

MARIAGE, DIVORCE, AUTHENTICITÉ. TROIS QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Jean-Louis VAN BOXSTAEL

Chargé de cours à l'Université catholique de Louvain

et

Candice ROUSSIEAU

Assistante à l'Université catholique de Louvain

Les tapas sont des mets servis en petite quantité, permettant aux convives de goûter un peu de tout sans risquer l'indigestion. Voici, dans ce cadre, trois questions de pratique notariale internationale et les réponses que nous pensons pouvoir y apporter :

- *quel effet peut-on (doit-on) reconnaître en Belgique au mariage célébré à l'étranger (section 1) ?*
- *deux épouses homosexuelles établies en Suisse peuvent-elles divorcer par consentement mutuel en Belgique (section 2) ?*
- *la procuration pour vendre dressée par un notary public est-elle authentique (section 3) ? (1)*

(1) Les premier et troisième chapitres ont été rédigés par Jean-Louis VAN BOXSTAEL. Le deuxième, reprenant en le synthétisant le texte d'une étude parue à la *Revue du notariat belge*, 2016, pp. 662 et s., dont elle est l'auteure, par Candice ROUSSIEAU. Les auteurs peuvent être contactés aux adresses jean-louis.vanboxstael@uclouvain.be et candice.roussieu@uclouvain.be

Section I. Quel effet peut-on (doit-on) reconnaître en Belgique au mariage célébré à l'étranger ?

§ 1. « *Yes, I do* » à Las Vegas

« Un couple s'y marie toutes les 3 minutes, il y a 62 mariages pour 1.000 habitants, soit 8 fois plus que dans le reste des États-Unis, et il y a environ 120.000 mariages tous les ans (...). Si vous avez joué (et perdu) toute votre cagnotte au casino, écumé tous les clubs et doré à toutes les piscines, mais que votre séjour à Las Vegas ne vous semble pas complet, voici quelques infos pour vous lier pour l'éternité à votre moitié dans la capitale mondiale du mariage » (2). Le mariage à Las Vegas suscite d'innombrables fantasmes, et autant de désirs. En tapant « mariage à Las Vegas » sur Google, on arrive à 10.800.000 résultats, et « *wedding Las Vegas* », à 33.900.000 résultats, sans compter les 893.000 résultats du « *wedding dress rental Las Vegas* » et les 482.000 résultats du « *Elvis wedding Las Vegas* ». Beaucoup de couples à l'esprit joueur font ce déplacement pour convoler et miser gros, si l'on en croit le célèbre aphorisme d'Oscar Wilde : « le mariage est la principale cause de divorce », pour vivre ainsi, au moins, une journée inoubliable – et un peu plus si affinités (3).

Ainsi donc une dame assez riche de près de septante ans, à peine veuve d'un premier mariage, et un homme de trente ans son cadet, tous deux Belges établis en Belgique, avaient convolé à Las Vegas, à l'occasion d'un séjour d'une semaine qu'ils y avaient passé – l'on apprend, à la lecture de la décision, que la robe de mariée avait été achetée en Belgique, et avait voyagé avec les tourteraux dans leurs bagages pour les États-Unis. Revenu en Belgique, à une époque, déjà, où l'idylle avait pris fin, le mari avait sollicité de l'officier d'état de la commune de Saint-Gilles qu'il transcrive le mariage dans ses registres, « afin qu'il puisse s'en prévaloir en Belgique », ce à quoi la dame – appuyée en cela par le ministère public – s'était opposée, déclarant pour sa part aux

(2) <http://frenchdistrict.com/articles/marier-las-vegas-mariage/>

(3) Le site Las Vegas Show, onglet « mariage à Las Vegas-Yes I do », qui s'adresse aux Français, annonce les tarifs suivants, pour un séjour de six jours dont le clou est le mariage : de janvier à juin & de septembre à décembre : à partir de 2.330 € TTC, en juillet-août : à partir de 2.745 € TTC, et à Noël & Nouvel An : à partir de 3.125 € TTC, en précisant que les tarifs affichés s'entendent « par personne sur la base d'une chambre double ». Le troisième jour est consacré au mariage. Son point d'orgue est le « [d]épart en limousine pour la chapelle où aura lieu le mariage et où vous aurez le choix entre plusieurs types de cérémonie : Mariage Rock'n Roll, Harley, Gothic, Pirate, Egyptian, Hollywood Starlett, dans les airs en montgolfière ou au-dessus du Grand Canyon en hélicoptère, sans oublier, il va de soi, l'incontournable mariage Elvis, avec sosie et chanson du King pour la cérémonie » (http://www.lasvegas-show.com/produit-mariage-a-las-vegas-yes-i-do-460-5345.html?gclid=CK_89IqPyc8CFWsq0woddlgC_g).

autorités qu'« elle considérerait ce mariage comme illégal ». Le tribunal, puis la Cour d'appel de Bruxelles, lui donnèrent raison, celle-ci dans un arrêt du 6 mars 2014, décidant que le mariage litigieux ne pouvait être reconnu en droit belge, dès lors qu'il apparaissait « avec certitude » que la prétendue épouse « n'[avait nullement entendu] fonder avec [son époux] une communauté de vie durable et que le mariage célébré dans le contexte fantasque et touristique réputé de Las Vegas [avait été voulu] par elle comme un moment de rêve et d'amusement mais n'était pas, dans son esprit, un vrai mariage et ne pourrait produire d'effets en droit belge ». Le consentement de l'épouse était donc en l'espèce affecté d'un vice(4).

§ 2. Le notaire face au mariage célébré à étranger

Le cas du mariage célébré à Las Vegas est sans doute relativement anecdotique. Mais l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles est à ce sujet si bien fait – comme d'autres décisions, assez nombreuses, qui statuent sur la question de la validité du mariage célébré à l'étranger – qu'il permet de rappeler à quel(s) contrôle(s) le notaire est invité, lorsqu'il est – à l'occasion de la liquidation d'une succession par exemple, ou de l'acquisition d'un bien immobilier – confronté aux déclarations des parties faisant état d'un mariage célébré à l'étranger. Ainsi lorsque, s'apprêtant à passer un acte d'acquisition ou à liquider une succession, il apprend que le défunt, ou l'acquéreur, s'est, peu de temps auparavant, uni à l'étranger, parfois avec un(e) ressortissant(e) étranger(-ère) elle(lui)-même resté au pays dans l'attente de la délivrance par l'ambassade ou le consulat de Belgique du visa qui lui permettra de rejoindre son conjoint et de s'établir dans le Royaume. Le notaire apparaît alors dans son rôle d'autorité publique, appelé à prendre acte d'une situation juridique acquise à l'étranger, et dès lors de porter un premier jugement, fût-il provisoire, et soumis au contrôle du juge, sur sa validité et les effets qu'il convient de lui reconnaître dans l'ordre juridique belge(5). Il se demandera notamment si le mariage qui lui est déclaré est la source d'un régime matrimonial qui limiterait les pouvoirs de l'époux acquéreur, ou emprunteur, ou qui conférerait à l'époux(-se) les droits successoraux du conjoint survivant. L'arrêt cité plus haut de la Cour d'appel de Bruxelles révèle

(4) Bruxelles, 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 258, note J. FIERENS.

