

entre la pension et ce qu'elle perçoit réellement multiplié par le nombre d'années pendant lesquelles elle a travaillé avec monsieur M., soit 15 ans».

Dans le dispositif de ses dernières conclusions, F. D. indique qu'elle s'en réfère à justice quant à cette demande. Dans le corps de ces conclusions, elle indique qu'elle s'en réfère expressément à ces précédents écrits. Or le seul écrit soumis au tribunal qui aborde ce point est ses conclusions déposées le 11 mai 2015, où elle expose qu'en 1989, elle avait un salaire de plus de 1.543 EUR par mois et qu'il n'est pas douteux que sa pension eut été en rapport alors qu'aujourd'hui, elle perçoit une pension de 438,02 EUR, sans toutefois formuler de demande précise à cet égard.

À défaut de motivation tant en ce qui concerne le principe de cette réclamation qu'en ce qui concerne son montant, il y a lieu de la rejeter.

IV. DÉCISION DU TRIBUNAL

LE TRIBUNAL,

Statuant contradictoirement sur base de la motivation ci-avant,

Dit les demandes de F. D. recevables mais non fondées.

Dit pour droit que F. D. ne peut bénéficier de l'usufruit du conjoint survivant prévu par l'article 745*bis* du Code civil belge, ni revendiquer de créance à charge de la succession de G. M. à titre de rémunération ou de préjudice subi en raison d'une moins-value de sa pension.

Renvoie la cause aux notaires commis afin qu'ils poursuivent la liquidation et le partage sur ces bases.

Met les dépens à charge de la masse.

Note

Le concept préjudiciel en droit international privé Sur le mariage posthume et les partenariats enregistrés⁽²⁾

1. EXPOSÉ DES FAITS

1. Les faits de l'espèce tranchée par la décision commentée se résument aisément. Un homme, vraisemblablement de nationalité française⁽³⁾, décède en laissant

⁽²⁾ Nos remerciements vont au professeur Marc Fallon, qui a bien voulu nous faire part de ses réflexions et nous prodiguer ses conseils. Nous assumons l'entière responsabilité des lignes qui vont suivre.

⁽³⁾ Les règles de conflit de lois relatives à la validité du mariage sont les mêmes en droit international privé belge et en droit international privé français : les conditions de forme sont soumises, de manière impérative, à la loi du pays de la célébration, et celles de fond, à la loi nationale respective des époux. La jurisprudence belge ne s'est à ce jour, à notre connaissance, prononcée qu'à l'égard du mariage de défunts de nationalité française, et tel était aussi vraisemblablement le cas dans l'espèce commentée. Voy. à ce propos *infra*, note 11.

sa dernière résidence habituelle en Belgique, et deux enfants d'une précédente relation. Il avait, quelques jours avant son décès, institué pour légataire universelle sa compagne, avec laquelle il vivait depuis quinze ans sans avoir contracté mariage, ni souscrit une déclaration de cohabitation légale. La situation patrimoniale de celle-ci ne semblait guère favorable : obligée de se contenter de la quotité disponible ordinaire, soit un tiers en pleine propriété, et de renoncer à l'usufruit successoral que confèrent seuls le mariage et, dans une moindre mesure, la déclaration de cohabitation légale, elle était en outre exposée aux droits de succession entre étrangers que prévoit l'article 48 du Code des droits de succession. Il n'allait rien lui rester, ou presque, d'une vie commune assez longue au cours de laquelle elle avait, selon ses dires, sacrifié sa carrière professionnelle pour assister son compagnon sans en recevoir — toujours d'après elle — une juste rémunération.

Or étant elle aussi de nationalité française, cette dame avait obtenu du président de la République française, plusieurs années après le décès de son compagnon, le droit de contracter avec lui un mariage posthume, au sens de l'article 171 du Code civil français⁽⁴⁾.

Le mariage fut célébré à Reims, le 21 février 2009, soit près de trois ans et demi après le décès du *de cuius*, survenu quant à lui le 3 septembre 2005.

Ce n'était pas pour réjouir les enfants du défunt car, devenue veuve par mariage, la dame sollicitait des notaires liquidateurs, désignés entretemps, le bénéfice des droits successoraux du conjoint survivant réglé par les articles 745*bis* et suivants du Code civil belge, et, puisqu'elle avait par testament été instituée légataire universelle, de la quotité disponible spéciale entre époux frappant de son usufruit la part réservataire de ses beaux-enfants et réduisant celle-ci à de la nue-propriété seulement. L'on devine aussi, même si le tribunal n'en dit mot, puisqu'il était saisi de l'aspect civil seulement de la succession, qu'elle allait chercher à se prévaloir de son statut de veuve à l'égard du fisc, pour obtenir à son profit l'application du tarif des droits de succession en ligne directe.

⁽⁴⁾ D'après cette disposition, «[l]e Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement [al. 1^{er}]. Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux [al. 2]. Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession *ab intestat* au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux [al. 3]». Ce texte est celui de la disposition actuelle, résultant de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 «de simplification et d'amélioration de la qualité du droit». Dans sa version initiale, introduite par la loi n° 59-1583 du 31 décembre 1959 «relative aux mesures d'aide immédiate prises par l'État à l'occasion de la rupture du barrage de Malpasset, le 2 décembre 1959, dans le Département du Var», il ne permettait au Président de la République d'intervenir que «si l'un des futurs époux [était] décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement».

