

Les seniors délocalisés et leur patrimoine – questions choisies de droit international privé
Patrick Wautelet (ULg)

Les seniors bougent. Passer sa retraite sous des cieux dorés n'est plus le privilège des seuls plus fortunés. Comme dans d'autres domaines, une certaine démocratisation est à l'oeuvre qui justifie que le juriste s'intéresse aux questions posées par la délocalisation des plus âgés de nos sociétés.

La Belgique étant autant une terre d'accueil pour des ressortissants d'origine étrangère installés ici de façon durable qu'une terre d'émigration pour les belges à la recherche d'un climat plus tempéré, les questions de droit international privé envisagées dans la présente contribution feront l'objet d'un examen sous deux angles : la première perspective est celle de l'étranger installé durablement en Belgique, la seconde du belge qui choisit de passer les dernières années de sa vie sous des cieux plus cléments.

La présente contribution a pour ambition d'aborder deux questions distinctes, qui n'épuisent certainement pas la richesse des problèmes soulevés en droit international privé par le vieillissement de la population. L'attention se portera d'abord sur les difficultés soulevées lorsque le déclin des facultés mentales d'un senior justifie que l'on se préoccupe des mesures à adopter pour le protéger. Dans un second temps, l'on évoquera les questions soulevées par le décès d'un senior délocalisé et en particulier la transmission du patrimoine successoral.¹

Section 1 – Le senior incapable

Le grand âge peut conduire à une réduction considérable de l'autonomie de la personne. Dans certains cas, cette réduction ira de pair avec une perte substantielle des facultés mentales. La réponse apportée par le droit à cette évolution de la personne passe par une révision des différents statuts de protection de l'incapable majeur, notamment pour introduire dans ces statuts la flexibilité qu'impose le caractère progressif et variable des faiblesses mentales susceptibles d'affecter les personnes de grand âge. L'intérêt manifesté aujourd'hui pour ce thème n'est pas récent – le Conseil de l'Europe a consacré une importante recommandation à la protection des adultes incapables en 1999.²

Le droit international privé ne se désintéresse pas de ces questions, ce qui se justifie pleinement lorsque l'on prend la mesure de la durée dans laquelle s'inscrivent les mouvements migratoires. De nombreux Etats ont travaillé, sous l'égide de la Conférence de La Haye, pour mettre au point une importante convention qui donne une réponse à un grand nombre de questions posées par ces situations. Cette convention, signée en janvier 2000, est entrée en

1 Cette sélection est quelque peu arbitraire. Il est en effet évident que d'autres questions auraient pu retenir l'attention. L'on aurait pu évoquer le droit de la nationalité – et prendre appui sur les Pays-Bas qui ont aménagé une possibilité particulière pour les ressortissant étrangers âgés de plus de 65 ans d'acquérir de façon facilitée la nationalité néerlandaise (art. 6 § 1 lit. h de la *Rijkswet Nederlanderschap* selon lequel peut obtenir par 'option' (mécanisme comparable à l'acquisition par déclaration du droit belge), l'étranger “*die de leeftijd van vijf en zestig jaar heeft bereikt en gedurende een onafgebroken periode van tenminste vijftien jaren toelating en hoofdverblijf heeft in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba* »).

2 Recommandation No R(99)4 du Conseil de l'Europe du 26 février 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables.

vigueur en janvier 2009.³ La Belgique n'est pas encore liée par cette convention, mais il y a bon espoir que ceci change dans un avenir proche.⁴ Dans l'attente, il faudra principalement travailler avec le Code de droit international privé.

Comme annoncé, il semble opportun de distinguer la situation du senior étranger établi en Belgique de celle du senior qui a quitté la Belgique pour s'installer à l'étranger.

Sous-section 1 – Le senior étranger en Belgique

L'histoire de la Belgique comme pays d'immigration est déjà assez ancienne. Si l'on s'en tient aux communautés marocaine et turque, l'on constatera assez vite que les premiers contingents de ressortissants étrangers sont arrivés il y a plusieurs décennies. L'on comprend dès lors que l'on se préoccupe aujourd'hui de leurs vieux jours.⁵ Il n'est dès lors pas inutile de s'interroger sur les possibilités offertes par le cadre juridique belge lorsque la santé déclinante d'un senior étranger impose de réfléchir aux mesures de protection relatives à sa personne ou à son patrimoine (A). Une fois ces possibilités évoquées, il faudra encore se demander quel accueil sera réservé dans le pays d'origine du senior aux éventuelles mesures adoptées en Belgique (B).

A. Les possibilités d'action en Belgique

1. Les juridictions belges sont-elles compétentes?

A défaut de pouvoir compter sur les dispositions de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000, il faut, pour déterminer si les juridictions belges sont compétentes pour connaître d'une demande intéressant la personne ou les biens d'un senior, consulter le Code de droit international privé.⁶

L'article 33 du Code de droit international privé adopte une approche généreuse : sans craindre les conflits de compétence qui pourraient naître du fait de revendications de compétence par des juridictions étrangères, cette disposition retient pas moins de quatre possibilités distinctes de justifier la compétence des juridictions belges. Outre une règle particulière qui vise les « cas d'urgence », l'on retiendra que les juridictions belges peuvent être saisies lorsque l'intéressé réside habituellement en Belgique, qu'il possède la nationalité

3 Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (non encore signée par la Belgique, mais en vigueur depuis le 1er janvier 2009 en France, Allemagne, Suisse et au Royaume-Uni).

4 Il existe une convention parallèle consacrée aux incapables mineurs. La Convention de 2000 emprunte une grande partie de ses solutions à cette convention. M. Lagarde a cependant bien souligné qu'il existait des différences sensibles entre les deux textes, qui s'expliquent notamment par la circonstance qu'il n'était pas nécessaire d'éviter, s'agissant de la protection des adultes, la concurrence entre la compétence d'autorités d'Etats différents, alors qu'il s'agissait d'une préoccupation majeure des rédacteurs de la Convention de La Haye de 1996 (P. LAGARDE, « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2000, (159), 164).

5 Voy. les explications de N. PERRIN, « Le troisième âge immigré en Région wallonne », in *Immigration et intégration en Belgique francophone. Etat des savoirs*, M. MARTINIELLO et al. (éds.), Academia Bruylant, 2007, 471-485. Depuis 2009, la Fondation Roi Baudouin a lancé un appel à projets sur le thème 'Migrants âgés, seniors de chez nous', qui vise à financer les initiatives permettant d'améliorer les réponses aux besoins d'aide et de service des personnes âgées d'origine étrangère.

6 Dans les relations avec la France et les Pays-Bas, un détour s'impose par les anciennes conventions bilatérales qui lient la Belgique à ces deux pays. Sur le contenu de ces règles, voy *infra* note 18.

belge ou encore que la demande intéresse un bien situé en Belgique.⁷

La première de ces possibilités suffit déjà largement à justifier la saisine des juridictions belges lorsque le demandeur concerne un senior qui réside en Belgique. On évoquera la seconde plus en détail ci-après.

2. Quel droit les juridictions belges doivent-elles appliquer?

Quelle(s) réponse(s) le droit international privé belge offre-t-il lorsqu'un senior qui réside sur le territoire belge, nécessite une protection, notamment en raison d'une perte (totale ou partielle) des facultés mentales? Jusqu'il y a peu, cette question aurait appelé l'application en Belgique d'une législation étrangère, celle de la nationalité de l'intéressé. Aujourd'hui, il faut bien constater que la nationalité étrangère de l'intéressé a perdu une grande partie de sa pertinence. Le raisonnement de droit international privé est en effet fondé en substance sur la résidence habituelle. S'agissant d'une personne installée de longue date en Belgique, il ne fait guère de doute que cette résidence se situe en Belgique.⁸

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 35 du Code de droit international privé, "la détermination de l'incapacité d'un adulte" ainsi que "la protection de la personne ou des biens d'un incapable" sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel cette personne a sa résidence habituelle".⁹

Ce sont dès lors l'ensemble des questions relatives à l'incapacité qui doivent être soumises à la loi de la résidence habituelle de l'intéressé – autant la question de l'existence d'une incapacité quelconque que les mesures de protection qui peuvent être adoptées tant à l'égard des biens de l'incapable que de sa personne. Dans l'hypothèse retenue, il s'agira le plus souvent de la loi belge puisque l'on s'intéresse au sort d'un senior de nationalité étrangère installé de longue date en Belgique. Sans autre forme de procès, l'on peut dès lors renvoyer aux exposés classiques consacrés aux différents statuts de protection offerts par le droit belge et en particulier l'administration provisoire.¹⁰

L'application par préférence de la loi de la résidence habituelle de l'intéressé permettra sans doute dans un grand nombre de cas aux juridictions belges de retenir l'application de leur propre loi. Ceci n'ira pas sans faciliter la tâche des praticiens. Comme dans d'autres domaines, le rôle important accordé à la résidence habituelle rend inutile le détour par la technique des lois d'application immédiate, qui avait pu apparaître, avant la codification, comme une échappatoire à la toute puissance de la loi nationale.¹¹

7 La Convention de La Haye retient également la résidence habituelle de l'intéressé (art. 5), sa nationalité (art. 7) et enfin la localisation des biens (art. 9) comme chefs de compétence. Aucune de ces trois règles ne possède priorité sur les autres, ce qui laisse subsister la possibilité d'exercices concurrents de compétence. Sur ce point, voy. P. LAGARDE, *art. cit.*, 168 – qui montre cependant que la compétence des autorités de l'Etat de la nationalité de l'intéressé demeure à certains égards subsidiaires à celle que peuvent revendiquer les autorités de l'Etat de la résidence habituelle.

8 L'article 4 du Code de droit international privé retient une définition classique de la résidence habituelle, fondée sur l'établissement principal de l'intéressé(e).

9 Le renvoi est en outre exclu.

10 Sur les spécificités de l'administration provisoire des biens lorsque l'incapable est un adulte, l'on se reportera à la contribution de Me François Dembour et Me Virgine Verly dans le présent ouvrage.

11 Dans la jurisprudence, cette question avait parfois été abordée. Voy. par ex. Civ. Bruxelles, 21 février 1995, *J.T.*, 1995, 387 (faisant droit à une demande d'ouverture d'une procédure d'administration provisoire à l'égard des biens d'un ressortissant français, le tribunal retient l'application du droit français au titre de loi nationale

L'on aperçoit cependant une hypothèse particulière qui pourrait susciter des difficultés. Il s'agit du cas du senior mobile, qui partage son temps entre deux résidences. Les exemples ne seront sans doute pas nombreux. Le développement du transport aérien bon marché et la disparition ou à tout le moins l'effacement des frontières ont cependant permis à certains de combiner le soleil et la douceur d'une résidence au sud avec la certitude d'un pied-à-terre en Belgique : chaque année, les personnes concernées séjournent quelques mois dans leur pays d'origine pour revenir ensuite en Belgique pour une période équivalente, l'alternance entre les deux endroits étant facilitée par les nombreux contacts établis dans les deux communautés de vie et la possession de biens immobiliers dans les deux Etats.

La question, qui n'est pas propre à la matière de l'incapacité, est de savoir où se trouve la résidence habituelle des intéressés. Ce concept nécessite un examen attentif des faits pour déterminer si l'une des résidences peut l'emporter sur l'autre. Sans doute sera-t-il possible dans la grande majorité des cas de distinguer une hiérarchie entre les deux résidences. La présence en Belgique des enfants et petits-enfants de l'intéressé, d'un médecin avec qui une relation de confiance s'est établie de longue date ou encore d'une relation bancaire que l'on peut estimer être la relation principale, permettra de situer la résidence en Belgique. Au contraire, lorsqu'il apparaît que l'intéressé a progressivement abandonné les attaches qui le liait avec la Belgique, n'y conservant que le minimum nécessaire pour des séjours de moins en moins fréquents, il faudra constater que la Belgique n'est plus le pays de la résidence habituelle.

