

LE NOTAIRE, L'EUROPE ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Yes, we can

La matière des régimes matrimoniaux et des successions, sur laquelle est centrée la présente contribution, est pour le notaire un élixir (II), passé par le filtre des évolutions historiques du droit international privé (I). Elle en ressort transformée, comme se transforme, au fil du temps, l'activité notariale internationale. Tel est, en droit international privé, le principal enseignement de la journée du 25^e anniversaire.

I. — Le filtre

Le droit international privé a franchi, en un quart de siècle, trois étapes essentielles de son existence. Elles composent le filtre ou l'« alambic » (1) par lequel passent régimes matrimoniaux et successions.

1. *Le droit savant*

À l'époque où François Rigaux d'abord, Michel Verwilghen, ensuite, enseignaient le droit international privé aux aspirants en notariat de l'Université de Louvain, dans les murs de cette *Alma Mater* qui nous réunit aujourd'hui, cette branche du droit avait mérité le qualificatif de « droit savant » (2). L'expression, si elle grandissait la discipline (et ceux qui l'enseignaient ou la pratiquaient?), était destinée surtout à en révéler une particularité maîtresse, sur le plan des sources : le droit international privé, tout embryonnaire et « en voie de formation » (3), puisait son origine, surtout, dans les « théories » (4) des auteurs de doc-

(1) L'expression est empruntée à Guy COQUILLE, sieur de Romenay : « [e]il faut dire *quod si ars boni et aequi*, et non pas une officine de subtilité et de rigueur; selon ce que les Docteurs italiens ont voulu régler leurs statuts, qu'ils ont dit être de droit étroit, et y ont fait une infinité de règles, distinctions et décisions, qui sont vrais alambics à cerveaux sans résolution certaine » (*Commentaire sur la coutume du pays et duché de Nivernais*, 1590).

(2) B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », *Rec. cours*, vol. 234, 1992, t. III, pp. 331 et s.

(3) F. LAURENT, *Droit civil international*, Bruxelles, Bruylant, et Paris, Marescq, 1880, t. I, p. 95, n° 42.

(4) P. GOTHOT, « Les grands traits du droit international privé belge en matière de régimes matrimoniaux et de successions », *Journées notariales de Charleroi*, 1961, p. 1, n° 1.

trine et, plus accessoirement, les constructions des cours et tribunaux. Les sources législatives y étaient « exceptionnellement peu nombreuses » (5), tenant presque toutes dans une seule disposition du Code civil : cet article 3 aux « destins multiples » (6) que le Code de droit international privé a aujourd'hui abrogé et qui, pour mieux servir les ambitions de Napoléon, avait pour unique objet, initial, d'étendre le champ d'application de la loi française dans l'espace.

Les termes, quoique célèbres, méritent d'en être reproduits : « [L]es lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » (alinéa 1^{er}); « [L]es immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par loi [française] (alinéa 2) », et surtout : « [L]es lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les [Français], même résidant en pays étranger » (alinéa 3). C'est au départ de cette seule disposition, bien lacunaire, du Code napoléon, qui cherchait à étendre, autant que faire se peut, l'autorité de ses dispositions sans s'inquiéter de l'application des lois étrangères ou du respect qui leur était dû (7) que les théoriciens du droit international privé ont au long du XIX^e siècle cherché à construire un corps de règles capable de définir en toutes matières le champ d'application respectif des législations en présence. Le mérite principal en est revenu à Savigny qui, dans son *Traité de droit romain* (1855), a suggéré, plutôt que de s'attarder au point de vue unilatéral, « jaloux », des législations en présence, de partir plutôt du « rapport de droit » pour rechercher la loi qui s'y appliquait naturellement. C'est un « tournant copernicien » (8), qui a permis l'éclosion du droit international privé moderne : celui des règles de conflit bilatérales, rattachant certaines catégories de situations juridiques particulières, regroupées en « catégories de rattachement », à la loi qui leur est applicable, désignée par l'intermédiaire d'un « critère » ou « facteur » de rattachement (9).

L'on devine, pour autant, que les querelles d'écoles n'étaient pas rares, et que le rôle éminent que la manière de démission du législateur avait laissé à la doctrine et à la jurisprudence était davantage source

(5) F. RIGAUX, « Cent cinquante ans de droit international privé belge », in *Les grands arrêts de la jurisprudence belge — Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 58; « Les tendances actuelles du droit international privé », *R.B.D.I.*, 1975, p. 31.

(6) B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Paris, Dalloz, 2005, p. 1.

(7) La disposition résumait assez bien, en cela, les travaux antérieurs des « docteurs » de la discipline.

(8) P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 50, n° 68.

(9) F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 77 et s., n° 3.1 et s.

d'insécurité que de certitude ou de prévisibilité des solutions — Savigny lui-même s'était perdu à tenter dégager pour chaque « rapport de droit » les enseignements que lui paraissait contenir le droit commun. Et Michel Verwilghen, qui s'est attaché pendant des décennies, avec le succès que l'on sait, à enseigner le « droit savant » aux futurs notaires, se plaisait à répéter, avec un humour teinté d'une certaine fierté, que si le droit international privé était une « science », il était avant tout celle « des broussailles » (10).