2. LOI APPLICABLE À LA SUCCESSION ET DÉCISION DU TRIBUNAL

2. Aucune question de loi applicable ne se posait à proprement parler, ce qui est assez rare pour être souligné dans une espèce intéressant le droit international privé. Le défunt étant décédé avant la date d'entrée en application du règlement successoral européen (le 17 août 2015), ce sont les règles de conflit de lois antérieures, contenues dans l'article 78 du Code de droit international privé, qui s'appliquaient à sa succession. Celle-ci se trouvait donc divisée en deux masses : celle des meubles et des immeubles situés en Belgique, soumise à la loi belge, et celle des immeubles que le défunt possédait en France, soumise quant à elle à la loi territoriale — la loi française — sans possibilité de renvoi puisque le droit français en vigueur à l'époque connaissait le morcellement tout autant, et de la même manière, que le droit belge.

Aussi la demanderesse se prévalait-elle, à l'égard de la masse des biens soumise à la loi belge, des bienfaits de la loi successorale belge (art. 745*bis* et s., C. civ.), et à l'égard de celle soumise à la loi française, des bienfaits de celle française (art. 1094-41, C. civ.), sans craindre à l'égard de l'une et l'autre que lui soit opposé l'article 171, alinéa 3, du Code civil français qui prive de tout effet patrimonial (tant sur le plan du régime matrimonial que sur celui de la succession) le mariage posthume de droit français.

Or si l'on peut admettre que cette dernière question — l'application de l'article 171, alinéa 3, du Code civil français, sur laquelle s'arrête la décision commentée — était problématique à l'égard de la masse des biens soumise à la loi successorale belge, au sujet de laquelle la loi française n'était consultée que pour fournir l'état marié de la demanderesse, elle était hors de doute à l'égard de la masse des biens soumise à la loi successorale française, à laquelle le droit français avait de toute manière titre à s'appliquer.

La décision commentée, cependant, ne s'arrête pas à cette apparente contradiction. Car confrontée au point de savoir si la demanderesse pouvait prétendre aux droits successoraux que la loi successorale belge reconnaît au conjoint survivant, elle refuse en toute hypothèse d'en accorder les bienfaits à la demanderesse, considérant en quelque manière que celle-ci n'était pas mariée avec le défunt à un degré suffisant pour pouvoir y prétendre, puisqu'elle n'était unie à lui que par un mariage — le mariage posthume — que la loi qui y donne naissance (le droit français) prive de tout effet patrimonial.

3. Elle le fait en recourant à une notion propre au droit international privé, dont les applications en jurisprudence paraissent si exceptionnelles qu'il faut que l'on s'y arrête : celui de « concept préjudiciel », le mariage posthume étant en l'espèce un tel concept, c'est-à-dire un concept entrant dans le présupposé de l'application d'une norme, issu d'une autre loi que celle qui s'applique à la question principale.

3. PROBLÉMATIQUE DU CONCEPT PRÉJUDICIEL

A. Notions de « question préalable » et de « concept préjudiciel »

4. La notion de « concept préjudiciel » est apparue dans la littérature du droit international privé sous la plume de l'auteur allemand W. Wengler, lequel s'est illustré au début du siècle dernier par ses travaux sur la « question préalable » et, pour mieux asseoir sa démonstration, a distingué celle-ci de la notion de « concept préjudiciel »⁽⁵⁾.

5. L'on parle de « question préalable »⁽⁶⁾ lorsque la solution de la question principale dont le juge est saisi dépend de celle donnée à une autre, elle aussi litigieuse, qui se pose en amont et présente pour cette raison un caractère préalable. À titre d'exemple, si une femme abandonnée assigne son mari pour obtenir un secours alimentaire, et que l'homme assigné se défend de cette action en contestant la validité du mariage, cette dernière question — celle de la validité du mariage — présente un caractère préalable. Elle doit être tranchée avant que le juge n'examine la question principale dont il a été saisi et devient même, pour ainsi dire, la question principale, ou première, pour la solution du litige.

D'après Wengler, la réponse à la question préalable ne doit en droit international privé pas être soumise à la loi désignée par la règle de conflit de lois du for, mais à la loi désignée par la règle de conflit du système juridique interrogé sur la question principale. Dans l'exemple cité, où l'on se demande si le mariage qui sert de base aux prétentions de la demanderesse est valable, la question de la validité du mariage, qui présente un caractère préalable (*incidental* ou *preliminary*), doit être tranchée non à la lumière de la loi à laquelle le système de conflit de lois du for soumet la validité des mariages (en Belgique, la loi nationale des époux), mais de la loi à laquelle cette question est soumise par les règles de conflit de l'ordre juridique auquel est soumise la question principale (la loi à laquelle l'ordre juridique du pays de résidence principale de la demanderesse, compétent en droit belge pour trancher sa prétention alimentaire, soumet lui-même la question de la validité du mariage). Il y aurait là la source d'une articulation harmonieuse entre les systèmes de droit international privé des différents États en présence.

6. Cette théorie ne nous intéresse pas directement : elle est complexe, et n'a guère convaincu⁽⁷⁾. Disons simplement que si elle avait été litigieuse, et avait été soulevée en tant que telle par les parties au procès, la validité du mariage posthume conclu en France aurait, dans le cas qui nous occupe, pris la forme d'une

⁽⁵⁾ «Die Vorfrage im Kollisionsrecht», *RabelsZ.*, 1934, pp. 148-251; «Nouvelles réflexions sur les questions préalables», *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1966, pp. 165-215. Voy. auparavant déjà G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts*, Berlin, W. de Gruyter, 1932, pp. 245-265.

⁽⁶⁾ En droit français, la problématique est également connue sous la dénomination « questions en série » (P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., Paris, L.G.D.J., 2014, n° 269, p. 187).

