. International Academy of Comparative Law. Il importe de noter qu'elle a participé à la rédaction du projet de Code de droit international privé belge. Enfin, elle a reçu le prix Alice Seghers destiné à récompenser une étude d'ordre juridique tendant à promouvoir l'amélioration de l'individu dans la société et le prix Hauchamps-Baugniet décerné à l'auteur d'un ouvrage constituant une recherche approfondie à caractère original et contribuant au développement de la science du droit. Nous vous proposons une bibliographie sélective du fruit de ses activités scientifiques.

Ouvrages publiés

Les successions internationales. Conflits de lois - Conflits de juridictions, Répertoire Notarial tome XV, 3, Bruxelles, Larcier, 1992, 243 pages.

Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé, Bruxelles, Larcier, 1987, 371 pages.

Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, Répertoire Notarial tome XV, livre XIV, Bruxelles, Larcier, 1982, 89 pages.

Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, 2^e éd., avec la collaboration de L. Barnich, *Répertoire Notarial* tome XV, livre XIV, 1997, 172 pages.

Parties d'ouvrages collectifs

« Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.1047 à 1071

« Les enjeux de la codification du droit international privé belge », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 1133 à 1155

Articles dans des revues scientifiques internationales

« Le nouveau droit international privé belge. Étude critique des fondements des règles de conflit de lois », en collaboration avec C. Barbé, *Journal de droit international*, (Paris), 2006, p. 851 à 927

« Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale », en collaboration avec A. Nuyts, *Journal de droit international*, (Paris) 2003, p.365 à 424

Articles dans des revues scientifiques nationales

« Examen de jurisprudence (1990 à 2002). Droit international privé (conflit de lois). Seconde partie », *Revue critique de jurisprudence belge*, 2005, p. 251 à 329

« L'entrée en vigueur du Code de droit international privé », *Revue de droit commercial belge*, 2005, p. 607 à 610

« Le contentieux économique et social », *Revue du droit judiciaire et de la preuve*, 2004, p. 199 à 207

« Examen de jurisprudence (1990 à 2002). Droit international privé (conflit de lois). Première partie », *Revue critique de jurisprudence belge*, 2003, p. 479 à 543

« L'opposabilité des sûretés dans le nouveau règlement européen des procédures d'insolvabilité », in *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, *Revue de droit de l'ULB*, 2001, p. 7 à 42

**LE DROIT PATRIMONIAL DES FAMILLES
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ :
PERSPECTIVES DU RÉCENT CODE BELGE**

par

Nadine Watté*

INTRODUCTION	3
I. L'OPPORTUNITÉ DE LA CODIFICATION BELGE- GENÈSE ET STRUCTURE	6
II. L'ÉVOLUTION DU DROIT DES FAMILLES ET SON INCIDENCE SUR LA LOI APPLICABLE	10
A. Mariage et partenariat.....	10
B. Qualification.....	13
III. LA VOLONTÉ DU COUPLE DANS LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE À SES BIENS	24
A. Le régime des biens entre époux (Le régime matrimonial)	26
1. Régime primaire et régime secondaire/s.....	26
2. Le choix de la loi applicable au régime matrimonial.....	30
3. Le domaine de la loi applicable au régime matrimonial.....	40

* Professeure à l'Université libre de Bruxelles.
Je remercie chaleureusement ma collègue Brigitte Lefebvre de m'avoir donné le bonheur de participer au célèbre cycle des conférences Roger-Comtois. Mes vifs remerciements vont aussi au professeur Gérald Goldstein, qui m'a initié aux subtilités du droit québécois. Il m'a aussi fait l'honneur de me confier « en primeur » son cours magistral « La cohabitation hors mariage en droit international privé » enseigné à l'Académie de La Haye, m'aidant ainsi grandement à la préparation de la conférence donnée à l'Université de Montréal en octobre 2007. Le texte de cette communication a été ici modifié et complété.

B. Le régime des biens entre les partenaires	50
1. La création des partenariats	50
2. Les effets des partenariats.....	52
IV. La volonté du défunt dans le choix de la loi successorale	57
A. Introduction	57
B. Le choix de la loi successorale	59
1. La loi choisie.....	59
2. La forme du choix.....	64
C. À défaut de choix de la loi successorale	65
1. Pluralité de lois applicables	65
2. Le renvoi dirigé.....	67
D. Le domaine de la loi successorale	68
1. L'ouverture de la succession.....	69
2. La dévolution successorale	70
E. Transmission et administration de la succession	73
1. La compétence de la loi successorale	73
2. L'option de l'héritier.....	74
F. La formation des parts successorales	76
G. Droit transitoire	77
Conclusion	77

1. Les conflits de lois ont été, pendant longtemps, le privilège des *potentes*. L'élément d'extranéité n'influçait que les rapports de personnes issues de l'aristocratie et de la haute bourgeoisie. On se souvient des célèbres procès de la maison Dior contre l'ex-roi *Farouk*¹ et de la princesse *de Beauffremont*². Un « droit des savants », terrain d'une casuistique développée entre les mains de spécialistes rompus à la subtilité des règles, suffisait à ces destinataires initiaux.

Les données sociales des relations internationales ont évolué : aux étrangers, européens ou non, relativement mobiles (fonctionnaires, travailleurs) ou de passage (étudiants), s'ajoute une population d'immigrés non européens installés depuis de nombreuses années dans notre pays et dont un nombre croissant d'enfants y sont nés. Les situations transfrontières ont dès lors cessé d'avoir une portée secondaire. Or le droit de la famille n'a pas, à l'origine, fait l'objet des préoccupations du législateur européen intéressé à la mise en place d'un marché économique intérieur efficace³. La mobilité accrue des personnes

¹ Gde inst. Seine, 12 juin 1963 (*J.D.I.*, 1964, p. 285, note PONSARD; *Rev. crit. dip.*, 1964, p. 689, note H. BATIFFOL). imposant la référence au mandat tacite de la femme mariée en droit international privé.

² Cass. France, 18 mars 1878 (*S.*, I, p. 193, note LABBÉ) à l'origine de la théorie de la fraude à la loi.

³ Il est vrai que pour certains la compétence communautaire fondée sur l'article 65 du traité ne devait pas s'étendre au droit international privé de la famille. Le débat semble aujourd'hui clos en faveur d'une interprétation large (voyez notamment en France, M.L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2007, p. 64 et s. et réf. citées).

et l'accroissement du nombre d'unions entre ressortissants d'États membres donnent lieu à de nombreux problèmes dont les responsables ont pris conscience. La Commission européenne s'est donné pour objectif de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes. Elle a ainsi adopté des mesures dans le domaine de la coopération civile, notamment en matière de dissolutions du mariage et de leurs conséquences envers les enfants⁴ en vue d'éliminer les cas de divorces « boiteux »⁵. Mais les instruments communautaires adoptés jusqu'à maintenant ne visent pas les effets patrimoniaux du mariage, comme les régimes matrimoniaux⁶ et les successions⁷. Dans l'attente d'une réglementation communautaire et à

⁴ Règlement CE n°1347/2000 du 29 mai 2000, dit « Bruxelles II » remplacé par le règlement CE n°2201/2003 du 27 novembre 2003 dit « Bruxelles II bis » relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (*J.O.*, L 338, 20 décembre 2003). Ce dernier est applicable, depuis le 1^{er} mars 2005, aux actions en divorce, en séparation de corps et en annulation de mariage, ainsi qu'aux mesures de protection des enfants. Voy. aussi le livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce (COM (2005) 82 final) suivi de la proposition de règlement du Conseil, du 17 juillet 2006, modifiant le règlement (CE) n°2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale (COM (2006) 399 final) et le livre vert sur les obligations alimentaires (COM (2004) 254 final) suivi de la proposition de règlement du Conseil, du 12 janvier 2006, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (COM(2005)649) et avis du Comité économique et social européen (COM(2005)649 final- 2005/0259 (CNS)), *J.O.E.U.*, 2006, C185/07.

⁵ Jugement de divorce valable dans un État et sans effet dans un autre pays de l'UE.

⁶ La Commission a lancé une consultation publique, par le biais d'un livre vert portant sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle (COM (2006) 400) et annexe au livre vert précité (COM (2006) 400 final). Voy. les réponses du groupe européen de droit international privé (GEDIP), 16^e session 2006 (Coimbra).

⁷ Voy. le livre vert Successions et testaments (COM (2005) 65 final (publié au *J.D.I.*, 2005, p. 583) et la réponse du GEDIP adoptée par l'AG le 1^{er} octobre 2005 (Ghania).

défaut d'un droit conventionnel⁸, c'est le droit national qui régit ces matières. Or, en Belgique, le traitement de celles-ci relevait pour l'essentiel d'un droit prétorien compliqué, controversé et lacunaire, bâti sur quelques dispositions éparses du Code civil héritées du Code Napoléon (tel le célèbre article 3 encore d'application en France)⁹. Ce droit jurisprudentiel, inspiré de règles dépassées fondées sur le seul critère de la nationalité, soulevait de nombreuses difficultés en cas de mariages mixtes. Il se heurtait souvent aussi à l'impossibilité de faire bénéficier les femmes étrangères des acquis du droit interne (par exemple, la liberté d'exercer une profession et le droit d'en percevoir les revenus) et il intégrait difficilement les principes « nouveaux » comme ceux de l'égalité de l'homme et de la femme et de la non-discrimination entre les enfants¹⁰.

Voy. ég. la résolution du 16 novembre 2006 du Parlement européen, avec l'adoption du rapport de G. GARGANI (T6-0496/2006) et avis du Comité économique et social européen (COM (2005) 65 final), *J.O.E.U.*, 2006, C28/01.

⁸ Deux conventions ont été négociées dans le cadre de la Conférence de droit international privé à La Haye. Mais objets de nombreux compromis, elles n'ont eu qu'un succès très relatif dans les États membres. Elles ont néanmoins servi de modèles au législateur belge. Voyez *infra*. Dans une conception classique, on se réfère à la notion de conflit international de lois entre les États membres de l'Union européenne. On peut toutefois se demander si la « concurrence » entre les droits nationaux des États membres ne devrait pas être rapprochée du conflit de lois dans les ordres juridiques plurilégislatifs comme le système fédéral canadien (sur l'influence de la structure fédérale sur la résolution des conflits de lois, voyez G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé*, t. I, Théorie générale, Y. Blais, 1998, p. 48, n°23).

⁹ À l'exception de deux législations en matière de divorce (loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsque l'un des conjoints au moins est étranger, *M.B.* 9 juillet 1960) et d'adoption (loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.* 16 mai 2003).

¹⁰ Sauf à devoir recourir systématiquement à l'exception de l'ordre public pour écarter l'application de la loi étrangère.

I. L'OPPORTUNITÉ DE LA CODIFICATION BELGE-GENÈSE ET STRUCTURE

2. En vue d'un règlement harmonieux de ces nombreuses relations internationales, deux voies s'offraient au législateur belge : poursuivre la technique antérieure du « saupoudrage » des règles de droit international privé entre des dispositions du Code civil et quelques lois particulières ou, à l'instar de nombreux autres États, se lancer dans un processus de codification appropriée de la matière. C'est cette dernière qui l'a emporté.

Le Code de droit international privé belge (ci- après, le code) est le fruit d'une véritable collaboration entre le monde politique, les administrations, les milieux professionnels et associatifs concernés et des experts universitaires. À l'origine d'un avant-projet de loi rédigé, à la demande du Ministre de la justice de l'époque, par un groupe de six professeurs de droit international privé¹¹, il fut ensuite repris sous la forme d'une proposition de loi¹². Elle fut une dizaine d'années plus tard enfin adoptée

¹¹ Issus des universités francophones et néerlandophones du pays : J. ERAUW (Universiteit Gent), M. FALLON (Université catholique de Louvain), M. LIENARD-LIGNY (Université de Liège), J. MEEUSEN (Universiteit Instelling Antwerpen), H. Van HOUTTE (Katholieke Universiteit Leuven) et N. WATTÉ (Université libre de Bruxelles).

¹² Après l'examen critique du Conseil d'État, qui contestait l'idée même d'une codification, elle fut déposée à plusieurs reprises à la suite de la succession de gouvernements fédéraux. On ne reviendra plus ici sur la question même de la codification en général. Voy. not. en France, les travaux de D. BUREAU et S. PERUZZETO (in B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996), de P. de VAREILLES-SOMMIERES (in P. de VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998), de C. KESSEDJIAN, Y. LOUSSOUARN et F. SCHOCKWEILLER (in G.A.L. DROZ, A. BORRAS, A. BUCHER, T. STRUYCKEN et M. VERWILGHEN (dir.), *E Pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. DROZ. Sur l'unification progressive du droit international privé*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996). Pour la Belgique, voyez notamment les contributions au séminaire organisé par le Centre de droit comparé et d'histoire du droit de l'Université libre de Bruxelles « L'idéologie de la codification » (« Actualité de la codification. Droit belge et européen », *Rev. dr.*

par les deux Chambres, le 16 juillet 2004, moyennant des amendements touchant le plus souvent à des questions politiques particulièrement sensibles dans notre pays (comme le mariage de personnes de même sexe ou la reconnaissance des répudiations unilatérales)¹³. Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004, elle a été suivie par deux circulaires concernant le statut des personnes à l'attention des procureurs généraux et des officiers de l'état civil¹⁴. Et un commentaire général privé, à l'instar des pays de tradition germanique¹⁵, a été publié.

ULB, vol. 28, 2003/2) et les actes du Colloque international organisé en février 2004 publiés dans *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruxelles, Bruylant, 2004. Sur l'intérêt d'un code national face à l'importance croissante de l'unification communautaire et internationale : N. WATTÉ, « Les enjeux de la codification du droit international privé belge », in Ch. BIQUET-MATHIEU, A. DELIEGE, P. LECOCQ, Y.-H. LELEU et M. VANWIJCK-ALEXANDRE (éd.), *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 1133 et s. et réf. citées.

¹³ Avant-projet de loi portant le code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n°2-1225/1, p. 203; Proposition de loi portant le Code de droit international privé et Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n°2-1225/1, resp. p. 1 et 242; Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, s.e., 7 juill. 2003, n°3-27/1.

¹⁴ Circulaire du 28 septembre 2004 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) et circulaire du 29 mai 2007 modifiant la circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel (*M.B.*, 31 mai 2007). *Voy. infra*, n°10.

¹⁵ J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. van HOUTTE, N. WATTÉ et P. WAUTELET (éd.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht Becommentarieerd. Le Code de droit international privé commenté*, Intersentia/Bruylant, 2006 (cité *Le Code commenté*). Sur le Code en général, voy. aussi : L. BARNICH, « Présentation du nouveau Code belge de droit international privé », *Rev. Not. belge*, 2005, p. 6 et s.; H. BOULARBAH, C. BARBÉ, L. BARNICH, W. DERIJCKE, S. FRANCO, R. JAFFERALI, V. MARQUETTE, A. NUYTS, M. PERTEGAS-SENDER, S. SAROLÉA et P. WAUTELET, « Le nouveau droit international privé belge », *J.T.*, 2005, p. 173 et s. (cité *J.T.*, 2005); J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. d.i.p.*, 2005, p. 11 et s.; M. PERTEGAS SENDER, "The Belgian Code on Private International Law:

3. Le code rassemble en un texte distinct du Code civil toutes les questions intéressant le droit international privé en matières civile et commerciale : compétence internationale des juridictions belges, loi applicable et effets des décisions judiciaires et des actes authentiques étrangers. Il est divisé en 140 articles (dont 53 articles réservés au seul droit de la personne et de la famille au sens large), répartis en 13 chapitres, divisés eux-mêmes en sections. Dans l'exposé des motifs sont mis en avant les objectifs poursuivis : transparence, modernité et ouverture internationale. Il s'agit de prévoir des règles claires, simples et susceptibles d'être connues de tous. Celles-ci retiennent les solutions anciennes établies, mais elles s'inspirent aussi des règles législatives étrangères (comme celles des législateurs suisse et italien) et des conventions non ratifiées par la Belgique. Enfin, le Code insère des dispositions relatives à des institutions nouvelles comme le partenariat ou étrangères telles le trust.

Le code est resté fidèle à la conception classique d'un droit « conflictuel » en vue de déterminer la loi applicable. On verra que la difficulté de cette méthode trouve son origine dans le fait que la règle de conflit « *se saisit d'une catégorie de questions qu'elle situe dans le ressort d'un ordre juridique identifié en fonction d'une certaine relation de proximité avec la situation dont résulte la question litigieuse* »¹⁶. Dès lors pour déterminer de quelle règle relève par exemple la question de savoir si un tiers contractant d'un époux peut agir en remboursement de sa créance contre l'autre époux, il importe d'abord de la qualifier, c'est-à-dire de déterminer de quelle catégorie de rattachement elle relève. De ce classement, dépend la loi applicable.

a tour d'horizon", *IPRax*, 2006, pp. 53 et s.; P. WAUTELET, « Le Code de droit international privé », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XLI, Larcier, 2005, p. 6 et s. (cité *Chronique*).

¹⁶ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, Partie générale, Thémis droit, PUF, 2007, p. 378.

Mais il substitue à un mécanisme de règles de conflit rigide un système souple, fondé principalement sur le célèbre principe de proximité¹⁷, principe parfois tempéré par la poursuite d'une finalité matérielle¹⁸. Les règles de conflits restent localisatrices mais elles tendent à désigner, pour chaque type de situation, la loi qui présente les liens les plus étroits.

L'idée d'une préférence systématique à la loi du for est abandonnée¹⁹. Il est vrai qu'en raison du parallélisme des facteurs de compétences judiciaire et législative, la loi belge est privilégiée quand ceux-ci se localisent en Belgique (par exemple une résidence commune des époux sur le territoire belge). Enfin, une large place est laissée à l'autonomie de la volonté des personnes, non seulement dans les matières traditionnelles comme les contrats, mais aussi dans leurs relations familiales visées dans cette contribution.

4. Le premier chapitre comporte des dispositions générales mais aussi des définitions des facteurs de rattachement utilisés. Quant aux chapitres 2 à 12, ils contiennent des dispositions par catégories de rattachement (personnes physiques, personnes morales, obligations contractuelles et non contractuelles, ...). Et le chapitre 13 organise les dispositions

¹⁷ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1986, t. 196, p. 9 et s.; T. BALLARINO et G. PAOLO ROMANO, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et développements récents », in M.-N. JOBARD-BACHELIER et P. MAYER (dir.), *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 37 et s. Sur ce principe dans le Code belge, voy. N. WATTÉ et C. BARBÉ, « Le nouveau droit international privé. Étude critique des fondements des règles de conflit de lois », *Journal du Droit International (J.D.I.)*, 2006, p. 858 et s.

¹⁸ En vue de favoriser la validité formelle d'un acte (comme le testament) ou le recours à une institution de droit belge (par exemple, le divorce) ou encore dans le but de protéger une personne considérée comme faible (comme le consommateur ou la victime d'un accident).

¹⁹ Sauf à titre subsidiaire.

transitoires, modificatives et abrogatoires ainsi que les règles relatives à l'entrée en vigueur du code.

Il ne sera ici retenu que les matières du droit patrimonial de la famille : le régime des biens des couples et les successions régis par des règles belges de conflit spéciales. Elles intéressent tout particulièrement le monde notarial auquel s'adresse mon étude et peuvent faire l'objet de comparaisons constructives avec celles du droit québécois.

