

**L'INGÉNIERIE PATRIMONIALE DANS LES RELATIONS FRANCO-BELGES : PERSPECTIVES DE DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ BELGE**

Patrick Wautelet
Professeur ordinaire (ULg)

I. LES RELATIONS PATRIMONIALES ENTRE ÉPOUX

A. Le mariage et les relations patrimoniales entre époux

1. Les époux mariés avant l'entrée en vigueur du Code
2. Les époux mariés après l'entrée en vigueur du Code
 - a *Le choix de loi dans le contrat de mariage*
 - i Intérêt et portée du choix de la loi dans le contrat de mariage
 - ii Les limites au choix de la loi dans le contrat de mariage
 - b *L'autonomie des époux à l'occasion de la modification du régime matrimonial*
 - i Le changement de la loi applicable
 - ii Le changement ou la modification de régime

B. Les 'nouveaux' mariages : mariages entre personnes de même sexe et relations de vie commune

II. LES SUCCESSIONS

A. La liberté testamentaire

B. L'option de loi successorale

1. Limites de la *professio iuris*
2. Utilité de la *professio iuris* - quelques exemples
 - a *La professio iuris* et le morcellement de la succession
 - b *La professio iuris* et les avantages matrimoniaux

III. LES DONATIONS

A. Quel impact de la volonté des parties sur les exigences formelles?

- 1 Le principe : une règle de rattachement alternative
- 2 Circulation d'une donation réalisée à l'étranger
 - a L'accueil d'une donation réalisée à l'étranger à titre probatoire
 - b L'accueil d'une donation réalisée à l'étranger

B. Quel impact de la volonté des parties sur les conditions de fond

- 1 Le principe : la donation est soumise à la loi choisie par les parties
- 2 Les nuances : les limites de la loi choisie par les parties
 - a Le régime des donations entre époux
 - b La donation comme libéralité : le rôle de la loi successorale

En guise de conclusion

S'il est une question que les praticiens des relations patrimoniales franco-belges ne peuvent esquiver, c'est bien celle du droit international privé. Certes, les droits belges et français présentent une indéniable parenté. Le praticien habitué à travailler dans les deux ordres juridiques est cependant conscient des importantes différences qui séparent les deux droits. Ces différences se sont sans doute accentuées récemment, notamment par l'effet de modifications législatives diverses. Ainsi le droit belge s'est-il écarté du modèle français notamment en ce qui concerne le statut du conjoint survivant. L'on sait par ailleurs l'important renouveau qu'a connu le droit des successions en France, notamment avec la loi du 23 juin 2006. Le passage de la frontière belgo-française n'est donc pas sans conséquence.

L'intérêt du droit international privé est d'autant plus grand que l'appréhension dans les deux pays des questions transfrontières diffère sur de nombreux points. Certes, la France et la Belgique partagent certains instruments internationaux.¹ L'on notera à ce sujet que les deux pays demeurent liés par une ancienne convention conclue en 1899.² Cette convention n'apporte cependant de réponse qu'aux seules questions judiciaires – compétence des tribunaux et accueil d'une décision étrangère – qui ne sont pas les plus pertinentes dans la pratique patrimoniale. Certes encore, il existe un important fond commun que partagent les deux droits. Il n'en reste pas moins que sur bien des points, les droits international privé français et belge s'écartent. Ce phénomène aura sans doute été accentué par l'adoption récente en Belgique d'un Code de droit international privé.³ Aussi l'on n'échappera pas au constat, classique, qu'une même question peut recevoir des réponses différentes selon que l'on interroge l'un ou l'autre droit.

L'ambition du présent rapport n'est pas de présenter un panorama exhaustif des réponses apportées aux problèmes d'ingénierie patrimoniale que peuvent susciter les relations franco-belges. Elle est plutôt de présenter succinctement les lignes de force de la réglementation de droit international privé dans les principales branches susceptibles d'intéresser le praticien. Pour plus de détails, le lecteur se reportera aux ouvrages classiques ainsi qu'aux nombreuses contributions récentes sur le thème de l'ingénierie patrimoniale.

Puisque l'optique est celle de la planification successorale, l'on s'attardera dans les pages qui suivent sur l'espace de liberté dont disposent les parties. Plus précisément, la question qui fera figure de fil rouge est celle de savoir quelle marge de manœuvre le droit international privé accorde aux parties qui envisagent l'une ou l'autre opération patrimoniale. Cette question sera abordée à propos de trois grands moments de la vie : le mariage et les relations qui y sont assimilées (I), le décès (II) et les libéralités à cause de vif (III). Pour tenter de donner au rapport une perspective véritablement internationale, un éclairage comparatif sera proposé qui mettra en relief ce qui sépare et ce qui unit les deux droits en présence.

1 On remarquera au passage que les matières patrimoniales ne font pour l'instant pas l'objet d'une intervention européenne. Tant les régimes matrimoniaux que les successions sont exclus de la plupart des Règlements européens. La Commission européenne annonce cependant l'adoption de textes visant les deux matières. L'on consultera à profit les livres verts publiés : *Livre vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial* du 17 juillet 2006 (Doc. COM(2006) 400) et *Le Livre vert Successions et testaments* du 1er mars 2005 (Doc. COM (2005) 65). Sur ce dernier, voy. les commentaires de J. HARRIS, « *The Proposes EU Regulation on Succession and Wills : Prospects and Challenges* », in *Trust Law Intl.*, 2008, 181-235.

2 Convention entre la Belgique et la France sur la compétence judiciaire, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques signée à Paris, le 8 juillet 1899 (Loi du 31 mars 1900, *M.B.*, 30-31 juillet 1900).

3 Code de droit international privé, Loi du 16 juillet 2004, *M.B.*, 27 juillet 2004. Le Code est entré en vigueur le 1er octobre 2004.

I. LES RELATIONS PATRIMONIALES ENTRE ÉPOUX

L'un des premiers points d'intérêt pour le praticien de la planification successorale est sans nul doute le régime matrimonial des personnes concernées.⁴ Celui-ci se révélera décisif pour un grand nombre d'opérations, allant de l'acquisition d'un immeuble à la préparation d'une succession. Tant en France qu'en Belgique, les époux disposent d'une certaine liberté pour aménager leurs relations. Cette liberté doit cependant tenir compte des limites imposées par le régime primaire à propos duquel les époux perdent toute liberté.⁵

A ce sujet, une distinction s'impose depuis quelques années selon la nature du lien qui unit les personnes intéressées. Au mariage classique (A), l'on doit en effet ajouter les nouvelles formes d'union introduites tant en droit belge qu'en droit français (B). Cette distinction commande un traitement séparé des deux formes d'union qui seront examinées successivement.

A. Le mariage et les relations patrimoniales entre époux

Les droits français et belge accordent aux (futurs) époux une liberté substantielle.⁶ Dans les deux droits, c'est en effet la liberté qui caractérise le choix d'un régime matrimonial, liberté qui n'est limitée que par des considérations générales comme le souci de préserver la cohérence du régime choisi par les époux.⁷ Il n'en reste pas moins que le raisonnement de droit international privé conserve son importance, les deux droits ayant sur ce point comme sur tant d'autres connus des évolutions différentes.⁸ Paradoxalement, c'est sans doute les différences sensibles qui séparent le droit international privé des deux pays, qui justifient que l'on se soucie des questions de droit applicable.

Pour déterminer le régime matrimonial, le praticien doit, dans une perspective belge, concentrer ses efforts sur les dispositions pertinentes du Code de droit international privé. Contrairement à la France, la Belgique n'a en effet pas ratifié la Convention de La Haye du 14 mars 1978.⁹

4 Voy. en général sur les règles en vigueur en Belgique la contribution du Professeur J.-F. TAYMANS dans le présent ouvrage.

5 Depuis l'entrée en vigueur du Code de droit international privé en Belgique, la plupart des règles qui font partie du régime dit primaire (art. 212 e.s. C. Civ.) sont soumises à un rattachement territorial fondé sur la résidence habituelle des époux (art. 48 du Code), à l'exception notable des règles relatives à la protection du logement principal de la famille, qui est soumise à la loi de l'Etat du lieu de situation de l'immeuble (art. 48 § 3).

6 Voy. l'aperçu de droit comparé in A. VERBEKE et al., « European marital property law survey 1988-1994 », *Eur. Rev. Priv.L.*, 1995, 445-482, spéc. pp. 448-450 et plus récemment A. VERBEKE, « Marital Property Planning in a Belgian Nutshell », in *Over Erven. Liber amicorum Mieken Puelinckx-Coene*, F. SWENNEN et R. BARBAIX (éds.), Kluwer, 2006, 473-498, spéc. pp.482 e.s.

7 Ce que la doctrine allemande désigne par l'expression 'Typenzwang'.

8 Mme Wylleman a récemment démontré que pendant plus de 150 ans, le droit belge est demeuré très proche du droit français dans le domaine du droit patrimonial de la famille, voy. A. WYLLEMAN, « De ontwikkeling van het patrimoniaal familierecht in het Belgisch Burgerlijk Wetboek », in *Un héritage napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique*, D. HEIRBAUT et G. MARTYN (éds.), Kluwer, 2005.

9 Convention de La Haye du 14 octobre 1978, en vigueur en France, aux Pays-Bas et au Luxembourg. Sur les raisons de la non ratification de cette convention, voy. M. LOOYENS, « Over de wenselijkheid van ratificatie van het Haags Huwelijksvermogensverdrag (14 maart 1978) », *Rev. gén. dr. civ.*, 1995, 30-44. L'on retiendra cependant que la Convention de La Haye pouvait fort bien être appliquée par les juridictions belges en vertu du mécanisme du renvoi, notamment lorsque la question intéresse deux époux français établis durablement en Belgique. Voy. par ex. pour une application à des ressortissants néerlandais : Civ. Termonde, 27 juin 1997,

Les règles permettant de désigner la loi applicable au régime matrimonial sont bien connues.¹⁰ Compte tenu de la modification récente de ces règles, il faut être attentif au droit transitoire. La date charnière pour déterminer le régime pertinent est celle du mariage – mariage civil s'entend. Dans un souci de préserver les situations acquises, le législateur belge n'a en effet pas souhaité étendre l'application des règles adoptées en 2004 aux époux déjà mariés.¹¹ Les époux mariés avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé demeurent dès lors soumis aux principes déduits par la jurisprudence de l'article 3 al. 3 du Code civil. En pratique, cette jurisprudence conserve son importance pour un grand nombre d'époux qui peuvent aujourd'hui s'adresser à un professionnel dans une optique de planification successorale. Il convient dès lors d'envisager cette hypothèse par priorité (*i*), avant d'examiner les nouvelles règles retenues par le Code (*ii*).

1. Les époux mariés avant l'entrée en vigueur du Code

Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, le régime matrimonial était tout entier construit sur des acquis jurisprudentiels.¹² Si les cours et tribunaux avaient pu dégager un ensemble de principes achevés visant les époux mariés sans contrat,¹³ le régime des époux liés par un contrat de mariage faisait l'objet d'une certaine hésitation. Il n'était pas douteux que

Rev. not. b., 1998, 388.

10 Elles ont fait l'objet de commentaires récents et approfondis. Voy. notamment J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le régime matrimonial dans l'espace-temps. Brève excursion à travers les planètes », *Rev. not. b.*, 2006, 310-336. *Adde* les commentaires de PH. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 647-690; F. DE BOCK, « Le régime matrimonial dans le nouveau Code de droit international privé » in X., *Les régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, 2006, 11 p.; V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het huwelijksvermogensrecht in het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Not. Fisc. M.* », 2005, 227-250 et F. BOUCKAERT, « Het internationaal huwelijksvermogensrecht in het voorontwerp van IPR-Wetboek : oude wijn in nieuwe zakken of jonge wijn in nieuwe zakken ? », in *Liber amicorum Christian de Wulf*, La Charte, 2003, 373-393.

11 Ceci ne se déduit pas directement du Code, qui ne se prononce pas expressément sur la question. Le seul point d'accroche se trouve dans l'Exposé des motifs qui accompagnait la proposition de Code et selon lequel « *pour la catégorie du régime matrimonial, le code s'applique aux mariages célébrés après son entrée en vigueur* » (*Doc. Parl.*, Sénat, 2-1225/1, p. 142.) Ce bref passage semble montrer que le législateur a été sensible aux difficultés qui découleraient d'un 'panachage' de lois appliquées à un même mariage. La jurisprudence n'a pas hésité à accepter la solution proposée par la plupart des commentateurs, qui appellent à résérer l'application des règles nouvelles aux seuls époux mariés après le 1er octobre 2004 – voy. par ex. A. VERBEKE, « IPR – Huwelijksvermogensrecht – Nederlandse stelselwijziging in België – Quid rechterlijke homologatie? », in Comité d'études et de législation, *Travaux 2005*, Bruylant, 2006, (192), 194-195; J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, *Rev. not. b.*, 2006, (310), 312, n° 2 et N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé : perspectives récentes du Code belge*, Conférences Roger-Comtois n° 6, Université de Montréal, 2007, 49, n° 29. En jurisprudence, voy. par ex. Mons, 20 novembre 2007, *Rev. not. b.*, 2008, 71 (deux époux mariés en 1943 sans contrat de mariage. La Cour retient l'application des règles en vigueur avant l'adoption du Code de droit international privé au motif que « Le Code de droit international privé ne s'applique pas en l'espèce dès lors qu'il ne concerne que les mariages célébrés après le 1er octobre 2004 ». La Cour s'appuie sur l'exposé des motifs qui accompagnait la proposition de Code).

12 Les exposés consacrés au droit antérieur au Code ne manquaient pas. L'on citera en particulier l'ouvrage de N. WATTÉ, avec la collaboration de L. BARNICH, « Les conflits de lois en matière de régime matrimoniaux », in *Rép. n.*, T. XV, L. XIV, Larcier, 1997, 172 p ainsi que la contribution que M. Verwilghen a consacré à la question des régimes matrimoniaux internationaux dans les Mélanges offerts à M. Grégoire : M. VERWILGHEN, « Les rapports patrimoniaux dans le couple en droit international privé belge. Du droit positif actuel vers une révision codifiée », in *Le service notarial. Réflexions critiques et prospectives*, J. TAYMANS et J.-L. RENCHON (éds.), Bruylant, 2000, 277-322.

13 En résumé, ces époux étaient soumis au régime légal retenu par la loi de leur nationalité commune. A défaut de posséder une telle nationalité, il s'imposait de retenir le régime légal de la loi du premier domicile conjugal.

les (futurs) époux pouvaient par contrat choisir le régime qui leur serait applicable – en se laissant le plus souvent inspirer par les modèles proposés par les droits nationaux potentiellement applicables. Il était cependant plus difficile de garantir que les époux pouvaient assortir ce contrat d'une clause de choix de loi ou plus précisément, que la loi choisie par les époux serait l'unique guide pour apprécier la validité du contrat.

L'hésitation était justifiée dans la mesure où la Cour de cassation ne s'était jamais directement prononcée sur la question de la portée de l'autonomie de la volonté des époux.¹⁴ Par ailleurs, la Cour avait dans une série d'arrêts, insisté sur le lien existant entre le régime matrimonial des époux et l'institution du mariage, lien dont elle déduisait l'appartenance du régime au statut personnel, ce qui ne laissait pas présager une marge de manœuvre importante pour les époux.¹⁵

L'incertitude laissait subsister deux tendances en doctrine, qui accordaient une portée différente à la clause de choix de loi figurant dans un contrat de mariage. Se fondant sur le rattachement entre le régime matrimonial et le mariage, une doctrine importante concluait à l'unité de la règle de rattachement, applicable aussi bien au régime légal qu'au régime conventionnel, et en déduisait que le régime matrimonial conventionnel demeurait soumis au même rattachement que le régime légal applicable à défaut de convention.¹⁶ Dans cette optique, il convenait de rechercher dans la loi déclarée applicable au régime légal, l'étendue et les limites de la liberté contractuelle des époux. La loi applicable à défaut de contrat constituait dès lors une 'loi-cadre', définissant les limites dans lesquelles devaient impérativement s'inscrire les conventions matrimoniales. En d'autres termes, la liberté de choix des époux « n'était pas originaire, mais seulement dérivée, n'existant que dans les limites qu'aurait permises la loi applicable à défaut de choix ».¹⁷ L'on comprend que cette solution pouvait constituer un véritable carcan pour les époux.

Cette solution n'était cependant pas incontestée. D'autres auteurs, et non des moindres, adoptaient une approche plus respectueuse de l'autonomie de la volonté, en considérant que le contrat de mariage méritait d'être respecté.¹⁸ Ainsi M. Verwilghen enseignait-il que les époux

14 M. LIENARD-LIGNY, note sous Bruxelles, 29 octobre 1996, *Divorce*, 1998, 86, notait à ce propos que « la seule certitude est la Cour n'a expressément ni condamné ni admis une réglementation différente du régime légal et du régime conventionnel et que c'est sur sa prise de position implicite éventuelle que porte le débat ».

15 Voy. surtout l'arrêt *Eicker*, Cass., 10 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, 968, conclusions J. VELU. Dans cet arrêt, a considéré que « *le régime matrimonial légal auquel sont soumis les époux mariés sans contrat est si étroitement lié au mariage et à ses effets que dans le cas où, comme en l'espèce, les époux ont acquis une nationalité commune par la conclusion du mariage, ce régime doit être considéré comme concernant l'état des personnes et est en principe soumis à la loi de l'Etat de cette nationalité commune* ». Voy. dans le même sens, Cass., 9 sept. 1993, (*Ministre des Finances / W.*), *Pas.*, 1993, I, 665 ; *Arr. Cass.*, 1993, 678 : « Le régime matrimonial légal auquel 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 génératrice de ceux-ci, à savoir la célébration du mariage ».

16 N. WATTÉ, avec la collaboration de L. BARNICH, *o.c.*, in *Rép. n.*, T. XV/XIV, 65, n° 40; K. LENERTS, « De vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap in het internationaal privaatrecht », in *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, W. PINTENS (éd.), Maklu, (140), 148-149 ; L. BARNICH, « Belgique », in M. VERWILGHEN (réd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, Bruylant, 2003, 774, n° 47.

17 J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, *Rev. not. b.*, 2006, (310), 313, n° 4.

18 F. RIGAUX et M. FALCON, *Droit international privé – droit positif belge*, Larcier, 1993 n° 1443 ; S. SAROLEA, « Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1986-1996) », *R.ev. trim. dr. fam.*, 1997, (7), 53-54, n° 35. V. déjà M. VERWILGHEN et P. VAN DEN EYNDE, v° Régimes matrimoniaux (droit international), *R.P.D.B.*, compl. T. VI, n° 66-67, qui évoquent, à propos de l'opinion

bénéficiaient « de la liberté la plus large dans le choix de leur régime matrimonial », laissant entendre que le contrat de mariage, à l'instar des autres contrats, était soumis à l'autonomie de la volonté.¹⁹ MM. Rigaux et Fallon expliquaient pour leur part que les futurs conjoints dont la situation présente quelque élément étranger « peuvent non seulement faire des conventions matrimoniales, mais aussi choisir l'ordre juridique qui déterminera la validité et la portée de leur contrat ». ²⁰ Cette doctrine pouvait en appeler notamment à l'article 1389 du Code civil, aujourd'hui modifié par le Code. Puisque cette disposition interdisait aux époux de choisir un régime conventionnel par simple référence à une loi étrangère, ces auteurs en déduisaient qu'il ne leur était pas interdit de choisir une loi étrangère, s'ils prennent la précaution d'en reproduire les dispositions principales.

La jurisprudence ne permettait pas de trancher cette difficulté de façon nette. Seules quelques décisions s'étaient en effet prononcées sur la question.²¹

Au total, il était bien difficile de conseiller utilement les futurs époux, à défaut de pouvoir s'appuyer sur une jurisprudence bien établie. Il était certes possible de conseiller aux futurs époux de conclure un contrat de mariage et de l'assortir d'une clause de choix de loi, tout en veillant à ne pas dépasser les limites posées par la loi-cadre, voire, comme le proposait M. Verwilghen, de retenir « le droit interne et le régime admis par le plus grand nombre de pays avec lesquels leur situation les rattache ». ²² Une telle solution ne pouvait cependant satisfaire les futurs époux que leur loi nationale commune privait par exemple de toute liberté d'agencer leurs relations patrimoniales.

L'entrée en vigueur du Code de droit international privé a mis fin à cette controverse. Le Code ne se contente pas de clarifier le régime d'époux mariés après son entrée en vigueur. Il

contraire, une « erreur de perspective ». *Comp.* M. LIENARD-LIGNY, « Le principe d'autonomie et le régime matrimonial en droit international privé », note sous Bruxelles, 29 octobre 1996, *Divorce*, 1998, 83-87 : au terme d'une réflexion fort nuancée, Mme Liénard-Ligny aboutissait à la conclusion que la cohérence du système juridique belge impose de considérer que le régime conventionnel relève du statut contractuel.

19 M. VERWILGHEN, *art. cit.*, in *Le service notarial. Réflexions critiques et prospectives*, J. TAYMANS et J.-L. RENCHON (éds.), Bruxelles, 2000, (277), 280, n° 5.