⁽⁷⁾ Voy. sur ces critiques F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, n°s 6.32 et s., pp. 246 et s.; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 272, pp. 188-189, note 150.

question préalable. Mais — outre que les règles de conflit de lois des deux pays, la Belgique et la France, coïncident sur les questions de la validité du mariage et de la succession, de sorte qu'il n'y avait en l'espèce « aucune place » pour la théorie de Wengler⁽⁸⁾ — ce moyen n'aurait eu aucune chance d'aboutir. La question est en effet tranchée en Belgique en faveur de la validité du mariage posthume depuis un arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1981, rendu dans une espèce où une veuve posthume de droit français fut admise, en cette qualité plutôt qu'en celle de simple « fiancée », à la réparation de l'accident de la circulation dont son époux avait été victime⁽⁹⁾. Il se déduit de cet arrêt et des conclusions de l'avocat général J. Velu le précédant⁽¹⁰⁾ que le caractère posthume du mariage doit être rattaché aux conditions de forme du mariage, et non à ses conditions de fond. Sa validité est dès lors appréciée, d'après le Code de droit international privé belge, à l'aune de la loi du pays de sa célébration, c'est-à-dire de la loi française (art. 47, Codip). Un mariage célébré en France, dans les conditions que la loi française prévoit, est valable en la forme, au sens des règles belges de conflit de lois⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. Cours*, vol. 213, 1989, t. I, n° 117, p. 166. Il s'agit de l'ouvrage auquel la décision commentée se réfère.

⁽⁹⁾ Cass., 2 avril 1981, *S.A. « Groupe Josi-Compagnie centrale d'assurances 1909 » c. Dhont*, *Pas.*, 1981, I, p. 835; *J.T.*, 1981, p. 653; *R.W.*, 1982-1983, col. 922, note J. ERAUW; *R.C.J.B.*, 1983, p. 499, note F. RIGAUX.

⁽¹⁰⁾ *Pas.*, 1981, I, pp. 837 et s.

⁽¹¹⁾ La dispense octroyée par le Président de la République française, portant sur l'accomplissement d'un formalisme non de « protection » mais de pur « rite » (Y.-H. LELEU, « Le mariage posthume en droit interne et en droit international privé », obs. sous Liège, 4 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1039), n'a pas pour objet de rendre valide le mariage décidé par une seule personne, mais de donner effet aux volontés conjointes exprimées du vivant des futurs époux. Elle ne dispense pas du consentement mutuel des futurs époux ni même, puisque le mariage rétroagit, de l'existence des deux conjoints, mais seulement de la solennité dans laquelle leurs consentements doivent en principe être exprimés. Elle relève donc de la forme, et non du fond : un mariage posthume pourrait partant être autorisé en France quelle que soit la nationalité des futurs époux, et l'ordre juridique belge aurait à s'y ranger, sans avoir à s'interroger sur cette nationalité (voy. surtout, dans ce sens, F. RIGAUX, « Le mariage posthume en droit international privé », note sous Cass., 1^{er} ch., 2 avril 1981, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 513-514, n° 10). Cette thèse cependant n'est pas unanimement partagée. L'arrêt de la cour d'appel de Liège que la Cour de cassation n'a, sur la question de la validité du mariage posthume, pas censuré, avait plutôt considéré, comme le tribunal de première instance d'Arlon avant elle, qu'il y avait lieu de faire, pour apprécier la validité du mariage posthume, une application distributive des lois nationales en présence : pareil mariage pouvait en cette thèse être admis si le défunt était de nationalité française, mais il ne le pouvait pas s'il ne possédait pas cette nationalité (6 février 1980, *R.T.D.F.*, 1980, p. 274; *J.T.*, 1980, p. 492, réformant Civ. Arlon, 16 janvier 1973, *Rev. crit. dr. intern. priv.*, 1973, p. 322, obs. M. VERWILGHEN). Comp., pour une application cumulative des lois nationales en présence, N. WATTÉ, « Examen de jurisprudence (1990 à 2002). Droit international privé (conflit de lois) », *R.C.J.B.*, 2003, p. 504, n° 14. Notons qu'en droit interne belge, c'est pour une raison de fond, et non de forme, que le mariage posthume est pros crit, et que le juge ne peut suppléer le consentement d'un époux défunt (Liège, 3 juin 1991, *J.T.*, 1991, p. 658, obs. D. STERCKX; 4 mars 1997, *J.T.*, 1997, p. 520; *J.L.M.B.*, 1997, p. 1037 et s., obs. Y.-H. LELEU, et D. STERCKX, « Le mariage posthume des Belges », *J.T.*, 1990, p. 13, qui ne précisent cependant pas qu'un mariage posthume de Belges célébré en France ne pourrait être jugé valable en Belgique : nous pensons

7. Le «concept préjudiciel» est différent de la question préalable. Il désigne un concept entrant dans l'hypothèse d'une norme, appelé donc à en déclencher l'application (entrant dans son «présupposé»), mais qui, ainsi que le précise la décision commentée, «doit être vérifié selon une autre loi que celle applicable à la question principale». En l'espèce la qualité de «conjoint», indispensable à la reconnaissance des droits successoraux du droit belge, était empruntée au droit français, et «devait être vérifiée» selon ce droit : elle formait un «concept préjudiciel»⁽¹²⁾.

La difficulté du concept préjudiciel est, comme l'expliquent F. Rigaux et M. Fallon⁽¹³⁾, typique du droit international privé. Elle ne naît qu'en raison de la dispersion des rattachements, et de la circulation juridique internationale des personnes. Elle ne pourrait surgir en droit interne; elle est propre à l'extranéité. Chaque législateur national, attachant un effet à l'hypothèse d'une norme, raisonne pour lui-même, en ayant en considération un système juridique homogène: c'est dans ce cadre qu'il fixe, en chaque norme qu'il adopte, un effet juridique adapté à l'hypothèse qu'il prévoit⁽¹⁴⁾. Ainsi, lorsque le législateur belge attache des effets successoraux au mariage, en faveur du conjoint survivant. Mais il peut advenir que le concept utilisé pour circonscrire l'application de la norme soit réglé par une loi étrangère, qui lui donne un contenu, une substance différente de celle que le législateur du for avait eue en vue: tel est le cas du mariage posthume de droit français.

