

Note

Les suites de l'affaire Banque Sud Belge

Le 25 mai 1992 (¹), la Cour de cassation cassait l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 20 juin 1989 en l'affaire opposant la Banque Sud Belge aux membres du club sportif de La Louvière. Il revint à la cour d'appel de Bruxelles de se prononcer. Sa décision fait l'objet de la présente note.

Les faits à l'origine du litige judiciaire sont relativement simples. En garantissant l'ouverture de crédit consentie en faveur du club sportif de La Louvière, la Banque Sud Belge avait obtenu le cautionnement de plusieurs particuliers, dont bon nombre de nationalité italienne. La banque dénonça rapidement les lignes de crédit et fit appel aux cautions. S'ensuivirent une série d'actions en annulation des actes de cautionnement introduites par les épouses des cautions sur la base de l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil. Le sort de ces actions dépendait de la réponse apportée à une question de droit international privé : l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4, est-il applicable à des couples de nationalité italienne ou dont l'un des époux est Belge et l'autre Italien ?

De l'arrêt de la Cour de cassation, l'on a pu tirer deux enseignements, concernant respectivement la qualification et la loi applicable aux effets du mariage.

D'une part, le régime de protection instauré par l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4, ne constitue pas une loi de police, mais se rattache au mariage et à ses effets. D'autre part, puisqu'il concerne l'état des personnes, il est soumis à la loi nationale commune des époux. Lorsque ceux-ci sont de nationalité différente au moment où le conflit surgit, la loi du premier domicile conjugal est applicable.

De même, la cour d'appel de Bruxelles rejette la qualification de loi de police invoquée par les parties. Elle précise que l'article 224 concerne les effets personnels, et non patrimoniaux, du mariage. Enfin, elle applique aux époux partageant la nationalité italienne, leur loi nationale commune et aux époux de nationalité différente, la loi de leur résidence conjugale habituelle actuelle.

Deux des termes utilisés par la cour d'appel s'éloignent de ceux choisis par la Cour de cassation. La juridiction de renvoi consacre, en effet, l'application de la loi de la *résidence habituelle actuelle* des époux de nationalité différente. L'article 224, § 1^{er}, alinéa 4, fait, en outre, l'objet d'un rattachement exprès aux effets personnels du mariage. Pour fonder son raisonnement, la cour d'appel s'appuie sur plusieurs arrêts de la Cour de cassation postérieurs à 1992 (²), qui semblent marquer une évolution liée, sans doute, à la perplexité généralement inspirée par l'arrêt de 1992. Dès 1993, M^{me} Liekendaal, elle-même, invitait la Cour de cassation à clarifier sa position. « Cet arrêt [de 1992] a fait l'objet de critiques qui ne sont sans doute pas dépourvues de justification, ce qui pourrait

(¹) Cass., 25 mai 1992, *Pas*, 1992, I, p. 838, n° 500, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 181.

(²) Cass., 9 septembre 1993, *Pas*, 1993, I, p. 665, n° 337 ; Cass., 16 juin 1994, *Pas*, 1994, I, p. 603, n° 314. Voy. en particulier le numéro 30 des conclusions précédant l'arrêt du 9 septembre 1993.

amener la Cour à un réexamen du problème des effets personnels du mariage en droit international privé et ce, le cas échéant, en audience plénière » (³).

A. — LA SOLUTION DU CONFLIT MOBILE :
DE L'ARRÊT DE CASSATION À L'ARRÊT DE RENVOI

En 1992, la Cour de cassation entendit probablement consacrer une règle de rattachement unique pour tous les effets du mariage. En attestent la formulation retenue à l'époque, directement inspirée de l'arrêt *Eicker* (⁴) relatif au régime matrimonial légal, ainsi que les conclusions de M. l'avocat général Leclercq (⁵) précédant l'arrêt de 1992. Certes, la loi nationale commune des époux est un facteur unanimement accepté pour tous les effets du mariage. Cependant, le choix de la loi du premier domicile conjugal évoque la solution donnée au conflit mobile relatif aux effets patrimoniaux du mariage (⁶) alors que la concrétisation du facteur de la nationalité au moment où surgit le conflit correspond à la solution traditionnellement donnée, par la doctrine, au règlement du conflit mobile relatif aux effets personnels du mariage (⁷).