(5) Sur l'intervention du notaire comme autorité publique, appelée à vérifier sa compétence et à mettre en œuvre ses règles de conflit de lois ainsi que de reconnaissance et d'exécution des actes et jugements étrangers, voy. not. G. A. L. DROZ, « L'activité notariale internationale », *Rec. cours*, t. 280 (1999), pp. 46 et s. ; I. FADLALLAH et S. MAHIEU (mise à jour), « Vocation internationale de l'activité notariale », in M. VERWILGHEN (éd.), *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, t. I, p. 172.

ici toute son utilité. Il énonce, aux termes d'un raisonnement de droit international privé sur lequel, comme l'écrit Jacques Fierens, il n'y a « [r]ien à redire » (6), les différents contrôles auxquels le notaire est invité – comme y sera invité le juge, en cas de contestation.

Au contraire du divorce ou, même, de la répudiation, auquel le Code de droit international privé (ou, s'agissant du divorce prononcé sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, le règlement Bruxelles IIbis) attache les effets d'une décision judiciaire, le mariage est un acte de volonté privé qui, quoique célébré, la plupart du temps, en présence ou devant une autorité publique, repose sur la volonté des parties qui le contractent. Le contrôle auquel l'« autorité requise » (en l'espèce, le notaire, mais cela pourrait être tout aussi bien l'officier de l'état civil, le fonctionnaire de l'Office des étrangers ou celui de l'Office national des pensions, ou bien encore le juge) est invité à cet égard est tout différent de celui qui s'exerce à l'égard de la décision du juge. Il ne s'agit pas de savoir si l'autorité de chose jugée qui s'attache à celle-ci peut être prolongée en Belgique, et de « tenir pour droit » ce qui a été décidé à l'étranger (7), mais d'examiner dans quelle mesure la chose convenue (au sens du contrat conclu) à l'étranger est juridiquement valable ; dans quelle mesure, pour le dire en d'autres termes, il y a lieu de lui attacher, en Belgique, les effets de droit que la loi y attache. Ce contrôle est double. Il est d'abord de forme, relatif à la véracité de l'*instrumentum*, c'est-à-dire de l'acte ou du certificat de mariage dressé à l'étranger, dont les parties se prévalent comme formant la preuve matérielle, extrinsèque, le titre, de leur mariage (8). Il est ensuite de fond, relatif à la validité du *negotium*, c'est-à-dire de l'opération juridique privée – le mariage – dont ce titre matériel tend à établir l'existence (9).

§ 3. L'*instrumentum* ou la preuve du mariage célébré à l'étranger

Le mariage dont des parties qui comparaissent devant le notaire s'autorisent ou se prévalent doit d'abord être prouvé, c'est-à-dire attesté

(6) J. FIERENS, « Poker-menteur à Las Vegas », obs. sous Bruxelles, 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 263.

(7) Selon la définition que l'article 22, § 3, 2°, du Code de droit international privé, donne à la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères : « la reconnaissance établit pour droit ce qui a été décidé à l'étranger ».

(8) Le droit italien utilise la locution « *documento* » (P.-F. GHORAIN, « Les exceptions à la règle *Locus Regit Actum* en matière de transmission de biens immobiliers et de dispositions *Mortis Causa* », XIII^e Congrès de l'Union internationale du notariat latin, Barcelone, 1975, p. 8).

(9) On parle ici de « *negozio giuridico* » (*ibid.*).

par un document écrit, revêtu de la signature des parties et de l'autorité devant laquelle le mariage a été célébré, ou qui a procédé à son enregistrement (10), qui en forme la trace ou le support matériel. De ce point de vue, le mariage n'est pas seulement un acte juridique – dont la preuve, en Belgique, est principalement écrite. Il est un élément de l'état des personnes dont la preuve requiert en principe un acte de l'état civil, destiné tout à la fois à en former la trace authentique et à en assurer l'opposabilité *erga omnes*. La preuve du mariage célébré à l'étranger est à cet égard en trois temps : elle repose sur les indications des registres belges de l'état-civil, qui s'imposent authentiquement au notaire (A) ; puis, sur celles du registre national des personnes physiques, qui, faute d'indication des registres belges de l'état civil, s'imposent à lui « jusqu'à preuve du contraire » (B) ; puis enfin, faute d'inscription sur des registres belges, sur les actes ou extraits de registres étrangers, dont le notaire appréciera la valeur probante – simple ou authentique –, sous le contrôle du juge (C). Un mot sera dit, enfin, du mariage sans écrit (D).

A. Les registres de l'état civil

Il arrive que le notaire puisse se fier, même dans l'hypothèse d'un mariage célébré à l'étranger, aux indications des actes belges de l'état civil. L'article 48 du Code civil – introduit dans notre législation par le Code de droit international privé, qui lui-même a repris une règle ancienne autrefois contenue à l'article 171 du Code civil – permet à tout Belge qui a accompli ou fait à l'étranger l'objet d'un acte de l'état civil le concernant d'en obtenir la transcription dans les registres belges de l'état civil, à l'occasion de son retour ou de son premier établissement

(10) Le mariage, quoiqu'étant connu de tous les États du monde, et formant de ce point de vue une « institution » « presque universelle » (L. BARNICH, « Les droits du conjoint survivant et du cohabitant légal survivant. Questions de droit international privé », in A.-C. VAN GYSEL (dir.), *Conjugalité et décès*, Bruxelles, Anthemis, 2011, p. 156) ne donne pas lieu partout à une célébration solennelle devant une autorité civile ou religieuse, c'est-à-dire une « tierce personne » ayant reçu le « pouvoir » de prendre acte, au nom de l'ordre juridique, de la volonté privée qui s'est exprimée devant elle pour, la plupart du temps, lui donner l'existence juridique, l'inscrire dans son registre, en assurer la conservation et en délivrer des copies (cette définition est inspirée de celle que propose Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 17, n° 14). Il arrive qu'il soit célébré seulement en la forme coutumière, sans qu'un écrit soit établi pour en conserver la trace. Le mariage coutumier donne la plupart du temps lieu à un enregistrement public : le fonctionnaire n'est alors pas appelé à prendre acte d'un mariage auquel il assiste, et auquel, s'agissant d'un acte juridique solennel, il contribue à donner une existence juridique, mais, plus simplement, à enregistrer un mariage déjà conclu. Tel est le cas en droit congolais, les articles 368 et 370 du Code de la famille de ce pays précisant que cet enregistrement postérieur assure la publicité du mariage. L'on ne peut cependant exclure qu'un mariage soit purement et simplement célébré sans forme, selon le rite coutumier, et ne donne lieu à aucun enregistrement par une autorité publique. Tel serait notamment le cas en droit ghanéen, si l'on en croit la jurisprudence que rapporte Hélène ENGLERT, « L'absence d'acte d'état civil dans les situations familiales internationales », in P. WAUTELET (dir.), *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, vol. 118, Liège, Anthemis, 2010, p. 249, note 71). On reviendra plus loin sur le sort de ces mariages purement coutumiers.

en Belgique(11). Ainsi en est-il d'une naissance, d'une reconnaissance d'enfant ou, précisément, d'un mariage. Lorsqu'un mariage célébré à l'étranger a fait l'objet d'une transcription dans les registres belges de l'état civil, la situation est pour le notaire idéale : cette transcription forme en effet, au même titre qu'un acte belge de l'état civil, une preuve authentique, en même temps que la manifestation aux yeux des tiers de l'état acquis à l'étranger, de sorte que le notaire ne doit demander aux intéressés aucune autre preuve(12). Il lui suffit de se conformer aux indications de l'état civil belge, d'autant que celles-ci contiennent, de la part de l'officier d'état civil qui a procédé à leur établissement, une appréciation, au fond, de la validité du mariage que seul un juge pourra remettre en cause, à l'occasion d'un litige semblable à celui relaté ci-dessus à propos d'un mariage célébré à Las Vegas.