8. Le concept préjudiciel est proche de la question préalable, en ce sens qu'il doit être examiné préalablement à la solution de la question de droit à laquelle le juge est confronté, mais il s'en distingue en ce qu'il n'est, en lui-même, ni litigieux ni controversé. La difficulté qu'il présente ne surgit pas parce qu'il est querellé, ou contesté. Elle surgit du fait qu'il est réglé par une loi autre que celle applicable à la question principale. Il suscite une difficulté d'équivalence des institutions, ou de substitution⁽¹⁵⁾.

Le mariage posthume offre un exemple «paradigmatique» de la difficulté⁽¹⁶⁾. Nul ne contestait en l'espèce que la succession fut — en ce qui concerne le patrimoine mobilier mondial du défunt et la masse des immeubles qu'il laissait en

même, avec F. Rigaux, que c'est l'inverse qui est vrai). L'espèce commentée laisse planer le doute sur la nationalité du mari décédé: nous croyons qu'il était Français, ce pourquoi l'officier d'état civil de Reims, recevant la déclaration unilatérale de mariage de son épouse, a pu prendre acte de son consentement sur la base de l'article 171 du Code civil de ce pays.

⁽¹²⁾ Voy. aussi la définition que propose L. Barnich: «[l]a problématique du concept préjudiciel ou de la substitution est celle qui surgit lorsque la loi compétente pour le règlement d'une question de droit privé fait référence à des notions juridiques qu'il est nécessaire, en fonction des circonstances, de puiser dans une autre loi. La loi applicable à la question principale s'appuie sur une condition de droit qui en constitue le présupposé, mais qui dépend d'une autre législation» («Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé», in A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalité et décès*, Limal, Anthemis, 2011, p. 154).

⁽¹³⁾ *Droit international privé, op. cit.*, p. 301, n° 7.27.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 300-301, n°s 7.27 et 7.28.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 300, n° 7.27, et p. 301, n° 7.28.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 300, n° 7.27.

Belgique — soumise à la loi belge, et nul ne contestait que la loi belge reconnaissait en faveur du conjoint une quotité disponible spéciale par rapport aux enfants du défunt. Nul ne contestait même que la demanderesse fut mariée avec le défunt. Mais il restait à déterminer si elle était *suffisamment* mariée, c'est-à-dire si elle était mariée à un degré suffisant, d'une institution équivalente à celle du mariage ouvrant en droit belge des droits successoraux en faveur du conjoint survivant, pour pouvoir prétendre à ces droits. Ou, en d'autres termes, si le mariage posthume suffisait à faire de cette épouse un « conjoint » au sens de la loi successorale belge. Or cette question pouvait se poser, s'agissant d'un mariage qui n'est en droit français, pour reprendre l'expression de F. Rigaux que la décision commentée épingle à juste titre, qu'un « mariage à effets limités », c'est-à-dire un mariage qui, dans l'ordre juridique dont il émane, ne donne pas ouverture à toutes les conséquences juridiques que l'on peut attendre d'un mariage ordinaire, célébré *inter vivos*⁽¹⁷⁾.

B. *Raisonnement à adopter en présence d'un concept préjudiciel —
Appréciation de l'équivalence des institutions*

9. La question de la substitution ou du concept préjudiciel appelle une appréciation de l'équivalence des institutions juridiques de droit matériel en présence⁽¹⁸⁾. Deux attitudes sont à cet égard concevables.

10. La première se fonde sur une identité nominale des concepts. Elle préserve une étanchéité rigoureuse entre le domaine de la loi applicable au concept préjudiciel et celui de la loi applicable à la question principale. P. Wautelet semble s'y rallier lorsqu'il considère qu'« une fois la qualité de conjoint survivant reconnue à l'époux posthume, celui-ci peut faire valoir cette qualité dans la succession puisque les droits du conjoint survivant sont déterminés par la loi successorale. Le fait que le conjoint survivant peut participer à la succession régie par la loi belge alors que, selon la loi française, il n'a pas de prétention successorale, n'est pas pertinent. Seule la loi successorale décide quels sont les droits du conjoint survivant »⁽¹⁹⁾. Dans le même sens, H. Jacobs estime que dès lors que le mariage est valablement conclu en France, il doit être assimilé, pour les effets qu'il produit en Belgique, à un mariage classique⁽²⁰⁾, par un raisonnement d'« analogie »⁽²¹⁾.

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 301, n° 7.28.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 302, n° 7.30; L. BARNICH, « Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé », art. cit., p. 155.

⁽¹⁹⁾ *Successions internationales: aperçu général et questions spéciales*, Notes de cours de l'Université de Liège, 2009-2010, p. 17, cité par H. ROSOUX, « Les successions internationales. Conflits de lois. Conflits de juridictions », *Rép. Not.*, t. XVIII, l. 3, éd. 2012, p. 234, n° 181, c), note 4.

⁽²⁰⁾ « De erfgerichtigheid en de aard van de erfrechten van de langstlevende echtgenoot in het internationaal privaatrecht », *T. Not.*, 1991, p. 53.

⁽²¹⁾ Le terme est employé par S. BERGE, « IPR — Geregistreerd partnerschap aangegaan in Nederland — Woonplaats in België — Artikel 60 WIPR — Vermogensrechtelijke gevolgen — Erfrechtelijke gevolgen — *Quid* toekomstig huwelijk? », *Notamus*, 2/2015, pp. 7 et s., *ici*, p. 8.

Cette approche présente le mérite d'être respectueuse de l'autonomie de la loi applicable à la question principale. Elle est toutefois critiquable car elle s'arrête à une identité nominale des concepts alors que l'analyse des deux droits matériels en cause met en évidence des différences profondes entre des institutions portant le même nom, ou inversement, des ressemblances importantes entre des institutions de noms différents.