Une question se pose dans ce contexte : si le senior a progressivement modifié sa résidence habituelle pour l'installer à l'étranger, à quel moment faut-il concrétiser le facteur de rattachement? L'article 35 du Code est attentif à cette difficulté. Il retient la résidence habituelle "au moment des faits donnant lieu à ... l'adoption des mesures de protection". L'expression peut sembler peu précise. L'on conviendra que s'agissant d'une activité humaine qui n'apparaît à l'observateur externe qu'à travers une série d'éléments aux abords parfois insignifiants, il n'est pas possible de fixer avec une précision scientifique le moment exact auquel une résidence habituelle est constituée. Cette difficulté se double d'une seconde, liée à l'appréhension par le droit des faits qui justifient l'adoption de mesures de protection. Sur ce plan, l'on peut également être confronté à un continuum de faits au sein duquel il sera difficile de déterminer quel événement marque de façon décisive la nécessité d'adopter des mesures de protection.

B. L'accueil à l'étranger des mesures adoptées en Belgique

Il ne suffit pas de constater que, puisque l'intéressé réside de longue date en Belgique, c'est au droit belge qu'il revient de se prononcer sur la protection du patrimoine et de la personne de l'incapable. S'agissant d'un ressortissant étranger qui vit en Belgique, il faut encore s'interroger sur l'accueil que réservera l'Etat étranger aux mesures adoptées en Belgique.

Cette question est spécialement pertinente lorsque l'intéressé possède des biens dans son pays d'origine ou dans un Etat tiers. Soit un ressortissant italien installé depuis des décennies en

et note que "la loi du 18 juillet 1991 ... ne saurait être tenue pour une loi de police et de sûreté") et J.P. Leuven, 5 juillet 1999, *R.W.*, 1999-00, 856 (le juge explique que « anders dan bij de bescherming van de persoon van de geesteszieke, uit de wet van 26 juni 1990 niet kan afgeleid worden dat de bescherming van de goederen de openbare orde raakt of de wet op het voorlopig bewind het karakter van een politiewet heeft, zodat de Belgische wet alleen kan worden toegepast bij urgentie »).

Belgique, qui, atteint de la maladie d'Alzheimer, est placé sous administration provisoire – application des articles 488*bis* et suivant du Code civil conformément au prescrit de l'article 35 du Code de droit international privé. Comment cette décision sera-t-elle reçue en Italie où l'intéressé possède une résidence?

Si l'on met de côté les conventions bilatérales que la Belgique a signées avec quelques pays européens et dont l'objet est d'assurer la libre circulation des décisions.¹², il n'existe que fort peu d'accords susceptibles sinon de garantir, du moins de faciliter l'exportation à l'étranger d'une décision adoptée par une juridiction belge. Le praticien devra dès lors solliciter le droit commun de l'exécution des jugements étrangers. Or ce droit commun est d'une grande diversité. Certains systèmes se montrent fort accueillant, d'autres imposent des conditions, notamment une condition de réciprocité, qui pourraient empêcher l'accueil de la décision prononcée en Belgique.¹³

Outre la (relative) difficulté que représente la nécessité de consulter, pour chaque Etat concerné, les règles locales relatives à l'accueil des jugements étrangers, il faut être attentif au fait que bien souvent, c'est vers l'exequatur et non la simple reconnaissance que l'on devra s'orienter. Dès lors que la décision prononcée par une juridiction belge est invoquée à l'appui de mesures relatives à un bien situé dans l'Etat d'accueil – par exemple la mise en vente par un administrateur provisoire nommé par une juridiction belge d'un immeuble situé à l'étranger et appartenant à l'incapable – il y a en effet fort à partir que les autorités locales insisteront pour que la décision belge fasse l'objet d'un exequatur, une simple reconnaissance n'étant pas jugée suffisante.¹⁴ Or, on le sait, l'exequatur ne peut, en règle, être obtenu qu'au prix d'une procédure judiciaire, alors que la reconnaissance pourrait être octroyée de plein droit. Avant de pouvoir mettre à profit sur le territoire étranger la décision prononcée par les juridictions belges, le représentant de l'incapable devra dès lors opérer un détour par une juridiction locale et soumettre la décision à la procédure d'exequatur – ce qui représente un investissement en temps et argent.

Sous-section 2 – Le senior belge délocalisé à l'étranger

Un ressortissant belge s'installe, après sa retraite, dans une maison acquise en France. Après quelques années, victime d'un accident cardio-vasculaire, ses facultés mentales diminuent. Il ne peut plus exprimer sa volonté. Comment ses proches peuvent-ils mettre en vente un immeuble de rapport situé en Belgique qui lui appartient?

12 Les conventions les plus pertinentes sont les suivantes : 1°) la convention entre la Belgique et le Royaume-Uni du 2 mai 1934; 2) la convention belgo-allemande du 30 juin 1958 ; 3) la convention belgo-suisse du 29 avril 1959; 4) la convention belgo-autrichienne du 16 juin 1959 et 5) la convention belgo-italienne du 6 avril 1962. Certaines de ces conventions prévoient en outre des règles de compétence harmonisées. Il s'agit de 1) la convention franco-belge du 8 juillet 1899 (qui prévoit des règles de compétence et met en place un régime de circulation des décisions étrangères) et de 2) la convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925 (qui a la même portée que la convention franco-belge). Ces conventions s'appliquent en matière 'civile et commerciale', ce qui comprend assurément la protection du patrimoine de l'incapable.

13 On trouvera un intéressant aperçu des régimes européens in G. WALTER et S. P. BAUMGARTNER (éds.), *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers hors des conventions de Bruxelles et de Lugano*, Civil Procedure in Europe n° 3, Kluwer Law International, 2000, 580 p.

14 La mise en vente d'un immeuble sera en effet le plus souvent considérée comme une mesure d'exécution. Cette approche n'est sans doute pas la plus convaincante. Elle demeure cependant la plus répandue. Voy. nos commentaires in « Le patrimoine de l'incapable en droit international privé », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2010*, P. LECOCQ et CH. ENGELS (éds.), La Charte, 2010, (3), 32-33.

Compte tenu de la résidence de l'intéressé à l'étranger, il paraît naturel de s'adresser aux autorités locales. Sans doute celles-ci pourront-elles être saisies d'une demande visant à faire nommer un administrateur ou pourvoir d'une autre manière à la protection de l'intéressé. Pour le savoir, il faudra interroger le droit international privé local, à défaut de pouvoir se contenter d'une référence à la Convention de La Haye qui n'a remporté jusqu'à présent qu'un succès trop modeste. Il serait trop fastidieux de passer en revue les possibilités offertes par les droits international privé des Etats étrangers susceptibles d'accueillir des seniors belges.¹⁵ Aussi se limitera-t-on dans la suite des développements à examiner s'il est possible, malgré la délocalisation du senior, de s'en remettre aux autorités belges (A). Il faudra ensuite déterminer si une mesure adoptée par une autorité étrangère, pourra être accueillie en Belgique (B).

A. Les possibilités d'action en Belgique

1. Les juridictions belges sont-elles compétentes?

Lorsqu'un senior qui réside de longue date à l'étranger, nécessite une certaine protection, est-il possible de faire appel aux autorités belges? On a déjà vu que la compétence des autorités belges est principalement déterminée par les règles du Code de droit international privé. Celui-ci permet de saisir les juridictions belges d'une demande intéressant la "détermination de l'incapacité d'un adulte ou la protection de la personne d'un incapable" lorsque l'intéressé possède la nationalité belge.¹⁶ Il suffira dès lors de constater que le senior possède la nationalité belge pour justifier la saisine des juridictions. Lorsque l'intéressé possède plusieurs nationalités, il suffira de constater que la nationalité belge est l'une d'entre elles pour satisfaire au prescrit légal.¹⁷

La disposition qui vient d'être citée ne s'intéresse qu'à la protection de la "personne d'un incapable". Ceci empêche-t-il de saisir les juridictions lorsque la demande porte sur un bien situé en Belgique - par exemple un appartement que l'on souhaite vendre, le senior ne pouvant plus exprimer sa volonté? L'article 33 al. 2 du Code complète l'arsenal des règles de compétence en permettant de saisir les juridictions belges lorsque la demande "porte sur des biens situés en Belgique". Il s'agit d'un chef de compétence particulier, limité à un objet précis – contrairement à la règle explicitée précédemment qui, fondée sur la nationalité de l'individu, est par nature universelle.

Partant, la délocalisation d'un senior belge installé à l'étranger, n'empêche pas d'obtenir une décision en Belgique, que ce soit en relation avec un bien précis situé en Belgique ou de

15 On trouvera des indications substantielles dans les diverses contributions rassemblées in *Volwassen maar onzelfstandig. Meerderjarigheidsbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, K. BOELE-WOELKI et E. MOSTERMANS (éds.) Intersentia, 1999 et en particulier les contributions de E. MOSTERMANS, "Meerderjarigenbescherming in het Nederlandse internationaal privaatrecht", pp. 73-91 et K. SIEHR, "Protection of Adults in Private International Law under the 1997 Hague Preliminary Draft Convention. Old Cases and a New International Instrument", pp. 109-134.

16 Art. 33 conjugué à l'art. 32-2 ° du Code.

17 Conformément à la règle relative aux conflits de nationalité qui figure à l'article 3 du Code.

manière plus large, pour qu'un statut général de protection soit mis en place.^{18 19}

2. Quel droit les juridictions belges doivent-elles appliquer ?

Il reste encore à s'interroger sur le droit dont les juridictions belges retiendront l'application. Conformément à l'article 35 du Code, déjà évoqué, c'est le droit de la résidence habituelle du senior qui s'impose. Dès lors qu'un ressortissant belge réside en France, il faudra s'en remettre au droit français. La nationalité belge de l'intéressé ne lui permet pas d'exiger l'application du droit belge.²⁰ Ceci vaut lorsque l'on s'adresse à une juridiction belge tant de manière générale, pour obtenir une mesure de protection, que si la demande vise un élément spécifique, par exemple la vente d'un immeuble.

Ce n'est que si le droit étranger de la résidence de l'intéressé « ne permet pas d'assurer la protection que requièrent la personne ou ses biens », que l'article 35 § 2 du Code permet de revenir au droit de la nationalité de l'intéressé. L'hypothèse est celle d'un droit indifférent au besoin de protection que fait naître l'état physique ou mental d'un adulte. S'il apparaît que le droit étranger prévoit une protection, mais que celle-ci est organisée différemment, la clause d'ordre public positif ne peut trouver à s'appliquer. Ainsi, la circonstance qu'en droit marocain, le tuteur légal – qui est par priorité le père de l'incapable²¹ – qui exerce la représentation de l'incapable,²² ne soit soumis, s'agissant de sa gestion des biens de l'interdit, à un contrôle

18 Dans les relations avec la France, il faudra tenir compte de la convention bilatérale précitée. Cette convention prévoit une disposition particulière, qui vise les contestations “relatives à la tutelle des mineurs ou des interdits”. Elle accorde compétence au juge “du lieu où la tutelle s'est ouverte”. Cette disposition doit sans doute s'entendre comme pouvant être appliquée quelle que soit la nature exacte du statut de protection concerné. Selon Mme Watté, les commentateurs ont admis que cette disposition devait faire l'objet d'une interprétation large (N. WATTÉ, 'Convention franco-belge du 8 juillet 1899', *Juris-classeur droit international*, Fasc. 591, 1990, 17, n° 70; dans le même sens, 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, 207-208. La Convention conclue avec les Pays-Bas en 1925 ne prévoit pas de règle de compétence particulière pour le contentieux de la protection des incapables.

19 En France, ce sont les articles 14 et 15 du Code civil qui permettent aux français majeurs expatriés de solliciter des juridictions françaises qu'elles se prononcent sur le statut de protection – voy. par ex. à propos d'une demande de mise sous curatelle d'un français majeur résidant en Suisse, Cass. fr., 1ère civ., 9 déc. 2003, *J.C.P.*, Ed. Not., 2004, 1274, note T. FOSSIER, “La mise sous curatelle d'un français domicilié à l'étranger”.

