

QUATRE MARIAGES ET UN ENTERREMENT : CINQ QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ NOTARIAL

La réunion des maîtres de stage du master en notariat de l'UCLouvain, qui s'est tenue le 26 octobre dernier, fut l'occasion de présenter cinq questions de droit international privé notarial qui m'ont été posées récemment. Les voici offertes à un plus large public, avec les réponses que je pense pouvoir y apporter. Je suis à la disposition des lecteurs qui souhaiteraient approfondir la réflexion à leur sujet, et les remercie par avance pour leurs observations (1).

1.

Alexandra, de nationalité belge, est établie au Portugal. Elle s'apprête à s'y marier avec Martin, de nationalité américaine. Ils ont consulté un notaire portugais en vue de la préparation d'un contrat de mariage de séparation de biens selon la loi portugaise. Les formalités apparaissent plus compliquées que prévu, et le contrat ne sera prêt qu'en janvier, ce qui pourrait être problématique pour la durée de validité des documents que le futur époux a obtenus de l'ambassade américaine. Alexandra consulte donc « son » notaire en Belgique et l'invite à recevoir le contrat de mariage. Que faut-il en penser ?

La question posée présente deux aspects, le premier de compétence, le second, de loi applicable.

L'on ne peut d'abord douter de la compétence du notaire belge pour recevoir le contrat de mariage d'Alexandra et de Martin, même si le couple contracte mariage au Portugal et qu'il s'y fixera après la célébration de celui-ci. La raison n'en est pas que la future épouse est de nationalité belge, et que le contrat se rattache ainsi en quelque manière à l'ordre juridique belge. Même si Alexandra avait elle aussi été de nationalité américaine, ou portugaise, le notaire belge aurait été néanmoins compétent. Car comme la Cour de justice de l'Union européenne l'a précisé en deux arrêts récents, rendus l'un et l'autre

(1) « Four Weddings and a Funeral » est une comédie dramatique de Mike Newell, sortie en 1994. Ce film, dont le succès fut mondial, marqua le retour en force du cinéma britannique et hissa l'acteur Hugh Grant au rang de star (source : Wikipédia).

dans un contexte successoral, mais dont l'enseignement peut être généralisé (2), la compétence internationale du notaire repose sur le libre choix des parties : il suffit que celles-ci s'adressent à lui, et l'invitent à recevoir un acte, pour qu'il soit internationalement compétent (3). Dans le premier arrêt, *WB*, rendu le 23 mai 2019, la Cour précise que la compétence du notaire « *dépend de la seule volonté des parties* » (pt. 55) (4). Dans le second, *EE*, du 16 juillet 2020, elle confirme que les notaires qui délivrent un acte d'hérédité « *atteste[nt] juridiquement de droits subjectifs non litigieux* » et, n'étant pas des « *juridictions* » au sens du règlement, « *ils ne s[ont] pas soumis aux règles de compétence juridictionnelle* » qui s'imposent au juge (pts. 52 et 66 à 68) (5). Bien sûr, si l'affaire qu'il lui est demandé de traiter ne présente avec la Belgique aucun « *lien significatif* », au sens de l'article 6, § 2, du Code de droit international privé, le notaire peut indiquer aux parties que son intervention n'est pas opportune, car l'efficacité pratique, et même juridique de son acte, ne serait pas garantie, et son intervention ne leur procurerait pas le résultat qu'elles en attendent (6). Mais, s'agissant d'un contrat de mariage, même devant sortir tous ses effets au Portugal, il ne semble pas y avoir de difficulté : le Portugal est, comme la Belgique, partie au règlement européen sur les régimes matrimoniaux (n° 2016/1103), de sorte qu'un contrat de mariage reçu par un notaire belge, assorti le cas échéant de la documentation prévue aux articles 58, § 1^{er}, alinéa 2, et 59, § 2, de ce règlement, y sortira ses pleins effets sans avoir besoin, du reste, de légalisation ni d'apostille (article 61). Si, de ce point de vue, un notaire belge peut donner satisfaction aux parties plus rapidement que ne le ferait un notaire local, il ne semble y avoir aucune contre-indication à cela, sinon les difficultés éventuelles de traduction que cela pourrait engendrer.

Sur le plan de la loi applicable, le notaire qui s'était adressé à moi convenait bien volontiers qu'il était autorisé, même comme notaire belge, à insérer dans le contrat une clause de choix en faveur de la loi portugaise : l'article 22, § 1^{er}, du règlement européen sur les régimes

(2) Voy. nos observations, « Quelques précisions sur le statut européen du notariat », *cette revue*, 2020, pp. 471 et s.

(3) « Lorsque je suis dans mon bureau, le monde entier m'appartient ».

(4) Elle décide dans cet arrêt qu'un acte d'hérédité dressé en Pologne circule librement en Allemagne comme « acte », et non comme « décision », car le notaire n'y a pas officié en tant que « juridiction » au sens de l'article 3, § 2, du règlement européen sur les successions (n° 650/2012) (Aff. C-658/17; ECLI:EU:C:2019:444).

(5) La Cour précise ici qu'une notaire lituanienne est compétente pour délivrer l'acte d'hérédité lituanien que lui demandait un ressortissant de ce pays relativement à la succession de sa mère, qui était décédée en laissant sa dernière résidence habituelle en Allemagne (Aff. C-80/19; ECLI:EU:C:2020:569).