2. Le Code de droit international privé

C'est en pareil contexte — celui du « silence », de « l'obscurité » ou de « l'insuffisance » de la loi (11) — qu'est éclose auprès de quelques juristes éminents, tous professeurs d'université, au premier rang desquels les professeurs Marc Fallon, de l'Université de Louvain, et Johan Erauw, de l'Université de Gand, l'idée — révélée pour la première fois à la communauté des juristes par Michel Verwilghen (12) — d'élaborer un Code « belge » de droit international privé. Ces juristes, sans doute, ne faisaient pas totalement œuvre novatrice, puisqu'ils emboîtaient le pas à maints législateurs étrangers, plus hardis que ne l'avait été, jusqu'alors, le législateur belge (13). Mais ils ont contribué à mettre en place, à l'échelle du « petit pays » qu'est la Belgique (14), un corps de règles doté tout à la fois d'une certaine prévisibilité — servant ce que les auteurs du Code appellent son objectif de « transparence » (15) — et d'une certaine modernité — exprimant son objectif d'« adaptation à l'évolution » (16).

(10) L'auteur empruntait cette expression à E. THALLER, *Des faillites en droit comparé*, Paris, Rousseau, t. 11, p. 273, n° 234, cité dans « Avant-propos », in *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, p. 7.

(11) Ces termes, qui figurent aujourd'hui à l'article 5, C. jud., étaient ceux de l'article 4, anc., C. civ. Il en résultait, pour LAURENT, que « la jurisprudence [était] en voie de créer toute une doctrine sur le droit civil international » (*Principes*, t. I, n° 257 *in fine*).

(12) « Vers un Code belge de droit international privé. Présentation de l'avant-projet de loi portant Code de droit international privé », *Trav. Com. fr. Dr. int. priv.*, 1998-1999, pp. 123 et s.

(13) Voy. not. la Loi fédérale suisse du 18 déc. 1987 sur le droit international privé, *Rec. off.*, 1988, p. 1776, et la loi italienne n° 218 du 31 mai 1995 portant « Réforme du système italien de droit international privé », *Suppl. ord. Gazz. Uff., Serie gen.* 128, 3 juin 1995.

(14) L. BARNICH, « Présentation du nouveau Code belge de droit international privé », *Rev. not.*, 2005, p. 7.

(15) Tels sont les termes des développements de la proposition de loi, reproduits dans M. Fallon et J. Erauw, *La nouvelle loi sur le droit international privé. La loi du 16 juillet 2004*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 55.

(16) *Ibid.*, p. 56.

Les règles mises en place ne devaient pas seulement être plus directement accessibles, tant aux juges que, à titre préventif, aux parties, aux avocats ou aux notaires : elles devaient aussi coller de plus près à un contexte sociologique qui avait profondément changé depuis 1804. C'est qu'au XXI^e siècle, les querelles du droit international privé ne concernent plus seulement, comme aux siècles passés, les alliances ou les amours contrariées de quelques familles princières répandues sur le Continent (17), mais, au quotidien, les innombrables citoyens de l'Europe, voire du monde, qui y circulent ou s'y établissent, y concluent des contrats ou y possèdent des biens. Et de ce point de vue, il paraissait singulièrement urgent de substituer dans les matières touchant à l'état et à la capacité des personnes le critère de la résidence habituelle, facteur d'intégration et de non-discrimination, à celui de la nationalité qui, sous le prétexte d'une illusoire « permanence » du statut personnel, chargeait l'immigré, même dans le pays de sa nouvelle résidence, de toutes les lourdeurs de sa loi nationale en le sortant du lot de ses contemporains : le divorce par consentement mutuel ou, dans une moindre mesure, la modification du régime matrimonial des Italiens vivant en Belgique en ont longtemps offert des exemples topiques.

3. Les règlements européens

L'on devine pourtant que sur la voie de l'« internationalisme » ou de l'« ouverture internationale » qu'il s'est aussi donné pour objectif (18), ou pour principe, le Code de droit international privé ne pouvait, comme le Conseil d'État l'avait pressenti dans l'avis qu'il avait remis sur la proposition de loi (19), constituer qu'une première étape — entreprise, du reste, assez tardivement. La Belgique fait en effet partie de l'Union européenne dont le Conseil, réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999, a décidé d'une coopération judiciaire en matière civile, impliquant notamment la reconnaissance mutuelle des jugements, puis à Bruxelles, les 4 et 5 novembre 2004, d'une unification des règles de conflit de lois en matière familiale, double instrument de la mise en place d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » dans

(17) Not. Cass., 19 janv. 1882, *de Bauffremont, Pas.*, 1882, I, p. 38, qui évoque les frasques d'une princesse séparée de son premier mari qui, pour convoler en secondes noces, avait obtenu dans sa patrie d'origine un divorce que la loi française lui refusait, ou Cass. fr., 13 avr. 1932, *affaire dite du « Château de Chambord »*, *D.P.*, 1932, I, p. 89, qui concerne l'aptitude de ressortissants étrangers — en l'espèce les princes de Bourbon-Parme, dont certains étaient à l'époque mineurs — de procéder sous couvert de leur loi nationale au partage amiable d'un immeuble situé en France.

(18) M. FALLON et J. ERAUW, *La nouvelle loi...*, *op. cit.*, p. 58.

(19) *Doc. parl.*, n° 2-1225/1, 2001-2002, annexe, pp. 202-293.

laquelle les citoyens de l'Europe peuvent (ou devraient pouvoir) se mouvoir librement (20).