La première suscite la question préalable de la qualification du couple : marié ou non marié. Le code distingue, en effet, les régimes matrimoniaux (primaire et secondaire) aux articles 48 et suivants réservés aux couples « mariés » des effets (quant aux personnes et aux biens) d'une « relation de vie commune » enregistrée entre cohabitants (art. 58 et suiv.).

Les successions posent un problème similaire de qualification. La question essentielle est celle de la vocation successorale de l'époux ou du partenaire survivant. Celle-ci relève incontestablement de la loi successorale (voy. *infra*, n°45). Mais la qualité de « conjoint » ou de « partenaire » échappe à cette loi et dépend de sa propre qualification.

II. L'ÉVOLUTION DU DROIT DES FAMILLES ET SON INCIDENCE SUR LA LOI APPLICABLE

A. Mariage et partenariat

5. Face à la désaffection grandissante envers l'institution traditionnelle du mariage, ont vu le jour, dans de nombreux pays, des nouveaux modes de vie commune, dont la réglementation est plus ou moins souple ou plus ou moins complète, ouverts dans certains cas aux couples homosexuels comme aux couples hétérosexuels ou à l'un deux seulement. Le législateur belge n'est pas resté passif. Il a ainsi créé une nouvelle forme de vie familiale, la « cohabitation légale » différente du mariage, offerte

aux couples homosexuels et hétérosexuels ainsi qu'aux parents proches²⁰. A l'opposé, les couples homosexuels revendiquaient eux un statut équivalent à celui des couples hétérosexuels mariés, ce qui leur fut accordé en 2003²¹. Le droit interne offre aux couples belges deux modèles familiaux différents entre lesquels ils peuvent librement choisir. Ils peuvent encore évidemment décider de rester en « union de fait » informelle, mais dans ce cas ils ne se rattachent pas à un statut légal.

Une telle évolution du droit interne des familles a nécessairement influencé le législateur national amené à organiser les relations internationales²². Il est resté toutefois très attaché à l'institution du mariage (consacrant même une disposition à la promesse de mariage), réglant dans le menu tous ses aspects (art. 42 à 57). Il est vrai que la jurisprudence antérieure était sur ces questions particulièrement compliquée et instable²³. Il s'est aussi montré traditionnel en maintenant la nationalité comme facteur de rattachement²⁴, envisagé non plus en

²⁰ Loi du 23 novembre 1998 : art. 1475 à 1479 Code civil, Voy. sur cette loi : J.L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques d'un couple non marié. Présentation générale de la loi du 23 novembre 1998 », in J.L. RENCHON et F. TAINMONT (éd.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Bruylant, 2000, p. 7 et s.

²¹ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (*M.B.* 28 février 2003). Voy. également la loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe (*M.B.* 20 juin 2006).

²² Voyez sur cette influence en général le cours magistral que mon collègue, G. GOLDSTEIN, professeur à l'Université de Montréal, a enseigné à l'Académie de la Haye « La cohabitation hors mariage en droit international privé », publié au *Rec. cours La Haye*, 2006, t. 320, p. 23 et s. (part. p. 32 et s.).

²³ Notamment sur les questions des effets patrimoniaux : N. WATTÉ, « Examen de jurisprudence (1990 à 2002). Droit international privé (Conflit de lois), *Revue critique de jurisprudence belge (R.C.J.B.)*, 2003, p. 502 et s. et réf. citées.

²⁴ Sur l'utilisation de ce critère dans le Code, voy. N. WATTÉ et C. BARBÉ, *op. cit.*, p. 869 et s.

termes d'opposition avec le critère de la résidence, mais de complémentarité. La validité du mariage demeure ainsi soumise à la loi nationale des futurs époux alors que les effets du mariage sont dorénavant régis par la loi de leur résidence. Est-ce par fidélité au mariage que, s'écartant d'une vision comparative²⁵, le législateur belge a imposé, dans l'ordre international, une institution nouvelle de droit interne, dont il a considéré qu'elle consacre un droit fondamental : la liberté de mariage entre personnes de même sexe? L'article 46, al. 2, du code donne, en effet, aux étrangers le droit de se marier nonobstant l'empêchement contenu dans leurs lois nationales respectives. Il suffit que l'un d'eux réside dans un pays connaissant les mariages de personnes de même sexe (par exemple, aux Pays-Bas) ou qu'il possède la nationalité de cet État (comme la nationalité belge) pour qu'un tel mariage puisse être réalisé.

En revanche, même si l'union hors mariage fait l'objet d'une catégorie autonome visée au chapitre IV (la « relation de vie commune »), seules trois dispositions – les articles 58 à 60 du code – y sont consacrées. Est applicable la seule loi du pays d'enregistrement de la conclusion de la relation de vie commune tant aux conditions d'établissement de la relation et ses effets²⁶ ainsi qu'aux causes et conditions de cessation de cette relation. Ce système ne correspond pas à celui prévu dans l'avant-projet de loi et les propositions de lois ultérieures, qui se référaient aux mêmes lois que celles régissant le mariage, en raison de la fonction sociale de ces nouvelles institutions, « à savoir *organiser une situation de vie commune* », mais aussi « *en raison du souci de limiter les questions de qualification* ». Ce sont des considérations liées à la grande

²⁵ Même si plusieurs pays occidentaux ont adopté des législations sur le mariage de personnes de même sexe, ils restent néanmoins minoritaires.

²⁶ Une application analogique de l'art. 54 du Code est cependant prévue : pour les questions d'opposabilité des effets patrimoniaux et de solidarité des dettes contractées par un seul cohabitant, il est fait application de la loi de la résidence dans un même État du cohabitant débiteur et du tiers créancier (voy. sur cette disposition, *infra* n°28).

disparité des législations étrangères aux relations de vie commune qui ont motivé l'abandon ultérieur de règles parallèles à celles organisées pour le mariage²⁷ et l'adoption de la loi de l'enregistrement. Toutes les difficultés n'ont cependant pas disparu lorsqu'il s'agira de classer une institution étrangère de vie commune dans l'une des catégories élaborées par le code qui ne s'y insère pas parfaitement. Or de ce classement dépend la loi applicable aux relations du couple.

B. Qualification

6. Comme de nombreux codificateurs²⁸, le législateur belge est muet sur le problème de la qualification. L'adoption de catégories de rattachement, inspirées de notions de droit interne mais plus larges, et l'énumération des matières concrètes visées par les règles de conflit sont destinées à faciliter la tâche de l'interprète. Ces techniques ne rencontrent toutefois pas le problème particulier de savoir si une institution étrangère de vie commune est susceptible d'appartenir à la catégorie « mariage » ou à celle de « relation de vie commune ».

Le code ne s'est pas expliqué sur la notion de « mariage », dont on sait qu'elle a toujours été interprétée de manière souple et dont le code a par ailleurs énuméré scrupuleusement la plupart des effets. Il a tenté par contre de définir la nouvelle catégorie de partenariat, dénommée « relation de vie commune ». Il s'agit d'« *une situation de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage* » (art. 58). Dès lors que les cohabitants sont unis par des liens « équivalents » au mariage, leur union n'entre pas dans la catégorie de « relation de vie commune »

²⁷ Cette solution avait déjà été critiquée par le Conseil d'État (*op. cit.*, p. 284 à 287) qui préconisait de soumettre l'ensemble des questions intéressant la relation de vie commune à la loi de sa conclusion.

²⁸ Voy. par contre au Québec, l'article 3078 du Code civil, qui impose de s'en remettre au droit interne. Sur les critiques de cette qualification, voy. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. I, p. 160 et s.

au sens du code mais dans celle de « mariage ». En revanche, compte tenu de la définition précise de l'article 58 du code, on ne voit pas comment on pourrait « déformer » cette catégorie en vue d'accueillir un partenariat étranger qui, sans être un véritable « mariage », ne correspond pas non plus à la qualification légale de « relation de vie commune ».

Mais que faut-il entendre par « *mariage* » et par « *lien équivalent* »? Cette interrogation n'est pas inutile, puisque du classement dans l'une ou l'autre des catégories « mariage » et « relation de vie commune » prévues par le code dépend la loi applicable aux relations des couples, qui peut être différente.

Le mariage se définit, dans certains États et autrefois en Belgique entre autres, comme une union monogame entre un homme et une femme en vue de la procréation. On trouve une définition similaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des CE, qui se réfère à la notion communément admise par les États membres d'une union entre « *deux personnes de sexe différent* »²⁹. Et selon l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, est expressément visé le droit pour un homme et une femme de se marier.

Le mariage entre personnes de même sexe ne répond évidemment pas à ces définitions. Mais à laquelle s'en remettre? Institué à l'imitation du mariage hétérosexuel, il aurait pour but, selon le législateur belge, d'extérioriser une relation de couple. Le mariage, quel que soit le sexe des partenaires, serait dans notre société « *vécu et ressenti comme une relation (formelle) entre deux personnes, ayant comme but principal la création d'une communauté de vie durable. Le mariage offre aux deux partenaires la possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les*

²⁹ C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. et Suède c. Conseil*, aff. C-122/99 et C-125/99, *Rec.*, p. I-4319; voy. également T.P.I., 28 janvier 1999, *D. et Suède c. Conseil*, aff. T-264/97, *Rec.*, p. I-A-1 et II-1. Il s'agissait, en réalité, d'un partenariat suédois d'un couple de même sexe, dans la matière particulière du statut des fonctionnaires européens (voy. *infra*, n°9 et 10). La désunion des couples homosexuels et des partenaires suscitera des difficultés lors de l'application des règlements Bruxelles II précités.

sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre »³⁰. Il est à cet égard intéressant de relever que, dans son arrêt du 11 juillet 2002, la Cour européenne des droits de l'homme est revenue sur son ancienne définition du mariage (une union entre personnes de sexe biologique opposé), en soulignant que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne fait plus référence s'agissant de droit au mariage aux termes « homme » et « femme »³¹.

Il est incontestable que, pour une autorité belge, les mariages homosexuels hollandais³², espagnol³³ ou canadien³⁴ seront considérés comme des « mariages » pour l'application de la règle de conflit puisque construits, aux yeux du législateur étranger, comme des mariages³⁵.

³⁰ *Doc. parl.*, rapport du 24 janvier 2003 de Mmes Grauwels et Lalieux, n°2165/002.

³¹ *Christine Goodwin c. Royaume Uni* (GC), Req. N°28957/95, *C.E.D.H.*, 2002-VI, n°97 et s.

³² Loi du 21 décembre 2000 (*Wet Openstelling huwelijk*), *Staatsblad*, 2001, n°9.

³³ Loi 13/2005 modifiant le Code civil en matière de contracter mariage, *BOE*, 157, 2 juillet 2005.

³⁴ Loi du 20 juillet 2005 sur le mariage civil, *L. C.*, 2005, c. 33.

³⁵ Il convient d'analyser le « mariage » étranger au regard de la loi étrangère en vue de le classer éventuellement dans la catégorie « mariage » du for. Voy. par contre, l'art. 45, al. 3 de la loi fédérale suisse (du 18 décembre 1987 sur le droit international privé) qui voit dans le mariage homosexuel non pas un mariage mais un partenariat (voy. sur cette disposition, A. BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Helbing et Lichtenham/LGDJ, 2004, p. 66 et s.) . Comp. le Civil Partnership Act 2004 du Royaume Uni et l'annexe 20 et en France, H. FULCHIRON, « Mariage et partenariat homosexuels en droit international privé français », *Rev. int. dr. comparé*, 2006, p. 425 et s. pour le motif que « l'essence même du mariage » serait « en cause » (« Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *D.*, 2001, p. 1629).

7. La qualification des partenariats légaux a déjà suscité une littérature abondante³⁶. Les difficultés naissent de leur grande hétérogénéité, mais ils présentent une caractéristique commune qui les distingue des unions de fait : l'engagement juridique des cohabitants. Et ils sont considérés dans tous les États qui les ont constitué comme de nouveaux statuts³⁷. Aussi est-ce la raison pour laquelle le législateur belge a créé cette nouvelle catégorie « relation de vie commune » dans le code. Il se réfère à deux critères, l'un formel et l'autre de fond. Le premier est relatif à l'obligation d'un « *enregistrement par une autorité publique* », ce qui exclut les simples contrats. L'autre condition impose l'absence de « *lien équivalent au mariage* » entre les cohabitants, qui soulève le problème de la qualification : une institution étrangère doit-elle être traitée comme un « mariage » ou comme une « relation de vie commune »? Mais le Code se limite aux partenariats enregistrés, c'est-à-dire ceux qui créent un statut légal enregistré entre les partenaires et qui ne constituent pas une simple cohabitation prolongée. L'enregistrement du partenariat étranger en cause permet son classement dans cette catégorie de « relation de vie commune ». Encore faut-il qu'il ne crée pas de lien « équivalent au mariage ».

L'on oppose traditionnellement la qualification *lege fori* (selon les concepts du for) généralement favorisée à la qualification *lege causae* (selon la loi applicable au fond). Dans ce dernier cas, faut-il ici se référer à l'article 48 du code qui soumet les effets du mariage en principe à la loi de la résidence habituelle des époux, ou à l'article 60 qui désigne la loi de l'enregistrement? S'il s'agit d'une institution étrangère inconnue du

³⁶ Voy. not. les Actes de la cinquième Conférence européenne sur le droit de la famille organisée par le Conseil de l'Europe et l'Académie de droit international de La Haye en mars 1999, *Aspects de droit civil des formes émergentes de partenariat enregistré; Cohabitation non maritale. Evolution récente du droit suisse et étranger*, Lib. Droz, 2000; G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 92 et s.

³⁷ Comme par exemple, la cohabitation légale en Belgique : J.L. RENCHON, « Mariage, cohabitation légale et union libre », in *Liber amicorum Marie-Thérèse. Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, p. 549 et s.

droit belge, comme le partenariat de droit suédois, l'autorité belge devrait l'analyser au regard de la loi étrangère du lieu d'enregistrement en vue d'en dégager les effets. Si ceux-ci sont similaires à ceux du mariage, l'institution étrangère sera classée dans la catégorie « mariage »³⁸. Mais comment apprécier cette similarité ou équivalence des effets ?

Si l'on suit les termes de l'exposé des motifs de la proposition de loi belge, « *il convient de s'attacher davantage à la fonction exercée par l'institution qu'à la dénomination qu'elle a reçue du législateur* » étranger. Ainsi la « *circonstance que l'institution offre les effets que le mariage a sur la personne des époux constitue un indice déterminant* » (comme par exemple, l'obligation de fidélité). Il en va ainsi « *d'un empêchement de contracter un mariage subséquent* » ou des modes de dissolution du lien. On devrait déduire de ces éléments, que les institutions étrangères qui empruntent la plupart des effets du mariage et même le mode de dissolution, devraient, aux yeux d'une autorité belge, entrer dans la catégorie « mariage » pour ce qui concerne la détermination de la loi applicable à nos cohabitants³⁹. Le critère de la rupture volontaire du partenariat me semble aléatoire dans la mesure où des mariages peuvent être dissous selon des modes administratifs, alors que la dissolution de partenariats enregistrés peut faire l'objet de procédures judiciaires⁴⁰.

Les relations de vie commune qui ne créent pas de tels effets équivalant au mariage relèvent de l'article 58.

8. Devrait se retrouver sans conteste dans la catégorie « relation de vie commune » le pacte civil de solidarité du droit français (Pacs), qui doit faire l'objet d'une déclaration auprès du greffe du tribunal de première

³⁸ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 259.

³⁹ Voy. en même sens en France : G. KHAIRALLAH, « Les "partenariats organisés" en droit international privé. (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *Rev. crit. d.i.p.*, 2000, p. 321.

⁴⁰ J.Y. CARLIER, « Article 58 », in *Le Code commenté*, p. 316.

instance⁴¹. Il emprunte au mariage certains aspects (comme une aide matérielle et une assistance réciproques, certains empêchements : l'inceste et l'interdiction du Pacs entre personnes dont l'une au moins est mariée ou déjà liée par un pacte de solidarité), tout en s'éloignant pour d'autres (restrictions en matière de filiation). Le législateur français lui – même évite toute allusion au mariage et le Conseil constitutionnel a affirmé que l'objet des dispositions légales était la « *création d'un contrat spécifique* » ne portant pas atteinte au « *mariage civil et républicain* », tout en soulignant que la notion de vie commune ne se limitait pas à une simple communauté d'intérêts⁴².

En revanche, si la question de la qualification du Pacs est posée en France, il semble que l'on s'oriente vers une qualification « mariage » pour ce qui concerne en tout cas son établissement, avec la compétence des lois nationales des futurs cohabitants, par référence à l'article 3, al. 3 du Code civil français⁴³. La pratique administrative française ne semble pas s'être arrêtée à une telle qualification et a admis la conclusion d'un Pacs en France entre un Français et un Algérien (dont la loi nationale ne connaît pas une institution semblable)⁴⁴.

⁴¹ Loi du 15 novembre 1999, modifiée par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *J.O.* n°145 du 24 juin 2006.

⁴² Décision n°99-519DC du 9 novembre 1999, *J.O.* n°265 du 16 novembre 1999.

⁴³ H. FULCHIRON, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *J.D.I.*, 2000, p. 899 et 900; voy. cep. H.FULCHIRON, « Pacs et partenariats enregistrés en DIP français », in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Actes de la XVIe Journée de droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne, Publ. de l'Institut suisse de droit comparé, 2004, p. 96; G. KHAIRALLAH, « Les “partenariats organisés” en droit international privé. (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte de solidarité civile) », *op. cit.*, p. 323 et s., qui réserve une autre solution pour les effets du Pacs et sa dissolution; comp. G. KESSLER, *Les partenariats enregistrés*, n°114 et s.

⁴⁴ Trib. Adm. Lyon, 6 avril 2000, *J.C.P.*, 2000, II, 10349, note FULCHIRON.

Une institution, comme celle du partenariat luxembourgeois ouvert aux couples de même sexe ou de sexe opposé⁴⁵, dont les effets sont cependant limités, devrait aussi subir le rattachement à la catégorie « relation de vie commune »⁴⁶.

9. Mais quel sort donner aux partenariats étrangers destinés aux couples homosexuels qui, à l'instar de la loi danoise, renvoient aux dispositions de la loi sur le mariage⁴⁷, construits parallèlement au « mariage » réservé quant à lui aux couples hétérosexuels? Faut-il en ce cas les intégrer à la catégorie « mariage » dans la mesure où ils se rapprochent de notre conception belge actuelle du mariage ou dans la nouvelle catégorie « relation de vie commune » introduite par le code dès lors qu'ils ont fait l'objet d'un enregistrement?

La Cour de justice des CE et le Tribunal de première instance – il est vrai dans le contentieux particulier du statut des fonctionnaires – ont refusé d'assimiler les relations de partenaires suédois de même sexe à celles de personnes mariées, malgré la circonstance que le partenariat de droit suédois emporte les mêmes effets que le mariage⁴⁸ et à l'encontre du

⁴⁵ Loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats, *Mémorial A*-n°143 du 6 août 2004 (J.O. du Grand-Duché du Luxembourg).

⁴⁶ Sur d'autres institutions semblables, voy. G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 139 et s.

⁴⁷ Sauf quelques exceptions prévues par la loi, comme l'adoption.