(6) Il y a là, à notre sens, une dérogation possible à l'obligation à laquelle le notaire est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis (article 3, L. Vent.) : elle marque la frontière de l'ordre juridique belge.

matrimoniaux permet aux parties de faire choix, entre autres, de la loi de l'État dans lequel l'un des futurs époux au moins a sa résidence habituelle au moment du choix, ce qui était en l'espèce le cas de la future épouse. Mais, se demandait le notaire, est-il opportun que le notaire belge recommande l'adoption d'une loi étrangère qu'il ne connaît pas ou maîtrise en toute hypothèse moins bien que « sa » loi nationale ? La réponse est affirmative, pourvu que le notaire soit attentif à deux points.

Le premier concerne le fond. Les critères de désignation du droit applicable, contenus à l'article 22, § 1^{er} (ou, à défaut de choix, 26, §§ 1^{er} et 2) du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, concernent l'ensemble des États qui sont parties au règlement (7), que ce dernier rassemble en un espace commun de règles de conflit de lois, selon la technique de l'harmonisation substantielle de celles-ci. Mais ces critères ne sont pas nécessairement partagés par tous les pays du monde qui peuvent, quant à eux, en utiliser d'autres (8). Aussi est-il heureux que le notaire veille à relater dans l'acte les raisons pour lesquelles les parties ont pu faire le choix qu'elles ont posé, de manière à rencontrer, le cas échéant, les critères employés par d'autres États, tiers à l'espace commun, et d'assurer ainsi au choix des parties la plus large efficacité internationale qui se puisse concevoir.

La clause suivante pourrait, à cet égard, s'avérer utile :

« Soucieuses d'asseoir la validité de leur choix, et d'en assurer l'efficacité internationale la plus large, en ce compris en-dehors de l'espace européen, les parties précisent que la loi dont elles font choix est celle de l'État de la résidence habituelle de l'une d'entre elles, en l'espèce Mme Y., et qu'elle est également celle de l'État sur le territoire duquel elles entendent fixer l'une et l'autre leur résidence habituelle après la célébration de leur union. Cette double circonstance explique leur choix de la loi portugaise » (9).

Il y a là une sorte de justification matérielle, ou substantielle, du choix posé par les parties. Elle en accompagne une autre, portant sur le fond du droit choisi. Le notaire, qui, comme le signalait mon correspondant, maîtrise moins bien le droit étranger que le droit belge, peut aussi

(7) Il s'agit des 27 États membres de l'Union européenne, dont il y a lieu de soustraire — outre bien entendu le Royaume-Uni, qui n'y est plus partie — Chypre, le Danemark, l'Irlande, la Roumanie, la Slovaquie, et les trois États baltes, qui doivent être considérés comme des États tiers pour l'application du règlement.

(8) C'est la « relativité » du droit international privé, au sens de François Rigaux (*Rec. Cours*, vol. 213, 1989, pp. 9-407).

(9) Ce dernier critère, qui n'est pas permis par le règlement européen sur les régimes matrimoniaux, permettrait par exemple d'asseoir la validité du choix posé en Suisse (article 52II² de la loi fédérale suisse sur le droit international privé). Le choix de la loi de l'État de la résidence habituelle future était autrefois permis, en Belgique, par l'article 49, § 2, 1^o, du Code de droit international privé.

préciser dans l'acte que les futurs époux estiment quant à eux en avoir une connaissance suffisante, en en relatant les raisons.

Je recommanderais, de ce point de vue, une clause de ce genre :

« Les parties déclarent connaître suffisamment la loi dont elles font ainsi choix. Elles déclarent avoir pu s'informer sur sa teneur, outre les indications qu'a pu leur en donner le notaire soussigné, par les informations plus complètes qu'elles ont pu recueillir auprès de (...) (ou : « du fait de leurs qualifications professionnelles respectives, étant l'une et l'autre juristes formées à la loi de cet État », ou encore, éventuellement : « en prenant connaissance d'un article approfondi consacré à la loi de cet État ») ».

Cette deuxième clause permettra d'attirer l'attention des parties sur la circonstance que le notaire qui prend acte de leur choix n'est pas un spécialiste du droit étranger, et qu'elles ne peuvent attendre de lui une explication juridique complète à ce sujet. Il convient de souligner à ce sujet, avec P. Wautelet, que « [l]e choix d'une loi étrangère ne peut se concevoir de manière efficace sans une collaboration avec un juriste formé à la loi désignée, afin de disposer des informations pertinentes permettant d'apprécier la solidité des dispositions matérielles » (10). Aussi est-il opportun, en cas de choix d'une loi étrangère, d'inviter les parties à soumettre le projet du contrat à intervenir à un juriste étranger et le cas échéant même de relater dans l'acte l'intervention de celui-ci (11).

Le second point d'attention est de forme. Le notaire belge qui reçoit le contrat de parties établies à l'étranger, ou qui contient le choix d'une loi étrangère, doit être attentif aux exigences de forme particulières que peut véhiculer le droit étranger. L'article 23, §§ 2 à 4, du règlement européen sur les régimes matrimoniaux rend applicables les règles formelles prévues par le droit de l'État membre de résidence habituelle de l'un au moins des futurs époux. L'article 25 y applique, en outre, celles prévues par le droit de l'État dont la loi s'applique au fond au régime matrimonial. Il y a donc lieu, en l'espèce, d'être attentif aux règles formelles du droit portugais : d'une part, Alexandra réside habituellement au Portugal, État partie au règlement européen sur les régimes matrimoniaux, et, d'autre part, les parties font choix au fond de la loi portugaise comme loi applicable à leur régime matrimonial. Le droit portugais ne semble au vrai prévoir à cet égard rien

(10) P. WAUTELET, « L'exercice de l'autonomie de la volonté en droit international privé patrimonial. Guide pratique et conseils de rédaction », *Chron. not.*, Oct. 2016, vol. 64, pp. 281-282.

