

2

*La gestion du patrimoine
de l'incapable délocalisé –
quelques leçons à l'attention
de la pratique*

Patrick WAUTELET

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Liège

Table des matières

La gestion du patrimoine de l'incapable délocalisé – quelques leçons à l'attention de la pratique

| | |
|---|-----|
| Chapitre I. Une maison ardennaise | 155 |
| Section 1. Comment apprécier la capacité (incapacité) d'une personne? | 155 |
| § 1. L'APPLICATION DE LA LOI NATIONALE | 155 |
| § 2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÈGLE : LA TECHNIQUE DU RENVOI | 156 |
| Section 2. Comment assurer la représentation d'un incapable mineur? | 158 |
| § 1. LE PRINCIPE : APPLICATION DE LA LOI DE LA RÉSIDENCE HABITUELLE DE L'INCAPABLE | 158 |
| § 2. LE DÉTOUR PAR UNE JURIDICTION POUR ORGANISER LA PROTECTION DE L'INCAPABLE | 161 |
| 1. <i>Quelle règle de compétence internationale? Le rôle du Règlement Bruxelles IIbis</i> | 161 |
| 2. <i>Quand les juridictions belges sont-elles compétentes en vertu du Règlement Bruxelles IIbis?</i> | 163 |
| (i) <i>Le primat de la résidence habituelle</i> | 163 |
| (ii) <i>L'application du mécanisme européen de «transfert»</i> | 165 |
| (iii) <i>Un for autonome pour la protection du mineur?</i> | 166 |
| Section 3. Variante 1 – une famille au Ghana | 170 |
| Chapitre II. Un chalet dans les Alpes suisses | 172 |
| Section 1. Les juridictions belges peuvent-elles intervenir? | 172 |
| Section 2. Quel droit les juridictions belges doivent-elles retenir? | 174 |
| Section 3. Comment la Suisse va-t-elle accueillir la décision belge? | 176 |
| Section 4. Variante 1 : un incapable «mobile» | 177 |
| Chapitre III. Un curateur étranger | 179 |
| Section 1. Le principe : l'accueil de plein droit des décisions étrangères | 179 |
| Section 2. Les modalités de la représentation de l'incapable | 183 |
| Section 3. Le régime de l'exécution des décisions étrangères | 184 |
| § 1. QUEL RÉGIME POUR L'EXÉCUTION D'UNE DÉCISION ÉTRANGÈRE? | 185 |
| § 2. LE DOMAINE DE L'EXÉCUTION | 185 |
| Section 4. Une «mise à jour» de la décision étrangère? | 187 |
| Section 5. Variante 1 : le mandat d'inaptitude | 187 |
| Chapitre IV. Une succession en Turquie | 190 |
| Section 1. L'articulation entre la loi successorale et le statut de l'incapable | 190 |
| Section 2. Les limites de la compétence internationale des juridictions belges en matière successorale | 191 |

| | |
|---|-----|
| Chapitre V. Une succession belgo-française | 193 |
| <i>Section 1. Difficultés de coordination entre le régime de la succession et le régime de l'incapacité</i> | 193 |
| <i>Section 2. Application à titre subsidiaire de la loi nationale – la clause spéciale d'ordre public.</i> | 194 |
| <i>Section 3. Le recours à des institutions inconnues du droit belge</i> ... | 197 |
| <i>Section 4. Le sort particulier des relations entre époux en cas d'incapacité de l'un d'eux</i> | 197 |

La gestion du patrimoine des incapables intéresse au premier chef le notariat. Les questions que suscite cette matière sont nombreuses. Pour présenter les solutions que leur apporte le droit international privé contemporain, l'on fera appel dans le présent texte aux ressources de la casuistique. C'est en effet au travers de cas pratiques que seront évoquées les règles relatives à la gestion du patrimoine de l'incapable.

Le développement de ces cas pratiques sera l'occasion d'explicitier le raisonnement qu'imposent de suivre les règles de droit international privé¹. Nous espérons qu'il permettra aux praticiens à qui ce texte est destiné, d'aborder avec plus de fermeté les situations internationales intéressant le patrimoine d'un incapable. Pour permettre d'embrasser le plus grand nombre de situations en évitant les redites, certains cas pratiques feront l'objet de variantes.

1. Ce texte fait suite et reprend certains développements publiés antérieurement sur le thème de la gestion du patrimoine de l'incapable, voy. notamment «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, 3-41 ainsi que «Les seniors délocalisés et leur patrimoine – questions choisies de droit international privé», in *Le droit des seniors : aspects civils, sociaux et fiscaux*, Anthemis, 2010, 137-168, spéc. pp. 138-160. Pour un panorama récent, on lira avec grand intérêt les pages que M. van Boxstael consacre à cette question dans son traité : J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip. Premiers commentaires*, tiré à part du Rép. Not., Larcier, 2010, 91-101.

Chapitre I.

Une maison ardennaise

Une famille belge, composée de deux parents et de deux enfants, dont le cadet est mineur, réside en Italie. Les parents souhaitent mettre en vente une maison de vacances située dans la province du Luxembourg, dont la nue-propriété appartient aux enfants du couple en suite d'une donation. Quelle(s) démarche(s) la minorité d'un des enfants impose-t-elle de suivre?

Section 1. Comment apprécier la capacité (incapacité) d'une personne?

La première étape du raisonnement concerne le statut de l'enfant cadet. Si le premier réflexe sera naturellement de considérer que l'enfant dernier né est mineur, il importe cependant de vérifier ce constat, après avoir identifié la loi applicable à la question. La distinction entre minorité et majorité est en effet décisive à bien des égards pour déterminer l'existence d'une incapacité. Sauf émancipation, le mineur est nécessairement frappé d'incapacité – même si les limites de celle-ci tendent à se réduire. Au contraire, la majorité fait basculer l'intéressé(e) dans un régime de capacité de principe. L'incapacité devient l'exception. La ligne de démarcation entre les deux est dès lors essentielle.

Le Code de droit international privé (ci-après le «Code»)² soumet cette question à la loi nationale de l'individu. Après avoir explicité ce rattachement (§1), il conviendra d'en étudier les difficultés d'application (§2).

§1. L'application de la loi nationale

Confirmant la solution acquise avant la codification³, l'article 34 du Code rattache la question de la capacité à la loi nationale de l'intéressé. Il faudra dès lors consulter la loi nationale pour déterminer si une personne est mineure ou majeure⁴. Si l'intéressé possède la nationalité marocaine,

2. Loi du 16 juillet 2004, *M.B.*, 27 juillet 2004.

3. L'article 3, al. 3 du Code civil (aujourd'hui abrogé) soumettait à la loi nationale les questions de capacité. Voy. les explications de J.-L. VAN BOXSTAEL, «L'administration de la personne et des biens des incapables», in *Relations familiales internationales*, Bruylant, 1993, (193), 196, nos 4 et s.

4. L'on trouvera dans l'ouvrage de Mme Revillard un tableau reprenant l'âge de la majorité civile pour un grand nombre de pays (M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire. Pratique notariale*, Defrénois, 7^e éd., 2010, pp. 327-328).

il suffira de se reporter à l'article 209 du Code du statut personnel marocain pour déterminer que l'âge de la majorité est fixé à 18 ans⁵.

En cas de conflit de nationalités, l'on appliquera la règle de l'article 3 du Code – qui accorde de manière automatique, sous la seule réserve de la clause d'exception⁶, priorité à la nationalité belge si l'intéressé possède à la fois la nationalité belge et une nationalité étrangère. Lorsque l'intéressé possède deux nationalités étrangères, c'est la nationalité effective de l'intéressé qui doit servir de fondement.

L'on notera également qu'il faut, comme de coutume, retenir non pas la loi nationale mais bien la loi de la résidence habituelle lorsque la question intéresse une personne qui ne possède pas de nationalité (cas de l'apatridie), ou dont la nationalité ne constitue pas un facteur pertinent (cas du réfugié). Cette solution prévue par des dispositions internationales liant la Belgique⁷, a été confirmée par l'article 3 du Code.

§2. La mise en œuvre de la règle : la technique du renvoi

Le rattachement à la loi nationale constituera bien souvent l'unique étape du raisonnement conflictuel. Tel qu'il est mis en œuvre par le Code, ce rattachement impose cependant de s'interroger sur la réponse qu'apporterait, à la question posée, les règles de conflit de la loi nationale de l'intéressé. L'on sait que la technique du renvoi n'est plus admise depuis l'entrée en vigueur du Code de droit international privé (art. 16). Il est donc en principe inutile d'interroger les règles de droit international privé du droit de la nationalité de l'intéressé. Quand bien même ces règles prescriraient l'application d'un autre droit – par ex. celui de la résidence ha-

5. Le rattachement de la question de la capacité à la loi nationale garantit une stabilité certaine du statut de la personne. Il n'est en effet pas fréquent qu'une personne acquière une nouvelle nationalité. Il faut cependant tenir compte de la possibilité qu'un tel changement de nationalité intervienne. Quelle nationalité retenir lorsqu'il apparaît qu'une personne qui était majeure selon sa loi nationale, acquiert la nationalité belge? Selon l'article 34, §1, al. 3 du Code, le conflit mobile est résolu en faveur de la loi qui octroie la capacité. Dès lors, si une personne est considérée comme capable selon sa loi nationale, elle ne peut perdre cette capacité suite à un changement de nationalité. Cette solution s'inspire de la théorie des droits acquis. Par contre, si une personne est considérée comme incapable selon sa loi nationale et qu'elle acquiert une nouvelle nationalité selon laquelle elle doit être considérée comme capable, cette personne pourra bénéficier de la capacité que lui confère la loi de sa nouvelle nationalité. MM. Rigaux et Fallon évoquent à ce propos une «modalité de règle alternative à effet de cliquet» (*Droit international privé*, Larcier, 2005, 623, n° 12.152). Ainsi, un étranger âgé de 20 ans, mineur selon sa loi nationale, qui devient belge sera considéré comme majeur. Par contre si un belge âgé de 20 ans acquiert la nationalité d'un État qui fixe l'âge de la majorité à 21 ans, il faudra toujours considérer qu'il est majeur – du moins dans la mesure où l'autorité qui s'interroge sur la capacité est liée par les dispositions du Code de droit international privé.
6. Art. 19 du Code. Sur le rôle que pourrait jouer cette clause d'exception dans la résolution des conflits de nationalités, voy. J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 50-51, n° 17.
7. Voy. les articles 12, §1^{er} de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et l'art. 12, §1^{er} de la Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides.

bituelle de la personne concernée – il ne serait pas permis de tenir compte de cet élément⁸.

L'article 34 autorise cependant le renvoi dans une hypothèse spéciale : il est permis, aux termes de l'art. 34, § 1^{er}, al. 2 du Code de tenir compte de la règle étrangère de rattachement si celle-ci conduit à l'application du droit belge. Il est indifférent de savoir par quel biais le retour au droit belge s'opère. L'essentiel est que la règle de rattachement en vigueur dans le droit dont l'intéressé possède la nationalité, désigne, directement ou indirectement, le droit belge comme applicable à la question de la capacité. Tel qu'il est permis par l'article 34, le renvoi a dès lors une portée singulièrement limitée.

Cette exception s'explique par la volonté du législateur de favoriser l'application de la loi belge dans cette matière délicate – en effet, il s'agit de limiter la capacité d'une personne – pour des raisons de facilité, mais aussi de sécurité juridique. L'on notera qu'au contraire des autres exceptions à la prohibition du renvoi⁹, l'article 34 ne subordonne pas le jeu du renvoi à un résultat matériel déterminé. Le renvoi est accepté pour faciliter la tâche des juridictions belges et non pour atteindre un objectif de droit international privé.

Ainsi, si l'on s'interroge sur la capacité d'un ressortissant pakistanais vivant en Belgique, âgé de 21 ans, il faudra avant tout appliquer la loi pakistanaise, loi de sa nationalité¹⁰. Or le droit international privé pakistanais retient comme facteur de rattachement pour les questions d'état et de capacité le domicile de l'individu¹¹. Si l'on devait constater que l'intéressé a établi son domicile, tel qu'entendu dans la législation pakistanaise, en Belgique, il faudrait se reporter à la loi belge pour apprécier la capacité de l'individu.

8. Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, le mécanisme du renvoi était fréquemment utilisé pour éviter l'application du droit étranger de la nationalité de l'intéressé – p. ex. : Civ. Bruxelles, 22 déc. 1967, *Pas.*, 1968, III, 61 : demande en déclaration d'interdiction d'un citoyen américain qui réside en Belgique. Le tribunal constate que si l'intéressé possède la nationalité américaine, le droit international privé américain retient, en matière de capacité, l'application de la loi du domicile. Or selon les constatations du tribunal, l'incapable était domicilié en Belgique, ce qui justifie l'application de la loi belge.

9. Qui concernent les successions immobilières (art. 78, §2) et les personnes morales (art. 110).

10. Selon Mme Revillard, l'âge de la majorité est fixé au Pakistan à 18 ans (M. REVILLARD, *op. cit.*, 328).

11. Voy. A. WEISHAUP, «Pakistan», in *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, f.m., 2003, 27.

Section 2. Comment assurer la représentation d'un incapable mineur?

Il ne suffit pas de déterminer qu'une personne est mineure et donc incapable. Puisque cette personne doit prendre part à un acte de vente, il faut encore s'interroger sur la loi applicable aux mesures de protection que nécessite la situation de l'incapable.

Le principe général retenu par le Code est simple. Il repose sur l'application de la loi de la résidence habituelle de l'incapable (§ 1). Pour permettre au représentant de l'incapable d'exercer pleinement sa mission, il sera parfois nécessaire de saisir une juridiction. Il faut dès lors évoquer les circonstances qui permettent aux juridictions belges de se prononcer dans cette matière (§ 2).

§ 1. Le principe : application de la loi de la résidence habituelle de l'incapable

L'article 35 du Code de droit international privé retient, pour déterminer les mesures de protection de l'incapable, le droit de la résidence habituelle de l'incapable¹². L'application du droit de la résidence habituelle est générale : elle couvre aussi bien les mesures relatives aux incapables mineurs – autorité parentale et tutelle – que les mesures relatives aux incapables majeurs – tant celles qui portent sur sa personne que sur ses biens.