(³) Conclusions précédant Cass., 9 septembre 1993, *op. cit.*, n° 34.

(⁴) Cass., 10 avril 1980, *Pas*, I, 1980, p. 968.

(⁵) « La solution que je suggère aujourd'hui s'inscrit donc dans une volonté de soumettre en règle à une même législation tous les effets du mariage qu'ils soient personnels ou patrimoniaux », voy. conclusions précédant Cass., 25 mai 1992, *op. cit.*, p. 842.

(⁶) G. VAN HECKE, K. LENAERTS, *International privérecht*, Gand, E. Story-Sciencia, 1986, p. 226, n° 577 ; N. WATTE, *Les droits et les devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 134, n° 180 ; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, *Droit positif belge*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 646, n° 1445 ; M. VERWILGHEM, P. VAN DEN EYNDE, *Traité pratique des régimes matrimoniaux*, t. II, *Droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 27, n° 113.

Notons que F. RIGAUX, M. Fallon, G. Van Hecke, K. Lenaerts et N. Watte favorisent la loi de la première résidence conjugale. M. Verwilghen et P. Van Den Eynde mettent plus clairement l'accent sur la nécessité d'une certaine permanence : « Au-delà de la quelle terminologique, constatons que la doctrine belge s'entend sur l'essentiel : en cas de nationalités différentes dans le couple, la loi applicable est celle du lieu où les époux ont ensemble fixé leur établissement stable après le mariage » (*op. cit.*, n° 42).

(⁷) N. WATTE, *op. cit.* ; Id., « Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales », in *Relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 271-272, n° 53 ; F. RIGAUX, M. FALLON, *op. cit.*, p. 651, n° 1453.

Pour une somme des solutions de la doctrine majoritaire à l'égard des effets du mariage, voy. N. COPEL, « Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, pp. 141 et s.

Pour une interprétation particulière des termes « au moment où le conflit surgit », voy. M. LIÉNARD-LIGNY, « Conflit mobile et loi applicable aux effets du mariage », *J.L.M.B.*, 1992, p. 946. Elle associe le terme « conflit », non pas au litige, mais bien au conflit de lois. Selon elle, la règle vaudrait donc tant pour les effets patrimoniaux que personnels. Le conflit de lois relatif aux effets patrimoniaux se poserait définitivement au jour de la célébration du mariage. Quant aux effets personnels, le conflit de lois surviendrait au jour de la célébration mais également par après, le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux posant à nouveau le conflit de lois. Elle propose par conséquent de voir

La doctrine n'a pas manqué de noter l'ambiguïté relative à la qualification de l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4, et plus largement du régime primaire ainsi que le paradoxe inhérent à la solution donnée par la Cour de cassation au conflit mobile⁽⁸⁾.

Ces critiques et interrogations ont trouvé écho en 1993 dans les conclusions de M^{me} l'avocat général Liekendael précédant l'arrêt *Weimberg*⁽⁹⁾. Cette dernière y propose de scinder les effets personnels et patrimoniaux du mariage. Ceux-ci, étant liés à l'institution du mariage, sont irrévocablement fixés à la date de leur fait générateur, c'est-à-dire la célébration du mariage⁽¹⁰⁾. Elle tranche ainsi le conflit transitoire de droit international privé lié à l'abandon du rattachement du régime matrimonial à la loi nationale du mari en cas de divergence de nationalité des époux. L'ancienne règle de rattachement continue de s'appliquer aux unions célébrées avant sa modification. M^{me} Liekendael ne cache pas que sa proposition appelle une modification de la jurisprudence de 1992, puisque les effets personnels du mariage seraient *a contrario* régis « par la loi de la nationalité de chaque époux⁽¹¹⁾ et susceptibles de mobilité au gré des modifications éventuelles de ces nationalités »⁽¹²⁾. La Cour reprend les termes même de l'avocat général, liant le régime légal à l'institution du mariage et les fixant irrévocablement au jour de la célébration.