(11) Les clauses ici proposées s'inspirent de celles que nous avons présentées dans « Que pouvons-nous retenir du règlement européen « Régimes matrimoniaux » ? », *Notamus*, 2/2019, p. 28, dont nous reproduisons ici, en substance, les explications.

d'extraordinaire. En-dehors de l'exigence que le contrat de mariage soit reçu en la forme authentique devant notaire (ou par déclaration faite à l'officier d'état civil), il y a celle qu'il soit inscrit dans l'acte de mariage pour être enregistré au registre de l'état civil (articles 181, *litt. e*, 190 et 191, § 1^{er}, du Code portugais du registre civil, et 1711, § 1^{er}, du Code civil portugais (12)). Cette exigence — d'inscription dans l'acte de mariage, autrefois connue en Belgique — continue d'être partagée par de nombreux États du monde. Aussi pensons-nous, de manière générale, que le notaire belge qui reçoit un contrat de mariage en vue d'un mariage à célébrer à l'étranger devrait continuer (comme il le faisait autrefois pour un mariage « belge ») de remettre aux parties une attestation de signature, revêtue de son sceau, et établie dans la langue du pays du lieu de célébration, pour que l'officier d'état civil (voire le prêtre du culte catholique) local soit mis en mesure d'y accomplir les formalités qui s'y imposent en vue de l'enregistrement du contrat de mariage.

Cette exigence en rejoint une autre, de publicité. Celle-ci est en grande partie régie, comme il résulte de l'article 28 du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, par la loi de l'État de résidence habituelle des époux ou, à l'égard des immeubles, de la situation de ceux-ci : c'est une raison supplémentaire pour laquelle, en cas de choix de la loi portugaise par des futurs époux qui s'établiront au Portugal, il y a lieu de veiller à ce que les formalités de publicité prévues par la loi portugaise soient minimalement respectées, les parties pouvant y être incitées par une clause appropriée de l'acte :

« Le notaire soussigné remet présentement aux parties une attestation de signature de leur contrat de mariage. Il les invite à remettre cette attestation à l'officier de l'état civil qui célébrera leur union, au Portugal, pour que les formalités de publicité prévue par la loi portugaise s'accomplissent. Le notaire veillera de son côté, en conformité à la loi belge, à l'inscription du présent contrat au registre central belge des contrats de mariage ».

(12) Source : www.coupleseurope.eu, à la date du 26 octobre 2020.

2.

Edwige, de nationalité belge, a épousé Donald, de nationalité américaine, sans avoir fait précéder ni suivre son union d'un contrat de mariage. Le couple a résidé longtemps en Belgique, avant de se fixer aux États-Unis. L'entente s'est malheureusement dégradée. Aussi Edwige et Donald se sont-ils rendus chez un avocat américain pour faire acter, en la forme privée, la liquidation de leurs indivisions, la séparation totale de leurs patrimoines, ainsi que quelques mesures relatives à leurs résidences séparées et leurs obligations alimentaires. Plusieurs années se sont écoulées et Edwige est à présent rentrée en Belgique, où elle souhaite acquérir un immeuble seule. Que faut-il en penser ?

Quelle que soit la date du mariage d'Edwige et de Donald, le couple est, du point de vue du droit belge, marié sous le régime légal belge de communauté. Avant comme après le 1^{er} octobre 2004 (date de l'entrée en vigueur du Code de droit international privé), la loi qui s'applique à ce couple de nationalités différentes, marié sans avoir exprimé de choix quant à la loi applicable à leur régime matrimonial, est celle de l'État du premier « domicile » conjugal (dans la terminologie employée par la Cour de cassation pour les époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004, c'est-à-dire pratiquement, la première résidence conjugale (13)) ou celle de l'État sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont fixé pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage (dans la terminologie de l'article 51, 1^o, du Code de droit international privé). C'est donc bien la loi belge qui s'applique, du point de vue belge (14), ce que ne semble pas avoir aperçu l'avocat américain qui, le couple étant alors établi aux États-Unis, lui a appliqué le droit américain (ou plutôt le droit fédéré de l'État d'établissement du couple, selon ses propres critères de rattachement).

L'acte intervenu en la forme privée à l'étranger, contenant la liquidation des indivisions existant entre les parties, semble les avoir tenues pour mariées sous le régime de la séparation de biens, et avoir en toute hypothèse organisé leur passage à un régime de séparation de biens « pure et simple », avec disparition de tout mécanisme de solidarité patrimoniale au sein du couple puisque même l'aspect

(13) Not. Cass., 25 mai 1992, *Banque Sud Belge, Pas.*, 1992, I, p. 839; 5 mai 2008, *O.M.*, *Revue@dipr.be*, 2010, p. 51. Le « domicile » auquel se réfère la Cour de cassation doit être compris au sens de l'article 102 de l'ancien Code civil : il s'agit du lieu du premier « établissement principal » des intéressés.