20 *Droit international privé*, T. II, 1993, Larcier, 636-637, n° 1433. *Comp.* toutefois la note de M. FALLON, sous Bruxelles, 29 octobre 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, (566), 570 : l'auteur s'interrogeait sur le « fondement théorique » du principe de l'autonomie de la volonté. Le seul véritable fondement avancé par M. Fallon est, outre une certaine tendance en droit comparé, un argument de texte déduit de l'article 1389 C. civ.

21 P. ex. Bruxelles, 29 octobre 1996, *Pas.*, 1995, II, 108 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 566, note M. FALLON ; *Rev. not. b.*, 1997, 278, note L. BARNICH ; *Divorce*, 1998, 82, note M. LIENARD-LIGNY (en l'espèce, le contrat de mariage conclu par les époux devant un notaire suisse faisait référence au régime de la séparation prévu par le Code civil suisse. La Cour n'eut aucune difficulté à déduire du contrat un choix implicite des époux pour le droit suisse, le contrat faisant en effet référence de façon expresse au régime de séparation de biens organisé par le Code civil suisse. Ceci permit de valider le contrat. Celui-ci avait en effet été conclu peu après le mariage, ce qui n'était pas possible à l'époque selon le droit belge, applicable objectivement en raison de la nationalité des époux, l'homme étant belge et son épouse suisse ayant acquis cette nationalité par le mariage. On a pu voir dans cette décision une consécration « sans équivoque » du principe de l'autonomie de la volonté en matière de régimes matrimoniaux : M. LIENARD-LIGNY, note sous l'arrêt, *Divorce*, 1998, 84. M. Barnich propose une autre approche : il justifie la solution par la théorie de l'efficacité des actes juridiques, conclus valablement au regard des règles étrangères *Les actes juridiques en droit international privé. Essai de méthode*, Bruxelles, 2001, 335-336. Voy. aussi Civ. Liège, 10 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1191, note S. NUDELHOLE ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, 566 dans lequel le tribunal décide que le contrat de mariage d'époux italiens était valablement soumis au droit belge. Voy. aussi Civ. Liège, 7 mars 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 90, note M. FALLON et Civ. Liège, 10 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1191, note S. NUDELHOLE ; Civ. Bruxelles, 23 mai 1989, *Rev. dr. étr.*, 1990, 346.

22 M. VERWILGHEN, *art. cit.*, in *Le service notarial. Réflexions critiques et prospectives*, J. TAYMANS et J.-L. RENCHON (éds.), Bruxelles, 2000, (277), 281, n° 5.

prolonge en outre son effet positif. Le bénéfice du nouveau régime n'est en effet pas réservé aux seuls époux mariés après le 1er octobre 2004. Les époux dont le mariage précède l'entrée en vigueur du Code peuvent également prétendre bénéficier de la solution qu'il impose, à tout le moins s'ils avaient choisi la loi applicable à leur régime matrimonial. Selon l'article 127 § 2 du Code, le choix de loi exprimé *avant* l'entrée en vigueur du Code est en effet valable s'il répond aux conditions posées par le Code. Ce faisant, le Code permet de valider un choix effectué avant son entrée en vigueur. Il faudra toutefois que les époux aient respecté les limitations que le Code impose (*infra*).²³

2. Les époux mariés après l'entrée en vigueur du Code

Pour les époux nouvellement mariés, l'on pourra faire appel aux règles de rattachement retenues par le Code.²⁴ L'un des grands mérites de celui-ci a été de clarifier la possibilité pour les époux de choisir la loi applicable à leur contrat. L'article 49 du Code ne laisse subsister aucun doute sur la possibilité pour les époux de choisir librement. Ce choix est bien entendu encadré – ce qui invite à parler non pas de choix de loi, mais d'*option de droit*.

Pour aborder cette hypothèse, il convient de distinguer la possibilité pour les futurs époux de désigner la loi applicable à leur contrat de mariage (section 1), de la possibilité pour des personnes déjà mariées de modifier un contrat existant (section 2).

a *Le choix de loi dans le contrat de mariage*

Le Code de droit international privé met fin à l'incertitude qui régnait avant la codification sur la possibilité pour les époux de choisir une loi et sur la portée d'un choix de loi: les époux peuvent choisir la loi applicable à leur contrat de mariage.²⁵ Ce choix a une portée conflictuelle et non seulement matérielle. Ceci signifie que la loi choisie par les époux n'est pas l'objet d'un examen au regard d'une loi nationale déterminée de façon objective à l'aide d'une règle de rattachement – seule la validité du choix de la loi par les époux fait l'objet d'un tel examen.²⁶

23 On doit sans doute accepter que lorsque les époux n'ont pas respecté l'une quelconque des limitations imposées par le Code, par exemple parce qu'ils ont choisi une loi qui ne figure pas dans la liste retenue par l'article 49, leur choix doit se comprendre comme un choix matériel et non un choix conflictuel.

24 Le Code prévoit également des règles de compétence, bien utiles dans la mesure où la matière des régimes matrimoniaux est exclue des Règlements européens. Pour une application de l'article 42 du code, voy. Liège, 24 janvier 2006, *J.T.*, 2007, 134. L'on se souviendra cependant que dans les relations franco-belges, il est indispensable de consulter d'abord la convention qui lie les deux pays depuis 1899 (*supra*).

25 En pratique il est conseillé d'inclure un tel choix dans le préambule de la convention, en des termes aussi simples que possible. L'on trouvera de nombreux exemples de formules dans l'ouvrage de Mme M. Revillard, *Pratique de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*, Defrénois, 2002, spéc. pp. 73-92. Adde les exemples donnés par F. BOUCKAERT, « Rechtskeuze in het Wetboek van internationaal privaatrecht met betrekking tot persoonsgebonden materies, familiaal vermogensrecht en erfrecht », in *Notariële clausules : Liber amicorum Johan Verstraete*, C. CASTELEIN, A. VERBEKE et L. WEYTS (éds.), Intersentia, 2007, (535), 548 e.s. Il faut en tout cas éviter de se reposer sur un choix indirect, que l'on déduirait par exemple de la circonstance que les époux ont opté pour l'application d'une disposition spécifique d'un droit national (voy. Civ. Tongres, 25 mai 2007, *T. Not.*, 2008, 338, note F. BOUCKAERT – le tribunal refuse à juste titre de considérer que le choix par les époux de se soumettre à l'article 1452 C.civ. traduit leur volonté de soumettre leur contrat au droit belge).

26 La lecture de l'article 53, § 1, 1er du Code apprend qu'il faut avoir égard à la loi choisie par les époux pour apprécier la validité du choix de loi. En ce sens, notamment, N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé...*, 2007, 31, n° 17.

Pour bien mesurer le contraste avec le droit antérieur, il convient de préciser tout d'abord l'intérêt et la portée d'un choix de loi dans un contrat de mariage (A). L'on examinera ensuite les limites (B).

i Intérêt et portée du choix de la loi dans le contrat de mariage

L'institution du contrat de mariage est bien connue. Que peut apporter un choix par les époux de la loi applicable à un tel contrat? Les époux n'ont-ils pas déjà arrêté les modalités de leurs relations patrimoniales dans le contrat qu'ils concluent?

L'on comprendrait bien l'importance d'un tel choix s'il s'avérait que les époux n'avaient pas fait de contrat de mariage. Dans ce cas, il est impératif de déterminer la loi applicable au régime matrimonial des époux, pour emprunter à cette loi le régime légal par défaut qu'elle prévoit pour les époux mariés sans contrat.²⁷ Encore pourrait-on conseiller aux époux de profiter de l'occasion pour conclure un contrat de mariage comprenant outre un choix de loi, également des dispositions matérielles.

Qu'en est-il lorsque les époux ont par contrat arrêté les modalités de leurs relations patrimoniales? Le contrat qu'ils ont conclu permet déjà de déterminer avec précision, du moins on l'espère, quel est le régime auquel les époux sont soumis. Il suffira de prendre connaissance du contrat pour déterminer si les époux sont soumis à un régime de séparation ou au contraire à un régime fondé sur la solidarité. Le contrat permettra également de déterminer quelle(s) variation(s) les époux ont prévu par rapport au régime auxquels ils ont choisi de se soumettre.

L'intérêt de la détermination du droit applicable demeure cependant manifeste. La loi applicable est tout d'abord déterminante pour *valider* le choix d'un régime par les époux. L'article 53 § 1er, 3° du Code de droit international privé précise en effet que la loi du régime détermine « *la possibilité et l'étendue du choix d'un régime matrimonial* ». Il revient donc à la loi pour laquelle les époux ont opté par contrat de valider le régime qu'ils ont choisi. Ou comme l'expliquait l'Exposé des motifs qui accompagnait la proposition de Code de droit international privé : « C'est ce système [lire : la loi choisie par les époux] qui détermine le degré d'autonomie des époux dans le choix d'un régime ». ²⁸ Dans les relations franco-belges, ce point ne suscitera pas de grande difficulté. Les deux droits sont en effet caractérisés par une grande similitude et accordent à l'autonomie de la volonté un respect sensiblement équivalent.²⁹

Par extension, la loi choisie par les époux déterminera les limites au sein desquelles la volonté des époux peut s'exprimer.³⁰ Si le droit français devait ne pas permettre une modalité que le droit belge autorise, le choix de cette dernière loi enlèverait tout doute quant à la validité de la modalité.

27 Il n'est pas contesté que lorsque les époux se sont contenté d'opter pour la loi d'un Etat donné, sans donner d'autres précisions dans leur contrat, le régime auquel ils sont soumis est le régime légal de la loi qu'ils ont sélectionnée.

28 *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 81.

29 Il n'en ira pas toujours ainsi. L'on sait que les droits des pays de l'ancienne Europe de l'Est imposaient un régime unique à tous les époux, les privant de la possibilité d'adapter le régime à leurs souhaits.

30 Selon l'Exposé des motifs, « le choix du droit applicable au régime matrimonial oblige les époux à n'établir entre eux d'autre régime que l'un de ceux que permet le droit désigné » (*Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 83).

Enfin, le droit choisi par les parties permettra de compléter la volonté des parties si celle-ci s'avérait lacunaire sur l'un ou l'autre point. L'interprétation des dispositions du contrat se fera en effet sur base de la loi choisie par les époux.

Exemple 1 : Prenons deux époux qui concluent un contrat de mariage, expressément régi par le droit belge, fondé sur un régime de séparation de biens avec clause d'accroissement. Compte tenu du choix effectuée par les époux, il faudra consulter le droit belge, et en particulier l'article 1468 C. civ. pour déterminer les règles de preuve de composition de l'actif initial.

Ces quelques éléments montrent à suffisance l'intérêt d'un choix de loi dans un contrat de mariage, même dans les relations franco-belges. Il est un autre intérêt de la clause de choix de loi, qui ne se laisse appréhender que de manière négative. Lorsque des époux choisissent expressément une loi donnée pour régir leurs relations, ils écartent le jeu des règles de rattachement objectives. Il ne sera plus besoin en effet de consulter une quelconque 'loi-cadre' qui encadrerait la volonté des époux.³¹ C'est la loi sélectionnée par les époux eux-mêmes qui jouera ce rôle.

Dans la pratique franco-belge, l'on notera que tant le droit français que le droit belge se montrent particulièrement flexibles et laissent une grande marge de manœuvre aux époux. L'impact de la loi applicable au contrat ne sera dès lors que peu visible. La loi choisie par les parties n'interviendra que rarement pour invalider le choix de régime effectué par les époux. Cette même donnée explique que la circulation entre les deux pays d'un contrat de mariage reçu dans l'un d'eux ne suscitera généralement pas de difficulté. Les obstacles traditionnels à la circulation du contrat de mariage, à savoir d'une part l'inexistence d'une catégorie de rattachement visant le régime matrimonial et d'autre part la non-reconnaissance d'une autonomie conflictuelle aux époux, sont absents.³² La communauté de règles et d'esprit existant entre la France et la Belgique explique l'absence de difficultés liées à la reconnaissance.³³

ii Les limites au choix de la loi dans le contrat de mariage

Le Code de droit international privé permet aux époux de choisir la loi applicable à leur contrat. Dans les relations franco-belges, il est dès lors tout à fait envisageable qu'un notaire belge reçoive un contrat que les futurs époux, ressortissants français, souhaitent soumettre à la loi belge. Ces mêmes époux pourraient également souhaiter soumettre leur contrat à la loi française. Comme le note Mme Révillard, la difficulté sera de convaincre un notaire d'accepter qu'un contrat soit soumis à une autre loi que la sienne.³⁴ Cette possibilité fait en effet peser une responsabilité certaine sur le notaire, qui se devra de vérifier à l'aide de la loi

31 Si les époux concluent un contrat mais négligent d'indiquer dans ce contrat quelle loi régit leurs relations patrimoniales, le choix par les époux d'un régime ou d'un autre (choix matériel pour un régime de séparation ou autre) devra être validé en faisant appel à la règle de rattachement subsidiaire (en Belgique, l'art. 51 du Code).

32 Sur ces difficultés, J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, (310), 324-325, n° 14 e.s.

33 *Infra* cependant sur la reconnaissance d'un choix de loi limité à un seul bien.

34 M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique communautaire : pratique notariale*, 2006, Defrenois, 156, n° 293. Mme Révillard écrit que « la difficulté essentielle est de convaincre le notaire de la nécessité ou de l'intérêt qu'il y a de désigner la loi étrangère plutôt que la loi française dans un contrat de mariage établi en France ». Une remarque similaire pourrait sans doute être faite pour les notaires belges.

étrangère que le choix effectué par les époux offre les garanties requises.

La liberté reconnue aux époux n'est cependant pas illimitée. Tant en Belgique qu'en France, les époux doivent tenir compte d'importantes limitations.³⁵ La première tient aux lois qu'il est permis aux époux de choisir. S'inspirant de la solution retenue par la Convention de La Haye, le législateur belge a imposé aux futurs époux de sélectionner une loi avec laquelle ils sont présumés présenter un lien significatif. L'article 49 § 2 du Code énumère de façon limitative les lois qui s'offrent aux (futurs) époux:

- le droit de la première résidence habituelle après le mariage,³⁶ ou
- le droit de la résidence habituelle d'un des époux au moment du choix,³⁷ ou encore
- le droit de la nationalité d'un des époux au moment du choix.

Sur ce point, il n'y a qu'une différence minime qui sépare le droit belge de la solution retenue par la Convention de La Haye en vigueur en France. L'article 3 de cette dernière permet en effet aux époux de sélectionner la loi du « premier Etat sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage ». L'on reconnaîtra que la différence avec le choix offert aux époux par le Code belge ne prête qu'à peu de conséquences puisqu'elle porte sur une hypothèse sans doute peu fréquente où les époux ne cohabitent pas ensemble après leur mariage.

Une différence sensible apparaît néanmoins lorsque l'on examine l'ampleur du choix effectué par les époux. L'article 50, § 2, al. 2 du Code précise en effet que le choix doit « *porter sur l'ensemble des biens des époux* ». Le choix d'une loi nationale doit dès lors impérativement porter sur l'ensemble du régime. Il n'est donc pas possible de prévoir un régime distinct pour un bien particulier – par exemple un immeuble que possède en propre un des époux. Sur cette question, le droit belge s'éloigne de la solution retenue en France. La Convention de La Haye de 1978 permet en effet aux époux de s'écartier du principe de l'unité du régime matrimonial

35 L'on ne reviendra pas sur les exigences formelles auxquelles le choix de loi est soumis. Dans les relations franco-belges, on peut facilement accepter que les futurs époux auront recours au service d'un notaire pour recueillir l'expression de leur volonté. En théorie, les époux pourraient opter pour un contrat sous seing privé, du moins lorsqu'ils soumettent leur régime à une loi qui permet un tel choix. C'est ce qu'apprend l'article 52 § 1 du Code. En pratique, le libéralisme de cette règle, qui est fondée sur une application alternative de l'adage *locus regit actum*, ne confère qu'une apparence de liberté, puisque bien souvent, un contrat de mariage qui ne revêt pas la forme authentique suscitera des difficultés dans les relations avec les tiers.

36 Peut-on dire que la première possibilité ne s'offre qu'aux futurs époux et qu'un choix portant sur le droit de la première résidence habituelle des époux n'est plus possible après le mariage? C'est l'interprétation que propose le Professeur Bouckaert (voy. par exemple F. BOUCKAERT, « *Rechtskeuze in het Wetboek van internationaal privaatrecht met betrekking tot persoonsgebonden materies, familiaal vermogensrecht en erfrecht* », in *Notariële clausules. Liber amicorum Professor Johan Verstraete*, C. CASTELEIN et al., 2007, (535), 544, n° 17). Le texte de l'article 49 ne permet pas cependant de soutenir une telle interprétation.

37 Il n'y a aucune raison de considérer que des diplomates ou autres fonctionnaires internationaux en poste en Belgique ne pourraient soumettre leur contrat au droit belge au motif qu'ils ne posséderait pas de résidence habituelle en Belgique. L'on sait que les diplomates et les fonctionnaires internationaux jouissent d'un statut particulier, qui se traduit principalement par une immunité fiscale. Pour les diplomates, ce statut trouve son fondement dans les dispositions de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques. Pour les fonctionnaires de l'Union européenne, il faut se reporter aux articles 12 e.s. du Protocole sur les priviléges et immunités des communautés européennes. Aucune disposition de ces deux textes ne permet de penser que la Belgique ne pourrait considérer qu'un diplomate ou un fonctionnaire international en poste en Belgique, ne peut pas y avoir de résidence habituelle au sens de l'article 4 du Code. L'on aura en particulier soin de distinguer la résidence habituelle telle que définie à l'article 4 du Code de celle du domicile qui figure au Code civil. L'article 106 du Code civil, dont on déduisait que les diplomates belges en poste à l'étranger demeuraient domiciliés en Belgique pendant la durée de leurs fonctions, ne peut être utilisé pour dénier à un diplomate une résidence habituelle en Belgique.

pour soumettre les immeubles ou certains d'entre eux à la loi du lieu où ils sont situés.³⁸

L'on est dès lors en droit de se demander quel sera le sort en Belgique d'un contrat de mariage reçu par un notaire français, dans lequel les époux auraient, sur pied de l'article 3 *in fine* de la Convention de La Haye, fait un choix de loi limité à un bien déterminé. L'hypothèse se présentera par exemple lorsque des époux souhaitent acquérir un bien immobilier situé en France. L'article 6 *in fine* de la Convention de La Haye permet aux époux déjà mariés d'effectuer un choix pour la loi française limité à cet immeuble.

Exemple 2 : deux ressortissants belges mariés, souhaitent acquérir un immeuble dans le sud de la France, où ils se domicilieront. Ils se sont mariés sans contrat de mariage. Le notaire français qu'ils consultent à l'occasion de cette acquisition, leur conseille à tout le moins de conclure un contrat pour favoriser le conjoint survivant, limité à l'immeuble situé en France, avec choix de la loi française. Un tel contrat pourra-t-il être reconnu en Belgique?

Un tel contrat de mariage devra, pour être reconnu en Belgique, répondre aux conditions posées par l'article 27 du Code.³⁹ Ceci impose de vérifier l'acte à l'aune de la règle de rattachement en vigueur en Belgique.⁴⁰ Or, on l'a vu, le Code de droit international privé, s'il permet aux époux de choisir la loi applicable à leur contrat, proscrit le dépeçage. Faut-il en conclure qu'il ne sera pas possible de donner effet à un contrat portant choix de loi limité à un seul bien?⁴¹ Appliqués à la lettre, c'est bien à cette solution, pour le moins radicale, que la combinaison des articles 27 et 50 doit aboutir. L'on conviendra toutefois qu'un tel refus étonnera plus d'un dans les relations franco-belges.⁴² Qu'y-a-t-il en effet de si extraordinaire dans un choix de loi visant une partie du patrimoine des époux ? L'on notera que la vieille convention franco-belge déjà évoquée, si elle ne semble pas se préoccuper de la simple reconnaissance des actes authentiques étrangers, prévoit comme seul motif permettant de refuser l'exécution d'un acte authentique étranger la méconnaissance de l'ordre public.⁴³

38 Art. 3 *in fine* et art. 6 *in fine* de la Convention de La Haye – la première disposition vise l'hypothèse d'un choix avant le mariage, la seconde le choix postérieur au mariage. Voy. les critiques de Mme Révillard à propos de cette solution (*Droit international privé et pratique communautaire...*, 155, n° 292).

39 Sur les conditions formelles (légalisation, apostille, etc.), voy. J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, (310), 326, n° 17. Entre la Belgique et la France, aucune légalisation n'est nécessaire puisque les deux Etats sont liés tant par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 – qui remplace l'exigence de légalisation par l'apostille - que par la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 visant à supprimer l'exigence de légalisation.

40 Sur cette disposition, voy. nos commentaires in « De doorwerking in België van buitenlandse akten : een kritisch overzicht », *T. Vreemd.*, 2008, 36-48.

41 La même question se pose lorsque le contrat a été conclu avant la célébration du mariage. L'on peut imaginer qu'un couple belgo-français qui souhaitent s'installer en Belgique après leur mariage, choisissent pour régir le contrat de mariage dressé en France la séparation de biens du droit français à titre principal et une séparation agrémentée d'une société d'acquêts pour les immeubles qu'ils possèdent en Belgique – voy. l'exemple donné par Mme Révillard, *Pratique de la Convention de La Haye ...*, *op. cit.*, 20.