Cette entreprise double — concernant à la fois le conflit d'autorités et de juridictions, c'est-à-dire le partage des compétences judiciaires et la libre circulation des jugements et des actes authentiques, et le conflit de lois, c'est-à-dire l'identification de la loi applicable aux situations transfrontières — passait autrefois par la conclusion de conventions internationales sur un mode classique, au départ de l'article 220, ancien, du Traité CE (21). Telle fut l'origine de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 « concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » (22) qui, quoique ne concernant pas directement les matières notariales (à la notable exception, toutefois, des obligations alimentaires), peut être considérée comme un monument, et la mère de tous les instruments qui furent mis en place par la suite (23). Mais rapidement, la coopération interétatique traditionnelle ayant montré ses faiblesses (ou ses limites), les autorités européennes, se fondant sur les articles 61 et suivants du Traité révisé à Amsterdam, le 20 octobre 1997, ont promulgué en cette matière quantité de règlements possédant ayant un effet direct, c'est-à-dire générant à l'instar des lois nationales, qu'ils supplantent, des droits et des obligations pour les particuliers. C'est en pareil cadre que le règlement 44/2001 (Bruxelles I) a succédé à la Convention de Bruxelles (24), tandis que son pendant encore embryonnaire apparaissait dans le droit de la famille, timidement investi dès 2001 par le règlement 1347/2000 (Bruxelles II) puis, plus nettement en 2003 par le règlement 2201/2003 (Bruxelles IIbis) (25).

(20) Tels sont les termes de l'article 61 du Traité.

(21) Cette disposition avait pour unique objet la « simplification des formalités auxquelles [étaient] subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions judiciaires » : l'on sait combien pareille « simplification » fut interprétée largement puisque, non contents de régler l'*exequatur* des décisions judiciaires étrangères, les auteurs de la Convention mirent en place des règles de compétence directe.

(22) Dont la première version, remaniée à maintes reprises par la suite, est parue en même temps que son protocole additionnel au *J.O.C.E.*, n° L 299 du 31 déc. 1972, pp. 32-42.

(23) Voy. aussi, pour les notaires, la Convention du 25 mai 1987 « relative à la suppression de la légalisation d'actes dans les États membres des Communautés européennes », appr. loi du 27 nov. 1996, *Mon.*, 18 av. 1997, *err.*, 10 juin 1997.

(24) Règl. (CE) 44/2001 du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I), *J.O.U.E.*, n° L 12 du 16 janv. 2001, pp. 1-23.

(25) Règl. (CE) 2201/2003 du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) 1347/2000 (Bruxelles IIbis), *J.O.U.E.*, n° L 338 du 23 déc. 2003, pp. 1-29.

Les notaires, d'abord, ne furent pas trop concernés par la multiplication des règlements qui s'en suivit, tant dans le domaine de la compétence judiciaire (règlements dits « de Bruxelles ») que dans celui de la loi applicable (règlements dits « de Rome », car succédant, quant à eux, à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (26)). Mais les choses changent, et elles le font rapidement, car ils doivent aujourd'hui être attentifs à des règlements dits « de nouvelle génération », intéressant à la fois la compétence judiciaire et la loi applicable, qui, pour garantir la libre circulation des citoyens de l'Europe, investissent maints secteurs du droit de la famille dans lesquels ils sont traditionnellement actifs. Il en est ainsi du règlement 4/2009 du 18 décembre 2008 sur les obligations alimentaires qui, couplé, en matière de loi applicable, au protocole de La Haye du 23 novembre 2007, offre en ces matières, depuis le 18 juin 2011, un cadre législatif renouvelé (27). Les notaires recevant des actes, comme des conventions préalables à divorce par consentement mutuel, contenant des engagements alimentaires seront attentifs à remettre aux parties l'extrait prévu par le règlement en son article 48, leur permettant de déployer leur force exécutoire sur tout le territoire de l'Union. Le mouvement ainsi amorcé s'accélère, en raison de la possibilité octroyée à certains États membres, plus férus que d'autres de construction européenne, d'entreprendre entre eux pour mieux servir les objectifs de l'Union une « coopération renforcée » (28). C'est dans ce dernier cadre qu'est paru récemment au *Journal officiel* le règlement (UE) n° 1259/2010 « mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps » (29) qui, se lisant en cheville avec le règlement de Bruxelles IIbis, intéresse directement les notaires, fût-ce parce qu'il peut

(26) Règl. (CE) 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.U.E.*, n° L 177 du 4 juill. 2008, pp. 6-16, et 864/2007 du 11 juil. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), *ibid.*, n° L 199 du 31 juil. 2007, pp. 40-49.

(27) Règl. (CE) 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *J.O.U.E.*, n° L 7 du 10 janv. 2009, pp. 1-79, et décision du Conseil du 30 nov. 2009 relative à la conclusion, par la Communauté européenne, du protocole de La Haye du 23 nov. 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (2009/941/CE), *J.O.U.E.*, 16 déc. 2009, pp. 17-23, avec le texte du protocole.

(28) Articles 326 et s., TFUE, introduits à Nice, et succédant à la « coopération plus étroite » prévue à Amsterdam.