11. Le tribunal de la famille de Liège se rallie dans la décision commentée à l'autre manière de voir les choses, présentée notamment par F. Rigaux⁽²²⁾, selon laquelle il est indispensable d'apprécier l'équivalence des concepts d'un point de vue substantiel.

Apprécier l'équivalence de l'institution étrangère en interrogeant le droit étranger qui régit sa formation introduit une rupture dans la logique formelle du droit international privé. Il ne semble en effet pas cohérent, lorsqu'on est appelé à circonscrire l'institution du mariage, et que l'on considère à cet égard le droit français, qui donne son existence au mariage posthume, d'avoir égard aux effets, ou plutôt à l'absence d'effets que celui-ci y attache, alors que le droit français n'est pas consulté sur ces effets, qui sont soumis à la loi belge⁽²³⁾. La recherche de l'équivalence des institutions implique cependant cette rupture formelle. Elle la rend indispensable. Car il n'est pas possible pour le juge saisi, au moment de rechercher si le concept préjudiciel du droit étranger entre dans l'hypothèse de la norme dont il est appelé à faire application, d'ignorer que, dans le propre ordre juridique dont il émane, le législateur a expressément exclu que ce concept puisse avoir l'effet qu'on veut lui faire porter : c'est, nécessairement, qu'il n'est pas équivalent. Le juger «équivalent», au point de lui conférer des effets successoraux, reviendrait à dénaturer l'institution du droit étranger, lui donner un contenu qu'elle n'a pas, ou la faire exister pour ce qu'elle n'est pas. Ce serait «empiéter [exagérément] sur [son] domaine»⁽²⁴⁾ : le droit doit demeurer logique, ou rationnel, et refuser de reconnaître dans un ordre juridique l'effet dont l'institution qui prétend y donner naissance est privée dans l'ordre juridique dont elle émane⁽²⁵⁾.

12. Il ne faut cependant pas aller trop loin dans la prise en considération du droit étranger en exigeant que la loi applicable au concept préjudiciel prévienne exactement l'effet requis par la loi successorale, applicable à la question principale, et,

⁽²²⁾ «Les tendances actuelles du droit international privé belge», *R. B. D. I.*, 1975, pp. 23 et s., n^{os} 56 et s.

⁽²³⁾ F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé», *op. cit.*, n^{os} 117-118, pp. 166-168.

⁽²⁴⁾ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 302 n^o 7.29.

⁽²⁵⁾ Dans le même sens, voy. L. BARNICH, «Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé», *art. cit.*, p. 156. Cette manière de respecter l'institution du droit étranger, pour ce qu'elle est, fait songer à la condition procédurale que la Cour de cassation reconnaît, depuis l'arrêt *Babcock* (9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 159; *R. C. J. B.*, 1982, p. 8), au droit étranger applicable, lequel est digne à ses yeux d'une «foi» particulière (voy. sur ce thème P. WAUTELET, «Aux confins de la "norme" : quelques réflexions sur le statut du droit étranger en droit international privé», in *L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité?*, *Liber amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 637 et s.).

ainsi, par une voie détournée, soumettre au droit applicable au concept préjudiciel la question que la règle de conflit de lois soumet à la loi successorale⁽²⁶⁾.

Seule la loi successorale est compétente pour déterminer qui est successible et donc pour déterminer si, en ce qui la concerne, le mariage posthume de droit français confère à celui qui l'a obtenu la qualité de conjoint survivant. Mais l'interprète doit puiser dans le droit applicable au concept préjudiciel les éléments qui vont lui permettre d'apprécier l'équivalence des institutions en cause, tels la *ratio legis* de l'institution étrangère⁽²⁷⁾ et les effets que le droit étranger lui reconnaît⁽²⁸⁾, et ce sans se cantonner à l'effet juridique requis en l'espèce et sans être tenu par ce que la loi étrangère prévoit à son sujet. Comme l'écrit F. Rigaux en termes exceptionnellement imagés, «[l]e praticien du droit international privé est pareil à l'enfant qui assemble les pièces d'un puzzle, en s'efforçant d'y insérer la pièce d'un autre jeu. Même si, comme la pièce manquante, elle reproduit un feuillage ou une mer bleue, il faudra en redécouper les contours pour l'introduire dans le jeu». Si la pièce s'en trouve dénaturée, c'est le système de conflit de lois du for qu'il faudra ajuster : les deux doivent s'adapter l'un à l'autre⁽²⁹⁾.

Il faut en somme bien, comme le préconise P. Wautelet, respecter l'autonomie respective de la loi applicable au mariage (en l'espèce, la loi française) et de celle applicable à la succession (en l'espèce la loi belge), mais le curseur de ce partage des domaines de compétence doit être déplacé : le domaine de la loi appli-

⁽²⁶⁾ F. RIGAUX, « Les tendances actuelles du droit international privé belge », art. cit., pp. 10-11, n° 27, et pp. 26-27, n° 64; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op. cit.*, p. 302, n° 7.30.

⁽²⁷⁾ Le mariage posthume a été introduit par le législateur français pour protéger les intérêts de l'enfant déjà né ou simplement conçu qui aurait été légitimé ou serait né légitime si le mariage n'avait pas été rendu impossible par le décès de l'un des futurs époux (conclusions de Monsieur l'avocat général J. Velu, précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 837). Cet objectif est largement périmé aujourd'hui, d'une part, suite à l'abolition de la différence entre les droits des enfants légitimes et des enfants nés hors mariage et, d'autre part, puisqu'une action en recherche de paternité permet à la mère d'établir le lien de filiation entre son fiancé décédé et son enfant (H. FULCHIRON et Ph. MALAURIE, *La Famille*, 3^e éd., Paris, Défrenois, Lextenso, 2008, p. 83, n° 155).