42 Voy. les observations de V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.*, 233, n° 29, qui semblent accepter qu'un contrat portant choix de loi partiel sera reconnu en Belgique, pour autant que les exigences formelles posées par le droit français aient été respectées. Ces auteurs n'évoquent pas l'impact de l'article 27 du Code. Cons. également J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, (310), 327, note 56.

43 Art. 16 de la Convention. Les commentaires classiques de cette convention n'évoquent, au titre de l'article 16, que la seule exécution des actes authentiques, sans mentionner la possibilité d'utiliser cette disposition pour permettre de faire reconnaître un acte authentique (voy. M. WESER, *Traité franco-belge du 8 juillet 1899. Etude critique à la lumière des jurisprudences française et belge comparées, avec propositions de réforme*, Paris/Bruxelles, Sirey/Larcier, 1950, 329-333, n° 293 e.s.; N. WATTÉ, « La Convention franco-belge du 8 juillet 1899 sur la compétence judiciaire et l'exécution », *Juriscl. dr. international*, Fasc. 591, Ed. Techniques, 1990, p. 34, n° 204 e.s.). L'on en déduira que la question de la reconnaissance d'un acte authentique échappe à la convention franco-belge, ce qui justifie l'application du Code.

b *L'autonomie des époux à l'occasion de la modification du régime matrimonial*

La question de la modification du régime en cours de mariage est importante.⁴⁴ Il faut distinguer plusieurs hypothèses, qui n'appellent pas nécessairement le même traitement. Une distinction doit en particulier être faite entre d'une part le changement de la loi applicable et d'autre part la modification du régime. Des époux français mariés sans contrat et soumis par le jeu des règles de rattachement à la loi française peuvent en effet souhaiter modifier la loi applicable à leur régime et opter pour la loi belge. Ils peuvent également souhaiter maintenir la loi française et ne faire porter le changement que sur le régime qui leur est applicable, soit qu'ils éprouvent le besoin de modifier le cadre auquel ils sont soumis, soit qu'ils souhaitent modifier certaines modalités de leur contrat – par exemple les clauses de dissolution du régime.⁴⁵

Dans les deux cas, l'analyse doit se faire sur base des dispositions du Code de droit international privé. Certes, les règles du Code ne visent en principe que les époux mariés *après* le 1er octobre 2004. Ceci signifie pas pour autant que les règles relatives à la modification ne peuvent trouver application qu'à l'égard de ces seuls époux. Il semble en effet acquis que les règles du Code peuvent s'appliquer à toutes les modifications apportées après le 1er octobre 2004, même si le mariage a été célébré avant cette date.⁴⁶ S'il en est ainsi, c'est qu'il faut considérer que l'événement pertinent au regard du droit transitoire, et plus particulièrement au regard de l'article 127 § 1er du Code, est la modification en tant que telle du régime – et non le mariage qui est retenu comme élément pertinent de manière générale (*supra*). Dès lors que la modification envisagée a lieu après l'entrée en vigueur du Code, les règles qu'il pose ont vocation à s'appliquer.⁴⁷ On doit dès lors considérer que les nouvelles règles peuvent également s'appliquer aux époux mariés avant cette date et qui souhaitent apporter une modification à leur régime après l'entrée en vigueur du Code.

i *Le changement de la loi applicable*

Les époux peuvent d'abord souhaiter modifier la loi applicable à leur régime. Une telle modification se révélera surtout intéressante si les époux se sont mariés sans faire précéder leur union d'un contrat de mariage. Dans ce cas, le choix d'une loi permettra aux époux de garantir qu'ils seront soumis au régime légal de la loi choisie. Ceci leur permettra d'obtenir la sécurité juridique nécessaire.

Exemple 3 : deux ressortissants français, mariés il y a plusieurs décennies en France, se sont installés immédiatement après leur mariage en Belgique. Au regard du droit international privé belge (en vigueur avant l'adoption du Code de droit international

44 Voy. en général, S. MARTENS, « *Wijziging van het huwelijksstelsel en het internationaal privaatrecht : geen eenvoudig huwelijk* », *T.E.P.*, 2008, 61-95.

45 Voy. les explications fournies par V. VANDERCAM, « *Quelles sont les formalités actuelles que doit respecter le notaire belge quand il veut modifier le contrat de mariage de résidents français?* », *Rec. Gén. Enr. Not.*, 2008, n° 25.868.

46 En ce sens, A. VERBEKE, « *IPR – Huwelijksvermogensrecht – Nederlandse stelselwijziging in België – Quid rechterlijke homologatie?* », in *Comité d'études et de législation, Travaux 2005*, Bruylant, 2006, (192), 195 et J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, *Rev. not. b.*, 2006, (310), 332, n° 22.

47 Cette analyse nous semble être pertinente tant lorsque les époux souhaitent changer de régime matrimonial que lorsqu'ils entendent changer la loi applicable au régime matrimonial. Dans les deux cas, le changement souhaité constitue l'acte juridique nouveau qui justifie l'application immédiate des règles du Code.

privé, *supra*), ces époux sont soumis au régime légal en vigueur en France. Au regard du droit international privé français, c'est au contraire le droit belge qui est pertinent, au titre de loi du premier domicile matrimonial. Ces époux peuvent souhaiter fixer de façon définitive le régime qui leur est applicable. Ils pourront à cette occasion souhaiter adapter leur régime en fonction de leurs circonstances de vie. Si les époux sont par contre déjà unis par un contrat de mariage, le changement de loi est un changement 'mixte' (*infra*).

Un changement de loi 'pur et simple' est possible. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter l'article 50 § 1er, al 1 du Code, selon lequel un choix de loi peut être fait « *au cours du mariage* ». La même disposition précise que le choix de loi peut « modifier un choix antérieur ». Un tel choix aura nécessairement pour conséquence de modifier le régime auquel les époux sont soumis, sauf à supposer, hypothèse fort improbable, qu'il n'existe aucune différence entre le régime légal prévu par deux lois distinctes.⁴⁸

Comment réconcilier la possibilité pour les époux de choisir une loi donnée avec le prescrit de l'article 53, § 1, 4° du Code selon lequel le droit applicable au régime matrimonial détermine « si et dans quelle mesure les époux peuvent changer de régime ... »? Cette disposition ne soumet-elle pas les époux aux limites imposées par la loi applicable au régime existant, qu'ils souhaitent modifier? C'est là effectivement la portée de l'article 53, mais aussi l'unique portée. Cette disposition ne vise que la possibilité de modifier le « régime », par lequel il faut entendre le régime matrimonial. Elle ne concerne pas la possibilité pour les époux de modifier la *loi applicable* à leur régime matrimonial. Il n'y a dès lors aucune contradiction entre l'article 53 § 1-4° et l'article 50 § 1 du Code. Il en découle que des époux installés en Belgique pourront toujours bénéficier de la possibilité d'effectuer un choix de loi, quoi qu'en dise la loi qui leur était initialement appliquée.⁴⁹ Comme l'explique fort justement M. van Boxstael, cette possibilité « est offerte à tous les couples, qu'ils se soient unis avant ou après l'entrée en vigueur du Code, et qu'ils aient ou non déjà exprimé un choix de loi applicable à leur régime matrimonial ».⁵⁰

L'article 50 § 3 Code prévoit que le changement de loi est uniquement valable *pour l'avenir*. Deux époux mariés en 1977 sans contrat et soumis, dans une perspective belge, à leur loi nationale commune française, souhaitent en 2009 faire un choix pour la loi belge, sans autre précision. Un tel choix aura pour effet que les époux sont soumis au régime légal du droit belge - communauté réduite aux acquêts. En principe, il faut en déduire qu'en ce qui concerne les relations patrimoniales entre époux jusqu'à la modification, c'est le droit français qui s'applique, le droit belge ne s'appliquant que pour l'avenir. On aurait, selon la formule classiquement consacrée, un patrimoine conjugal qui prendrait la forme d'un 'train' avec différents wagons - un 'wagon' ancien soumis au droit français et un 'wagon' nouveau régi par le droit belge.⁵¹

48 En ce sens, A. VERBEKE, *art. cit.*, in *Comité d'études et de législation, Travaux 2005*, Bruylant, 2006, (192), 200.

49 M. Bouckaert explique que la possibilité de choisir la loi applicable est un « droit subjectif accordé par le droit international privé belge aux époux ayant des attaches avec la Belgique que la loi initialement compétente ne peut nullement juguler » (F. BOUCKAERT, « Les points controversés dans les règles de conflit établis par le nouveau Code de droit international privé belge en matière de régimes matrimoniaux », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, (35), 47, n° 27).

50 J.-L. VAN BOXSTAELE, *art. cit.*, Rev. not. b., 2006, (310), 332, n° 22.

51 Ce résultat peut sembler entrer en contradiction avec le principe posé par l'article 50 § 2 du Code, selon lequel le choix des époux doit porter sur l'ensemble des biens. Avec M. Bouckaert, l'on acceptera que la contradiction n'est qu'apparente, l'article 50 § 2 se limitant à exclure que les époux fassent du régime choisi « un cocktail de diverses lois, dont la première concerterait, par exemple, la gestion de certains biens, la

Cette lecture, qui doit beaucoup aux écrits du professeur Bouckaert,⁵² présentait un avantage certain jusqu'à une époque récente, puisqu'elle permettait de limiter sensiblement la nécessité de faire homologuer le changement voulu par les époux.⁵³ Si l'on accepte en effet que, sauf si les époux en décident autrement, le changement de loi applicable au régime ne vaut que pour l'avenir, il faut en déduire qu'un tel changement n'a pas pour effet de modifier la composition des patrimoines ou de liquider le régime préexistant. Partant, les époux échappaient à la nécessité de se soumettre à l'homologation judiciaire, avec les obligations préalables qu'une telle intervention du judiciaire impose – l'on pense notamment à l'établissement d'un inventaire et au règlement transactionnel.⁵⁴

Si les époux souhaitaient par contre donner au choix de loi qu'ils effectuent un effet rétroactif, ce que l'article 50 § 3 permet, il était nécessaire de procéder à la liquidation du régime préexistant. Partant, les époux devaient se soumettre à la 'grande' procédure de modification.⁵⁵

Depuis l'adoption de la loi du 18 juillet 2008 modifiant la législation en ce qui concerne la modification du régime matrimonial sans intervention du tribunal,⁵⁶ les modifications de régime matrimonial se réalisent avec plus de souplesse. Partant, la question de la portée du choix effectué par les époux – choix limité à l'avenir ou au contraire englobant le patrimoine acquis dans le passé, a quelque peu perdu de son importance. Si les époux optent pour le droit belge, ils échapperont en tout cas à la nécessité de faire homologuer le contrat par le tribunal. Ne restera plus que l'établissement d'un inventaire et les obligations de publication.

ii Le changement ou la modification de régime

L'hypothèse la plus fréquente n'est pas celle d'un changement par les époux de la loi applicable à leur régime. Bien souvent, les époux souhaiteront modifier leur régime en tant que tel – par exemple passer d'un régime séparatiste à une régime de communauté. Cette modification du régime peut prendre deux formes. On peut distinguer d'une part la modification du régime dans sa nature (par exemple passage d'un régime de séparation à un régime de communauté universelle) et d'autre part la modification d'un régime, qui ne touche pas à la substance de celui-ci, mais bien à certains éléments accessoires (par exemple l'ajout d'une clause d'attribution au conjoint survivant dans le cadre d'un régime fondée sur la communauté). L'essentiel est que dans les deux hypothèses, la modification affecte avant tout le régime matériel auquel les époux sont soumis et non, comme dans la première hypothèse, la loi applicable au régime. Il se peut cependant que les deux modifications se combinent, pour arriver à une « double mutation ».⁵⁷

seconde les règles de gestion d'autres biens et la troisième les règles de dissolution du régime » (F. BOUCKAERT, *art. cit.*, in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Defrénois, 2007, (35), 46, n° 26).

52 F. Bouckaert,

53 Il ne semble pas possible de s'appuyer sur l'article 52 al. 2 du Code, qui soumet la « mutation de régime matrimonial » aux « formalités » prévues par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la mutation est effectuée, pour déterminer les formalités que doivent respecter les époux qui modifient la loi applicable à leur régime matrimonial. Le changement de loi ne constitue en effet pas à proprement parler une mutation de régime. M. van Boxstael suggère de puiser dans la loi nouvelle, que les époux adoptent, les règles dictant les formalités à suivre (J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, *Rev. not. b.*, 2006, (310), 333, n° 23).

54 L'on pouvait échapper à l'obligation de dresser un inventaire lorsque le changement opéré n'entraînait pas une liquidation entière du patrimoine (art. 1394, al. 5. C. civ.).

55 J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, *Rev. not. b.*, 2006, (310), 333-334, n° 23.

56 M.B., 14 août 2008, p. 43560.

57 Selon l'expression de Mme N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé...*, 2007,

Exemple 4 : Deux époux français se sont installés il y a quelques années en Belgique. Mariés avec un contrat de mariage de type séparatiste, ils souhaitent aujourd'hui adopter un régime qui fait une part plus grande à la communauté. Ceci est-il possible? Les époux doivent-ils faire homologuer par le tribunal l'acte modificatif, après avoir fait dresser un inventaire de tous les biens meubles et immeubles et des dettes des époux?

L'article 53, § 1, 4^o du Code de droit international privé prévoit que la loi du régime des époux détermine « *si et dans quelle mesure les époux peuvent changer de régime, et si le nouveau régime agit de manière rétroactive ou si les époux peuvent le faire agir de manière rétroactive* ».

C'est donc la loi applicable au régime *actuel* qui détermine la possibilité pour les époux de modifier leur régime et d'en adopter un autre.⁵⁸ Par loi applicable au régime, l'on entend:

- * soit la loi choisie par les époux si les époux ont effectivement fait un choix dans un contrat antérieur;
- * soit la loi à laquelle conduit l'article 51 du Code si les époux n'avaient pas choisi la loi applicable à leur régime matrimonial. Si les époux se sont mariés avant le 1er octobre 2004, il revient aux anciennes règles de rattachement de déterminer la loi applicable aux époux.

Dans la plupart des cas, la loi ancienne permettra aux époux de modifier le régime auquel ils sont soumis. Il restera aux époux à veiller au respect des conditions imposées par le droit auquel ils sont soumis. Celui-ci peut par exemple interdire toute modification pendant les premières années du mariage ou encore subordonner une modification au respect du droit des créanciers ou des enfants.

Exemple 5 : deux ressortissants français se sont mariés en France en 1990, sans conclure de convention, où ils ont vécu pendant quelques années avant de s'installer en Belgique. Ils sont mariés sous le régime légal de communauté du droit français – tant du point de vue belge que du point de vue français.

Les époux souhaitent aujourd'hui passer vers un régime de séparation de biens. Il appartient à la loi française de déterminer les conditions auxquelles une telle modification peut avoir lieu.⁵⁹ L'article 1397 du Code civil (tel que modifié par la loi du 23 juin 2006) précise que les époux ne peuvent modifier leur régime matrimonial qu'« *après deux années d'application du régime matrimonial* ». La procédure de modification du régime matrimonial ne peut dès lors intervenir si les époux ne sont pas mariés depuis au moins deux ans.

43, n° 26.

58 La solution est identique en France, voy. Cass. Fr (1ère civ., 19 mars 2008, *Defrénois*, 2008, 1580, note M. REVILLARD (à propos d'une modification de régime effectuée par deux époux français qui s'étaient mariés à New York et y avaient vécu pendant près de vingt ans).

59 M. Barnich fait fort utilement remarquer que pour éviter toute hésitation, il est important que le contrat précise que le régime de séparation de biens adopté par les époux est celui du droit français. Une formule vague stipulant uniquement que les époux adoptent le « régime de séparation de biens prévu par le Code civil » pourrait laisser penser que les époux ont également entendu se soumettre au droit belge (L. BARNICH, « Présentation du nouveau code belge de droit international privé », *Rev. not.*, 2005, (6), 39).

La pratique relative aux règles en vigueur avant l'adoption du Code avait révélé que dans certaines circonstances, les époux étaient soumis à une loi qui empêchait toute modification du régime en cours de route. Dans les relations franco-belges, où le principe d'immutabilité du régime matrimonial a depuis longtemps été abandonné, cette restriction n'a qu'un impact limité. Elle n'en reste pas moins réelle, notamment lorsque deux époux de nationalité différentes ont vécu les premières années de leur mariage dans un pays dont la loi limite sensiblement la possibilité de modifier le régime en cours de route – l'on pense à un couple de français qui se sont installés après leur mariage en Bolivie ou en Argentine, où ils ont vécu quelques années, avant de s'installer en Belgique.⁶⁰

Cette situation, qui a tendance à devenir isolée en droit comparé, ne doit pas empêcher les époux de procéder à la modification qu'ils souhaitent.⁶¹ Pour échapper à la loi applicable, il suffira en effet aux époux d'effectuer d'abord un choix pour une loi qui permet le changement en cours de route, par exemple la loi de leur résidence habituelle commune, et, une fois ce choix opéré, de modifier également le régime auquel ils sont soumis.⁶² L'article 53 § 1, 4° du Code doit dès lors se lire en tenant compte de l'article 50 § 1, qui autorise les époux à choisir la loi applicable à leur régime matrimonial « ... au cours du mariage... ».

En d'autres termes, les époux peuvent 'puiser' dans la loi qu'ils choisissent à l'occasion du changement, la possibilité de modifier leur régime, en se soumettant aux éventuelles limites à cette modification qu'impose la loi choisie. Si la possibilité pour les époux de modifier leur régime demeure, comme avant l'entrée en vigueur du Code, soumise à la loi nationale applicable avant la modification, les époux ont cependant la possibilité, si cette loi devait refuser la mutabilité, d'opter pour le droit belge qui permet le changement (ou tout autre droit).⁶³ La volonté des époux est dès lors le facteur décisif.

60 Mme Revillard renseigne d'autres Etats qui connaissent le principe de l'immutabilité du régime matrimonial : elle évoque l'Argentine, la Bolivie, Cuba et la Roumanie, dont la législation impose un régime légal obligatoire et le Brésil, la Colombie, le Japon et le Portugal, dont la législation permet certes aux époux de conclure des conventions matrimoniales, mais uniquement avant le mariage (M. REVILLARD, note sous Cass. fr., 19 mars 2008, *Defrénois*, 2008, (1583), 1585, n° 5).

61 Avant l'entrée en vigueur du Code, la pratique avait recours à un artifice pour permettre aux époux durablement installés en Belgique de procéder à un changement de régime matrimonial alors même qu'ils étaient soumis au principe d'intangibilité du régime imposé par leur loi nationale commune. Pour pallier cette difficulté, la pratique avait accepté de faire exception au rejet de principe du conflit mobile en matière de régime matrimonial et de tenir compte de la version actualisée du facteur de rattachement pertinent. Ce faisant, deux époux étrangers durablement installés en Belgique, pouvaient modifier leur régime, même si selon la loi initialement applicable à leur régime, celui-ci était intangible, dès lors que les deux époux avaient acquis la nationalité belge. De même, deux époux de nationalité différente qui avaient résidé, après leur mariage, dans un Etat dont le droit ne permettait pas la modification du régime, pouvait cependant procéder à une modification de leur régime dès lors qu'ils résidaient depuis un certain temps en Belgique. L'on tenait en effet compte de la résidence habituelle *actuelle* des époux. Cette construction quelque peu artificielle permettait aux époux étrangers d'échapper à un éventuel principe d'intangibilité du régime selon leur droit national. Voy. V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.* 241, n° 63. En France, les époux pouvaient aussi échapper au principe d'immutabilité du régime matrimonial grâce à la Convention de La Haye de 1978, en vigueur en France. Cette convention peut en effet s'appliquer aux époux mariés avant son entrée en vigueur. Elle permet aux époux d'échapper à l'impossibilité de modifier le régime.

62 L'on peut lire à ce sujet dans l'exposé des motifs qui accompagnait la proposition de loi que : « *La faculté pour les époux de changer de régime dépend aussi du droit applicable au régime matrimonial. [...] Lorsque ce droit ne prévoit pas cette faculté, il suffit aux époux de modifier le choix du droit applicable au régime matrimonial, en respectant les conditions des articles 49 et 50, avant de procéder à la mutation* » (Doc. Parl., Sénat, 3-27/1, p. 83).

63 En ce sens, notamment, N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé...*, 2007, 42-43, n° 25; V. DE BACKER et H. JACOBS, *art. cit.*, *Not. Fisc. M.* 2005, (227), 241, n° 63 et 64. J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, *Rev. not. b.*, 2006, (310), 332, n° 22 et Ph. DE PAGE, *art. cit.*, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, (647), 676.

L'on sera attentif au fait que cette véritable 'pirouette' du Code de droit international privé, qui permet aux époux de passer outre les limites imposées par la loi que le Code déclare applicable, peut faire peser un doute sur l'exportation à l'étranger de l'acte modificatif reçu en Belgique. Il sera bon d'attirer l'attention des époux sur cette restriction, qui est de nature à peser sérieusement sur l'efficacité internationale de l'une ou l'autre stratégie de planification successorale. Dans les relations franco-belges cependant, ce mécanisme ne semble pas devoir susciter de difficultés.