⁴⁸ C.J.C.E., 31 mai 2001, *D. et Suède c. Conseil*, *Rec.*, 2001, p. I-4319 (et préalablement la décision du T.P.I. du 28 janvier 1999 qui faisait l'objet du pourvoi devant la Cour), cités *supra* note 29. Il est vrai aussi que des motivations financières ont été invoquées. Voy. cep. l'arrêt du 1^{er} avril 2008 de la C.J.C.E. (*Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06), selon lequel est discriminatoire une législation qui n'octroie pas un droit à la pension aux personnes de même sexe, liées par un partenariat produisant des effets semblables à ceux d'un mariage qui, lui, ouvre ce droit alors que le mariage est réservé aux couples hétérosexuels. Comp. C.J.C.E., 7 janvier 2004, *K.B. et National Health Service Pensions Agency c. Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, *Rec.*, 2004, p. I-541. On n'évoquera pas ici la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

gouvernement suédois qui plaidait l'assimilation du partenariat au mariage devant les juridictions communautaires⁴⁹.

Ces unions nordiques sont calquées sur le mariage quant à leurs effets et leur dissolution⁵⁰. Elles ne correspondent pas à la définition visée par la catégorie « relation de vie commune » sans doute trop restrictive et elles devraient, aux yeux d'un interprète belge, être assimilées au « mariage » et ce même si elles ne sont pas considérées par le législateur étranger comme un mariage⁵¹. L'exposé des motifs de la loi norvégienne précise expressément qu'une relation homosexuelle ne pourra jamais être la même chose qu'un mariage, « ni socialement, ni religieusement »⁵².

sur la discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle à l'égard des couples de même sexe non mariés.

⁴⁹ Sur ce problème de l'assimilation : voy. la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union européenne et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (*J.O.C.E.*, 2004, L158 du 30 avril 2004) qui s'applique aux citoyens de l'UE qui se rendent ou séjournent dans un État membre autre que celui de leur nationalité et dont les membres de leur famille les accompagnent ou les rejoignent. Et par « membre de la famille », la directive entend aussi « le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre d'accueil, si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans les conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil » (art. 2, pt2, b).

⁵⁰ Voy. la loi norvégienne du 30 avril 1993, la loi suédoise du 23 juin 1994 et la loi islandaise du 12 juin 1996; M. BOGDAN, « Private International Law of Registered Partnerships in the Nordic Countries », in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, op. cit., p. 61 et s. Voy. ég. le *Civil Partnership Act* de 2004 au Royaume- Uni.

⁵¹ Voy. F. RIGAUX et M. FALLON (*Droit international privé*, 3^e éd., larcier 2005, p. 582) qui considèrent que la catégorie « relations de vie commune » « devrait ne couvrir que la relation de cohabitation légale du droit belge, et quelques institutions de droit étranger équivalentes, comme le pacte civil de solidarité du droit français ».

⁵² Cité par G. KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, Bibliothèque de droit privé, t. 431, n°146. Voy. cep. l'attitude de la Suède dans

Les mêmes questions risquent de se poser pour l'union civile du droit québécois, institution, ouverte aux couples mono ou hétérosexuels, parallèle au mariage qui peut, lui aussi, unir des personnes de même sexe ou de sexe différent. Elles mettent en lumière les difficultés de qualifier une institution étrangère selon la loi étrangère, ce qui exige l'analyse approfondie des effets organisés par cette loi en vue de la ranger dans l'une des catégories prévues par la loi belge (souple du « mariage » et étroite de la « relation de vie commune »).

10. En vue de faciliter la tâche de qualification par les officiers de l'état civil, le service public fédéral de la Justice a récemment émis une circulaire administrative d'après laquelle : « *sous réserve d'une interprétation contraire des cours et tribunaux en la matière, peut être considérée comme équivalente au mariage pour l'application du présent Code toute institution de droit étranger ayant des effets analogues à ceux du mariage qui donne lieu à un enregistrement par une autorité publique et qui, en ce qui concerne les conditions d'établissement de la relation, les causes, conditions et modalités de dissolution de cette relation, ainsi que les effets de celle-ci en ce qui concerne la personne et les biens, renvoie aux règles relatives au mariage ou règle cette relation de manière identique ou quasi identique à l'exception des dispositions relatives à la filiation et à l'adoption. Toutefois, il n'y a pas lieu de considérer l'institution comme équivalent au mariage si l'ordre juridique sur lequel se fonde l'institution permet également aux partenaires concernés de contracter mariage (...)* »⁵³. Une telle analyse de l'institution étrangère, dans tous ses éléments depuis sa création, ses effets personnels et patrimoniaux jusqu'à sa dissolution me paraît s'écarter de la définition « des liens équivalents » donnée initialement par le législateur.

l'affaire *D et Suède c. Conseil* citée à la note 29. Comp. G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 38 et réf. citée.

⁵³ Je souligne. Circulaire du 20 mai 2007 citée *supra* note 14.

Sur la base des considérations précitées, la circulaire assimile au « mariage » les partenariats enregistrés des pays scandinaves suivants : Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède. Il en va de même pour le partenariat allemand (« lebenspartnerschaft ») et le « civil partnership » au Royaume-Uni. En d'autres termes, ces unions quelle que soit leur dénomination seront considérées comme des « mariages » pour l'application des règles du code. Une telle assimilation est, par contre, refusée par la circulaire au partenariat de droit hollandais et au partenariat instauré en Suisse par la loi du 1^{er} janvier 2007. On peut penser que la première exclusion du partenariat repose sur l'idée qu'existent aux Pays-Bas deux institutions : le « mariage » et le « partenariat » ouverts aux couples homo et hétérosexuels; dès lors si le couple choisit cette dernière institution, il rejette le mariage. Cette distinction se fonde sur la volonté des personnes et non plus sur la production des effets du partenariat, très proches d'ailleurs aux Pays-Bas de ceux du mariage. La référence aux « effets » du partenariat hollandais devrait en revanche inciter à le ranger dans la catégorie « mariage »⁵⁴. Un raisonnement identique devrait aussi être mené à propos du mariage canadien et de l'union civile du droit québécois lorsqu'un couple, de même sexe ou de sexe différent, peut librement s'engager dans l'une ou l'autre institution. Au-delà de ces questions de qualifications, on peut se demander quel est encore dans de tels États l'intérêt pour un couple de choisir l'un statut plutôt que l'autre puisqu'ils sont à ce point semblables!

On peut s'interroger sur la méthode de qualification. Selon la circulaire, celle-ci doit en réalité dépendre de l'étendue du choix offert aux couples par le législateur étranger. Si ceux-ci peuvent librement choisir, quel que soit leur sexe, de s'unir dans un mariage ou dans un partenariat, ce choix conditionnerait le classement dans l'une ou l'autre des catégories prévues par le code. On reviendrait, en revanche, à l'analyse des effets de

⁵⁴ Effets « proches » de ceux du mariage : S. FRANCO, « Nouvelles formes de relation de couple. Mariage entre personnes de même sexe, partenariat enregistré, Pacs etc. », in P. WAUTELET (coord.), *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, 2005, p. 256.

l'institution étrangère en cause en l'absence d'un choix véritable : mariage réservé aux couples hétérosexuels et partenariats destinés aux couples de même sexe. Cette distinction fondée sur la volonté des couples est à première vue séduisante. Mais elle ne me semble pas conforme à la définition rigide imposée par l'article 58 du code⁵⁵, puisque l'on rangerait l'union civile de droit québécois dans la catégorie « relation de vie commune » alors que ce statut de droit québécois crée des liens équivalents au mariage⁵⁶.

11. Demeure encore le problème des « unions libres », unions de fait non formalisées existant en dehors de tout cadre juridique préétabli à côté des cohabitations réglementées. Ce sont ces situations à partir desquelles plusieurs auteurs se sont initialement interrogés sur le classement qu'il convenait d'accorder aux relations de vie hors mariage⁵⁷. Certains ont considéré qu'il fallait les intégrer dans la catégorie « mariage »⁵⁸. Ce rapprochement entre ces deux notions est « artificiel »; les époux manifestent une volonté de s'engager, ce qui n'est pas le cas de ces

⁵⁵ Il doit s'agir d'une relation « *ne créant pas entre les cohabitants de liens équivalent au mariage* ».

⁵⁶ Voy. sur cette équivalence, l'art. 521.6 du Code civil.

⁵⁷ Voy. not. P. Y. GAUTIER, *L'union libre en droit international privé. Etude de droit positif et prospectif*, 1986 et *Rép. dr. int. Dalloz*, V° Union libre; N. WATTÉ et L. BARNICH, « L'union libre en droit international privé », in *L'union libre*, Actes du Colloque tenu à l'ULB le 16 octobre 1992, Bruylant, 1992, p. 292 et s.

⁵⁸ Dès lors que les cohabitants entendent mener une communauté de vie dotée d'une certaine stabilité : H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *Rec. Cours La Haye*, 1991, t. 226, n°136 (part. n°158 et s.). Comp. M. GAUTHIER, *op. cit.*, *Rép. Dalloz, op. cit.*, n°14. On a parfois songé à en faire une catégorie nouvelle de rattachement. Mais ces unions de fait restent un phénomène polymorphe, réfractaire à toute classification, en manière telle que cette idée a momentanément été abandonnée (voyez notamment les travaux poursuivis à la Conférence de La Haye et « Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistrés », Note établie par le Bureau Permanent, Document préliminaire n°9, mai 2000, p. 2).

unions qui demeurent informelles⁵⁹. En outre, une telle qualification fait fi de la volonté des cohabitants en remplaçant l'union libre dans le giron du mariage que ceux-ci ont expressément voulu éviter. Il me paraît dès lors qu'elles ne peuvent entrer dans la catégorie « mariage » du Code. Ne faisant pas l'objet d'un enregistrement, elles ne sont pas non plus susceptibles d'être considérées comme « une relation de vie commune » au sens de l'article 58 du code. Certains auteurs considèrent qu'il faudrait s'en remettre à la liberté des cohabitants de choisir la loi applicable⁶⁰. Ne conviendrait-il pas de rechercher la loi applicable à chacun des actes sollicités?⁶¹

III. LA VOLONTÉ DU COUPLE DANS LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE À SES BIENS

12. L'option de lois applicables intervient, de manière diversifiée, dans le code dans des matières de droit familial pour lesquelles le législateur a voulu accorder une place à la volonté des personnes, sans toutefois abandonner à l'arbitraire le choix d'une loi quelconque qui ne présenterait aucun lien avec la situation en cause. Ce mécanisme se distingue du principe de l'autonomie de la volonté consacré dans la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont le code étend l'application à certaines

⁵⁹ G. KESSLER, Les partenariats enregistrés en droit international privé, n°90.

⁶⁰ Voy. en ce sens, J.Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992, p. 353 et s.; H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *op. cit.*, p. 173; voyez ég. A. Bucher, *op. cit.*, p. 210 et 211 (qui se réfère à la loi des effets du mariage, à défaut de choix de la loi applicable). Mais sous quelle forme et à quel moment les concubins devraient-ils manifester un tel choix de la loi applicable. En faveur d'une qualification autonome au sein du statut personnel, avec comme facteur de rattachement la résidence : G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 168 et s. et réf. Citées.

⁶¹ La solution des questions préalables ne paraît pas insurmontable : N. WATTÉ et L. BARNICH, *op. cit.*, p. 305 et s.

matières que cette convention a exclues (art. 98, §1^{er}, al. 1)⁶². Il permet aux parties de choisir n'importe quelle loi qu'elles estiment la plus avantageuse à leurs intérêts⁶³. Ainsi au Québec, les couples mariés ou dans une relation d'union civile peuvent choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, et ils peuvent choisir plusieurs lois⁶⁴.

Dans le système de l'option de lois applicables en revanche, les époux n'ont par contre que le pouvoir de « localiser » la relation à régir dans l'ordre juridique d'un État avec lequel elle présente déjà des liens objectifs. Lié au principe de proximité, il permet aux intéressés de concilier les exigences d'une politique d'assimilation des immigrants quand elle est réalisable et la prise en compte des particularismes culturels⁶⁵.

La matière des régimes matrimoniaux offre la réglementation la plus aboutie aux articles 49 à 54 du code; ce n'est en revanche pas le cas des effets sur la personne et les biens des partenaires liés par une « relation de vie commune » prévus au seul article 60. La distinction que nous avons relevée entre, d'une part, les relations construites sur le modèle du mariage (ou un partenariat étranger assimilé) et, d'autre part, celles

⁶² Avec les modifications apportées à l'occasion de l'adhésion ultérieure des membres de l'Union européenne (version consolidée, *J.O.U.E.*, 2005, C334). Voy. la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (COM(2005) 650 final- première lecture 28 et 29 novembre 2007 (1582/07)).

⁶³ Sauf intervention éventuelle des lois d'application nécessaire. Sur l'autonomie de la volonté dans le code, voy. not. N. WATTÉ et C. BARBÉ, *op. cit.*, p. 890 et s.

⁶⁴ Art. 3122 Code civil.

⁶⁵ P. GANNAGE, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé familial », *Rev. crit. d.i.p.*, 1992, p. 427 et 428.

issues d'un partenariat enregistré visé à l'article 58 est dès lors primordiale⁶⁶.

A. Le régime des biens entre époux (Les régimes matrimoniaux)

1. Régime primaire et régime secondaire

13. Avant l'adoption du code, le droit jurisprudentiel ne permettait pas de distinguer avec certitude la loi applicable aux effets du régime primaire et au régime matrimonial⁶⁷, l'ensemble de ces questions relevant, aux yeux de la Cour de cassation, de l'état des personnes visé à l'ancien article 3, al 3 du Code civil. Le code identifie, en revanche, clairement les « effets du mariage » *sensu lato* soumis à un rattachement en cascade (art. 48) alors que le « régime matrimonial » bénéficie de l'option de législation. Cette opposition quant aux « effets » du mariage concerne non seulement le mariage 'classique' mais aussi toute autre forme de relation familiale qui y est assimilée (voyez *supra*).

La question de savoir si les effets « financiers » du mariage se rattachaient aux « effets » de celui-ci ou au « régime matrimonial » était antérieurement vivement controversée. Il résulte aujourd'hui de la comparaison des dispositions législatives que les règles « patrimoniales » du régime primaire relèvent de l'article 48 (comme l'affectation des revenus perçus par les époux ou leur contribution aux charges du mariage)⁶⁸ et non des articles 49 et suivants relatifs au régime matrimonial (régime secondaire). Cette distinction peut parfois donner

⁶⁶ Tel n'est pas le cas des règles relatives aux régimes matrimoniaux au Québec qui concerne aussi bien les couples mariés que ceux se trouvant dans une relation d'union civile. Voy. *infra*, n°34.

⁶⁷ Que l'on appelle « régime secondaire » en droit interne belge.

⁶⁸ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 77; C. BARBÉ, « Les effets du mariage », *J.T.*, 2005, p. 42, n°146.

lieu, comme nous le constaterons, à des difficultés de délimitation des champs respectifs des lois applicables qui peuvent être différentes.

14. Relevons brièvement que l'article 48 consacre un critère principal novateur : la résidence⁶⁹ des époux alors qu'il n'intervenait antérieurement que subsidiairement au facteur de la nationalité. Dorénavant est applicable la loi de la résidence habituelle des époux et ce quelles que soient leurs nationalités. Le critère de la résidence a été préférée par le législateur en vue d'assurer l'égalité entre les couples de nationaux et d'immigrés qui résident sur le territoire belge⁷⁰. Avec la conséquence que des époux belges qui ont établi à l'étranger leur résidence habituelle échappent aux règles du régime primaire belge, alors que celles-ci s'imposent aux étrangers établis durablement en Belgique.

Ce n'est qu'à défaut de résidence des époux sur le territoire d'un même État, que l'article 48 se réfère à la loi nationale commune des époux. Et ce n'est qu'à défaut d'une nationalité commune des époux, qu'il est fait application de la loi belge⁷¹.

Certaines règles classées par le code dans le régime primaire échappent à la compétence de ces lois : la protection du logement principal de la famille soumise à la loi de la situation de l'immeuble (art. 48, §3) et la solidarité entre époux pour les dettes contractées par l'autre qui relève de loi du régime matrimonial, sauf l'application éventuelle de la loi locale (art. 54, §2, voyez *infra* n°28).

⁶⁹ Sur cette notion, voy. *infra*, n°19.

⁷⁰ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 78. Antérieurement au code, il n'était tenu compte de la résidence des époux que dans l'hypothèse où ils jouissaient de nationalités différentes. En cas de nationalité commune, ce critère l'emportait.

⁷¹ Cette référence à la loi belge, à titre subsidiaire, semble traduire l'attachement du législateur belge à ses propres règles du régime primaire : P. WAUTELET, « Relations bancaires et dimension familiale. Questions choisies de droit international privé », *Banque et famille*, Cahiers AEDBF, vol. 19, p. 192. Voy. la solution différente en matière de régimes matrimoniaux, en faveur de la loi du lieu de célébration du mariage (*infra*, n° 22).

Antérieurement au code, plusieurs voix s'étaient élevées en faveur du statut de lois d'application immédiate, nécessaire, à certaines règles du régime primaire, fondées sur le principe de l'égalité des sexes et le maintien de l'intégrité de la famille⁷². Sous le vocable de « règles spéciales d'applicabilité », l'article 20 retient la compétence de ces lois. Dans la mesure où l'article 48 impose l'application de la loi belge à une grande partie des couples vivant en Belgique, cette qualification a perdu une grande partie de son intérêt pratique. Elle demeure néanmoins délicate. On peut lire, dans l'exposé des motifs, que le législateur a pris soin de préciser que « *la technique de la règle de rattachement multilatérale est utilisée pour déterminer le droit applicable aux effets du mariage, de préférence à l'insertion de règles spéciales d'applicabilité dans chaque disposition concernée* »⁷³. Plusieurs auteurs considèrent que cette observation ne condamne pas *a priori* toute tentative d'analyser l'une ou l'autre règle du régime primaire comme une loi d'application nécessaire⁷⁴. Aux yeux de notre estimé collègue P. Wautelet, il devrait en être ainsi de l'article 218 du Code civil belge, qui garantit une autonomie patrimoniale « *dont l'épouse a trop longtemps été privée* »⁷⁵.

⁷² N. WATTÉ, *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Larcier, 1987, p. 119 et s. et les réf. citées; « Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps », *R.C.J.B.*, 1994, p. 689 et s. Comp. N. COIPEL, « Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 151 et s. Sur cette qualification au Québec, notamment à propos de la contribution aux dettes du ménage, de la constitution du patrimoine familial et de la protection de la résidence familiale, G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé*, t. II. Règles spécifiques, Y. Blais, 2003, p. 103 et s., n°257 et s.

⁷³ *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 79.

⁷⁴ P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 201 et s. En même sens, voy. C. BARBÉ, « Article 48 », in *Le Code commenté*, p. 262.

⁷⁵ Seuls les deux premiers alinéas de cette disposition recevraient cette qualification (*op. cit.*, p. 204 et 205). En même sens, voy. C. BARBÉ, *loc. cit.* Antérieurement au Code, N. WATTÉ, avec la collaboration de L. BARNICH, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux. Répertoire Notarial*, t. XV, livre XIV, Larcier, 1997, n°111. D'après l'article 218 du Code civil belge, « *Chacun des époux peut*

15. La loi de la résidence des époux est applicable même si celle-ci ne connaît pas la forme de mariage (par exemple, le mariage de deux hommes français, la loi française ignorant un tel mariage) sur laquelle un effet du mariage est réclaté. Cette solution défendue dans les travaux préparatoires s'écarte de la thèse inverse antérieure fondée sur le principe de la cohérence du droit étranger.