La nationalité de l'intéressé n'est donc pas pertinente¹³. Quand bien même l'intéressé posséderait la nationalité belge, celle-ci ne pourrait per-

12. Il faut faire une réserve au profit d'une ancienne convention encore en vigueur en Belgique : la convention de La Haye du 12 juin 1902 (approuvée par la loi du 27 juin 1904). Cette convention, célèbre parce qu'elle a donné lieu à une décision de la Cour internationale de justice (CIJ, 28 nov. 1958, *J. T.*, 1959, 149), ne s'intéresse qu'à la protection des incapables mineurs, soumis, de façon classique, à l'application de leur loi nationale (art. 1). La seule nuance qu'apporte la Convention de La Haye concerne les mesures provisoires, qui peuvent être adoptées par les autorités locales. Il est cependant nécessaire que l'incapable étranger «se trouve dans les conditions requises pour l'interdiction d'après sa loi nationale» (art. 3, al. 1^{er}). Il doit s'agir d'une des plus anciennes conventions de droit international privé encore en vigueur en Belgique. L'on sera attentif au champ d'application particulièrement étroit de la convention de 1902 : les règles conventionnelles ne peuvent être utilisées que lorsque l'enfant est un ressortissant d'un des pays liés par la Convention, à la condition qu'il réside dans un de ces États (art. 9). Compte tenu du nombre très faible d'États qui sont aujourd'hui liés par la Convention – seuls sept États sont encore liés par la Convention de 1902 : outre la Belgique, il y a l'Espagne, l'Italie, le Luxembourg, la Pologne, le Portugal et la Roumanie. L'Allemagne a dénoncé la Convention en juin 2009. La France, les Pays-Bas et la Suisse avaient déjà de longue date dénoncé cette Convention – le rôle de la Convention de 1902 semble en réalité marginal. Comme l'indique M. van Boxstael, les autorités diplomatiques des États liés par la Convention ne revendiquent plus au profit de leurs nationaux l'application de leur loi nationale (J.-L. VAN BOXSTAELE, *Code dip...*, précité, 96, n° 48). Il est dès lors permis de préférer l'application de la règle qui figure dans le Code de droit international privé.

13. Il ne sera dès lors plus besoin de s'attarder sur les règles relatives aux conflits de nationalité. Dans le cadre du contentieux de la protection de l'incapable, ces règles avaient donné lieu à une jurisprudence intéres-

mettre de justifier l'application du droit belge s'il apparaît que le mineur réside à l'étranger. La localisation du bien qui fait l'objet de l'opération envisagée n'est pas non plus pertinente.

Contrairement à la solution retenue lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est capable ou non, l'article 35 ne permet pas le renvoi. Il n'est donc pas nécessaire de s'interroger sur la solution que réservent les règles de conflit du droit de la résidence habituelle de l'incapable. En l'espèce, même s'il s'avérait que selon le droit international privé italien, les questions relatives à la représentation d'un incapable sont régies par le droit de la nationalité de l'incapable¹⁴, ceci ne permettrait pas de justifier l'application du droit belge¹⁵.

Reste la difficulté, toute relative, de localisation de la résidence habituelle. Les vertus de ce concept fonctionnel ne sont plus à démontrer. La pratique justifie une confiance mesurée. Rares seront en effet les cas dans lesquels il sera difficile de déterminer avec précision et en évitant les doutes, quelle est la résidence habituelle de l'incapable¹⁶.

Contrairement à l'article 34, qui se contente d'une formule classique et générale, l'article 35 détaille quelque peu, par les distinctions qu'il fait, le domaine de la catégorie de rattachement qu'il couvre. On peut distinguer deux registres principaux couverts par cette disposition : d'une part, la détermination de l'incapacité d'un adulte et d'autre part l'ensemble des mesures de protection que nécessitent tant la personne que les biens des incapables. Ces mesures font l'objet d'une énumération sommaire : l'article 35 vise d'une part l'autorité parentale et la tutelle, qui visent les incapables mineurs, et d'autre part « la protection de la personne ou des biens d'un incapable ». Cette deuxième catégorie, fort large, permet d'embrasser aussi bien l'ensemble des mesures de protection susceptibles de

sante qui permettait de retenir la nationalité étrangère d'une personne qui était également belge, au nom d'une solution dite « fonctionnelle » du conflit de nationalité, voy. Civ. Bruxelles, 28 février 2001, *J.T.*, 2001, 550, note H. BOULARBAH : application de la loi française pour se prononcer sur la vente de gré à gré d'un terrain situé en Belgique appartenant à un mineur ressortissant français qui possédait également la nationalité belge. En général sur cette approche, J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le patrimoine du mineur dans les relations internationales... », précité, 279-282, n° 7.

14. Ce qui est le cas, voy. l'article 20 de la loi italienne n° 218 du 31 mai 1995 sur la réforme du système italien de droit international privé qui prévoit que « 1. La capacité juridique des personnes physiques est régie par leur loi nationale ».
15. Il n'est plus non plus envisageable de retenir, par une manière de « renvoi de qualification », la qualification retenue par le droit étranger de la résidence habituelle de l'incapable, pour permettre l'application du droit belge. Sur ce point, voy. J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le patrimoine du mineur dans les relations internationales... », précité, 278, n° 6 – qui évoque l'exemple d'un incapable mineur anglais possédant un bien immeuble en Belgique, qui fait l'objet d'une aliénation : le droit anglais considérant que les questions d'aliénation des biens immeubles doivent être rattachées à la loi du pays de leur situation, les juridictions belges pouvaient, adoptant cette qualification, faire application du droit belge et des mesures prévues par les articles 1186 et s. du Code judiciaire.
16. Voy. cependant *infra* sur la localisation de la résidence habituelle de certains incapables.

s'appliquer à l'incapable majeur, que les mesures éventuellement applicables aux mineurs en dehors de l'autorité parentale et de la tutelle.

A titre d'exemple, l'on peut citer la question de la représentation en justice de l'incapable¹⁷. Voilà deux familles belges en vacances en Italie. Lors d'une après-midi au bord de la piscine, l'un des enfants blesse accidentellement un autre. L'étendue des soins médicaux nécessités par la blessure conduit les parents de l'enfant blessé à envisager une action en justice contre l'enfant auteur de l'accident¹⁸. Il faudra se reporter à la loi de la résidence habituelle de l'enfant victime de l'accident pour déterminer qui peut agir en justice en son nom. La loi de l'incapacité régit de manière générale la représentation en justice. En l'espèce, il ne fait guère de doute que le droit belge trouvera à s'appliquer, le séjour des intéressés en Italie n'ayant guère dépassé les limites du séjour de loisir.

En l'espèce, le mineur réside en Italie. Il appartiendra dès lors à la loi de ce pays de déterminer si les parents de l'enfant mineur, peuvent, sans autre autorisation, consentir en vertu de l'autorité parentale dont ils sont titulaires, à la vente du bien appartenant en partie au mineur. C'est également la loi italienne qu'il faudra consulter pour déterminer quelles formes particulières doivent être respectées pour la mise en vente de l'immeuble – une vente judiciaire par exemple.

Les formes particulières auxquels les actes relatifs à un droit réel immobilier appartenant à un incapable sont soumis – que l'on a coutume d'appeler les formes habilitantes¹⁹ – font en effet partie du statut de l'incapable, même si ces règles particulières s'appliquent aux opérations portant sur des immeubles²⁰. C'est donc la loi de la résidence habituelle qu'il importe

17. En général, M. PERTEGAS SENDER, «Het jeugdrecht in internationaal perspectief», in *De proces-bekwaamheid van minderjarigen*, Intersentia, 2006, 269-295.

18. Faits inspirés de Bruxelles, 4 déc. 1970, *JT.*, 1971, 236.

19. En droit belge les articles 1186 et 1187 C. Jud.

20. L'appartenance des formes habilitantes au statut de l'incapable et non au statut de l'immeuble ou des formes – qui justifierait l'application de la règle *locus regit actum* – est acquise de longue date. Le professeur Rigaux le confirmait dans une des premières éditions de son *Traité* : l'illustre auteur écrivait que «Quand la loi organise des habilitations spéciales pour l'accomplissement d'actes juridiques déterminés, il paraît judicieux de les emprunter à la loi nationale de la personne à protéger» : Fr. RIGAUX, *Droit international privé. II. Droit positif belge*, Larcier, 1979, 308-309, n° 1018. Voy. dans la jurisprudence, p. ex. Civ. Bruxelles, 2 février 1968, *Pas.*, 1968, III, 64 : une requête visait à faire homologuer une délibération d'un conseil de famille qui avait autorisé la vente de gré à gré d'un immeuble situé en France, appartenant à deux enfants mineurs par l'effet de la succession de leur père. La requête procédait à une distinction entre d'une part la capacité des enfants et l'organisation de leur tutelle, régies par le droit français de la nationalité des enfants et d'autre part, les conditions de la vente en ce compris les formalités, également soumises au droit français mais cette fois-ci en vertu, selon la requête, du principe *locus regit actum*. Sur avis conforme du ministère public, le tribunal a refusé de faire droit à la requête : avec le ministère public, le tribunal a constaté que les questions d'habilitation constituent des règles de fond. Le ministère public avait noté que «la nécessité d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal, l'exigence d'une vente publique en présence du tuteur et du subrogé tuteur, ont pour but la *protection* des intérêts de l'incapable et sont, comme telles, du domaine du statut personnel». Et le ministère public de distinguer alors «les règles relatives à la désignation des officiers publics compétents et à la pro-

de consulter^{21 22}. S'il apparaissait que cette loi devait ne pas imposer le respect de formes particulières et autoriser par exemple une vente de gré à gré sans passage préalable par une juridiction, l'on ne pourrait imposer le respect de l'article 1186 C. jud.²³.

§2. Le détour par une juridiction pour organiser la protection de l'incapable

Bien souvent, le droit applicable à la représentation du mineur incapable, limitera le pouvoir du représentant en lui imposant d'obtenir, pour certains actes importants, une autorisation préalable. S'il s'avère nécessaire de solliciter une juridiction, il importe de s'interroger sur la compétence internationale des juridictions belges. Celle-ci est d'abord et avant tout déterminée par les dispositions du Règlement Bruxelles IIbis²⁴ qu'il convient de commenter brièvement²⁵.

1. Quelle règle de compétence internationale? Le rôle du Règlement Bruxelles IIbis

Le Règlement Bruxelles IIbis constitue sans conteste le principal point d'appui lorsqu'est posée la question de la compétence internationale des

cédure même de l'acte de vente», qui relèvent «de la loi du lieu où l'acte intervient». En conséquence, puisque le droit français n'exigeait pas que la délibération du conseil de famille fasse l'objet d'une homologation, le tribunal a refusé de faire droit à la demande d'homologation.

21. Voy. récemment J. ERAUW et H. STORME, *Internationaal privaatrecht*, Kluwer, 2009, 479, n° 393.
22. La Convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes 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 État. L'hypothèse est celle d'un majeur qui a fait l'objet d'une mesure de protection dans l'État de sa résidence, et qui possède un bien dans un autre État. 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'État 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.
23. *Infra*, chapitre 4, section 3 sur l'application éventuelle de l'article 35, §2 du Code dans cette hypothèse.
24. Règlement (CE) 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (*J.O.*, 23 décembre 2003, L-338/1).
25. Pour plus de détails, l'on se reportera notamment aux contributions suivantes : S. FRANCOQ, «La responsabilité parentale en droit international privé. Entrée en vigueur du règlement Bruxelles IIbis et du Code de droit international privé», *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 691-712 et M. PERTEGÁS SENDER, «La responsabilité parentale, l'enlèvement d'enfants et les obligations alimentaires», in *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, 2005, 186-218. Voy. pour la France les travaux de Mme Gallant cités après ainsi que E. GALLANT, «Règlement (CE) n° 2201/2003 et responsabilité parentale», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2009, 540-548.

juridictions belges pour connaître d'une demande intéressant la gestion du patrimoine d'un mineur.

Le Règlement s'intéresse de manière générale à la responsabilité parentale²⁶. Ce concept recouvre d'abord l'autorité parentale qui peut être exercée par les parents d'un enfant. Au-delà de l'autorité parentale, le Règlement vise cependant aussi, de manière générale, la gestion du patrimoine des mineurs. Il ne fait en effet guère de doute que les mesures relatives au patrimoine du mineur incapable doivent être comprises dans le concept de « responsabilité parentale ».

Selon l'article 1, § 2 lit. (e) du Règlement, le concept de responsabilité parentale comprend notamment « les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens ». Le considérant n° 9 du Préambule confirme cette solution, qui précise que les mesures visées sont les mesures de protection, à savoir « i) la désignation et aux fonctions d'une personne ou d'un organisme chargé de gérer les biens de l'enfant, de le représenter et de l'assister et ii) aux mesures relatives à l'administration, à la conservation ou à la disposition des biens de l'enfant ». Sur cette base, l'on peut accepter que la tutelle, l'autorité parentale etc. sont visées^{27 28}.