Qu'en est-il des questions de procédure et de forme liées à la modification du régime matrimonial? Dès lors que les époux ne procèdent qu'à un changement ou une modification de régime, l'article 52 al. 2 du Code impose le respect des « formalités prévues par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la mutation est effectuée ». Pour le praticien belge, ceci signifiera dans la grande majorité de cas qu'il faudra se conformer aux conditions imposées par la loi belge. Depuis l'adoption de la loi du 18 juillet 2008 modifiant la législation en ce qui concerne la modification du régime matrimonial sans intervention du tribunal,⁶⁴ l'homologation judiciaire préalable d'un contrat modificatif, qui soulevait de difficiles questions de qualification,⁶⁵ a disparu.

Il reste que, selon une partie de la doctrine au moins, l'exigence de l'homologation judiciaire ne constitue pas une formalité, délaissée à la loi locale, mais bien une condition de fond.⁶⁶ Si cette interprétation devait être suivie, il faudrait consulter la loi applicable au régime pour déterminer la nécessité de solliciter l'intervention d'un tribunal. Dès lors que les époux sont soumis au droit français, l'article 1397 du Code civil français, tel que modifié par la loi du 23 juin 2006, précise qu'il impose l'homologation par le tribunal du domicile des époux dès lors que les enfants majeurs ou les créanciers du couple s'opposent à la modification.⁶⁷

B. Les 'nouveaux' mariages : mariages entre personnes de même sexe et relations de vie commune

Il ne suffit plus à l'heure actuelle de s'interroger sur le régime d'époux mariés. A côté du mariage, les droits français et belge consacrent également d'autres formes d'unions qui peuvent également susciter d'importantes questions patrimoniales.

Lorsque l'on évoque les questions patrimoniales dans les relations franco-belges, il faut toute d'abord être attentif aux mariages entre personnes de même sexe, dont on sait qu'ils sont possibles en droit belge. Autant la question de la reconnaissance de telles unions en France

64 *M.B.*, 14 août 2008, p. 43560.

65 Voy. récemment J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, *Rev. not. b.*, 2006, (310), 330, n° 21 e.s.

66 C'est l'opinion défendue notamment par C. DE BUSSCHERE dans diverses contributions (notamment « la modification conventionnelle du régime matrimonial pendant le mariage : quelques aspects de droit international privé belge », *J.T.*, 1996, (89), spéc. 93, n° 28).

67 Au rang des exigences posées par l'article 1397 du Code civil français, l'on notera qu'il est nécessaire d'avertir les enfants majeurs de chaque époux (par lettre recommandée avec accusé de réception). Le notaire qui est chargé de la modification, doit aussi faire publier un avis dans un journal publiant des annonces légales, pour informer les créanciers de la modification envisagée (art. 1397, al. 3 C. civ.). Dans la mesure où ces obligations d'information ont pour but de permettre aux enfants majeurs et aux créanciers de s'opposer à la modification envisagée (dans un délai de trois mois - art. 1397 al. 2 C. civ.), il nous semble que le traitement réservé à ces obligations de publicité doit être identique à celui réservé à l'exigence d'homologation par le tribunal. En d'autres termes, si l'on estime que le principe de l'exigence d'homologation constitue une condition de fond, il devrait en aller de même pour les obligations de publicité, que l'on ne pourrait considérer comme des formalités au sens de l'article 52.

demeure sujette à questionnement - il n'est en effet pas certain que l'union célébrée en Belgique sera pleinement reconnue comme telle en France.⁶⁸ - autant le traitement réservé aux conjoints, dans une perspective belge, est simple à déterminer. Le législateur a en effet opté pour un élargissement de la catégorie de rattachement 'mariage', qui comprend désormais toutes les relations équivalentes au mariage. Le traitement réservé aux époux de même sexe ne diffère dès lors pas de celui qui a déjà été exposé. La seule question à résoudre est de savoir si le mariage ou l'union peut prétendre. S'agissant d'un mariage célébré entre personnes de même sexe en Belgique, aucun doute n'est possible. L'on

Qu'en est-il des personnes qui, sans pour autant être mariées, ont choisi d'adopter un statut juridique? L'on sait que la France permet depuis 1999 le PACS, un partenariat contractuel entre deux personnes majeures visant à organiser leur vie commune. En droit belge, le succès de la cohabitation légale instituée par la loi du 23 novembre 1998 ne se dément pas.⁶⁹ Il est important de se demander quel sera le régime applicable à ces nouvelles formes de conjugalité – d'autant plus que le régime du PACS a évolué depuis sa création, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 du 23 juin 2006 prévoyant, à défaut de convention contraire, un régime de séparation de biens comparable à celui accessible aux époux mariés.

L'on notera que la ligne de partage se fonde, selon l'article 58 du Code, sur l'existence d'un « lien équivalent au mariage ». Il est certain que le PACS ne crée pas entre les partenaires un lien de cette nature, même si l'on tient compte des modifications apportées au statut des partenaires par la loi de 2006.⁷⁰

La solution à apporter en droit international privé belge a le mérite de la simplicité : le législateur a retenu un rattachement particulier pour la relation de vie commune, écartant la tentation d'avoir recours aux règles relatives aux régimes matrimoniaux de personnes mariées. Selon l'article 60 du Code, il convient de se reporter à la loi de l'Etat sur le territoire duquel la relation a été enregistrée pour déterminer les « *effets de la relation sur les biens des parties* ».⁷¹ S'agissant d'une cohabitation légale reçue en Belgique, l'application du droit belge s'impose. Par contre si les personnes concernées se sont pacsées en France, c'est naturellement le droit français qu'il faudra consulter pour déterminer la nature des relations entre parties.

Cette règle simple ne devrait pas susciter de difficultés en pratique, ni dans la détermination du droit applicable, ni en ce qui concerne l'accueil dans l'un des deux pays d'une relation créée sur le territoire de l'autre. Compte tenu de la similarité existant entre le pacs français et le

68 Sur cette question, voy. les différentes questions parlementaires en France sur le sujet, qui ont fait l'objet de commentaires notamment par E. FONGARO, « Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé. À propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005 », *J.D.I.*, 2006, 477 e.s. Dans les commentaires, voy. notamment M. SCHMITT, « L'incidence en France des lois belge et néerlandaise introduisant le mariage homosexuel », *JCP N*, 2004, 1006; H. FULCHIRON, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, 1253 e.s. et M. MIGNOT, « Les conjoints homosexuels peuvent se consentir des donations entre époux et changer de régime matrimonial en France », *JCP N* 2006, 991.

69 Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, *M.B.*, 12 janvier 1999. Voy. en général sur cette législation J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve, Academia/Bruxelles, 2000.

70 Voy. notamment les précisions apportées par V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile – à propos de la loi du 23 juin 2006 », *Droit de la famille*, 2007, étude n° 1.

71 Pour être plus précis, c'est le droit de l'Etat sur le territoire duquel a eu lieu le premier enregistrement de la relation de vie commune, qui est retenu. Ce faisant, le Code évite la difficulté liée au conflit mobile, qui pourrait se présenter lorsque des partenaires procèdent à plusieurs enregistrements successifs de leur relation. Cette hypothèse n'est pas purement théorique. En effet, compte tenu de la variété des législations visant les partenariats, deux partenaires peuvent éprouver le besoin de confirmer leur union dans l'Etat de leur nouvelle résidence.

relation de vie commune du droit belge, il n'est pas nécessaire de se demander si un pacs conclu en France sera reconnu comme tel en Belgique ou si inversément une cohabitation légale enregistrée en Belgique pourra sortir ses effets en France.

Le rattachement 'organique' retenu par le Code de droit international privé contraste sensiblement avec la situation de personnes mariées. Le contraste est d'autant plus grand qu'il n'est pas possible de modifier par contrat le rattachement retenu par l'article 60. Les partenaires ne peuvent dès lors, contrairement aux époux, choisir la loi applicable au régime de leurs biens.⁷² Ceci ne signifie pas qu'il n'est pas souhaitable pour les partenaires d'aménager leurs relations par diverses dispositions contractuelles.

A ce sujet, l'on peut se demander si de futurs partenaires pourraient assortir la convention qu'ils concluent à l'occasion de l'enregistrement de leur partenariat, d'une clause de choix de loi. La Convention de Rome du 19 juin 1980, instrument de base du droit des contrats internationaux, ne permet pas d'asseoir un tel choix puisqu'elle exclut les obligations contractuelles qui ont trait aux droits et devoirs découlant des relations de famille.⁷³ La question pourrait recevoir une réponse différente à l'avenir lorsque le Règlement 593/2008, appelé à remplacer la Convention de Rome, entrera en vigueur. Ce Règlement modifie en effet la portée de l'exclusion des conventions liées aux relations familiales. Selon la nouvelle formule retenue par l'article 1, § 2, lit. b et c, sont exclues les obligations contractuelles découlant des relations de famille « ou des relations réputées avoir, en vertu de la loi applicable, des effets comparables ».

Que penser de cette exclusion à propos de relations fondées sur un PACS français, une cohabitation légale instituée par la loi du 23 novembre 1998 ou encore au partenariat luxembourgeois? Ces nouvelles formes de conjugalité n'ont pas ou ne sont pas destinées à avoir des effets comparables au mariage. Peut-on dire pour autant qu'elles ne sont pas visées par l'exclusion et qu'il est dès lors possible aux partenaires de profiter du régime d'autonomie de la volonté dont le Règlement confirme la pertinence?

L'appréciation est délicate. Le texte n'invite en effet pas à procéder la comparaison avec le mariage en tant que tel, mais bien avec les « relations de famille ». Peut-on dire que les partenariats dont les effets sont bien en retrait de ceux produits par le mariage, peuvent pour autant être comparé à des relations de famille ? Si la réponse est positive, l'ensemble des partenariats, qu'ils produisent des effets similaires au mariage ou non, seront exclus du champ d'application du Règlement – les partenaires ne pourraient dès lors puiser dans ce Règlement la possibilité d'adoindre à leur partenariat une clause de choix de loi. Une réponse négative signifierait par contre que les partenariats qui ne peuvent être qualifiés de « familial », demeureront soumis au Règlement. Ce faisant, les partenaires conserveraient la possibilité de choisir la loi applicable, par exemple à l'occasion de la conclusion d'un contrat visant à régler les aspects patrimoniaux de leur relation. A dire vrai, cette dernière option nous semble

72 Voy. cependant en sens contraire, N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé...*, 2007, 55, n° 34. Selon Mme Watté, il faudrait admettre que les partenaires disposent de la possibilité de choisir la loi applicable au régime de leurs biens lorsqu'un tel choix « est organisé par la loi de l'enregistrement et sous réserve que la loi choisie connaît l'institution du partenariat en cause ». Il nous semble que cette suggestion va à l'encontre de la disparition du renvoi, telle que prévue par l'article 16 du Code de droit international privé. Mme Watté avait déjà exprimé précédemment cette opinion in « Le nouveau droit international privé belge. Etude critique des fondements des règles de conflits de lois » (avec C. BARBÉ), *J.D.I.*, 2006, (851), 901-902, n° 79. Voy. sur ce point les observations de J.-L. VAN BOXSTAEL, *Rev. not. b.*, 2006, (310), 311, note 4 – qui observe que l'article 60 du Code retient la loi « interne » de l'Etat sur le territoire duquel la relation a donné lieu à enregistrement pour la première fois.

73 Art. 1, § 2, lit. b.

peu compatible avec l'existence d'une règle de rattachement particulière pour les relations de vie commune. Le rattachement retenu par l'article 60 du Code souffrirait par trop de la possibilité laissée aux partenaires de déterminer eux-mêmes la loi applicable à leurs relations.

II. LES SUCCESSIONS

A côté des relations patrimoniales qui naissent directement du mariage ou d'autres formes d'union, la transmission à cause de mort forme incontestablement le deuxième pilier de l'ingénierie patrimoniale. Le Code de droit international privé a laissé intacts les grands principes du règlement des successions internationales : d'une part, une distinction entre la masse mobilière et la masse immobilière, avec une survivance limitée du jeu du renvoi⁷⁴ et d'autre part une soumission des successions testamentaires à la *lex successionis*.⁷⁵

Comme pour les régimes matrimoniaux, l'autonomie de la volonté se présente en matière successorale, sous deux dimensions : la première, classique, voit le futur défunt exposer dans un testament ses souhaits quant à la répartition de sa masse successorale (A); la seconde, plus innovante, permet au testateur d'assortir le testament d'un choix de loi (B). Ces deux dimensions méritent d'être examinées successivement. Nous n'examinerons pas les principes généraux applicables à la succession *ab intestat*, ceux-ci étant déjà bien acquis.⁷⁶

A. La liberté testamentaire

Le premier instrument qui permet au futur défunt d'organiser la répartition de son patrimoine à son décès, est bien entendu le testament. Figure juridique bien connue des droits belge et français, le testament permet au testateur de déroger à la dévolution légale, soit pour avantager l'un des héritiers légaux, soit encore pour attribuer une part plus ou moins grande de la masse successorale à un tiers. Au-delà de cet intérêt premier, qui n'est pas propre aux espèces internationales, le testament présente un intérêt spécifique lorsque la succession présente une dimension internationale. Il peut en effet servir à pallier les conséquences jugées inopportunnes du rattachement dualiste de la succession qui constitue la norme tant en France qu'en Belgique.⁷⁷ Si l'exercice demeure complexe, le testateur peut en effet tenter d'anticiper sur les effets du morcellement par diverses dispositions testamentaires. L'on pense à l'hypothèse d'un conjoint survivant qui entrerait en concurrence avec les enfants du défunt à

74 Pour la succession *ab intestat*, il faudra dès lors continuer à distinguer entre succession mobilière - régie par la loi de l'Etat sur le territoire duquel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès (art. 78, § 1, consécration du vieil adage *mobila sequuntur personam*) – et succession immobilière - régie par la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'immeuble est situé (art. 78, § 2).

75 Mme Watté fait remarquer à juste titre que le législateur a choisi de préciser la règle générale, applicable aux successions à défaut de choix de loi, avant d'énoncer la possibilité pour le testateur de choisir la loi applicable à sa succession. Ce choix, qui contraste avec la priorité donnée, pour les régimes matrimoniaux, à la règle de l'autonomie de la volonté, témoigne à ses yeux de la timidité du législateur (N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé...*, 2007, 57, n° 36).

76 Voy. les commentaires de Ph. DE PAGE, « Les règles de conflit de lois du nouveau Code de droit international privé relatives aux régimes matrimoniaux et aux successions », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 647-690, spéc. pp. 679-689; V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het erfrecht in het Wetboek van internationaal privaatrecht », *Not. Fisc. M.*, 2006, 37-67; J.-L. VAN BOXSTAEL, « Trois enjeux de la succession internationale », in *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Larcier, 2008, 65-90 et P. WAUTELET, « Le nouveau régime des successions internationales », *Rev. gén. dr. civ.*, 2005, 375-388.

77 M. van Boxstael écrit à juste titre que le morcellement « valorise le phénomène de la frontière, là où tout l'effort, au moins apparent, du droit international privé est ou tend à être de l'oblitérer » (J.-L. VAN BOXSTAEL, , in *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Larcier, 2008, (65), 75, n° 7).

propos d'une succession comprenant des immeubles situés en France, le défunt étant établi en Belgique au moment du décès. Les droits du conjoint survivant ne seront pas réglés de façon identique sur la masse mobilière, soumise au droit belge, et sur la masse immobilière, régie par le droit français. Le testament peut être l'occasion de tenir compte de ces différences.

Quel que soit l'objectif poursuivi, il importe de s'interroger sur l'efficacité des dispositions testamentaires. Celles-ci ne se suffisent en effet pas à elles-mêmes. Tout comme en France,⁷⁸ les règles de droit international privé belge subordonnent la validité des dispositions testamentaires à la *lex successionis*. Ceci découle de l'article 80, § 1, (5°) qui soumet « la validité au fond des dispositions à cause de mort » à la loi applicable à la succession. Pour autant que de besoin, l'article 80, § 1, (6°) confirme d'ailleurs que « la quotité disponible, la réserve et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort » sont également soumises à la *lex successionis*.

De la sorte, la succession testamentaire est soumise à la loi compétente en matière de succession *ab intestat*. Cette dernière constitue une 'loi-cadre' qui fixe les limites que ne peut dépasser le testateur.

Exemple 6 : Monsieur D., ressortissant français installé durablement en Belgique, souhaite léguer à un neveu un immeuble qu'il possède en France. Cet immeuble étant soumis à la loi française du lieu de situation, tant en vertu du droit belge que du droit français, Monsieur D. doit vérifier que ce legs ne nuit pas aux droits des éventuels héritiers réservataires tels qu'ils sont déterminés en droit français.

Lors de la rédaction du testament, il faudra dès lors tenir compte du morcellement que peut entraîner la *lex successionis*. Dès lors que le testateur possède un ou plusieurs biens immeubles dans un autre pays que celui de sa dernière résidence, il lui est possible de privilégier l'un ou l'autre héritier par le biais de legs plus importants se rapportant à ces immeubles, sauf aux héritiers à se prévaloir soit du renvoi, pour ramener les immeubles situés à l'étranger sous l'empire de la loi de la résidence habituelle du défunt, soit de leur qualité d'héritier réservataire selon la loi du lieu de situation de l'immeuble. Le système retenu par le Code impose en effet de calculer la quotité disponible sur chaque masse successorale distincte, qu'il importe de liquider sans tenir compte de la part attribuée aux héritiers sur d'autres masses.⁷⁹

Exprimée de façon claire dans un testament, la volonté du défunt recevra effet dans la grande majorité des situations. Rares seront en effet les hypothèses dans lesquelles elle pourrait faire l'objet de critique sous l'angle d'un des mécanismes dérogatoires bien connus, que sont l'exception d'ordre public, la fraude à la loi ou encore la clause d'exception. Quant à la première, les relations franco-belges ne constituent assurément pas un terrain propice pour son application, compte tenu de la grande parenté qui subsiste entre les deux droits.⁸⁰ Pour que le

78 Sur ce que le caractère testamentaire ou non de la succession n'affecte pas la loi applicable, voy. par ex. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé. II. Partie spéciale*, Puf, 2007, 235, n° 837.

79 Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, le droit de prélèvement pouvait être utile aux héritiers qui s'estimaient lésés par la répartition d'avoirs situés sur un territoire étranger. Le droit de prélèvement (art. 912 C. civ.) a été supprimé par l'article 139(6°) du Code. Il subsiste en droit français (art. 2 de la loi 14 juillet 1819) où il fait l'objet d'importantes critiques – voy. par ex. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *o.c.*, 256, n° 856.

80 Pour plus de détails sur l'état du droit comparé, on consultera à profit : A. VERBEKE et Y.-H. LELEU, « Harmonization of the Law of Succession in Europe », in *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2^{ème} éd., 1998, 180-181. *Adde* les rapports nationaux publiés in *European Succession Laws*, D. HAYTON (éd.), Bristol, Jordans, 1998.

mécanisme de la fraude à la loi, consacré à l'article 18 du Code de droit international privé, puisse intervenir, il faudrait démontrer que la manœuvre, par exemple un déménagement stratégique du *de cuius* peu avant son décès, avait pour unique objectif d'échapper à l'application de la loi désignée par les règles du Code.⁸¹ Enfin, le jeu de la clause d'exception (art. 19 CODIP) ne pourra que fort rarement remettre en cause la volonté du défunt, le rattachement de la succession à la loi de la résidence du défunt ou au lieu de situation des immeubles qu'il laisse aux héritiers, pouvant difficilement être remis en question.⁸²

Il demeure que le testateur ne pourra s'écarte de ce que permettent le ou les droits applicables à sa succession.

B. L'option de loi successorale

Dans la mesure où il ne permet pas au futur défunt de s'affranchir complètement des limites posées par la *lex successionis*, le testament peut ne pas apporter de réponse satisfaisante à la situation d'un testateur. En outre, il ne permet pas de franchir l'obstacle du morcellement des successions.

Le Code de droit international privé offre un autre instrument au testateur qui souhaite déroger à l'ordre légal de dévolution. Il s'agit de l'option de loi permise par l'article 79 du Code.

S'inspirant de la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989, l'article 79 du Code permet au défunt de déterminer le droit applicable à sa succession. Cette innovation suppose évidemment un acte de dernière volonté.⁸³ L'on privilégiera une rédaction simple et neutre de la clause d'option de loi, sur le modèle suivant:

« Le testateur entend que sa succession soit, en vertu de l'article 79 du Code de droit international privé, régie par la loi belge »

L'option de loi permet-elle au testateur de garantir l'efficacité des dispositions testamentaires qu'il souhaite adopter? Cette question appelle une réponse nuancée. Un premier obstacle est celui de la reconnaissance en France d'un choix effectué sur base du Code belge. Le droit international privé français ne connaît en effet pas la *professio iuris*.⁸⁴ Il n'est dès lors pas certain, dans l'état actuel du droit, que les juridictions françaises accepteront de donner effet à

81 Il est permis de souligner que, telle qu'elle est conçue par le Code, la fraude à la loi n'a pas vocation à réprimer une tentative du défunt d'échapper à une imposition en vertu de la loi fiscale belge. La fraude à la loi n'est pas opérante dès lors que les intéressés disposent librement de leurs droits. En matière successorale, la libre disposition est la règle. Elle n'est cependant pas absolue, les droits des héritiers réservataires s'imposant au testateur. La fraude à la loi pourrait dès lors intervenir lorsque la volonté du testateur conduit à limiter ou exclure les prétentions d'un héritier réservataire. M. van Boxstael évoque à juste titre l'intervention possible du mécanisme de la fraude à la loi lorsqu'il apparaît que le choix par un testateur d'une loi étrangère a pour unique but d'échapper à la prohibition en droit successoral belge des substitutions fideicommissaires ou des pactes successoraux (J.-L. VAN BOXSTAELE, *art. cit.*, in *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Larcier, 2008, (65), 79, n° 8).