⁽²⁸⁾ Il est incontestable que le mariage posthume produit des effets sur la filiation de l'enfant à naître ou déjà né des époux. Il confère au conjoint survivant le droit au port du nom du prédécédé. Une institution contractuelle que les futurs époux se seraient consentie dans leur contrat de mariage (antérieur au décès) doit être exécutée (A. WEILL, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, t. 1-II, Paris, Dalloz, 1970, p. 448, n° 448). Mais les effets matrimoniaux et successoraux du mariage posthume ont été expressément exclus par le législateur français, et ses effets alimentaires sont controversés (A. BENABENT, *Droit civil de la famille*, 10^e éd., Paris, Litec, 2001, p. 26, n° 47; H. FULCHIRON et Ph. MALAURIE, *La Famille, op. cit.*, p. 82, n°s 154 et 155) : le mariage posthume n'existe de ce point de vue qu'*'honoris causa'* (J. HAUSER, « Glossaire des mariages de l'an 2000 », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 192, cité par Y.-H. LELEU, « Le mariage posthume en droit interne et en droit international privé », art. cit., p. 1041, note 20).

⁽²⁹⁾ « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *op. cit.*, n° 118, p. 167, qui cite encore (en note 65) W. Wengler : « [l]e juge est compa[rable] à l'ouvrier qui doit assembler une bicyclette à l'aide de pièces fabriquées en différentes usines ».

cable au concept préjudiciel (la loi française) est la détermination de la nature de l'institution étrangère; celui de la loi applicable à la question principale (la loi belge) s'étend à l'appréciation de l'équivalence des institutions étrangère et belge du point de vue de l'effet juridique requis en droit belge, et aux conséquences de cette (non-) équivalence sur le plan de cet effet⁽³⁰⁾.

13. Le tribunal de la famille de Liège a raisonné de la sorte, en une décision que nous approuvons, et qui opère selon nous une répartition correcte des domaines d'application respectifs du droit français, appelé à «fournir» l'institution du «mariage», et du droit belge, appelé à régler la succession à laquelle l'«épouse» se prétendait en cette qualité appelée. L'attendu selon lequel «il ne peut être donné à l'institution française du mariage posthume plus d'effet qu'elle n'en a en droit français» ou, en d'autres termes, «que l'article 171 du Code civil français, qui permet le mariage posthume, doit être appliqué dans son entièreté», c'est-à-dire en toutes ses dispositions qui permettent de mesurer, précisément, ce qu'est cette institution — en ce compris celles qui privent le mariage posthume d'effets patrimoniaux et achèvent de lui donner ainsi sa spécificité — dénote cette quête d'équilibre, d'adaptation et d'ajustement.

4. APPLICATION AUX PARTENARIATS ENREGISTRÉS

14. Le cas du mariage posthume, célébré dans les circonstances exceptionnelles que vise l'article 171 du Code civil français, paraît assez anecdotique. Dans l'immense majorité des cas, le notaire liquidateur d'une succession régie par le droit successorale belge n'aura pas, en présence d'un conjoint survivant qui se prévaut d'un mariage conclu à l'étranger, à examiner préalablement l'équivalence du mariage étranger avec le mariage belge pour lui reconnaître des droits successoraux — il se demandera seulement si ce mariage est avéré, et valable du point de vue des règles de conflit de lois. Avec le temps, les mariages de la plupart des États sont devenus trop semblables pour justifier que la question du concept préjudiciel soit à leur endroit soulevée⁽³¹⁾.

Par contre, la question des effets successoraux en Belgique des partenariats enregistrés à l'étranger surgira beaucoup plus souvent⁽³²⁾. Leur exceptionnelle hétérogénéité en droit comparé justifie que le législateur belge ait choisi un critère de rattachement unique pour régir à la fois les conditions de validité et les effets du partenariat, à savoir la loi de l'État où le partenariat a été enregistré. Les effets successoraux de la relation de vie commune sont toutefois régis par la loi suc-

⁽³⁰⁾ Dans le même sens, voy. F. RIGAUX, «La célébration posthume du mariage en droit international privé», note cit. sous Cass., 2 avril 1981, n° 13, pp. 515-516.

⁽³¹⁾ L. Barnich relève que l'institution du mariage est «presque universelle» («Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé», art. cit., p. 156).

⁽³²⁾ S. BERGE, «IPR — Geregistreerd partnerschap aangaan in Nederland — Woonplaats in België — Artikel 60 WIPR — Vermogensrechtelijke gevolgen — Erfrechtelijke gevolgen — Quid toekomstig huwelijk?», art. cit., pp. 7 et s.

cessorale⁽³³⁾. Or la loi belge, qui s'appliquera à la succession d'un défunt résidant habituellement en Belgique (art. 21, § 1^{er}, du règlement successoral européen) ou à celle d'un défunt de nationalité belge décédé en laissant sa résidence habituelle à l'étranger, mais qui aurait choisi la loi belge pour régir sa succession (art. 22, § 1^{er}, du même règlement), distingue, on le sait, les droits successoraux du conjoint et ceux du cohabitant légal survivant, qu'elle règle différemment (resp. art. 745*bis* et s., et art. 745*octies*, C. civ.).

15. C'est ici que surgit la question du concept préjudiciel.

Les partenariats enregistrés regroupent deux catégories très différentes de relations. Un partenariat peut d'abord être destiné à offrir — comme la cohabitation légale de droit belge, le PACS de droit français, le partenariat enregistré de droit néerlandais ou celui de droit luxembourgeois — un cadre législatif alternatif à celui du mariage. Il peut aussi recouvrir une réalité différente et constituer, en fait, un mariage qui n'en porte pas le nom, à destination des couples homosexuels. Tels est le cas du *Lebenspartnerschaft* de droit allemand, du *civil partnership* de droit anglais et des partenariats des pays scandinaves⁽³⁴⁾.