(14) La solution est identique, si les époux se sont mariés à compter du 29 janvier 2019 : d'après l'article 26, § 1^{er}, du règlement européen sur les régimes matrimoniaux, dont les règles de conflit de lois régissent les époux mariés à compter de cette date, la loi applicable au régime matrimonial est, à défaut, de choix, celle de l'État « de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage ».

alimentaire des obligations conjugales semble avoir été réglé : de ce point de vue cet acte peut s'analyser, en Belgique, c'est-à-dire après avoir été « approprié » par l'ordre juridique belge, comme une modification de régime matrimonial intervenue à l'étranger — plus précisément, sur le territoire d'un État non partie au règlement européen sur les régimes matrimoniaux, de sorte que les dispositions du Code de droit international privé y restent applicables. Un tel acte n'est en la forme pas critiquable : d'après l'article 52 du Code, « [l]a mutation de régime matrimonial a lieu selon les formalités prévues par le droit de l'État sur le territoire duquel la mutation est effectuée ». Cette application impérative de la *lex loci actus* valide, en la forme, un acte de modification de régime matrimonial intervenu sous signature privée sur le territoire d'un État ignorant l'authenticité notariée.

Reste le fond : d'après l'article 27, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code de droit international privé, la validité d'un acte intervenu à l'étranger dépend de la loi applicable telle que la désignent les règles belges de conflit de lois. L'hésitation est ici permise, car d'après les règles belges de conflit de lois, c'est la loi belge — loi applicable au régime matrimonial des époux conformément aux règles belges de droit international privé — qui régissait, au regard de l'ordre juridique belge, le point de savoir « si et dans quelle mesure les époux peuvent changer de régime » (article 53, § 1^{er}, 4^o, C. DIP), ce que semble avoir ignoré l'avocat américain qui a assisté Edwige et Donald. Or si la loi belge connaît la mutation de régime, c'est à la condition toutefois que la modification soit, si elle entraîne la liquidation du régime préexistant, précédée d'un inventaire exhaustif des biens des époux (article 1394, § 2, alinéa 2, anc. C. civ.). Cette exigence atteint le fond du droit, puisqu'il s'agit de fixer les comptes entre les époux (15). Aussi la modification du régime matrimonial d'Edwige et de Donald serait en l'espèce nulle au regard du droit belge, et Edwige devrait toujours y être considérée comme commune en biens, avec la conséquence qu'elle ne pourrait seule, sans l'accord de Donald, réaliser l'acquisition immobilière qu'elle convoite aujourd'hui.

La clause d'exception contenue à l'article 19, § 1^{er}, du Code de droit international privé, devrait en l'espèce permettre de « sauver » la validité de l'acte qu'Edwige et de Donald ont accompli aux États-Unis. Cette disposition qui, en matière de régime matrimonial, régit la validité des actes intervenus sur le territoire d'États non liés par le règlement européen sur les régimes matrimoniaux ou, s'ils sont intervenus sur le territoire de tels États, des actes accomplis avant le 29 janvier 2019 (16),

(15) Voy., à une époque où l'homologation judiciaire s'imposait, et au sujet de cette dernière, Mons, 15 juin 2009, *Rec. gén.*, 2009, n° 26.126, p. 303.

(16) Le règlement ne s'applique qu'aux actes dressés après le moment de son entrée en application (article 69, § 1^{er}), et les règles de conflit de lois qu'il contient ne s'appliquent qu'aux choix exprimés après le même moment (*id.*, § 3).

prévoit que lorsque la loi désignée par les règles belges de conflit de lois est appelée à régir la validité d'un acte, il peut être dérogé à son application compte tenu, notamment, « *de la circonstance que [cet acte] a été établi[...] régulièrement selon les règles de droit international privé de[...] [l'État] avec [lequel] [il] présentait des liens au moment de son établissement* ». L'acte modificatif du régime matrimonial d'Edwige et de Donald était, au moment de son établissement, parfaitement valable au regard des règles américaines qui lui ont été appliquées. Il n'y a pas de raison que, soumis au juge belge, il lui soit appliqué un traitement différent, car Edwige et Donald ne se sont pas déplacés aux États-Unis pour y accomplir un acte qu'ils n'auraient pu accomplir en Belgique. Ils y ont plutôt passé un acte conforme à la loi du pays avec lequel il « *présentait des liens étroits* » au moment de son établissement, sans intention de fraude à la loi belge. L'invocation de la clause d'exception, permettant en l'espèce de déroger à l'application de la loi belge et de fonder la validité de l'acte accompli à l'étranger sur la loi américaine qui y a été appliquée au moment de son établissement, rapproche les solutions du Code de droit international privé de celles qui avaient cours avant son entrée en vigueur : il a toujours été admis, sous l'ancien droit, qu'il y avait lieu de reconnaître, en Belgique, une modification de régime matrimonial opérée sans fraude à l'étranger (17).

3.

Éric, de nationalité belge, et son épouse Iveta, de nationalité lettone, sont établis en Belgique, où ils ont fixé leur première résidence habituelle. Ils y ont acquis un immeuble. Aux termes d'un acte qu'ils viennent de passer devant un notaire lettone, Éric et Iveta ont adopté le régime de la séparation de biens que règle le droit letton. L'acte constate en outre l'attribution de l'immeuble que les époux possédaient en Belgique à Iveta. Que faut-il en penser ?

La Lettonie n'est, pas plus que les autres États baltes, pas partie au règlement européen sur les régimes matrimoniaux (18). Cela importe somme toute relativement peu pour l'efficacité en Belgique d'un acte de modification de régime matrimonial qui y est dressé, même relativement à un régime matrimonial jusqu'alors soumis au droit belge. La loi lettone s'y applique pleinement, tant dans la forme que dans le fond. En la forme, comme sur le plan de la procédure, il y va d'une application somme toute

(17) L. BARNICH, « Belgique — Régimes matrimoniaux », in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes, Livre bleu de l'Union internationale du notariat latin*, Bruxelles, Bruylant, 2003, t. I, pp. 762 et s.; M. VERWILGHEN, « Les rapports patrimoniaux dans le couple en droit international privé belge. Du droit positif actuel vers une révision codifiée », in J.-F. TAYMANS et J.-L. RENCHON (dir.), *Le service notarial. Réflexions critiques et prospectives*, Colloque en hommage à Michel Grégoire, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 291 et s.