26. Définie de façon fort large à l'article 2, § 7 du Règlement comme visant « l'ensemble des droits et obligations conférés à une personne physique ou une personne morale sur la base d'une décision judiciaire, d'une attribution de plein droit ou d'un accord en vigueur, à l'égard de la personne ou des biens d'un enfant ». Pour plus d'explications, voy. F. JAULT, « La notion de 'responsabilité parentale' », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), Dalloz, 2005, 157-166.
27. L'on notera d'ailleurs que lors des discussions qui ont précédé l'adoption de la Convention de La Haye de 1996, qui a fort directement inspiré le Règlement Bruxelles IIbis, la question de la protection des biens de l'enfant avait été évoquée. Dans le rapport qui accompagne la Convention, M. Lagarde relevait « l'utilité de disposer de règles précises concernant la désignation et les pouvoirs du représentant légal de l'enfant pour administrer les biens de l'enfant sis dans un État étranger, notamment lorsqu'il s'agit d'assurer le règlement d'une succession échue à l'enfant » : Rapport explicatif de P. LAGARDE, *Actes et documents de la 18^{ème} session (1996)*, t. II, *Protection des enfants*, La Haye, SDU, 1997, 542, n° 10. M. Lagarde précisait par ailleurs que « La décision de s'occuper des biens de l'enfant avait été prise par la Commission spéciale après qu'elle eut entendu les explications de Mme Révillard » – ce qui n'étonnera pas quand l'on sait l'autorité dont jouit Mme Révillard et l'importance de ses travaux, qui s'intéressent à tous les aspects internationaux du patrimoine.
28. L'attendu n° 9 du Préambule attire l'attention sur le fait que le Règlement Bruxelles I – il s'agit de l'autre grand Règlement européen, le Règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 – a vocation à s'appliquer aux « mesures relatives aux biens de l'enfant qui ne concernent pas la protection de l'enfant ... ». Cette précision est utile – même si Mme Révillard note fort justement que la formule utilisée par le considérant n° 9 « prête à interprétation » (M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire. Pratique notariale*, Defrénois, 2010, 312, n° 583). Le Règlement Bruxelles I a vocation à s'appliquer en matière « civile ». Il exclut cependant l'ensemble des questions relatives à l'état et à la capacité. Dès lors que la question intéresse la *protection* d'un incapable, qu'il soit majeur ou mineur, il nous semble acquis que l'on ne peut se reporter aux dispositions du Règlement Bruxelles I. Il reste que lorsque le volet protection a fait l'objet d'une décision, on peut retomber sur Bruxelles I – c'est en ce sens que M. Erauw propose une distinction entre les mesures qui concernent directement la protection du mineur et « *de eigenlijke vermogensrechtelijke aanspraken van of tegen minderjarigen* » (J. ERAUW et H. STORME, *Internationaal privaatrecht*, Kluwer, 2009, 438, n° 354, note 9). Lorsque le représentant d'un mineur sollicite l'autorisation d'une juridiction pour accomplir, au nom du mineur, un acte juridique, il ne fait pas de doute que le

En d'autres termes et compte tenu de la primauté qui lui revient, le Règlement Bruxelles *Iibis* constitue le droit commun des conflits de juridiction relatifs à la gestion du patrimoine de l'incapable mineur. On consultera par priorité le Règlement, pour ne revenir que dans des situations exceptionnelles aux autres règles, et notamment celles prévues par le Code de droit international privé (*infra*).

2. Quand les juridictions belges sont-elles compétentes en vertu du Règlement Bruxelles *Iibis*?

Le Règlement Bruxelles *Iibis* fait confiance à la résidence habituelle de l'enfant pour déterminer la compétence des juridictions. Cette règle, qui figure à l'article 8 du Règlement, fait l'objet de certaines nuances dans des situations particulières – notamment les enlèvements d'enfants²⁹. Ces nuances ne semblent cependant pas pertinentes dans le cadre de la protection du patrimoine du mineur³⁰. L'on verra cependant qu'au-delà de la résidence habituelle du mineur, une autre disposition du Règlement Bruxelles *Iibis* pourra rendre d'utiles services lorsqu'est en jeu le patrimoine du mineur.

(i) *Le primat de la résidence habituelle*

Dès lors que la demande intéresse la responsabilité parentale, l'article 8 du Règlement Bruxelles *Iibis* permet de saisir le juge de l'État où se situe la résidence habituelle du mineur.

Que faut-il entendre par «résidence habituelle»? Ce concept n'est pas défini par la norme européenne³¹. On considère généralement qu'il faut, pour fonder la résidence, un élément matériel, qui révèle une présence stable et effective dans un État et un élément intentionnel³². Le premier

Règlement Bruxelles *Iibis* est applicable. Il en ira autrement lorsque ce même représentant engage une action contre le cocontractant du mineur, suite à l'inexécution par ce dernier du contrat conclu. Dans ce cas, le Règlement Bruxelles I reprend ses droits.

29. Voy. en particulier les articles 10 et 11 du Règlement.

30. La compétence fondée sur la résidence de l'enfant connaît un prolongement limité dans le temps. Si l'enfant a déménagé, les juridictions de l'État où il possédait sa résidence habituelle peuvent continuer à exercer leur compétence pendant un délai de trois mois. En d'autres termes, les effets du déménagement sur la compétence sont neutralisés pendant une période limitée. Ce prolongement ne pourra servir dans le cadre de mesures portant sur le patrimoine de l'enfant. L'article 9 subordonne en effet ce prolongement temporaire de la compétence du juge de l'ancienne résidence à la condition que ce juge se soit déjà prononcé et que sa décision concerne le droit de visite.

31. En général sur le concept, A. RICHEL-PONS, «La notion de 'résidence'», in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), Dalloz, 2005, 149-156.

32. L'unanimité se fait pour retenir une interprétation 'autonome' de la résidence habituelle, dégagée des spécificités que ce concept peut revêtir dans l'une ou l'autre législation nationale. Voy. en ce sens, CJCE,

point ne pose guère de difficultés propres aux enfants. Il repose sur une lecture attentive de l'ensemble des circonstances de fait, comme l'a rappelé la Cour de justice récemment³³. Parmi les faits qui peuvent utilement fonder l'appréciation, l'on retiendra la durée du séjour, sa régularité³⁴, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant dans ledit État.

Dans la plupart des cas, la prise en compte de cette « corbeille d'indices »³⁵ conduira sans difficulté à la résidence de l'enfant. Comme pour les adultes l'on peut prendre comme point de départ une approche quantitative – qui impose de tenir compte de la durée et de la continuité de la résidence d'une personne sur le territoire d'un État –, que l'on peut compléter par une approche qualitative, qui prend en compte les liens révélateurs d'une intégration effective du mineur dans son milieu social³⁶. La Cour de justice a d'ailleurs insisté dans un arrêt récent sur l'importance à accorder aux circonstances de fait qui font apparaître que la présence d'un enfant dans un État « n'a nullement un caractère temporaire ou occasionnel et... traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial »³⁷.

Lorsqu'il s'agit de tenir compte de l'élément intentionnel³⁸, il est certain qu'il faut adopter une approche particulière pour les enfants. Même si l'on accepte que l'élément intentionnel n'intervient qu'à titre de confirmation d'un élément objectif trop pauvre ou ambigu, encore faut-il se demander si l'on peut sonder l'intention d'un mineur. Ne faudrait-il pas, dans la majorité des cas, accepter que cet élément n'a en réalité que peu de contenu propre s'agissant de déterminer la résidence d'un enfant? L'on pourrait alors conclure à l'existence d'une véritable résidence de « dépendance », la résidence de l'enfant suivant celle de ses parents ou de celui de ses parents avec lequel il vit. Cette approche nous semble pouvoir être acceptée, sauf à démontrer que l'enfant possède la maturité et l'indépendance nécessaire pour former sa propre volonté et que celle-ci permette de déceler une intégration dans un État membre donné³⁹.

2 avril 2009, affaire «A», aff. C-523/07, attendu n° 34. Dans ce même arrêt, la Cour a précisé qu'il n'était pas possible de se référer à sa jurisprudence relative à la notion de résidence habituelle dans d'autres domaines du droit européen – par exemple en matière sociale (attendu n° 36).

33. CJCE, 2 avril 2009, affaire «A», aff. C-523/07, *Rec.*, 2009, I-2805, attendu n° 37 et les commentaires de H. STORME, «Compétence internationale en matière d'autorité parentale – Résidence habituelle de l'enfant», *Rev. dr. étr.*, 2008, 650-660.

34. Entendue non pas comme l'exigence que l'enfant possède un quelconque titre légal pour séjourner sur le territoire d'un État, mais bien comme visant le séjour non-interrompu.

35. Pour reprendre l'heureuse expression de H. STORME, «Compétence internationale en matière d'autorité parentale – Résidence habituelle de l'enfant», *Rev. dr. étr.*, 2009, (650), 654.

36. En faveur d'une approche qualitative, voy. A. RICHEZ-PONS, *art. cit.*, 155-156, n° 16.

37. CJCE, 2 avril 2009, affaire «A», aff. C-523/07, attendu n° 38.

38. Certains doutent de la pertinence de cet élément dans la localisation de la résidence habituelle. Sur cette discussion, voy. A. RICHEZ-PONS, *art. cit.*, 156, n°s 17-18.

39. En ce sens, H. STORME, *art. cit.*, *Rev. dr. étr.*, 2009, (650), 654-655, n° 13. M. Storme note fort justement que pour les enfants, l'intention des parents ne doit pas être considérée comme un élément constitutif, mais bien comme un indice d'un tel élément.

Dans de rares cas, la résidence habituelle ne pourra être déterminée. On pense par exemple à la situation précaire d'un enfant déplacé, par exemple si ce déplacement s'insère dans un projet d'adoption qui ne peut aboutir. On pense également aux enfants du voyage ou à ceux qui suivent leurs parents dans d'incessantes pérégrinations. L'article 13 permet, dans cette hypothèse exceptionnelle, de fonder la compétence sur la simple présence de l'enfant sur le territoire belge. Cette compétence est subsidiaire : elle ne peut être invoquée que s'il apparaît que la résidence de l'enfant ne peut être établie. Il faut en outre que les possibilités apportées par l'article 12 (*infra*) ne permettent pas non plus d'apporter une solution.

En l'espèce, il est fort peu probable que l'article 8 du Règlement puisse servir de fondement à la compétence internationale des juridictions belges puisque la famille réside en Italie. Il faut dès lors poursuivre les investigations en interrogeant d'autres dispositions du Règlement Bruxelles IIbis.

(ii) *L'application du mécanisme européen de « transfert »*

On le constate, les règles de compétence retenues par le Règlement ne se fondent aucunement sur le lieu de situation des biens, qui font l'objet du litige. Ceci ne posera pas de difficulté dès lors que l'enfant réside en Belgique : dans ce cas, les juridictions belges seront compétentes. Seule se posera la question de l'effectivité de la décision prononcée par une juridiction belge dans l'État où se situent les biens concernés.

Une difficulté surgit cependant lorsque l'enfant ne réside pas en Belgique, alors que les biens concernés s'y trouvent. L'on pense à cette famille belge expatriée en Italie, dont les enfants mineurs deviennent propriétaires d'un immeuble situé en Belgique. À défaut pour les enfants de résider en Belgique ou sur le territoire d'un État membre, l'article 8 du Règlement ne permet pas de fonder la compétence des juridictions belges⁴⁰.

Sauf dans les cas où l'urgence permet de saisir les juridictions de l'État où les biens sont situés⁴¹, la seule solution que paraît offrir le Règlement est celle du renvoi prévu par l'article 15 : mécanisme complexe et lourd à manier, cette disposition permet à la juridiction d'un État membre, saisie

40. La Convention de 1996, qui a fortement inspiré les rédacteurs du Règlement, retient une disposition particulière qui permet aux États de réserver à leurs autorités la compétence pour les biens de l'enfant, s'agissant de prendre des mesures de protection à l'égard de ces biens. L'article 55 de la Convention prévoit que « Un État contractant pourra... a) réserver la compétence de ses autorités pour prendre des mesures tendant à la protection des biens d'un enfant situés sur son territoire; b) se réserver de ne pas reconnaître une responsabilité parentale ou une mesure qui serait incompatible avec une mesure prise par ses autorités par rapport à ces biens ». L'Ukraine a par exemple fait usage de cette réserve. L'on ne retrouve pas d'équivalent dans le Règlement.

41. L'article 20 du Règlement permet de saisir les juridictions d'un État membre en cas d'urgence à condition que la demande porte sur des personnes ou des biens présents sur le territoire national.

d'une demande, de renvoyer l'affaire à la juridiction d'un autre État membre mieux placé. Cette manière de transfert entre juridictions communautaires est soumise à d'importantes conditions.

Dans l'hypothèse évoquée, d'un enfant belge qui réside habituellement en Italie, la juridiction italienne est incontestablement compétente sur pied de l'article 8, même si la question se pose à propos d'un immeuble situé en Belgique, qui appartient pour partie au mineur. Les parties pourraient tenter de convaincre cette juridiction de renvoyer l'affaire devant une juridiction belge, au motif qu'elle est mieux à même de se prononcer compte tenu de la proximité de l'immeuble. Si le tribunal italien donne suite à cette demande, il doit surseoir à statuer et inviter les parties à saisir les juridictions belges. L'article 15 prévoit que le juge italien peut également s'adresser directement au juge belge – une possibilité que les difficultés linguistiques et logistiques rendent sans doute illusoire. Le transfert ne sera véritablement effectué que lorsque la juridiction belge aura accepté de se saisir du dossier.

En tout état de cause, l'application de ce mécanisme suppose que soient remplies certaines conditions – il faudra notamment démontrer que le transfert est dans l'intérêt supérieur de l'enfant ou encore que les juridictions belges sont mieux placées pour connaître de l'affaire. L'article 15 a déjà rendu d'utiles services lorsque le litige porte sur la personne de l'enfant⁴². A condition de respecter les exigences qui enserrent son application, il pourrait également offrir une piste de solution lorsque la demande concerne le patrimoine du mineur⁴³.

(iii) Un for autonome pour la protection du mineur?

L'article 15 du Règlement offre une piste de solution. Elle est cependant subordonnée au respect de nombreuses conditions. Le Règlement n'offre-t-il pas d'autre possibilité de saisir les juridictions belges?

Pourrait-on, pour permettre aux juridictions belges de se saisir d'une demande lorsqu'elle porte sur un bien situé en Belgique, alors que le mineur réside à l'étranger, utiliser la prorogation de compétence prévue à l'art. 12, §3⁴⁴? Cette disposition permet à une juridiction de connaître de ques-

42. Voy. les applications suivantes : Civ. Bruxelles (réf.), 13 février 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 792; Civ. Bruxelles, 25 avril 2006, *J. T.*, 2007, 280; Bruxelles, 21 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 515, note C. HENRICOT (et dans cette affaire, Civ. Bruxelles (réf.), 29 mai 2007 et 30 juillet 2007, *Actualités du droit de la famille*, 2008, 1, obs. B. JACOBS); Bruxelles, 4 avril 2007, *J. T.*, 2007, 623; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 508, note de C. HENRICOT; Cass., 21 novembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 176.

43. Comme l'indique J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 93-94, n° 47.

44. Comme le suggère Mme CORNELOUP : «Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale», in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), Dalloz, 2005, (69), 73, n° 5.

tions relatives à la responsabilité parentale «dans des procédures autres que celles visées au paragraphe 1^{er}». Ce dernier permet aux juridictions saisies d'une demande portant sur la dissolution du lien matrimonial, d'étendre, à certaines conditions, leur compétence aux questions relatives à la responsabilité parentale «liées» à la dissolution du mariage.