La transcription d'un mariage célébré à l'étranger dans les registres belges de l'état civil, quoique étant fort utile, n'est cependant pour les intéressés qu'une faculté et, au moment où la question se pose, il est possible qu'ils n'y aient pas encore fait procéder. Or, s'agissant d'une simple formalité destinée à faire la preuve, en même temps qu'à assurer la publicité, de l'acte accompli à l'étranger, son défaut n'invalide nullement le mariage, qui peut parfaitement exister sans qu'il y ait été donné, en Belgique, aucune publicité. Cette transcription est par ailleurs réservée au cas dans lequel l'un des conjoints, au moins, est Belge : lorsqu'ils sont tous les deux étrangers, il n'y en a pas, et le notaire doit, à nouveau, compter sur d'autres voies pour établir la réalité du mariage célébré à l'étranger.

B. *Le registre national*

Le notaire pourra à cet égard utilement se tourner vers les indications du registre national des personnes physiques(13), lequel, reprenant les indications des registres de la population et des étrangers, des registres diplomatiques et consulaires, ainsi que du registre d'attente, fait notamment mention de l'état civil des intéressés(14). Comme les indications du registre national des personnes physiques font, aux termes de

(11) La transcription a lieu dans les registres de l'état civil de la commune du domicile de l'intéressé ou de son premier établissement en Belgique après son retour sur le territoire du Royaume. En l'absence de domicile ou de résidence en Belgique, elle peut se faire sur les registres de l'état civil de la commune du dernier domicile en Belgique de l'intéressé ou de l'un de ses ascendants ou de la commune de son lieu de naissance ou encore, à défaut, sur les registres de l'état civil de Bruxelles (art. 48, § 1, resp. al. 1 et 2, C. civ.).

(12) L'acte de l'état civil est authentique, au sens de l'article 1317, al. 1, C. civ.

(13) Le registre national des personnes physiques est organisé par une loi du 8 août 1983 « organisant un registre national des personnes physiques » (*Mon.*, 21 avril 1984).

(14) Art. 3, 8°, de la loi précitée.

l'article 3, alinéa 3, de la loi qui l'organise, « foi jusqu'à preuve du contraire » et « peuvent être valablement utilisées en remplacement des informations contenues dans les registres [de la population et des étrangers] », le notaire pourra s'en satisfaire : en présence d'une indication faisant état d'un mariage célébré à l'étranger, le notaire devra en considérer la preuve comme suffisamment réunie, et il ne devra (et même : il ne pourra) exiger des parties aucune preuve supplémentaire (15). Le mariage célébré à l'étranger devra être considéré, en ce cas, comme avéré, à suffisance de droit, sans qu'il y ait lieu d'investiguer davantage sur la question des preuves (16).

L'auteur précise que les indications du registre national des personnes physiques peuvent certes être erronées : elles ne présentent pas les mêmes garanties, en termes de confection, que celles des actes de l'état civil. Alain-Charles Van Gysel (17) rapporte à cet égard un jugement inédit de la présidente du Tribunal de Bruxelles, estimant que la foi à accorder à une mention de mariage au registre national était anéantie par une attestation de l'officier de l'état civil étranger, en l'espèce ukrainien, démontrant que les personnes prétendument mariées ne l'avaient pas été, en tout cas dans une période de 13 ans entourant celle de la date du prétendu mariage telle qu'elle avait été indiquée au registre national (18). Cette attestation venait conforter une déclaration des « époux » dont il ressortait qu'ils étaient effectivement concubins, mais non mariés, à leur arrivée en Belgique, et que leur mariage avait été supposé un peu rapidement par une fonctionnaire qu'ils comprenaient mal. Le même auteur évoque encore (19) une ordonnance de référé de la présidente du Tribunal de Liège levant une interdiction à mariage opposée par l'officier de l'état civil à une dame de nationalité syrienne dont le registre

(15) L'article 5 de la loi du 8 août 1983 octroie, en son 4°, aux notaires le droit d'obtenir communication des informations contenues dans le registre national des personnes physiques « pour les informations qu'ils sont habilités à connaître en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance » (essentiellement donc, pour les besoins du certificat d'identité prévu à l'article 11 de la loi portant organisation du notariat, et du certificat d'état civil prévu à l'article 139 de la loi hypothécaire). Cela est très important car, d'après l'article 6 de la loi, « [l]es autorités, les organismes et les personnes visés à l'article 5, qui sont autorisés à consulter les données du Registre national, ne peuvent plus demander directement lesdites données à une personne » (§ 1). En outre, « [d]ès qu'une donnée a été communiquée au Registre national et enregistrée dans ledit Registre, la personne concernée n'est pas tenue de la communiquer directement aux autorités, organismes et personnes visés à l'article 5, qui sont autorisés à consulter les données du Registre national » (§ 2). Le notaire doit donc, comme les autres autorités ayant accès au registre national, se satisfaire de ses indications.

(16) Sur la valeur de preuve des indications du registre national, dans la matière qui nous occupe, voy. A.-C. VAN GYSEL, « Les difficultés relatives à la preuve de l'état civil des étrangers en Belgique : perspectives de solutions », *Act. dr. fam.*, pp. 77 et s., spéc., pp. 81 et s. Cette étude reprend et augmente une autre, « Les difficultés de preuve de l'état civil des étrangers en Belgique : perspectives de solutions », *R.D.E.*, 2009, pp. 333 et s., également parue dans N. GALLUS, *et al.* (éd.), *Actualités en droit familial*, Coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 139 et s.

(17) Dans son étude citée à la note précédente, p. 82.

(18) Civ. Bruxelles (prés.), 8 juin 2009, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 96.

(19) Dans son article cité à la note 16, p. 83.

national indiquait qu'elle était déjà mariée coutumièrement en Syrie : cette mention avait été portée au registre national, avant l'introduction du recours, sur la simple déclaration de la fiancée au fonctionnaire compétent, au cours de la procédure d'enquête préalable au mariage (20).

Le notaire n'est certes pas le juge des erreurs du registre national. Il se bornera, en cas de contestation quant à leur exactitude, à inviter les parties à se pourvoir selon les voies administratives ou judiciaires. La législation relative aux registres de la population ouvre à cet égard à tout intéressé le droit de connaître les mentions qui le concernent, et de les faire rectifier « si elles ne sont pas reprises de manière précise, complète et exacte » (21). La procédure en est fixée par un arrêté royal du 16 juillet 1992, organisant le droit d'accès aux registres de la population et au registre des étrangers ainsi que le droit de rectification desdits registres (22). Elle est assez sommaire, et les règles qui la régissent se révèlent comme l'écrit Alain-Charles Van Gysel « bien moins contraignantes que celles qui président à l'action en rectification d'actes de l'état civil » (23). Il suffit en effet, d'après l'article 8 de l'arrêté royal précité, d'adresser à l'administration communale toutes les fois que les informations mentionnées au registre « se révèlent être imprécises, incomplètes, inexactes ou superflues », une « demande de rectification motivée par lettre recommandée à la poste », en l'appuyant de « tous les éléments de preuve méritant d'être pris en considération ». L'administration communale statue alors – le cas échéant après avoir entendu l'intéressé si celui-ci en fait la demande – gratuitement, et « le demandeur reçoit », à l'issue de la procédure, « un document dans lequel toutes les informations modifiées sont présentées sous une forme compréhensible ». Cette procédure administrative se déroule bien entendu sous le contrôle du juge.