(18) *Supra*, note 7.

classique de la règle *locus regit actum*, que confirme ici l'article 52, alinéa 2, du Code de droit international privé : cette disposition soumet la modification de régime matrimonial aux « *formalités prévues par le droit de l'État sur le territoire duquel la mutation est effectuée* ». Il suffit donc, en l'espèce, que les parties produisent au notaire belge une copie authentique de l'acte letton, accompagnée d'une traduction jurée dans une langue qu'il maîtrise, pour qu'il soit convaincu de sa validité formelle (articles 27, § 1^{er}, alinéa 3, et 24, § 1^{er}, 1^o, combinés, C. DIP). La seule différence au regard d'un acte émanant d'un État partie au règlement, mais elle est somme toute minime, est que l'apostille prévue par la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sera en outre requise, la Lettonie étant membre de cette convention depuis le 30 janvier 1996 (19). Mais pour le reste, l'on peut s'en remettre, sans plus, au plan formel à l'intervention du notaire letton : celle-ci bénéficie d'une présomption de validité, en droit letton, qui ne pourrait être remise en cause qu'en cas de contestation de la part de l'une ou l'autre des parties. Quant à la validité substantielle de l'acte qui, aux termes de l'article 27, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code de droit international privé, doit être vérifiée au regard de la loi applicable telle que la désignent les règles belges de conflit de lois, elle n'est en l'espèce pas davantage en doute : Iveta étant de nationalité lettone, les parties ont pu valablement faire choix du droit letton dans le cours de leur union. Celui-ci assoit la validité de l'acte qu'elles ont accompli à l'étranger (combinaison des articles 50, § 1^{er}, qui autorise les parties à faire un choix du droit applicable au cours du mariage, et 49, § 2, C. DIP, qui compte le droit de l'État dont l'un des époux a la nationalité au moment du choix parmi ceux qui peuvent être choisis : les mêmes solutions sont aujourd'hui contenues à l'article 22 du règlement européen sur les successions, d'application universelle pour tous les choix exprimés depuis le 29 janvier 2019 : article 69, § 3).

La seule particularité de l'acte accompli en Lettonie est, en l'espèce, qu'elle comporte la mutation d'un droit réel immobilier localisé en Belgique, ce qui entraîne des conséquences tant sur le plan de l'opposabilité de l'acte aux tiers de bonne foi (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, L. hyp., et 3.30, § 1^{er}, 1^o, du nouveau Code civil (20)) que sur celui fiscal (article 19, 2^o, C. Enr., éventuellement augmenté de l'article 2.10.1.0.1., VCF). Afin de régulariser la mutation de propriété intervenue en Belgique, il est recommandé de dresser un acte de dépôt au rang des minutes du notaire belge de la modification de régime matrimonial intervenue à l'étranger, par voie d'expédition ou par voie d'extrait, pour que les formalités hypothécaires et fiscales s'accomplissent, et que la documentation

(19) L'apostille est, depuis le 1^{er} juillet 2019, délivrée en Lettonie par les notaires eux-mêmes, via une procédure digitalisée (<http://www.notaries-of-europe.eu/index.php?pageID=17340>, consultée à la date du 26 octobre 2020).

(20) Le livre III entre en vigueur le 1^{er} septembre 2021.

patrimoniale belge soit mise à jour. Cette manière de faire permettra, en outre, l'accomplissement des formalités de publicité de la modification de régime matrimonial prévues par le droit de l'État de la résidence habituelle des époux (en l'espèce, le droit belge) : l'acte de dépôt établi en Belgique sera en effet publié au CRH (combinaison des articles 1395, §§ 1^{er} et 3, ancien Code civil), garantissant ainsi l'opposabilité du régime matrimonial choisi aux tiers contractant de bonne foi avec les époux (application de l'article 28, § 2, du règlement européen sur les régimes matrimoniaux). Pour des raisons fiscales, l'acte de dépôt devrait être dressé dans les quatre mois de la signature de l'acte intervenue à l'étranger, à peine d'une amende en principe égale au montant des droits dus (articles 32, 4^o et 41, C. Enr., l'amende étant sauf erreur de 20 % des droits en Flandre : 3.18.0.0.11, alinéa 1^{er}, 1^o, VCF).

4.

Elena, de nationalité grecque, et Jean-Baptiste, de nationalité belge, se sont unis au Maroc en mai 1958. Ils n'ont pas fait précéder ni suivre leur union d'un contrat de mariage. Ils ont fixé leur première résidence conjugale au Maroc et ne sont revenus en Belgique qu'en 1974. Sous quelle loi sont-ils mariés ?

Les règles anciennes de conflit de lois, applicables aux époux mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé (le 1^{er} octobre 2004), ne sont pas toujours claires : il s'agit d'un droit non écrit, jurisprudentiel et doctrinal, qui laisse subsister des zones d'ombre puisque la jurisprudence ne s'exprime jamais que partiellement, dans le cadre limité et au gré des espèces qui lui sont soumises. Les décisions des juges tranchent des cas particuliers. Elles ne se comparent pas à la loi, qui offre par comparaison un règlement d'ensemble et transcende les espèces particulières soumises aux juges (articles 6 et 23, du Code judiciaire) (21).