(29) *J.O.U.E.*, n° L 343 du 29 déc. 2010, pp. 10-16. Ce règlement sera d'application, conformément à son article 21, dès le 21 juin 2012.

conduire les futurs époux à faire choix par contrat de mariage (!) de la loi qui sera appliquée à leur divorce (30).

L'on aurait pu craindre, dans une communauté notariale traditionnellement méfiante à l'endroit de l'Union, que cette manière de recrudescence aurait nui aux intérêts du notariat latin. Il semble n'en être rien. Les autorités européennes paraissent avoir intégré, sur le plan du droit international privé, l'existence de ces autorités extra-juridictionnelles, nationalement organisées, qu'on appelle « notaires ». La meilleure preuve en est offerte par le règlement 805/2004 (« titre exécutoire européen ») (31) qui, soustrayant les actes authentiques, produits de la liberté des conventions, au contrôle des normes minimales de procédure que fixent ses articles 12 et suivants, leur donne un statut, et une autorité, supérieurs à ceux qu'il reconnaît aux décisions judiciaires — c'est d'autant plus remarquable qu'il revient, en Belgique, aux notaires eux-mêmes de donner à leurs actes le certificat de « titre exécutoire européen » (32). Pareil « revirement », si l'on ose dire, de l'Europe à l'endroit des notaires est venu d'une rencontre : les autorités européennes ont, pour mieux servir la libre circulation de leurs citoyens, investi des secteurs dans lesquels les notaires, conseillers traditionnels des familles, sont singulièrement actifs.

Ceux des régimes matrimoniaux et des successions — traditionnels élixirs du notariat — en offrent à cet égard des exemples topiques.

II. — L'élixir

La matière des régimes matrimoniaux et des successions n'a pas échappé aux évolutions historiques du droit international privé et les notaires sont ainsi, par la force des choses, les premiers témoins — les témoins privilégiés — de ces métamorphoses.

(30) Cfr. les articles 5, qui, dans certaines limites autorise en règle les époux à choisir la loi applicable à leur divorce, et 7 qui, au titre de la validité formelle de cette désignation, sauvegarde l'application des règles de forme en vigueur sur le territoire de l'État membre où l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle : telle est en Belgique (ou en France) la règle selon laquelle les contrats de mariage doivent être reçus en la forme notariée (article 1392, C. civ.; cons. 19 du règlement). Ces règles ont leur pendant actuel dans l'article 55, § 2, C. Dip. Elles le supplanteront dès leur mise en application.

(31) Règl. (CE) 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *J.O.U.E.*, n° L 143 du 30 avr. 2004, pp. 15-39.

(32) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. BRIJS, *Un titre exécutoire européen*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 53, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 227 et s., n° 260 et s.

1. Les régimes matrimoniaux

L'on sait les difficultés récurrentes auxquelles ont porté les anciennes règles de conflit de lois, déduites de l'article 3, al. 3, anc., C. civ., en matière de régimes matrimoniaux. L'on hésitait, d'abord, sur la place à y reconnaître à l'autonomie de la volonté, les écoles étant partagées, *grosso modo*, entre ceux de Louvain, qui tenaient qu'il était permis aux époux de choisir, par contrat de mariage, la loi applicable à leur régime matrimonial, et ceux de Bruxelles, qui jugeaient que tel ne pouvait être le cas que si le droit lui-même applicable à défaut de choix aménageait cette possibilité (33). Et les difficultés allaient croissantes si l'on se tournait vers les époux — les plus nombreux — qui n'avaient exprimé aucun choix. S'il était relativement simple de déterminer, en pareille hypothèse, le régime applicable aux couples partageant une même nationalité, et qui se trouvaient dès lors, en vertu de l'article 3, al. 3, ancien du Code civil, soumis à la loi de leur nationalité commune (34), le problème se compliquait singulièrement lorsque les époux étaient de nationalité différente. Il surgissait alors une difficulté, dite du conflit de lois personnelles, que François Rigaux avait décrite comme l'une des « plus irritant[e]s » de la discipline (35). L'on était bien en peine, à la lecture des seules sources législatives, d'y trouver la solution. Il fallut patienter, en degré de Cassation, jusqu'au 25 mai 1992 pour qu'on puisse l'on la lire : la loi applicable était en pareil cas celle de la première résidence conjugale (36), la Cour précisant cependant en un autre arrêt, quasiment contemporain, que cette solution ne concernait pas les époux qui s'étaient unis à l'époque où était en vigueur la règle ancienne qui donnait en pareil cas la préférence à la loi nationale du mari. Ces époux demeuraient soumis à cette dernière loi — la Cour s'abstenant cependant de préciser où se situait la date pivot, celle du changement dans le temps de la règle de conflit de lois (37). Les problèmes étaient légion. Le droit ancien ne permettait entre autres mystères pas de répondre à la question, pourtant assez fréquente, de la détermination du

(33) Not. N. WATTÉ et L. BARNICH (collab.), « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. XVIII, l. 2, n° 38 et s., pp. 64 et s.

(34) Cass., 10 avr. 1980, *Eicker, Pas.*, 1980, I, p. 968, concl. Av. gén. J. VELU

(35) « Droit international privé », in *Novelles. Protection de la jeunesse*, Bruxelles, Larcier, 1978, n° 1.352.