Or à nouveau, les considérations que F. Rigaux avait émises à l'époque au sujet du mariage méritent d'être reproduites : ces institutions qui portent toutes, plus ou moins, des appellations identiques, recouvrent des réalités différentes, et si, comme en matière successorale, elles entrent dans le présupposé de l'application d'une norme, elles forment un « concept préjudiciel ». « Le problème ainsi posé », écrit F. Rigaux, « concerne la comparaison d'institutions appartenant à des systèmes juridiques différents où, sous des « noms » distincts et avec des réglementations diversifiées, il faut retrouver le noyau institutionnel commun aux divers pays »⁽³⁵⁾. Cette démarche implique d'avoir égard au contenu de l'institution plutôt qu'à son appellation formelle ou, comme le souligne L. Barnich, de s'attacher non « à l'équivalence nominale des concepts, mais plutôt à leur ressemblance »⁽³⁶⁾. En présence d'un partenariat étranger équivalent à un mariage (que l'on pourrait appeler, sans risque de s'égarer, « mariage *bis* »⁽³⁷⁾), il nous paraît qu'il faut reconnaître au survivant les droits successoraux que la loi belge attribue au conjoint, plutôt que ceux plus réduits qu'elle confère au cohabitant légal⁽³⁸⁾. Cette solution — assimilation du partenariat « mariage *bis* » au mariage au sens du droit

⁽³³⁾ J.-L. VAN BOXSTAEL, « Code DIP. Premiers commentaires », *Rép. not.*, t. XVIII, I. 0, éd. 2010, p. 113, n° 57; S. BERTE, « IPR — Geregistreerd partnerschap aangaan in Nederland — Woonplaats in België — Artikel 60 WIPR — Vermogensrechtelijke gevolgen — Erfrechtelijke gevolgen — Quid toekomstig huwelijk? », art. cit., pp. 7 et s.

⁽³⁴⁾ L. BARNICH, « Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé », art. cit., p. 150.

⁽³⁵⁾ « Les tendances actuelles du droit international privé belge », art. cit., p. 11, n° 27.

⁽³⁶⁾ « Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé », art. cit., pp. 157-158.

⁽³⁷⁾ L. Barnich évoque à ce sujet des « partenariats-mariages » (« Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé », art. cit., p. 150).

⁽³⁸⁾ Voy. dans le même sens H. ROSOUX, « Les successions internationales. Conflits de lois. Conflits de juridictions », *op. cit.*, p. 233, n° 181.

belge — est d'ailleurs communément admise en droit international privé belge. Pour le choix de la catégorie de rattachement — mariage ou partenariat — dans le cadre de l'application du droit international privé, l'interprète ne doit pas s'arrêter à la dénomination de l'institution pour la qualifier de « mariage » ou de « relation de vie commune »⁽³⁹⁾. Une circulaire ministérielle du 29 mai 2007 à destination des officiers de l'état civil invite bien plutôt ceux-ci à « assimiler une relation de vie commune étrangère à un mariage si le droit étranger qui a instauré l'institution juridique concernée contient pour ce qui regarde les trois domaines précités [la naissance de la relation, ses effets sur la personne et sur le patrimoine et les conditions et moyens de cessation de la relation] une réglementation identique ou quasi identique à celle prévue en matière de mariage, à l'exception des effets relatifs à la filiation et à l'adoption (...) »⁽⁴⁰⁾.

16. En présence d'un partenariat de droit étranger, l'interprète belge interrogé sur les droits successoraux du survivant ne peut s'arrêter à une équivalence nominale des concepts. Il devra examiner le contenu du droit étranger, et raisonner à sa lumière en deux temps⁽⁴¹⁾ :

- il déterminera d'abord si le partenariat peut être qualifié, au sens du droit successoral belge, de « mariage » (ou « mariage *bis* ») ou s'il ne demeure qu'un « partenariat » au sens strict. Cette appréciation se fera à la lumière du lien que le partenariat engendre entre ceux qu'il unit : ce lien est-il équivalent ou non, dans l'ordre juridique dont il émane, à celui que crée le mariage⁽⁴²⁾ ? ;
- il jugera ensuite, dans l'hypothèse où le partenariat de droit étranger ne peut être assimilé à un mariage, s'il peut du moins être assimilé à une cohabitation légale, au sens des droits que la loi belge reconnaît au cohabitant légal survivant, ou s'il est au contraire de nature à ce point différente qu'il ne peut ouvrir pareils droits au profit du partenaire survivant⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ Not. J.-L. VAN BOXSTAEL, « Code DIP. Premiers commentaires », *Rép. not.*, p. 108, n° 55 ; L. BARNICH, « Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé », art. cit., p. 150.

⁽⁴⁰⁾ Circulaire du 29 mai 2007 modifiant la circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel, *M.B.*, 31 mai 2007. La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas raisonné différemment pour reconnaître à un partenaire homosexuel allemand les droits augmentés à la retraite auxquels le conjoint survivant pouvait prétendre d'après le droit du *Land* de Hambourg : c'est que les deux institutions (le mariage et le partenariat enregistré, ouvert aux couples homosexuels) sont de ce point de vue « équivalentes » (10 mai 2011, aff. C-147/08, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, spéc. points 43 et s.).

⁽⁴¹⁾ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, op. cit., p. 302, n° 7.30.

⁽⁴²⁾ Même si le partenariat étranger présente d'importantes similitudes avec le mariage, il ne peut être considéré comme équivalent à un mariage si l'ordre juridique sur lequel se fonde le partenariat permet également aux partenaires concernés de contracter mariage. Dans ce cas en effet, les partenaires ont, par leur choix de relation, implicitement fait part de leur souhait d'éviter une assimilation (voy. la circulaire ministérielle citée à la note 40).