Le registre national des personnes physiques, cependant, n'est pas ouvert à tous. Il ne reprend, aux termes de l'article 2 de la loi du 8 août 1983, que les Belges résidant en Belgique, tous ceux qui résident à l'étranger et qui sont inscrits, en cette qualité, dans les registres de la population tenus dans les missions diplomatiques ou les postes consulaires belges à l'étranger, les étrangers résidant en Belgique et qui sont admis ou autorisés à s'établir ou à séjourner dans le Royaume, et les étrangers (et membres de leur famille) qui se déclarent réfugiés ou

(20) Civ. Liège (réf.), 24 octobre 2006, *R.T.D.F.*, 2007, p. 689.

(21) Art. 6, § 3, de la loi du 19 juillet 1991 « relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes d'étranger et aux documents de séjour et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques », *Mon.*, 3 septembre 1991.

(22) *Mon.*, 15 août 1992.

(23) *Op. cit.*, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 83.

demandent la reconnaissance de la qualité de réfugié (en somme, les indications des registres de la population et des étrangers, des registres diplomatiques et consulaires, et du registre d'attente) – il s'adresse ainsi, à titre principal, à tous ceux qui résident principalement dans le Royaume (24)/(25).

Aussi le notaire doit-il être prudent en présence d'un mariage qui lui est déclaré, alors même que son existence n'est révélée ni par les registres de l'état civil, ni même par le registre national des personnes physiques : ce mariage peut n'en pas moins exister, et s'avérer parfaitement valable. Il est possible, en particulier, de se trouver en présence d'un étranger (voire d'un Belge) qui ne serait pas repris dans les registres de la population ou des étrangers d'une commune du Royaume, parce qu'il n'aurait

(24) La « résidence principale » au sens de la législation relative aux registres de la population est une notion de fait, spécialement définie. L'article 3 de la loi du 19 juillet 1991 « relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes d'étranger et aux documents de séjour et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques » (*Mon.*, 3 septembre 1991) précise qu'il faut entendre par là « soit le lieu où vivent habituellement les membres d'un ménage composé de plusieurs personnes, unies ou non par des liens de parenté, soit le lieu où vit habituellement une personne isolée » (art. 3), l'arrêté royal du 16 juillet 1992 « relatif aux registres de la population et au registre des étrangers » (*Mon.*, 15 août 1992) contenant à cet égard, en son article 16, des précisions fort utiles : « [l]a détermination de la résidence principale se fonde sur une situation de fait, c'est-à-dire la constatation d'un séjour effectif dans une commune durant la plus grande partie de l'année. Cette constatation s'effectue sur la base de différents éléments, notamment le lieu que rejoint l'intéressé après ses occupations professionnelles, le lieu de fréquentation scolaire des enfants, le lieu de travail, les consommations énergétiques et les frais de téléphone, le séjour habituel du conjoint ou des autres membres du ménage (...) » (§ 1) ; « (...) la seule intention manifestée par une personne de fixer sa résidence principale dans un lieu donné n'est pas suffisante pour justifier dans le chef de l'administration communale concernée l'inscription à titre de résidence principale » (§ 3). Pareille « résidence principale » implique un enregistrement, et se distingue dès lors de la « résidence habituelle » servant à l'application des règles contenues dans le Code de droit international privé (art. 4, § 2, 1^{er}, C. DIP).

(25) L'article 2bis de la loi du 8 juillet 1983, inséré par une loi du 9 novembre 2015 « portant dispositions diverses Intérieur » (*Mon.*, 30 novembre 2015) précise, en son alinéa 1^{er}, que sont encore mentionnées au registre national « les personnes physiques de nationalité étrangère suivantes : - les agents diplomatiques des missions diplomatiques établies dans le Royaume ; - les membres du personnel qui jouissent du statut diplomatique des représentations permanentes et des missions auprès des organisations internationales gouvernementales établies dans le Royaume ; - les membres du personnel qui jouissent du statut diplomatique des organisations internationales gouvernementales établies dans le Royaume ; - les fonctionnaires consulaires de carrière, autorisés à exercer leurs fonctions consulaires dans le Royaume ; - les membres du personnel administratif et technique des missions diplomatiques établies dans le Royaume et des représentations permanentes et des missions auprès des organisations internationales gouvernementales établies dans le Royaume ; - les employés consulaires de carrière des postes consulaires établis dans le Royaume ; - les fonctionnaires et membres du personnel des organisations internationales gouvernementales établies dans le Royaume ; - les membres du Parlement européen qui résident dans le Royaume exclusivement en raison de leur mandat ; - les fonctionnaires chargés d'une mission officielle dans le Royaume ; - les officiers militaires admis en stage dans le Royaume ; - les membres du personnel de service des missions diplomatiques et des postes consulaires établis dans le Royaume et des représentations permanentes et missions auprès des organisations internationales gouvernementales établies dans le Royaume ; - les membres de la famille à charge des personnes visées ci-dessus, vivant à leur foyer ; - les domestiques privés qui sont occupés exclusivement au service personnel des agents diplomatiques, des personnes qui jouissent du statut diplomatique et des fonctionnaires consulaires de carrière ».

jamais résidé à titre principal en Belgique, et qu'il aurait négligé, étant Belge, de s'inscrire sur un registre diplomatique ou consulaire. Et de même peut-on se trouver, s'agissant des étrangers, en présence d'indications incomplètes ou erronées des registres de la population et des étrangers : ceux-ci pourraient fort bien, à la suite d'une imprécision du déclarant ou d'une erreur de l'administration, taire un état civil régulièrement acquis à l'étranger, ou contenir à son propos une indication erronée (*supra*).

C. Les autres moyens de preuve

Lorsque le notaire ne peut se fonder ni sur les indications des registres belges de l'état civil, ni sur celles du registre national des personnes physiques – ce qui est notamment le cas lorsque, dans l'attente de la délivrance par l'Office des étrangers des autorisations nécessaires au regroupement familial, les registres de la population et des étrangers n'ont pas encore été mis à jour au moment où il est saisi de la difficulté – il devient lui-même l'autorité appelée à apprécier l'existence du mariage célébré à l'étranger et, comme on le verra ci-dessous, à en mesurer, au moins *prima facie*, la validité.

Le notaire ne pourra que se tourner, dans tous des cas de ce genre, vers l'extrait de l'état civil, l'acte ou le certificat de mariage établi à l'étranger, et dont les parties sont porteuses. En présence d'un acte officiel établi à l'étranger, il vérifiera que l'acte qui lui est produit « réuni[t] les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel il a été établi », au sens de l'article 27, § 1, al. 2, du Code de droit international privé, et sollicitera des parties les pièces visées à l'article 24, § 1, du même Code, rendu applicable « pour autant que de besoin » par son article 27, § 1, al. 3. Il sollicitera donc pour l'essentiel des parties une copie authentique (« expédition ») du document, « réunissant les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel elle a été rendue » (art. 24, § 1, 1°, C. DIP), ainsi que le cas échéant sa traduction certifiée conforme dans une langue qu'il maîtrise par un traducteur juré.