(36) *Banque Sud Belge, Pas.*, 1992, I, p. 839, concl. Av. gén. LECLERCQ, qui parle plutôt de premier « domicile » conjugal — mais, celui-ci devant s'entendre au sens du « principal établissement » dont parle l'article 102, C. civ., cela revient au même.

(37) 9 sept. 1993, *Weimberg, Rev. not.*, 1993, p. 563, concl. Av. gén. E. LIEKENDAEL.

régime matrimonial d'époux de nationalité différente mariés sans contrat, et qui n'avaient pas encore eu le temps de cohabiter (38).

Répudiant pour partie les solutions contenues dans une Convention de La Haye qui, bien qu'en vigueur chez (presque) tous ses voisins, n'a guère eu les faveurs de la Belgique (39), le Code de droit international privé a dans la matière des régimes matrimoniaux joué parfaitement son rôle : il a donné aux solutions du conflit de lois la « transparence » et la « modernité » (40) qui leur manquait jusqu'alors, en permettant aux époux de choisir, mais en d'étroites limites, la loi applicable à leur régime matrimonial (art. 49), et en soumettant ceux qui n'avaient exprimé aucun choix à un rattachement en cascade, façonné comme une échelle de KEGEL inversée, dans laquelle le rattachement à la loi de l'État de la première résidence habituelle des époux prend le pas sur celui de leur nationalité commune. Une règle particulière est mise en place dans le cas des époux de nationalité différente qui n'ont pas encore cohabité : ils sont soumis à la loi de l'État sur le territoire duquel ils se sont mariés (art. 51). Mais ces règles nouvelles ne sont pas rétroactives et, conformément à l'enseignement traditionnel de la Cour de cassation, elles ne concernent que les époux mariés après le moment de leur entrée en vigueur, soit le 1^{er} octobre 2004 : les époux mariés avant cette date restent soumis aux règles anciennes.

Et voici que, dans le souci de « [l]ever », à l'échelle européenne, « les incertitudes liés aux droits patrimoniaux des couples internationaux » (41), le législateur européen s'en mêle : en même temps qu'elle présentait un texte relatif aux « effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », délibérément sortis — comme dans le Code de droit international privé belge — du domaine du mariage et soumis à des

(38) Il ne s'agit là que d'un exemple, car il faut encore y ajouter les difficultés liées à la mise en œuvre du renvoi (Mons, 20 nov. 2007, *Fitzgerald c. Lhoir*; *Rev. not. b.*, 2008, p. 71, statuant sur le régime matrimonial d'époux soumis à la loi écossaise, mais établis en Belgique) ou — pis encore — de la solution fonctionnelle du conflit de nationalités (not. Bruxelles, 22 avr. 1988, *Montanari c. Queru, J.T.*, 1988, p. 664, statuant sur le régime matrimonial d'un homme de nationalité italienne et d'une dame de nationalité française, devenue italienne par son mariage avec un ressortissant italien, et Cass., 4 déc. 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 718, obs., statuant, plus récemment, sur le régime matrimonial d'un couple uni sous les anciennes règles de conflit, alors que l'époux possédait à la fois la nationalité belge et la nationalité marocaine, tout en partageant cette dernière nationalité avec son épouse).

(39) Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, actuellement en vigueur aux Pays-Bas, en France et au Grand-Duché de Luxembourg.

(40) *Supra*, notes 15 et 16.

(41) Voy. le « Document de travail » du 16 mars 2011 « des services de la Commission. Synthèse de l'analyse d'impact », relatif aux propositions de règlement relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, SEC(2011) 328 final.

règles distincte, la Commission européenne a récemment élaboré une « proposition de règlement (...) relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux » (42). Celle-ci s'inspire en large partie des solutions actuellement en vigueur en droit belge. Rejetant — tout autant que le Code de droit international privé — le dépeçage de la loi applicable au régime matrimonial qu'admettait en partie la Convention de La Haye (art. 15), le règlement en projet permet aux époux de choisir par contrat la loi applicable à leur régime matrimonial, dans des limites assez analogues à celle qu'autorise aujourd'hui l'article 49, C. Dip (art. 16). Il prévoit, à défaut de choix, que la loi applicable est celle de la « première résidence habituelle commune des époux », à défaut celle de leur « nationalité commune », et à défaut encore celle « de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits, compte-tenu de toutes les circonstances, et notamment du lieu de célébration du mariage » (art. 17.1) (43). Au regard du régime actuel, une troisième ère s'ouvrira pour les époux, car il y aura lieu de soumettre à un régime distinct, outre les époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004, soumis aux règles anciennes de conflit de lois, et ceux mariés après cette date, soumis aux dispositions du Code de droit international privé, ceux qui se seront mariés après l'entrée en vigueur du règlement européen : celui-ci, pas plus que le Code de droit international privé, ne se donnera une portée rétroactive. Il ne s'appliquera qu'aux époux mariés après le moment de son entrée en vigueur (art. 39.3).

La proposition « régimes matrimoniaux » fait aux notaires la part qui leur revient. Prenant acte qu'en maints États membres, la conclusion d'un contrat de mariage passe « en pratique » par la forme authentique, le règlement en accepte la contrainte, et dispose que le choix par les époux de la loi applicable à leur régime matrimonial devra revêtir la forme prescrite pour le contrat de mariage par la loi de l'État choisi ou celle de l'État de rédaction de l'acte (art. 19.1 (44)). Pareil respect manifesté, lorsque le droit considéré l'impose, pour la forme authentique, n'est pas hasardeux : cette forme est perçue comme le gage d'une

(42) 16 mars 2011, COM(2011) 126 final.