82 Pour plus de détails sur l'article 19, voy. « Le Code de droit international privé ou l'avènement d'un droit international privé 'flexible' », *Revue de la Faculté de Droit de l'ULg*, 2006, 347-364.

83 Selon l'article 79 al. 2, la désignation de la loi applicable doit être exprimée « dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ». L'on acceptera avec Mme Watté qu'une telle désignation ne peut se comprendre que lorsqu'elle est expresse (N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé...*, 2007, 64, n° 39). Partant, l'on évite le difficile exercice de recherche d'une volonté implicite.

84 M. REVILLARD, *o.c.*, 6ème éd., 342, n° 631.

un choix de loi effectué en vertu de l'article 79, surtout s'il porte sur des biens situés en France.

Au-delà de cet obstacle de principe, qui n'est pas propre aux relations franco-belges,⁸⁵ on doit bien avouer que l'option de loi se heurte à d'importantes limites. Après avoir brièvement rappelé les plus importantes de ces limites (i), nous tenterons d'illustrer les vertus de l'option de loi au travers de quelques exemples (ii).

1. Limites de la *professio iuris*

La choix de loi constitue un acquis du droit international privé moderne. Les rédacteurs de contrats internationaux en sont bien conscients, qui assortissent les contrats qu'ils rédigent d'une clause de choix de loi. Tout en se situant dans le prolongement de cette technique, l'autonomie accordée par l'article 79 du Code au testateur s'en distingue par plusieurs aspects. Avec la *professio iuris*, le testateur dispose en effet d'un choix limité à certaines lois avec lequel le Code présume qu'il possède un lien caractéristique. Le Code présume que le futur défunt possède un tel lien avec l'Etat dont il est ressortissant⁸⁶ et avec l'Etat dans lequel il réside habituellement. Le choix est dès lors limité à ces deux hypothèses, qui se déclinent en deux versions différentes puisque les deux éléments retenus peuvent être appréciés au moment de la désignation de la loi applicable ou au moment du décès.⁸⁷ Comment ne pas apercevoir le risque que fait courir un choix fondé sur la résidence qu'aura le testateur au moment de son décès? S'il s'avère que le testateur ne réside pas là où il l'envisageait, le choix qu'il a effectué sera tenu pour nul.

Cette limitation de la liberté du testateur s'accorde bien avec la nature du testament, acte de disposition certes, mais fortement encadré par la loi. Elle s'accompagne de deux autres limitations, tout aussi importantes.⁸⁸

La première impose au testateur d'effectuer un choix pour l'ensemble de la masse successorale. Il n'est dès lors pas question de tolérer un quelconque 'dépeçage', le testateur

85 Le statut de la *professio iuris* fait l'objet d'un important débat à l'heure actuelle, sous l'influence du projet européen. On a même été jusqu'à parler de 'mode' à propos de cette technique : M. GORÉ, « De la mode... dans les successions internationales : contre les prétentions de la 'professio iuris' », in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, 193 e.s. L'on notera que seule une minorité d'Etats acceptent aujourd'hui la possibilité pour le testateur de désigner une loi pour régir sa succession – l'on pense à la Suisse ou encore à l'Etat de New York. Lorsque le choix est accepté, il est souvent enserré dans d'étroites limites. Ainsi, le droit international privé allemand ne permet-il le choix de loi que dans la mesure où il porte sur les biens immobiliers du *de cufus* situés sur le territoire national et pour autant que le défunt opte pour le droit allemand. § 25 II EGBGB : "Der Erblasser kann für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen". Pour plus de détails, voy. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3^{ème} éd., Tübingen, Mohr, 1997, 387-390 et A. TIEDEMANN, « Die Rechtswahl im deutschen Internationalen Erbrecht », *RabelsZ*, 1991, 17 e.s.

86 Si l'intéressé possède deux nationalités, il faudra se demander si l'option de loi doit être limitée par les règles relatives aux conflits de nationalités. Prenons un ressortissant franco-belge qui réside en Belgique. Devra-t-on considérer, pour l'application de l'article 79, qu'il faut retenir la seule nationalité belge, comme l'impose l'article 3 § 2-1^o du Code? Une telle lecture, qui peut en appeler au texte très général de l'article 3, nous semble néanmoins anéantir l'effet utile de l'option de loi.

87 L'article 5 § 1 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort prévoit une limitation similaire de la volonté du testateur. Cette disposition précise que la désignation par le testateur d'une loi « ne prend effet que si cette personne, au moment de la désignation ou au moment du décès, possédait la nationalité de cet Etat ou y avait sa résidence habituelle ».

88 L'on évoquera aussi, pour mémoire, la possibilité que l'exception d'ordre public (art. 21) intervienne pour limiter les effets de la loi choisie par le testateur.

optant pour l'application de la loi choisie à concurrence de certains biens désignés. Cette restriction nous semble déplacée. Pourquoi interdirait-on au testateur de soumettre une partie de sa succession à un droit déterminé, alors que le législateur a lui-même consacré un rattachement dualiste des successions?⁸⁹ Si la crainte était de voir un testateur tenter d'aménager sa succession de manière telle qu'il priverait ses héritiers de ce qu'ils espèrent recevoir, la dernière limitation permet déjà à suffisance de déjouer les intentions du testateur.⁹⁰

L'article 79 précise en effet que l'option effectuée par le testateur ne peut porter atteinte aux droits réservataires dont bénéficierait un héritier en vertu de la loi applicable à la succession à défaut de choix.⁹¹ Cette dernière limitation suscite d'importantes interrogations, qui tiennent principalement à la mise en oeuvre de la comparaison à laquelle elle invite à procéder.⁹² L'on comprend que la clause en faveur des héritiers réservataires conduit à comparer la part qui revient à ceux-ci en vertu du testament, tel que soumis à la loi désignée par le défunt,⁹³ et celle à laquelle ils pourraient prétendre en vertu de la loi applicable objectivement à la succession. Une telle comparaison pourra s'avérer délicate,⁹⁴ d'autant que, dès lors que le Code a maintenu la division entre succession mobilière et immobilière, toute référence à la loi 'objectivement' applicable doit conduire à scinder le patrimoine du défunt en deux parts, qui ne sont pas nécessairement soumises à la même loi.⁹⁵

89 L'on notera d'ailleurs que l'article 6 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 permet au testateur de limiter l'ampleur de la loi qu'il choisit. Cette disposition, qui prévoit que le testateur « peut désigner pour régir la succession de certains de ses biens la loi d'un ou de plusieurs Etats », limite cependant l'effet d'un choix de loi partiel, qui ne peut porter atteinte aux « règles impératives » de la loi normalement applicable. Voy. également *supra* la possibilité d'un choix partiel autorisée par le droit allemand (art. 25 EGBGB).

90 *Comp.* avec les commentaires de J.-L. Van Boxstael, qui approuve la nécessité d'un choix portant sur l'ensemble de la succession, au motif que l'option de loi « est assurément de nature à favoriser l'unification internationale de la succession » (J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, in *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Larcier, 2008, (65), 78, n° 8).

91 Le choix par le défunt d'une législation étrangère ne porte naturellement pas atteinte à l'application éventuelle de la législation belge relative aux droits de succession. Cette législation possède en effet ses propres critères d'applicabilité.

92 Avec M. van Boxstael, l'on notera que la limitation apportée à la *professio iuris* semble s'imposer quelle que soit l'intensité des liens qui unissent la situation avec la loi applicable objectivement à la succession. Ceci est remarquable lorsque l'on sait que l'exception d'ordre public impose, dans la version retenue par le Code (art. 21), l'existence d'un *Inlandsbeziehung* qui est au contraire indifférent lorsque mécanisme bénéficie aux dispositions d'une loi privilégiant certains héritiers réservataires (J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, in *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Larcier, 2008, (65), 78, n° 8).

93 Il n'appartient pas à la loi déclarée applicable à la succession de déterminer qui sont les héritiers et quelle part leur revient. C'est le testament qui servira de guide pour répondre à ces questions. Le rôle de la loi élue par le testateur se limite à valider le choix matériel effectué par celui-ci. La comparaison ne doit dès lors pas s'effectuer entre les droits dont bénéficient les réservataires en fonction de la loi objectivement applicable à la succession (c-à-d. la loi de la résidence habituelle pour les biens meubles et la loi de la localisation pour les biens immeubles) et ceux qu'offre la loi choisie par le testateur. Nous revenons ici sur une lecture trop rapide et superficielle du Code qui a été la nôtre, notamment in *Rev. gén. dr. civ.*, 2005, 381, n° 18 e.s. *Comp.* avec J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, in *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Larcier, 2008, (65), 78, n° 8 – qui semble indiquer qu'il s'impose de comparer les réserves prévues d'une part par la loi choisie par le testateur et d'autre part par la loi qui serait appliquée à défaut de choix. Cette lecture pourrait permettre d'invalider le choix d'une loi donnée par un testateur alors même que les dispositions testamentaires qu'il adopte sont entièrement favorables aux héritiers réservataires, leur accordant autant que ce que leur réserve la loi objectivement applicable à la succession, au motif que la loi choisie par le testateur est *in abstracto* moins favorable à ces héritiers.

94 Comme l'ont relevé de nombreux commentateurs. Voy. par exemple N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé...*, 62-64.

95 Il n'est pas exclu que certains héritiers bénéficient de droits réservataires selon la loi applicable à la succession mobilière, mais soient dépourvu de cette qualité en vertu de la loi applicable à l'un des immeubles composant la masse successorale.

Pour mieux cerner la portée de la clause en faveur des héritiers réservataires, plusieurs hypothèses peuvent être distinguées.

Dans une première hypothèse, le testament ne lèse pas les héritiers réservataires,⁹⁶ ceux-ci recevant autant, sinon plus, en vertu de la volonté du testateur que la part qui aurait été la leur sur base de la loi applicable à défaut pour le testateur d'avoir choisi la loi applicable à sa succession.⁹⁷ Dans ce cas, la clause de réserve n'est pas appellée à intervenir. Les droits réservataires protégés par la loi applicable par défaut constituent une « protection minimale »,⁹⁸ il n'y a en effet aucune raison de mettre en oeuvre la limitation et d'écartier le droit choisi par le défunt ou d'invalider les dispositions testamentaires qu'il a jugé utile d'adopter.⁹⁹ Le choix de loi effectué par le testateur peut recevoir pleine application, étant entendu que son rôle est limité à valider les choix matériels effectués par le testateur.

La seconde hypothèse voit le testateur négliger les héritiers réservataires. Les dispositions qu'il adopte violent manifestement les droits que la loi normalement applicable à sa succession attribue à ces héritiers. Conformément au prescrit de l'article 79, le choix d'une loi par le testateur ne suffira pas pour valider les dispositions qu'il arrête. Quand bien même les dispositions testamentaires arrêtées par le futur défunt seraient-elles parfaitement valables au regard de la loi qu'il a désignée pour régir sa succession,¹⁰⁰ ceci ne saurait suffire pour garantir que le testament sera suivi d'effet. Pour apprécier la validité des dispositions testamentaires, il faut en effet prendre comme référence non pas la loi choisie par le testateur, mais bien la loi qui serait applicable par défaut. S'il apparaît que les héritiers réservataires pourraient prétendre à une part plus importante de la succession selon cette loi, il convient d'écartier non seulement la loi choisie par le testateur, mais également les dispositions qu'il a arrêté. C'est dès lors au testament dans son ensemble que pourront s'opposer les héritiers réservataires et non seulement à la *professio iuris*.

Une variante de cette hypothèse voit les dispositions du testament attribuer aux héritiers réservataires une partie de la succession qui répond au minimum fixé, en faveur des héritiers réservataires, par la loi choisie par le testateur, sans toutefois répondre aux exigences de la loi applicable par défaut. Comme dans l'hypothèse précédente, la sanction consistera à écartier la loi retenue par le testateur et à réduire les dispositions testamentaires pour permettre aux héritiers réservataires de bénéficier de la part que leur attribue la loi applicable par défaut.¹⁰¹

96 C'est-à-dire ceux qui possèdent cette qualité en vertu de la loi applicable à la succession à défaut de choix de loi par le testateur.

97 L'on notera que cette loi peut être identique à la loi choisie par le testateur. Le choix de loi ne doit en effet pas nécessairement déroger à la loi applicable au titre de l'article 78. Il peut également servir à fixer celle-ci en apportant à son application le bénéfice de la volonté exprimée par le testateur.

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

99 *Idem*. En ce sens M. DELBOO, G. DEKNUDT et I. VERHULST, *Het Wetboek IPR en vermogensplanning*, Kluwer, Malines, 2005, 60, n° 76.

100 Si elles ne l'étaient pas et que la loi désignée par le testateur devait réserver un sort plus favorable aux héritiers privilégiés ou à certains d'entre eux, ceux-ci pourraient se contenter d'invoquer le bénéfice de la loi choisie par le testateur pour invalider les dispositions testamentaires excessives, sans recourir au mécanisme particulier de l'article 79 *in fine*. Bien entendu, le rédacteur d'un tel testament risquerait de voir sa responsabilité engagée puisqu'il a prêté son concours à un testament vicié dès l'origine.

101 A propos de cette dernière hypothèse, l'on peut se demander si la clause prévue par l'article 79 *in fine* du Code a vocation à intervenir lorsque la loi choisie par le testateur connaît l'institution de l'héritier réservataire, mais l'organise différemment. Si le testament respecte les droits des héritiers réservataires tels qu'organisés par la loi désignée par le testateur (ce qui suppose d'abord que les deux lois en présence accordent aux mêmes personnes le statut privilégié d'héritier réservataire), doit-on encore permettre aux héritiers réservataires de contester la volonté du défunt au motif que le droit applicable objectivement à la succession leur offre des droits plus étendus, voire différents? Il semble que la réponse à cette question doit être positive. En effet, l'institution de la réserve est organisée de façon fort différente selon les pays. Il suffit de penser à la

Ces limitations, et singulièrement celle relative à la réserve, privent le choix de loi d'une partie de son attrait, notamment dans le cadre de la planification successorale.¹⁰² La loi choisie par le futur défunt et la loi objectivement applicable à la succession ne sont pas mises sur un pied d'égalité. Comme on a pu l'écrire, « le choix effectué conformément à l'article 79 du Code aura pour seul effet de rendre exclusivement applicables les dispositions matérielles de la loi successorale choisie qui ne heurtent pas les dispositions impératives de la loi successorale désignée objectivement ».¹⁰³ En réalité, cette limitation aboutit à ne permettre le jeu de l'autonomie de la volonté qu'à l'égard de la seule quotité disponible, celle-ci étant déterminée par la loi objectivement applicable à la succession, considérée comme étant la loi 'dominante' ou 'loi-cadre'.¹⁰⁴

Peut-on encore, dans ces conditions, recommander la *professio iuris* dans le cadre d'une planification successorale? Il nous semble que cet instrument peut, malgré les importantes limitations qui l'affectent, se révéler un adjuvant utile.

2. Utilité de la *professio iuris* - quelques exemples

La *professio iuris* ne présente qu'un intérêt fort limité si le testateur entend la mettre à profit pour priver de la part qui leur revient certains héritiers privilégiés.¹⁰⁵ Au-delà de cette

situation du conjoint survivant, notamment lorsqu'il est en concours avec des enfants du couple. En droit français, les préentions successorales du conjoint survivant sont différentes selon que le conjoint est en concours avec des descendants du défunt public lorsque le couple laisse des enfants (art. 757 C. civ. français – dans le premier cas, le conjoint aura le choix entre hériter de l'usufruit de toute la succession (auquel cas les descendants hériteront de la nue-propriété de la succession) ou d'un quart de la succession en pleine propriété (auquel cas les descendants se partageront les trois quarts restant en pleine propriété); dans le second cas, le conjoint survivant héritera de la moitié en pleine propriété si le père et la mère du défunt lui survivent (ces derniers recueilleront chacun un quart de la succession en pleine propriété), alors qu'en droit belge aucune distinction n'est faite quant à la nature des droits du conjoint survivant selon que le couple laisse ou non des enfants. Le texte de l'article 79 ne permet pas de distinguer selon que l'atteinte aux droits des héritiers réservataires est plus ou moins importante. *Comp.* avec l'opinion de N. WATTÉ, *Le droit patrimonial des familles en droit international privé...*, 63, n° 38, qui estime que l'exception de l'article 79 ne devrait pas jouer lorsque le testament respecte les droits réservataires de la loi choisie, tout en méconnaissance les droits réservataires, organisés autrement, de la loi objectivement applicable. *Comp.* avec la formule retenue à l'article 24, § 1, lit. d., 2ème hypothèse de la Convention de La Haye, qui permet aux Etats contractants d'émettre une réserve pour limiter l'effet reconnu à la *professio iuris* lorsque la loi de l'Etat qui a émis la réserve aurait été applicable à défaut de *professio iuris* et que l'application de la loi désignée par le défunt « priverait totalement ou dans une proportion très importante le conjoint ou l'enfant du défunt d'attributions de nature successorale ou familiale auxquelles ils auraient eu droit selon les règles impératives de la loi de l'Etat ayant fait cette réserve ». Cette formule permet, lorsque la loi choisie par le testateur accorde par exemple une certaine position privilégiée au conjoint survivant sans aller aussi loin que ce qu'offre le droit objectivement applicable, de maintenir l'application de la loi désignée par le testateur. En d'autres termes, il est nécessaire, pour écarter cette loi, de démontrer l'existence d'une atteinte 'qualifiée' à la réserve, une simple restriction ou limitation des droits réservataires ne suffisant pas.

102M. Barnich évoque à cet égard un "espoir . . . rapidement déçu" (L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. Not.*, 2005, (6), 55). MM. Erauw et Verbeke se demandent quant à eux dans quelle mesure cette règle est véritablement nouvelle puisqu'avant l'entrée en vigueur du Code, le testateur pouvait également façonner à sa guise sa dévolution, pour autant que sa volonté ne mette pas en péril la réserve fixée par la loi 'objectivement' applicable (J. ERAUW et A. VERBEKE, *l.c.*, in *Familiale Vermogensplanning*, XXXe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Kluwer, 2005, (529), 550, n° 28).

103F. BOUCKAERT, Rapport précité, www.dnoti.de, 423.

104M. Barnich regrette que la restriction en faveur des héritiers réservataires n'ait pas été limitée, comme en droit italien, aux seuls héritiers résidant en Belgique (L. BARNICH, *art. cit.*, *Rev. Not.*, 2005, (6), 55).

105En théorie, il est possible de contourner l'obstacle en s'assurant que la succession sera déferée non pas au juge belge, tenu d'appliquer l'article 79, mais à une juridiction étrangère, dont les règles de droit international

importante limitation, qui traduit un attachement certain du législateur belge à l'institution des droits réservataires, la *professio iuris* peut néanmoins se révéler fort utile comme complément à une planification successorale bien pensée. Si l'on tient compte des réserves de principe qui affectent le mécanisme, et en particulier de la possibilité pour certains héritiers de puiser dans le droit objectivement applicable à la succession une critique des choix effectués par le testateur ainsi que de l'hypothèque que fait peser sur la *professio iuris* l'accueil que réservent à cette institution les systèmes juridiques étrangers, il n'en demeure pas moins que l'option de loi peut dans certaines situations offrir un utile complément à une planification bien pensée. Les deux exemples qui suivent permettront d'illustrer l'utilité de la *professio iuris*.¹⁰⁶

a La *professio iuris* et le morcellement de la succession

On l'a dit, le Code de droit international privé a maintenu la distinction entre succession mobilière et immobilière. Tel qu'il est permis par le Code, c'est-à-dire dans des limites très strictes, le renvoi ne permet pas dans toutes les hypothèses de rétablir l'unité de la loi successorale. C'est notamment le cas lorsque le défunt était un ressortissant belge installé durablement dans un pays qui soumet la succession à la loi nationale du défunt.¹⁰⁷ Prenons un ressortissant belge qui passe les dernières années de sa vie sous le soleil espagnol, mais conserve un pied-à-terre en Belgique pour rendre visite de temps en temps à ses petits-enfants. Sa succession mobilière sera soumise à la loi espagnole et l'immeuble belge à la loi belge. Le renvoi ne permet pas de réunir les deux pans sous l'empire d'une même loi.¹⁰⁸

Dans ce cas, le choix par le futur défunt de la loi belge pour régir l'ensemble de sa succession est-il de nature à éviter le morcellement ? En principe la réponse est positive : en soumettant l'ensemble de sa succession au droit belge, le futur défunt écarte les difficultés qui pourraient naître d'un morcellement de la succession.¹⁰⁹

privé acceptent le choix de loi sans réserve aucune. En pratique, il semble fort difficile d'atteindre un tel résultat. D'une part, exclure la compétence des juridictions belges n'est pas chose aisée – il faudra au minimum un déménagement de la résidence du testateur en dehors de la Belgique. En outre, parmi les lois nationales qui acceptent le principe de la *professio iuris*, nombreuses sont celles qui assortissent le choix par le testateur d'une loi nationale, d'une limite visant à garantir le maintien des droits des héritiers réservataires. La loi italienne par exemple assortit la *professio iuris* de restrictions en faveur des héritiers réservataires du défunt italien qui résident en Italie au moment de sa mort - art. 46, § 2, al. 2^e de la loi n° 218 du 31 mai 1995. Seule la loi suisse ne semble pas avoir adopté de réserve de ce genre. Les articles 90 et 91 de la loi suisse réservent néanmoins la possibilité pour le testateur de choisir la loi applicable à des circonstances particulières qui empêchent le contournement des droits des réservataires – un testateur étranger ne peut ainsi faire de choix de loi qu'en faveur de son droit national. Les testateurs suisses ne peuvent quant à eux, selon l'article 91, effectuer un choix qu'en faveur du droit de leur dernier domicile, à condition que ce domicile soit situé à l'étranger). Voy. cependant l'ancienne jurisprudence suisse commentée par P. LALIVE, « Un anachronisme en droit international privé ? », in *De lege feranda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Slatkine, 2004, 443-446.