Si, en l'espèce, Elena et Jean-Baptiste s'étaient mariés en 1952, l'on aurait pu répondre sans hésitation qu'ils sont soumis à la loi nationale du mari (ici la loi belge), comme la Cour de cassation l'a décidé dans un arrêt du 9 septembre 1993 (*Weimberg*) à propos d'un couple unissant un ressortissant italien à une ressortissante belge unis sans contrat 41 ans plus tôt sans que l'épouse n'acquière la nationalité de son mari. La Cour y décide que « le régime matrimonial légal auquel

(21) Comp., à une époque bien antérieure à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, et alors que le législateur avait pris l'habitude d'intervenir ponctuellement, par l'insertion de règles de conflit de lois dans des instruments législatifs particuliers couvrant chaque fois des domaines très partiels, F. RIGAUX, « Les tendances actuelles du droit international privé belge », *R.B.D.I.*, 1975, pp. 1 et s. L'auteur voit dans « la souplesse de l'interprétation jurisprudentielle » et les « évolutions qu'elle permet » des avantages décisifs sur la rigidité des textes écrits (ici, p. 31). Seules des sources multilatérales, contenues dans des conventions internationales d'ensemble, trouvent grâce à ses yeux.

sont soumis les époux mariés sans contrat est si étroitement lié à l'institution du mariage que la détermination de la loi applicable à ses effets patrimoniaux doit être considérée comme définitivement acquise au moment où est consommé le fait générateur de ceux-ci », c'est-à-dire au moment où est célébré le mariage. La jurisprudence décidant à l'époque qu'un couple de nationalités différentes marié sans contrat était soumis à la loi nationale du mari, il fallait en l'espèce conclure « qu'il était irrévocablement acquis, dès (...) la célébration du mariage (...), que [le] régime matrimonial serait le régime légal prévu par [cette loi, c'est-à-dire en l'espèce] la loi italienne » (22).

Mais pour un mariage célébré en 1958, la situation est plus complexe.

À cette époque certes, la jurisprudence n'avait pas encore évolué. Elle optait toujours, lorsque des époux de nationalités différentes s'étaient mariés sans contrat, pour la loi nationale du mari. La règle de conflit de lois n'avait, sur le papier, pas changé : cette règle ne se modifiera de manière décisive, se fixant en définitive en faveur de la loi de l'État du premier « domicile conjugal » des époux (c'est-à-dire de leur premier « établissement principal » au sens de l'article 102 du Code civil, donc en fait de leur première résidence habituelle (23)), qu'avec un arrêt rendu par la cour d'appel de Mons le 22 octobre 1975, en cause *Beddini*, qui concernait lui aussi un couple unissant un Italien à une Belge qui n'avait pas acquis, par son mariage, la nationalité de son mari : la cour y rejette pour la première fois en degré d'appel l'idée qu'on puisse encore appliquer au régime matrimonial d'un couple de nationalités différentes la loi nationale du mari, et commande d'y appliquer un critère subsidiaire, qu'elle trouve en l'espèce dans son intégration prépondérante en Belgique (24).

De ce point de vue, en suivant la logique de l'arrêt *Weimberg*, il faudrait dès lors aujourd'hui encore appliquer à des époux mariés en

(22) *Cette revue*, 1993, p. 563, concl. conf. Av. gén. E. LIEKENDAEL, obs. D. STERCKX (ici, p. 580).

(23) Voy. *supra*, note 13.

(24) « [I]l y a quelque paradoxe », écrit la cour, « à choisir le rattachement à la loi du mari à une époque d'émancipation de plus en plus complète de l'épouse et dans un cas où, comme en l'espèce, le mari qui s'est apparemment fixé en Belgique sans esprit de retour (il s'y trouve depuis plus de 21 ans) demeurerait dans ce pays depuis huit ans lorsqu'il a épousé une Belge qui a conservé sa nationalité » (*cette revue*, 1976, p. 520, note R. VANDER ELST). Le critère à appliquer est, pour la Cour, l'intégration des époux dans leur « pays d'accueil » et celui de leur « résidence définitive », où ils se sont l'un et l'autre « établis à demeure ». La jurisprudence se fixera plutôt par la suite, en degré de cassation, en faveur de la loi de l'État du premier « domicile » conjugal, confirmant ainsi que de toute date, le régime matrimonial se fixe au moment du mariage (*supra*, note 13). Mais l'essentiel est là : la cour de Mons décide, pour la première fois en degré d'appel, et « par un revirement spectaculaire », « qu'il faut, en cas de mariage mixte, rejeter la loi nationale », et opter résolument pour un autre critère (N. WATTÉ, « Le divorce en droit international privé belge », *cette revue*, 1980, pp. 570 et s., ici, p. 578). Le mariage avait en l'espèce été célébré en 1962.

1958 la règle ancienne de conflit de lois, qui se fixait alors en faveur de la loi nationale du mari.

Mais 1958, c'est après 1955, plus précisément après le 29 août 1955, date de l'entrée en vigueur en Belgique de la convention européenne des droits de l'homme qui véhicule, en son article 14, le principe de non-discrimination qui fut à l'origine de la jurisprudence *Beddini*. S'il faut en croire Mme Liekendaël, alors avocat général à la Cour de cassation, dans ses conclusions conformes précédant l'arrêt *Weimberg*, c'est à cette date (le 29 août 1955) qu'il faut fixer, en l'anticipant donc de près de 20 ans, le changement de la jurisprudence qui a fait basculer les époux de nationalités différentes de la jurisprudence ancienne (fixée en faveur de la loi nationale du mari) à celle nouvelle (fixée en faveur du premier domicile conjugal) (25).