L'acte (ou la copie qui en est produite) devra, en outre, être légalisé(e) par l'agent diplomatique ou consulaire belge ou représentant les intérêts de la Belgique en poste dans l'État où l'acte a été établi et, à défaut d'un tel agent, par le ministre belge des affaires étrangères. La légalisation, régie à l'article 30, §§ 1 et 2, du Code de droit international privé, a pour objet d'« atteste[r] la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou

timbre dont l'acte est revêtu » (art. 30, § 1, al. 2, C. DIP). La formule de la légalisation, fixée par un arrêté royal du 12 juillet 2006 pris en exécution de l'article 30, § 3, du Code de droit international privé (26), est relativement sommaire :

Vu pour légalisation de la signature de
(nom de la personne dont la signature est légalisée)
Numéro de contrôle
Lieu, date
Cette légalisation ne garantit pas l'authenticité du contenu du document.
Signature et sceau de celui qui légalise.

Pour succincte qu'elle soit, cette formule a une portée importante en termes de force probante de l'instrument. L'arrêté royal qui l'organise prévoit en effet que l'autorité légalisante qui « constate un problème *prima facie* au niveau de [la] décision judiciaire étrangère ou de [l']acte authentique étranger [à légaliser], quand bien même toutes les conditions sont satisfaites pour la légalisation » doit, tout en légalisant l'instrument, y faire des « remarques », qu'il « mentionne » « sur une feuille annexée » (art. 2). C'est d'autant plus important que l'article 34, alinéa 1^{er}, du Code consulaire (27), reprenant une règle ancienne contenue autrefois à l'article 3 de l'arrêté royal relatif à la légalisation, donne un pouvoir important à l'autorité belge (donc aussi au notaire) à laquelle (auquel) serait produit un document soupçonné de faux : « [l]orsqu'un doute sérieux existe sur l'authenticité d'une décision judiciaire ou d'un acte authentique émanant de l'étranger ou s'il existe des doutes sérieux sur l'authenticité du contenu d'une décision judiciaire ou d'un acte authentique émanant de l'étranger, toute autorité belge à laquelle le document est soumis » (donc aussi, le notaire) « peut demander une enquête sur l'authenticité, la conformité avec la législation locale ou l'authenticité du contenu du document ». Cette enquête, dont la suite de la disposition précise les modalités, aura lieu aux frais « de la ou des personnes concernées par le document ou (...) de celui qui soumet le document si l'enquête démontre que le document est faux, n'est pas conforme à la législation locale ou n'est pas authentique en ce qui concerne son contenu » (al. 5) (28).

(26) *Mon.*, 11 janvier 2007.

(27) Loi du 21 décembre 2013 portant le Code consulaire, *Mon.*, 21 janvier 2014.

(28) Voy. pour le surplus la circulaire ministérielle du 14 janvier 2015 relative à la légalisation et à l'examen des documents étrangers, remplaçant elle-même la circulaire du 14 décembre 2006 portant instructions en matière de légalisation, *Mon.*, 22 janvier 2015. Cette circulaire traite notamment, en son point 2.6, du « numéro de contrôle » apposé sur la formule de légalisation. Nous

Lorsque l'acte produit au notaire émane de l'un des États liés sur ce point, avec la Belgique, par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers(29), l'apposition de l'apostille suffit, et se substitue à la légalisation(30).

L'apostille se présente de la manière suivante :

le reproduisons ici, en raison de son intérêt pratique : « [e]n même temps que les autres données de légalisation est imprimé un numéro de contrôle unique composé de 16 chiffres, qui garantit la sécurité de la légalisation. Une autorité belge (commune, notaire...) qui reçoit un document légalisé de cette manière peut vérifier les données de la légalisation sur un site internet, en introduisant le chiffre de contrôle. L'introduction de ce chiffre fait apparaître le nom du poste et la date à laquelle le document a été légalisé. Il y a deux réponses possibles : soit le site répond qu'il s'agit d'un chiffre inexistant (ou la légalisation est un faux, ou il y a une erreur dans le chiffre introduit), soit le site annonce que le document a été délivré à telle date, par tel poste. L'administration locale concernée peut alors vérifier si ces données correspondent aux mentions figurant sur le document proprement dit. Ces informations sont d'un accès aisé par internet et la vérification ne requiert aucun équipement ou programme spécial. Adresse du site : <http://Legalweb.diplomatie.be> ». Voy., de manière générale, l'étude de T. EVRARD, « La légalisation des documents publics étrangers en matière d'état civil : une évolution contrastée. Partie I : Le principe de la légalisation », *R.D.E.*, 2016, pp. 65 et s.

(29) La convention est en vigueur dans pas moins de 110 États. La liste, avec chaque fois la date de cette entrée en vigueur, peut en être consultée sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé (www.hcch.net) (l'on reproduit en italiques les noms des États non membres de la Conférence de La Haye qui ont ratifié la convention) : Afrique du Sud, Albanie, Allemagne, *Andorre*, *Antigua et Barbuda*, *Arménie*, Argentine, Australie, Autriche, *Azerbaïdjan*, *Bahamas*, *Barbade*, *Barbein*, Bélarus, Belgique, *Bélieze*, Bosnie-Herzégovine, *Botswana*, Brésil, *Brunéi Darussalam*, Bulgarie, *Cap Vert*, Chili, Chypre, *Colombie*, Corée (République de-), *Costa Rica*, Croatie, Danemark, *Dominique*, *El Salvador*, Equateur, Espagne, Estonie, Etats-Unis d'Amérique, *Fidji*, Finlande, France, Géorgie, Grèce, *Grenade*, *Honduras*, Hongrie, *Iles Cook*, *Iles Marshall*, Inde, Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, *Kazakhstan*, *Kirghizistan*, *Kosovo*, *Lesotho*, Lettonie, *Libéria*, *Liechtenstein*, Lituanie, Luxembourg, Macédoine, *Malawi*, Malte, Maroc, *Maurice*, Mexique, *Moldavie*, Monaco, *Mongolie*, Monténégro, *Namibie*, *Nicaragua*, *Niue*, Norvège, Nouvelle-Zélande, *Oman*, *Ouzbékistan*, Panama, *Paraguay*, Pays-Bas, *Pérou*, Pologne, Portugal, *République dominicaine*, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, *Saint-Kitts-et-Nevis*, *Sainte-Lucie*, *Saint-Martin*, *Saint-Vincent-et-les-Grenadines*, *Samoa*, *Sao Tomé-et-Principe*, Serbie, *Seychelles*, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Suriname, *Swaziland*, *Tadjikistan*, *Tonga*, *Trinité-et-Tobago*, Turquie, *Uruguay*, Ukraine, *Vanatu*, et Venezuela.

(30) Voy. l'article 3, alinéa 1^{er}, de la convention : « [l]a seule formalité qui puisse être exigée pour attester la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, est l'apposition de l'apostille (...) », et l'article 5, al. 3 : « [l]a signature, le sceau ou timbre qui figurent sur l'apostille sont dispensés de toute attestation ».

Annexe à la Convention

Modèle d'apostille

L'apostille aura la forme d'un carré de 9 centimètres de côté au minimum

APOSTILLE (Convention de La Haye du 5 octobre 1961) 1. Pays: Le présent acte public 2. a été signé par 3. agissant en qualité de 4. est revêtu du sceau/timbre de Attesté 5. à 6. le 7. par 8. sous N° 9. Sceau/timbre: 10. Signature:	
--	--

L'apostille ne doit pas être traduite. L'article 4, alinéa 2, de la convention précise qu' « elle peut être rédigée dans la langue officielle de l'autorité qui la délivre », que « [l]es mentions qui y figurent peuvent également être données dans une deuxième langue », et que « [l]e titre « Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961) » devra être mentionné en langue française ».