106 Ces deux exemples sont loin d'être isolés. L'on peut également imaginer d'autres utilités à la *professio iuris*. De manière plus marginale, celle-ci pourrait servir à écarter l'une ou l'autre cause d'exhérédation. Un futur défunt pourrait souhaiter écarter la loi de sa dernière résidence habituelle parce qu'il entend éviter l'application des causes d'exhérédation que prévoit cette loi pour lui choisir une loi qui est plus généreuse vis-à-vis des héritiers.

107 Il en va autrement lorsqu'un ressortissant belge réside en Belgique mais possède un immeuble en Espagne ou dans un autre Etat qui soumet la succession à la loi nationale du défunt. Dans ce cas, le renvoi permet de regrouper sous la loi nationale du défunt l'ensemble de la succession.

108 Il en allait autrement avant l'entrée en vigueur du Code puisque l'ancien droit ne limitait pas l'application du renvoi à la seule succession immobilière. Dans ce cas d'espèce, le renvoi par le droit espagnol au droit national du défunt aurait permis de soumettre l'ensemble de la succession à la même loi.

109 L'on demeurera bien entendu attentif aux limites déjà évoquées, qui tiennent d'une part à la position

L'option pour une loi donnée permettra au testateur de valider les choix qu'il effectue en faveur de telle ou telle personne sans se soucier des difficultés qui pourraient naître du morcellement. Il ne s'agit évidemment que d'un bénéfice *indirect*, dont la plupart des testateurs ne mesureront pas pleinement l'importance. Le soutien que le choix de la loi apporte aux choix matériels effectués par le testateur nous semble néanmoins digne d'être pris en considération.

Il faudra cependant être attentif au fait que le choix d'une loi ne permet pas de fixer de façon définitive le sort de la quotité disponible. Prenons un ressortissant belge installé en France, qui souhaite que l'ensemble de sa succession soit régie, conformément à l'article 79, par la loi belge. Le choix de cette loi aura pour effet qu'il ne faudra plus diviser la masse successorale selon la nature des biens, pour déterminer la loi qui est pertinente. Les choix effectués par le testateur dans son testament pourront être validés en consultant la seule loi dont il a retenu l'application.

Ces choix ne peuvent toutefois s'effectuer qu'à l'intérieur de la quotité disponible. Or celle-ci dépend de la part qui est attribuée de façon impérative aux héritiers réservataires. Les droits des héritiers réservataires étant déterminés sur base de la *lex successionis*, l'on doit en principe se reporter à la loi choisie par le défunt. L'on a toutefois vu que les héritiers réservataires n'étaient pas liés par ce choix, s'il portait atteinte aux droits que leur réserve la loi objectivement applicable à la succession (*supra*). Il faudra dès lors attendre que la succession s'ouvre pour déterminer avec certitude si certains héritiers peuvent tenter de remettre en cause, sur base de la *lex successionis* désignée par l'article 78, les choix effectués par le testateur. Si le ressortissant belge venait à quitter la France avant son décès, ceci aurait pour effet de modifier la loi objectivement applicable à la partie mobilière de sa succession, avec comme conséquence que le sort des héritiers réservataires pourrait s'en trouver modifié. Les choix effectués par le futur défunt ne sont donc fiables que pour autant qu'il ne modifie pas sa résidence habituelle.

L'atteinte que les héritiers réservataires peuvent porter à la loi choisie par le testateur, ne prive pas le choix de loi de toutes ses vertus. Il en va d'autant plus ainsi que le choix de loi permettra non seulement au testateur d'envisager sa succession en ne tenant compte que d'une seule loi, mais aussi de faciliter tant la *liquidation* que l'*administration* de la succession. Quant au premier point, le calcul et l'apurement du passif de la succession s'avérera plus aisés s'il apparaît que la succession est soumise à une loi unique. Il en ira de même de la renonciation éventuelle à la succession, elle aussi facilitée par l'application d'une loi unique. L'*administration* pourra également s'avérer plus aisée si le testateur a choisi la loi applicable, celle-ci permettant notamment d'éviter les conflits qui peuvent naître entre un administrateur désigné par un juge dans un pays de tradition anglaise et les héritiers légaux que la loi du lieu de situation d'un immeuble investit de plein droit de la saisine sur ce bien.¹¹⁰

b *La professio iuris* et les avantages matrimoniaux

L'on connaît les difficultés de qualification en droit international privé des avantages

particulière des héritiers réservataires et d'autre part à l'accueil qu'un *for étranger* peut réserver à l'option de loi.

¹¹⁰Comme le note J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, in *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Larcier, 2008, (65), 79-80, n° 8.

matrimoniaux. Intéressant tout autant la succession que le régime matrimonial, ces institutions contractuelles représentent un tour de force qu'il est difficile de maîtriser pleinement dans un contexte international. S'il en va ainsi c'est qu'il faudra tenir compte de l'application de la loi matrimoniale et de la loi successorale, le domaine respectif de ces deux lois faisant l'objet de savantes discussions.¹¹¹

Le contexte franco-belge est peu propice au développement de ces difficultés. Il faut le plus souvent s'aventurer plus loin pour y être confronté. L'exemple classique est celui d'un couple d'italiens vivant de longue date en Belgique, qui souhaite adopter un régime de communauté assorti d'une clause d'attribution de la communauté au conjoint survivant, avec ou non un apport par l'épouse d'un certain nombre de biens propres dans la communauté.

Pendant longtemps, la rédaction de telles clauses avait embarrassé la pratique, compte tenu du dogme du partage égal de la communauté imposé par le droit civil italien. Il fallait toutes les ressources du renvoi - facilité pour les époux italiens par le fait que la loi n° 218 de 1995 soumet les relations patrimoniales d'époux de nationalités différentes à la loi de l'Etat sur le territoire duquel leur « vie matrimoniale est principalement localisée » - pour venir à l'aide de ces époux.

Avec l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, ces difficultés ont disparu puisque, comme déjà indiqué, le Code consacre pleinement l'autonomie de la volonté, ce qui permet à ces époux de soumettre le contrat qu'ils entendent conclure à la loi belge, et de profiter ce faisant de la flexibilité qu'offre le droit patrimonial belge - sous réserve de la seule protection des enfants d'un premier mariage selon l'article 1465 et des biens apportés par l'un des époux, 1464 § 2 C. civ.

Reste toutefois l'obstacle des successions : l'avantage matrimonial a beau s'inscrire dans un contrat de mariage, il doit passer l'épreuve du droit applicable à la succession, sans d'ailleurs qu'il soit aisément de cerner l'emprise respective des deux catégories de rattachement.

En l'absence de choix exprimé par les époux quant à la loi applicable à leur succession, il est néanmoins difficile d'apporter toute la sécurité juridique souhaitée aux époux. La détermination du droit applicable à la succession peut en effet s'apparenter à un exercice de divination puisqu'elle dépend de la dernière résidence qu'occupera le premier des époux qui vient à décéder. Il n'est donc guère possible d'exclure qu'un avantage matrimonial concédé entre époux qui résident en Belgique au moment du mariage, puisse être mis à mal si l'époux précédent s'installe avant son décès dans un pays dont le droit est moins favorable aux accords entre époux. En outre, l'avantage matrimonial pouvait également souffrir de l'application d'une loi étrangère à un immeuble situé en dehors de Belgique – l'on pense à la maison de vacances des époux italiens, située en Italie.

La *professio iuris* peut offrir non pas une garantie à toute épreuve, mais un supplément de sécurité : dans la mesure où les deux époux ont soumis leur succession à la loi belge, celle-ci permettre au moins de valider le principe des avantages matrimoniaux. L'on ne devra plus dans cette hypothèse, craindre qu'un déménagement des époux vienne mettre à mal l'avantage matrimonial. Encore faudrait-il vérifier dans cette hypothèse, comme lorsqu'il s'agit d'éviter le morcellement, que le choix de loi effectué par les époux sera pleinement reconnu dans l'Etat

111 Sur lesquelles on consultera principalement la contribution de J.-L. VAN BOXSTAEL, « L'avantage matrimonial et le conflit de lois », in *Mélanges offerts à Roland de Valkeneer à l'occasion du 125ème anniversaire de la Revue du notariat belge*, Bruylant, 2000, 485 s.s.

où le premier d'entre eux viendra à décéder.¹¹²

Ne resterait plus que l'hypothèse particulière où les époux posséderaient un immeuble situé en dehors de Belgique. En principe celui-ci sera également soumis à la loi belge choisie par les époux. Le choix effectué par ces derniers n'empêchera cependant pas un héritier qui ne peut se réconcilier avec l'avantage matrimonial, de se prévaloir de la faveur dont bénéficient les héritiers réservataires en vertu de l'article 79 du Code pour obtenir que l'avantage matrimonial – par exemple une clause de partage inégal ou une clause de préciput – soit invalidé sur base des disposition de la *lex successionis*, celle-ci étant entendue comme la loi objectivement applicable à la succession.¹¹³ Encore faudra-t-il vérifier dans cette hypothèse que le statut du conjoint survivant ne permet pas de valider l'avantage successoral.

Cet exemple indique qu'il faudra vérifier au cas par cas et avec l'aide du dip étranger quel pourra être le sort de l'avantage matrimonial. La *professio iuris* n'est donc pas une panacée ou un remède miracle, elle constitue une garantie supplémentaire au service des époux.

112Pour l'Italie, il semble qu'il n'y aura pas de difficulté. L'article 46 § 2 de la loi italienne stipule en effet que « *Le de cuius peut soumettre, par déclaration expresse en forme testamentaire, l'entièr succession à la loi de l'Etat dans lequel il réside. Ce choix reste sans effet si, au moment du décès, le déclarant ne réside plus dans cet Etat. Dans le cas de la succession d'un citoyen italien, le choix ne préjudicie pas aux droits que la loi italienne attribue aux légitimaires résidents en Italie au moment de la mort du défunt.*”

113En l'espèce il s'agira de la loi italienne puisque l'immeuble est situé en Italie. Dès lors que les époux sont italiens, il ne sera pas possible d'utiliser le mécanisme du renvoi pour soumettre l'immeuble à la loi belge.

III. LES DONATIONS

Le troisième et dernier volet qui mérite de retenir l'attention au titre de l'ingénierie patrimoniale, est celui des libéralités, qui est d'ailleurs étroitement liée à la question des successions abordée dans la section précédente.

Une différence notable sépare le régime des donations de celui des régimes matrimoniaux et des successions déjà abordés antérieurement : alors que dans ces deux dernières matières, l'autonomie de volonté reconnue aux parties intéressées est fortement limitée, la donation permet aux parties d'effectuer un véritable choix de loi et non une simple *option* de droit. Nous tenterons de cerner au mieux cette différence, pour montrer qu'elle est en réalité plus apparente que réelle, compte tenu des importantes limites qui affectent la donation comme contrat.

On n'abordera pas dans les lignes qui suivent la question de la fraude à la loi dont on a pu prétendre qu'elle vicierait les donations réalisées à l'étranger. La controverse à ce sujet, qui paraît d'ailleurs être éteinte,¹¹⁴ ne concerne pas les relations franco-belges puisque le recours au notariat français ne permet pas d'éviter que la donation donne lieu au paiement de droits.¹¹⁵

Pour tenter d'éclairer au mieux le praticien, l'on abordera dans un premier temps le cadre formel dans lequel doit s'inscrire les libéralités (A) avant d'examiner le degré de liberté dont dispose les parties lors d'une donation (B).¹¹⁶

A. Quel impact de la volonté des parties sur les exigences formelles?

Les parties à une donation peuvent-elles exercer une quelconque influence sur les exigences formelles auxquelles est soumise la donation? La question est sans doute quelque peu théorique dans le cadre franco-belge, puisque dans les deux Etats, l'acte notarié offre une très grande sécurité juridique et s'impose notamment pour des raisons liées à l'exigence de date certaine et aux droits de succession. Elle n'en mérite pas moins d'être évoquée, ne fut-ce que parce que les parties pourraient légitimement hésiter entre un recours au notariat belge ou au français, pour des raisons de commodité.

114Cons. surtout L. WEYTS, "Vlucht niet naar Nederland, vlucht naar uw notaris : over schenkingen van roerend goed", *Tijd. Not.*, 2006, 366-376 et les réponses apportées suite à la publication de cet article : A. VERBEKE, "Schenken in binnen- en buitenland", *Tijd Estate Planning*, 2006, 377-388; N. LABEEUW et R. DEBLAUWE, "Schenking voor een Nederlandse notaris : geldig? Waarom niet", *Successierechten*, sept. 2006, 8/1 à 8/10 et J. ERAUW, « Rechtsgeldigheid van schenkingen door Belgen verleend voor een buitenlandse notaris (dossier n° 6343) », in *Travaux du comité d'étude et de législation 2006-2007*, Bruylants, 2007, 538-566.

115Sur base de l'article 750ter du CGI, qui déclare applicable les règles relatives aux droits de mutation à titre gratuit lorsque le donateur a son domicile fiscal en France (1°), lorsque les biens meubles et immeubles objets de la donation, sont situés en France (2°) et lorsque le donataire a son domicile fiscal en France (3°). Dans cette dernière hypothèse, il est requis que le donataire ait eu son domicile fiscal en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle il reçoit les biens.

116Ce qui suit est largement inspiré d'une contribution consacrée aux donations en droit international privé : „Les donations : questions choisies de droit international privé » in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. 45, Larcier, 2007, 521-555.

1 Le principe : une règle de rattachement alternative

Le principe généralement accepté en droit international privé veut qu'un acte juridique soit soumis à une règle alternative aux termes de laquelle la donation est valable si elle répond aux conditions de forme posées soit par le droit du lieu de conclusion de l'acte, soit par le droit applicable à l'acte (*locus regit actum*).¹¹⁷ Cette règle a été notamment consacrée par l'article 9 de la Convention de Rome.¹¹⁸ Elle s'applique à toutes les donations, qu'elles soient constatées par écrit ou qu'il s'agisse d'un don manuel.¹¹⁹

En application de cette règle, les parties peuvent d'abord opter pour la loi du lieu de conclusion de la donation. Toute donation effectuée en Belgique pourra dès lors emprunter les formes prévues par le droit belge – donation directe par acte notarié, donation manuelle, donation indirecte et donation déguisée. La nationalité des parties et leur résidence habituelle est à cet égard indifférente. Il en va de même de la localisation des biens donnés – sous la seule réserve de la donation immobilière examinée ci-après.

En principe rien ne s'oppose à ce que les parties suivent les formes prévues par la loi étrangère applicable à leur donation. L'on verra ci-après que les parties peuvent librement choisir la loi applicable à la donation. Ceci signifie que deux ressortissants français qui soumettent leur donation à la loi française peuvent opter pour le respect des conditions de forme prescrites par la loi française alors même qu'ils résident en Belgique où la donation est effectuée. Pour autant, cette technique ne permettra pas aux parties concernées d'échapper à l'obligation de l'acte authentique, l'article 931 du Code civil français exigeant à peine de nullité que la donation soit reçue par acte authentique.

S'agissant de donation immobilière, l'article 9(6) de la Convention de Rome impose le respect des « règles de forme impératives » de la loi du pays où l'immeuble est situé.¹²⁰ Cette application ne s'impose toutefois que pour autant que les règles de forme dont question « s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond ».

Cette formule vise au minimum les législations qui confèrent à l'officier ministériel local un

117En droit français, l'on a pu se demander s'il n'existe pas une hiérarchie entre les rattachements proposés pour la forme de l'acte, la loi du lieu de conclusion de l'acte étant présentée comme la solution de principe, la donation ne pouvant être régie par la loi applicable au fond qu'en cas de choix exprès par les parties (sur cette solution, voy. T. VIGNAL, note sous Cass., 23 janvier 2001, *J.D.I.*, (1116), 1118). Il est certain qu'une telle hiérarchie n'a pas lieu d'être en droit belge. Pareillement, le texte de la Convention de Rome ne laisse aucune place à une hiérarchisation des rattachements alternatifs en matière de forme.

118*Infra* sur l'application de cette Convention aux donations. L'article 11 § 1 du Règlement Rome I reprend la même règle.

119Il est important de noter que la règle de rattachement alternatif ne vise que certaines des questions qui sont habituellement rangées dans la catégorie des exigences formelles. Parmi les questions visées, il faut tout d'abord comprendre les questions de forme dites extrinsèques, à savoir les formes prescrites pour la validité d'un acte. Est aussi visée la sanction que peut entraîner la méconnaissance de ces règles. Il en va ainsi de la question de savoir si un acte qui porte donation plus qu'il ne se réfère à une donation (par tradition) déjà intervenue, est nul. Il faut toutefois réservé la question de la *preuve* du don, notamment vis-à-vis de l'administration fiscale. L'adage *locus regit actum*, dans sa version facultative, dicte également les modalités particulières de réalisation de la donation. Le même adage doit s'appliquer pour déterminer les formes que doit revêtir une procuration – mandat de donner par exemple. De façon pragmatique, l'on priviliera le respect des règles de forme prescrites par la loi applicable à la donation pour garantir l'efficacité de la procuration - en général sur ce point, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 874, n° 14.139.

120L'article 11(5) du Règlement reprend la même règle.

véritable monopole pour les actes concernant les immeubles.¹²¹

On peut se demander si les règles de forme impératives visées par l'article 9 (6) comprennent également les règles dont le respect est essentiel pour assurer l'opposabilité de l'acte. L'on pense au prescrit fondamental de l'article 1er de la loi hypothécaire qui vise la transcription des actes entre vifs translatifs de droits réels immobiliers. En regard à son caractère fondateur, l'on peut difficilement prétendre que cette disposition n'est pas impérative. Puisqu'elle s'impose dès lors que l'immeuble est situé en Belgique, le recours à une donation sous seing privé, même autorisé par la loi applicable à la donation, est à déconseiller.¹²² Il y va non seulement de la possibilité pour les parties à l'acte d'obtenir toutes les garanties nécessaires à l'efficacité de celui-ci, mais également de la possibilité d'opposer la donation de l'immeuble aux tiers. Il reste à déterminer s'il est possible de recourir à un notaire étranger pour recevoir une donation d'un immeuble situé en Belgique.

2 Circulation d'une donation réalisée à l'étranger

Le caractère alternatif de la règle de rattachement retenue en Europe pour déterminer les exigences formelles applicables à la donation permet aux parties de se laisser guider, dans chacun des deux pays, par les règles imposées par le droit de l'autre Etat. Dans le contexte franco-belge, cette liberté n'est pas d'une importance décisive, au vu de la grande similarité entre les exigences formelles posées par les deux droits.

L'on peut se demander si la liberté qui caractérise cette matière, permet également aux parties d'effectuer leur donation dans l'autre pays, pour s'en prévaloir ensuite dans leur pays d'origine. Cette question pourrait s'avérer importante à plus d'un titre. La donation réalisée en France peut tout d'abord se révéler décisive pour ménager aux parties la preuve d'un fait. L'on pense à la preuve de la date de la donation, élément essentiel pour repousser l'application de l'article 7 du Code des droits de succession selon lequel doivent être considérés comme faisant partie du patrimoine du défunt « les biens dont l'administration établit que le défunt a disposé à titre gratuit dans les trois années précédant son décès . . . si la libéralité n'a pas été assujettie au droit d'enregistrement établi pour les donations. . . ». ¹²³

Plus généralement, les parties peuvent souhaiter invoquer la donation réalisée à l'étranger dans son effet premier, translatif de propriété. Le droit international privé appréhende ces deux effets à l'aide de règles distinctes.¹²⁴

121Voy. les explications de M. REVILLARD, *o.c.*, 358, n° 655. Il semble qu'il en soit ainsi dans certains cantons suisses, qui imposent le recours à un notaire du canton pour conférer à l'acte l'authenticité requise.

122En ce sens, P. VAN DEN EYNDE, « Les donations entre époux », in *Les relations familiales internationales*, M. VERWILGHEN et R. DE VALKENEER (éds.), Bruylants, 1993, (301), 305, n° 3 et N. WATTÉ, “Les successions internationales. Conflits de lois, conflits de juridictions”, in *Rép. Not.*, T. XV, I. XIV-3, Larcier, 1992, 129, n° 124.