⁽⁴³⁾ L'article 58 du Code de droit international privé contient, pour les besoins de son application, c'est-à-dire de la détermination des règles de compétence judiciaire et de conflit de lois, une définition « négative » de la relation de vie commune. Elle est une relation qui ne crée pas, entre les cohabitants, un « lien équivalent au mariage ». Il ne s'en déduit pas,

17. Les informations sur le droit étranger ne pourront pas se limiter aux effets successoraux du partenariat en cause mais devront être plus vastes et concerner par exemple :

- la question de savoir à qui le partenariat est accessible, afin d'identifier la *ratio legis* qui a animé le législateur étranger au moment de l'instituer ;
- les effets personnels du partenariat, et notamment s'il constitue un obstacle au mariage d'un des partenaires ;
- les effets patrimoniaux du partenariat, et notamment s'il crée un régime de solidarité, le cas échéant supplétif, entre les partenaires, comparable à un régime matrimonial, et si sa conclusion a une incidence sur les actes patrimoniaux accomplis par les partenaires ou le statut de leurs biens ;
- les formalités requises pour mettre un terme au partenariat, et notamment si elles sont comparables à celles imposées par le droit étranger en cause pour mettre fin au mariage ou s'il y va d'un formalisme « allégé » ;
- si le partenariat ouvre un droit à une pension alimentaire en cas de rupture ;
- quels sont les effets successoraux du partenariat, et notamment s'il ouvre un droit successoral *ab intestat* au survivant, étant précisé, pour toute clarté, que cette question est posée non pour « empiéter sur le domaine de la loi successorale », pour reprendre une expression déjà rencontrée⁽⁴⁴⁾, mais pour mesurer la ressemblance entre le concept préjudiciel et l'institution entrant dans l'hypothèse du droit successoral applicable.

Ainsi, écrit H. Rosoux, « si la loi matérielle successorale est la loi matérielle belge, le partenaire lié au défunt par une relation « mariage *bis* » a[ura] en principe droit à l'usufruit de la succession en présence de descendants (C. civ. belge, art. 745*bis*, § 1^{er}, al. 1^{er}), et non seulement aux droits reconnus au cohabitant légal survivant (C. civ. belge, art. 745*octies*) »⁽⁴⁵⁾. Mais il ne pourra prétendre à aucun droit si, bien que qualifiée de partenariat enregistré, la relation conclue à l'étranger n'atteint pas un degré d'équivalence suffisant avec l'institution belge de la cohabitation légale pour mériter la protection successorale que la loi réserve en Belgique à une relation de ce genre. Il en irait alors de cette « cohabitation à effets limités » comme du mariage posthume à l'endroit du mariage lui-même.

5. CONSIDÉRATIONS SUR L'ORDRE PUBLIC ET LA FRAUDE À LA LOI

18. Terminons en signalant que le tribunal de la famille de Liège n'a pas été confronté à la question de savoir si le mariage posthume de droit français ne heurtait pas l'ordre public international privé belge — question pourtant fréquente en présence d'une forme de mariage, comme le mariage polygamique ou, sous

d'après nous, que tous les partenaires qui sont unis par une telle relation, et ne sont donc pas « mariés », peuvent prétendre aux droits successoraux du cohabitant légal survivant : c'est, ici aussi, l'équivalence des institutions qui doit être questionnée.

⁽⁴⁴⁾ *Supra*, n° 11.

⁽⁴⁵⁾ « Successions internationales. Conflits de lois. Conflits de juridictions », *op. cit.*, n° 181, p. 234.

d'autres cieux, le mariage homosexuel ou, peut-être même, certaines formes de mariage incestueux non précédés de dispense, qui ne correspondent pas à celles aménagées par le droit du for.

C'est que la Cour de cassation, appliquant la théorie de l'effet atténué de l'exception d'ordre public, a répondu de longue date à cette question, dans son arrêt déjà cité du 2 avril 1981⁽⁴⁶⁾, où elle a refusé de censurer, sur cette question, un arrêt de la cour d'appel de Liège qui avait admis une veuve à titre posthume au bénéfice, en cette qualité, d'une créance de réparation à l'encontre du responsable de l'accident dont son époux avait été la victime. La Cour de cassation a estimé qu'il faut en chaque espèce avoir égard aux effets postulés de la loi étrangère compétente, et que ces effets, de nature financière, n'étaient en l'occurrence pas d'une gravité telle qu'ils justifiaient le déclenchement de l'exception. Le mariage posthume est donc en principe valable, dans les limites prévues par le droit français en vigueur au lieu de sa célébration⁽⁴⁷⁾.

Il reste que le juge saisi peut toujours «sonder les cœurs» et rechercher si les mobiles déterminants de la personne qui se prévaut du mariage ne sont pas sortis des prévisions du législateur qui a donné jour à l'institution, auquel cas elle se serait rendue coupable de fraude à la loi. Les conséquences patrimoniales de l'union, à les supposer — *quod non* — avérées n'auraient en l'espèce pu être qu'accidentelles, et accessoires, au regard du désir sincère de l'épouse de se donner le statut de veuve, pour la satisfaction, essentiellement de l'ordre de la représentation ou du symbole, qu'il peut représenter⁽⁴⁸⁾.

Jean-Louis VAN BOXSTAEL et Elodie WELING-LILIEN

⁽⁴⁶⁾ *Supra*, note 9.

⁽⁴⁷⁾ *Supra*, note 11.

⁽⁴⁸⁾ D. STERCKX, «La vie brève et les grandes espérances matrimoniales», *Rev. not. b.*, 2004, pp. 122 et s. et déjà, condamnant les mobiles «cachés» qui avaient animé la mariée, «Le mariage posthume des Belges», obs. cit. sous Civ. Namur, 29 avril 1987, *J.T.*, 1990, p. 12.