Dans la mesure où l'article 12, §3 s'insère dans une disposition intitulée «prorogation de compétence» et qu'il succède à l'article 12, §1, auquel il est fait référence, cette disposition peut donner l'impression de permettre à un juge déjà saisi d'une demande, d'étendre sa compétence à une autre demande – comme l'article 12, §1 permet au juge du divorce de se saisir de questions liées à la responsabilité parentale⁴⁵. Cette lecture limiterait substantiellement le champ d'application de l'article 12, §3. A dire vrai, l'on pourrait même s'interroger sur son utilité. L'on a peine à voir dans quelles circonstances la compétence offerte par l'article 12, §3 pourrait s'avérer utile. Au mieux pourrait-on utiliser l'article 12, §3 lorsqu'une juridiction est saisie d'une demande entre deux parents non mariés – qui ne peuvent dès lors engager de demande en divorce, en séparation de corps ou en annulation de mariage. Lorsque la séparation de ces parents fait l'objet d'une demande en justice, l'article 12, §3 permettrait de confier au juge chargé de statuer sur la séparation, les questions de responsabilité parentale. Cette lecture n'est pas exclue. Elle réduit cependant l'article 12, §3 à peu de chose.

La rédaction de l'article 12, §3 est sans doute peu heureuse⁴⁶. Avec d'autres commentateurs, nous pensons que l'article 12, §3 introduit un for autonome de la responsabilité parentale. La prorogation de compétence évoquée dans le titre, doit être comprise dans son sens premier, non comme une extension de la compétence d'un juge déjà saisi, mais bien comme une attribution de compétence. Cette lecture ne remet pas en question le primat de la compétence du juge de la résidence habituelle de l'enfant. L'application de l'article 12, §3 est en effet subordonnée au respect de nombreuses et onéreuses conditions. Il s'agit donc d'un for autonome de la responsabilité parentale que limitent ces conditions⁴⁷.

Si l'article 12, §3 introduit un for autonome en permettant au juge de l'un quelconque État membre, de se saisir d'une demande relative à la responsabilité parentale, encore faut-il que certaines conditions, dont cer-

45. C'est surtout le membre de phrase «dans des procédures autres que celles visées au paragraphe 1^{er}» qui suscite des interrogations. Doit-on comprendre qu'il est nécessaire de greffer la demande portant sur la responsabilité parentale sur une procédure dont le juge est déjà saisi et qui ne concernerait pas le divorce ou la dissolution du lien matrimonial?

46. On a même pu écrire qu'elle était «obscur» : E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, 2004, 133, n° 226.

47. En ce sens, E. GALLANT, *op. cit.*, 133, n°s 226-227. Voy. aussi J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 93, n° 47.

taines sont onéreuses, soient remplies. La première concerne l'accord des «parties» à la procédure. En d'autres termes, il est nécessaire que l'ensemble des parties à la cause marquent leur accord⁴⁸. A titre d'exemple, si la demande intéresse des grands-parents – ceux-ci souhaitant procéder à une donation au bénéfice de leurs petits-enfants –, il faudra recueillir leur accord. Le Règlement imposant par ailleurs au juge de vérifier d'office sa compétence (art. 17), celui-ci devra de sa propre initiative vérifier que l'ensemble des parties marque son accord sur l'exercice de la compétence.

En outre, l'enfant doit posséder un «lien étroit» avec l'État dont les juridictions sont saisies. Cette notion est susceptible de lectures pour le moins diverses. Le Règlement apporte fort heureusement quelques précisions. Tout d'abord l'on peut noter que l'article 15 du Règlement utilise une autre notion, celle de «lien particulier». A première vue, ce dernier concept semble moins exigeant que celui de «lien étroit» qui est retenu à l'article 12, §3. Ensuite, l'article 12, §3 fait référence à deux hypothèses particulières : l'enfant est un ressortissant de l'État membre ou l'un des titulaires de la responsabilité parentale y réside. Bien que le Règlement ne soit pas explicite à ce propos, l'on peut présumer que dans ces deux cas, il est satisfait à l'exigence du lien étroit. Avec d'autres commentateurs, il faut accepter que les deux éléments visés par le Règlement ne sont pas les seuls qui permettent de déduire l'existence d'un lien étroit. En particulier, la localisation d'un bien, qui fait l'objet de la demande, sur le territoire belge, devrait pouvoir être prise en considération pour justifier l'existence de liens étroits⁴⁹.

Enfin, l'exercice de la compétence doit être «dans l'intérêt supérieur de l'enfant». Cette notion traverse et informe le Règlement. Elle n'en est pas moins d'un maniement délicat. Que faut-il entendre en effet par intérêt supérieur de l'enfant, à un stade de la procédure où il n'est pas encore question de s'interroger sur la loi applicable, et encore moins sur le résultat concret de la procédure⁵⁰? Il semble bien que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant peut, au stade de l'établissement de la compétence internationale de la juridiction saisie, se faire *a minima*. C'est ce que confirme l'attendu n° 12 du Préambule qui accompagne le Règlement et qui précise que «les règles de compétence établies par le présent règlement en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et en particulier du critère de proximité». L'im-

48. A titre de comparaison, l'on remarquera que l'art. 12, §1 lit. *b* n'exige l'accord que des seuls époux et titulaires de la responsabilité parentale, à l'exclusion des autres parties à la cause.

49. En ce sens, Mme CORNELOUP, *art. cit.*, 80, n° 14 – Mme Corneloup évoque l'hypothèse d'un mineur qui réside en Allemagne et est appelé à faire valoir des droits sur un immeuble situé en France, dans le cadre d'une succession.

50. Pour une explicitation du rôle de l'intérêt de l'enfant en droit international privé familial, voy. M. FAL-LON, «Questions actuelles de conflit de lois relatives à l'enfant», in *L'enfant et les relations familiales internationales*, J.-L. RENCHON (éd.), Bruylant, (41), 69-79.

pératif de proximité pourrait dès lors servir de guide dans l'interprétation du concept d'intérêt supérieur.

Au total, il semble bien que l'article 12, §3 offre d'intéressantes pistes dans le cadre de la gestion du patrimoine des mineurs. Dès lors qu'un mineur réside à l'étranger et qu'il convient d'adopter des mesures de protection à propos d'un bien situé en Belgique, cette disposition pourrait permettre, si l'ensemble des parties concernées marquent leur accord, de saisir une juridiction belge. Outre l'existence de l'accord, celle-ci devra vérifier si l'enfant dispose d'un lien étroit avec la Belgique. Si l'enfant possède en outre la nationalité belge ou qu'il a résidé en Belgique, on peut sans doute accepter l'existence d'un tel lien étroit. Ce n'est que s'il apparaît que l'enfant ne possède aucun autre lien avec la Belgique, n'y ayant jamais résidé, que l'on peut douter de l'existence d'un lien étroit. Encore l'accord des parties rend-il délicat pour la juridiction saisie de décliner sa compétence.

On remarquera à ce propos que l'article 15 (*supra*), qui exige la présence d'un «lien particulier» entre l'enfant et une juridiction, mentionne comme situation permettant de considérer qu'il existe un tel lien, le fait que «le litige porte sur les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de biens détenus par l'enfant et qui se trouvent sur le territoire de cet État membre». Doit-on en déduire que si cette circonstance est retenue comme indicative de l'existence d'un lien particulier, elle doit l'être tout autant pour justifier l'existence d'un «lien étroit»? L'interprétation est pour le moins délicate. Il nous semble que la seule conclusion que l'on puisse déduire de la comparaison entre ces deux dispositions est que la localisation d'un bien sur le territoire belge permet de présumer à elle seule l'existence d'un lien particulier. Rien n'interdit de déduire en outre de cette localisation l'existence d'un lien étroit⁵¹, notamment lorsqu'elle s'accompagne d'autres indices de rattachement. En l'absence de tout indice, il sera difficile à notre sens de parler d'un lien étroit – celui-ci doit en effet exister entre l'enfant et la Belgique et non entre le bien et le territoire belge.

51. L'on pourrait se demander s'il y a lieu de distinguer selon la nature du bien qui fait l'objet de la demande. Si celle-ci porte sur un bien immobilier localisé en Belgique, le lien est plus visible que s'il s'agit d'un portefeuille titres détenu auprès d'une banque belge. Cette distinction se justifie-t-elle? En outre, il faudra être prudent, s'agissant de localiser un bien sur le territoire belge pour en déduire l'existence d'un lien étroit. Si aucune difficulté ne se pose quand il s'agit d'un bien immeuble ou d'un meuble corporel, quelle règle de localisation faut-il adopter lorsque le bien est immatériel – des titres inscrits en compte ou des droits de créance? Pourrait-on par exemple s'inspirer de la règle classique selon laquelle les droits de créance sont situés au lieu de la résidence habituelle du débiteur (art. 2 lit. g Règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité)?

Au total, l'article 12, §3 offre une piste intéressante, même si complexe, pour justifier la compétence internationale des juridictions belges afin de statuer sur la demande des parents résidant, avec leurs enfants, en Italie.

Section 3. Variante 1 – une famille au Ghana

Pour prolonger la réflexion initiée dans les sections précédentes, il est intéressant de s'interroger sur l'impact que pourrait avoir une expatriation plus lointaine de la famille belge : si celle-ci s'était installée non en Italie, mais au Ghana, le raisonnement s'en trouverait-il modifié?

A dire vrai, le seul impact qu'aurait cette modification a trait à la possibilité de saisir les juridictions belges, s'il s'avère qu'il est nécessaire pour la personne représentant l'incapable d'obtenir une autorisation préalable d'une juridiction. Les autres étapes du raisonnement, et en particulier la détermination de la loi applicable tant à l'état de minorité qu'à la question de la représentation de l'incapable, ne subiraient pas de modification.

Comment déterminer si les juridictions belges pourraient exercer une compétence internationale si la famille résidait au Ghana? A première vue, l'on peut être tenté de faire appel à d'autres règles que celles déjà étudiées, puisque le Règlement Bruxelles IIbis, sur lequel l'attention s'est portée, est une œuvre européenne. A ce titre, il ne fait pas de doute qu'il entend s'appliquer lorsque le litige ou la question posée possède une dimension européenne – l'on pense par exemple à un couple de ressortissants belges qui vivent en Espagne avec leurs enfants, à propos du patrimoine desquels une question se pose. L'application du Règlement peut sembler moins évidente lorsque l'espèce intéresse un État tiers.

L'un des traits distinctifs du Règlement tient cependant à l'absence de limitation aux seules espèces européennes. Tout d'abord, il est certain que la nationalité des parties en cause n'est pas un élément pertinent pour justifier ou rejeter l'application du Règlement. La Cour de justice a eu l'occasion, dans l'arrêt *Sundelind Lopez*⁵², de souligner que les dispositions du Règlement s'appliquent «également aux ressortissants d'États tiers qui présentent un lien de rattachement suffisamment fort avec le territoire de l'un des États membres, conformément aux critères de compétence prévus par ledit règlement...»⁵³. En d'autres termes, la nationalité des personnes

52. CJCE, 29 novembre 2007, *Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo*, aff. C-68/07, *Rec.*, 2007, I-10403.

53. Attendu n° 26. En l'espèce, la question portait sur les relations entre les articles 6 et 7 du Règlement dans le cadre d'une action en divorce. Il nous semble que le raisonnement de la Cour peut sans difficulté être étendu aux règles concernant la responsabilité parentale.

intéressées n'est aucunement pertinente pour déterminer si le Règlement s'applique.

Si la nationalité des parties est indifférente, quel(s) élément(s) sont nécessaires pour justifier l'application du Règlement Bruxelles IIbis? Il faut avant tout que la question de la compétence soit posée à propos d'une juridiction liée par le Règlement⁵⁴. Il est évidemment hors de question de se référer aux dispositions européennes lorsque l'on s'interroge sur la compétence internationale d'une juridiction américaine ou d'un autre État qui n'est pas lié par le Règlement. Au-delà de cet élément, qui tient à la force obligatoire du Règlement, le praticien pourra se contenter d'interroger directement les règles de compétence prévues par le Règlement. Si celles-ci donnent compétence à une juridiction d'un État membre, il faudra bien conclure que le Règlement s'applique. Ce n'est que si aucune juridiction d'un État membre ne peut fonder sa compétence sur une disposition du Règlement, que celui-ci cèdera la place aux règles de compétence nationales⁵⁵.

En l'espèce, le mineur réside au Ghana. Ceci n'empêche pas de faire appel aux ressources qu'offre le Règlement. Il faudra cependant vite constater que les dispositions de ce texte, et en particulier son article 8, sont impuissantes à justifier la compétence internationale des juridictions belges.

Pourrait-on fonder la compétence des juridictions belges sur les ressources de l'article 12, §3, déjà évoqué? Rien n'interdit d'utiliser ce texte dans l'hypothèse d'un mineur qui réside en dehors de l'Union européenne. L'on peut d'ailleurs constater que l'article 12, §4 du Règlement indique que lorsque l'enfant réside habituellement en dehors de l'Union européenne, dans un État qui n'est pas lié par la Convention de La Haye de 1996 (*supra*), l'exercice de compétence par une juridiction d'un État membre «est présumée être dans l'intérêt de l'enfant notamment lorsqu'une procédure s'avère impossible» dans l'État où l'enfant réside. Il semble dès lors plus facile de rencontrer l'exigence relative à l'intérêt de l'enfant lorsque celui-ci réside en dehors de l'Union européenne.

S'il devait s'avérer que l'article 12, §3 est impuissant à fonder la compétence internationale des juridictions belges, par exemple parce qu'un consensus ne se fait pas entre parties concernées pour accepter cette compétence, il serait possible d'en appeler aux ressources du Code de droit international privé qui peut intervenir à titre subsidiaire (*infra*).

54. On rappellera que le Danemark n'est pas lié par le Règlement Bruxelles IIbis.

55. Ce que précise l'art. 14 du Règlement.

Chapitre II.

Un chalet dans les Alpes suisses

Vous êtes consulté par M. Depriaux, ressortissant belge qui réside en Belgique. M. Depriaux souhaite mettre en vente un immeuble situé en Suisse dans le canton du Valais, qui appartient à sa famille depuis deux générations. L'immeuble appartient pour partie à son frère, également ressortissant belge, qui fait l'objet d'une mesure d'administration provisoire; Quelle(s) démarche(s) le statut particulier dont bénéficie le frère impose-t-il de suivre?