123La question est d'une importance telle qu'il est possible de s'assurer contre le risque du décès du donateur pendant le délai de 3 ans. Voy. L. WEYTS, « 'Vlucht niet naar Nederland, vlucht naar uw notaris' : over schenkingen van roerend goed », *T. not.*, 2006, (366), 367-368.

124En droit français, la réception d'une donation réalisée à l'étranger ne semble pas soulever de difficultés majeures. La jurisprudence française montre que les tribunaux s'en tiennent au caractère facultatif de l'adage *locus regit actum* sans remettre en question la validité d'une donation sous seing privé réalisée entre ressortissants français à l'étranger. Dans une décision qui date déjà de 1922, la Cour de cassation a par exemple reproché à l'arrêt de la Cour d'appel soumis à sa censure d'avoir tenu pour nulle une donation sous seing privé réalisée au Canada au motif que l'acte n'avait pas été passé devant notaire. Cass fr civ 29 juin 1922, *D. 1922*, I, 127; *J.D.I.* 1922, 990 note Valery. Cette décision n'a rien perdu de son actualité. Un héritier ou un autre tiers ne pourrait dès lors chercher à mettre en cause la validité d'une donation consentie à

a L'accueil d'une donation réalisée à l'étranger à titre probatoire

En matière de donation la forme imposée par le législateur peut se révéler nécessaire pour la validité même de l'acte – il en va ainsi de la donation d'un bien immeuble qui ne se conçoit que par acte authentique. La modalité formelle peut également se révéler décisive pour ménager aux parties la preuve d'un fait. C'est évidemment à l'article 7 du Code des droits de succession que l'on pense. La règle est bien connue.

Pour éviter son application, il est nécessaire de pouvoir opposer à l'administration fiscale la date à laquelle la donation a été réalisée à l'étranger. La question est dès lors de savoir comment les parties à une donation peuvent apporter la preuve de la date de leur donation. En particulier, l'on peut se demander si l'on pourrait rapporter cette preuve en s'appuyant sur une donation reçue par un notaire français.

En principe la détermination du mode de preuve d'un acte privé relève du droit applicable au rapport juridique.¹²⁵ En tant que contrat, la donation bénéficie d'un régime plus libéral puisque l'article 14 § 2 de la Convention de Rome précise que la preuve d'un contrat peut être rapportée par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois applicables aux questions de forme de l'acte. Partant, un donateur qui a bénéficié d'une donation soumise expressément par les parties au droit français, pourra rapporter la preuve de cette donation devant les juridictions belges en faisant appel aux ressources des lois belg et française. La seule réserve porte sur l'*administration* de modes de preuve qui doit passer le cap de la loi du for.

A cette règle de principe, il faut ajouter une importante nuance relative à la force probante d'un acte authentique. Lorsque la donation a fait l'objet d'un acte authentique reçu par une autorité étrangère, un autre régime a en effet vocation à s'appliquer. Pour déterminer la force probante qui revient à l'acte authentique étranger, il n'est pas nécessaire d'opérer un détour par le biais du droit applicable à la donation. Il suffit de se référer à l'article 28 du Code qui définit les conditions d'accueil en Belgique de la force probante des actes authentiques étrangers. Selon cette disposition, un acte authentique étranger fait foi en Belgique des faits constatés par l'autorité étrangère¹²⁶ qui l'a établi à condition que d'une part les exigences posées par le droit étranger pour l'authenticité de l'acte aient été respectées et d'autre part que les conditions posées par le Code pour la forme de l'acte aient également été respectées.¹²⁷

l'étranger par un donateur résidant en Belgique en violation des règles de forme prévues par la loi belge. Dans une décision récente, la Cour de cassation française a déclaré que « selon la règle de conflit française, la loi applicable à la forme des actes est celle du lieu de leur conclusion » (Cass. fr., 23 janvier 2001, *J.D.I.*, 2001, 1113, note T. VIGNAL et *Rev. crit. dr: int. priv.*, 2002, 80, note B. ANCEL). En l'espèce une ressortissante belge qui résidait en France avait quelques mois avant son décès fait donation de tous les biens mobiliers – principalement des bons de caisse – qui avaient été déposés entre les mains d'un établissement bancaire suisse, à un couple d'amis. La donation avait été effectuée par acte sous seing privé rédigé en France. La Cour a refusé de censurer la décision par laquelle la Cour d'appel avait tenu pour nulle cette donation en raison de la violation de l'article 931 du Code civil. Les commentateurs s'accordent pour dire que la Cour n'a pas remis en question dans cette décision le caractère facultatif de l'adage *locus regit actum*.

125F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 476-477, n° 11.15.

126La date de l'acte fait nécessairement partie des constatations réalisées par l'autorité étrangère. L'article 40 (2)(e) de la loi organique du notariat néerlandais impose par exemple aux notaires de préciser dans les actes qu'ils reçoivent le lieu et le jour où l'acte est reçu.

127L'article 28 réserve en outre l'application de l'exception d'ordre public lorsqu'il apparaît que les constatations faites par l'autorité étrangère contreviennent manifestement aux conceptions nationales. Cette réserve semble dépourvue de toute utilité à l'endroit des donations réalisées à l'étranger.

L'on peut présumer que le notaire français aura soin de veiller au respect des conditions posées par le droit français pour l'authenticité de l'acte. Pour ce qui est des conditions de forme posées par le Code, il suffit de rappeler qu'en matière de donations l'adage *locus regit actum* permet aux parties de s'en tenir aux formes locales. Encore une fois, le notaire français sera le garant du respect de ces exigences formelles. En définitive, rien ne semble pouvoir s'opposer à l'accueil en Belgique de la force probante qui s'attache à la date de l'acte par lequel un notaire français a reçu une donation entre des ressortissants belges.¹²⁸

Pour autant que de besoin, l'on signalera que même en l'absence de l'article 28, la production d'un acte notarié étranger permettra à suffisance de droit de démontrer la date certaine de la donation. Comme déjà indiqué, pour démontrer la force probante de l'acte étranger, en ce compris la date de l'acte, il est permis de puiser dans les ressources de la loi du lieu où l'acte a été reçu. Or il ne fait que peu de doute que le droit français permet au notaire instrumentant de certifier la date de l'acte qu'il reçoit. Sans faire appel aux règles particulières visant les actes authentiques, l'on peut donc également garantir que la date certaine sera reçue en Belgique.¹²⁹

La passation d'une donation par acte notarié à l'étranger offre dès lors toutes les garanties nécessaires pour bénéficier de la fameuse date certaine.

En conclusion, si dans l'Etat étranger, la force probante d'un acte notarié est la même qu'en Belgique, la donation intervenue devant le notaire étranger aura la même valeur probante du point de vue de l'acte et de sa date, que si elle était intervenue en Belgique.

b L'accueil de principe d'une donation réalisée à l'étranger

L'accueil de la donation réalisée à l'étranger nécessite la mise en oeuvre d'un raisonnement plus complexe lorsque la donation n'est pas invoquée à titre de preuve, mais bien à l'appui de son effet premier, le transfert de propriété. Dans ce cas, le Code de droit international privé impose en effet un détournement par le biais du droit applicable à la donation. L'article 27 du Code subordonne l'accueil de la validité de l'acte authentique étranger au respect du droit applicable conformément au Code.¹³⁰ Ceci suppose que l'on détermine quel droit régit la donation selon les règles du Code. Une distinction doit être faite à ce titre entre d'une part les exigences formelles auxquelles la donation est soumise et d'autre part les exigences qui touchent à la validité substantielle de celle-ci.

En ce qui concerne les premières, il est permis de renvoyer à l'exposé qui précède, consacré aux exigences formelles. L'on retiendra que le caractère alternatif de la règle de rattachement permettra sans doute de valider la plupart des donations réalisées à l'étranger. Il suffira pour ce

128La force probante ainsi établie pourra toutefois être combattue par toutes voies de droit, sans que l'administration ne soit tenue d'engager la procédure d'inscription de faux (art. 28 § 2 Code). *Comp.* avec F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 465, n° 10.57, qui semblent indiquer qu'il y a lieu de recourir à la procédure d'inscription de faux.

129Voy. avant l'introduction du Code : PH. DE PAGE, « Successions et donations. Questions de fiscalité et moyen de preuve », *Rev. not. b.*, 1996, (558), 563-564, spéc. note 24; M. MUND, « L'incidence en matière de droits d'enregistrement et de droits de succession de donations intervenues par acte authentique à l'étranger », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylants, 2002, (1103), 1114-115, n° 9; C. LAMBERT, « Le don manuel en droit fiscal (droits d'enregistrement et droits de succession) », *R.G.E.B.*, 1998, (389), 418-420 et S. NUDELHOLC, « Modes d'utilisation de l'extranéité par les personnes physiques en vue d'alléger la charge des droits de succession », in *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Bruylants, 2001, (117), 126-128.

130En général, voy. « De doorwerking in België van buitenlandse akten : een kritisch overzicht », *T. Vreemd.*, 2008, 36-48.

faire que les parties aient pris soin de respecter les exigences posées par la loi locale, voire par la loi qu'ils ont désignées pour régir la donation.

Quant aux exigences substantielles, l'on verra ci-après que les parties bénéficient d'une liberté certaine qui leur permet de désigner la loi applicable à la donation. Cette liberté qui constitue la règle de base, permet aux parties, par un simple choix de loi, de répondre aux exigences posées par l'article 27.

En somme, aucun obstacle significatif n'empêchera la circulation en Belgique d'une donation réalisée en France.

B. Quel impact de la volonté des parties sur les conditions de fond?

La donation est un contrat. A ce titre, les parties disposent d'une grande liberté pour déterminer la loi applicable à l'acte. Cette liberté doit cependant s'accommoder du caractère protéiforme de la donation, qui intéresse aussi le droit successoral, voire, dans certaines circonstances, le régime particulier des relations entre époux. L'autonomie dont dispose les parties à la donation est dès lors loin d'être entière.

1 Le principe : la donation est soumise à la loi choisie par les parties

La nature contractuelle de la donation impose de réfléchir sur base des dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980¹³¹ pour déterminer la loi qui lui est applicable.¹³² A court terme, il faudra tenir compte du Règlement Rome I, qui a vocation à remplacer la

131 Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome, *J.O.*, 26 janvier 1998, C-27/34 (version consolidée). Cette convention était entrée en vigueur le 1er avril 1991. En général, L. FUMAGALLI, « La Convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni », *Rev. dir. int. priv. proc.*, 1993, 589-606.

132 Au vu des termes utilisés par l'article 1er de la Convention, l'on a pu toutefois se demander si cette Convention avait vocation à s'appliquer aux donations. La Convention ne s'applique pas aux obligations contractuelles qui concernent les testaments et les successions, les régimes matrimoniaux ainsi que « les droits et devoirs découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers les enfants non légitimes » (art. 1, § 2 (b)). En réalité, les rédacteurs de la Convention n'ont pas voulu, avec ces termes, exclure l'application de la Convention aux donations. Selon le rapport de MM. Giuliani et Lagarde, « la majorité des délégations s'est prononcée pour l'inclusion des donations qui dérivent d'un contrat dans le champ d'application de la convention même lorsqu'elles sont effectuées dans le cadre familial, sans pour autant être couvertes par le droit de la famille » (Rapport Giuliani – Lagarde, *J.O.C.E.*, 1980, C-282, p. 10). Il faut en déduire que les donations sont en principe visées par la Convention. La doctrine confirme cette lecture : par ex. R. VANDER ELST, *Droit international privé belge et droit conventionnel international – Conflits de lois*, Bruylants, 1983, 210, n° 44.1 et L. COLLINS et al., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13ème éd., vol. 2, Sweet & Maxwell, 2000, 1207, n° 32-032 (« . . . the only contractual gifts left outside the scope of the Convention are those to which family law, the law relating to matrimonial property rights or the law of succession apply »). Il n'en ira autrement que lorsque les obligations contractuelles concernent les relations de famille. Ceci est par exemple le cas pour les donations entre époux, qui font l'objet d'une réglementation spécifique, ou encore pour les donations-partages (en ce sens, N. WATTÉ, *op. cit.*, *Rép. Not.*, T. XV, l. XIV-3, Larcier, 1992, 129, n° 124). Une donation entre un beau-frère et sa belle-sœur pourra par contre parfaitement profiter des règles conventionnelles (en ce sens, H. GAUDEMÉT-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Juris-Classeur Dr. intl.*, Fasc. 3200, 1996, 12, n° 57). De même, l'on ne pourra exclure le bénéfice de la Convention de Rome à l'endroit d'une donation pour la seule raison qu'elle est susceptible d'entraîner une réduction de la part successorale des héritiers *ab intestat* (en ce sens, T. VIGNAL, note sous Cass., 23 janvier 2001, *J.D.I.*, (1116), 1120).

Convention.¹³³

Pour autant que de besoin, l'on signalera que le Code de droit international privé a étendu l'application de la Convention de Rome. L'article 98 du Code prévoit en effet que les règles conventionnelles pourront s'appliquer même aux « obligations contractuelles que cette convention exclut de son domaine d'application ». Cette extension ne modifie pas de façon significative les règles pertinentes relatives aux donations puisque d'une part la Convention pouvait déjà s'appliquer aux donations entre membres d'une même famille et d'autre part, l'article 98 réserve l'application des autres règles de rattachement que prévoit le Code. Il faudra dès lors continuer à s'interroger sur le sort particulier des donations entre époux (*infra*). Enfin, signalons que la Convention de Rome possède, tout comme le Règlement qui a vocation à la remplacer, un caractère universel. Il s'en déduit qu'elle peut s'appliquer sans égard pour la nationalité ou la résidence des parties au contrat, à la seule condition que le juge saisi du litige soit celui d'un Etat contractant. La Convention peut conduire à l'application de la loi d'un Etat tiers, ceci n'empêche aucunement son application.

La dimension contractuelle de la donation explique qu'elle a vocation à être régie par la loi choisie par les parties.¹³⁴ Les parties à une donation peuvent dès lors valablement convenir de soumettre celle-ci à la loi de l'Etat de leur choix, qu'il s'agisse de l'Etat de leur résidence voire d'un Etat qui ne possède aucun lien avec la donation envisagée. L'on sera attentif à la rédaction de la clause de choix de loi, qui doit rester la plus simple possible.¹³⁵

La Convention de Rome permet au juge, en l'absence de choix exprès par les parties, de déduire des circonstances de la cause ou des dispositions du contrat que les parties ont entendu soumettre celui-ci à une loi donnée. Une telle conclusion ne peut toutefois être retenue que lorsque la volonté des parties apparaît « de façon certaine ». La prudence s'impose

133Règlement (CE) 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, J.O., 4 juillet 2008, L-177/6. Sur ce Règlement, voy. les commentaires de S. LEIBLE et M. LEHMANN, « Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ('Rom I') », *R.I.W.*, 2008, 528 e.s.; R. WAGNER, « Der Grundsatz der Rechtswahl und das Mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) », *IPRax*, 2008, 377 e.s.; C. NOURRISSAT *et alii*, « Le nouveau droit des contrats internationaux : le Règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *R.L.D.A.*, juillet/août 2008, n° 1752, 61 e.s.; C. VAN DER PLAS, « Verbintenissen uit overeenkomsten : van EVO-Verdrag naar Rome I-Verordening », *NTER*, 2008, 318-329; J. DE MEYER, « Verbintenissen uit grensoverschrijdende overeenkomsten », *N.j.W.*, 2008, 854-869; S. FRANCO, « Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles . - Dernier né de l'espace 'Liberté Sécurité Justice' », *Europe*, oct. 2008, étude n° 8; F. MÉLIN, « Le règlement « Rome I » du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Aperçu rapide », *JCP*, éd. Entreprise et Affaires, 24 Juillet 2008, act. 368; A. CRUQUENAIRE, « Le Règlement européen sur la loi applicable aux obligations contractuelles ('Rome I') dans le contexte du commerce électronique », *DAOR*, 2008, 315-325.

134Lorsque les parties n'ont pas soumis leur donation à une loi nationale donnée, la règle subsidiaire conduit, par le biais de la présomption en faveur du débiteur de la prestation caractéristique, à l'application de la loi de l'Etat dans lequel réside le donateur. C'est en effet ce dernier qui fournit la prestation caractéristique de la donation, à savoir le transfert immédiat et irrévocable de la propriété de la chose donnée. Ceci vaut aussi bien sous l'empire de la Convention de Rome que du Règlement 593/2008. En ce sens, avec toutefois une certaine hésitation, F. RIGAUX et M. FALLOON, *o.c.*, 914, n° 14.191. La doctrine néerlandaise confirme l'application de la loi du donateur : R.I.V.F. BERTRAMS et F.J.A. VAN DER VELDEN, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag*, Tjeenk Willink, 1999, 125. Pour la doctrine allemande, voy. B. VON HOFFMANN et K. THORN, *Internationales privatrecht*, Beck, 2005, 441, n° 46. Pour la doctrine française, M. REVILLARD, *o.c.*, 457, n° 792; G. DROZ et M. REVILLARD, « Libéralités. Donations et trusts », *Juris-Classeur. Droit international*, Fasc. 557-30, 6, n° 28 et T. VIGNAL, note sous Cass., 23 janvier 2001, *J.D.I.*, (1116), 1120. Pour la doctrine suisse : F. VISCHER, et al., *Internationales Vertragsrecht*, Stämpfli, 2000, 207, n° 426.

135L'on veillera par exemple à éviter les formules indirectes qui soumettent la donation à la loi « de l'Etat du donateur ».

dès lors. A première vue, si la donation rassemble deux ressortissants belges qui résident en Belgique et qui, pour des raisons fiscales,¹³⁶ ont préféré faire appel aux services d'un notaire suisse ou néerlandais, l'on peut supposer que les parties n'ont pas souhaité soumettre leur donation à l'application d'une autre loi que la loi belge. Ceci se confirmera lorsque plusieurs stipulations de la donation font référence à certaines règles du droit belge. Il est cependant évident que cette méthode de détermination du droit applicable ne peut fournir la même sécurité qu'un choix de loi en bonne et due forme. L'exercice qui consiste à déterminer quelle a été la volonté « certaine » des parties ne peut en effet exclure une part de divination. L'on a pu en outre écrire que lorsque des parties s'adressent à un notaire, l'acte sera soumis à la loi du notaire à défaut de volonté exprimée clairement par les parties, dans la mesure où l'intervention du notaire fait présumer que les parties ont entendu se référer à la *lex magistratus*.¹³⁷ Cette affirmation, qui gagnerait à être nuancée, montre qu'un choix de loi est de loin préférable pour garantir la sécurité que les parties sont légitimement en droit d'attendre.

La loi choisie par les parties a vocation à s'appliquer à toutes les questions contractuelles. Ceci couvre aussi bien les questions de validité de la donation, comme le consentement¹³⁸ et l'acceptation – à l'exception toutefois de la capacité de donner et de recevoir (*infra*) – que l'interprétation de la donation ou encore les difficultés liées à l'exécution de la donation. L'article 10 de la Convention de Rome (devenu l'article 12 du Règlement 593/2008) fournit à cet égard une liste de questions qui, si elles visent d'abord et avant tout les contrats synallagmatiques, peuvent parfaitement s'appliquer aux donations. Ainsi lorsque l'article 10 (1)(d) vise les « divers modes d'extinction des obligations », l'on comprendra par là aussi la révocation qui peut mettre fin à une donation.¹³⁹ Malgré son caractère impératif, l'irrévocabilité d'une donation et les causes de révocation ont vocation à être régies par la loi de la donation¹⁴⁰ – sous réserve du recours éventuel à une loi d'application immédiate. Cette solution doit valoir non seulement lorsque la révocation se fonde sur l'inexécution par le donataire d'une charge mais aussi lorsqu'elle est fondée sur l'ingratitude de ce dernier à l'égard du donateur.¹⁴¹

De même, la loi de la donation régira également le droit de retour éventuel stipulé au profit du donateur¹⁴² ou les conditions qui affectent la donation. L'on pense au terme suspensif, à la condition suspensive ou encore à la réserve d'usufruit en faveur du donateur qui sont

136Résumées par A. VERBEKE, *art. cit.*, T.E.P., 2006, (377), 382.

137M. REVILLARD, *o.c.*, 359, n° 658.

138*Comp.* avec l'opinion anciennement acceptée selon laquelle les conditions de l'existence du consentement étaient soumises à la loi nationale des contractants (*Pand. b.*, v° Donation entre vifs, T.32, 1889, 704, n° 861).

139L'action en révocation d'une donation peut d'ailleurs être assimilée à une action en résolution de la donation et non à une action en annulation. Voy. sur ce point H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T.II, 3^{ème} éd., Bruylant, 1964, 737, n° 770.

140En ce sens, P. VAN DEN EYNDE, « Les donations entre époux »..., 308, n° 13. *Comp.* avec l'opinion anciennement défendue selon laquelle la règle *donner et retenir ne vaut* ressortissait au statut réel (en ce sens, Algiers, 9 février 1910, *Revue de droit international privé*, 1913, (103), 110-111 et la note pp. 120-121 ainsi que *Pand. b.*, v° Donation entre vifs, T. 32, 705, n° 865 e.s. - qui justifie l'application de la loi réelle à la question de l'irrévocabilité parce que « le but de la loi a été de conserver les biens dans les familles »). La position actuelle en droit français est également que la révocation constitue un effet du contrat qui doit être régi par la loi d'autonomie : G. DROZ et M. RÉVILLARD, « Libéralités. Donations et trusts », *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 557-30, 7, n° 32.