Quant au conflit mobile résultant de la modification du facteur de rattachement dans le temps (comme un changement de résidence des époux), le moment à prendre en considération est celui « où ces effets sont invoqués » (art. 48, §1^{er}). C'est donc la concrétisation actuelle du critère de rattachement qui s'impose, même s'il s'agit d'effets patrimoniaux du mariage, à l'exclusion des régimes matrimoniaux. Prenons l'exemple de deux époux allemands ayant résidé pendant cinq ans après leur mariage en Allemagne. Ils décident en 2001 de fixer leur résidence habituelle en Belgique. Un problème relatif à la perception de leurs revenus qui se pose en 2007 est réglé par la loi belge. C'est donc au jour où l'effet du mariage est invoqué qu'il faut se placer, ou si cet effet affecte la validité d'un acte juridique (par exemple, la validité d'une vente entre époux), au moment de la passation de l'acte visé (dans notre exemple, au moment de la conclusion de la vente)⁷⁶.

Il est acquis que ce moment ne coïncide pas nécessairement avec celui de l'introduction d'une éventuelle demande en justice⁷⁷. Il s'agit ici d'éviter une fraude à la loi en organisant un déplacement de résidence peu avant la saisine du juge. La formule suscite néanmoins des difficultés d'interprétation, déjà relevées dans l'avis du Conseil d'État, quant au

faire ouvrir à son nom, sans l'accord de son conjoint, tout compte de dépôt de sommes ou de titres et prendre en location un coffre-fort. Il est réputé à l'égard du dépositaire ou du bailleur en avoir seul la gestion ou l'accès. Le dépositaire et le bailleur sont tenus d'informer le conjoint de l'ouverture du compte ou de la location du coffre ».

⁷⁶ C. BARBÉ, « Article 48 », in *Le Code commenté*, p. 263. Voy. ég. en droit québécois, G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. II, p. 99 et 100.

⁷⁷ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 28.

terme « invoqués » : « *lui-même ambigu. Un époux qui exige d'une manière plus ou moins explicite que son conjoint accomplisse ce à quoi le mariage l'oblige, "invoque"-t-il l'effet de celui-ci? Ou faut-il estimer qu'il ne l'invoque pas tant qu'il ne le fait pas valoir en justice?* »⁷⁸.

2. Le choix de la loi applicable au régime matrimonial

16. Le droit positif antérieur ne permettait pas d'affirmer si les époux avaient la liberté de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Une doctrine majoritaire considérait qu'il fallait s'en remettre à la loi du régime légal applicable à défaut de convention susceptible de leur accorder cette faculté. Cette opinion était fondée sur l'affirmation de la Cour de cassation du lien étroit entre régime matrimonial et état des personnes⁷⁹. Une thèse minoritaire défendait le principe de l'autonomie de la volonté, comme en matière contractuelle, sur la base de la liberté reconnue aux époux en droit interne⁸⁰. On a relevé que si le code abandonne le rattachement antérieur, il n'a pourtant admis que le mécanisme de l'option de lois applicables et non celui d'une entière liberté dans le choix de la loi applicable.

Les époux peuvent dorénavant choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Ils ne peuvent cependant désigner que l'un des droits suivants : le droit de l'État sur le territoire duquel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage; ou le droit de l'État sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence au moment du choix; ou encore le droit de l'État dont l'un d'eux possède la nationalité au moment du choix (art. 49, §2). Le choix opéré, le régime matrimonial est soumis une fois pour toutes à la loi choisie par les époux.

⁷⁸ *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, p. 265.

⁷⁹ Voy. not. N. WATTÉ, avec la collaboration de L. BARNICH, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux*, n° 42 et s.

⁸⁰ Voy. not. M. VERWILGHEN et P. van den EYNDE, V° Régimes matrimoniaux (droit international), *Répertoire pratique de droit belge*, compl. T. VI, n° 66 et 67.

Tout changement ultérieur de résidence ou de nationalité n'affecte pas le choix de la loi applicable. Le principe de la permanence ne connaît pas d'autre exception qu'un nouveau choix postérieur des époux (art. 50, §1^{er} et 3). Ces solutions s'inspirent largement des règles de la Convention de La Haye, du 14 mars 1978, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux⁸¹, tout en s'écartant de certaines d'entre elles qui avaient été contestées⁸².

a. La loi choisie

17. Le choix de la loi du régime matrimonial est un véritable choix de loi applicable. Les époux peuvent par ailleurs faire un choix « matériel » d'un régime particulier s'ils disposent de cette faculté en vertu de la loi choisie (par exemple, le régime de la séparation de biens du droit français); à défaut est applicable le régime légal de la loi choisie par les époux (par exemple, le régime français de la communauté réduite aux acquêts). Ces choix doivent évidemment être cohérents : le type de régime matrimonial particulier retenu doit être organisé par la loi choisie par les époux⁸³.

Selon quelle loi apprécier la validité du choix quant à la loi choisie par les époux? Le code se réfère à cette loi (art. 53, §1^{er}, 1^o). Imposer la compétence de la loi du régime matrimonial antérieur, et donc éventuellement de la loi du régime matrimonial légal dans l'hypothèse d'une première manifestation de choix, serait contraire à la volonté du législateur de reconnaître aux époux une certaine liberté en matière matrimoniale.

⁸¹ Qui n'a été ratifiée que par la France, le Luxembourg et les Pays-Bas; l'Autriche et le Portugal l'ont signée.

⁸² Not. la mutabilité automatique visée à l'article 7, al. 2 de la Convention.

⁸³ Art. 53, §1^{er}, 3.

Le code est, par contre, muet sur la question de savoir si ce choix doit être exprès ou s'il peut aussi être tacite⁸⁴. Une réponse affirmative me paraît devoir l'emporter. La pratique révèle, en effet, que dans de nombreuses hypothèses les époux ne font que se référer dans leur contrat de mariage qu'à des dispositions d'une certaine législation, dont on peut déduire leur volonté implicite de se soumettre à telle loi. Mais la recherche de ce choix tacite de loi ne pourrait résulter que de manière certaine des dispositions du contrat de mariage, comme le prévoit d'ailleurs l'article 11 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Il ne faudrait pas qu'une telle recherche de volonté entraîne des incertitudes, préjudiciables aux époux eux-mêmes mais également aux tiers⁸⁵.

On s'est demandé si la loi choisie par les époux (par exemple la loi française) comportant à la fois des normes du régime primaire et du régime matrimonial (secondaire) pourrait avoir vocation à s'appliquer dans son ensemble malgré la dissociation créée par le code à l'article 48 (régime primaire) et aux articles 49 et 51 (régime secondaire). La réponse doit être négative, la primauté de l'article 48, §2 devant l'emporter⁸⁶. En d'autres termes, l'article 48 du Code s'applique à tous les effets du mariage, à l'exception de ceux prévus aux articles 49 et s. Tout rapprochement n'est cependant pas exclu lorsque la loi de la résidence habituelle des époux est applicable aux deux catégories concernées.

⁸⁴ En droit québécois, il est précisé que ce choix peut être exprès ou tacite (art. 3122 et 3111 du Code civil).

⁸⁵ Comp. L. BARNICH, *op. cit.*, p. 34; P. WAUTELET, *Chronique*, p. 65.

⁸⁶ Voy. C. BARBÉ, « L'article 48 », in *Le Code commenté*, p. 264; Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 662 et 663; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 189. Voy. l'exposé des motifs qui n'est cependant pas toujours clair à cet égard.

Et les époux n'ont pas non plus la liberté de soumettre par exemple les règles de fonctionnement du régime matrimonial au cours du mariage à la loi de l'État A et celles relatives à la liquidation et au partage du même régime matrimonial à la loi du pays B⁸⁷.

18. Le choix de la loi applicable doit porter sur l'ensemble des biens des époux (art. 50, §2) alors que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 admet un « dépeçage » limité : les époux peuvent soumettre leurs biens immeubles à la loi de leur situation (art. 3). Faut-il admettre que la loi choisie par les époux (par exemple le droit anglais), par application de l'article 49, ne serait pas valable au motif que cette loi ne connaît pas l'unicité du régime matrimonial?⁸⁸ Un tel choix devrait être respecté.

Et que faire si, contrairement à l'article 50, §2, du Code, les époux ont désigné une loi applicable pour une partie de leurs biens seulement (par exemple les immeubles), ou deux ou plusieurs lois applicables à des parties de patrimoines? Pour cette dernière hypothèse, la réponse paraît simple : un tel choix ne peut être respecté et le régime matrimonial sera soumis à la loi déterminée par le code à défaut de choix. En revanche, la réponse paraît devoir être nuancée dans le premier cas. Ne pourrait-on pas admettre qu'à la suite d'une volonté implicite, les époux ont entendu soumettre l'ensemble de leurs biens à la loi choisie?⁸⁹

Les époux ont-ils la faculté de « pétrifier » leur régime matrimonial en le soumettant à la loi choisie dans sa teneur ancienne? Il me paraît qu'une réponse négative s'impose lorsque les époux ont fait un choix de loi applicable conformément à l'article 49 du code. Seule cette solution est conciliable avec la méthode des règles de conflit, qui désignent le droit d'un État dans son évolution. En d'autres termes, en cas de choix de loi

⁸⁷ Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 662.

⁸⁸ F. BOUCKAERT, « Artikel 50 », in *Le Code commenté*, p. 273.

⁸⁹ Comp. à propos de la Convention de La Haye de 1978, A. E. VON OVERBECK, « Rapport de la Commission spéciale », *Actes et documents de la treizième session*, Conférence de La Haye de droit international privé, t. II, 1978, p. 167.

applicable, le régime matrimonial est susceptible d'être affecté par une modification législative éventuelle dont il conviendra de tenir compte des règles transitoires⁹⁰.

L'on peut enfin se demander comment régler la question de la désignation d'un droit comprenant plusieurs systèmes de droits territoriaux? Les parties seraient-elles libres, par exemple, de désigner le droit du Québec ou le droit de New York? Une telle référence me paraît conforme aux articles 17§1^{er} et 49 du Code⁹¹.

b. La notion de résidence habituelle

19. La détermination de la résidence habituelle peut susciter certaines difficultés. Le législateur belge a pourtant tenté d'en donner une définition à l'article 4, §2. Il s'agit du lieu où une personne physique s'est établie ou a la volonté de s'établir, à titre principal, de manière durable, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir. Cette résidence ne doit pas être commune; il suffit que les deux époux résident sur le territoire du même État⁹². Même si la notion de résidence s'apprécie en fonction de considérations de fait, l'élément intentionnel⁹³ demeure primordial. Ainsi

⁹⁰ Il en va de même en cas de détermination de la loi applicable à défaut de choix.

⁹¹ Sur le système de droit espagnol où coexistent des droits civils distincts, régionaux (florales) ou spéciaux : E. ARROYO I AMAYUELAS, « Les régimes matrimoniaux en droit espagnol- Entre Code civil et droits régionaux », in A. BONOMI et M. STEINER (éd.), *Les régimes matrimoniaux en droit comparé et en droit international privé*, Lib. Droz, Genève, 2006, p. 147 et s.

⁹² L. BARNICH, "Présentation du nouveau code belge de droit international privé", *Rev. notariat*, 2005, p. 33; H. BOULARBAH, *J.T.*, 2005, n° 27.

⁹³ Cette approche est également consacrée en droit communautaire. Par contre au Québec l'intention des parties ne joue aucun rôle dans la détermination de la résidence habituelle, qui demeure une « notion de fait » (G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 228). Voy. cep. les présomptions destinées à définir le domicile, qui est présumé se situer au lieu de la résidence quand on ne peut pas l'établir avec certitude (ce qui

des étudiants qui habitent après leur mariage dans un pays pour les besoins de leurs études, n'acquièrent pas une « résidence » dans cet État au sens du code⁹⁴. Et si des époux se partagent entre deux résidences, l'une d'hiver et l'autre d'été, ce sont leurs attaches familiales ou patrimoniales qui devraient indiquer « la » résidence.

Pour déterminer le lieu de la résidence, il sera tenu compte en particulier – précise l'article 4, §2, 1^o – « *de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables* » avec un lieu. Deux critères doivent donc guider l'interprète : d'une part, la concentration des intérêts familiaux et patrimoniaux du couple en un lieu déterminé et d'autre part, une certaine durée ou une volonté d'établissement stable manifestée dès l'origine. Certes, dans de nombreux cas, la résidence coïncidera avec le lieu de l'inscription sur le registre de la population ou sur le registre d'attente. L'absence d'inscription ne constitue toutefois pas une présomption de l'absence de résidence habituelle au sens du code. Une personne peut, en effet, avoir « *négligé de s'inscrire ou n'est pas encore inscrite – tout comme, inversement, elle peut avoir négligé de demander la radiation de son inscription* »⁹⁵, alors qu'elle est établie en fait en Belgique ou à l'étranger.

Il va de soi que les époux doivent être attentifs à leur situation concrète au moment du choix de la loi du régime matrimonial. En effet, si dans un contrat de mariage pré-nuptial, ils désignent la loi de l'État A où ils pensent s'établir immédiatement après la célébration du mariage dans un État B, ce choix ne sera pas valable s'ils demeurent dans l'État B ou s'ils décident d'établir leur première résidence dans un État C⁹⁶.

comprend une large part d'appréciation) : G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. I, p. 69.

⁹⁴ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/, p.29.

⁹⁵ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/, p.30.

⁹⁶ Voy. en même sens L. BARNICH, *op. cit.*, p. 34, note 49 et à propos de la Convention de La Haye, A. E. VON OVERBECK, *op. cit.*, p. 155.

D'autres commentateurs ont insisté sur la difficulté qu'il peut y avoir d'apprécier parfois vingt ans plus tard la localisation dans un État de la première résidence des époux. Aussi conseillent-ils à ceux-ci de manifester par écrit, à l'occasion de la désignation de la loi du régime matrimonial dans un contrat pré-nuptial, leur volonté ou leur intention quant à la fixation de leur première résidence⁹⁷.

c. Le moment et la forme du choix de la loi désignée

20. Le choix de la loi du régime matrimonial peut intervenir avant la célébration ou au cours du mariage. Il peut aussi modifier un choix antérieur (art. 50, §1^{er}).

Selon l'article 52, alinéa 1, il doit s'exercer selon la forme prévue par la loi du lieu où il a été fait (*locus regit actum*) ou selon la loi applicable au régime matrimonial au moment de ce choix (*lex causae*). Ce rattachement alternatif s'inspire de l'article 13 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978. Il a été consacré à diverses reprises dans le code en vue de favoriser la validité formelle de l'acte. Le code ajoute une règle de droit matériel : le choix doit au moins « *faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux* » (art. 52, al. 1). Il s'agit d'une exigence minimale, s'imposant même si la loi applicable autorise un choix verbal. Dans la pratique, le choix de la loi du régime matrimonial (et éventuellement celui d'un régime particulier que cette loi organise) se manifestera le plus souvent dans un contrat de mariage pré-nuptial ou à l'occasion d'un acte modificatif du régime.

Quand le choix s'exprime dans un contrat pré-nuptial, se pose de manière particulière la question de savoir comment interpréter la référence au droit applicable « *au moment du choix* ». Il me semble qu'il faudrait, en quelque sorte par « anticipation », s'en remettre aux formes de la loi choisie. La référence à la compétence de la loi applicable à défaut de

⁹⁷ L. BARNICH, *op. cit.*, p. 34 et 35; J.L. VAN BOXTAEL, "Article 51", in *Le Code commenté*, p. 277.

choix (celle désignée par l'article 51, *infra* n°21) paraît artificielle puisque par hypothèse les époux ne sont pas encore mariés et que par voie de conséquence il n'y a pas encore de « régime matrimonial »⁹⁸.

Mais il ne faut pas perdre de vue que si cette loi admet la forme privée, pourront ultérieurement se poser des problèmes de publicité, notamment si le contrat porte mutation entre vifs de droits réels portant sur des immeubles situés en Belgique.

d. À défaut de choix de la loi applicable au régime matrimonial

21. À défaut pour les époux d'avoir choisi la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci se voit soumis à la loi désignée à l'article 51 du code. Il s'agit du droit interne des États visés « à l'exclusion des règles de droit international privé » (art. 16). Le renvoi qui permet de prendre en compte les règles de conflit étrangères est banni du code, alors qu'il avait été récemment consacré par la Cour de cassation en matière d'obligations alimentaires⁹⁹. Ce rejet du renvoi se justifie à plusieurs titres. Ainsi qu'il a été précisé au début de cette contribution, le législateur belge a voulu privilégier l'adoption de règles à rattachements pluraux hiérarchisés définissant un rattachement cadre qu'il appartient à son destinataire ou au juge de réaliser. Ce « travail sur mesure » serait ruiné si l'on permettait l'usage du renvoi désignant une loi à l'aveugle. Il en est de même pour les règles à finalité matérielle, dont le résultat souhaité risquerait de ne pas être atteint si l'on se réfère en définitive à une autre règle de conflit. On verra que le code réserve une exception en

⁹⁸ *Contra* 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*, die Keure, 2003, n° 16 et 17; P. WAUTELET, *Chronique*, p. 67.

⁹⁹ Cass., 17 octobre 2002, *Pas.*, I, p. 1966; *Rev.trim.dr.fam.*, 2003, p. 341, note M. FALLON.

matière successorale, en faveur de l'admission d'un renvoi dit « substantiel » ou « dirigé »¹⁰⁰.

L'article 51, partiellement inspiré de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, consacre des rattachements en cascade sur le modèle de l'échelle de Kegel. Mais inversant l'ordre des rattachements généralement retenus, le Code fait prévaloir la loi de la résidence habituelle des époux même si ceux-ci jouissent d'une même nationalité. Et en cas de changement de la résidence, il appartient de se référer à celle établie pour la première fois après la célébration du mariage. Ce n'est qu'à défaut d'une résidence habituelle dans le même État que l'on passe au rattachement subsidiaire, celui de la nationalité commune des époux.

On peut penser que ce dernier critère sera rarement utilisé. Il n'intervient que dans l'hypothèse où des époux n'auraient jamais fixé leur résidence dans un même pays. Ce pourrait être le cas de couples mariés par procuration à l'étranger et qui n'auraient jamais pu se rejoindre à la suite de problèmes administratifs ou pour des raisons professionnelles¹⁰¹. La nationalité commune doit être acquise « *au moment du mariage* » (art. 51, 2°). Sauf si les époux partageaient la même nationalité avant le mariage, cette condition risque d'être rarement atteinte. L'acquisition de la nationalité par le fait du mariage ne se réalise généralement plus de plein droit (donc au moment du mariage), mais à la suite de procédures volontaires d'acquisition de nationalité, entraînant l'apparition d'un nombre croissant de couples dépourvus d'une unité de nationalité au moment du mariage. Enfin l'abandon par le code de l'approche fonctionnelle de la solution du conflit de nationalité a pour résultat de considérer comme « étrangers » des couples dont l'un possède une nationalité étrangère et la nationalité belge (art. 3, §2, 1°), alors qu'ils auraient pu être tenus antérieurement comme bénéficiant d'une nationalité commune.