En 1994, M^{me} Liekendael rencontra l'opportunité de préciser sa pensée dans un arrêt relatif, entre autres, au droit de se maintenir dans l'immeuble ayant servi de logement principal de la famille⁽¹³⁾. Elle y laisse clairement entendre que tous les articles regroupés dans le Code civil sous le titre « Droits et devoirs respectifs des époux » relèvent des effets personnels du mariage en ce qu'ils cherchent à protéger des individus, les époux et leur famille. Reprenant à nouveau les termes de M^{me} Liekendael, la Cour conclut que ces demandes ne

dans l'expression « premier domicile conjugal », le domicile qui suit l'acquisition de cette nouvelle nationalité.

⁽⁸⁾ Voy. entre autres : S. NUDELHOLE, « Du nouveau concernant la loi applicable au régime primaire », *J.L.M.B.*, 1992, p. 940 ; M. LIÉNARD-LIGNY, *op. cit.* ; F. BOUCKAERT, *T. Not.*, 1992, p. 432 ; M. VERWILGHEN, « Du neuf sur la loi régissant le régime matrimonial primaire », in *Nouveau itinéraires en droit, Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 239.

⁽⁹⁾ Cass., 9 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 665, n° 337 ; voy. particulièrement nos 29 et 30. Il s'agissait en l'occurrence de déterminer le régime légal d'époux mariés en 1952, le mari étant Italien et la femme Belge.

⁽¹⁰⁾ N° 33.

⁽¹¹⁾ L'expression n'est elle-même pas dénuée d'ambiguïté. M^{me} Liekendael vise-t-elle une application distributive des lois nationales des époux ? Si tel est le cas, sa proposition s'écarterait radicalement de la formule de la Cour de cassation qui visait l'application de la loi du domicile des époux. Il est ici proposé de rester dans la logique de la Cour de cassation en formulant une règle subsidiaire articulée autour de la notion d'établissement.

⁽¹²⁾ N° 34.

⁽¹³⁾ Cass., 16 juin 1994, précité. Dans cette affaire, les époux étaient tous deux de nationalité italienne, l'épouse entendait se voir reconnaître le droit de demeurer dans l'immeuble qui servait de logement principal de la famille, le droit à une pension à charge de son époux et le droit de porter le nom de celui-ci même après le prononcé du divorce.

se concevaient qu'en raison de l'état de mariage préexistant et étaient, comme telles, liées aux relations personnelles des époux. Elle les soumit, par conséquent, à la loi régissant leur statut personnel, la loi de leur nationalité commune.

Notons à cet égard que la position de M^{me} Liekendael s'oppose doublement à la doctrine majoritaire. Quant à la *définition* des effets personnels du mariage, si l'on s'accorde généralement pour assimiler les effets patrimoniaux au régime secondaire, les auteurs ont par contre coutume de distinguer d'une part, les effets personnels du mariage, relatifs à la personne des époux et se traduisant par des droits et des devoirs réciproques comme les devoirs de fidélité, de cohabitation, de secours et d'assistance et d'autre part, les dispositions ayant une incidence patrimoniale constituant le régime primaire⁽¹⁴⁾. Quant au *rattachement* de cette dernière catégorie, la controverse est vaste⁽¹⁵⁾. D'aucuns la rapprochent des effets personnels du mariage, d'autres l'assimilent pour partie aux effets personnels et pour partie aux effets patrimoniaux, d'autres encore y voient des lois de police ou d'application immédiate. Enfin, nombreux sont ceux qui procèdent à un « panachage »⁽¹⁶⁾ de rattachement. M^{me} Liekendael semble donc proposer non seulement une définition, mais aussi un rattachement original des effets personnels du mariage.