141Voy. déjà en ce sens, F. LAURENT, *Droit civil international*, t. VI, Bruylant, 1881, n° 289-291.

142L'on peut toutefois se demander si la loi d'autonomie a vocation à régir un droit de retour stipulé au profit des héritiers du donateur. M. Droz et Mme Révillard préfèrent un rattachement à la loi applicable aux substitutions (G. DROZ et M. REVILLARD, « Libéralités – donations et trusts », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 557-30, 7, n° 38).

susceptibles d'accompagner une donation. L'on peut encore mentionner au titre des questions contractuelles soumises à la loi d'autonomie la nécessité d'une intention libérale dans le chef du donateur, les éléments matériels de la donation - l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement corrélatif du donataire -, la cause et l'objet de la donation et encore la caducité de la donation.

Comme l'a justement décidé la Cour d'Appel de Paris, la loi d'autonomie a vocation à régir l'action en nullité d'une donation déguisée fondée sur un vice de consentement.¹⁴³ C'est sur cette base que la Cour a fait application des dispositions du droit américain pour apprécier si une donation consentie par un défunt français ne reposait pas sur une altération grave du consentement du donateur par l'effet de manœuvres de captation du donataire.

2 Les nuances : les limites de la loi choisie par les parties

La possibilité pour les parties à une donation de choisir la loi qui la régit, ne doit pas tromper. La loi choisie n'est pas toute puissante. Certes, elle gouverne l'ensemble du champ contractuel, qui est fort vaste. La loi contractuelle subit toutefois la concurrence d'autres lois, dont l'application se justifie dans la mesure où la donation présente d'autres dimensions, au titre des autres dimensions de la donation. A titre d'exemple, nous évoquerons deux dimensions spécifiques de la donation qui sont susceptibles de limiter l'application de la loi choisie par les parties.

a Le régime des donations entre époux

L'on sait que dans certaines législations, la donation entre époux fait l'objet de dispositions particulières. Ces donations sont parfois prohibées,¹⁴⁴ elles sont parfois soumises à un régime spécial de révocabilité.

Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, la loi applicable à de telles donations faisait l'objet de nombreuses discussions.¹⁴⁵ En regard aux liens existants avec plusieurs branches du droit, l'on pouvait hésiter entre la loi qui régit le régime matrimonial, celle qui gouverne les effets du mariage et enfin la loi applicable à la succession. La difficulté était d'autant plus grande que la jurisprudence ne semble pas avoir abordé la question.

La doctrine n'avait pas permis de dégager une solution unanimement acceptée. Alors que M. van den Eynde mettait en avant le caractère contractuel de la donation pour plaider pour l'application de la loi d'autonomie, ne réservant à la loi des effets du mariage et à la loi

143Paris, 23 janvier 1990, *J.D.I.*, 1990, 994, note M.-L. NIBOYET-HOEGY. Selon la Cour, « la loi d'autonomie régissant le contrat est compétente quant à l'objet et la cause de la donation, ainsi que sur le consentement ».

144Selon Mme Révillard, la donation entre époux est prohibée par les législations des pays suivants : Italie, Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Equateur, Honduras, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Slovaquie, République Tchèque, Hongrie, Pologne, Roumaine, Liban, Côte d'Ivoire et ex-Yougoslavie (M. RÉVILLARD, *o.c.*, 352, n° 650). Pour l'Italie, l'on ajoutera que si l'article 781 du Code civil italien prohibe effectivement les donations entre époux sauf les libéralités conformes aux usages, cette disposition a été jugée anticonstitutionnelle en 1973. Il semble toutefois que les donations de biens à venir demeurent impossibles dans la mesure où l'article 771 du même Code prévoit que « la donation ne peut comprendre que les biens présents du donateur. Si elle comprend des biens à venir, elle est nulle quant à ces biens ». La donation entre époux de biens à venir demeurent dès lors de toute façon interdite.

145Voy. notamment P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, 301-316, spé. pp. 311-314.

successorale qu'un rôle secondaire,¹⁴⁶ Mme Watté avait par contre soutenu l'application de principe de la loi des effets du mariage, sous la seule réserve de l'intervention de la loi successorale pour déterminer le montant de la réserve et celui de la quotité disponible entre époux.¹⁴⁷ La donation de biens à venir entre époux faisait l'objet de controverses encore plus pointues.¹⁴⁸

L'article 48, § 2, 4° du Code permet d'apporter une réponse ferme à la question. Cette disposition précise que « l'admissibilité des contrats et des libéralités entre époux et la révocation de celles-ci » sont soumis à la loi des effets du mariage.¹⁴⁹ On sait que cette dernière est déterminée par référence non plus directement à la nationalité des époux mais d'abord et avant tout à leur résidence habituelle.¹⁵⁰ En principe la résidence habituelle des époux doit s'apprécier « au moment où ces effets sont invoqués ». Ce faisant, c'est la concrétisation actuelle du facteur de rattachement qui est pertinente. A l'égard de donations ou d'autres actes juridiques, le Code offre une solution plus précise puisque l'article 48 retient comme moment pertinent pour déterminer le critère de rattachement, celui où l'acte a été passé. Ce critère offre une très grande sécurité juridique.¹⁵¹

Ce n'est qu'à défaut de résidence des époux sur le territoire d'un même Etat que l'article 48 retient la loi nationale commune des époux. Partant, la perspective est inversée, la nationalité n'assumant qu'un rôle subsidiaire.

La loi applicable aux effets du mariage régit non seulement l'admissibilité des donations entre époux, mais également leur révocabilité. A propos de deux ressortissants français qui résident depuis leur mariage en Suisse, l'on acceptera dès lors qu'une donation ne peut être révoquée *ad nutum* puisque le droit suisse ne fait pas un sort particulier aux donations entre époux, qui sont dès lors soumises aux seules causes de révocation prévues pour les donations en général. Une solution identique doit prévaloir lorsque la donation est effectuée par contrat de mariage. Etendre à la donation effectuée par ce biais le rattachement du contrat à l'autonomie de la volonté permettrait en effet trop facilement de contourner l'application de la loi qui régit les effets du mariage.¹⁵²

146P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, (301), 311-314.

147N. WATTÉ et L. BARNICH, « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux », *Rép. Not.*, T. XVIII, L. II, Larcier, 1997, 97, n° 87.2 (se fondant sur l'autorité d'un arrêt prononcé par la Cour d'Appel de Bruxelles, 22 avril 1988, *J.T.*, 1988, 664, dans lequel la Cour avait surtout insisté sur le fait que les donations entre époux trouvent leur « cause dans les relations personnelles des époux et la force du lien qui les unit »). *Comp.* avec R. DE VALKENEER et L. BARNICH, « Le mariage et ses effets patrimoniaux en droit international privé », in *Les relations contractuelles internationales. Le rôle du notaire*, Maklu, 1995, 120-121 (ces auteurs proposaient de retenir la loi régissant les effets personnels du mariage, même pour les donations immobilières, suite à la jurisprudence française en ce sens. Ils semblaient toutefois réserver le jeu de la loi successorale dans la mesure où ils n'évoquaient que l'admissibilité et le caractère révocable des donations entre époux).

148Voy. notamment N. WATTÉ, *op. cit.*, *Rép. Not.*, T. XV, livre XIV-3, Larcier, 1992, 131, n° 127 e.s.

149La solution semble bien acceptée en droit comparé. En droit néerlandais, voy. R.I.V.F. BERTRAMS et F.J.A. VAN DER VELDEN, *o.c.*, 125, qui écrivent à ce propos que « Het vereiste van toestemming van de andere echtgenoot voor een schenking bedoeld in art. 1:88 B.W. wordt gekwalificeerd als een kwestie behorend tot de rechten en plichten tussen echtgenoten. Het op de schenking toepasselijke recht is dus niet bepalend voor de eventuele toepasselijheid van art. 1:88 B.W. ». En droit français, G. DROZ et M. REVILLARD, “Libéralités – donations trusts”, *Juris-Classeur Dr. int.*, Fasc. 557-30, 8, n° 43-44 ainsi que D. BUREAU et H. MUIR WATT, *o.c.*, 255, n° 855.

150Voy. pour plus de détails nos observations in « Relations bancaires et dimensions internationales : questions choisies de droit international privé », in *Banque et Famille*, M. TISON et al. (éds.), Bruylant, 2006, 190-199.

151La solution est la même en droit français, où la jurisprudence retient la loi des effets personnels telle qu'elle existait à la date de la libéralité (G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 8, n° 45).

152Par contre, l'on acceptera que la possibilité de modifier une donation faite par convention matrimoniale

Le rôle principal accordé à la loi des effets du mariage n'épuise cependant pas l'ensemble des questions que la donation entre époux est susceptible de soulever. Comme on a pu l'écrire, « l'accès aux donations relève de la loi des effets du mariage mais quant à leur efficacité, les donations à cause de mort n'échapperont pas à la censure de la loi successorale, qui régit, notamment, aux termes de l'article 80 § 1, 'la validité au fond des dispositions à cause de mort' (5°) ainsi que 'la quotité disponible, la réserve et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort' (6°) ».¹⁵³ Comme on le verra ci-après, il est en effet impératif de tenir compte de la loi successorale pour donner une analyse complète de la donation.¹⁵⁴

En outre, il faut également réserver l'effet que peut avoir la loi du divorce sur les donations que les époux se sont consenties. Cette loi peut en effet entraîner ou à tout le moins permettre la révocation de telles donations. Puisque les époux ne sont plus mariés, il serait singulier de rechercher dans la loi qui régissait les effets de leur mariage la solution au sort des donations après le divorce. C'est plus naturellement à la loi du divorce qu'il revient de se prononcer sur ce point.¹⁵⁵

b La donation comme libéralité : le rôle de la loi successorale

Il est bien connu que la solidité et l'efficacité d'une donation s'apprécie notamment au décès du donateur. Si la succession présente un élément international, elle sera régie par la *lex successionis*. Il importe dès lors de se demander dans quelle mesure cette loi peut intervenir pour limiter les effets d'une donation.

Nul ne conteste la compétence de la loi successorale dès que la succession est ouverte. Il ne suffit toutefois pas d'écrire, comme le faisait Ponsard, que « l'autonomie régit la donation du vivant du donateur et la loi successorale dès son décès ».¹⁵⁶ En réalité, même après le décès du testateur, l'intervention de la *lex successionis* ne concerne que certaines questions, d'autres étant délaissée à la loi d'autonomie.¹⁵⁷ Il en va ainsi de la révocation possible de la donation pour ingratitudo après le décès du donateur¹⁵⁸ ou encore de la révocation pour survenance d'enfant,¹⁵⁹ questions qui échappent à la loi successorale.¹⁶⁰

Si la loi successorale s'empare de la donation, c'est principalement pour protéger la réserve

relève de la loi applicable au régime matrimonial. En ce sens, N. WATTÉ, *op. cit.*, *Rép. Not.*, T. XV, livre XIV-3, Larcier, 1992, 132, n° 128.

153J.-L. VAN BOXSTAEL, *art. cit.*, *Rev. not. b.*, 2006, (31), 323, note 47.

154M. RÉVILLARD, *o.c.*, 355, n° 652 fait remarquer à juste titre à ce propos que « la donation entre époux sera réduite à la plus forte quotité disponible prévue par la loi successorale compétente ».

155Voy. en droit français G. DROZ et M. RÉVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 8, n° 47. *Comp.* avec P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, 313, n° 21, qui semble préférer l'application de la loi des effets du mariage pour régir l'éventuelle révocation de plein droit en cas de divorce ou de séparation de corps.

156A. PONSARD, v° Donation, *Rép. Dalloz Dr. international*, p. 651, cité par R. VANDER ELST, *o.c.*, 212, n° 44.4.

157M. van den Eynde explique fort justement que la loi successorale s'appliquera aux donations « dans la mesure des incidences successorales qui pourraient se rencontrer » : P. VAN DEN EYNDE, *art. cit.*, 314, n° 24.

158La révocation peut être demandée par les héritiers du donateur dans les conditions posées par l'article 957 al. 2 C. civ.

159Pour autant que cette circonstance constitue encore une cause de révocation de la donation. En droit belge, il n'en va plus ainsi depuis la réforme du 31 mars 1987.

160Sur ce que la révocation d'une donation pour survenance d'enfant doit être rattaché à la loi d'autonomie et non à la loi successorale, voy. G. DROZ et M. RÉVILLARD, *art. cit.*, *Juris-Classeur Droit international*, Fasc. 557-30, 7, n° 36.

des héritiers.¹⁶¹ L'article 80 § 1er, 6° du Code confirme que la *lex successionis* détermine notamment la quotité disponible, la réserve et les autres restrictions à la liberté de disposer à cause de mort. Selon l'article 80, § 1, 10°, la même loi régit le rapport et la réduction des libéralités dépassant la quotité disponible.¹⁶² Comme on a pu l'écrire, la loi successorale intervient pour régir le rapport à fin d'égalité, à savoir pour reconstituer soit réellement soit fictivement la masse successorale dans son état primitif.¹⁶³ La loi successorale interviendra dès lors pour tout ce qui touche à la réduction des libéralités pour dépassement de la quotité disponible : qualité pour agir en réduction, ordre des réductions et mode des réductions.

L'affaire *Caron* permet d'illustrer les rôles respectifs de la *lex successionis* et de la loi d'autonomie : cette espèce bien connue qui a donné lieu à un nombre important de décisions des juridictions françaises, notamment sous l'angle de la fraude à la loi, portait sur le sort du patrimoine d'un défunt, M. Jean-Claude Caron, ressortissant français devenu américain par naturalisation. L'intéressé possédait un immeuble en France qu'il avait cédé à une société de droit américain dont il était l'actionnaire principal. Après avoir jugé que la vente de l'immeuble à la société constituait une manœuvre frauduleuse dont le seul but avait été d'éviter l'application des règles françaises relatives à la réserve héréditaire, la Cour d'Appel de Paris s'est prononcée sur la donation déguisée consentie par le défunt aux consorts Odell et qui portait sur une partie des actions de la société américaine.¹⁶⁴ Non content en effet d'avoir cédé la propriété de l'immeuble à une société, le défunt avait en outre cédé un tiers du capital de celle-ci à des tiers. Les héritiers spoliés arguaient qu'il s'agissait en réalité d'une donation déguisée. La Cour d'appel a fait remarquer que jusqu'à l'annulation du testament du défunt, le litige « avoir pour principal objet la protection des droits [des héritiers réservataires] en tant qu'héritiers, victimes d'une spoliation de la part de leur auteur. . . » ce qui justifiait l'application de la loi française au titre de loi de la succession, puisque l'immeuble litigieux était situé en France. La Cour a ensuite constaté qu'en l'état du litige, la question de la protection des droits successoraux de héritiers était hors du débat, celui-ci portant sur la seule validité de l'acte dont les héritiers alléguait qu'il s'agissait d'une donation déguisée. Ceci a permis à la Cour d'en appeler au « jeu normal de la règle de conflit » qui conduisait à l'application de la loi d'autonomie. C'est donc à la lumière de la loi américaine, dont la Cour a admis qu'elle avait à tout le moins été choisie implicitement par les parties à la donation pour régir celle-ci que la Cour a examiné la demande.

Le sort d'une donation déguisée en cas de décès du donateur constitue une autre illustration du partage des rôles entre la loi successorale et le régime général des donations. Il n'est pas contesté que la loi successorale a vocation à régir l'action en réduction d'une donation déguisée.¹⁶⁵ C'est ainsi que la Cour de cassation française a pu reprocher à une Cour d'Appel d'avoir annulé une donation déguisée consentie par un ressortissant français à sa maîtresse au motif que la dissimulation opérée avait eu pour objet de priver l'enfant légitime du donateur d'une part de la succession de son père, sans rechercher si la loi suisse, applicable à la succession du donateur, permettait de justifier une telle annulation.¹⁶⁶ L'on ne saurait toutefois oublier que la question de la validité intrinsèque de la donation déguisée échappe à l'empire de la loi successorale. La nullité éventuelle d'une donation déguisée qui porterait donation de

161La Cour de cassation française a pu décider que « les libéralités entre vifs sont soumises à la loi successorale pour tout ce qui concerne les règles protectrices des droits des héritiers, spécialement celles relatives à la réserve héréditaire » (Cass. fr., 1ère ch. Civ., 18 octobre 1988, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1989, 369).

162La même règle existe en droit international privé français, voy. M. REVILLARD, *o.c.*, 359, n° 659.

163G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 11, n° 70.

164Paris, 23 janvier 1990, *J.D.I.*, 1990, 994, note M.-L. NIBOYET-HOEGY.

165G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 11, n° 72.

166Cass. fr., 1ère ch. Civ., 18 octobre 1988, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1989, 369.

façon trop apparente esrt du ressort exclusif de la loi applicable à la forme de la donation.

En guise de conclusion

Au terme de ce parcours, une brève conclusion s'impose : si le champ dévolu à l'autonomie de la volonté dans les trois domaines explorés, n'est pas identique, il offre néanmoins d'importantes similarités. Que ce soit lors de la conclusion d'un contrat de mariage, la rédaction d'un testament ou d'une donation, le praticien sera bien avisé de réfléchir à l'opportunité d'inclure une clause de choix de loi dans les documents qu'il rédige. Cette clause peut offrir d'indéniables services, même dans le contexte franco-belge.

Ceci amène à se demander s'il serait possible de coordonner, sous l'angle du conflit de lois, les différents actes envisagés par une seule personne ou au sein d'un couple. Ne serait-il pas utile de soumettre par exemple un testament et une donation à la même loi? La combinaison nous semble pouvoir être envisagée. Elle devrait permettre de rencontrer, au moins pour partie, les difficultés inhérentes à la détermination de la loi successorale, dont on a vu qu'elle exerce une emprise considérable sur la donation au décès du donateur. La difficulté est en effet que la *lex successionis* ne sera connue de façon certaine qu'après le décès du donateur. En matière mobilière, la loi de la succession est fonction de la dernière résidence habituelle du défunt. Lorsque la donation porte sur un immeuble, il est en principe plus facile d'anticiper puisque la loi de la succession est moins susceptible d'être modifiée – sauf pour les immeubles à acquérir dans le cas d'une donation universelle. L'application du mécanisme du renvoi pourrait toutefois dans certains cas déjouer les attentes des parties.

Ainsi si un donateur ressortissant belge décide de s'installer en France après sa retraite, il faudra en principe tenir compte du droit français pour déterminer si la donation qu'il a consentie avant son départ à l'un de ses enfants, ne dépasse pas les limites de la quotité disponible.

Le problème de la prévisibilité n'est pas neuf. Il a notamment été le point de départ d'une réflexion dans la doctrine française à propos des donations de biens à venir entre époux.¹⁶⁷

L'option de loi autorisée par le Code permet dans une certaine mesure de se prémunir contre l'incertitude liée à l'application de la loi de la succession. On a vu que l'article 79 du Code permet au testateur de fixer la loi applicable à sa succession par le biais d'une option de législation. Si la donation s'accompagne de la rédaction d'un testament dans lequel le testateur fait usage de la possibilité offerte par l'article 79, l'ensemble permettra dans une certaine mesure d'anticiper au mieux l'ouverture de la succession. La construction n'est toutefois pas sans faille. D'une part, il faudra tenir compte des limites imposées par l'article 79 à la volonté du testateur – le choix de ce dernier ne pouvant se porter que sa loi nationale ou la loi de sa résidence habituelle. Il faudra en tenir compte lors du choix de la loi applicable à la donation, les deux opérations devant être soumises à la même loi.

En outre, l'examen a montré que le Code ne reconnaît à la *professio iuris* qu'une valeur

¹⁶⁷Constatant que l'application de la loi successorale ne permet pas de garantir la prévisibilité des solutions. MM. Batiffol et Lagarde ont notamment estimé que « la validité, la révocabilité de l'institution contractuelle mobilière appellent une solution immédiate durant la vie du donateur qu'il vaut mieux ne pas voir remettre en cause par la loi du domicile de l'instituant au jour de son décès » : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, Dalloz, n° 640. Voy. les solutions proposées par d'autres auteurs et présentées par G. DROZ et M. REVILLARD, *art. cit.*, Fasc. 557-30, 10-11, n° 62-66.

limitée. La loi choisie par le futur défunt ne peut en effet en aucun cas « avoir pour effet de priver un héritier du droit à la réserve que lui assure » la *lex successionis*. Les conséquences de cette règle ont déjà été exposées (*supra*). Elle a pour effet que loi choisie par le défunt sera écartée à la demande d'un héritier si celui-ci démontre que le testament, tel que validé par la loi choisie par le défunt, porte atteinte aux droits réservataires que lui assure soit la loi de la dernière résidence habituelle du défunt, pour les biens meubles, soit le droit du lieu de situation pour les biens immeubles.

Force est dès lors de constater que telle qu'il est envisagé par le Code de droit international privé, l'exercice du choix de loi ne permet pas de garantir de manière absolue qu'une opération de planification successorale recevra exécution sans autre limitation.

* * *