Voici, à titre d'exemple, un certificat de mariage établi à Las Vegas, remis en original aux parties après la célébration de leur union :

CLARK COUNTY
NEVADA

CERTIFICATION OF VITAL RECORDS

STATE OF NEVADA
MARriage CERTIFICATE
No. 201301230001943

Int # 201301230001943
Fees: \$150.00
11/23/2013 02:58:17 PM
Receipt #: 1483007
Requestor:
RECORDER CLARK COUNTY
Recorded By: DGI Pgs: 1
DEBBIE CONWAY
CLARK COUNTY RECORDER

STATE OF NEVADA }
COUNTY OF CLARK }

This is to certify that the undersigned, Pastor James Fitzgerald
(Signature and Title of Official performing marriage)

did on the 12th day of the month of January 2013
at Amperou Memory Las Vegas Nevada,
(Address or church)
join in lawful wedlock BARRY WENDELL FRANK
of LONDON (City)
date of birth 04-10-1966
and JANE WATSON
of LONDON (City) State/Country of ENGLAND
date of birth 04-10-1966
with due ritual solemnity in the presence of HEIL WELLS
(Witness)
Pastor James Fitzgerald
(Signature of Official performing Marriage (Shall be Only))
PASTOR JAMES FITZGERALD
Print Name and Title of Official
9805 BISCAYNE LANE
Address of Official performing Marriage
LAS VEGAS, NEVADA 89117
City, State and Zip Code

Deanna Alba
CLARK COUNTY CLERK

Bride/Groom Mailing Address: 31 BOYDENE RD
REDDY, KENT, LONDON, ENGLAND SE4 8LE

This Certificate must be typewritten or printed in block ink and presented within 14 days to the
Clark County Recorder, 500 S. Grand Central Parkway, Las Vegas, Nevada 89103-1516.

C12-7894

KEEP DOCUMENT IN A SAFE PLACE
ANY ALTERATION OR ERASURE VOID THIS CERTIFICATE

Si un tel certificat, « réunissant les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État » sur le territoire duquel il a été établi (donc, dûment signé par un « clerk » admis à agir pour un « Marriage Bureau » du Comté de Clark), revêtu de l'apostille (31), et dûment

(31) La convention de La Haye est en vigueur sur tout le territoire des États-Unis depuis le 15 octobre 1981.

traduit, si le notaire le requiert, par un traducteur juré, est produit au notaire, celui-ci devra considérer le mariage comme établi, même si celui-ci n'a pas (encore) été transcrit dans les registres belges de l'état-civil ou mentionné dans les registres de la population et des étrangers ou les registres diplomatiques et consulaires belges – en cas de contestation, à nouveau, le notaire invitera les parties à s'adresser au juge.

Les actes de l'état civil émanant de Chypre, du Danemark, d'Estonie, de France, d'Irlande, d'Italie, de Lettonie et du Luxembourg sont dispensés non seulement de légalisation, mais encore d'apostille, en vertu de la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 relative à la suppression de la légalisation d'actes dans les Etats membres des Communautés européennes (31bis).

D. *Le mariage sans écrit*

Il est enfin possible qu'aucun acte de l'état civil n'ait été accompli à l'étranger, parce que les registres de l'état civil n'y sont pas régulièrement tenus ou conservés, ou que le mariage y est détaché de toute forme, comme résultant d'une cohabitation effective des parties, y exprimant un fait davantage qu'un acte juridique. Tel est le cas des mariages coutumiers, dont aucune formalité n'est prévue pour assurer la preuve ni l'opposabilité aux tiers (32). La question posée au notaire, dans des cas de ce genre, se résoudra facilement lorsque le mariage est inscrit dans les registres communaux : la mention du mariage au registre national des personnes physiques fait foi jusqu'à preuve du contraire (*supra*) (33). Faute d'indication dans pareil registre, le notaire ne pourra qu'inviter les parties à s'adresser au juge qui, saisi d'une demande de reconnaissance d'un acte authentique étranger peut, « à défaut de production des documents » requis « accepter des documents équivalents » voire même « s'il s'estime suffisamment éclairé », c'est-à-dire convaincu de

(31bis) *Mon.*, 18 avril 1997, *err.*, 10 juin 1997. Le règlement européen n° 2016/1191 du 6 juillet 2016 (JOUE n° L 200 du 26 juillet 2016) en étendra la solution aux actes émanant de tous les Etats membres de l'Union, à compter du 16 février 2019.

(32) En droit congolais, le mariage coutumier doit s'accompagner de l'établissement d'un acte de l'état civil, destiné à en apporter la preuve (art. 368 et 370 du Code de la famille). Cet « enregistrement » assure, comme formalité substantielle, la « publicité » du mariage. Le notaire ne pourra tenir compte d'un mariage coutumier prétendument célébré au Congo s'il n'est pas attesté par l'acte de l'état civil que le droit congolais prescrit (H. ENGLERT, « L'absence d'acte de l'état civil dans les situations familiales internationales », in P. WAUTELET (dir.), *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, vol. 118, Liège, Anthemis, 2010, p. 246, notes 59-60, qui précise encore que tel est aussi le cas au Sénégal, à Madagascar ou en Angola).

(33) Voy. p. ex. Civ. Bruxelles, 5 novembre 2009, *R.D.E.*, 2009, p. 676 qui, saisi d'une demande de divorce formée par une dame dont le mariage avait été célébré au Ghana, qui se trouvait dans l'impossibilité de se procurer un acte de mariage, a pu se satisfaire des indications du registre national des personnes physiques (dans le même sens, Civ. Liège, 18 novembre 2003, *R.D.E.*, 2008, p. 703, note H. ENGLERT).

l'existence de l'acte accompli à l'étranger, « en dispenser » (art. 24, § 2, C. DIP)(34). Hélène Englert y ajoute pour ceux qui souhaiteraient se prémunir à l'avenir d'avoir à nouveau à faire preuve de leur état la procédure particulière réglée à l'article 46 du Code civil, qui permet aux intéressés d'obtenir un jugement supplétif de l'acte de l'état civil perdu ou inexistant. Cet article, précise cette auteure, vaut aussi bien pour les actes établis en Belgique que pour ceux qui auraient dû l'être ou l'ont été à l'étranger et ce, quelle que soit la nationalité de l'intéressé (35).

§ 4. Le *negotium* ou la validité du mariage célébré à l'étranger

Il n'est pas suffisant que la réalité, ou la matérialité, du mariage célébré à l'étranger, soit établie. Encore faut-il qu'il soit valable. Lorsqu'une autorité belge a d'ores et déjà statué sur la validité du mariage célébré à l'étranger – par exemple l'officier de l'état civil, à l'occasion de la transcription fondée sur l'article 48 du Code civil, ou le fonctionnaire de l'administration communale, à l'occasion de la mise à jour des registres de la population ou des registres des étrangers, ou encore celui du SPF intérieur à l'occasion de la mise à jour du registre national des personnes physiques – la tâche du notaire se trouve considérablement diminuée, ou facilitée : il lui suffira, la plupart du temps, de se ranger à l'appréciation déjà posée par cette autre autorité belge et, en cas de contestation, d'inviter les parties à s'adresser au juge compétent pour en

(34) Voy. p. ex. Civ. Liège, 24 juillet 2009, *R.T.D.F.*, 2011, p. 1.034 qui, saisi d'une demande de condamnation de l'État belge à la délivrance d'un visa de regroupement familial en présence d'un mariage coutumier célébré au Congo, qui aurait dû y être inscrit dans les registres congolais de l'état civil conformément au droit de ce pays, accepte comme faisant une preuve suffisante de l'existence de ce mariage, une attestation légalisée émanant du bourgmestre de la commune où le mariage avait été célébré. Comp. cependant A.-C. VAN GYSEL, « Les difficultés relatives à la preuve de l'état civil des étrangers en Belgique : perspectives de solutions », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 85, note 10, qui doute que le juge puisse, à la faveur de l'article 24, § 2, du Code de droit international privé, dispenser les parties de la production d'un acte de mariage explicitement requis par la loi : « [u]ne telle lecture de ces dispositions du Codip rendrait inutiles tous les modes supplétifs de preuve de l'état civil (...) pour peu que le juge belge soit de "bonne volonté" (...) ».