¹⁰⁰ Voy. *infra* n° 41.

¹⁰¹ J. L. VAN BOXTAEL, *op. cit.*, p. 278.

La clause d'exception, prévue à l'article 19 du code¹⁰², justifie l'exclusion à titre exceptionnel de la loi normalement applicable quand il est manifeste que dans le même temps elle présente un lien très faible avec l'État dont la loi est désignée et des liens très étroits avec un autre pays. Elle ne peut cependant pas intervenir à l'encontre de la loi choisie par les époux à leur régime matrimonial¹⁰³. Elle permet au juge belge d'écarter la loi désignée par la règle de conflit fondée sur le principe de proximité (la résidence) ou celui de souveraineté (la nationalité) en faveur du droit d'un autre État avec lequel la situation présente un lien beaucoup plus étroit. Selon l'article 19, l'exclusion de la loi normalement applicable est exceptionnelle et suppose qu'en raison des circonstances il apparaît manifestement que la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné par la règle de conflit. Pourrait-on considérer que la première résidence habituelle des époux est écartée, ceux-ci ayant quitté ce pays depuis une vingtaine d'années pour venir s'établir de manière durable en Belgique?¹⁰⁴

22. Lorsque les époux ne possèdent pas une nationalité commune, le code désigne la loi du lieu de célébration du mariage, loi qui a été préférée à la *lex fori* qui s'applique pourtant à titre subsidiaire dans d'autres matières (comme le divorce). Ce n'est pas ici le principe de proximité qui intervient¹⁰⁵; sans doute est-ce le souci d'objectivation qui

¹⁰² Voy. ég. l'article 3082 du Code civil québécois et l'article 15 de la loi fédérale suisse du 18 décembre 1987.

¹⁰³ Ni de la loi choisie en matière successorale (*infra*, n°37).

¹⁰⁴ Voy. en ce sens, en matière de modification du régime matrimonial, Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 652.

¹⁰⁵ Mais celui d'une proximité suffisante : sur cette notion, voy. T. BALLARINO et G. P. ROMANO, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et développements récents », in M. N. JOBARD-BACHELIER et P. MAYER (sous la dir.), *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 42.

a prévalu, le lieu de célébration paraissant plus conforme aux attentes des époux que la loi du for¹⁰⁶.

Dans ce dernier cas de figure, on voit mal comment la clause d'exception pourrait intervenir puisqu'il faudrait qu'une autre loi présente des liens très étroits avec les époux, qui ne partagent, par hypothèse, ni résidence ni nationalité¹⁰⁷.

3. Le domaine de la loi applicable au régime matrimonial

a. La composition des patrimoines et les pouvoirs de gestion

23. Selon l'article 53 du code, le domaine de la loi applicable au régime matrimonial est vaste. Il régit pour l'essentiel la composition des patrimoines ainsi que les pouvoirs de gestion de ceux-ci. C'est la loi du régime (et donc éventuellement la loi choisie) qui détermine quelles catégories de biens vont entrer dans les différents patrimoines des époux (activement et passivement), qui décide du caractère propre ou commun d'un bien, s'il existe ou non une communauté.

Ces questions peuvent néanmoins subir l'influence des règles du régime primaire visées à l'article 48 du code, soumises en principe à la loi de la résidence des époux. On songe à l'article 221 du Code civil belge qui impose une contribution des époux aux charges du mariage proportionnelle à leurs ressources. Le respect de cette disposition du régime primaire ne pose pas de problème lorsque les époux ont décidé de soumettre leur régime matrimonial à la loi belge. Qu'en est-il si les époux ont choisi une loi étrangère (par exemple leur loi nationale marocaine) qui ne dit rien ou impose cette charge exclusivement à l'autre? Il me paraît que cette désignation du droit étranger devrait se

¹⁰⁶ Même si certains parlementaires avaient défendu la compétence de la *lex fori*. Voy. J.L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, p. 279.

¹⁰⁷ Sauf si ce lieu de célébration du mariage était totalement fortuit (P. WAUTELET, *Chronique*, p. 73).

concilier avec la loi régissant les effets du mariage de l'article 48, qui devrait en réalité s'imposer. Les époux (ou futurs époux) devraient dès lors être attentifs à ces questions au moment du choix de la loi de leur régime matrimonial.

24. C'est également la loi du régime matrimonial qui règle la question des pouvoirs respectifs des époux quant à la gestion des biens propres et communs. Cette question se distingue, d'une part, du problème de la capacité générale d'exercice régie par la loi nationale de chacun des époux (art. 34, §1^{er}),¹⁰⁸ et, d'autre part, de celui des incapacités spéciales qui font l'objet d'un traitement séparé à l'article 34, §2, du code. Les pouvoirs de gestion des époux subissent aussi l'incidence des règles du régime primaire visées à l'article 48. Prenons l'exemple de la caution personnelle fournie par l'un des époux pour garantir un emprunt, sans avoir informé son conjoint de cet engagement. La demande tendant à l'annulation de la sûreté relève incontestablement de la loi des effets du mariage visée à l'article 48. En revanche, la détermination de la loi applicable au recours du tiers contre l'époux « garant », s'il est fait droit à la demande d'annulation, demeure discutée. Un tel recours devrait relever de la loi régissant la sûreté annulée puisqu'il s'agit de déterminer les conséquences de la nullité entre les parties contractantes¹⁰⁹. La loi du régime matrimonial est, par contre, décisive si le tiers souhaite poursuivre le paiement de sa créance à l'encontre de l'époux non contractant. Si la demande en annulation est rejetée, se pose le problème du sort de la dette contractée régie sans conteste par la loi du régime matrimonial. Toutefois le recours que l'époux non contractant souhaiterait introduire contre l'autre en raison des conséquences dommageables affectant les intérêts de la famille devrait être soumis à la loi des effets du mariage de l'article 48¹¹⁰.

¹⁰⁸ Avec la possibilité exceptionnelle d'un renvoi, limité cependant au renvoi au premier degré.

¹⁰⁹ Voy. en même sens, P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 200 et 201.

¹¹⁰ Voy. l'article 48, §2, 6°. En même sens, P. WAUTELET, *loc. cit.*

b. Le changement de régime matrimonial

25. La loi applicable au régime matrimonial détermine si les époux peuvent changer de régime matrimonial; dans l'affirmative, à quelles conditions de fond et si le nouveau régime choisi intervient de manière rétroactive ou si les époux ont le droit de le faire agir de manière rétroactive (art. 53, §1^{er}, 4^o). C'est cette loi qui détermine les modalités de passage d'un type de régime à un autre¹¹¹. Quant aux formalités de la mutation, elles relèvent impérativement de la loi du lieu où celle-ci est intervenue (art. 52, al. 2). Le code ne précise pas ce qu'il faut entendre par « formalités »; l'exposé des motifs invoque « les conditions de publicité ». Dès lors l'acte modificatif passé à l'étranger produit des effets en Belgique si les mesures de publicité organisées par la loi locale étrangère ont été respectées. Et si cet acte intervient en Belgique, il doit faire l'objet d'un acte notarié. La question de la loi applicable à l'homologation judiciaire imposée par la loi belge en fonction de l'importance du changement de régime est controversée. Pour certains, elle n'est pas requise quand elle n'est pas imposée par la loi du régime matrimonial, alors que pour d'autres elle doit avoir lieu dès que l'acte modificatif est passé en Belgique même si elle n'est pas prévue par la loi étrangère du régime matrimonial¹¹². Si l'homologation doit s'analyser comme étant une « formalité » au sens du code, elle devrait suivre le sort de la loi de l'État où l'acte modificatif du régime matrimonial est passé. En revanche, l'opposabilité des mutations conventionnelles à l'égard des tiers dépend de la loi du régime matrimonial, et donc éventuellement de la loi choisie (art. 54, §1^{er}).

Quand la loi du régime matrimonial impose l'intangibilité du régime, les époux ont la possibilité de changer de loi applicable. On cite généralement le cas d'époux portugais mariés au Portugal qui viennent

¹¹¹ Et si cette mutation entraîne ou non la dissolution du régime initial. Voy. déjà antérieurement au Code, N. WATTÉ, avec la collaboration de L. BARNICH, *op. cit.*, n°139.

¹¹² Voy. N. WATTÉ, Chronique précitée, *R.C.J.B.*, 2003, p. 518.

ultérieurement s'établir en Belgique. La loi portugaise du régime matrimonial impose l'immutabilité de celui-ci. Aussi ceux-ci pourraient-ils opter en faveur de la loi belge – la loi de leur résidence au moment de leur choix – qui, elle, permet de modifier le régime matrimonial à leur gré. Cette faculté, mise en doute antérieurement, est consacrée expressément par le code qui permet aux époux de modifier, au cours du mariage, la loi applicable à leur régime (art. 50, §1^{er}). Ce changement de la loi du régime matrimonial peut aussi entraîner un changement de régime. Par le choix d'une autre loi, les époux peuvent aussi se voir soumis à un autre type de régime légal. Mais il peut être aussi le fait de la volonté des époux. Ceux-ci souhaitent se placer sous un autre type de régime matrimonial, et ils veulent aussi que ce dernier soit régi par une autre loi. Cette double mutation, dorénavant possible, permet aux époux d'échapper au principe de la permanence du régime matrimonial. Ainsi des Français, mariés sous le régime légal belge de la communauté réduite aux acquêts de l'État de leur première résidence, peuvent valablement décider d'adopter le régime de la séparation de biens de la loi française, ou inversement.

26. La loi nouvellement choisie n'a, en principe, d'effets que pour l'avenir (art. 50, §3.). Les patrimoines des époux, au moment du choix, restent soumis à la loi antérieurement applicable. Selon une image rappelée par A. E. von Overbeck, les époux traînent «*derrière eux un train comportant autant de wagons qu'il y a eu de lois successivement applicables à leur régime matrimonial*»¹¹³. Aussi les époux vont-ils voir les biens acquis antérieurement soumis à une loi (et à un type de régime) et les biens futurs régis par la loi nouvelle (et à un autre type éventuel de régime). Une telle succession dans le temps de régimes matrimoniaux soumis à des lois différentes ne serait soumise à aucune formalité autre que celle de la déclaration de loi applicable¹¹⁴. Mais le passage d'un

¹¹³ *Op. cit.*, p. 147.

¹¹⁴ F. BOUCKAERT, « Artikel 52 », in *Le Code commenté*, p. 284 et 285; Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 676.

régime à un autre (comme un régime de communauté à celui de séparation) peut cependant entraîner des difficultés qui ne pourront parfois être résolues que par l'établissement d'un inventaire voire d'un acte de liquidation.

On peut se demander si la seule déclaration de la loi applicable n'est pas en contradiction avec les termes de l'article 50, §2, du code qui précise que le choix du droit applicable doit porter sur l'ensemble des biens des époux alors que ceux-ci limitent ici leur choix aux seuls biens futurs. L'article 50 §3, qui prévoit que le changement de la loi applicable résultant d'un nouveau choix des époux n'a d'effet que pour l'avenir, conforte une telle limite¹¹⁵.

En principe, le recours à l'option de la loi applicable n'a d'effet que pour l'avenir. Toutefois, les époux peuvent, conformément à la même disposition de l'article 50, décider que le choix de la nouvelle loi s'opère de manière rétroactive. Dans cette hypothèse, les biens soumis initialement à l'ancien régime se trouvent réunis en une nouvelle masse de biens. On peut penser que dans ce cas, les époux n'échapperont pas à l'exigence de « formalités » comme celles de l'homologation¹¹⁶. Cette rétroactivité de la loi nouvellement choisie ne peut pas porter atteinte aux droits acquis par les tiers sous l'ancienne loi du régime matrimonial.

¹¹⁵ Voy. en même sens, F. BOUCKAERT, *op. cit.*, n°13; « Artikel 50 », in *Le Code commenté*, p. 285; P. WAUTELET, *Chronique*, p. 76, n°93.

¹¹⁶ Voy. ég. P. WAUTELET, *Chronique*, p. 76.

c. La liquidation et le partage du régime matrimonial

27. La dissolution¹¹⁷ et la liquidation du régime matrimonial sont régies par la loi du régime matrimonial (art. 53, §1^{er}, 6°). La loi du régime matrimonial régit l'ensemble des opérations de liquidation. Elle s'étend, par exemple, à la monnaie d'évaluation des reprises et récompenses ainsi qu'à leur preuve. Les époux ont cependant la liberté d'organiser des modes particuliers de preuve dans leur contrat de mariage. L'administration de la preuve reste toutefois soumise à la *lex fori*. Mais c'est la loi successorale qui détermine les droits échus au conjoint survivant en cas de dissolution du régime matrimonial par le décès de l'un des époux (art. 80, §1^{er}, 2, *infra*, n°45).

C'est la loi du régime matrimonial (et éventuellement la loi choisie) qui s'applique au partage, qui constitue « *l'ultime phase* » du régime matrimonial. Elle peut ainsi prévoir, comme la loi belge, des clauses de partage inégal (une clause d'attribution totale de la communauté au survivant), même si la loi nationale des époux n'autorise pas un tel partage (par exemple, la loi italienne¹¹⁸). S'agissant d'un avantage matrimonial, il faut toutefois se demander si sa réduction potentielle ne devrait pas être appréciée à l'aune du droit successoral¹¹⁹.

¹¹⁷ Il ressort de la comparaison des dispositions législatives relatives aux régimes matrimoniaux et au divorce que c'est la loi du régime matrimonial qui devrait indiquer la date de prise de cours de la cessation du régime matrimonial et le caractère éventuellement rétroactif de celle-ci. On pouvait antérieurement hésiter entre la compétence de ces deux lois. En outre, la jurisprudence avait parfois considéré qu'il s'agissait d'une question de procédure (Civ. Liège, 5 déc. 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 580).

¹¹⁸ Art. 210 du Code civil italien. Voy. F. SALERNO et D. DAMASCELLI, « Italie », in *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, M. VERWILGHEN (réd.), Bruylant, 2003, p. 1607, n°91.

¹¹⁹ P. WAUTELET, « Chronique de droit à l'usage du notariat. Droit international privé (1997-2003) », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Larcier, p. 34; voy. ég. J.L. VAN BOXTAEL, « L'avantage matrimonial et le conflit de lois », in *Mélanges*

On peut aussi penser que devrait être soumis à la loi du régime matrimonial le partage du patrimoine familial organisé par le droit québécois¹²⁰.

Mais selon l'article 53, §2, c'est la loi réelle, la loi de la situation des biens, qui régit le mode de composition (par exemple, s'il s'agit de biens en nature) et d'attribution des lots. On peut toutefois se demander si ces questions ne sont pas tellement liées aux règles du partage qu'il faudrait ici imposer la compétence de la loi du régime matrimonial¹²¹. Apparemment, ce sont des raisons pratiques d'effectivité qui auraient justifié la compétence de la loi locale¹²².

Il va de soi qu'en cas de partage amiable, les époux ont la liberté de soumettre celui-ci à la loi de leur choix. Celui-ci se justifie par référence à l'article 98 du code qui étend l'application de la Convention de Rome, du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles aux matières que cette dernière exclut. Et si le partage est judiciaire, ce sont les règles de la *lex fori* qui s'imposent¹²³.

d. Les relations avec les tiers

28. D'après l'article 54, §1^{er}, la loi du régime matrimonial s'applique également à l'opposabilité du régime aux tiers, qui peut éventuellement imposer des conditions de publicité dont la réalisation en Belgique

offerts à Roland de Valkeneer à l'occasion du 125^e anniversaire de la revue du notariat belge, Bruylant, 2000, p. 487 et s. (part. p. 502 et s.).

¹²⁰ Sur cette question au Québec, voy. J.A. TALPIS, « La distribution équitable des biens des époux en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, p. 300 et s.

¹²¹ Voy. Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 669. Bien qu'elle ait une incidence sur le « mode de composition de lots », l'attribution préférentielle de certains biens devrait aussi dépendre de la loi du régime matrimonial.

¹²² Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 110.

¹²³ F. BOUCKAERT, « Artikel 53 », in *Le Code commenté*, p. 292.

pourra soulever des difficultés¹²⁴. En d'autres termes, l'opposabilité du régime d'un couple belgo-québécois ayant choisi un régime particulier du droit québécois est régie par la loi québécoise choisie. Un mécanisme de protection assez complexe, inspiré de la jurisprudence française *Lizzardi* et de l'article 8, al. 2 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, est organisé en faveur des tiers en vue de limiter la compétence de la loi du régime matrimonial¹²⁵.

La loi de l'État de la résidence habituelle du tiers l'emporte si l'époux débiteur possédait une résidence dans le même État au moment de la naissance de la dette. Mais l'application de cette loi de la résidence commune du tiers créancier et de l'époux débiteur est elle-même écartée au profit de la loi du régime si le tiers concerné ne pouvait ignorer le régime matrimonial de son débiteur. Cette connaissance se fonde sur les circonstances décrites à l'article 54, §1^{er} al. 2 :

- 1° les conditions de publicité ou d'enregistrement de la loi du régime matrimonial ont été réalisées; ou
- 2° le tiers créancier connaissait le régime ou ne l'a ignoré qu'en raison d'une imprudence; ou
- 3° les règles de publicité immobilière ont été respectées dans l'État de la situation de l'immeuble.

Par exception à l'article 48, la solidarité des époux pour les dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins du ménage ou l'éducation des enfants dépend de la loi du régime matrimonial. Toutefois, le tiers créancier peut invoquer la loi de l'État de sa résidence habituelle si l'époux débiteur avait sa résidence dans cet État lorsque celle-ci lui permet de s'adresser à l'autre époux pour le paiement de sa dette alors

¹²⁴ L. BARNICH, *op. cit.*, p. 41; P. WAUTELET, *Chronique*, p. 76. Il est vrai que la publicité organisée par le droit belge en matière de régimes matrimoniaux est assez sommaire.

¹²⁵ À ma connaissance, un tel régime de protection des tiers n'existe pas au Québec.

que la loi du régime ne l'autorise pas. Dans ce cas, le sort final de cette dette entre les époux se règle conformément à la loi du régime matrimonial.

e. Le droit transitoire

29. Le code n'organise pas de règle de droit transitoire particulière pour les régimes matrimoniaux. Aussi faut-il s'en remettre aux règles générales de l'article 127.

Par référence à l'article 127, §1^{er}, les nouvelles règles de conflit de lois s'appliquent aux mariages célébrés et aux contrats de mariages conclus après le 1^{er} octobre 2004. Mais cette disposition prévoit aussi que les nouvelles règles s'appliquent également aux effets produits après son entrée en vigueur par les actes et les faits juridiques survenus avant celle-ci.

Dans quelle mesure les nouvelles règles du code sur les régimes matrimoniaux peuvent-elles s'appliquer aux effets produits après le 1^{er} octobre 2004 par des mariages survenus avant cette date? Le code étant muet sur cette délicate question, il appartient de se prononcer sur la nature du régime matrimonial. Cette interrogation n'est pas nouvelle; elle s'était déjà posée à l'occasion de la modification de la règle de conflit par la Cour de cassation ayant abandonné le rattachement à la loi nationale du mari en faveur de la loi du domicile conjugal. Les effets du régime matrimonial sont-ils fixés une fois pour toutes à la date de célébration du mariage, avec la conséquence que les mariages antérieurs à l'entrée en vigueur du code demeureraient soumis aux règles jurisprudentielles antérieures? Ou les mariages conclus antérieurement au 1^{er} octobre 2004 continuent-ils de produire des effets postérieurement à cette date, auquel cas ces derniers effets seraient régis par les nouvelles règles entraînant l'application de plusieurs lois compétentes suivant les époques de la vie des époux. Il semble que la première interprétation doit l'emporter. Le régime matrimonial constitue une situation « instantanée »

définitivement accomplie, qui épuise tous ses effets au jour de la célébration du mariage¹²⁶.