20 Contrairement à la pratique en vigueur avant l'adoption du Code de droit international privé. La matière de la protection des incapables était alors toute entière soumise au principe de nationalité, conformément à l'art. 3 al. 3 du Code civil. Voy. par ex. dans la jurisprudence Civ. Bruxelles, 21 février 1995, *J.T.*, 1995, 387 (le tribunal réforme une ordonnance par laquelle un juge de paix avait fait application de la loi belge pour placer les biens d'un ressortissant français sous administration provisoire en application de la loi belge. Le tribunal observe que c'est la loi nationale de l'intéressé qu'il eut fallu préférer, la loi belge ne devant être retenue que si la protection offerte par la loi nationale s'avère inadéquate, ce qui n'est pas le cas du droit français).

En France, le droit national demeure la référence exclusive s'agissant de déterminer quelle protection nécessite un adulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé récemment dans deux espèces - Cass., 1ère civ., 18 janvier 2007, *AJ Famille*, 2007, 145 (en l'espèce, la Cour censure, au visa de l'article 3 du code civil, une décision d'une juridiction qui avait placé sous un régime de protection français une ressortissante portugaise) et Cass., 1ère civ., 6 janv 2010, *Droit de la famille*, mars 2010, 8, note M. FARGE (la Cour censure une décision qui avait retenu la loi française pour prononcer la mise sous curatelle renforcée d'une personne née en Tunisie, sans rechercher si la loi tunisienne s'appliquait). Depuis le 1er janvier 2009, la Convention de La Haye est en vigueur en France, ce qui a pour effet d'écarter l'application de la loi nationale au profit de la loi de la résidence habituelle de l'intéressé (voy. I. BARRIÈRE-BROUSSE, “Le nouveau droit international privé des incapacités et la loi du 5 mars 2007”, *Droit de la famille*, février 2009, 15-21).

21 Art. 236 du Code du statut personnel marocain. Ce n'est qu'en cas de décès du père ou lorsqu'il ne peut assumer la tutelle, que la mère peut exercer la tutelle légale (art. 238 du même Code).

22 L'incapable majeur, qui fait l'objet, par jugement du tribunal (art. 220 Code du statut personnel marocain),

judiciaire préalable que si la « valeur des biens de l'interdit excède deux cent mille dirhams », ²³ ne peut justifier que l'on écarte le droit marocain de la résidence habituelle au profit de la loi nationale de l'incapable.

Lorsque l'incapable est marié, une particularité mérite d'être signalée. Dans certains systèmes juridiques, un époux peut accorder mandat à l'autre pour passer certains actes, comme les achats nécessaires au ménage. Lorsque l'un des époux est dans l'incapacité de manifester sa volonté, l'autre peut parfois solliciter d'une juridiction l'autorisation d'être substitué à l'époux incapable pour tout ou partie de ses pouvoirs. ²⁴ Faut-il, lorsqu'une demande vise à mettre en oeuvre des dispositions de ce type, considérer qu'elles appartiennent au statut de l'incapacité ou, au contraire, considérer qu'il s'agit d'effets du mariage? La question n'aura pas dans tous les cas un intérêt pratique puisque selon l'article 48 du Code de droit international privé, les effets du mariage sont soumis par priorité à la loi de la résidence commune des époux. Dans la plupart des cas, ce rattachement coïncidera avec celui retenu pour l'incapacité. Il n'en ira pas toujours ainsi, qui justifie que l'on tranche la question de la qualification. L'article 48 § 2, 5° facilite quelque peu cette opération, qui évoque, au titre du domaine de la loi applicable aux effets du mariage, « les modalités de la représentation d'un époux par l'autre ». Aucune difficulté ne se présentera lorsque la question de la représentation d'un époux par l'autre se pose en dehors de toute incapacité du premier. Ainsi si l'on s'interroge sur la question de savoir si un époux peut donner un mandat irrévocable et général à l'autre ou si au contraire un tel mandat doit nécessairement être révocable, il faudra interroger la loi des effets du mariage. ²⁵

La difficulté se fera plus aigue lorsque la question de la représentation est évoquée dans un contexte où l'un des époux est par exemple dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Il faut sans doute considérer que la loi des effets du mariage s'applique par priorité à chaque fois que la question de la représentation d'un époux par l'autre est directement liée à la qualité de conjoint. Ainsi faudra-t-il interroger la loi des effets du mariage si l'on se demande si l'époux d'un conjoint incapable peut, parce qu'il est marié à l'incapable, solliciter d'une juridiction l'autorisation de représenter celui-ci. Que cette autorisation soit sollicitée pour des actes précis liés au statut matrimonial, ²⁶ ou au contraire de manière générale, ne nous semble pas devoir modifier l'analyse. Par contre lorsque l'on s'interroge sur le point de savoir si un conjoint peut être autorisé à représenter son conjoint incapable, dans le cadre d'un statut particulier d'incapacité, il nous semble que l'on quitte le domaine des effets du mariage pour entrer dans celui de l'incapacité.

Dans le cas de la vente d'un immeuble situé en Belgique, l'application du droit étranger de la

d'une interdiction totale (il doit s'agir d'un «dément» ou de quelqu'un «qui a perdu la raison» - art. 217 du Code) ou partielle (la limitation de la capacité d'exercice est prévue pour le «prodigue» - à savoir «celui qui dilapide ses biens par des dépenses sans utilité ou considérées comme futiles par les personnes raisonnables» - art. 215 - et le «faible d'esprit», à savoir «celui qui est atteint d'un handicap mental l'empêchant de maîtriser sa pensée et ses actes», art. 216) est représenté par le représentant légal (art. 232), qui n'est autre que le tuteur légal. Selon l'article 235 du Code du statut personnel, le représentant légal «veille sur les affaires personnelles de l'interdit, en lui assurant une orientation religieuse et une formation et en le préparant à s'assumer dans la vie». Il est également chargé, selon la même disposition «de la gestion courante de ses biens».

23 Art. 240 du Code du statut personnel. Le montant correspond à +/- 17.000 EUR.

24 En droit belge, voy. les articles 219 et 220 C. civ.

25 M. Rigaux et Fallon indiquent fort utilement que la loi des effets du mariage n'est dans cette hypothèse pertinente que pour les aspects *internes* du rapport de représentation (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 541, n° 12.65).

26 Par ex. la mise en vente de l'immeuble familial protégé par une disposition particulière en raison du mariage des époux.

résidence habituelle du senior ne surprendra pas s'agissant de déterminer si le senior peut vendre seul et si la réponse s'avère négative, qui peut le représenter. Dès lors que l'on sait que le senior doit être représenté, il peut paraître plus surprenant de délaisser au droit de la sa résidence habituelle, la question de savoir si le représentant doit obtenir une autorisation judiciaire. S'il s'agit d'obtenir l'autorisation de vendre un immeuble situé en Belgique, ne faudrait-il pas suivre les conditions posées par le droit belge?²⁷

L'application du droit étranger de la résidence habituelle du senior s'explique en réalité aisément. Les exigences particulières posées pour la vente d'un immeuble ne sont pas intimement liées au statut de l'immeuble. Elles visent avant tout la protection de l'incapable. La preuve en est que ces mêmes exigences pourront s'imposer pour d'autres opérations même si elles ne portent pas sur un immeuble – accepter une donation mobilière par exemple. Ce que l'on a coutume d'appeler les '*formalités habilitantes*' sont donc des questions qui font partie du statut de l'incapable. Il s'agit de règles d'organisation et de fonctionnement d'un régime de protection, qui doivent, comme les conditions d'accès et les effets juridiques de ces régimes, être soumis à la loi de la résidence habituelle.²⁸ La jurisprudence a eu l'occasion de le confirmer à de nombreuses reprises.²⁹

S'il s'avère que la loi de la résidence habituelle de l'intéressé permet au représentant de l'incapable de procéder à la vente de l'immeuble sans autorisation particulière, il faudra s'en accommoder. L'absence de contrôle juridictionnel préalable ne permet pas à lui seul de remettre en question l'application de la loi de la résidence habituelle de l'incapable.³⁰ Il en va a fortiori de même lorsque le droit étranger permet au représentant de l'incapable de mettre en vente un immeuble sur la seule foi d'une autorisation du conseil de famille, sans qu'il soit besoin de solliciter une juridiction.³¹

Si le senior réside à l'étranger et que la loi étrangère prévoit l'intervention d'une autorité déterminée, il faudra respecter ce prescrit. Une difficulté peut surgir lorsque la loi étrangère impose le recours à un organe ou une institution inconnue du droit belge ou lorsqu'elle attribue à une institution bien connue en Belgique une compétence qu'elle ne possède pas en droit belge. Si l'intérêt des relations internationales peuvent permettre une certaine souplesse dans l'agencement des compétences, l'on ne saurait remettre en question les fondamentaux des compétences d'attribution.

Les personnes concernées pourraient cependant préférer s'adresser aux autorités du lieu de

27 Et en particulier les art. 1186 e. s. du Code judiciaire.

28 La Convention de La Haye de 2000 innove sur ce point dans la mesure où elle écarte l'application de la loi de la résidence habituelle du majeur incapable (applicable en principe à la protection du majeur - art 13) pour les "conditions d'application" d'une mesure adoptée dans un autre Etat. L'hypothèse est celle d'un majeur qui a fait l'objet d'une mesure de protection dans l'Etat de sa résidence, et qui possède un bien dans un autre Etat. Les "conditions d'application" de la mesure seront, pour ce qui concerne la mise en vente de l'immeuble, du ressort non pas de la loi de la résidence habituelle, mais bien de la loi de l'Etat du lieu de situation. Si cette loi subordonne la mise en vente d'un immeuble à une autorisation judiciaire, il faudra l'obtenir alors même qu'une telle autorisation n'est pas exigée par la loi de la résidence habituelle du majeur. Il s'agit là d'un net recul de la primauté de la loi de la résidence habituelle comme référence exclusive pour le statut de la protection des incapables. Sur ce point, les explications de P. LAGARDE, *art. cit.*, 173-174.

29 La loi du lieu de situation de l'immeuble ne reprend son titre que pour déterminer le statut du bien : s'agit-il d'un bien meuble ou immeuble, indivis ou pas, etc.

30 MM. Rigaux et Fallon notent à ce propos que "il n'y a normalement pas lieu d'étendre au mineur [la solution est identique pour les majeurs – PW] – même belge – résidant à l'étranger les formalités par lesquelles le législateur belge protège les incapables, alors que la loi de la résidence du mineur ne connaît pas les mêmes exigences" (*op. cit.*, 647, n° 12.176).

31 P. ex. art. 505 du Code civil français.

résidence de l'intéressé. Il faut dès lors s'interroger sur l'accueil que l'on pourra réserver en Belgique aux mesures adoptées à l'étranger.

B. L'accueil en Belgique des mesures adoptées à l'étranger

Plutôt que de faire appel aux autorités belges, il peut sembler préférable, lorsque l'état d'un senior résidant à l'étranger nécessite des précautions particulières, de s'adresser aux autorités locales.³² Sous l'angle du droit international privé belge, ce scénario soulève la question de l'accueil en Belgique d'une décision adoptée par une juridiction ou une autre autorité étrangère. La question se posera le plus souvent à l'occasion de l'exercice en Belgique, par le représentant de l'incapable, de sa mission. Quid par exemple si un curateur nommé par une juridiction française (art. 446 C. civ. français) prend contact avec un notaire belge pour le charger de mettre en vente un bien immobilier appartenant à l'incapable et situé en Belgique ?

Comme pour l'hypothèse inverse déjà précédemment invoquée (*supra*), il s'impose de distinguer l'accueil des décisions étrangères émanant d'un Etat avec lequel la Belgique est liée par une convention, de celui des décisions émanant d'autres Etats.