(35) *Op. cit.* in P. WAUTELET (dir.), *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, pp. 246 et 257-258. Adde A.-C. VAN GYSEL, *op. cit.* in *Act. dr. Fam.*, 2010, pp. 84 et s., qui précise que la procédure est « des plus sûres », et des plus souples aussi, puisque « le mode de preuve devant le tribunal n'est pas restreint (...) : tous titres, publics ou privés, émanés d'une autorité étrangère, internationale ou nationale, ou d'un tiers quelconque » peuvent suffire « s'il convainquent le tribunal de leur véracité ». Voy. déjà, avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, J.P. Saint-Gilles, 5 avril 1990, *J.T.*, 1990, p. 662, qui admet comme preuve suffisante d'un mariage conclu *solo consensu* un acte adoulaire établi au Maroc, joint à une attestation du consulat général du Maroc à Bruxelles, par lequel douze témoins attestent l'existence ininterrompue du lien de mariage depuis plus de six ans. Ce jugement est cependant infirmé quant à cette preuve par Civ. Bruxelles, 20 novembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 283.

obtenir la réformation si elles refusent de s'y ranger (36). L'intervention du notaire n'est pour autant pas complètement annihilée : dans l'attente de la mise en place du registre des décisions et des actes qui satisfont aux conditions de leur reconnaissance en Belgique prévu par l'article 31, § 3, du Code de droit international privé, les autorités belges exercent sur la validité des actes juridiques accomplis à l'étranger, et qui intéressent l'état des personnes, un contrôle diffus, décentré ou décentralisé, de sorte que chaque autorité ou juridiction qui en est saisie peut avoir une appréciation distincte sur leur existence, leur validité, et les effets qu'il convient de leur reconnaître (37). Singulièrement, l'appréciation faite par l'Office des étrangers consulté à l'occasion d'une demande de regroupement familial est une appréciation autonome et distincte qui ne préjuge pas (ou pas nécessairement) de celle, séparée, que pourrait avoir le notaire : un mariage contracté au Sénégal par un Belge établi en Belgique avec une ressortissante sénégalaise qui s'est vu opposer un refus de délivrance d'un visa de regroupement familial pourrait fort bien, en définitive, être valable, car l'appréciation généralement restrictive, ou exagérément prudente, de l'Office des étrangers est régulièrement contredite par le juge – qu'il s'agisse du juge civil ou du conseil du contentieux des étrangers (38). Le notaire pourrait donc bien être appelé

(36) La procédure tendant à la reconnaissance d'un acte authentique étranger est réglée à l'article 23 du Code de droit international privé. Elle est introduite sur citation, lancée contre l'autorité qui a refusé de procéder à la reconnaissance, ou de manière unilatérale sur requête, si elle est préventive. Elle est portée devant le juge du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur ou, s'il n'y a pas de défendeur, devant le juge du domicile ou de la résidence habituelle du requérant et, à défaut de domicile ou de résidence en Belgique, devant le juge de l'arrondissement de Bruxelles (§ 2).

(37) Sur ce thème, voy. J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familie zaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Brugge, Die Keure, 2012, pp. 206 et s.

(38) Voy. notamment, reconnaissant la validité et ordonnant la transcription dans les registres belges de l'état civil d'un mariage célébré à Yaoundé, au Cameroun, entre un Belge et une Camerounaise qui s'étaient rencontrés sur internet et entre lesquels existait une différence d'âge de 17 ans, Fam. Namur (div. Namur), 17 juin 2015, *R.T.D.F.*, 2016, p. 293, qui juge notamment que « la recherche d'un avantage matériel que procure le mariage est parfaitement compatible avec le respect de cette institution, de sorte que le droit de séjour d'un des époux peut être poursuivi concomitamment à la réaction d'une communauté de vie durable ou en être le résultat ». Voy. de même Civ. Liège, 18 novembre 2009, *R.T.D.F.*, 2010, p. 1045, à propos d'un mariage célébré à Oran entre une Belge âgée de 56 ans et un Algérien âgé de 27 ans, et, surtout, toujours dans le même sens, une abondante jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles (not. 17 avril 2008, *R.T.D.F.*, 2009, p. 674, à propos d'un mariage célébré en Serbie-Monténégro entre un Serbo-Monténégrin et une Belge ; 16 octobre 2008, *R.T.D.F.*, 2009, p. 680, à propos d'un mariage célébré par procuration au Maroc entre une ressortissante marocaine autorisée à s'établir dans le Royaume et un ressortissant marocain lui aussi, qui s'y trouvait en séjour irrégulier ; 10 janvier 2011, *R.T.D.F.*, 2011, p. 634, à propos d'un mariage contracté par deux Marocains au Maroc ; 18 février 2013, *R.T.D.F.*, 2015, p. 233, *id.*, précisant qu'il s'agissait d'un (re)mariage avec une ex-épouse précédemment répudiée dans ce pays ; 17 septembre 2015, *R.T.D.F.*, 2016, p. 279, *id.*, et 19 décembre 2014, *R.T.D.F.*, 2016, p. 271, à propos d'un (re)mariage contracté en Turquie entre deux Trucs précédemment mariés, et qui avaient divorcé depuis lors, alors que l'un d'eux avait après ce divorce contracté mariage avec une Belge dont il avait depuis lors lui-même divorcé). Loin de condamner les prescriptions du droit étranger sous l'empire duquel ces mariages ont été célébrés, les juges semblent au contraire avoir à cœur de souligner dans ces espèces l'identité ou la communauté de valeurs existant entre l'ordre juridique étranger, dont le droit est déclaré applicable, et le droit belge, comme fondant le mariage

à poser une appréciation distincte de celle de l'Office des étrangers – du moins a-t-il théoriquement le pouvoir et partant aussi, dans un certain nombre de cas, le devoir de le faire.

La vérification à laquelle il est invité porte sur l'opération, à l'égard du mariage célébré à l'étranger, des règles belges de conflit de lois : l'acte juridique accompli à l'étranger, ne peut être reconnu, précise l'article 27, § 1, alinéa 1, du Code de droit international privé, que « si sa validité est établie conformément au droit applicable », tel que le désignent les règles de conflit de lois. Celles-ci distinguent les conditions de forme de la célébration, qu'elles soumettent à la loi du pays de célébration de l'union, et celles de fond, qu'elles soumettent, pour chaque époux, à l'opération de sa loi nationale. Le notaire est invité donc à contrôler l'opération de ces lois, comme le serait toute autre « autorité requise » (39).