Pour ce qui concerne les contrats de mariages conclus avant le 1^{er} octobre 2004, ceux-ci ne sont pas – comme n'importe quel autre contrat – affectés par les règles du code.

Il convient de signaler que le code organise une exception à l'article 127, §2, d'après lequel « *Un choix du droit applicable par les parties antérieur à l'entrée en vigueur (du code) est valable s'il satisfait aux conditions (du code)* ». En d'autres termes, un choix de la loi du régime matrimonial conforme aux dispositions du code est valable même s'il a été fait dans un contrat passé avant son entrée en vigueur, alors que l'ancienne règle de conflit ne le permettait pas.

Mais les époux, mariés avant le 1^{er} octobre 2004, sans avoir passé de convention matrimoniale, bénéficient-ils de la faculté offerte par l'article 49 de désigner la loi de leur régime matrimonial? Il faut revenir à la règle générale de l'article 127, §1^{er}. Ce choix doit être considéré comme valable s'il est effectué après l'entrée en vigueur du code et selon les conditions qu'il fixe¹²⁷.

30. Lorsqu'il s'agit d'une matière visée à l'article 48, les règles du code s'appliquent immédiatement aux effets du mariage produits après son entrée en vigueur, même à l'égard d'époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004 (art. 127, §1^{er}). Mais les règles anciennes n'ont pas perdu toute influence. Elles sont toujours d'application aux actes conclus avant l'entrée en vigueur du code dont les effets sont instantanés. La réponse dépend aussi, comme pour le régime matrimonial, de l'analyse de l'acte en cause. Faut-il par exemple considérer que l'émission d'une caution

¹²⁶ Voy. antérieurement au Code dans le même sens, Cass, 9 décembre 1993, *Pas.*, I, p. 665. Voy. en même sens, L. BARNICH, *op. cit.*, p. 37; J.L. VAN BOXSTAEL, « Article 51 », in *Le Code commenté*, p. 280; P. WAUTELET, *Chronique*, p. 79.

¹²⁷ Voy. en même sens, P. WAUTELET, *Chronique*, p. 80.

par l'un des époux avant le 1^{er} octobre 2004 épuise ses effets au jour de sa constitution ou qu'elle produit au contraire des effets jusqu'à son extinction. Dans le premier cas, elle relève entièrement des anciennes règles de conflit, alors que dans la seconde hypothèse, les nouvelles règles sont applicables. La seconde interprétation paraît l'emporter. Les quelques commentateurs semblent favorables à l'application immédiate des règles de l'article 48, sans évidemment que puisse être remise en question la validité des actes régulièrement accomplis sous l'empire des anciennes règles¹²⁸.

B. Le régime des biens entre les partenaires

1. La création des partenariats

31. Ainsi qu'on l'a déjà relevé, le code s'attache aux personnes se trouvant dans « une relation de vie commune » dont l'article 58 donne une définition restrictive, inspirée du droit interne. Il s'agit d'un partenariat qui a donné lieu à un enregistrement et qui ne produit pas d'effets équivalents à ceux du mariage¹²⁹. Cette notion – on l'a souligné¹³⁰ – peut donner lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation.

Le parallélisme des facteurs judiciaire et législatif est ici abandonné. La loi du lieu de l'enregistrement du partenariat est privilégiée, sans accorder un rôle au critère de la résidence indispensable pourtant pour fonder la compétence internationale des autorités belges.

La conclusion d'une relation de vie commune en Belgique ne peut, en effet, s'y réaliser que si les partenaires ont leur résidence en Belgique (art. 59, al. 2). La notion de résidence, telle que déjà précisée, devrait en

¹²⁸ C. BARBÉ, « Article 48 », in *Le Code commenté*, p. 266; J.L. VAN BOXSTAEL, « Le régime matrimonial dans l'espace-temps. Brève excursion à travers les planètes », *Rev. not.*, 2006, p. 322; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 198.

¹²⁹ Voy. sur cette définition, *supra* n°7 et s.

¹³⁰ *Supra*, n°9 et 10.

principe correspondre à celle de domicile retenu en droit interne belge, similaire à celle de résidence définie dans le code¹³¹.

Et l'enregistrement de la cessation de la relation de vie commune ne peut être faite par les autorités administratives belges que si la conclusion de la relation a été enregistrée en Belgique (art. 59, al. 3).

Il est exigé un lien objectif entre les futurs partenaires et le territoire belge, ce qui n'est pas le cas en matière de mariage. Celui-ci peut être célébré en Belgique en raison de la seule nationalité belge de l'un des futurs époux ou si l'un des futurs époux a établi sa résidence dans notre pays depuis trois mois (art. 44). Voudrait-on favoriser la conclusion de mariages et notamment ceux de personnes de même sexe?

Cette exigence de lien avec le territoire belge a été justifiée par des questions d'organisation administrative. Elle se réfère implicitement à la volonté d'absence de fraude dans le chef des étrangers dont la loi nationale ne connaît pas la « relation de vie commune ». Telle n'a pas été l'attitude adoptée par le législateur québécois puisqu'il semble possible que deux étrangers puissent enregistrer un partenariat au Québec sans qu'ils y possèdent un domicile ou une résidence¹³².

32. Lorsqu'il s'agit d'institutions créées à l'étranger, le code a maintenu la référence aux règles de conflit. Celui-ci n'envisage pas, sans doute à tort, la validité des mariages et des relations de vie commune conclus à l'étranger sous l'angle de la reconnaissance d'actes publics étrangers¹³³.

¹³¹ Sur cette question de droit belge, voy. S. FRANCO, *op. cit.*, p. 265 et 266.

¹³² G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 52.

¹³³ Voy. sur cette méthode, voy. G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 56 et s. et auteurs cités. En Belgique, voy. L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé. Essai de méthode*, Bruylant, 2001. Comp. les travaux du GEDIP à la quatorzième réunion (Tenerife, 17-19 septembre 2004), le compte rendu des séances de travail et la proposition de K. SIEHR. Il est vrai que si l'on se place sous l'angle de la reconnaissance « traditionnelle » des actes publics « véritables », le code impose un

Les partenariats enregistrés à l'étranger, répondant à la définition de l'article 58, sont reconnus en Belgique s'ils ont été valablement créés conformément à la loi applicable, c'est-à-dire à la loi étrangère du lieu d'enregistrement (art. 60, al. 2). En revanche, la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger donne lieu à un double contrôle. Elle n'est admise, d'une part, que si la validité formelle du mariage est conforme à la loi du lieu de célébration (art. 47) et, d'autre part, que si la loi nationale des futurs époux a été respectée (art. 48). Une exception notable est organisée en faveur du mariage de personnes de même sexe : celui-ci est néanmoins valable si l'une des personnes possède la nationalité d'un État qui permet un tel mariage ou s'il a établi sur le territoire de cet État sa résidence (art. 46, 2 du Code)¹³⁴.

En d'autres termes, la création d'une « relation de vie commune » est soumise à la loi de l'enregistrement et de la résidence des partenaires quand elle est réalisée en Belgique; il est fait référence à la seule loi de l'enregistrement quand elle intervient à l'étranger.

Dès lors que le partenariat créé à l'étranger est reconnu, le code admet qu'il produise en Belgique tous les effets prévus par la loi étrangère, sauf l'intervention éventuelle de l'ordre international public belge à l'encontre de certains d'entre eux.

Le droit belge s'écarte ici de certains droits étrangers, qui comme le droit allemand impose des limites à la compétence de la loi étrangère par référence à la loi du for. Selon cette législation, les effets du partenariat

contrôle de la loi appliquée par l'autorité étrangère au regard des règles belges de conflit de lois (art. 27).

¹³⁴ Voy. ant. au Code, la circulaire du 23 janvier 2004 relative à l'entrée en vigueur de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe qui imposait aux officiers de l'état civil d'écarter la compétence de la loi étrangère exigeant la différence de sexe dès que l'un des futurs époux avait la nationalité belge ou résidait en Belgique. Il est à noter que l'article 46, al. 2 est applicable aux mariages célébrés à partir du 1^{er} juin 2003 (art. 127, §3 du Code).

étranger ne peuvent pas dépasser ceux d'un partenariat organisé par le droit allemand¹³⁵.

On ne reviendra plus ici, compte tenu de l'espace restreint de la présente étude, sur les arguments ayant fondé le rattachement de la « relation de vie commune » à la loi de son enregistrement : respect de l'attente des parties et de la loi validant l'institution du partenariat, permanence du statut inconnu dans plusieurs pays. On peut aussi penser qu'en adoptant cette loi, le législateur belge a voulu permettre l'accès du partenariat aux couples dont la loi nationale l'ignore. On sait pourtant qu'il a utilisé d'autres mécanismes quand il a voulu éviter les discriminations entre Belges et étrangers. Et si l'on a souhaité accorder plus de poids à la volonté des futurs partenaires n'aurait-il pas été plus simple, comme l'a suggéré notre collègue G. Goldstein¹³⁶, d'admettre le choix de la loi applicable quant aux conditions de fond du partenariat, la forme restant soumise à la loi de l'État de l'enregistrement.

2. Les effets des partenariats

33. L'article 60, al. 2, du code rattache l'ensemble des effets de la « relation de vie commune » au seul droit de l'État de l'enregistrement du partenariat. Initialement la détermination de la loi applicable était calquée sur celle du mariage. Critiqué par le Conseil d'État, ce système fut maintenu dans les propositions de lois ultérieures, pour être finalement abandonné lors des discussions au Sénat, en faveur de la loi du lieu d'enregistrement. Ce n'est pas le principe de proximité qui a ici guidé le législateur dans le choix de la règle de conflit de lois. Ce sont des considérations liées à la sécurité juridique et à la diversité des législations étrangères dont la compétence aurait pu avoir pour

¹³⁵ Art. 17a du Code civil introduit par la loi relative à l'élimination de la discrimination à l'égard des unions homosexuelles (du 16 février 2001, *Bundesgesetzblatt*, 2001.I.266, publié en français dans la *Rev. crit. d.i.p.*, 2001, p. 772).

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 196.

conséquence d'organiser des effets plus restreints, ou plus étendus, que ceux auxquels les partenaires s'attendaient¹³⁷.

Il est fait référence à une loi unique, la loi du lieu de l'enregistrement du partenariat, qui englobe tous les aspects de la relation, de sa création à sa cessation. C'est donc ce droit qui régit les conditions d'établissement de la relation, mais aussi l'ensemble de ses effets et également les causes et les conditions de sa cessation.

On évite ainsi le dépeçage, voulu en matière de mariage, entre la création, les effets et la dissolution du partenariat. Tel n'est pas le cas du droit québécois, qui soumet la formation et les effets de l'union civile à la loi du lieu de célébration, à l'exception des effets « primaires » et du régime matrimonial régis par les mêmes règles que celles applicables aux époux (art. 3090.1 du Code civil).

Le dépeçage sera pourtant inéluctable en droit international privé belge notamment pour l'effet successoral régi par la loi successorale (voy. *infra*, n°42 et s.).

Pour faire face aux difficultés résultant de migrations, il est tenu compte, à l'article 60, al. 1, du code, de la loi de l'État sur le territoire duquel le partenariat a donné lieu « à *enregistrement pour la première fois* ». Une telle solution du conflit mobile présente l'inconvénient de soumettre les effets actuels de la relation de vie commune à la loi d'un État que les partenaires peuvent avoir quitté depuis fort longtemps. La clause d'exception prévue à l'article 19 est-elle susceptible ici d'intervenir? Il me semble, avec Candice Barbé, qu'au vu des intentions rappelées du législateur, celle-ci ne pourrait pas intervenir¹³⁸. Mais si des partenaires s'installent durablement dans un pays autre que celui du premier

¹³⁷ Rapport Sénat précité, p. 129 et s. et 329 et s. Voy. ég. G. KESSLER, *Les partenariats en droit international privé*, p. 120 et s.

¹³⁸ « Les relations de vie commune », in *J.T.*, 2005, p. 46, n°156; *contra* J.Y. CARLIER, « Article 60 », in *Le Code commenté*, p. 321.

enregistrement, ceux-ci pourraient mettre fin à leur partenariat ancien et adopter l'institution du pays de leur résidence.

34. Les règles relatives aux régimes matrimoniaux de personnes mariées, qui ont été esquissées, ne peuvent s'appliquer, même par analogie, aux partenaires engagés dans une relation juridique considérée comme « relation de vie commune » au sens de l'article 58 (dans les liens du Pacs français ou du partenariat luxembourgeois, par exemple)¹³⁹. Il n'y a pas de règles spécifiques suivant les effets, personnels ou patrimoniaux, qui s'attachent à une telle relation¹⁴⁰.

Les effets patrimoniaux du partenariat sont donc régis par la loi du premier enregistrement de la relation de vie commune. Dans quelle mesure les partenaires peuvent-ils choisir, comme les personnes mariées, la loi applicable au régime de leurs biens? Il faudrait admettre que ceux-ci disposent d'un tel choix lorsque celui-ci est organisé par la loi de l'enregistrement et sous la réserve que la loi choisie connaît l'institution du partenariat en cause¹⁴¹. Cette solution s'écarte du droit québécois qui admet un choix de loi illimité aux « régimes matrimoniaux » des personnes liées par une union civile, à l'instar des obligations contractuelles¹⁴². Quant au droit néerlandais, il limite le choix à une loi

¹³⁹ Il n'en va pas de même pour les relations de vie commune qui créent des liens équivalents au mariage soumises aux règles des régimes matrimoniaux comme les couples mariés (*supra*, n°12).

¹⁴⁰ On pourrait ici aussi se demander dans quelle mesure les lois de police du lieu de résidence des partenaires ne peuvent pas s'imposer à l'encontre de la loi de l'enregistrement (G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 320 et s.) Voy. sur cette question à propos des couples mariés, *supra* n°14.

¹⁴¹ Mécanisme de l'option de loi (*supra*, n° 12). Mais ne faudrait-il pas respecter la possibilité d'un choix illimité si la loi de l'enregistrement va dans ce sens?

¹⁴² Art. 3122 du Code civil. L'art. 3124 du Code civil vise la validité de la mutabilité de ces régimes matrimoniaux.

connaissant le partenariat¹⁴³. Le choix de la loi applicable au régime des biens doit, en principe, s'exercer lors du premier enregistrement du partenariat. L'on pourrait cependant admettre qu'il puisse, sous la réserve des droits des tiers, être ultérieurement exercé si la loi de l'enregistrement permet une mutabilité du régime.

35. Pour ce qui concerne l'opposabilité aux tiers, l'article 60, al. 3 du code organise une application analogique de l'article 54 qui détermine la loi applicable à l'opposabilité des régimes matrimoniaux (voyez *supra*, n°28). Une telle formule, qui se justifiait dans un système parallèle au mariage, a été maintenue malgré l'abandon de celui-ci. Comment dès lors interpréter la référence à la loi du régime matrimonial de cet article 54? Il me semble qu'il s'agit de la loi du lieu du premier enregistrement du partenariat puisque c'est cette loi qui s'applique aux effets de la relation de vie commune sur les biens des partenaires (art. 60, al.2)¹⁴⁴. C'est donc la loi de l'enregistrement qui règle la question de la solidarité des dettes contractées par l'un des partenaires pour les besoins du ménage, sauf si le tiers et le partenaire débiteur avaient leur résidence sur le territoire du même État au moment de la naissance de la dette. Dans ce cas, il est fait application de cette loi, sauf si cette dernière « *ne connaît pas la relation de vie commune* » (art. 60, al. 3).

¹⁴³ Loi du 6 juillet 2004 sur les conflits de lois en matière de partenariat enregistré (*Staatsblad*, n°324, 15 juill. 2004, publiée en français dans la *Rev. crit. d.i.p.*, 2005, p. 538) si les partenaires n'ont pas cependant pas fait de choix de loi applicable à leur régime patrimonial; la loi néerlandaise s'applique néanmoins à certaines questions, comme la solidarité des dettes (art. 5, § 3) et la cessation de la relation (art. 23, § 1^{er}), sauf choix exprimé dans ce dernier cas par les partenaires (art. 23, §§ 2 et 3).

¹⁴⁴ Comp. ég. l'art. 60, al. 3 qui rappelle la compétence de la loi du lieu d'enregistrement. Voy. en même sens, C. BARBÉ, *loc. cit.*; S. FRANCOQ, *op. cit.*, p. 272; P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 198; *contra*, J.Y. CARLIER, *loc. cit.* qui invoque la compétence de la loi de la première résidence habituelle commune.

IV. LA VOLONTÉ DU DÉFUNT DANS LE CHOIX DE LA LOI SUCCESSORALE

A. Introduction

36. Malgré l'évolution du droit conventionnel¹⁴⁵ et du droit comparé¹⁴⁶ dont le code s'inspire pourtant, celui-ci a néanmoins confirmé, dans les grandes lignes, l'ancien système dualiste des règles de conflit entraînant nécessairement la scission de la succession même quant à sa dévolution. Il a toutefois systématisé le droit prétorien antérieur et est venu préciser quelques solutions demeurées incertaines. Mais il a aussi introduit le principe de l'unicité des successions internationales par le biais de l'option de lois applicables, mécanisme cependant en grande partie limité par les amendements législatifs apportés au texte initial. Contrairement aux régimes matrimoniaux, la faculté de choisir la loi successorale est organisée dans une disposition ultérieure à celle du code qui détermine la loi applicable aux successions de manière objective¹⁴⁷. Un tel renversement de priorité dans l'exposé des règles dénonce la timidité du législateur dans une matière où l'autonomie de la volonté paraît être difficilement acceptée en Europe. Celle-ci d'ailleurs, quand elle est tolérée, est limitée quant au choix de la loi applicable; son champ d'application se trouve en outre parfois réduit dans certains pays à certains biens « nationaux ». Ainsi, le droit international privé allemand

¹⁴⁵ La Convention de La Haye, du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort n'a été ratifiée que par les Pays-Bas; elle a été signée par l'Argentine, le Luxembourg et la Suisse. Sur le droit communautaire, voy. *supra* la note 7.

¹⁴⁶ Voy. not. M. HAYTON (éd.), *European Successions Laws*, 3^e éd., Jordans; M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités- Droit international privé et droit comparé*, Bruylant, 2003; voy. ég. les rapports nationaux disponibles à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

¹⁴⁷ Ce mécanisme de la « *professio juris* » est admis en Suisse depuis 1891 : A. BONOMI et J. BERTHOLET, « La *professio juris* en droit international privé suisse et comparé », in F. BIANCHI (dir.), *Mélanges*, Association des notaires vaudois, A l'occasion de son centenaire, 2005, p. 357.

n'admet que la seule désignation du droit allemand et uniquement si elle porte sur des biens immobiliers localisés en Allemagne¹⁴⁸.