(43) Comp. les termes actuels de l'article 51, C. Dip.

(44) L'art. 19.2 précise, à l'instar de l'art. 52, al. 1^{er}, *in fine*, C. Dip, que « le choix doit être au moins exprès », et résulter d'un « acte écrit, daté et signé par les deux époux », et l'art. 19.3, renforçant l'autorité de la loi locale, que « si la loi de l'État membre dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle commune au moment du choix (...) prévoit pour le contrat de mariage des formes supplémentaires, ces conditions doivent être respectées ». Le renvoi étant exclu (art. 24), il semble — au contraire de ce que prévoit aujourd'hui le Code de droit international privé (art. 50, § 2, al. 1^{er}, et 52, ali. 1^{er} combinés) que deux époux résidant en Belgique devront toujours s'adresser au notaire pour la conclusion de leurs conventions matrimoniales.

meilleure compréhension, par les parties, des « conséquences de leurs choix » (45). La proposition de règlement accorde d'un même contexte — et sans surprise — aux instruments authentiques une reconnaissance de plein droit, gage de leur libre circulation — (46) (47).

2. *Les successions*

Le droit international privé des successions se trouvait lui aussi, avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, dans un état relativement embryonnaire, inspiré par le détournement de l'art. 3, al. 2, anc., C. civ., des solutions territorialistes de d'Argentré, et conduisant au morcellement successoral : aux immeubles, la loi du pays de leur situation, aux meubles, la loi de l'État du dernier domicile au sens du Code civil, c'est-à-dire de la dernière résidence habituelle du défunt (48). Ces solutions traditionnelles n'ont guère été modifiées par le Code de droit international privé, qui les a plutôt substantiellement reproduites — à contre cœur sans doute, comme en témoignent les termes utilisés — en son article 78. Le législateur de 2004 a vainement cherché à renverser l'ordre ainsi établi, et à franchir un pas révolutionnaire, en rétablissant l'unité de la loi applicable à la succession : il n'y a pas réussi. Tous les instruments mis en place pour y parvenir manquent à cet égard leur objectif. Le renvoi, d'abord, conduisant à rassembler les immeubles à la masse mobilière de la succession lorsque l'application de la loi de situation de l'immeuble conduit, dans les circonstances concrètes de l'espèce, à les soumettre à la loi de l'État de la dernière résidence habituelle du défunt (art. 78, § 2, al. 2, C. Dip), ne

(45) Voy. le considérant 24 de la proposition de règlement, qui évoque « l'importance » du choix que les époux ont à poser. Les termes sont assez identiques dans les considérants 18 et 19 du règlement 1259/2010 (« divorce ») qui, pour appuyer les exigences formelles du choix exprimé par les époux quant à la loi applicable à leur divorce (art. 7), évoquent la nécessité que le choix des époux soit « éclairé », et qu'il inclue les « conséquences juridiques » de leur accord.

(46) Les notaires s'imposent, d'abord, en raison de l'importance « pratique » de leur intervention. Cette réalité est assez bien mise en évidence par l'exposé des motifs de la proposition de règlement qui, en son point 5.4 *in fine*, évoque pour justifier la règle de la reconnaissance de plein droit « l'importance pratique des actes authentiques en matière de régimes matrimoniaux » (nous soulignons).

(47) « Pour autant », précise le considérant 28, « les actes authentiques ne peuvent être assimilés à des décisions juridictionnelles pour ce qui concerne leur reconnaissance. La reconnaissance des actes authentiques signifie qu'ils jouissent de la même force probante quant au contenu de l'acte et des mêmes effets que dans leur État membre d'origine, ainsi que d'une présomption de validité qui peut tomber en cas de contestation ». D'où les termes de l'article 32.2 : « [I]a reconnaissance des actes authentiques a pour effet de conférer à ceux-ci une force probante quant à leur contenu, ainsi qu'une présomption simple de validité ».

(48) *Supra*, note 36.

s'applique pas dans tous les cas (49); le choix par le futur défunt de la loi applicable à sa succession, dont il est précisé qu'il doit — par souci d'unité, précisément — porter sur « l'ensemble de sa succession » — comme celui qui est exprimé par deux (futurs) époux de la loi applicable à leur régime matrimonial doit porter « sur l'ensemble de [leurs] biens » (art. 50, § 2, al. 2, C. Dip) — n'interdit pas l'opération de la loi applicable à défaut de choix dans la mesure nécessaire à la protection de la réserve héréditaire qu'elle aménage (article 79), obligeant l'interprète ou le notaire à un périlleux exercice de comparaison des lois en présence; la clause d'exception, enfin, qui pourrait conduire à préférer à la loi applicable une autre, à laquelle une partie de la succession serait déjà soumise, et qui présenterait avec la situation des liens plus étroits, est trop incertaine pour pouvoir être essayée avec fruit dans le domaine des successions — elle n'a d'ailleurs pas à proprement parler un objectif de politique législative (art. 19).

Les efforts du législateur de lutter contre le morcellement successoral qu'il a lui-même mis en place, par fidélité à la tradition française, sont bien souvent voués à l'échec, et la succession internationale s'en trouve irrémédiablement morcelée.