Les opérations portant sur des immeubles situés à l'étranger n'appartiennent pas au quotidien du notariat belge. Le réflexe du praticien sera en effet bien souvent de conseiller de faire appel à un professionnel de l'État où l'immeuble est situé⁵⁶. Ce réflexe doit être approuvé dans la mesure où les actes juridiques intéressant les biens immobiliers subissent une attraction considérable de la loi locale, à propos de laquelle les professionnels belges sont bien moins outillés. Il n'en demeure pas moins qu'il convient de s'interroger à propos de ces opérations, notamment lorsque toutes les parties résident en Belgique. Dans cette hypothèse, il peut en effet être plus aisé de saisir les juridictions belges lorsqu'il s'avère nécessaire de solliciter le concours d'une juridiction.

Section 1. Les juridictions belges peuvent-elles intervenir?

Si l'on interroge le droit (international privé) belge à propos de la participation d'une personne placée, par une juridiction belge, sous administration provisoire à un acte de vente d'un immeuble qui sera reçu par un notaire, la réponse ne fait aucun doute : l'administrateur doit solliciter l'autorisation du juge préalablement à la conclusion de l'acte⁵⁷.

S'agissant d'un acte de vente qui sera reçu par un notaire suisse, l'on peut se demander s'il n'est pas plus opportun de saisir directement une juridiction suisse. Ce faisant, l'on évitera de devoir s'interroger ultérieurement sur l'accueil que réservera la Suisse à la décision prononcée par une juridiction belge.

56. Pour la vente voy. nos réflexions à ce sujet in «L'acquisition immobilière internationale», *Guide de droit immobilier*, Kluwer, 2010, (114), 127-132.

57. Cons. la synthèse offerte par Y.-H. LELEU, *Droits des personnes et des familles*, 2^e éd., Larcier, 2010, 228-230, n° 186.

Il n'est pas pour autant inutile de s'interroger sur la possibilité de saisir les juridictions belges d'une demande d'autorisation préalable. Outre qu'une telle saisine peut se révéler moins coûteuse qu'une procédure en Suisse, elle permet de demeurer en terrain relativement connu.

S'agissant de déterminer la compétence des juridictions belges dans une affaire intéressant un incapable majeur, ce sont les articles 32 et 33 du Code de droit international privé qui s'avèrent pertinents⁵⁸ – sauf à retenir, dans les relations franco-belges et belgo-néerlandaises, les dispositions des deux conventions bilatérales qui subsistent avec ces pays⁵⁹. La lecture de ces deux dispositions doit se faire de façon combinée. L'article 33 incorpore en effet les chefs de compétence retenus par l'article 32, qui, ce faisant, ne concernent pas seulement la matière de l'état et de la capacité, mais aussi l'autorité parentale, la tutelle et la protection de l'incapable.

Les chefs de compétence retenus aux articles 32 et 33 du Code ne se démarquent guère de ceux qui figurent dans le Règlement Bruxelles *Ibis*. C'est ainsi que la résidence habituelle de la personne concernée figure en bonne place parmi les critères retenus. Partant, dès lors qu'un incapable majeur – ou une personne dont la capacité est sujette à interrogation – réside en Belgique, la compétence des juridictions belges est acquise⁶⁰.

L'on retiendra deux règles intéressantes qui étendent singulièrement la compétence des juridictions belges : d'une part, l'article 32-2° permet aux juridictions belges de se saisir d'une demande lorsque la personne est belge lors de l'introduction de la demande⁶¹. Cette règle permet aux juridictions belges de connaître de demandes intéressant des ressortissants belges vivant à l'étranger – l'on pense à une famille belge vivant au Togo, qui souhaite qu'une juridiction belge se prononce sur le statut d'un des enfants majeurs.

D'autre part, l'article 33, al. 2 permet de saisir les juridictions belges dès lors que la demande concerne «l'administration des biens d'un incapable», à condition que la demande porte sur un bien situé en Belgique. Cette règle offre d'intéressantes ressources. L'on mesure en effet immédiatement les avantages qu'offre cette règle, qui lie la compétence à la situation du bien, lorsqu'on la compare au système mis en place par le Règlement Bruxelles *Ibis*. Imaginons qu'une juridiction belge soit saisie d'une demande visant à obtenir l'autorisation de vendre un immeuble si-

58. M. van Boxstael écrit que «L'empire du droit commun à l'égard des incapables majeurs est exclusif» (J.-L. VAN BOXSTAEEL, *Code dip...*, précité, 94, n° 47).

59. Convention franco-belge du 8 juillet 1899 et convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925 – qui prévoient toutes deux des règles de compétence et met en place un régime de circulation des décisions étrangères.

60. On se reportera à l'art. 4 du Code pour la définition de la résidence habituelle.

61. L'on se souviendra qu'en vertu de l'article 3 du Code, la nationalité belge doit être retenue par priorité sur la ou les autres nationalités que l'intéressé(e) possède.

tué en Belgique et appartenant pour partie à un incapable, ressortissant belge, qui vit en Italie⁶². Si l'incapable est mineur, le Règlement Bruxelles IIbis impose de saisir par priorité les juridictions italiennes. Le recours à la justice belge n'est possible qu'aux conditions posées par l'article 12, §3 (*supra*) – dont on a vu que l'interprétation est pour le moins complexe. Au contraire, lorsque l'incapable est majeur – une personne âgée ayant perdu l'essentiel de ses facultés mentales, la localisation de l'immeuble en Belgique suffira à asseoir la compétence des juridictions belges⁶³.

L'article 33, al. 2 évoque les demandes liées à «l'administration» d'un bien. Le concept d'administration doit sans doute être entendu largement, pour englober également les demandes portant sur des actes de disposition. Il n'y a en effet aucune raison particulière de limiter la compétence des juridictions belges aux seuls actes portant sur la gestion ou l'administration du patrimoine, à l'exclusion des actes de disposition.

En l'espèce, il ne sera pas difficile de fonder la compétence des juridictions belges puisque l'incapable réside en Belgique et qu'il possède la nationalité belge. Encore faut-il s'interroger sur la juridiction qui possède compétence territoriale interne. Pour ce faire, un détour par les dispositions du Code judiciaire s'impose⁶⁴.

Section 2. Quel droit les juridictions belges doivent-elles retenir?

Il fait peu de doute que s'agissant de déterminer si le représentant d'un incapable résidant en Belgique, peut signer en son nom l'acte de vente d'un immeuble, la nationalité de l'incapable n'a guère d'importance. 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 Belgique⁶⁵.

62. *Supra* chapitre 1 sur cette hypothèse.

63. S'agissant d'un incapable mineur, M. van Boxstael rappelle à juste titre que les dispositions de l'article 33 peuvent être invoquées, à côté de celles du Règlement Bruxelles IIbis, lorsque le mineur réside en dehors de l'Union européenne (J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 94, n° 47).

64. M. van Boxstael évoque à juste titre les difficultés qui peuvent surgir lorsque la compétence des juridictions belges est fondée sur la localisation en Belgique d'un bien. Il ne sera pas toujours simple dans cette hypothèse de déterminer quelle juridiction est compétente au sein de l'appareil judiciaire belge – voy. J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 95, n° 47.

65. 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).

C'est 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'État sur le territoire duquel cette personne a sa résidence habituelle⁶⁶.

Ce sont dès lors l'ensemble des questions relatives à l'incapacité d'un adulte qui seront soumises, par la juridiction belge saisie, 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 personne⁶⁷. Dans l'hypothèse retenue, il s'agira de la loi belge puisque l'on s'intéresse au sort d'un incapable qui vit 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.

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 nationale⁶⁸.

Lorsque les juridictions belges sont sollicitées à propos de la vente d'un immeuble situé à l'étranger, il est opportun qu'elles tiennent compte des formes locales dans l'autorisation qu'elles accordent puisque la vente devra se faire à l'étranger. L'équilibre entre le respect des dispositions belges, applicables en principe, et les conditions formelles posées par la loi étran-

66. Le renvoi est en outre exclu.

67. Le droit international privé suisse semble retenir une approche équivalente puisque l'article 35 de la loi fédérale de 1987 sur le droit international privé soumet à la loi du « domicile » l'exercice des droits civils » par une personne physique. On notera que la 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 1^{er} janvier 2009 en France, Allemagne, Suisse et au Royaume-Uni) retient également le droit de la résidence habituelle de l'incapable. Voy. P. LAGARDE, « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2000, 159 et s.

68. 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 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* »).

gère, est délicat⁶⁹. L'autorité étrangère ne pourra en effet agir que conformément à son droit local (*auctor regit actum*).

Section 3. Comment la Suisse va-t-elle accueillir la décision belge?

Il ne suffit pas de constater que, puisque l'intéressé réside de longue date en Belgique, c'est au droit belge que la juridiction belge saisie va se référer pour se prononcer sur la protection du patrimoine et de la personne de l'incapable. S'agissant d'une décision intéressant un bien situé en Suisse, il faut encore s'interroger sur l'accueil que réservera l'État étranger, en l'occurrence la Suisse, aux mesures adoptées en Belgique.

Cette question est de manière générale pertinente lorsque l'intéressé possède des biens dans son pays d'origine ou dans un État tiers. Soit un ressortissant italien installé depuis des décennies en 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 décisions⁷⁰, 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 belge⁷¹. 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

69. Une décision de la Cour d'Appel de Bruxelles illustre bien le compromis : Bruxelles, 19 oct. 1970, *Ann. Not.*, 1970, 421 : en l'espèce la Cour était saisie par une dame d'une demande d'autorisation de vente de biens mobiliers appartenant en partie à ses enfants mineurs, suite au décès de son mari. Parmi ces objets se trouvaient des monnaies anciennes grecques et romaines ainsi que des estampes japonaises. La Cour a autorisé la tutrice à mettre en vente ces objets dans des salles de vente spécialisées en France, Suisse et Angleterre, pour garantir le meilleur résultat. Il n'était pas contesté que le droit belge s'appliquait. La Cour a utilisé l'art. 1195 du Code judiciaire qui permet aux juridictions d'ordonner toutes mesures susceptibles d'améliorer les résultats de la vente.

70. 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.

71. La situation sera substantiellement modifiée lorsqu'entrera en vigueur en Belgique la convention de La Haye relative à la protection des adultes, précitée.

imposent des conditions, notamment une condition de réciprocité, qui pourraient empêcher l'accueil de la décision prononcée en Belgique⁷².

Outre la (relative) difficulté que représente la nécessité de consulter, pour chaque État 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'État 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 parier que les autorités locales insisteront pour que la décision belge fasse l'objet d'un exequatur, une simple reconnaissance n'étant pas jugée suffisante⁷³. 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.

En l'espèce, l'on peut espérer que les autorités suisses se contenteront de la reconnaissance de plein droit mise en place par l'article 1^{er} de la convention du 29 avril 1959, qui lie encore les deux pays. L'administrateur provisoire tentera en effet de se prévaloir de la décision prononcée par la juridiction belge non pas pour exiger que l'immeuble soit mis en vente, mais afin de valablement représenter l'incapable lors d'un acte de vente dont l'initiative revient sans doute aux copropriétaires.

Section 4. Variante 1 : un incapable « mobile »

Pour poursuivre la réflexion, imaginons que le frère de M. Deprioux n'ait pas encore fait l'objet d'une mesure d'administration provisoire. Il partage son temps entre la Belgique et la Suisse, où il réside dans le chalet familial. Ceci est-il de nature à modifier le raisonnement?

L'hypothèse qui retient notre attention est celle de l'incapable « mobile », qui partage son temps entre deux résidences. Les exemples ne seront sans

72. 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.

73. 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.

doute pas nombreux. Le développement du transport aérien bon marché et la disparition ou à tout le moins l'effacement des frontières permettent cependant à un plus grand nombre de multiplier les voyages. Chacun connaît dans son cercle de connaissances des «seniors» qui, après avoir mis fin à leur activité professionnelle, combinent le soleil et la douceur d'une résidence au sud avec la certitude d'un pied-à-terre en Belgique. Chaque année, ces personnes 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 États.

De la même manière, une personne frappée d'une certaine incapacité, peut partager sa vie entre plusieurs pays, sans jamais se fixer de manière permanente.

Ces situations soulèvent une question, qui n'est pas propre à la matière de l'incapacité : il peut en effet être difficile de localiser 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 liaient 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 l'intéressé 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.

Chapitre III.

Un curateur étranger

M. von Hinden, ressortissant allemand qui réside depuis quelques années en Belgique avec sa famille, souhaite faire bénéficier ses enfants d'un important don d'instruments financiers. Vous êtes consulté par M. von Hinden, qui vous explique que son fils aîné a fait l'objet, il y a quelques années lors de sa majorité, d'une mesure de protection : compte tenu de ses faibles facultés mentales, une juridiction allemande (le «Vormundschaftsgericht») l'a placé sous le régime de la curatelle («Betreuung») en application de la loi allemande (art. 1896 BGB). Quel impact ceci peut-il avoir sur l'acte de donation que vous êtes chargé de recevoir?

Section 1. Le principe : l'accueil de plein droit des décisions étrangères

C...

Pour apprécier si le fils aîné de M. von Hinden est atteint d'une incapacité, il importe dans cette hypothèse de s'interroger sur l'accueil à réserver à la décision étrangère. Les règles pertinentes peuvent être schématisées comme suit⁷⁴.

Lorsque l'on examine la validité en Belgique d'une décision étrangère ayant statué sur la capacité et la représentation d'une personne physique, il importe de distinguer entre plusieurs régimes : selon l'origine de la décision étrangère et son objet, il se peut que son accueil soit visé par l'un ou l'autre régime de reconnaissance des décisions étrangères. Ainsi s'il s'agit d'une décision prononcée par une juridiction française et qu'elle concerne un incapable majeur, l'on aura égard aux règles de reconnaissance prévues par la Convention franco-belge de 1899⁷⁵. Si la décision émane d'une juridiction extra-européenne, ce sont bien souvent les dispo-

74. Il est plus difficile d'apprécier le sort à réserver à une décision étrangère lorsque l'incapacité est la conséquence d'une décision administrative. Sur ce point voy. déjà les réflexions de B. DUTOIT, «La protection des incapables majeurs en droit international privé», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1967, (465), 492-493. Il semble que le régime mis en place par le Règlement Bruxelles IIbis puisse être appliqué aux décisions d'autorités administratives. Les articles 21 et s. du Règlement s'appliquent aux «décisions» rendues dans un État membre. Selon l'art. 2-4° du Règlement, il faut entendre par décision «... toute décision concernant la responsabilité parentale rendue par une juridiction d'un État membre...». L'art. 2-1° précise que par juridiction, il faut entendre «toutes les autorités compétentes des États membres...». Cette dernière précision ne semble pas exclure les décisions des autorités administratives.