L'article 912 du Code civil qui permettait à certains héritiers de prélever, sur les biens situés en Belgique, une portion égale à celle dont ils avaient été privés par application de la loi successorale étrangère est abrogé (art. 139, 6° du code). Ce mécanisme, perturbateur des règles de conflit de lois, trouvait sa raison d'être dans la suppression du droit d'aubaine, qui permettait de confisquer l'héritage d'un étranger au profit de l'État¹⁴⁹. Ce droit de prélèvement existe toujours au Québec; il est organisé à l'article 3100 du Code civil¹⁵⁰.

Il faut encore signaler que le code a introduit, dans le droit international privé belge, le trust valablement constitué à l'étranger sous un régime étranger. L'accueil de cette institution, inconnue du droit national, avait suscité des difficultés de qualification, résolues aujourd'hui. Le trust est admis en Belgique en tant que tel et des règles particulières déterminent la loi applicable et ses effets (art. 122 et s.). Le code neutralise cependant les effets de la loi choisie par le constituant (futur défunt) sur les droits des héritiers réservataires (art. 124, §3).

¹⁴⁸ Art. 25, 2 de la loi du 25 juillet 1986. Pour un exposé de droit comparé, voy. F. BOULANGER, *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, 2004; A. VERBEKE et Y.H. LELEU, « Harmonization of the Law of Succession in Europe », in *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2^e éd., 1998.

¹⁴⁹ Sur l'évolution du droit de prélèvement en Belgique, voyez N. WATTÉ, *Les successions internationales. Conflits de lois- Conflits de juridictions*, Répertoire Notarial, t. XV, Larcier, 1992, n° 107 et s., p. 117 et s.

¹⁵⁰ Il s'agit d'une règle destinée à faire respecter l'application de la loi successorale désignée par les règles de conflit québécoises sur les biens situés au Québec (sur la qualification de cette règle, voy. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. II, p. 961 et s., n°516. Comp. en droits belges et français, les réf. citées à la note précédente).

B. Le choix de la loi successorale

1. La loi choisie

37. S'inspirant de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 et de la loi suisse¹⁵¹, l'article 79 du code permet au futur défunt de choisir la loi applicable à sa succession. Cette loi est unique puisqu'elle doit régir l'ensemble des biens successoraux alors que la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 admet un certain dépeçage¹⁵². Le code est muet sur la question de la détermination de la loi applicable à l'existence et au consentement du futur défunt quant à la désignation de la loi choisie. Par analogie avec la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989, il faudrait admettre de s'en remettre à la loi choisie¹⁵³. Et à défaut de consentement ou d'un consentement valable, la loi successorale sera déterminée conformément à l'article 78 du code.

L'option de lois applicables est limitée aux lois¹⁵⁴ avec lesquelles le futur défunt est présumé avoir des liens objectifs. Le choix ne peut porter que sur la loi nationale du défunt ou sur la loi de sa résidence habituelle. De quelle nationalité ou de quelle résidence habituelle faut-il tenir compte si le *de cuius* a changé de nationalité ou de résidence entre le moment du

¹⁵¹ La loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987.

¹⁵² Art. 5 et 6. D.M. WATERS, « Rapport explicatif », in *Actes et documents de la seizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, t. II, 1990, p. 558 et s. Il est regrettable que le Code n'ait pas réservé la possibilité de soumettre les immeubles à une loi différente, même si ce système réintroduit une scission de la succession. C'est une solution fréquente dans la pratique.

¹⁵³ Art. 5, 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989.

¹⁵⁴ Il s'agit de désigner la loi d'un État dans son ensemble, avec ses modifications ultérieures éventuelles, alors que la Convention de La Haye de 1989 permet aussi d'incorporer dans le testament une loi matérielle (D.M.WATERS, *op. cit.*, p. 560). La solution du droit belge est aussi celle du droit québécois (G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. II, p. 955).

choix de la loi applicable et celui de son décès? L'article 79, s'inspirant de la règle conventionnelle de La Haye, autorise le futur défunt à désigner la loi de la nationalité ou la loi de la résidence qu'il possède au moment de cette désignation. Mais le choix de la loi successorale est aussi valable si la loi choisie est celle de la nationalité ou de la résidence existant au moment du décès¹⁵⁵.

Le droit québécois va dans le même sens d'une option de lois applicables alors qu'il admet un choix illimité de loi en matière de régimes matrimoniaux. L'article 3098, al. 2, du Code civil prévoit, en effet, que le testateur peut choisir la loi de sa nationalité ou la loi de son domicile existant au moment du choix ou du décès. Il permet, en outre, de soumettre les immeubles à la loi de leur situation¹⁵⁶.

Le critère de la résidence s'apprécie conformément à l'article 4, §2 du code (voyez *supra*, n°19). Quant à la nationalité, celle-ci sera déterminée conformément à la loi étrangère¹⁵⁷. Des problèmes pourront surgir en cas de conflits de nationalité, qui devraient se régler par référence à l'article 3, §2 du code. Et en cas de conflit entre la nationalité belge et une

¹⁵⁵ Comp. les solutions divergentes en Suisse (art. 90, al. 2 de la loi de 1987) et en Italie (art. 46, 2 de la loi de 1995) quand la loi nationale ou la loi de la résidence ne correspond plus au moment du décès à la nationalité ou à la résidence existant au moment du choix. Voy. aussi la réserve organisée à l'article 24, 1, c de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989.

¹⁵⁶ Voy. sur cette disposition, G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. II, p. 951 et s., n° 514. À défaut de choix, on se réfère au rattachement objectif prévu à l'article 3098, al. 1, du Code civil. La solution est donc ici aussi différente de celle adoptée en matière de contrat de mariage où l'on accepte l'absence de choix (contrairement au droit international privé belge).

¹⁵⁷ Conformément à l'article 1^{er} de la Convention, de La Haye, du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, en vigueur en Belgique depuis le 2 juillet 1939. Ce principe est rappelé à l'article 3, §1 du code.

nationalité étrangère, la première devrait l'emporter (art. 3, §2, 1^o)¹⁵⁸. On peut toutefois se demander si la clause d'exception de l'article 19 ne pourrait pas ici intervenir en faveur de la seconde si la situation en cause présente des liens distendus avec la Belgique voire ne présente pas de lien avec notre pays alors qu'elle est liée très étroitement à cet autre État.

38. La faculté de choisir, même de manière réduite, la loi successorale n'a été accordée par le législateur belge qu'à la condition de préserver les droits des héritiers réservataires. L'article 79, al. 1 prévoit, en effet, que la désignation de la loi successorale « *ne peut avoir pour résultat de priver un héritier d'un droit à la réserve que lui assure le droit applicable en vertu de l'article 78* »¹⁵⁹. En d'autres termes, la loi choisie (la loi nationale ou la loi de la résidence habituelle du défunt) ne peut porter atteinte aux droits réservataires dont bénéficieraient un ou plusieurs héritiers en vertu de la (ou des) loi(s) applicable(s) à la succession à défaut de choix. Pourquoi une telle restriction? La loi suisse a abandonné toute protection en faveur de ces héritiers. Le droit italien, par contre, organise le respect de la réserve mais à des conditions strictes : celle-ci est définie par la loi successorale italienne (en raison de la nationalité du défunt) et ne bénéficie qu'aux héritiers bénéficiaires résidant en Italie¹⁶⁰. N'aurait-il pas suffi d'admettre cette autonomie déjà

¹⁵⁸ Sur la solution en droit suisse, voy. not. A. BONOMI et J. BERTHOLET, *op. cit.*, 360.

¹⁵⁹ Comp. l'article 3099 du Code civil québécois d'après lequel « *La désignation d'une loi applicable à la succession est sans effet dans la mesure où la loi désignée prive le conjoint ou un enfant du défunt, dans une proportion importante, d'un droit de nature successorale auquel il aurait eu droit en l'absence d'une telle désignation. Elle est aussi sans effet dans la mesure où elle porte atteinte aux régimes successoraux particuliers auxquels certains biens sont soumis par la loi de l'État de leur situation en raison de leur destination économique, familiale ou sociale.* » (voy. sur cette disposition, G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. II, p. 957 et s., n°515)

¹⁶⁰ Voy. en faveur de cette limitation : L. BARNICH, *op. cit.*, p. 55 L'exigence de la résidence en Italie ne devrait-elle pas être considérée comme discriminatoire? Voy. F. BOULANGER, *op. cit.*, p. 87.

limitée à des lois présentant un lien objectif avec le *de cuius*, sous la réserve de l'ordre public international¹⁶¹ ou de la fraude à la loi dans les cas où le défunt aurait soumis sa succession à la loi d'un pays ignorant l'institution de la réserve afin de priver ses héritiers de tous leurs droits?

L'option de la loi successorale admise par le code n'est-elle qu'un leurre puisqu'en présence d'héritiers réservataires, le futur défunt ne dispose pas de la liberté d'organiser une véritable planification successorale; il ne peut, en réalité, agir que dans les limites admises par les lois successorales déterminées objectivement à l'article 78. L'ordre des règles législatives dans le code a alors un sens. La succession est régie par la double règle de conflit désignant la ou les loi(s) successorale(s). Et c'est dans le cadre des quotités disponibles de celle(s)-ci, que le futur défunt peut exercer un choix valable de loi.

Une telle solution était déjà admise antérieurement à l'entrée en vigueur du code. On soumettait la dévolution testamentaire à la loi régissant la succession *ab intestat* – loi du domicile du défunt et loi(s) du ou des immeuble(s) – qui fixait les limites dans lesquelles le testateur pouvait désigner la loi de son choix. J'avais à l'époque critiqué ce système d'un double point de vue, malheureusement aisément transposable aux règles du code¹⁶². Comment le futur défunt peut-il savoir au moment du choix de la loi applicable quelle(s) sera ou seront la ou les loi(s) successorale(s) déterminée(s) objectivement? Comment peut-il dès lors organiser, avec une certaine sécurité, la dévolution de ses biens puisqu'il doit se projeter dans l'avenir en vue de déceler les lois successorales applicables en vertu de l'article 78? Et à supposer qu'il n'acquière plus d'immeuble

¹⁶¹ Il est vrai que la doctrine belge n'est pas en ce sens et que la jurisprudence ne s'est pas prononcée : N. WATTÉ, « La réserve dans les successions internationales », in *Examen critique de la réserve successorale*, Bruylant, t. I, 1997, p. 386 et s. Voy. en Suisse, les discussions rapportées par A. BONOMI et J. BERTHOLET, *op. cit.*, p. 369 et s.

¹⁶² *Les successions internationales. Conflits de lois- Conflits de juridictions*, *op. cit.*, p. 169.

ultérieurement à son choix de loi applicable et qu'il maintienne sa résidence habituelle dans le même pays, comment mettre en accord les dispositions matérielles de la loi choisie et les différentes lois successorales « objectives » dont le contenu peut être différent, voire contradictoire?

Enfin l'interprétation de l'obligation de l'article 79 du code peut soulever de nombreux problèmes délicats. L'exposé des motifs précise qu'il s'agit d'une « *protection minimale* » donnée à l'héritier réservataire par le droit applicable en vertu de l'article 78. Il n'y aurait dès lors pas lieu à écarter la loi choisie si celle-ci accorde à cet héritier une protection plus grande. Une telle comparaison sera souvent délicate, particulièrement en présence de pluralités de lois successorales. Et que faire si la loi choisie organise une « réserve » (par exemple, une créance en argent) différemment de celle prévue par la loi objectivement applicable (par exemple une part de la succession en nature)? Il me semble que l'exception de l'article 79 ne devrait pas ici jouer. Le choix exercé par le futur défunt devrait être respecté, une « protection minimale » des héritiers réservataires étant respectée¹⁶³. Mais quid si les lois successorales organisent toute une réserve en faveur de personnes différentes?¹⁶⁴ Et faut-il déduire que la référence expresse au terme « réserve » ne s'étendrait pas à d'autres techniques de protection accordées à certains proches du défunt par le droit étranger?¹⁶⁵

On peut aussi se trouver dans un cas où aucune loi n'assure de droits réservataires. La loi choisie devrait s'appliquer, sauf à considérer que l'importance accordée par le législateur à la protection des héritiers réservataires obligerait à se référer à l'exception de l'ordre public international¹⁶⁶. Mais alors pourquoi avoir conçu la formule de l'article

¹⁶³ Comp. P. WAUTELET, *Chronique*, p. 89.

¹⁶⁴ M. PERTEGAS, « Artikel 79 », in *Le Code commenté*, p. 408.

¹⁶⁵ P. WAUTELET, *op. cit.*, R.G.D.C., p. 381.

¹⁶⁶ En ce sens, P. WAUTELET, *Chronique*, p. 89.

79? En outre, il ne s'agit pas seulement de protéger les droits des héritiers réservataires « belges », mais aussi ceux organisés par n'importe quelle loi étrangère¹⁶⁷.

2. La forme du choix

39. Selon l'article 79, al. 2, la désignation de la loi choisie doit être contenue dans « *une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort* ». ¹⁶⁸ Devant la crainte d'incertitudes dans la recherche de la volonté présumée du défunt, il a été prévu que le choix de la loi désignée doit s'exprimer de manière expresse¹⁶⁹. La même règle vaut pour la révocation du choix.

Si une telle désignation figure dans un testament, la validité formelle de celui-ci sera fonction de la Convention de La Haye, du 5 octobre 1961, sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, qui s'applique en Belgique depuis le 19 décembre 1971¹⁷⁰. Celle-ci prévoit, en son article 1er, un éventail de lois susceptibles de valider le testament quant à sa forme. Lorsqu'elle est, par contre, insérée dans un pacte successoral, la forme s'apprécie au regard des règles de l'article 83 du code, qui étend l'application de cette Convention à toutes les autres dispositions à cause de mort et donc aux pactes successoraux.

¹⁶⁷ L. BARNICH, *op. cit.*, p. 55; Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 681.

¹⁶⁸ Comp. l'article 5, 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989.

¹⁶⁹ C'est la même solution qui l'a emporté à l'article 5, 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 (voy. D.W.M. WATERS, *op. cit.*, p. 254). Un choix implicite résultant de façon certaine de la disposition à cause de mort est cependant admis quand il s'agit de l'interprétation de cette disposition (art. 84, al. 1 du Code). La solution est discutée en Suisse (A. BONOMI et J. BERTHOLET, *op. cit.*, p. 365 et s.).

¹⁷⁰ Loi du 20 octobre 1971, *M.B.* 29 décembre 1971.

C. À défaut de choix de la loi successorale

1. Pluralité de lois applicables

40. Le code maintient la dualité de la règle de conflit de lois basée sur le caractère mobilier ou immobilier du bien successoral. Il confirme ainsi le principe du rattachement antérieur, souhaité par le notariat belge¹⁷¹ aguerris depuis longtemps à la complexité des morcellements des successions internationales. Pour ce qui concerne la succession mobilière, elle est soumise à la loi de la résidence habituelle du défunt. Quant à la succession immobilière, elle se trouve régie par la loi de l'État de la situation des immeubles (art. 78, §1^{er} et 2).

Puisque la règle de conflit repose sur la distinction entre biens meubles et immeubles, elle oblige au préalable à qualifier les biens successoraux pour les ranger dans l'une ou l'autre catégorie. Il sera, dans la plupart des cas, aisé de déterminer le caractère mobilier ou immobilier d'un bien. Des difficultés peuvent néanmoins apparaître à propos de certaines catégories de biens, comme le matériel agricole ou les parts de sociétés donnant un droit de jouissance d'un immeuble, ... On a généralement plaidé en faveur d'une qualification *lege fori*. Il me paraît que l'on devrait s'orienter en faveur de la compétence de la loi de la situation des biens, déterminée aux articles 87 et s. du code¹⁷². Quant aux biens mobiliers, leur localisation ne présente aucun problème particulier puisque l'on se réfère à une situation fictive de l'ensemble des meubles

¹⁷¹ Contrairement à l'opinion des spécialistes de droit international privé : P. WAUTELET, « Le nouveau régime des successions internationales », *Revue générale de droit civil belge (R.G.D.C.)*, 2005, p. 377. Voy. antérieurement à l'entrée en vigueur du code, N. WATTÉ, *Les successions internationales, op. cit.*, p. 58 et 59.

¹⁷² Plus part. l'article 94, §1^{er} d'après lequel la *lex rei sitae* détermine « le caractère mobilier ou immobilier d'un bien ». Voy. ég. en ce sens, P. WAUTELET, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, p. 377. Voy. cep. (*op. cit.*, p. 206) où le même auteur se réfère à la loi successorale. Voy. au Québec, l'art. 3078, al. 1 du Code civil (G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. II, p. 939).

au lieu de la résidence habituelle du défunt. Les immeubles successoraux ne suscitent pas non plus de difficultés de localisation, sauf le cas particulier d'immeubles à cheval sur deux frontières.

Il a toujours été soutenu que la règle relative à la succession mobilière repose sur la maxime *mobilia sequuntur personam* – les meubles suivent la personne –, apparue au XIV^e siècle, en vue de substituer l'unité de la loi successorale à la multiplicité des *lex rei sitae*. Des auteurs contemporains ont vu dans cet adage une référence au statut des faits juridiques : la transmission des meubles héréditaires est soumise à une loi unique, parce qu'elle est la conséquence du fait juridique que constitue le décès, localisé au domicile du défunt¹⁷³. On ne reviendra plus sur les problèmes rencontrés à l'occasion de la détermination du domicile¹⁷⁴; ce critère est remplacé dans le Code par celui de la résidence habituelle défini à l'article 4, §2, qui ne supprime cependant pas toute difficulté d'interprétation (voyez *supra*, n° 19). Comme dans le passé, le facteur de rattachement retenu est celui existant au moment du décès. Cette règle s'expliquerait aujourd'hui par le principe de proximité avec la situation du défunt.

Les immeubles successoraux dépendent chacun de la loi de leur situation, ce qui peut conduire à une pluralité de masses immobilières soumises à diverses lois. Ce rattachement était antérieurement au code justifié par la référence extensive de l'ancien article 3, al. 2, d'après lequel « *les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi belge* ». Il est fondé, selon le législateur, sur le respect de la tradition. Cette solution a l'avantage de faire coïncider, dans un grand nombre de cas, les compétences juridictionnelle (art. 77, 2°) et législative. Et l'on sait que le règlement d'une succession nécessite souvent l'intervention d'autorités publiques, qui peuvent appréhender

¹⁷³ J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, *Economica*, 1986, n°136 et s.

¹⁷⁴ Voy. au Québec, G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. II, p. 939.

plus facilement les biens localisés sur le territoire de l'État où celles-ci doivent agir.

2. Le renvoi dirigé

41. Les inconvénients résultant du morcellement des successions internationales n'ont pas complètement échappé au législateur. Aussi celui-ci a-t-il décidé d'introduire, à titre exceptionnel, le mécanisme du renvoi ailleurs condamné en vue de soumettre l'ensemble de la succession à une loi unique, celle de la résidence habituelle du défunt. Il est vrai que dans une première version du projet de code, ce critère avait été privilégié comme rattachement de toute la succession¹⁷⁵.