Il est trop tôt pour dire si la Cour de cassation adopte exactement la catégorisation proposée par le ministère public. La lecture de ses derniers arrêts permet toutefois de dresser le tableau suivant. Sous réserve de quelques exceptions ou de potentielles précisions ultérieures⁽¹⁷⁾, les effets du mariage se répartiraient en deux classes, personnels et patrimoniaux, les premiers comprenant tous les « droits et devoirs respectifs des époux » et les seconds se confondant largement avec le régime matrimonial dit secondaire. La loi applicable au second est définitivement fixée au jour de la célébration du mariage⁽¹⁸⁾. De plus, lorsque les époux partagent une nationalité commune, la loi de cette nationalité leur est applicable. En cas de divergence de nationalité, le tableau reste trouble dans la mesure où les arrêts de 1993 et 1994 se concilient mal à première vue avec l'enseignement de 1992 relatif à la loi du premier domicile conjugal.

⁽¹⁴⁾ Voy. N. WATTÉ, *Les droits et les devoirs respectifs en droit international privé*, *op. cit.*, p. 119, n° 158 ; F. RIGAUX, M. FALLON, *op. cit.*, p. 326, n° 1004 ; N. COPEL, « Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage », *op. cit.*, p. 143, n° 3.

⁽¹⁵⁾ Voy. les auteurs cités par N. COPEL, *ibid.* et par N. WATTÉ, *ibid.*, nos 155 et s.

⁽¹⁶⁾ N. COPEL, *ibid.*

⁽¹⁷⁾ M^{me} Liekendael laisse en effet entendre dans les deux arrêts qu'une étude article par article du régime primaire serait nécessaire d'une part (n° 18 dans l'arrêt de 1994) et ouvre le champ pour d'éventuelles exceptions d'autre part (n° 28 dans l'arrêt de 1994). Il ne faut pas exclure non plus le jeu de l'exception d'ordre public.

⁽¹⁸⁾ Sauf en ce qui concerne la modification conventionnelle de ce régime où la concrétisation nouvelle du facteur de rattachement désigne la loi qu'il y a lieu de consulter sur cette question.

B. — COMMENT DÉPASSER L'APPARENT PARADOXE ?

Il semble que dans ces derniers arrêts, la Cour et le ministère public aient tenté de se défaire, du moins dans certaines matières, de la règle établie en 1992 en cas de divergence de nationalité. Ainsi, l'arrêt *Weimberg* a introduit la différence entre les effets personnels et patrimoniaux et s'est écarté de la solution de 1992 pour ces derniers. La règle énoncée par la Cour dans l'arrêt *Banque Sud Belge* ne semble *a posteriori* plus valoir que pour les effets personnels du mariage.

Aujourd'hui, la cour d'appel, cherchant à dépasser le paradoxe instauré en 1992, s'écarte de la solution proposée par la Cour de cassation pour le conflit mobile relatif aux effets personnels du mariage. Il est cependant possible de trouver une cohérence entre ces deux arrêts, par le biais notamment de l'arrêt de 1993. Ainsi, la solution donnée au conflit mobile par la juridiction de renvoi est justifiée par la décision rendue dans l'affaire *Weimberg*, mais aussi par la première assertion contenue dans la règle de 1992. Enfin, la deuxième assertion, si elle paraît plus problématique, peut être également comprise, à la lecture des arrêts ultérieurs, dans un sens qui autorise la solution choisie, en définitive, par la cour d'appel.

La décision de la juridiction de renvoi semble en harmonie avec les conclusions développées par M^{me} Liekendael en 1993. Quant au conflit transitoire de droit international privé, l'avocat général laissait en effet entendre *a contrario* que les effets personnels du mariage pouvaient subir l'influence du facteur temps. En choisissant d'appliquer à l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4⁽¹⁹⁾, la loi de la résidence conjugale habituelle actuelle, la cour d'appel entérine la théorie de la concrétisation actuelle des effets personnels du mariage.