Le premier groupe rassemble essentiellement des pays européens avec lesquels la Belgique a signé une convention bilatérale portant de façon générale sur la circulation des décisions en matière civile et commerciale. Ces conventions, déjà assez anciennes, prévoient de manière générale un accueil souple des décisions étrangères, sur le mode de la reconnaissance de plein droit.³³ Il n'est donc pas nécessaire d'opérer un détour préalable par une juridiction belge pour que celle-ci examine la décision étrangère avant de pouvoir l'invoquer en Belgique. Il faudra cependant être attentif aux motifs de refus, parfois fort nombreux, retenus par ces conventions. La plupart de ces conventions imposent notamment un contrôle de la compétence indirecte, selon des formules plus ou moins sophistiquées.³⁴

Dès lors que la décision étrangère est invoquée à l'appui d'un acte d'exécution, il faudra obtenir l'exequatur de cette décision. La plupart des conventions conclues par la Belgique délaissent au droit national la question de savoir quelle procédure doit être empruntée pour obtenir l'exequatur.³⁵ Peut-on dès lors emprunter au Code de droit international privé la procédure simplifiée d'exequatur mise en place lors de la codification en 2004³⁶ – une procédure unilatérale dans une première phase, comme l'est la procédure envisagée dans les instruments européens ? Un tel emprunt au Code de droit international privé peut d'autant

32 Sur les statuts susceptibles de protéger un incapable majeur, voy. les observations comparatives de G.-R. DE GROOT, "Bescherming van meerdejarigen : enkele rechtsvergelijkende notities", in *Volwassen maar onzelfstandig. Meerdejarigheidsbescherming in Europees en internationaal privaatrechtelijk perspectief*, K. BOELE-WOELKI et E. MOSTERMANS (éds.) Intersentia, 1999, 35-60.

33 P. ex. l'article 1er de la convention belgo-allemande du 30 juin 1958.

34 Selon l'article 4 § 1er de la convention belgo-allemande du 30 juin 1958 par exemple, il faut considérer que le juge qui a prononcé la décision était compétent pour ce faire lorsque le défendeur avait au moment de l'introduction de l'instance son domicile ou sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat ou qu'il était ressortissant de cet Etat. Ainsi, si un ressortissant belge est placé sous curatelle ('*Betreuung*') par une juridiction allemande (le '*Vormundschaftsgericht*'), en application de la loi allemande (art. 1896 BGB), cette décision devra être reconnue en Belgique si l'intéressé possédait en Allemagne sa résidence habituelle ou son domicile.

35 P. ex. art. 7 de la convention belgo-allemande; art. 5 § 1 de la convention belgo-autrichienne du 16 juin 1959 et l'article 9 de la convention belgo-italienne du 6 avril 1962. L'article 5 § 3 de la Convention belgo-suisse de 1959 prévoit que "La procédure d'exequatur sera aussi simple, rapide et peu coûteuse que possible".

36 Comme le suggèrent MM. RIGAUX et FALLON, *op. cit.*, 449, n° 10.36 *in fine*.

mieux se concevoir qu'il n'existe pas d'autre réglementation légale de la procédure d'exequatur.³⁷ L'on sera cependant attentif au fait que certaines de ces conventions prévoient des règles qui peuvent entrer en contradiction avec le caractère unilatéral de la procédure prévue par le Code de droit international privé.³⁸

A défaut de convention ou d'accord, c'est le Code de droit international privé qui régira les conditions de l'accueil en Belgique d'une décision prononcée à l'étranger. Le Code retient le principe de la reconnaissance de plein droit des décisions étrangères. S'il est nécessaire d'obtenir l'exequatur de la décision étrangère, ceci pourra se faire, comme déjà évoqué, par le biais d'une procédure simplifiée. L'article 23 du Code précise que cette procédure, qui doit être engagée devant le tribunal de première instance, doit être introduite et instruite conformément à la procédure visée aux articles 1025 à 1034 du Code judiciaire. Tant pour la reconnaissance que pour l'exequatur, l'article 25 retient un grand nombre de motifs de refus, parmi lesquels on retiendra la classique exception d'ordre public de droit international privé.

Un dernier point mérite de retenir l'attention. Les seniors belges installés à l'étranger, pourraient être séduits par certains mécanismes proposés par le droit local et notamment la possibilité d'accorder un mandat d'incapacité – à savoir un mandat visant à confier à une personne des compétences définies précisément, et qui est destiné à sortir ses effets lorsqu'une personne. Le droit français permet par exemple à toute personne de donner en prévision de son incapacité, mandat à une autre de prendre en charge sa personne et ses biens.³⁹

Comment un tel mandat doit-il être appréhendé s'il vient à être invoqué en Belgique, par exemple par le mandataire d'un ressortissant belge, résidant à l'étranger, qui souhaite mettre en vente un immeuble appartenant à l'incapable? La difficulté principale que soulève un tel mandat porte sur sa classification : doit-on considérer qu'il s'agit d'un contrat, auquel cas il suffirait de faire référence à la loi choisie par les parties,⁴⁰ ou faut-il au contraire tenir compte de l'intention des parties, qui souhaitent que le mandat ne devienne effectif que lorsqu'une personne est hors d'état de pourvoir à ses intérêts, pour considérer que l'accord doit être soumis à la loi de l'incapacité?⁴¹ La Convention de La Haye retient une solution intermédiaire qui est séduisante : en principe, le mandat doit répondre aux conditions prévues par la loi de la résidence habituelle de l'adulte au moment où le mandat est conféré.⁴² Compte tenu des grandes différences existant en droit comparé sur ce point, la Convention prévoit cependant

37 L'article 570 du Code judiciaire, tel que modifié par le Code de droit international privé, en contient plus qu'une règle de compétence d'attribution.

38 Voy. par ex. l'art. 10 § 3 convention belgo-allemande (qui prévoit que « le défendeur » peut démontrer qu'il a obtenu un sursis à l'exécution du jugement étranger) ou encore l'art 4 § 2 de la convention belgo-autrichienne (qui prévoit que le jugement d'exequatur peut être attaqué par toute voie de recours prévue par la législation belge en la matière « à l'exception de l'opposition »).

39 Art. 477 e. s. C. civ. Français (selon lequel « Toute personne majeure ou mineure émancipée ne faisant pas l'objet d'une mesure de tutelle peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter pour le cas où, pour l'une des causes prévues à l'article 425, elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts »). Voy. les éléments de droit comparé in M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Defrénois-Lextenso, 2010, 346-348, n° 640-645.

40 Dont on peut supposer qu'elle permettra de valider le mandat. L'on peut se demander si un tel mandat pourrait être appréhendé par le biais du Règlement Rome I, dont on sait qu'il ne vise pas les obligations découlant de relations de famille, ni d'ailleurs l'état et la capacité. Il nous semble qu'il n'y a pas de raison valable d'exclure l'application du Règlement Rome I, un tel mandat pouvant parfaitement être détaché des relations familiales. Par ailleurs, l'exclusion des questions de capacité doit s'entendre comme visant les questions de capacité liées à la conclusion du contrat et non les conventions rédigées pour faire face à une éventuelle incapacité.

41 En général, voy. l'étude de M. REVILLARD, « Le mandat de protection future en droit international privé », *Defrénois*, 2008, 1533 e.s.

42 Art. 15.

une possibilité limitée de choix de loi : les parties au mandat peuvent sélectionner certaines lois qui régiront le mandat et notamment la question de son existence. Ce faisant, un ressortissant québécois qui réside en Belgique peut choisir de soumettre le mandat qu'il confère, à la loi de son Etat d'origine, échappant ainsi aux hésitations qui pourraient naître si l'on examinait un tel mandat à la lumière du droit belge.⁴³

Dans l'attente de l'entrée en vigueur de la Convention pour la Belgique, l'on n'échappera sans doute pas à l'application de la loi de l'incapacité, au moins à la question de savoir si le mandat conféré par une personne peut survivre à son incapacité. Le choix opéré par le législateur belge en 2003,⁴⁴ qui a introduit, à l'occasion de la réforme de la protection des biens des personnes incapables, une possibilité pour l'incapable d'exprimer sa préférence quant au choix de l'administrateur provisoire, démontre à suffisance les liens très étroits qui unissent le mandat et le statut de l'incapable. C'est donc par priorité la loi de la résidence habituelle qu'il faudra consulter pour déterminer si le mandat est valable. S'il s'avère que cette loi est une loi étrangère qui donne au mandant une autonomie plus grande que celle que permet le droit belge, il nous semble peu opportun d'invoquer l'exception d'ordre public pour contrer son application.

43 Pour plus de détails, l'on lira avec attention les observations de P. LAGARDE, *art. cit.*, 175-178.

44 Loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental.

Section 2 : le décès du senior

La seconde question choisie pour illustrer l'impact du droit international privé sur les seniors délocalisés est celle de la transmission du patrimoine à cause de mort. Le trépas auquel nul n'échappe, ouvre bien entendu la succession. Encore faut-il s'entendre sur les règles susceptibles d'organiser la liquidation de cette succession.⁴⁵ Par cohérence, l'on retiendra la même division que celle adoptée à propos du senior incapable, pour aborder d'abord la situation du senior installé en Belgique avant de s'intéresser à celle du senior belge délocalisé.

Sous-section 1 – Le senior étranger en Belgique

On l'a écrit, les communautés étrangères installées en Belgique ont leur histoire, qui est déjà assez longue.⁴⁶ Il n'est dès lors pas inutile de s'intéresser aux questions soulevées par la transmission à cause de mort du patrimoine de ces personnes.

Les personnes durablement installées en Belgique et qui y décèdent, ne suscitent guère de difficultés sous l'angle du droit international privé. Les règles classiques retenues par l'article 78 du Code de droit international privé permettront dans la plupart des cas de soumettre la succession au droit belge : ce sera le cas pour l'ensemble du patrimoine mobilier du défunt, où qu'il se trouve, cette partie du patrimoine étant soumise à la loi de la dernière résidence habituelle du défunt. Quant aux immeubles, il faudra consulter la loi du lieu de leur situation. Si le défunt possédait, comme c'est le plus souvent le cas, un immeuble dans l'Etat de sa résidence, les deux parties de la succession seront régies par le même droit.

Un élément spécifique doit cependant retenir l'attention. Des études montrent en effet que les communautés étrangères ont investi massivement dans l'immobilier dans leur pays d'origine. Selon des chiffres récents, plus de 60 % des ménages d'origine marocaine possèdent un bien immobilier au Maroc.⁴⁷ Le pourcentage est sans doute équivalent pour la communauté turque. Voilà un élément patrimonial spécifique qui nécessite que l'on s'y attarde en abordant d'abord le morcellement de la succession auquel conduit le raisonnement de droit international privé (A) pour évoquer ensuite le résultat de quelques mécanismes spéciaux qui sont susceptibles d'affecter ce raisonnement (B).

A. Le morcellement de la succession

45 Sur les règles de droit international privé applicables aux successions, 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.

46 Voy. surtout les contributions rassemblées in *Histoire des étrangers et de l'immigration en Belgique, de la préhistoire à nos jours*, sous la dir. de A. MORELLI, Couleur livres, 2004 ainsi que J.-Ph. SCHREIBER et A. MORELLI, « Histoire des migrations », in *Immigration et intégration en Belgique francophone. Etat des savoirs*, M. MARTINIELLO et al. (éds.), Academia Bruylant, 2007, 21-42.

47 Voy. les données chiffrées rassemblées par A. SAAF et al., *Belgo-marocains des deux rives. Une identité multiple en évolution*, Fondation Roi Baudouin, 2009, 42-43.

Si la succession ouverte en Belgique comprend un immeuble situé à l'étranger, le raisonnement classique impose de s'en référer au droit de l'Etat du lieu de situation de l'immeuble. Ce facteur de rattachement peut conduire à morceller la succession en plusieurs parties : une partie soumise au droit belge, au titre de la dernière résidence habituelle du défunt et l'autre, comprenant l'immeuble situé à l'étranger, soumise au droit de ce pays.