Le renvoi, organisé à l'article 78, §2, al.2, est dirigé, « à caractère substantiel » selon l'expression utilisée dans l'exposé des motifs; il « *tend uniquement 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* »¹⁷⁶. La formule utilisée par le code « *conduit à l'application du droit sur le territoire duquel le défunt avait sa résidence au moment de son décès* » a donné lieu à certaines hésitations doctrinales¹⁷⁷. Le renvoi n'est pas limité à l'hypothèse d'un droit étranger – peu fréquente d'ailleurs – qui retient comme facteur de rattachement la résidence habituelle du défunt. Il suffit que la règle de conflit étrangère permette l'application de la loi de la résidence du défunt à la succession immobilière, directement ou indirectement, au premier ou au second degré¹⁷⁸.

¹⁷⁵ P. WAUTELET, *op. cit.*, R.G.D.C., p. 378, note 20.

¹⁷⁶ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 107.

¹⁷⁷ Il est vrai que le texte initial se référait à l'expression « désigne » qui a judicieusement été remplacée par un amendement du gouvernement (n°67).

¹⁷⁸ Voy. ég. en ce sens, L. BARNICH, *op. cit.*, p. 54; P. WAUTELET, *op. cit.*, R.G.D.C., p. 378.

Prenons l'exemple classique d'un Belge résidant en Belgique, où il décède; il possédait un appartement à Benidorm en Espagne et une maison à Bruxelles ainsi des comptes bancaires en Belgique et en Espagne. Sa succession mobilière, comprenant les comptes belges et espagnols, est régie par la loi belge de sa résidence. L'immeuble belge relève de la loi belge et l'appartement en Espagne de la loi espagnole. Or, le droit international privé espagnol soumet les successions internationales à la loi nationale du défunt. On pourra se référer dans ce cas à la loi belge par renvoi de la loi espagnole. Si notre défunt était en outre propriétaire d'un immeuble en France, la loi française serait applicable, sans possibilité de renvoi puisque le droit international privé français soumet la succession immobilière à la loi de sa situation. Le renvoi ne peut ici pas intervenir puisqu'il ne « conduit » pas à l'unicité successorale, l'immeuble français demeurant soumis à la loi française.

On s'est demandé si ce mécanisme de renvoi dirigé doit être observé par les juridictions nationales? Antérieurement au code, on y voyait une faculté pour le juge d'y recourir, même si la Cour de cassation, dans un arrêt déjà cité de 2002 en avait fait une obligation¹⁷⁹. Dès lors que le renvoi de l'article 78, organisé à titre exceptionnel, a pour objectif l'unicité de la succession, il semble que les juridictions doivent en faire application chaque fois que les circonstances de la cause le justifient¹⁸⁰.

D. Le domaine de la loi successorale

42. L'article 80 du code énumère, à l'exemple de ce que prévoit l'article 7 de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989, l'ensemble des

¹⁷⁹ Arrêt précité du 17 octobre 2002 : « 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 ». Je souligne.

¹⁸⁰ Dans le même sens, P. WAUTELET, *op. cit.*, R.G.D.C., p. 379 et *Chronique*, p. 86. Sur les critiques de ce renvoi « modeste », voy. le même auteur, *loc. cit.*; L. BARNICH, *op. cit.*, p. 54 et 55 (il est vrai que ce dernier auteur est favorable à la théorie générale du renvoi, abandonnée par le législateur).

questions relevant de la loi successorale¹⁸¹, de l'ouverture de succession jusqu'au partage. Toutefois, à la possibilité de lois distinctes pour la succession mobilière et la succession immobilière, pourra s'ajouter la compétence d'autres lois comme la loi du régime matrimonial ou la loi de la situation des meubles successoraux. Ce n'est pas ici le lieu d'analyser chacune des matières visées; on ne retiendra que celles qui présentent un intérêt particulier à l'occasion des diverses « étapes » des successions internationales.

1. L'ouverture de la succession

43. Selon l'article 80, §1^{er}, 1^o, les causes et le moment de l'ouverture de la succession sont régis par la loi successorale. Deux questions peuvent être relevées à l'occasion d'accidents et de catastrophes naturelles où plusieurs membres d'une famille ont disparu.

Les législations sur les effets de l'absence sont diversifiées : pour les unes, l'absent est considéré comme décédé, pour les autres il n'est pas réputé mort. Il serait assez paradoxal qu'une même personne soit considérée comme existante dans un État et morte dans un autre pays. Comment concilier le statut successoral de l'article 80 et le statut de l'absence organisé à l'article 41 du code soumis en principe à la loi nationale de l'absent? Il me semble que l'absence ne pourrait donner lieu à l'ouverture de la succession que si cette loi proclame le décès de l'absent¹⁸². S'il en est autrement, la succession ne pourrait être déclarée ouverte¹⁸³ et une administration provisoire des biens de l'absent pourrait

¹⁸¹ Par « loi successorale », on entend la loi choisie par le défunt dans les conditions décrites ou la (les) loi(s) applicable(s) à défaut de choix.

¹⁸² Ou la loi de la résidence que l'absent possédait au moment de sa disparition si la loi nationale ne « connaît pas cette institution » (ainsi mod. par la loi du 9 mai 2007, *M.B.* 21 juin 2007).

¹⁸³ Sur le problème de la preuve du décès : P. WAUTELET, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, p. 386 et 387 et *Chronique*, p. 93 et s.

être organisée conformément à la loi de la résidence que celui-ci possédait au moment de sa disparition (art. 41, al. 2).

Quant à la date de l'ouverture de la succession, un problème peut surgir quand plusieurs successibles réciproques viennent à décéder dans un même évènement. Les législations sur les comourants sont aussi très variées. Il s'agit incontestablement de véritables règles de dévolution successorale relevant à ce titre de la loi successorale. A quelle loi cependant emprunter la solution quand les comourants voient leur succession soumise à des lois différentes, voire contradictoires sur cette question? Pour suppléer à l'inconciliabilité des dispositions étrangères normalement applicables, certains ont préconisé de se référer à la *lex fori*. La Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 adopte une autre solution. L'article 13 prévoit, en effet, 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 de décès, et lorsque ces lois règlent ces situations par des dispositions 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* ».

2. La dévolution successorale

a. *La détermination des successibles et les qualités requises pour succéder*

44. C'est la loi successorale qui désigne les personnes appelées à succéder, qui fixe la limite de la successibilité et qui décide de l'exclusion d'un degré de parenté par un autre (art. 80, §1^{er}, 2^o).

L'aptitude d'une personne à succéder est généralement soumise à un certain nombre de conditions qui relèvent de la loi successorale (art. 80, §1^{er}, 4^o). Certaines causes d'exclusion suscitent des difficultés. On songe aux causes basées sur la différence de religion avec le défunt et interdisant, comme en droit algérien, à un non musulman de succéder à un musulman. Il me semble que l'ordre public international devrait ici

intervenir, en vertu des principes de non-discrimination, de liberté philosophique et religieuse¹⁸⁴.

Quant aux incapacités spéciales prévues par certaines législations, comme le droit belge, à l'égard des tuteurs (vis-à-vis de leurs pupilles) ou des médecins (à l'égard de leurs malades), leur rattachement était autrefois controversé : loi successorale, loi nationale, rattachement accessoire à la loi de l'institution. Le code a tranché en faveur de la compétence de la loi successorale (art. 80, §1^{er}, 9^o).

Ces questions sont différentes de celle de savoir si les successibles désignés par la loi successorale possèdent le lien de parenté requis avec le défunt. Celui-ci dépend de la loi applicable aux relations de parenté régies, en principe, par la loi nationale¹⁸⁵.

b. Les droits du conjoint survivant

45. La vocation héréditaire du conjoint survivant relève de la loi successorale (art. 80, §1^{er}, 2^o). Il s'agit par exemple de l'article 745bis, §1^{er}, al. 2, du Code civil belge qui permet au conjoint d'hériter de la part de son époux défunt dans la communauté légale lorsque celui-ci laisse d'autres héritiers que des descendants ou des enfants adoptifs ou des descendants de ceux-ci.

Encore le « conjoint » a-t-il vocation à recueillir les biens du défunt si le lien de « mariage » est établi. On retrouve le problème de la qualification de la catégorie « mariage », dont il a été précisé qu'elle doit s'entendre de manière souple.

¹⁸⁴ Sur la jurisprudence ancienne ayant statué sur les effets de la mort civile résultant d'une entrée en religion, voy. H. LEWALD, « Questions de droit international privé des successions », *Rec. cours La Haye*, 1925, t. 9, p. 65 et s.

¹⁸⁵ Voy. par exemple, l'art. 62, §1^{er}, qui désigne la loi nationale de la personne dont la paternité ou la maternité est en cause. Sur le problème de la preuve de la qualité, voy. P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 214 et s.

Qu'en est-il des « relations de vie commune » visées à l'article 58? On sait que l'article 60 soumet le « régime des biens » des partenaires à une relation de vie enregistrée à la loi du lieu de l'enregistrement. Cette loi régit-elle aussi la succession des partenaires? Ou doit-on considérer que cette loi se limite aux patrimoines des partenaires de leur vivant? Cette dernière interprétation me semble devoir l'emporter; il faudrait dès lors admettre que les droits d'un partenaire dans la succession de son partenaire sont déterminés par la loi successorale¹⁸⁶. Il est intéressant de relever que le droit allemand précise que si la loi successorale n'accorde pas de droit au partenaire survivant, il est fait application de la loi de l'enregistrement. Certains auteurs se sont demandé si l'article 60, al. 3, du code va dans le même sens¹⁸⁷. En réalité, cette disposition a un objet limité; elle vise les relations des partenaires avec les tiers. Celles-ci sont régies, par exception, par la loi de l'État sur le territoire duquel le contractant et le partenaire cocontractant ont établi leur résidence; si la loi de cet État ne connaît pas le partenariat, il est fait application de la loi de l'enregistrement (voyez *supra*, n°35).

c. La quotité et la nature des droits successoraux

46. C'est la loi successorale qui détermine l'étendue des droits successoraux accordés respectivement à chacun des successibles (art. 80, §1^{er}, 7°). La compétence de la loi successorale vaut aussi pour la réserve, la quotité disponible ordinaire et la quotité disponible entre époux (art. 80, §1^{er}, 6°) ainsi que pour le rapport et la réduction des libéralités (art. 80, §1^{er}, 10°)¹⁸⁸. Dans la mesure où il existe plusieurs masses successorales soumises à des lois diverses, il faudra calculer le montant de la réserve différemment pour chacune de ces lois. Cette détermination

¹⁸⁶ Voy. en même sens M. PERTEGAS, *op. cit.*, p. 412; P. WAUTELET, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, p. 384.

¹⁸⁷ G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, p. 332, note 946 et réf. citée.

¹⁸⁸ Y compris les avantages matrimoniaux considérés comme des donations au profit du conjoint survivant (voy; en droit belge, les art. 1458, al. 2, 1464, al. 2 et 1465 du Code civil : Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 683, note 111).

vaut tant pour les successions *ab intestat* que pour les successions testamentaires.

C'est aussi la loi successorale qui précise la nature des droits qui sont attribués aux héritiers : pleine propriété, nue propriété ou usufruit. Mais il me semble à cet égard que s'il appartient à la loi successorale de dire si l'héritier bénéficie d'un droit d'usufruit, celui-ci ne peut avoir d'effet que dans la mesure où il est prévu par la loi de la situation des biens, telle que précisée aux articles 87 et s. du code, puisqu'il s'agit d'un démembrement du droit de propriété.

E. Transmission et administration de la succession

1. La compétence de la loi successorale

47. La compétence de la loi successorale s'étend à l'administration et à la transmission de la succession (art. 82, §1^{er}, al.1) : l'option successorale, la transmission de l'actif successoral (les personnes aptes à entrer en possession des biens et selon quelles formalités, les pouvoirs des exécuteurs testamentaires,...), le règlement du passif, la liquidation des dettes et les charges successorales. On peut sur ces questions, schématiquement distinguer les législations qui comme le droit belge connaissent un système inorganisé de la transmission successorale et celles, comme en Angleterre, où la transmission se fait par un intermédiaire (*executor* ou *personal representative*). La distinction qui est faite entre « distribution » (qui correspond à notre « dévolution ») et « administration » (correspondant au moins dans sa fonction à notre « transmission »)¹⁸⁹ peut soulever des problèmes lorsque le *personal representative* se trouve en concours avec des héritiers entrés de plein droit en possession de biens sur lesquels celui-ci souhaite agir.

¹⁸⁹ Qualifiée de « fonctionnelle » : M. FERID, « Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1974, t. 142, p. 110.

Le code a tenté de parer à ces difficultés en organisant une exception à la compétence de la loi successorale en faveur de la loi de la situation des biens successoraux lorsque ce droit exige l'intervention d'autorités nationales à l'occasion de l'administration et ou de la transmission des successions (art. 82, §1^{er}, al; 2).

Demeure la concurrence entre « administrateurs »¹⁹⁰. L'article 82, §2 privilégie l'administrateur dont les pouvoirs résultent de la loi successorale, « *sans préjudice de ceux attribués en vertu d'une décision judiciaire rendue ou reconnue en Belgique* ».

Supposons que les enfants résidant en Belgique souhaitent s'emparer d'avoirs que leur père défunt, résidant en Angleterre, détenait dans un établissement bancaire belge. La loi successorale est la loi anglaise, qui ne permet pas d'appréhender directement les biens successoraux. Seul l'administrateur désigné par les juridictions anglaises pourra agir en Belgique.

2. L'option de l'héritier

48. Il était déjà antérieurement admis que l'option de l'héritier (acceptation pure et simple de la succession, acceptation sous bénéfice d'inventaire ou renonciation) relevait de la loi successorale puisqu'il s'agit de la consolidation ou du rejet de la qualité de successeur. Le code ne confirme la règle que pour les seules acceptations et renonciation à l'article 80, §1^{er}, 8°. Il me paraît qu'il faut l'étendre à toutes les options

¹⁹⁰ Une Convention de La Haye, du 2 octobre 1973, sur l'administration internationale des successions prévoit la création d'un certificat international autonome désignant les personnes habilitées à administrer la succession. Cette Convention n'a pas été ratifiée par La Belgique. Elle est entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1993, au Portugal, dans la république tchèque et en Slovaquie. La question de la création d'un tel certificat dans l'Union européenne est évoquée dans le Livre vert sur les successions et les testaments.

organisées par la loi successorale¹⁹¹. Cette solution vaut aussi bien pour l'option des successibles que pour celles des légataires.

Dans la mesure où il y aurait plusieurs masses successorales soumises à des lois diverses, l'option devrait être exercée à l'égard de chacune d'entre elles¹⁹², avec la conséquence qu'elle pourrait être diversifiée selon les masses.

Les effets de l'option, son caractère rétroactif ou révocable, relèvent de la loi successorale.

C'est, en principe, aussi la loi successorale qui détermine les formes de l'acceptation et de la renonciation. Cette loi désigne entre autres les actes qui impliqueront une acceptation tacite des héritiers.

Des problèmes particuliers avaient surgi à propos de la renonciation. Certaines législations organisent des présomptions de répudiation – comme le droit suisse en cas d'insolvabilité notoire du défunt – alors que d'autres exigent une renonciation expresse selon des formalités particulières (par exemple, la loi belge). Le code impose dorénavant que l'acceptation et la renonciation s'exercent selon « *le mode prévu par le droit de l'État sur le territoire duquel les biens qui en font l'objet sont situés au moment du décès, lorsque ce droit exige des formalités particulières* » (art. 80, §2). Cette solution résulte d'un amendement n° 68 du gouvernement, introduit par « souci de réalisme ». Pour simplifier la référence à la *lex rei sitae*, il n'est pas tenu compte de la localisation effective des meubles mais fictive au lieu de la résidence habituelle du défunt.

¹⁹¹ Voy. en même sens, P. WAUTELET, *op. cit.*, R.G.D.C., p. 385.

¹⁹² Sauf renvoi éventuel. En même sens, Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 110.

F. La formation des parts successorales

49. Antérieurement à l'entrée en vigueur du code, la question de savoir si le partage pouvait se faire en nature ou en valeur s'appréciait au regard de la loi successorale. Il en allait de même à l'égard des procédés d'attribution des lots. C'était la loi successorale qui décidait si la répartition pouvait s'effectuer amiablement ou s'il fallait recourir au tirage au sort. En revanche, le sort des attributions préférentielles (par exemple celui de l'immeuble servant au logement familial ou celui des exploitations agricoles) était controversé¹⁹³. On était partagé entre la compétence de la loi successorale et celle de la *lex rei sitae*.

Dorénavant, ces questions relèvent de la *lex rei sitae* (art. 81). La compétence de cette loi se justifierait par un « impératif d'effectivité »¹⁹⁴. Et en cas de conflit mobile résultant d'un déplacement des meubles, il convient de se référer à la loi de l'État où se trouvent situés les biens au moment du partage. Si ce déplacement est artificiel, on pourrait éventuellement recourir à la théorie de la fraude à la loi consacrée à l'article 18¹⁹⁵.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que si un partage amiable est possible, les cohéritiers peuvent décider librement de l'attribution des lots. Il faut réserver le cas où l'un des copartageants est incapable. Certaines législations imposent la forme du partage judiciaire. Antérieurement au code, il était généralement admis que cette question relevait de la loi nationale du mineur, sauf urgence. Elle est soumise aujourd'hui à la loi de sa résidence, par application de l'article 35, §1^{er}.

¹⁹³ Cette question paraît aussi controversée au Québec : G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, t. II, p. 958 et s.

¹⁹⁴ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 110.

¹⁹⁵ Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 110; M. PERTEGAS, *op. cit.*, p. 418.

G. Droit transitoire

50. Les nouvelles règles de conflit de lois s'appliquent aux successions internationales ouvertes après l'entrée en vigueur du code (après le 1^{er} octobre 2004), peu importe que le testament ait été dressé antérieurement.

CONCLUSION

51. Il est trop tôt pour évaluer la réception de l'entrée en vigueur du code dans la pratique et pour dresser un véritable bilan. La présente étude du droit patrimonial de la famille permet néanmoins de formuler deux observations.

Les objectifs du législateur belge ne semblent pas atteints pour les couples non mariés.

On songe d'abord aux difficultés nées de la qualification des partenariats nonobstant la création d'une nouvelle catégorie « relations de vie commune », trop centrée sur le modèle de la cohabitation légale de droit interne très différente du mariage, ce qui n'est généralement pas le cas des institutions étrangères.

Il faut aussi regretter l'absence d'une véritable réflexion quant à leur rattachement à la loi de l'enregistrement, après l'abandon – fondé – de règles similaires à celles du mariage¹⁹⁶. N'aurait-il pas été plus adapté de se référer à la compétence de loi de la résidence des cohabitants pour régir les effets des partenariats enregistrés?¹⁹⁷ Le principe de proximité, qui fonde la plupart de nos règles, aurait été respecté et la cohérence du texte législatif renforcée.

¹⁹⁶ En partie néanmoins conservées pour ce qui concerne les relations avec les tiers.

¹⁹⁷ On aurait pu prévoir qu'en cas d'ignorance de l'institution par la loi de la résidence, la loi de l'enregistrement interviendrait à titre subsidiaire,

L'ancrage des nouvelles règles belges dans le droit international privé contemporain est incontestable. Il suffit d'invoquer le rôle enfin reconnu aux couples dans le règlement de leurs relations patrimoniales. Certes, celui-ci demeure timide voire inefficace en matière successorale lorsque le défunt laisse des héritiers réservataires.