75. Convention franco-belge du 8 juillet 1899 (qui prévoit des règles de compétence et met en place un régime de circulation des décisions étrangères). La Belgique est liée par une convention parallèle avec les Pays-Bas : convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925.

sitions du Code de droit international privé qui s'avéreront pertinentes pour apprécier l'accueil à réserver à la décision étrangère. Il n'est pas non plus exclu que le Règlement Bruxelles *Ibis* s'avère pertinent lorsque la décision a été prononcée par une juridiction d'un État membre et que la personne concernée est un mineur.

Pour déterminer le régime pertinent il faudra s'attacher tant à l'*origine* de la décision étrangère qu'à son *objet*. Les règles suivantes permettent de procéder à une première analyse, qu'il importerait de confirmer par une lecture attentive des dispositions des textes concernés :

i) La décision intéresse un incapable mineur

– Il faut d'abord consulter le Règlement Bruxelles *Ibis*. Celui-ci s'appliquera dès lors que la décision provient d'un État membre de l'Union européenne⁷⁶.

– Si la décision émane d'un autre État, l'on s'interrogera sur l'application d'une éventuelle convention (bilatérale ou multilatérale). La pratique apprend que la Belgique a conclu fort peu de convention avec des États non membres de l'Union européenne⁷⁷;

– A défaut de convention pertinente, l'accueil en Belgique de la décision étrangère devra être apprécié à l'aide des règles du Code de droit international privé.

ii) La décision intéresse un incapable majeur

– Les incapables majeurs ne bénéficient pas des dispositions du Règlement Bruxelles *Ibis*. Dans les relations avec les autres États, il faut dès lors consulter d'abord les éventuelles conventions (principalement bilatérales) que la Belgique pourrait avoir conclu;

– La Belgique est liée par un nombre limité de conventions bilatérales, principalement avec d'autres États européens. Ces conventions⁷⁸, d'un âge respectable, conservent une importance pour les matières non cou-

76. L'on n'oublie cependant pas que le Danemark n'est pas lié par le Règlement Bruxelles *Ibis*. Ce Règlement ne peut dès lors servir de fondement à l'accueil en Belgique d'une décision prononcée par une juridiction danoise. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir la Communauté européenne négocie avec le Danemark un accord étendant à ce dernier l'application des dispositions du Règlement Bruxelles *Ibis*, comme cela a été fait pour le Règlement Bruxelles I.

77. L'on sera cependant attentif à l'impact que pourrait avoir dans un futur proche l'importante Convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs (signée mais pas ratifiée par la Belgique). Cette convention est en vigueur dans plus de 30 États, dont de nombreux États membres de l'Union européenne. La Belgique tarde malheureusement à ratifier ce texte important, malgré l'autorisation en ce sens des institutions européennes. En général sur cette convention voy. les commentaires de P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1997, 217 et s.

78. Par ex. la convention franco-belge de 1899, la convention belgo-néerlandaise de 1925, la convention belgo-autrichienne de 1957 ou encore la convention du 30 juin 1958 entre la Belgique et l'Allemagne concernant la reconnaissance et l'exécution réciproque des décisions judiciaires, sentences arbitrales et actes authentiques (Loi du 10 août 1960, *M.B.*, 18 novembre 1960).

vertes par les textes européens. L'on pourra mentionner la convention franco-belge, la convention belgo-néerlandaise ou encore les conventions conclues avec la Suisse, l'Allemagne ou l'Autriche;

– L'on sera attentif à l'évolution du droit conventionnel : il n'est pas exclu que la Belgique se décide un jour à adhérer à l'importante Convention de La Haye sur les adultes adoptée en 2000;

– Comme pour les mineurs, s'il apparaît qu'aucune convention ne trouve à s'appliquer, le praticien consultera le Code de droit international privé.

La diversité des régimes potentiellement applicables est source de difficulté. Elle ne constitue cependant pas un obstacle insurmontable. S'agissant de la reconnaissance d'une décision étrangère, une constante se dégage du droit international privé contemporain : les décisions étrangères bénéficient du mécanisme de la reconnaissance *de plein droit*. Le système de la reconnaissance de plein droit a été consacré par le Code de droit international privé (art. 22). Il est également retenu de manière générale en droit conventionnel et en droit européen⁷⁹.

Ceci signifie qu'il ne sera pas nécessaire de soumettre la décision étrangère préalablement à une juridiction belge pour que celle-ci se prononce, avant de pouvoir invoquer l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision⁸⁰. Le notaire ou le juge de paix pourra dès lors tenir compte de l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision étrangère sans imposer aux parties de soumettre la décision à une instance particulière. Concrètement, le curateur nommé par la juridiction allemande peut sur base de la seule décision allemande et sans que celle-ci doive faire l'objet d'un exequatur préalable, se prévaloir de sa qualité de représentant de l'incapable.

Le principe de la reconnaissance de plein droit connaît bien entendu des limites⁸¹. Il ne signifie pas absence de contrôle de la décision étrangère. Il

79. Voy. l'article 21 du Règlement Bruxelles IIbis, l'article 7 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, l'article 23 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, l'article 22 de la Convention de La Haye sur la protection des majeurs. Les conventions bilatérales plus anciennes prévoient une forme moins aboutie de reconnaissance de plein droit : en règle, il sera nécessaire de solliciter la reconnaissance par voie judiciaire. Voy. par ex. l'article 11 de la convention belgo-néerlandaise du 28 mars 1925. Le processus de reconnaissance est cependant facilité dès lors qu'il est possible de postuler la reconnaissance par voie incidente, devant le juge saisi d'une demande principale (voy. pour la convention belgo-néerlandaise, J.H.P. BELLEFROID, *Toelichting van het Nederlandsch-Belgisch Verdrag van 28 mart 1925 betreffende de betrekkelijke rechterlijke bevoegheid, het faillissement, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, scheidrechtelijke uitspraken en authentieke akten*, Dekker & Van de Vegt, 1931, 99, n° 81).

80. Voy. par ex. l'article 22 du Code de droit international privé, l'article 21 du Règlement Bruxelles IIbis ou encore l'article 11 de la convention franco-belge. Les autres conventions bilatérales paraissent avoir opté pour un mécanisme un peu en retrait d'une véritable reconnaissance de plein droit, permettant la reconnaissance incidente par toute juridiction, mais n'évoquant pas expressément la reconnaissance de plein droit par toute autorité (voy. p. ex. l'article 1^{er} de la convention belgo-allemande de 1958).

81. La reconnaissance de plein droit a comme corollaire qu'il faut tenir compte de la décision étrangère *depuis la date* où elle sort ses effets selon la loi de l'État qui l'a prononcé. Il est en effet accepté que la reconnaissance de plein droit a un effet purement déclaratif et non constitutif. Ceci signifie que si une personne a

sera nécessaire de procéder à l'examen des motifs de refus de reconnaissance retenus par l'instrument pertinent. Parmi ceux-ci, les plus importants sont sans doute l'exception d'ordre public de droit international privé⁸² et le respect des droits de la défense⁸³.

Si l'on examine la pratique, l'on constate que l'exception d'ordre public, qui permet de limiter l'accueil en Belgique d'une décision étrangère lorsqu'il s'avère que les effets de cet accueil sont manifestement incompatibles avec un principe fondamental de l'ordre juridique belge, n'est pas d'une application fréquente. En particulier, la circonstance que le juge étranger ait retenu, pour se prononcer sur l'incapacité, une autre loi que celle qui aurait été applicable en vertu des règles de droit international privé belge, n'est pas de nature à compromettre la reconnaissance de la décision étrangère⁸⁴. La modification somme toute assez récente de la règle de rattachement belge démontre le caractère relatif de celle-ci, qui ne pourrait dès lors servir de fondement au refus de reconnaître une décision étrangère. La circonstance que le droit belge ne permettrait pas, dans les circonstances de l'espèce, de conduire à l'incapacité, alors que la décision étrangère, se fondant sur le droit étranger, a conclu à l'incapacité, ne doit pas non plus, en règle, conduire à refuser d'accueillir la décision étrangère⁸⁵.

L'ordre public peut trouver un terrain plus fertile dans la diversité des statuts de protection. On est souvent frappé en pratique de constater qu'une juridiction étrangère a estimé, en vertu de son droit, qu'aucune mesure de pro-

été frappée d'incapacité par une décision française, cette décision doit être tenue pour vraie en Belgique dès le prononcé du jugement français – à condition bien entendu que la reconnaissance du jugement soit acquise. Les actes de l'incapable seront nuls à la date du jugement. De la même manière, le représentant de l'incapable devra être mis à la cause dans les actions intentées contre une personne, s'il s'avère qu'elle a fait l'objet, avant l'introduction de la cause, d'une décision d'incapacité par un tribunal étranger. La sécurité juridique pourrait être mise à mal par cette conséquence immédiate du jugement étranger. Il n'est pas certain qu'un cocontractant soit en effet informé de l'existence d'un jugement étranger. L'on est en droit de se demander s'il ne serait pas opportun de prévoir, à la suite de la jurisprudence *Lizardi* bien connue, une exception fondée sur l'ignorance excusable du jugement étranger. Sur ce point, B. DUTOIT, «La protection des incapables majeurs en droit international privé», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1967, (465), 489.

82. Voy. par ex. l'article 11-1° de la convention belgo-néerlandaise ou encore l'article 2-1° de la convention belgo-allemande. Le Règlement Bruxelles *Ibis* innove à cet égard en précisant qu'il faut, dans l'appréciation de la violation manifeste de l'ordre public, tenir compte des «intérêts supérieurs de l'enfant» (art. 23, *a*).
83. L'on mentionnera que lorsque la décision doit être appréciée sur base du Règlement Bruxelles *Ibis*, celui-ci exige que l'enfant ait eu la possibilité d'être entendu (art. 23, *b*). Sur cette question, voy. A. GOUTTENOIRE, «L'audition de l'enfant dans le règlement 'Bruxelles *Ibis*'», in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), Dalloz, 2006, 201-207.
84. *Comp.* avec les conditions plus sévères posées par l'art. 27 du Code de droit international privé pour l'accueil d'un acte authentique étranger.
85. *Comp.* avec l'ancienne jurisprudence du *Bundesgerichtshof* allemand (BGH, 16 déc. 1955, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1957, 456), qui avait exigé, pour admettre la reconnaissance en Allemagne d'une décision d'interdiction prononcée par une juridiction suisse, que les conséquences de fait et de droit de l'interdiction ne diffèrent pas sensiblement, au détriment de l'interdit, de celles d'une interdiction prononcée en Allemagne.

tection particulière ne s'imposait. Ainsi, il peut arriver que la juridiction étrangère ait, en vertu d'une disposition de droit étranger, estimé qu'il n'y avait pas lieu d'imposer une mesure de protection. Un père ou un représentant légal pourrait ce faisant être amené à vendre un bien appartenant au mineur incapable qu'il assiste et représente, sans que le projet de vente soit soumis au contrôle d'une juridiction. Sauf absence totale de possibilité pour le pupille de mettre en œuvre la responsabilité du représentant – par exemple à la fin de la mission de ce dernier, l'on sera hésitant à permettre le recours à l'ordre public pour refuser tout effet à la décision étrangère⁸⁶.

Section 2. Les modalités de la représentation de l'incapable

Lorsqu'une juridiction étrangère a déjà mis en place un statut visant à protéger un incapable, le représentant nommé par cette juridiction pourra en règle faire valoir en Belgique ses titres et qualités sans autre forme de procès. Il pourra dès lors valablement s'informer sur l'opération envisagée auprès des professionnels consultés.

Pour déterminer si le représentant nommé par la juridiction étrangère peut également participer activement à l'acte envisagé, au nom de l'incapable qu'il représente, il faut tenir compte du contenu de la décision étrangère. Il se peut que lorsqu'elle a statué sur le sort de l'incapable, la juridiction étrangère lui ait adjoint un administrateur et ait déterminé en détail les compétences de ce dernier. Dans ce cas, la seule évocation de la décision étrangère permettra d'assurer la pleine participation du représentant à l'acte envisagé.

Il ne sera toutefois pas rare qu'un incapable ait été pourvu, par une juridiction étrangère, d'un représentant sans que les pouvoirs de celui-ci aient fait l'objet de précisions. Il se peut également que selon le droit étranger, retenu pour nommer le représentant, celui-ci ne dispose, de plein droit, que de pouvoirs limités à la gestion du patrimoine de l'incapable, l'accès aux actes de disposition étant subordonné à une autorisation *ad hoc* d'une juridiction ou d'une institution comme le conseil de famille⁸⁷.

86. Voy. par ex. Civ. Bruxelles, 2 février 1968, *Pas.*, 1968, III, 64 : le tribunal estime que la circonstance que le droit français en vigueur à l'époque n'exigeait pas que la délibération du conseil de famille visant à autoriser la vente de gré à gré d'un bien appartenant à un mineur incapable, fasse l'objet d'une homologation par le tribunal, n'est pas contraire à l'ordre public. Le tribunal relève que « ni l'homologation par le tribunal de première instance, ni le recours à la vente publique ne sont commandées par l'ordre public international belge » (p. 66).

87. Voy. par ex. l'article 505 du Code civil français à propos des pouvoirs du tuteur représentant un mineur ou un majeur. Selon cette disposition, « Le tuteur ne peut, sans y être autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge, faire des actes de disposition au nom de la personne protégée ».

Dans cette hypothèse, il ne suffira pas de présenter la décision étrangère nommant le représentant pour permettre à celui-ci de participer à l'acte envisagé. Encore faudra-t-il qu'il obtienne l'autorisation spéciale liée à l'acte concret. Pour ce faire, il pourrait solliciter les juridictions belges, à condition que celles-ci possèdent compétence pour ce faire⁸⁸.