Cette division est loin d'être un simple exercice intellectuel. Dans l'état actuel du droit, elle emporte d'importantes conséquences pratiques. Ainsi, si le défunt laisse un(e) conjoint(e) survivant(e), les droits de ce(tte) dernier(-ère) seront différents selon que l'on s'intéresse à la partie de la succession soumise au droit belge ou à celle régie par le droit étranger. Si le défunt possédait un immeuble situé en Espagne, il faudra admettre que son conjoint, avec lequel il était établi en Belgique, ne recueillera qu'un tiers de l'immeuble en usufruit, comme le prévoit le droit espagnol,⁴⁸ alors que ce même conjoint pourra revendiquer l'usufruit de l'ensemble des biens régis par le droit belge.

De la même manière, si le défunt laisse un testament, l'on devra en examiner la validité sur des bases différentes.⁴⁹ Si les dispositions testamentaires portent sur des biens situés dans plusieurs pays, il faudra examiner la validité de certaines de ces dispositions à la lumière de plusieurs lois différentes. Ceci peut avoir pour effet d'invalider en tout ou en partie le testament. Soit un ressortissant marocain qui réside en Belgique et souhaite léguer les deux immeubles qu'il possède à ses deux enfants. L'un des immeubles est situé en Belgique, l'autre au Maroc. Pour apprécier si le legs portant sur l'immeuble situé en Belgique est valable, il faudra consulter le droit belge, droit du lieu de situation de l'immeuble. C'est ce droit qui indiquera notamment si le legs ne doit pas faire l'objet d'une réduction en raison d'une atteinte aux droits d'héritiers réservataires. Le legs portant sur l'immeuble situé au Maroc devra quant à lui être examiné à la lumière de la loi marocaine. Celle-ci indiquera par exemple si le testateur pouvait avantager un de ses héritiers légaux.

On le constate, le raisonnement n'est pas simple, ce qui peut compliquer une tentative de planification successorale. Il faut en outre tenir compte de éléments qui peuvent modifier le raisonnement.

B. Les questions particulières

1. Le renvoi – la prise en considération du droit international privé étranger

La technique du renvoi est bien connue. Elle permet de tenir compte de la règle de rattachement retenue par le droit étranger déclaré applicable par le droit international privé du for. Interdite en principe depuis la codification du droit international privé belge, elle subsiste à titre d'exception pour la succession immobilière.⁵⁰ L'article 78 § 2 al. 2 prévoit en effet qu'il

48 Voy. les renseignements fournis par C. PLANELL DEL POZO et M. CHECA MARTINEZ, "Espagne", in M. VERWILGHEN, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités – Droit international privé et droit comparé*, Bruylant, 2007, (1049), 1120.

49 Le Code de droit international privé ne retient pas de rattachement spécifique pour la validité des dispositions testamentaires. Elles sont soumises à la *lex successionis*, sauf choix de loi effectué par le défunt (art. 79).

50 Que le renvoi n'ait pas été admis pour la succession mobilière s'explique sans doute par la réticence du législateur vis-à-vis de cette technique. *Comp.* avec l'avis de M. Barnich qui estime que le fondement véritable du renvoi en matière successorale tient au caractère unilatéral de la règle de droit international qui donne compétence à la loi de la situation de l'immeuble, règle dont la bilatéralisation ne serait qu'une apparence (L. BARNICH, "La transmission successorale de biens immeubles à l'étranger", in *Le patrimoine immobilier familial. Aspects civils et fiscaux*, Anthemis, 2009, (257), 261).

est permis de tenir compte de la règle de rattachement étrangère si celle-ci soumet la succession au droit de la résidence habituelle du défunt.

Le renvoi fonctionne en règle avec les pays du sud qui retiennent, à titre principal, la loi nationale du défunt pour régir la succession – il en va ainsi de l'Italie, de l'Espagne⁵¹ ou encore du Portugal.⁵² Ainsi, il faudra tenir compte, à l'égard d'un défunt de nationalité belge qui possédait un immeuble en Italie, de la loi belge et non de la loi italienne puisque la règle italienne de droit international privé retient la loi de la nationalité du défunt.⁵³

S'agissant d'un senior étranger qui résidait en Belgique, le renvoi n'offre que peu d'espoir d'échapper au morcellement. C'est que si le défunt possédait la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel est situé l'immeuble, la coïncidence entre le résultat auquel conduisent les deux règles de rattachement – la règle belge et la règle étrangère de l'Etat de situation de l'immeuble – prive le renvoi de sa raison d'être. Lorsqu'un italien qui résidait en Belgique, y décède, l'immeuble qu'il possédait en Italie sera soumis, quelle que soit la perspective, au droit italien. Que l'intéressé ait également possédé la nationalité belge ne modifiera pas le résultat. Certes, aux yeux du droit international privé belge, il faut retenir cette seule nationalité à l'exclusion de la nationalité italienne. Il est cependant permis de penser que lorsque le mécanisme du renvoi invite à considérer la règle de rattachement du droit étranger, il faut se plier aux règles de conflit de nationalités de ce droit. Or un belgo-italien devra, pour les besoins du droit international privé italien, être considéré comme italien.⁵⁴

Dans certains cas, la règle de rattachement étrangère rendra d'ailleurs impossible le renvoi. Ce sera le cas à propos d'un ressortissant turc qui résidait en Belgique. Si la loi turque rattache en principe la succession à la loi nationale du défunt, elle retient un rattachement différent pour les immeubles situés en Turquie. Ceux-ci sont impérativement soumis au droit turc.⁵⁵ L'immeuble situé en Turquie, qui appartenait à un ressortissant turc qui résidait en Belgique, sera donc régi par le droit turc.

2. Quel rôle pour l'exception d'ordre public?

L'exception d'ordre public demeure le correctif le plus connu du raisonnement de droit international privé. Le principe est bien connu : s'il apparaît que le droit étranger désigné par la règle de rattachement, prévoit une règle tellement éloignée des principes du for qu'elle en devient choquante, l'article 21 du Code de droit international privé permet au juge, au notaire ou à tout autre praticien de s'écarter du résultat normal de la règle de rattachement.

En matière successorale, deux éléments méritent de retenir l'attention au titre de l'exception d'ordre public : le principe d'égalité des héritiers d'une part et la réserve héréditaire d'autre part. Dans les deux cas, il faut s'interroger sur la possibilité de refuser l'application à une succession liée à la Belgique d'un droit étranger qui s'écarterait par trop des principes

51 Voy. l'article 9.8 du Code civil espagnol qui retient l'application de la loi nationale du *de cujus* au moment du décès et, suivant un principe d'unité et d'universalité de la succession, ne fait pas de distinction entre la succession des biens meubles et immeubles ou de différenciation en fonction du pays où les biens se trouvent.

52 Mais aussi de l'Allemagne, voy. le § 25-1 de l'EGBGB : « *Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte* ».

53 Art. 46 de la loi du 31 mai 1995 portant réforme du droit international privé.

54 L'article 19 al. 2 de la loi italienne portant réforme du droit international privé commande de retenir la seule nationalité italienne d'une personne qui possède en outre une autre nationalité.

55 Art. 20 § 1 *in fine* de la loi n° 5718 du 27 novembre 2007 sur le droit international privé.

fondamentaux.

A l'égard d'une succession d'un étranger résidant en Belgique, l'on peut s'interroger sur l'application d'un droit étranger qui réserverait un traitement différent aux héritiers selon leur sexe. Les droits d'inspiration musulmane procèdent fréquemment à une distinction entre les héritiers selon leur sexe. Ainsi, le droit marocain accorde-t-il une position privilégiée aux héritiers de sexe masculin. Les fils du défunt sont héritiers *par Taâsib seulement*⁵⁶ alors que les filles du défunt ne sont qu'héritières à *Fardh ou par Taâsib*.⁵⁷ En pratique, ceci signifie que la part des filles est la moitié de la part des héritiers de sexe masculin.⁵⁸ D'autres droit d'inspiration musulmane retiennent la même distinction entre les héritiers selon leur sexe.⁵⁹

S'il faut toujours être prudent dans le maniement de l'exception d'ordre public,⁶⁰ il est cependant difficile de réconcilier l'application à un patrimoine successoral régi par le droit belge, de dispositions étrangères comportant une discrimination à l'égard des femmes. Le principe d'égalité entre hommes et femmes constitue en effet l'une des charnières de l'ordre juridique belge. Si la question doit être résolue à l'aide du droit international privé belge,⁶¹ il ne faut dès lors pas craindre de recourir à l'exception d'ordre public pour refuser de faire application de la disposition étrangère.⁶² Ceci d'autant plus que la Belgique est liée par certaines obligations internationales qui lui imposent d'éviter toute discrimination en matière successorale.⁶³ L'on ne peut dès lors approuver la réticence de certaines juridictions d'Etats

56 Ils viennent directement après les héritiers à *Fardh seulement* - comme la mère et les frères/soeurs du défunt.

57 Par exemple l'art. 340 du Code du statut personnel marocain. L'on trouvera dans l'ouvrage de Mme Rutten d'importants renseignements sur le droit marocain des successions : S. RUTTEN, *Erven naar Marokkaans recht : aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Intersentia, 1997, 345 p.

58 Les droits d'inspiration musulmane soulève une autre difficulté, puisqu'ils excluent en général de la succession le successible d'une autre confession. L'article 332 de la *Mudawanah* prévoit par ex. que "Il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non-musulman". Prenant appui sur une décision de la Cour de cassation française, M. Droz indiquait que les « discriminations fondées sur l'esclavage, la religion, sur la race ne sauraient, à notre avis, recevoir un quelconque effet dans les pays européens quelle que soit par ailleurs l'intensité du rattachement avec le for » : G. DROZ, "Le droit occidental face au droit islamique, propriété et succession en droit musulman", in *Le droit islamique et sa réception par les tribunaux occidentaux*, C. VON BAR (éd.), Heymanns, 1999, (139), 147.

59 Le droit iranien (en tout cas pour les chiites musulmans, puisque le droit iranien prévoit un régime différent selon la confession religieuse des intéressés) prévoit deux règles particulières qui peuvent susciter des difficultés. Selon l'article 913 du Code civil, la veuve a droit à une portion moindre que le veuf en tant que conjoint survivant (la veuve recueille $\frac{1}{4}$ de la succession en l'absence d'enfants et $\frac{1}{8}$ s'il y a des enfants alors que le veuf recueille la moitié s'il n'y a pas d'enfant et $\frac{1}{4}$ s'il y a des enfants). L'article 907 al. 3 du Code civil iranien prévoit que les enfants de sexe masculin ont droit au double de la part des enfants de sexe féminin. En Algérie, voy. l'article 155 al. 2 et 172 al. 2 du Code de droit de la famille.

60 MM. Rigaux et Fallon écrivent à ce propos que « Toute disparité entre le droit du for et le droit étranger, notamment celle qui créerait une inégalité entre certains héritiers, ne justifie pas la mise en oeuvre de l'exception » (*op. cit.*, 744, n° 13.83).

61 Ce qui suppose qu'il soit fait appel à un notaire belge ou à une juridiction belge. S'agissant d'un défunt étranger qui résidait en Belgique, il n'est pas exclu que les héritiers se contentent de faire appel aux autorités étrangères, de l'Etat où l'immeuble est situé, pour le partage. Dans cette hypothèse, l'intervention de l'ordre public de droit international privé belge ne se justifierait bien évidemment pas.