De ce point de vue, l'intervention du législateur européen pourrait changer la donne : quelques temps avant de s'attaquer, si l'on ose dire, à la matière des régimes matrimoniaux, la Commission européenne a présenté une « proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen » (50) qui soumet « l'ensemble de la succession » à une loi unique : celle de l'État sur le territoire duquel le défunt possédait sa dernière résidence habituelle (art. 16). Il est en outre, permis au futur défunt de soumettre l'ensemble de sa succession à la loi de son choix, mais ce ne peut être que celle de sa nationalité (art. 17.1). L'effort d'unification ainsi entrepris risque cependant d'être mis à mal, au cours de son examen par le Parlement européen et le Conseil, car

(49) Un notaire belge, chargé de liquider et partager la succession d'un ressortissant belge décédé en laissant sa dernière résidence habituelle en Belgique, mais possédant un immeuble en Allemagne, en Espagne ou en Italie, pourra y appliquer la loi belge pour le tout, du fait de la soumission de la succession, en tous ces pays, à la loi nationale du défunt. Mais si le défunt avait fixé sa dernière résidence habituelle dans le pays où il possède un immeuble, et qu'il laisse un immeuble en Belgique, le morcellement sera irrémédiable. Il importera peu que le droit étranger renvoie, en pareil cas, la compétence à la loi belge : le droit étranger s'appliquera inévitablement, du point de vue belge, à l'immeuble sis à l'étranger et aux meubles du défunt, et le droit belge, à l'immeuble situé en Belgique, car le législateur n'a pas prévu cette éventualité.

(50) 14 déc. 2009, COM(2009)154 final.

d'aucuns jugent insuffisante la protection de la réserve héréditaire mise en place par l'instrument proposé. Si la loi désignée n'échappe pas à la censure de l'ordre public (art. 27.1), il est en effet précisé que celui-ci n'est pas violé par l'unique circonstance que les « modalités » arrêtées la loi désignée concernant la réserve héréditaire sont « différentes de celles en vigueur dans le for » (*ibid.*, 2). La protection due à la veuve et à l'orphelin risque de s'en trouver mise à mal, et pourrait bien justifier d'importantes modifications à la proposition de règlement (51).

La part que le règlement en projet fait aux notaires est, aussi, plus mystérieuse que celle qui ressort avec évidence — et naturalité — de la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux. Le règlement en projet prévoit ainsi que les règles de compétence qu'il arrête s'appliquent aux « autorités non judiciaires » « en tant que de besoin » (art. 3), sans s'expliquer outre mesure ni sur le sens de l'expression « autorités non judiciaires », ni sur l'apparente limitation que la disposition pose à la compétence internationale, jusques ores illimitée, des notaires (52). Soucieux d'autre part de permettre aux ayants droit de prouver « facilement et hors contentieux » leur qualité dans tous les États membres de situation des biens (considérents 6 et 27), le règlement en projet organise la délivrance d'un « certificat successoral européen » dont le modèle est, *grosso modo*, emprunté à celui du titre exécutoire européen : il semble toutefois que le notaire en soit exclu, pareil certificat devant apparemment être délivré par une « juridiction » — à moins que les notaires n'agissent expressément par « délégation », comme lorsqu'ils sont commis par justice (art. 37.2) (53). Les traditionnels actes de notoriété ou certificats d'hérédité du notaire devraient, pour autant, bénéficier du privilège de la libre circulation, du fait de la règle de reconnaissance de plein droit que le texte en projet met en place — dans des termes analogues à ceux du règlement « régimes

(51) L'on note que dans l'instrument communautaire, la réserve à sauvegarder s'apprécie à la lumière de la loi du for ; elle n'est pas, au contraire de ce que prévoit aujourd'hui le Code de droit international privé, celle arrêtée par la loi applicable à défaut de choix. Comp. toutefois le régime applicable aux pactes successoraux, qui réhabilitent en faveur de l'héritier non partie au pacte la réserve prévue par la loi successorale (art. 18.4).

(52) Il semble, d'après le considérant 11, que les « autorités non judiciaires » se voient imposer les règles de compétence qui s'appliquent aux juges « lorsqu'elles exercent une fonction juridictionnelle, notamment par voie de délégation ». Tel serait, en Belgique, le cas du notaire commis.

(53) Si les notaires sont comptés au rang des « juridictions », il faut encore apprécier dans quelle mesure ils sont alors soumis, par l'entremise de l'article 3, aux règles de compétence juridictionnelle.

matrimoniaux » — à l'endroit des instruments authentiques (art. 34) (54).

*
**

Il est un peu tôt, sans doute, pour conclure : le survol qui précède n'est assurément pas assez approfondi.

Lançons nous cependant, et tentons une double considération, à l'adresse des aspirants au notariat qui nous lisent ou nous écoutent, sous une forme qui sera peut-être tenue pour une provocation, car l'on y prend acte d'une double victoire.