La Cour de cassation ne s'est à ma connaissance jamais prononcée elle-même sur la question, de sorte que les auteurs doutent toujours à ce jour du traitement à réserver à des époux de nationalités différentes mariés après le 29 août 1955, date de l'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme, mais avant le 22 octobre 1975, date du prononcé de l'arrêt *Beddini* : faut-il les soumettre à la loi nationale du mari, ou, déjà, à celle — fût-ce au prix d'un certain artifice — de la première résidence du couple ? (26) Je pense pour ma part pouvoir emboîter le pas à Mme Liekendaël, et fixer la date-pivot — celle du changement de la règle de conflit de lois — au 29 août 1955. Cette solution a je pense reçu le secours de la jurisprudence des juges du fond :

— un arrêt de la cour d'appel de Mons du 20 novembre 2007, en cause *Fitzgerald*, applique la règle ancienne (et soumet donc à loi nationale du mari) un couple marié en 1948 (27);

(25) Voy. les conclusions précédant l'arrêt du 9 septembre 1993, *cette revue*, 1993, pp. 567-568, en particulier p. 568 : « [à] mon avis, l'article 14 de la Convention, qui interdit formellement toute discrimination entre les sexes et consacre donc le principe d'égalité, énonce aussi « une norme qui, en règle, est suffisamment précise et complète pour produire des effets directs » [Mme LIEKENDAËL cite ici un arrêt rendu en matière de filiation, 10 mai 1985, *Bull.* et *Pas.*, 1985, I, n° 542], avec cette conséquence que, dès l'entrée en vigueur de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le principe d'égalité, ayant des effets directs, condamnait la primauté reconnue antérieurement à la loi nationale du mari et imposait un autre facteur de rattachement ».

(26) Voy. la synthèse de P. WAUTELET, « Relations patrimoniales au sein du couple : les régimes matrimoniaux en droit international privé », *Chron. not.*, vol. 70, oct. 2019, pp. 159 à 164 ainsi que 171 et s., qui fixe, en p. 187, à 1960 (mais en l'assortissant d'un point d'interrogation) la date du changement de la jurisprudence.

(27) *Cette revue*, 2008, p. 71.

— surtout, un jugement du tribunal de Malines du 20 novembre 1995 applique la règle nouvelle (et soumet donc à la loi du premier domicile conjugal) un couple marié avant 1975, plus précisément en 1970 (28).

Un changement jurisprudentiel étant difficile à fixer dans le temps il vaut mieux s'en tenir à une règle objective et fixer donc, en suivant Mme Liekendaël, la date-pivot au 29 août 1955 : seuls les époux mariés avant cette date (comme dans les affaires *Weimberg* et *Fitzgerald*) se verraient encore appliquer, aujourd'hui, la loi nationale du mari; les époux mariés à compter de cette date devraient se voir appliquer la règle nouvelle. Cette solution a été suivie par le tribunal de Malines dans son jugement précité du 20 novembre 1995, qui fait une référence expresse aux conclusions de Mme Liekendaël.

Il paraît en somme qu'il y a lieu d'appliquer à Elena et Jean-Baptiste la loi du premier domicile conjugal (en l'espèce, la loi marocaine) : lui appliquer aujourd'hui encore la loi nationale du mari, pour le motif que la jurisprudence était fixée en ce sens en 1958, serait contraire à la convention européenne des droits de l'homme entrée en vigueur dans notre pays le 29 août 1955, et au principe d'égalité qu'elle véhicule.

5.

Le futur défunt doit-il être encouragé à choisir la loi applicable à sa succession ?

Le choix de la loi belge paraît de bonne pratique pour un futur défunt de nationalité belge, expatrié à l'étranger, mais qui conserve encore des liens étroits avec la Belgique parce que son régime matrimonial y est soumis, qu'il y possède des biens ou que ses héritiers présomptifs y résident, ou qu'il envisage, à titre de perspective future, de s'y établir à nouveau, et qu'il est donc vraisemblable qu'un notaire belge soit tôt ou tard appelé à régler sa succession. Bien entendu, cela ne peut se faire qu'avec prudence, afin d'éviter de déstructurer par un choix intempestif une programmation successorale qui aurait été patiemment mise en place à l'étranger.

Voici deux exemples de relatif intérêt.

— Soit d'abord un ressortissant belge établi à Londres, qui possède encore des comptes bancaires en Belgique. S'il opte pour la loi belge comme loi applicable à sa succession, le notaire belge sera compétent, en cas de décès, pour délivrer le certificat successoral européen qui permettra la libération des avoirs bancaires belges, ou situés sur le

(28) *R.W.*, 1996-1997, p. 751, note J. MEEUSEN en C. BERX ; *T. Not.*, 1997, p. 167, note C. DE BUSSCHERE. Ce dernier auteur, qui approuve la décision prise, cite encore un jugement du tribunal de Liège ayant lui aussi appliqué la loi (belge) de la première résidence conjugale au régime matrimonial d'un couple unissant un Libanais à une Belge mariés en 1965 (2 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1201, note S. NUDELHOC ; *Rec. gén.*, 1991, n° 24.010, p. 314).

territoire de tout État partie au règlement, sans avoir à passer par la procédure de *Probate*, c'est-à-dire l'intervention d'un juge qui s'impose au Royaume-Uni. C'est une source d'économie et de simplicité (29).