62 Mme Watté expliquait déjà en 1992, s'appuyant sur des obligations internationales acceptées par la Belgique, que le juge belge devra refuser de tenir compte « des dispositions de droit étranger établissant un privilège d'ainesse ou de masculinité » (N. WATTÉ, "Les successions internationales. Conflits de lois, conflits de juridictions", in *Rép. Not.*, T. XV, I. XIV-3, Larcier, 1992, 114, n° 104.1). Mme Revillard écrit quant à elle que "Il ne serait pas surprenant que la jurisprudence sanctionne l'inégalité des droits successoraux organisée par le droit musulman" (*op. cit.*, 374, n° 691). Voy. également l'appréciation de G. DROZ et M. REVILLARD, v° Successions – conflits de lois, *Juris-Cl. Dr. Int.*, 2002, fasc. 557-10, 14, n° 96-97.

63 L'on pense d'abord aux articles 15 et 16 de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, qui visent spécialement les questions de droit familial.

voisins qui se sont refusés jusqu'à présent à faire triompher le principe fondamental d'égalité entre hommes et femmes.⁶⁴

Cette appréciation pourrait-elle être nuancée s'il apparaît que la succession n'est en réalité que faiblement liée à la Belgique? C'est la position défendue par M. Droz, qui estimait que si l'exclusion de certains héritiers en raison de leur confession religieuse était contraire aux principes fondamentaux des pays occidentaux et justifiait dès lors d'écarter le droit étranger quel que soit le lien que la succession présentait avec le for, il en allait autrement lorsque la différence de traitement entre héritiers repose sur le sexe. Voyant dans cette distinction une situation « choquante », mais non contraire *per se* aux principes fondamentaux des pays occidentaux, M. Droz proposait de tenir compte des liens qui unissent la succession au for, l'exception d'ordre public ne devant intervenir pour s'opposer à l'application du droit étranger que si la succession était clairement liée au for.⁶⁵ Cette position nuancée peut sans doute en appeler aux travaux récents de Mme Foblets, qui a rappelé l'importance d'adopter, lorsque l'on examine la position de la femme dans le droit successoral musulman, une conception holistique.⁶⁶ Cette conception permet, selon Mme Foblets, de nuancer l'accusation de discrimination formulée à l'encontre des droits d'inspiration musulmane, qui retiennent des règles différentes pour les héritiers de sexe masculin et féminin, dans la mesure où la position inférieure de la femme peut, en théorie au moins, être compensée par d'autres institutions et pratiques. Mme Foblets a ainsi démontré que les règles et pratiques relatives d'une part aux obligations d'entretien pesant sur les hommes à l'égard des femmes et d'autre part à l'obligation de payer à la femme une dot, permettait d'assurer un certain équilibre entre les prétentions patrimoniales des hommes et des femmes.⁶⁷ Un tel équilibre exige cependant que l'ensemble des règles et pratiques d'une communauté soient suivies d'effet. Lorsque le défunt et ses héritiers résident de longue date en Belgique, et que les prétentions alimentaires des uns vis-à-vis des autres sont soumises au droit belge,⁶⁸ alors que l'époux n'a pas été tenu de payer une dot au moment du mariage, l'application de dispositions du droit successoral d'inspiration musulmane se justifie plus difficilement, la discrimination qu'entraîne cette application ne pouvant être justifiée au nom d'un équilibre global. Ceci ne plaide-t-il pas pour une attention particulière à l'*Inlandsbeziehung* dans le maniement de l'ordre public? Lorsque la succession est celle d'une personne ayant résidé de longue date en Belgique, l'on peut estimer que la discrimination qu'entraîne le droit successoral n'est pas justifiable, puisqu'elle ne peut être compensée par les autres pratiques et usages qui peuvent bénéficier, dans la tradition musulmane, à la constitution par la femme sinon d'un patrimoine qui lui serait propre, au moins d'une protection patrimoniale minimale. *A contrario*, lorsque le défunt a vécu dans son

Les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme pourraient également être invoquées. La Cour européenne a confirmé en 2003, au prix d'une application quasi horizontale des dispositions de la Convention, que l'interdiction de discrimination pouvait s'appliquer en matière successorale (CEDH, 12 juin 2003, *Pla et Puncernau c. Andorre*).

64 En France, la Cour de cassation a refusé de censurer une décision de la Cour d'Appel de Paris qui avait, en application du droit algérien, accordé plus de droits au frère qu'à la soeur du défunt, alors que la question portait sur un immeuble situé en France (Cass. fr., 1ère civ., 4 mars 1980, *JCP*, G, 1980, IV, 93 – seul un sommaire de la décision est reproduit). En Allemagne, plusieurs tribunaux ont refusé de contrer l'application de dispositions de droit iranien pourtant discriminatoires à l'égard d'héritières – voy. les observations fort critiques de N. YASSARI, "The Application of Iranian Succession Law in German Courts and its Compatibility with German Public Policy", in *Iranian Family and Succession Laws and their Application in German Courts*, J. BASEDOW (éd.), Mohr, 2004, 35-49.

65 G. DROZ, "Le droit occidental face au droit islamique, propriété et succession en droit musulman", précité, 147-148.

66 M.-CL. FOBLETS, "Legal Anthropology", in *Imperative inheritance law in a late modern society : five perspectives*, C. CASTELEIN et A. VERBEKE (éds.), Intersentia, 2010, 39-63.

67 Voy. surtout pp. 58-60.

68 Art. 74 Code de droit international privé.

pays d'origine et que les membres de sa famille, héritiers potentiels, ont pu mettre en place les stratégies d'acquisition patrimoniales différentes que prévoient les droits d'inspiration musulmane, la censure de l'ordre public ne se justifierait plus. Encore faudrait-il, pour qu'une telle distinction puisse être acceptée, passer outre l'inconvénient qu'emporte une application différenciée des principes fondamentaux qui nourrissent l'exception d'ordre public de droit international privé.

La position doit être également nuancée à propos des droits des héritiers réservataires. Certes, le législateur a confirmé lors de la codification l'importance de ces droits, qu'il a élevé au-dessus de la possibilité accordée au futur défunt de choisir la loi applicable à la succession.⁶⁹ Ceci ne signifie pas pour autant qu'il ne serait pas possible de faire application en Belgique d'une disposition de droit étranger accordant des droits moins étendus à certains héritiers, réservataires selon les conceptions belges. Ainsi, la circonstance que le droit étranger accorde à l'héritier réservataire non pas une part en nature dans la succession, mais bien une créance en argent, à concurrence de sa part, ne nous semble aucunement justifier un recours à l'exception d'ordre public.⁷⁰ De même, s'il apparaît que les prétentions que peut faire valoir le conjoint survivant sont moins importantes selon le droit étranger que celles qu'attribue le droit belge, ceci ne semble aucunement justifier le recours à l'exception d'ordre public.

L'appréciation devrait-elle être différente lorsqu'il apparaît que le droit étranger accorde une entière liberté au testateur, les membres de sa famille proche ne bénéficiant d'aucune garantie légale qu'ils pourront se voir attribuer une partie du patrimoine du défunt? La question n'a apparemment pas encore été tranchée en jurisprudence.⁷¹ Les tribunaux ne seront en pratique que rarement confrontés à une situation mettant en jeu le droit d'un Etat qui ne connaît pas l'institution de la réserve – si l'on prend comme exemple le droit anglais et que l'on suppose que le défunt a légué l'ensemble de son patrimoine ou une partie substantielle de celui-ci à un tiers, la succession ne sera régie par le droit anglais que si le défunt résidait en Angleterre – auquel cas, les juridictions belge ne pourraient être saisies que s'il possédait également des biens localisés en Belgique – ou qu'il y possédait un bien immobilier – auquel cas, il serait nécessaire que le défunt ait résidé habituellement en Belgique pour justifier la compétence des juridictions belge.⁷² Il faut en tout cas tenir compte du fait que dans les systèmes qui ne connaissent pas de réserve successorale, les membres de la famille proche peuvent bénéficier d'une prétention alimentaire à charge du patrimoine successoral.⁷³ Ceci n'est pas sans nuancer

69 L'article 79 du Code de droit international privé permet, par un mécanisme complexe, aux héritiers investis de droits réservataires, de contester l'application de la loi choisie par le défunt.

70 C'est le cas du droit néerlandais et de la *legitieme portie*, voy. A. VERBEKE, « Het nieuwe erfrecht internationaal gesitueerd », *W.P.N.R.*, 2003, n° 6516, (20), 23-27.

71 Dans une décision ancienne, la Cour d'Appel de Liège a estimé qu'il n'était pas nécessaire de s'opposer à l'application en Belgique d'une disposition de droit allemand qui prévoyait un délai de prescription spécial de 3 ans pour les actions fondées sur la méconnaissance de la réserve (Liège, 25 avril 1955, *Jur. Liège*, 1955-56, 153). La Cour a bien noté que que “. . . l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence est de ne pas considérer comme d'ordre public belge, dans le sens d'ordre public international belge, la législation sur la réserve et la quotité disponible . . .”. Il n'est pas certain que la position aurait été la même si la question avait posé sur l'existence de la réserve et non un élément périphérique.

72 Si le défunt résidait en Belgique mais qu'il avait choisi de soumettre sa succession à la loi anglaise (art. 79 du Code de droit international privé), la question se poserait différemment. La validité des dispositions testamentaires pourrait en effet être remise en question à l'aide de l'article 79 du code qui ne permet le choix de loi que s'il ne porte pas atteinte aux droits dont bénéficient les héritiers réservataires en vertu du droit objectivement applicable à la succession. Cette limitation importante de la liberté de choix rend inutile le détour par l'exception d'ordre public pour contrer l'application du droit anglais.

73 Ceci est par exemple le cas en droit anglais. Voy. les dispositions de l'*Inheritance Family Provision Act* de 1938, modifiée par le *Inheritance Provision for Family and Dependents Act* de 1975, sur base desquelles les cours et tribunaux peuvent dans cette mesure déroger aux dispositions testamentaires du défunt au bénéfice

quelque peu les clichés véhiculés sur certains droits étrangers réputés pour leur bienveillance face aux volontés du testateur.⁷⁴ Il faut également se souvenir que si une succession est régie par un droit étranger caractérisé par d'autres traditions successorales, c'est que le défunt résidait à l'étranger ou qu'il y possédait un immeuble. Il faudra dès lors être attentif aux liens que la succession présente avec la Belgique avant de recourir à l'exception d'ordre public.⁷⁵

Sous-section 2 – Le senior belge délocalisé à l'étranger

Qu'en est-il des seniors ayant vécu en Belgique pendant leur vie active et qui se sont installés à l'étranger une fois cette page tournée? Il ne sera pas rare que leur patrimoine comprenne encore des éléments situés en Belgique – un compte-titres ouvert auprès d'un établissement bancaire belge, voire un immeuble.

Une remarque préliminaire s'impose d'emblée : il est fort probable que la liquidation de la succession impose un détour par le droit international privé étranger. La succession d'un belge installé en Espagne et qui y décède, ne pourra se faire sans tenir compte des règles espagnoles. Il faudra dès lors interroger le droit international privé local.⁷⁶

Les règles du droit international privé belge seront utiles pour les éléments du patrimoine situés en Belgique. Cela sera surtout le cas pour les immeubles, hypothèse qui fera l'objet d'un examen particulier dans les lignes qui suivent.

d'une personne qui était dans une situation de dépendance vis-à-vis du défunt et est privée de tout soutien après sa mort. Il est essentiel de noter qu'alors qu'une demande fondée sur cette législation ne peut être accordée au bénéfice des enfants du défunt que si les enfants démontrent leur état de nécessité, ceci n'est pas le cas lorsque la demande est introduite par le conjoint survivant. Ceci explique qu'un conjoint survivant peut se voir attribuer la moitié ou plus du patrimoine successoral, alors même qu'une part plus modeste suffirait à pourvoir à ses besoins. La pratique judiciaire établie en Angleterre se montre favorable aux prétentions du conjoint survivant et des enfants du défunt, voy. les explications de P. MATTHEWS, « Comparative Law – United Kingdom », in *Imperative inheritance law in a late modern society : five perspectives*, C. CASTELEIN et A. VERBEKE (éds.), Intersentia, 2010, (123), 137-151.