1. Une victoire du notariat

En investissant d'abord les secteurs traditionnels de l'activité notariale, au premier rang desquels les régimes matrimoniaux et les successions, l'Europe a fait l'expérience d'une rencontre : elle rencontre les notaires — c'est-à-dire la réalité de l'instrument authentique — et fait à ses auteurs, par nécessité peut-être plus que par conviction, mais le résultat est le même, la place qui leur revient. Les notaires sont ici saisis ou appréhendés dans leur dimension fonctionnelle, c'est-à-dire dans le rôle qu'ils exercent. Il ne s'agit donc pas de leur garantir un privilège, ni un statut, encore moins un monopole, mais une place, au sens qu'ils ont toute leur place dans l'ordonnement juridique, qui tient à la spécificité de leur intervention : ils assistent les citoyens désireux d'user de leur liberté de circulation dans la préparation et la programmation de leur vie patrimoniale, voire personnelle, et celle de leurs héritiers (55). La mise en place d'instruments destinés à les y aider — comme les propositions de règlement rapidement passées en revue — conforte leur position, bien davantage que celle-ci n'est mise en cause par les querelles somme toute relativement oiseuses nées des condi-

(54) Voy. plus récemment la version consolidée du texte de la proposition présentée par le Conseil à la date du 22 déc. 2010 (18096/10), qui, outre la suppression de l'article 3, rétablit l'intervention traditionnelle du notariat en précisant, à l'art. 37, que le certificat successoral européen peut être délivré, aussi, par « une autorité » « autre » qu'une juridiction et qui, « en vertu du droit national », « est habilitée à régler les successions ».

(55) La faveur exprimée par le législateur européen pour la programmation et la planification, gages de « sécurité » et de « prévisibilité » et donc, facteurs de « mobilité », résulte assez bien (ou explique) (d')une manière de parti-pris en faveur de l'autonomie de la volonté. Il en est ainsi, tant en matière de loi applicable au divorce (règl. 1259/2010 (« divorce »), cons. 15, 21 et 29), qu'en matière de régimes matrimoniaux (proposition, cons. 19, 21 et 31) et de successions, où cette option est plus manifeste encore (proposition, cons. 6, 17, 18 et 33, le premier considérant cité portant textuellement, comme une pétition de principe, que « [d]ans l'espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d'organiser à l'avance leur succession » en connaissant, voire en choisissant à l'avance la loi qui s'y appliquera).

tions trop sévères posées à l'accès à leur profession par des législateurs nationaux trop frileux (56). Car l'Europe reconnaît ainsi, d'un même contexte, la valeur originale de l'acte authentique, qui exprime l'essentiel de la production juridique, et même oserait-on dire normative, des notaires. L'acte authentique reçoit par l'Europe ou grâce à elle une dimension décuplée, qu'il n'avait jamais eue auparavant. Initiée avec le règlement 805/2004, cette valorisation de l'instrument authentique semble s'imposer naturellement dans les règlements récents : gageons qu'il en sera ainsi, plus tard, en matière de régimes matrimoniaux et de successions. Les notaires conquièrent en somme par un biais que l'on n'attendait pas la citadelle de l'Europe qui les a si souvent effrayés.

2. Une victoire du droit international privé

La valeur nouvelle reconnue au conseil et au suivi personnalisés accordés au citoyen désireux de se mouvoir librement en Europe représente ensuite une victoire du droit international privé lui-même, ou plutôt une confirmation de sa spécificité. Ce droit ne cesse pas, parce qu'il est écrit ou coulé dans des sources plus prévisibles, plus cohérentes, et unifiées à l'échelle européenne, d'être « savant », c'est-à-dire abandonné, mais dans le sens noble de l'expression, aux lumières du juge ou — soyons présomptueux — du notaire ! Aujourd'hui comme hier, cette discipline est d'abord affaire d'espèce et donc, de juges, c'est-à-dire de jugement. Elle est en permanence, en chaque affaire particulière, à la recherche du « bien » et du « juste », dictée par un « souci (...) de protection des personnes », orientée vers la satisfaction de leurs « besoins concrets », dominée par la volonté de les « mettre à l'abri des (...) vicissitudes qui peuvent résulter de leur sujétion (...) à des autorités multiples » (57). Les notaires sont au quotidien les acteurs de cette justice du cas d'espèce.

(56) Voy. à cet égard C.J.U.E., 24 mai 2011, cette *Revue*, 2011, p. 602, qui, condamnant la Belgique pour avoir laissé subsister, dans sa législation, la condition de nationalité comme préalable à l'accès à la profession de notaire, pour le motif que celle-ci ne participe pas « directement » et « spécifiquement » à « l'exercice de l'autorité publique » au sens du Traité, n'en constate pas moins que « les activités notariales poursuivent des objectifs d'intérêt général » capables de justifier d'éventuelles restrictions à la liberté d'établissement — seule en cause en l'espèce —, pourvu qu'elles « permettent d'atteindre [ces] objectifs » et « so[ie]nt nécessaires à cette fin » (point 97).

(57) J. VERHOEVEN, « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002) », in *Rec. des cours*, t. 334 (2008), p. 31, qui précise encore, en p. 58, que « [l]e respect des particularités de chaque situation d'espèce (...) prend [en droit international privé] le pas sur la généralité de la règle ».

Les deux victoires qui viennent d'être soulignées vont de concert et, en somme, elles n'en forment qu'une seule. Il est heureux que l'Europe soit au cœur de cette évolution, et même, qu'elle en soit le moteur.

Yes, we can!

Jean-Louis VAN BOXSTAEL.

Professeur de droit international privé notarial
Notaire