Dans l'espèce étudiée, le majeur allemand incapable réside actuellement en Belgique. Cette résidence habituelle suffit amplement, au vu de l'article 33 du Code de droit international privé, à justifier la saisine des juridictions belges⁸⁹. Quant au droit applicable, il faut sans doute comprendre que l'article 35 du même Code permet de formuler la demande sur base du droit allemand, sauf si l'on accepte que le « fait » pertinent donnant lieu à l'adoption de mesures de protection est non pas l'incapacité en général qui affecte le donataire, mais bien l'acceptation de la donation⁹⁰. Dans ce cas, une difficulté risque de se produire puisqu'il appartiendra au droit belge de déterminer à quelles conditions le représentant, nommé par un tribunal allemand, peut consentir à un acte au nom de l'incapable qu'il représente.

Une autre solution est possible : elle consiste à soumettre aux juridictions belges une demande générale visant à organiser la protection de l'incapable, au motif qu'il est difficile de faire fonctionner en Belgique la curatelle ouverte par la juridiction allemande. Cette demande sera assurément soumise au droit belge en vertu de l'article 35.

Section 3. Le régime de l'exécution des décisions étrangères

Lorsqu'une juridiction étrangère s'est prononcée et que sa décision est invoquée en Belgique, l'on peut s'interroger sur le régime à suivre dès lors que la décision doit être mise à exécution. Il n'est pas difficile de décrire les grandes lignes de ce régime (§ 1). Plus délicate est la question de savoir quand le régime de l'exequatur s'impose vraiment (§ 2).

88. Seul le droit international privé étranger peut décider si le représentant peut également solliciter les juridictions de l'État d'origine de l'incapable.

89. *Supra*, chapitre 2, section 1.

90. Il faut reconnaître que la lecture de l'article 35 est malaisée : l'art. 35, § 1^{er} semble donner priorité à la loi de la première résidence habituelle de l'incapable, neutralisant tout impact d'un déménagement ultérieur sauf dans l'hypothèse de l'autorité parentale ou de la tutelle. Faut-il comprendre qu'une modification de la résidence habituelle n'aura jamais d'impact sur les mesures de protection qui s'imposent à l'égard d'un incapable majeur ? Une autre lecture semble possible, qui distingue selon les différents faits donnant lieu à l'adoption de mesures de protection – soit qu'il s'agisse en général de l'incapacité, soit qu'il s'agisse d'un acte en particulier comme une donation.

§1. Quel régime pour l'exécution d'une décision étrangère?

Au-delà de la reconnaissance de plein droit, les conventions et autres instruments déjà évoqués prévoient que, lorsque la décision étrangère est utilisée à l'appui d'actes d'exécution et de contrainte, il s'impose d'obtenir au préalable un exequatur.

Sur les modalités particulières permettant d'obtenir un tel exequatur, des différences parfois importantes séparent les régimes. Le Code de droit international privé et le Règlement Bruxelles IIbis ont mis en place un exequatur «simplifié», qui se déroule, dans un premier temps du moins, de façon unilatérale. Les conventions bilatérales ont en général imposé des formalités plus lourdes. Au minimum, la procédure d'exequatur imposera au juge belge saisi de se pencher d'emblée sur les éventuels motifs de refus⁹¹. Parfois il s'imposera même de convier la partie adverse à la procédure d'exequatur⁹².

Dans tous les cas, le juge de l'exequatur vérifiera principalement la conformité de la décision étrangère à l'ordre public international belge⁹³.

§2. Le domaine de l'exécution

Comme déjà indiqué, il sera nécessaire d'obtenir un exequatur avant de pouvoir mettre à exécution une décision étrangère. Il reste qu'il est bien difficile de déterminer avec précision quand l'exigence d'exequatur s'impose. Le domaine qui lui est réservé, ne fait le plus souvent l'objet que de descriptions générales. Il n'est pas inutile de tenter de le cerner plus précisément. Ceci permettra dans certains cas d'éviter le détour par l'exequatur – qui demeure, malgré l'existence de certains régimes d'exequatur simplifiés, un facteur de coûts additionnels et d'allongement de la procédure.

A première vue, il est facile de déterminer quand l'exequatur s'impose : il en va ainsi à chaque fois que la décision étrangère doit être mise à exécution. La pratique révèle que le concept de «mise à exécution» ne se laisse cependant pas facilement appréhender. Imaginons qu'un administrateur provisoire nommé par une juridiction étrangère, s'adresse à un notaire belge pour le charger de vendre un bien immobilier situé en Belgique et appartenant à l'incapable. Le notaire doit-il exiger que l'administrateur provisoire obtienne l'exequatur avant de donner suite aux instructions de ce dernier? Et qu'en est-il de la demande de ce même administrateur de

91. P. ex. l'article 10 de la convention belgo-allemande de 1958.

92. Ce que ne permet pas le régime européen, voy. l'art. 31, §1 du Règlement Bruxelles IIbis.

93. *Supra*, chapitre 3, section 1.

se faire remettre le produit de la vente de l'immeuble? L'on peut aussi s'interroger sur la nécessité pour le même administrateur provisoire d'obtenir l'exequatur de la décision étrangère lorsqu'il souhaite faire annuler un acte accompli par l'incapable.

Il ne semble pas contesté que le simple fait pour l'administrateur nommé par une juridiction étrangère, d'intervenir en Belgique en cette qualité, ne nécessite aucun exequatur⁹⁴. Il en ira de même lorsque l'administrateur se contente de poser des actes de gestion ou d'administration. Par contre, lorsque l'administrateur ou le curateur entend faire valoir ses pouvoirs sur la personne de l'incapable en vue de le «rapatrier», il semble qu'un exequatur soit nécessaire⁹⁵.

La difficulté concerne les actes qui ont l'apparence d'actes d'exécution, comme par exemple la demande d'un administrateur de faire réaliser un bien immobilier situé en Belgique. A notre estime, l'exequatur doit être réservé aux seuls actes d'exécution, à savoir les actes qui nécessitent l'utilisation du monopole de contrainte réservé aux agents de l'État ou à ceux qui sont habilités par l'autorité publique à exercer la contrainte – p. ex. les huissiers de justice. Il peut s'agir d'une exécution sur un bien ou sur une personne. C'est uniquement lorsque l'administrateur étranger doit avoir recours à une telle mesure de contrainte qu'il s'impose d'exiger l'obtention préalable de l'exequatur. Il ne nous semble par contre pas nécessaire d'exiger le recours à l'exequatur préalable lorsque les pouvoirs revendiqués par l'administrateur n'emportent l'exercice d'aucune contrainte.

Cette conception restrictive du domaine de l'exequatur permet de réserver celui-ci à des hypothèses peu fréquentes – par. ex. lorsqu'un créancier de l'incapable s'oppose à ce que le notaire belge chargé de la vente d'un immeuble appartenant à un incapable qui réside à l'étranger, procède à cette vente. Le souhait d'un administrateur de faire réaliser un bien immobilier situé en Belgique ne peut, dans cette conception restrictive, être considéré comme constituant un acte d'exécution⁹⁶.

94. *Comp.* art. 18 et 19 du Règl. Insolvabilité.

95. En ce sens, B. DUTOIT, «La protection des incapables majeurs en droit international privé», *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1967, (465), 489.

96. Dans un registre différent, mais à notre estime comparable à celui de la protection du patrimoine de l'incapable, la jurisprudence française a confirmé que l'administrateur étranger ne doit pas obtenir l'exequatur pour réaliser l'actif immobilier d'une succession ouverte à l'étranger. Dans un arrêt *Schapiro*, la Cour de cassation française a décidé que seule l'exécution directe entraîne la nécessité d'un exequatur (Cass., 6 juin 1967, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1969, 75; *J.D.I.*, 1967, 890). La Cour semble réserver la nécessité d'obtenir un exequatur préalable aux cas dans lesquels l'administrateur étranger tend «à l'appréhension d'un bien successoral à l'encontre des héritiers [du défunt]». De même, la Cour d'Appel de Paris a reconnu qu'un exécuteur testamentaire d'un défunt anglais mort domicilié en Angleterre pouvait vendre un immeuble situé en France et en répartir le prix sans obtenir au préalable l'exequatur de la décision de la juridiction anglaise qui lui avait reconnu sa qualité (Paris, 25 novembre 1952, *J.D.I.*, 1953, 140). La seule réserve mise par la Cour d'Appel concernait la protection des intérêts des héritiers réservataires. Enfin, dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a certes précisé qu'un exécuteur testamentaire améri-

Section 4. Une « mise à jour » de la décision étrangère ?

Un dernier point mérite d'être évoqué lorsqu'il apparaît qu'une juridiction étrangère s'est déjà prononcée et a mis en place des mesures de protection. Celles-ci peuvent s'avérer dépassées par les événements. Il peut en effet s'être écoulé un temps assez long entre la saisine du juge étranger et la réception en Belgique de sa décision.

L'on est en droit de se demander s'il est possible dans ce cas de solliciter en Belgique la révision, voire l'annulation d'une décision étrangère qui aurait placé quelqu'un sous un statut d'incapacité. La question, susceptible de se poser dans d'autres contextes⁹⁷, doit sans doute être résolue en tenant compte des limites de l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision étrangère.

Il faudra interroger le droit étranger pour déterminer si l'autorité de chose jugée est liée aux éléments de fait qui existaient lorsque la décision a été prononcée et si la décision peut, toujours selon le droit étranger, être modifiée⁹⁸. Si la réponse s'avère positive, rien n'empêchera les juridictions belges de statuer à nouveau et de modifier une décision étrangère, compte tenu de l'évolution des faits.

C...

Section 5. Variante 1 : le mandat d'inaptitude

Quelle approche retenir si la situation du ressortissant allemand n'avait pas fait l'objet d'une décision judiciaire, mais qu'il avait anticipé sur une diminution future de ses capacités en conférant à un proche un mandat d'inaptitude ? L'on sait que certains droits étrangers permettent d'accorder un mandat visant à confier à une personne des compétences définies précisément, et qui est destiné à sortir ses effets lorsque le mandant ne disposera plus de l'autonomie nécessaire pour assurer la gestion de son patrimoine. Le droit français permet par exemple à tout personne de don-

cain n'avait pas le pouvoir de vendre un immeuble successoral situé en France. Cette décision s'explique toutefois par la présence en France d'héritiers réservataires (Cass., 4 décembre 1990, *J.D.I.*, 1991, 401 – dans cette espèce un conflit opposait les héritiers réservataires aux administrateurs d'un défunt tirant leurs droits d'une décision du Tribunal supérieur du district de Columbia (États-Unis), à propos de la vente d'un château de la Côte d'Or dépendant de la succession américaine.

97. Notamment dans le contexte de créances alimentaires ou de l'exercice de l'autorité parentale. Voy. p. ex. Bruxelles (jeun.), 22 avril 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 200 (la Cour note que « Au demeurant, une décision étrangère organisant l'hébergement d'un enfant mineur est toujours susceptible, en droit belge, de révision si des éléments nouveaux le justifient », pour admettre ensuite que « l'autorité dont jouissent ou pourraient jouir en Belgique les décisions judiciaires rendues en 1999, 2001 et 2002 par des juridictions sénégalaises ne fait pas en soi obstacle à ce qu'une juridiction belge statue sur une demande tendant à faire modifier pour l'avenir l'organisation de l'hébergement des enfants des parties »).

98. Il est préférable de parler dans ce cas d'autorité de chose décidée et non d'autorité de chose jugée.

ner, en prévision de son inaptitude, mandat à une autre de prendre en charge sa personne et ses biens⁹⁹.

Comment un tel mandat doit-il être appréhendé s'il vient à être invoqué en Belgique, par exemple par le mandataire d'un ressortissant allemand, 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 parties¹⁰⁰, 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'incapacité¹⁰¹? La Convention de La Haye relative à la protection des adultes (*supra*) 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 conféré¹⁰². Compte tenu des grandes différences existant en droit comparé sur ce point, la Convention prévoit cependant 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 État d'origine, échappant ainsi aux hésitations qui pourraient naître si l'on examinait un tel mandat à la lumière du droit belge¹⁰³.

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 2003¹⁰⁴, qui a introduit, à l'occasion de la réforme de la protection des

99. Art. 477 et 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^{os} 640-645.

100. 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.

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

102. Art. 15.

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

104. 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.

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.

Chapitre IV.

Une succession en Turquie

Cemal Isnani, ressortissant turc qui vit en Belgique avec son oncle, est appelé à la succession de sa mère, récemment décédée en Turquie. L'actif successoral comprend notamment un immeuble en Turquie. Comment s'assurer de sa participation à la liquidation de la succession?

Section 1. L'articulation entre la loi successorale et le statut de l'incapable

Lorsqu'un incapable, majeur ou mineur, est appelé à faire valoir des droits dans une succession, il importe de bien apprécier les domaines respectifs des lois en présence. Le droit international privé fonctionne en effet par répartition des questions dans des catégories de rattachement qui mènent à des résultats bien différents.

Pour mener à bien le raisonnement, une distinction s'impose dès lors entre deux ordres d'idée :

– d'une part la participation en tant que telle de l'héritier à la liquidation de la succession. Cette participation est régie par la loi successorale. Celle-ci détermine notamment s'il est possible, et si oui dans quelles conditions, d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire ou avec d'autres modalités d'acceptation;

– d'autre part, l'influence que peut exercer l'incapacité (minorité ou autre) sur le déroulement de la succession. Pour être plus précis, la question visée est celle de savoir si la minorité ou l'incapacité impose des conditions particulières à la participation par l'incapable à la succession. Dans de nombreux pays, un incapable ne peut faire valoir ses droits dans la succession sans mesures particulières de protection – par ex. une acceptation sous bénéfice d'inventaire. S'il appartient à la loi successorale de déterminer si une telle acceptation est, de manière générale, autorisée, c'est la loi de l'incapable qui déterminera si des formalités particulières s'imposent en vue de protéger l'incapable.

De même, la loi applicable à l'incapacité déterminera si le représentant du mineur peut procéder à l'acceptation de plein droit ou seulement avec une autorisation spéciale.

En l'espèce, la succession est manifestement régie par la loi turque¹⁰⁵. Quant au statut de l'incapable, c'est au droit belge qu'il appartient de déterminer comment il doit être représenté et quelles sont les compétences du représentant, puisque le mineur réside en Belgique¹⁰⁶. Le mineur résidant en Belgique, il ne pourra accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire¹⁰⁷.