74 Les jurisprudences étrangères sont peu décisives. La Cour d'Appel de Paris (Paris, 3 novembre 1987, *J.D.I.*, 1990, 109, note J. HERON) a décidé d'accorder l'exequatur à une décision prononcée par un tribunal marocain à propos de la succession d'un ressortissant français décédé au Maroc, alors que l'exécution de cette décision en France comportait le risque de porter atteinte aux droits des héritiers réservataires, le défunt ayant légué une somme importante à une tierce partie. Cette décision ne signifie pas que l'ordre public ne peut être invoqué pour contrer l'application d'une loi étrangère qui méconnaîtrait les droits d'un héritier réservataire, puisque la Cour d'Appel a expressément souligné qu'elle se fondait sur l'effet atténué de l'ordre public, s'agissant non pas d'appliquer une loi étrangère, mais bien de donner effet à un jugement étranger. En outre la Cour d'Appel a justifié sa décision par le motif qu'examiner si la décision étrangère méconnaissait la réserve "impliquerait la révision au fond du jugement étranger", ce que ne permettait pas la convention franco-marocaine. Dans ses observations, M. Heron suggère qu'une loi étrangère qui porte atteinte aux droits réservataires pourrait être écartée motif pris de l'exception d'ordre public international. Voy. aussi la jurisprudence italienne citée par A. BONOMI, "Les pactes successoraux en droit international privé – remarques comparatives à la lumière des droits français, italien, espagnol et suisse", in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, A. BONOMI et al. (éds.), Droz, 2008, (11), 24.

75 L'article 21 du Code de droit international privé insiste sur la prise en considération de ces liens dans l'appréciation de l'opportunité de recourir à l'exception d'ordre public.

76 Le détour par le droit international privé étranger peut se réaliser sans déplacement. Les bibliothèques offrent d'importantes ressources documentaires permettant de déterminer quel droit s'applique à une succession en vertu du droit international privé étranger. L'on consultera par priorité l'ouvrage édité par M. VERWILGHEN, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités – Droit international privé et droit comparé*, Bruylant, 2007.

A. Les inconvénients du raisonnement classique

Si l'on s'intéresse à la situation d'un défunt résidant à l'étranger, qui possédait un immeuble en Belgique, il faut tenir compte de la diversité des règles de droit international privé des différents pays concernés. Le droit conventionnel n'a en effet que peu de prise sur le droit international privé des successions.⁷⁷ Ainsi, la France, la Belgique et le Luxembourg défendent l'application d'une règle scissionniste qui soumet le patrimoine mobilier à une loi différente de celle qui régit le patrimoine immobilier. Seul le mécanisme du renvoi permet de faire le lien entre les différentes masses que cette approche ne manque pas de faire naître.⁷⁸ Les pays du sud de l'Europe retiennent par contre la loi nationale du défunt qui régit l'ensemble de la succession.

Cette diversité de règles n'est pas nécessairement synonyme de résultats contradictoires. Soit un ressortissant belge expatrié en Espagne ou en Italie, qui aurait conservé en Belgique un immeuble. Cet immeuble est régi par le droit belge tant en vertu du droit international privé belge (art. 78 § 2 CODIP) qu'en vertu des droits espagnol et italien, puisque ceux-ci retiennent la loi nationale du défunt.⁷⁹ La solution serait différente si l'intéressé possédait la nationalité de l'Etat de sa résidence – par exemple un belgo-italien qui vivait en Italie, mais possédait un immeuble en Belgique. Alors que le droit international privé belge conserve dans ce cas le rattachement à la loi belge du lieu de situation de l'immeuble, le droit international privé italien retiendra le droit italien.

L'expatriation d'un ressortissant belge impose dès lors au praticien une étude attentive du droit international privé étranger, en tenant compte non seulement de la position adoptée pour les successions en général, mais aussi de l'attitude du droit international privé étranger face au renvoi. A terme, il faudra sans doute tenir compte d'une uniformisation des règles de rattachement en matière de succession, sous l'impulsion de l'Union européenne. Un projet de règlement est en effet en cours de discussion, qui a pour ambition de mettre en place un cadre uniforme de règlement des successions transfrontières.⁸⁰ Le projet préparé par la Commission retient un rattachement unique pour l'ensemble du patrimoine successoral, celui-ci étant soumis à la loi de la dernière résidence habituelle du défunt.⁸¹

B. Les opérations complexes

77 La Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions n'est en vigueur qu'aux Pays-Bas.

78 Comme indiqué, le renvoi ne peut être retenu, dans une perspective belge, que pour la seule succession immobilière, à l'exclusion de la succession mobilière.

79 Il faudra tenir compte de la position qu'adopte le droit international privé étranger à l'égard du renvoi. Celui-ci n'est par exemple accepté que sous certaines conditions par le législateur italien. Selon l'art. 13 de la loi italienne de 1995 déjà citée, le renvoi n'est permis que si le droit étranger que le droit international privé italien déclare applicable, soit accepte le renvoi (ce qui est le cas du droit international privé belge pour les successions immobilières), soit si le renvoi est fait à la loi italienne. En l'espèce, si un ressortissant belge qui réside en Italie possède un immeuble en Belgique, le renvoi n'est pas possible selon l'article 13 puisque le droit international privé belge ne récus pas, pour cet immeuble, l'application du droit belge auquel la règle italienne de rattachement conduit. La position est plus difficile à évaluer en Espagne, dans la mesure où le statut du renvoi est plus difficile à déterminer : le renvoi semble n'être admis, selon la jurisprudence du Tribunal Supremo, que s'il permet l'application de la loi espagnole (renvoi au premier degré) et s'il ne va pas à l'encontre du principe de l'unité de la succession.

80 Voy. sur le projet les commentaires de M. REVILLARD, *op. cit.*, 386-398.

81 Art. 16 de la proposition de Règlement présentée le 14 octobre 2009 par la Commission, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, COM(2009)154 final.

La planification successorale est dans l'air du temps. La grande presse multiplie les suppléments où les contributions portant sur les donations le disputent aux publicités, plus ou moins déguisées, pour les spécialistes de la planification que sont les banques privées et autres opérateurs. Les seniors délocalisés seront sans doute plus sensibles que d'autres aux charmes de ces opérations.

Il est dès lors intéressant de s'interroger sur le sort de certaines opérations proposées au titre de planification en cas de décès. L'on s'intéressera d'abord aux donations pour examiner ensuite quelques opérations plus complexes.

1. Les donations

Les donations sont des opérations complexes, qui appellent le jeu de règles de registres divers. Ceci se vérifie en droit international privé, qui ne réserve pas un traitement univoque aux libéralités entre vifs. Du vivant du donateur, c'est la loi d'autonomie qui retient l'attention, complétée, lorsque les parties sont mariées, par la loi des effets du mariage.

Lorsque le donateur vient à décéder, se pose la question du rapport éventuel des donations. Il faut déterminer en particulier si les héritiers peuvent contester certaines donations consenties par le défunt. Il ne fait pas de doute qu'il appartient à la loi de la succession (*lex successionis*) de se prononcer sur ce point.⁸² Ceci n'est pas sans poser question, puisque cette loi peut ne pas coïncider avec la loi sous l'empire de laquelle la donation a été effectuée.

La technique du choix de loi peut dans une certaine mesure, permettre de parer à cette difficulté. La donation constituant un contrat, les parties peuvent s'entendre pour soumettre la donation au droit qui sera (probablement) applicable à la succession.⁸³ Ce choix peut être conforté par un autre choix de loi, effectué par le donateur dans un testament.⁸⁴ Ce double choix ne permettra cependant pas de garantir que la donation sera effectivement appréciée, au décès du donateur, à la lumière de la loi qu'il a choisie. S'il en va ainsi, c'est qu'un choix de loi visant la succession, ne sera pas reconnu dans tous les pays. En outre, tel qu'il est conçu en droit international privé belge, le choix de la loi applicable à la succession peut être remis en cause par les héritiers réservataires. Lorsqu'une donation effectuée par le défunt leur est défavorable, ils pourraient dès lors tenter de la remettre en question en écartant l'option de droit effectuée par le défunt.

2. Les opérations complexes

L'on sait que la planification successorale embrasse une gamme diverse d'opérations qui vont des plus classiques – la modification du régime matrimonial des époux – à la plus complexe – la création d'une structure sociétaire étrangère. *Brevitatis causae*, seules deux gammes de cette importante partition seront évoquées dans la suite de cette contribution.

82 Comme le note par ex. L. BARNICH, *art. cit.*, 266.

83 La possibilité pour les parties à une donation de choisir la loi applicable à celle-ci ne fait pas de doute. Même si l'on devait décider que la donation ne peut bénéficier de l'application du Règlement 593/2008 (Rome I), lorsque la donation se situe dans la sphère familiale, il faudrait encore tenir compte de l'article 98 du Code de droit international privé qui étend l'application des règles européennes aux contrats qu'elles ne visent pas.

84 L'article 79 du Code de droit international privé permet en effet à chacun d'effectuer une option de droit (*professio iuris*) par voie testamentaire.

a) Les institutions contractuelles

Les avancées de la contractualisation en droit patrimonial familial ne sont pas nouvelles. Récemment, la France a, lors de l'importante réforme du droit des successions, introduit certaines innovations intéressantes dont deux peuvent retenir l'attention. Il s'agit d'une part du mandat posthume (ou fiducie successorale) et d'autre part de la renonciation à l'action en réduction, deux innovations introduites par la loi de réforme du 23 juin 2006. Ces outils nouveaux de la pratique française seront-ils accueillis favorablement en Belgique s'il apparaît que le défunt, ressortissant belge qui résidait en France, y a eu recours? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'apprécier plus précisément les contours de ces nouveaux instruments.

Le mandat posthume permet à une personne de donner mandat à une autre pour administrer ou gérer tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs de ses héritiers identifiés. Le mandataire peut être un héritier, mais ne peut être le notaire chargé du règlement de la succession. Le mandat, donné et accepté en la forme authentique, n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé. Il ne peut excéder deux ans.⁸⁵

Quant à la renonciation, les héritiers réservataires peuvent depuis la loi du 23 juin 2006, renoncer à exercer l'action en réduction, avant l'ouverture de la succession de leur auteur.⁸⁶ Cette renonciation doit être faite au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires désignés et ne produira ses effets qu'après l'acceptation des bénéficiaires de cette renonciation anticipée. Elle est entourée d'un formalisme spécial puisque l'acte de renonciation anticipée à demander la réduction doit non seulement être reçu en la forme authentique, mais il doit être reçu par deux notaires et est spécifique dans ce sens qu'il ne peut contenir que la renonciation et rien d'autre. Le législateur a même été jusqu'à imposer que l'acte de renonciation soit établi de façon éclairée et sans pression extérieure, chaque renonçant le signe en présence des seuls notaires.

Le ressortissant belge installé en France est-il bien avisé de s'intéresser à ces deux innovations? N'existe-t-il pas un risque qu'à son décès, l'une et/ou l'autre de ces mécanismes ne soient pas accueilli en Belgique? La question mérite réflexion.

En ce qui concerne le mandat posthume, l'on peut tout d'abord hésiter sur le rattachement à retenir.⁸⁷ Le mandat demeure avant tout un contrat, même lorsqu'il est conclu en vue de la gestion d'un patrimoine successoral. Partant, le mandat posthume doit d'abord être rattaché à la loi choisie par les parties. Tel qu'il est conçu par le législateur français, le mandat conserve toutefois une nature proprement successorale puisqu'il n'est appelé à intervenir qu'en cas de décès du mandant. La *lex successionis* est dès lors sans doute appelée à intervenir.⁸⁸

S'agissant d'un ressortissant belge qui résidait en France, sa succession sera régie par priorité

85 Par exception à ce principe, le mandat peut être prévu pour une durée indéterminée lorsqu'il est donné en raison de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers, de la nécessité de gérer des biens professionnels ou encore de la nécessité de posséder des compétences spécifiques pour administrer ou gérer le patrimoine.