Reste à savoir, d'une part, si la solution du conflit transitoire peut être source de solution pour le conflit mobile et, d'autre part, si la règle de 1992 ne contenait pas elle-même quelques indications autorisant le choix de la résidence habituelle actuelle.

Le lien étroit qui unit le conflit transitoire au conflit mobile autorise, semble-t-il, un parallélisme de solutions. Ces deux types de conflits procèdent, en effet, de la nécessité de répartir le champ d'application de deux lois successivement applicables⁽²⁰⁾. Certes, la source de mobilité diffère. Il s'agit, pour le conflit mobile, de la modification d'un élément de fait (le domicile, la nationalité), pour le conflit transitoire, du changement d'une norme (de droit matériel

⁽¹⁹⁾ Considéré comme appartenant aux effets personnels du mariage dans les conclusions précédant l'arrêt de 1994 : voy. n° 21.

⁽²⁰⁾ Pour une présentation générale des conflits mobile et transitoire voy. P. GRAU-LICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1978, pp. 79-102 ; F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, Bruxelles, Larcier, 1977, 372-385.

ou de droit international privé). La doctrine classique les résout toutefois de façon similaire, en privilégiant l'aspect temporel⁽²¹⁾.

Par ailleurs, il semble que les motivations sur base desquelles fut tranché le conflit transitoire dans l'arrêt de 1994 vaillent également pour le conflit mobile. Si la loi applicable aux effets patrimoniaux du mariage est fixée irrémédiablement au jour du mariage sans pouvoir être influencée par aucune modification ultérieure, c'est parce qu'à l'inverse des effets personnels du mariage, ils sont liés à l'institution du mariage.

Le raisonnement tenu en 1993 tourne donc autour de la définition du mariage, qui reste la même que l'on s'interroge sur le conflit mobile ou sur le conflit transitoire.

On peut donc conclure qu'en favorisant la concrétisation actuelle du facteur de rattachement, la cour d'appel s'inspire avec raison des solutions développées en 1993 à l'égard du conflit transitoire.

L'*obiter dictum* avancé par la Cour de cassation en 1992 contient deux assertions. La première est la suivante : « Lorsque les époux sont de nationalité différente au moment où le conflit surgit ». Elle semble donc indiquer la voie vers une concrétisation actuelle du facteur de rattachement.

Rappelons qu'il existe deux acceptions du conflit mobile. Ce concept recouvre premièrement l'hypothèse où le facteur de rattachement resté abstraitement inchangé, s'est concrètement modifié, entraînant la désignation d'une nouvelle règle de droit matériel, mais pas la variation de la règle de conflit de lois. En matière d'effets du mariage, le conflit mobile recouvre l'hypothèse où la modification concrète du facteur de rattachement va nécessiter l'adaptation de la règle de rattachement elle-même⁽²²⁾. C'est ce deuxième cas de figure que nous rencontrons ici. La perte d'une nationalité commune nécessite le recours à une règle de rattachement subsidiaire qui permette de trouver un facteur de rattachement commun aux deux époux et par là même, l'application d'une seule loi interne. Il y a donc un lien de cause à effet entre la modification concrète du facteur de rattachement et la formulation d'une nouvelle règle de rattachement, lien logique qui devrait se prolonger dans la définition de la règle subsidiaire. Ainsi, s'il est tenu compte de la modification du facteur de rattachement de la règle originaria et si l'on accepte donc une concrétisation actuelle de ce facteur, le facteur retenu dans la règle de rattachement subsidiaire doit, lui aussi, recevoir une concrétisation actuelle. Ce raisonnement justifie à nouveau la décision de la cour d'appel. Reste cependant la seconde assertion de la Cour de cassation dans l'arrêt *Banque Sud Belge* : « Il convient en règle d'avoir recours à la loi du premier domicile conjugal. » Au vu des raisonnements développés ci-dessus, il est difficile

⁽²¹⁾ Dans le même sens, voy. : N. COPEL, « Conflit transitoire international, régime matrimonial légal et conflit mobile », *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, pp. 480-493, particulièrement p. 491.