Section 2. Les limites de la compétence internationale des juridictions belges en matière successorale

Il n'est pas exclu que le droit applicable impose au représentant de l'incapable d'obtenir d'une juridiction l'autorisation préalable d'accepter une succession. Il importe de bien saisir que si un tel détour par une juridiction s'impose, la détermination de la compétence internationale répond à des règles spécifiques.

S'il en est ainsi, c'est que le Règlement Bruxelles IIbis, dont on a vu qu'il constituait le droit commun de la compétence internationale en matière de gestion du patrimoine de l'incapable mineur, ne prétend pas s'appliquer en matière successorale. Selon son article 1, § 3 lit. f), il ne s'applique pas «aux successions». Selon M. van Boxstael, il faut dès lors accepter que le Règlement ne s'applique pas dès lors qu'il «s'agit d'autoriser le représentant d'un incapable à accepter une succession, le cas échéant sous bénéfice d'inventaire ou à la répudier, ou même encore à vendre ou partager un immeuble dépendant d'une masse successorale...»¹⁰⁸.

C'est donc vers le Code de droit international privé ou, dans les relations avec certains États, vers les conventions qui les lient avec la Belgique qu'il faut se tourner¹⁰⁹. Le premier permet aux juridictions belges de se prononcer dès lors que la demande porte sur un bien situé en Belgique (article 33, paragraphe 2) ou encore lorsque l'incapable qui possède des

105. Que l'on aborde la question sous l'angle du droit international privé belge (art. 78 du Code) ou en tenant compte du droit international privé turc qui rattache la succession à la loi nationale du défunt tout en soumettant impérativement au droit turc les immeubles situés en Turquie (art. 20 de la loi turque n° 5718 du 27 novembre 2007 sur le droit international privé).

106. Art. 35 du Code.

107. Ou, le cas échéant, la répudier.

108. J.-L. VAN BOXSTAEEL, *Code dip...*, précité, 92, n° 47. L'on pourrait cependant adopter une interprétation stricte de cette exclusion et considérer que la demande visant à obtenir l'autorisation d'accepter une succession, intéresse au premier chef la matière de l'incapacité et pourrait dès lors justifier l'application du Règlement. Cette interprétation semble être retenue par Mme Révillard (*op. cit.*, 317, n° 593, exemple n° 122 – solution implicite).

109. P. ex. dans les relations franco-belges, la Convention du 8 juillet 1899 conclue entre la Belgique et la France sur la compétence judiciaire, sur l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, *M.B.*, 30-31 juillet 1900.

prétentions successorales, possède la nationalité belge (article 33, paragraphe premier, *juncto* 32-2°, Codip).

En l'espèce, il n'y aura pas de difficulté à justifier la compétence internationale des juridictions belges.

Chapitre V.

Une succession belgo-française

M. Dubois, ressortissant belge, décède à son domicile en Belgique en 2011. Il laisse un enfant, né en 1999, qui réside en France avec l'ex-épouse de M. Dubois. La succession de ce dernier comprend notamment un appartement situé dans la province de Namur. Quelle influence la résidence de l'enfant à l'étranger exerce-t-elle sur le règlement de la succession?

Cette hypothèse permet d'aborder la situation dans laquelle ce n'est plus la succession, mais bien le régime de l'incapacité qui est régi par le droit étranger. Cette circonstance peut faire naître plusieurs questions qui seront abordées successivement.

Section 1. Difficultés de coordination entre le régime de la succession et le régime de l'incapacité

C...

Comme dans la situation précédente, il s'impose de distinguer entre la loi applicable à la succession et celle qui régit le régime de protection de l'incapable. Cette distinction, qui est loin d'être évidente à appréhender, suscite en outre des difficultés de coordination. La plus connue est sans doute celle qui voit se combiner un régime d'incapacité, qui permet au représentant de l'incapable d'accepter la succession moyennant le respect de certaines formalités, avec un régime applicable à la succession en tant que telle, qui ignore les formalités de cette nature.

En l'espèce, la succession est régie par le droit belge. Puisque l'héritier concerné réside en France, il appartient cependant au droit français, en vertu de l'article 35 du Code, de déterminer si le représentant de l'héritier incapable doit obtenir une autorisation particulière avant d'accepter la succession et selon quelle(s) modalité(s) il peut procéder à cette acceptation¹¹⁰.

L'on sait que le droit français précise, depuis la grande réforme de juin 2006, que les parents qui exercent ensemble l'autorité parentale sur un enfant mineur d'âge, peuvent accepter une succession «à concurrence de l'actif net» sans qu'il soit besoin d'autorisation préalable¹¹¹. L'autorisation

110. Par «modalité», l'on vise ici uniquement la possibilité d'accepter une succession sous inventaire, purement ou simplement, de la rejeter ou encore de l'accepter à concurrence de l'actif net. Les formes particulières qui traduisent l'exercice de l'une de ces modalités ne sont pas du ressort du statut de la représentation.

111. Ceci résulte de la lecture combinée de l'article 389-5 et 507-1 du Code civil français.

préalable demeure requise dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, à savoir lorsqu'un seul des parents exerce l'autorité parentale sur l'enfant¹¹².

Comment le représentant d'un enfant qui réside en France, peut-il faire valoir en Belgique une acceptation «à concurrence de l'actif net», alors que cette modalité est inconnue du droit belge? La difficulté est bien connue – elle tient à l'appréciation correcte de l'équivalence entre institutions¹¹³.

Dans une espèce tranchée en 2007, un juge de paix a orienté la requérante vers l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire¹¹⁴. Cette suggestion nous paraît devoir être approuvée. Telle qu'elle est organisée par les articles 787 à 803 du code civil français, l'acceptation à concurrence de l'actif net constitue, en effet, une version modernisée et améliorée de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire tel que la connaît le droit belge¹¹⁵. Il faudra dans chaque espèce s'interroger sur l'équivalent le plus proche que propose le droit belge pour la démarche retenue par le droit étranger¹¹⁶.

Section 2. Application à titre subsidiaire de la loi nationale – la clause spéciale d'ordre public

La dissociation entre le régime successoral et celui de l'incapacité peut conduire, compte tenu de la diversité des systèmes retenus par les législateurs nationaux, à d'autres interrogations. L'on peut par exemple se demander s'il faut réserver un sort particulier à la loi étrangère qui permet au représentant de l'incapable d'accepter sans autre réserve la succession qui revient à l'incapable, alors que celui-ci serait protégé, le droit belge imposant par ex. le recours à une acceptation sous bénéfice d'inventaire.

112. Voy. l'article 389-6 du Code civil français.

113. Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 302-303, n^{os} 7-30.

114. JP Fontaine-l'Évêque, 28 fév. 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 851.

115. Selon l'art. 791 du Code civil français, l'acceptation à concurrence de l'actif net «donne à l'héritier l'avantage 1^o D'éviter la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession; 2^o De conserver contre celle-ci tous les droits qu'il avait antérieurement sur les biens du défunt; 3^o De n'être tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis». Voy. les explications de J. CASEY, «L'option successorale», *Rev. Lamy Dr. Civ.*, déc. 2006, (19), pp. 22-24.

116. M. van Boxstael évoque l'exemple du droit marocain, qui permet au père d'un enfant d'accepter sans autre formalité une succession qui échoit à ce dernier, pour suggérer que la meilleure manière de rendre compte du système particulier mis en place par le droit successoral marocain (qui instaure une nette séparation entre le patrimoine propre de l'héritier et le patrimoine héréditaire) est de prescrire que le père acceptera la succession ouverte en Belgique sous bénéfice d'inventaire – J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 99, n^o 48.

Dans le domaine de la protection du patrimoine de l'incapable, on a coutume d'invoquer le mécanisme de l'ordre public à propos de législations étrangères jugées trop laxistes dans la protection qu'elles aménagent, parce qu'elles ne prévoient aucune mesure de protection particulière pour des actes pourtant considérés comme importants – l'on pense à la vente d'un immeuble qui appartient à un mineur ou un autre incapable ou encore à l'acceptation d'une succession¹¹⁷.

Depuis la codification, cette question doit être abordée à la lumière du principe posé par l'article 35, §2. Selon cette disposition, le droit de la nationalité de l'intéressé(e) conserve un titre à s'appliquer de façon exceptionnelle, lorsque le droit de la résidence ne permet pas d'assurer la protection que requièrent la personne ou les biens de l'intéressé. Cette règle, qui constitue assurément une concrétisation de l'exception d'ordre public international¹¹⁸, vide d'une partie importante de son contenu l'exception générale d'ordre public (art. 21 du Code)¹¹⁹.

Peut-on avancer qu'une législation étrangère ne permet pas d'assurer la protection que requièrent les biens de l'incapable lorsqu'il apparaît que cette législation confère d'importants pouvoirs au représentant (légal ou judiciaire) de l'incapable, pouvoirs qui ne sont pas subordonnés à un contrôle préalable par une juridiction? L'appréciation est, comme le souligne M. van Boxstael, «particulièrement délicate»¹²⁰. Avec cet auteur, il nous semble qu'une lecture stricte de cette dérogation à l'application de la loi de la résidence habituelle s'impose. Cette lecture conduit à considérer que la protection garantie par un droit étranger n'est pas insuffisante au seul motif qu'elle diffère du mécanisme mis en place en droit belge. La sanction de l'article 35, §2 ne peut au contraire intervenir que s'il apparaît

117. Voy. sur ce point J.-L. VAN BOXSTAEL, «Le patrimoine du mineur dans les relations internationales...», précité, 276, n° 6.

118. Voy. déjà avant le Code : Civ. Neufchâteau, 19 décembre 1990, *Rev. dr. étr.*, 1991, 42 : un mineur de nationalité syrienne répondait aux conditions pour être placé sous le statut de minorité prolongée. Il semble que la loi syrienne ne permettait pas ce genre de mesure de protection. Le tribunal estime que : «Attendu que si, en principe, l'administration de la personne d'un mineur doit être réglée en fonction de sa loi nationale – en l'espèce la loi syrienne – il convient cependant de prendre en considération le plus grand intérêt de l'enfant. Attendu que cet intérêt commande en l'espèce qu'il soit fait [application du droit belge]».

119. Demeurent les hypothèses où l'organisation des mesures de protection d'un incapable témoigne d'une intolérable différence de traitement selon le sexe. On ne devrait pas hésiter à refuser de tenir compte d'une disposition de droit étranger qui attribuerait au seul père la représentation d'un enfant – ce qui était semble-t-il le cas du droit italien, du moins tel qu'il était appliqué dans les années 1970. Voy. les renseignements fournis par Bruxelles, 4 déc. 1970, *JT.*, 1971 236 : application de la loi italienne de la nationalité des parties intéressées, la cour note que «d'après l'art. 310 du Code civil italien, le père est seul administrateur légal des biens de son enfant mineur», mais n'en déduit rien comme conséquence au titre de l'ordre public. Encore faut-il être prudent dans le maniement de l'exception d'ordre public. Si le droit d'un État donné réserve au seul père la possibilité de représenter ses enfants en justice, à l'exclusion de la mère, faut-il pour autant déclarer irrecevable une action en justice introduite par le père contre un tiers? Ceci n'irait-il pas à l'encontre de l'intérêt des enfants, qui doit informer l'exception d'ordre public? En ce sens, M. FALLON, «Questions actuelles de conflit de lois relatives à l'enfant», précité, 78.

120. J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 99, n° 48.

que le droit étranger ne prévoit pas un système organisé de protection des biens de l'incapable.

Ainsi, s'il apparaît que les parents d'un enfant mineur peuvent accepter une succession qui lui échoit, sans y être autorisé par une juridiction et sans qualifier l'acceptation au moyen d'une réserve d'inventaire ou d'un mécanisme similaire ou encore, si le droit applicable permet au représentant d'un incapable de procéder à la vente de gré à gré d'un immeuble appartenant à ce dernier, sans contrôle judiciaire, il faudra en principe 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'incapable¹²¹. 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 juridiction¹²².

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'incapable¹²³ – qui exerce la représentation de l'incapable¹²⁴, ne soit soumis, s'agissant de sa gestion des biens de l'interdit, à un contrôle judiciaire préalable que si la « valeur des biens de l'interdit excède deux cent mille dirhams »¹²⁵, ne peut justifier que l'on écarte le droit marocain de la résidence habituelle au profit de la loi nationale de l'incapable¹²⁶.

121. 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).

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

123. 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).

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

125. Art. 240 du Code du statut personnel. Le montant correspond à +/- 17.750 EUR.

126. M. van Boxstael explique qu'il n'y a pas lieu d'écartier l'application de dispositions du droit marocain qui permettent au père d'un enfant d'accepter, sans formalité aucune, une succession au nom de son enfant,

Section 3. Le recours à des institutions inconnues du droit belge

Une autre difficulté peut surgir lorsque la loi étrangère applicable à la protection de l'incapable 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. L'on pense au conseil de famille qui est encore fort prisé en droit comparé¹²⁷.

Si l'incapable 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. Il ne saurait dès lors être question d'étendre la compétence d'une juridiction belge pour lui permettre d'assumer, même de façon temporaire, le rôle de conseil de famille. D'autres aménagements sont cependant possibles, qui permettent d'appliquer le droit étranger sans nuire à l'intégrité des fondements du système belge¹²⁸.

Section 4. Le sort particulier des relations entre époux en cas d'incapacité de l'un d'eux

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 pouvoirs¹²⁹.

dans la mesure où le droit successoral marocain institue une séparation nette entre le patrimoine héréditaire et le patrimoine propre de l'héritier – J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 99, n° 48.

127. Si l'incapable réside en France, voy. notamment l'article 459 du Code civil français tel que modifié par la loi du 12 mai 2009.

128. Il en va ainsi de la rédaction d'un inventaire du patrimoine successoral par deux adouls, imposée par l'art. 377, al. 1 du Code du statut personnel marocain. M. van Boxstael explique qu'un tel inventaire peut valablement être confectionné par un notaire belge – J.-L. VAN BOXSTAEL, *Code dip...*, précité, 100, n° 48.

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

Faut-il, lorsqu'une demande vise à mettre en œuvre 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 mariage¹³⁰.

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 matrimonial¹³¹, 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.

130. 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).

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