86 Articles 929 à 930-1 du Code civil français, réformé par la loi du 23 juin 2006.

87 La question de la qualification se pose à l'égard d'autres formes de pactes successoraux, voy. les explications de A. BONOMI, "Les pactes successoraux en droit international privé ...", précité, 11-13.

88 Voy. notamment l'article 80 § 1-5° et 7° Code de droit international privé.

par le droit français. Dans cette hypothèse, l'on peut se demander dans quelle mesure l'institution du mandat posthume est susceptible de heurter l'ordre public de droit international privé, ce qui pourrait conduire à écarter certaines dispositions du droit français. A notre estime, la désignation par une personne de son vivant, d'un mandataire chargé de gérer tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers, ne saurait heurter les principes fondamentaux du droit belge des successions. Certes, les substitutions fideicommissaires sont interdites en droit belge.⁸⁹ Le mandat posthume se rapproche toutefois plus du trust que de la véritable substitution puisqu'il ne vise pas à immobiliser un actif successoral jusqu'au décès du premier héritier, mais bien à confier à un tiers la gestion de l'actif pendant une période donnée.⁹⁰ Or la jurisprudence belge accepte de longue date de reconnaître effet aux trusts valablement constitués sous un droit étranger.⁹¹ Les articles 122 e.s. du Code confirment la volonté d'accueillir en Belgique, le trust valablement constitué sur base d'un droit étranger. L'on ajoutera que la pratique belge se montre fort inventive lorsqu'un enfant mineur vient à une succession. Outre les habituelles clauses d'inaliénabilité, les testateurs peuvent éviter que les enfants mineurs puissent disposer du capital en créant une société de droit commun, en mettant l'enfant en indivision avec d'autres ou encore en attribuant un usufruit temporaire à un tiers.⁹² Il n'y a dès lors pas de raison de principe de condamner *a priori* le recours à un mandat posthume sur base de l'exception d'ordre public, d'autant que cette nouvelle institution est entourée d'importantes garanties, le législateur français ayant entendu encadrer très étroitement les hypothèses dans lesquelles on pourra voir recours à un tel mandat – et notamment le fait que le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé.

Quelle réponse apporter lorsque la succession est régie par le droit belge? Dans le cas du belge expatrié en France, le droit belge trouvera à s'appliquer si le défunt possédait un immeuble situé en Belgique. Comment intégrer dans ce cas le mandat posthume dans le cadre légal belge applicable à la liquidation de la succession, alors qu'un tel mandat est en principe, en droit belge, voué à disparaître au décès du mandant? La difficulté ne semble pas insurmontable dans la mesure où le mandat en tant qu'institution contractuelle est bien connu de la pratique belge. Il n'est toutefois pas exclu que des difficultés de délimitation entre la loi contractuelle et la loi successorale handicapent la mise en œuvre du mandat.

Quant au pacte successoral, il ne devrait pas soulever de difficultés. Certes, un tel pacte ne serait pas valable en droit belge, se heurtant à l'interdiction des pactes sur succession future. Dans la mesure où la succession du défunt est soumise au droit français, c'est ce droit qui a vocation à régir la validité et les effets du pacte.⁹³ Le droit français ne pourrait à notre sens être écarté moyennant application de l'exception d'ordre public de droit international. Il est vrai que la prohibition des pactes sur succession future est caractéristique des droits

⁸⁹ Art. 896 C. civ. Voy. cependant les nuances apportées par M. COENE, « Wie is nog bang voor de erfstelling over de hand? », note sous Cass. 30 mai 2003, *N.J.W.* 2004, 362-365.

⁹⁰ La doctrine française souligne les rapprochements que l'on peut faire entre le mandat posthume et le trust, même si les meilleurs auteurs s'empressent de signaler que les deux institutions se distinguent sur un point essentiel : le mandat posthume n'emporte pas transfert de propriété entre les mains du mandataire (L. CHAMBAZ, « Le mandat posthume, le trust et la fiducie », *Droit civil*, déc. 2006, (11), 14).

⁹¹ P. ex. Civ. Bruxelles, 31 mai 1994, *R.W.*, 1994-95, 677 ; Civ. Bruxelles, 27 novembre 1947, *Pas.*, 1948, III, 51 et Civ. Anvers, 4 mars 1971, *R.G.E.N.*, 1971, p. 254, n° 21475.

⁹² Sur toutes ces techniques voy. E. DE WILDE D'ESTMAEL, *Transférer son patrimoine dans le cadre d'une planification successorale*, Kluwer, 2005, 316.

⁹³ Il ne fait pas de doute en effet qu'un tel pacte de renonciation ou abdicatif doit être considéré comme une institution de droit successoral et à ce titre être soumis à la loi successorale. Voy. en ce sens, A. BONOMI, « Les pactes successoraux en droit international privé... », précité, 12.

d'inspiration latine, qu'elle est d'ordre public à tel point que le pacte n'est susceptible d'aucune confirmation. Il est cependant tout aussi vrai que cette prohibition connaît un nombre de plus en plus important d'exceptions, notamment depuis la loi du 22 avril 2003 qui a autorisé de tels pactes entre époux mariés en secondes noces. Dans cette mesure, il ne nous semble pas que l'ordre public pourrait s'opposer à l'application de la loi française.⁹⁴ Le jeu de l'exception d'ordre public est d'autant moins opportun que la reconnaissance par le législateur français du pacte successoral est d'une ampleur très modeste. Comme pour le mandat posthume, le pacte successoral est entouré de nombreuses précautions de forme qui préviendront les abus.

Lorsque la succession est régie par le droit belge, se posera une question délicate d'intégration au système successoral belge d'une institution contractuelle inconnue. Il n'est pas exclu que les juridictions refusent dans ce cas de tenir compte du pacte successoral.⁹⁵

b) L'immeuble apporté en société

Un dernier point mérite de retenir l'attention. L'on connaît le succès de structures sociétaires abritant l'immobilier, spécialement en France. Nombreux sont les ressortissants belges qui ont fait l'acquisition d'un immeuble en France par le biais d'une SCI – ou qui ont apporté un immeuble à une telle société.

Cette construction peut représenter un gain fiscal appréciable, sur lequel l'on ne s'attardera pas. Pour les besoins de la présente contribution, il faut déterminer si l'apport de l'immeuble au capital d'une SCI modifie le raisonnement de droit international privé. Le patrimoine du défunt comprend en effet non plus l'immeuble en tant que tel, mais bien les titres de la société. Or la nature mobilière de ces parts est incontestable.

Sauf hypothèse exceptionnelle d'application de la fraude à la loi,⁹⁶ la seule question qu'évoque

94 Voy. également la bienveillance dont fait preuve la jurisprudence française à l'égard de pactes successoraux et de testaments conjonctifs, qui ne se heurtent pas à l'ordre public de droit international privé – par ex. Aix-en-Provence, 16 oct. 2003, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2004, 589, commentaires de P. LAGARDE (validité d'un pacte successoral reçu par un notaire allemand par lequel deux partenaires s'étaient mutuellement institués héritiers à titre exclusif et illimité; la Cour d'Appel refuse d'avoir recours à l'exception d'ordre public alors même que la question intéressait des biens meubles situés en France) et les indications fournies par F. BOULANGER, *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Economica, Paris, 2004, 98, n° 88. Les jurisprudences espagnole et italienne se montrent également peu enclines à opposer l'ordre public aux pactes successoraux régis par des droits étrangers, alors même que ces droits limitent fortement la possibilité de recourir à ces pactes, voy. les indications fournies par A. BONOMI, "Les pactes successoraux en droit international privé..." », précité, 23-24.

95 Dans l'arrêt précité de la Cour d'Appel de Aix-en-Provence, la Cour a seulement fait droit à la demande fondée sur le pacte successoral à l'égard des biens meubles, ne statuant pas sur les biens immeubles. Dans ses observations, M. Lagarde note que le droit international privé français n'aurait pas permis d'étendre la solution aux éventuels biens immeubles situés en France, ceux-ci étant régis par le droit français qui n'admettait pas (à l'époque) la figure juridique du pacte successoral.

96 Evoquée notamment par L. BARNICH, *art. cit.*, 265. Il convient de se souvenir que l'article 18 du Code de droit international privé ne peut être évoqué pour tenter de contrer une construction destinée à éviter une taxation. La fraude à la loi a pour seule ambition de permettre d'écarter les opérations destinées à éviter l'application d'une loi civile. Encore faut-il démontrer que l'évitement d'une telle loi constituait le but exclusif de l'opération. Une lourde charge de la preuve repose donc sur celui qui s'appuie sur l'article 18. Comme l'écrit Mme Revillard, "L'apport ou la vente d'un immeuble situé en France à une société civile immobilière ou à une société étrangère ne peut en soit être présumé frauduleux, alors que les parties et leurs héritiers cherchent à régler de la manière la plus équitable certains problèmes économique, familial ou fiscal" (M. REVILLARD, *Stratégie de transmission d'un patrimoine international*, Defrénois-Lextenso, 2009, 141, n° 211).

l'apport d'un bien immobilier dans un patrimoine sociétaire est celle du choix de la règle de rattachement pertinente. Puisque le droit international privé des successions est, à l'heure actuelle, caractérisé par une scission nette entre les actifs mobiliers et immobiliers, il est nécessaire de s'interroger sur la nature des parts de la SCI. Doit-on considérer que ces actions sont en réalité de nature immobilière en raison de la nature du bien qui constitue l'actif principal de la SCI? Cette approche, qui pourrait se revendiquer de la nature 'translucide' de la SCI en droit français, conduirait à retenir la loi du lieu de situation de l'immeuble et non la loi de la dernière résidence habituelle du défunt.

L'approche de droit international privé ne peut cependant se fonder sur la seule qualification retenue par la loi fiscale. Le mécanisme de la règle de rattachement commande que l'on s'interroge d'abord sur le système juridique auquel il faut emprunter la définition des termes utilisés par la règle de rattachement.

S'agissant de l'application de l'article 78 du Code, des auteurs autorisés ont proposé de s'inspirer de l'article 94 qui soumet la question de savoir si un bien est mobilier ou immobilier à la loi du lieu où le bien se trouve. Il s'agirait alors de retenir une qualification *lege causae*, réputée conforme à l'esprit d'ouverture internationale affichée par le droit international privé belge.⁹⁷ Cette proposition peut surprendre. La qualification *lege causae* retenue par l'article 94 § 1 vise à « respecter la classification retenue par le droit appelé à déterminer la nature des droits réels susceptibles de grever le bien ».⁹⁸ Il n'est pas certain qu'il soit nécessaire d'étendre ce souci à la matière successorale. En outre, si la qualification *lege causae* commandée par l'article 94 peut fonctionner s'agissant de déterminer la nature d'un droit réel tel un droit d'utilisation à temps partagé, elle soulève des questions lorsqu'est en jeu la nature d'un actif successoral. Que retenir en effet lorsque l'actif dont la nature doit être déterminée, est constituée d'actions d'une SCI? Faut-il localiser l'immeuble ou au contraire les parts sociales, qui peuvent avoir une existence réelle?

Ces considérations plaident pour l'adoption d'une autre méthode : dès lors qu'il s'agit de déterminer quelle règle de rattachement utiliser, il s'impose à notre sens de retenir une approche fondée sur les concepts du droit belge. Or le droit privé belge ne permet pas de remettre en question la nature mobilière des parts d'une société. L'on en conclura que la dévolution de l'immeuble apporté à une SCI, doit s'apprécier non pas selon le droit de la localisation de l'immeuble, mais bien selon le droit de la résidence habituelle du défunt.

* * *

97 L. BARNICH, "La transmission successorale de biens immeubles à l'étranger", *art. cit.*, 261 et J.-L. VAN BOXSTAEL, « Trois enjeux de la succession internationale », in *Les incidents en matière successorale dans la pratique notariale*, Larcier, 2008, (65), 69, note 14.

98 F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, 674, n° 13.11.