— Soit ensuite un Belge établi au Japon ou en Corée du Sud, et qui possède toujours des intérêts ou dont la famille vit en Belgique. Un choix exprès du droit belge pourrait en première instance paraître superflu : c'est de toute manière la loi belge qui, au regard des autorités belges, s'appliquera à la succession, par renvoi opéré par le droit japonais ou sud-coréen au droit belge. L'un et l'autre de ces droits, en effet, soumettent la succession à la loi nationale du défunt et, s'agissant d'États tiers à l'Union européenne, le renvoi mis en place par l'article 34, § 1^{er}, *litt. a*, du règlement successoral conduira à l'application du droit belge (30). Mais si, comme dans un cas qui m'a été récemment présenté, le futur défunt possède aussi la nationalité japonaise ou sud-coréenne le renvoi pourrait ne plus jouer, car en cas de conflit de nationalités le juge du « renvoi » devra prendre en compte la solution qui sera donnée au conflit de nationalités sur le territoire de l'État étranger. Or il y a beaucoup de chances que les autorités japonaises ou sud-coréennes considèrent que l'intéressé est pourvu exclusivement de « leur » nationalité, la nationalité du for, et négligent la nationalité belge — une nationalité à leur égard étrangère — dont il est par ailleurs porteur. Le renvoi serait en ce cas paralysé, et il serait préférable que le futur défunt choisisse « *expressis verbis* » la loi belge, comme étant celle de l'une de ses nationalités, comme loi applicable à sa succession (31).

(29) Elle provient de la combinaison des articles 10, § 1^{er}, et 64, du règlement, qui autorisent le notaire belge à délivrer un CSE lorsque le défunt, de nationalité belge, et résidant sur le territoire d'un État tiers, avait choisi la loi belge comme loi applicable à sa succession et qu'il possédait encore des biens en Belgique. Le CSE fera en ce cas application de la loi belge, qui investit les héritiers de la saisine des biens héréditaires (article 724, ancien Code civil) : l'on aura échappé à l'épreuve du *Probate*.

(30) Voy. au Japon Act on the General Rules of Application of Laws [Hō no Tekiyō ni Kansuru Tsōsokuhō], Law No. 10 of 1898 (as newly titled and amended 21 June 2006), Article 36; en Corée du Sud, Act on Private International Law (Wholly Amended by Act No. 6465, Apr. 7, 2001, Amended by Act No. 10629, May 19, 2011), Article 49 (1) (resp. http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_08.1_anderson.pdf et https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=22558&type=part&key=8, tous deux consultés à la date du 26 octobre 2020).

(31) La solution qui précède a été présentée par la Cour de cassation de France dans un arrêt relatif à une succession ouverte avant l'entrée en application du règlement successoral européen. La Cour était confrontée à la succession d'une ressortissante franco-espagnole possédant un immeuble en Espagne. Quoique le droit espagnol soumette, à l'époque, les successions à la loi nationale du défunt, la Cour a refusé qu'il puisse y être fait application du droit français, car les autorités espagnoles n'auraient jamais tenu, de leur côté, un franco-espagnol pour français : elles l'auraient tenu pour espagnol. Dès lors, « en faisant prévaloir la loi française à l'égard d'un binational, alors que la loi nationale de rattachement, au sens du code civil espagnol, devait être déterminée selon les dispositions de la loi étrangère telles qu'interprétées par son droit positif », la cour d'appel avait violé les règles de conflit de lois visées au moyen (1^{re} ch. civ., arrêt n° 477 du 15 mai 2018 (17-11.571), ECLI:FR:CCASS:2018:C100477).

Le choix par le futur défunt de la loi applicable à sa succession est également intéressant pour des étrangers établis en Belgique.

— Par exemple, des Allemands qui entendraient bénéficier des bienfaits d'un testament Berlinoise, permettant au conjoint survivant d'hériter de tout le patrimoine sans que l'enfant puisse, avant le dernier décès, faire valoir ses droits réservataires, devraient choisir le droit allemand comme droit applicable à leur succession. Il en est de même d'Allemands qui, par le choix du droit allemand, entendraient sécuriser l'augment du quart réglé en faveur du conjoint survivant par l'article 1371 du Code civil allemand, qui précise que l'époux marié sous le régime légal allemand a droit lors du décès de son conjoint au quart du patrimoine de l'époux prédécédé (32).

— Ou des Néerlandais qui entendraient s'avantager mutuellement par testament en reportant le paiement de la part réservataire des enfants au jour du décès du dernier des conjoints devraient choisir le droit néerlandais comme droit applicable à leur succession.

J'aimerais sur ces points inviter le lecteur à se reporter au commentaire que j'ai fait paraître il y a un ou deux ans dans *Notamus*, sous l'intitulé « Successions internationales : trois questions de pratique notariale ». J'y ai proposé l'un ou l'autre modèle de testament Berlinoise ou de pacte Valkeniers destinés à résister au passage de la frontière, et j'y ai redit mon attachement au champ d'investigation considérable, et pour moi le meilleur banc d'essai de toutes les institutions du droit privé, qu'offrent les relations internationales (33).

Jean-Louis VAN BOXSTAEL

(32) Il s'agit là, d'après la Cour de justice de l'Union européenne, d'une disposition de portée successorale (1^{er} mars 2018, *Mahnkopf*, aff. C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138). Cet arrêt devrait prochainement faire l'objet d'un commentaire que je proposerai avec Mme Vinciane ROSENAU à la *Revue trimestrielle de droit familial*.

(33) *Notamus*, 2/2018, pp. 31 et s.