⁽²²⁾ N. COPEL, « Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage », *op. cit.*, p. 145.

d'y voir la volonté de la Cour de cassation de formuler la règle de rattachement subsidiaire en cas de conflit mobile concernant les effets personnels du mariage dans l'hypothèse d'un changement de domicile ou de résidence. D'une part, l'on ne peut assumer que la Cour ait commis une erreur logique. D'autre part, la Cour ne mentionne nulle part, l'existence d'un conflit mobile en l'espèce⁽²³⁾. Enfin, les arrêts ultérieurs apportent une solution différente à la question. Il est préférable de la lire comme une règle générale portant sur les effets du mariage, non liée au cas d'espèce, et de considérer que la jurisprudence subséquente a apporté une distinction entre effets personnels et patrimoniaux permettant d'envisager une dissociation en ce qui concerne le conflit mobile.

Il convient enfin de s'entendre sur la notion de domicile. On peut sans doute regretter le choix de ce terme. La cour n'a cependant pu y voir le domicile au sens du Code judiciaire, ni se méprendre sur l'utilisation du terme « domicile conjugal » remplacé dans le Code civil par le terme « résidence conjugale »⁽²⁴⁾. Gageons qu'elle y a vu l'expression la plus adéquate pour désigner un établissement stable et commun aux deux époux. Le terme « résidence conjugale habituelle » remplirait ces exigences puisqu'il assure une certaine permanence (« habituelle ») et évite également tout risque de dualité (« conjugale ») conformément aux vœux de la Cour de cassation⁽²⁵⁾.

Notons encore que par le biais du critère de la résidence conjugale actuelle, la qualification du régime primaire comme relevant du statut personnel a les mêmes conséquences⁽²⁶⁾ que la qualification de loi de police rejetée pourtant par la Cour de cassation⁽²⁷⁾ et par la cour d'appel. En effet, si l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4, était considéré comme une loi de police, il trouverait à s'appliquer à tous les ménages installés en Belgique. L'analogie se poursuit également dans les désavantages de la qualification de loi de police. Ce critère prive de la protection de l'article 224 les époux dont l'un est Belge et ne résidant pas en Belgique ainsi que les époux étrangers dont le régime secondaire est soumis à la loi belge (soit au titre de première résidence conjugale, soit en vertu de la loi d'autonomie) et ne résidant plus en Belgique.

Stéphanie FRANCO
Aspirant F.N.R.S.

⁽²³⁾ « En réalité, aucun élément du pourvoi n'invoquait de changement intervenu dans le domicile des époux. On doute que la Cour ait entendu résoudre un conflit mobile lié à un changement de domicile, l'arrêt ayant soin de préciser que le recours au premier domicile ne vaut qu'en règle » (F. RIGAUX, M. FALLON, *op. cit.*, p. 325, n° 1001). La cour d'appel s'inspire directement de ces auteurs.

⁽²⁴⁾ Le terme « domicile conjugal » fut supprimé par la loi du 30 avril 1958 pour être remplacé par celui de « résidence conjugale » figurant à l'article 214 du Code civil.

⁽²⁵⁾ Dans le même sens, voy. : F. RIGAUX, M. FALLON, *op. cit.*, pp. 645-656, n° 1444 ; N. WATTE, « Les régimes matrimoniaux dans les relations internationales », *op. cit.*, p. 248, n° 14-15.

⁽²⁶⁾ À l'égard bien sûr des couples mixtes uniquement, les autres restant soumis à leur loi nationale commune.

⁽²⁷⁾ Les parties ont, en effet, soulevé à nouveau cet argument devant la juridiction de renvoi alors que la Cour de cassation s'était expressément prononcée à ce sujet.