A. *Les conditions de forme*

Il y aura lieu de vérifier d'abord, conformément à l'article 47, § 1, du Code de droit international privé, si toutes les formalités relatives à la célébration du mariage ont bien été accomplies, conformément au droit de l'État sur le territoire duquel le mariage a été célébré (40). Cette vérification ne sera pas trop difficile : l'accomplissement des formalités prescrites résultera en principe de l'acte ou du certificat de mariage

sur le consentement réel et sincère des époux, orienté vers la création d'une « communauté de vie durable » (termes empruntés à l'article 146bis du Code civil).

(39) Analysant la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, P. WAUTELET a montré les limites que révèle aujourd'hui le contrôle de la loi applicable auquel invite l'article 27, § 1, alinéa 1, du Code de droit international privé sur la reconnaissance d'un statut juridique valablement acquis à l'étranger. Le contrôle des exigences formelles du droit étranger applicable « ne semble » pour cet auteur « pas d'un grand poids » au regard des exigences que comporte le droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (« Les relations familiales internationales – retour sur trois tendances majeures », in J.-L. RENCHON et OBFG (éd.), *États généraux du droit de la famille – Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2014*, Bruxelles, Bruylant, et Limal, Anthemis, 2014, pp. 220-227, spéc., p. 223, d'où est extraite la citation). Celui-ci commanderait en effet une prise en compte de la « la réalité de la vie familiale » (*ibid.*, p. 226) capable de renverser, ou d'inverser les conclusions auxquelles porte le contrôle purement formel ou automatique de la loi appliquée (voy. aussi sur le même thème, et s'agissant de l'intérêt supérieur de l'enfant, S. SAROLÉA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme », in L. BARNICH, A. NUYTS, S. PFEIFF et P. WAUTELET, « Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins », Actes du XIV^e colloque de l'Association « Famille et Droit » organisé par Alain-Charles VAN GYSEL et Arnaud NUYTS, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 107-147). Nous nous permettrons cependant de laisser de côté cet aspect de la problématique.

(40) Lorsque l'ordre juridique étranger est lui-même divisé sur une base territoriale, comme c'est le cas du droit civil des États-Unis d'Amérique, chaque ordre juridique particulier doit lui-même être considéré comme le droit d'un État (art. 17, § 1, C. DIP). Le mariage célébré à Las Vegas sera, à titre d'exemple, soumis au droit de l'état du Nevada (Bruxelles, 6 mars 2014, *Act. dr. fam.*, 2014, p. 259, déjà cité *supra*, note 4).

lui-même produit au notaire pour faire preuve de celui-ci. Si un tel acte a été dressé à l'étranger, c'est, on peut le supposer, parce que toutes les formalités locales y ont été respectées.

L'article 47, § 2, du Code de droit international privé comprend notamment parmi les formalités relatives à la célébration du mariage les déclarations et publications préalables au mariage, l'établissement et la transcription de l'acte de mariage, et le caractère civil ou confessionnel de la célébration(41). Dépend encore de la forme, le point de savoir si le mariage peut avoir lieu par procuration à l'étranger. Jugé notamment que la circonstance qu'un mariage a été célébré à l'étranger sur la base d'une procuration n'est, même si cette procuration a été décernée par celui des époux qui, se trouvant en séjour irrégulier en Belgique, ne pouvait quitter cet État à peine de ne plus pouvoir y revenir par la suite, pas en soi un motif de tenir le mariage pour contraire à l'ordre public ou entaché d'une fraude à la loi(42)/(43).

B. *Les conditions de fond*

L'article 46, alinéa 1, du Code de droit international privé soumet les conditions de validité du mariage, au fond, à l'opération pour chaque époux des conditions prévues par sa loi nationale.

Lorsque l'un des époux possède plusieurs nationalités, et que parmi ces nationalités se trouve la nationalité belge, l'article 3, § 2, 1°, du Code de droit international privé commande de le considérer exclusivement comme belge, et de lui appliquer donc les prescriptions de la loi belge. L'on peut cependant se demander si cette règle est aujourd'hui encore de droit positif. La circonstance que parmi les nationalités en cause se trouve la nationalité belge n'est plus déterminante, lorsque l'intéressé possède, à côté de sa nationalité belge, celle d'un autre État membre de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet décidé que dans l'exercice des droits et libertés qu'ils tirent du traité, et notamment dans celui de libre circulation entre les États membres de

(41) Voy. notamment, acceptant les effets civils d'une union célébrée au Liban, et y faisant état d'une célébration religieuse célébrée précédemment à la célébration civile, Civ. Liège, 24 juillet 2009, *R.T.D.F.*, 2009, p. 1.041, dont les circonstances étaient assez particulières, car la célébration religieuse avait eu lieu en Belgique, avant que la célébration civile, refusée en Belgique car le mari était sous le coup d'une expulsion, ait en définitive lieu au Liban.

(42) Civ. Bruxelles, 15 janvier 2008, *R.D.E.*, 2008, p. 274 ; Bruxelles, 16 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 131, obs. J. FIERENS.

(43) Il convient bien entendu que le consentement au mariage soit réel : le mariage conclu au moyen d'une procuration donnée par la future épouse en faveur de son père avec « toute personne qui demandera la main de son père », et qui laisse à ce père le choix de désigner « l'éventuel fiancé » ne remplit pas cette condition, et son annulation se justifie au nom de l'ordre public (Bruxelles, 17 juin 2003, *J.T.*, 2003, p. 861). On rencontre ici une exigence de fond, et non plus simplement de forme.

l'Union, les citoyens européens doivent pouvoir se prévaloir indifféremment de l'une ou l'autre des nationalités des États membres dont ils sont pourvus, sans qu'on puisse les contraindre à se prévaloir seulement de la nationalité du for ou de celle qui apparaîtrait en fait comme la plus effective : les deux nationalités sont « mises sur le même plan » (44). Ainsi, un belgo-grec pourrait fort bien se conformer au fond, pour son mariage, aux conditions que la loi grecque prescrit – à les supposer différentes de celles de la loi belge – plutôt qu'à celles de la loi belge : il se « prévaudrait », ce faisant, de sa nationalité grecque, et celle-ci oblitérerait la nationalité belge qu'il possède par ailleurs. Ce qui est vrai des ressortissants communautaires l'est aussi, à notre sens, pour les binationaux qui, à côté de leur nationalité belge, possèdent par ailleurs la nationalité d'un État tiers. Un ressortissant belgo-chilien établi en Belgique devrait pouvoir s'y marier selon les conditions de la loi chilienne, à les supposer à nouveau différentes de celles de la loi belge. Il y aurait ainsi une *favor matrimonii* permettant, dans le cas de ressortissants plurinationaux, de soumettre la validité du mariage, au fond, indifféremment, aux conditions de l'une ou l'autre des lois nationales en présence. La raison n'en est plus cette fois dans le droit européen de la libre circulation des personnes (puisque celui-ci n'a plus vocation à s'appliquer), mais dans le droit au respect de la vie privée garanti, pour toutes les personnes soumises à la « juridiction » d'un État membre, par la Convention européenne des droits de l'homme (45).

(44) C. BRIÈRE, « La transmission de patrimoine en droit international privé », in A. DIONIS-PEYRUSSE et B. JEAN-ANTOINE (éd.), *Droit et patrimoine*, coll. JuriS-Seine, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2015, pp. 223 et s., ici, p. 226. Ainsi un enfant belge, possédant par ailleurs la nationalité espagnole, devrait, quoique vivant habituellement en Belgique, pouvoir y changer de nom pour pouvoir y adopter un nom conforme aux règles de dévolution du droit espagnol, selon la même procédure que celle qui s'offre aux ressortissants belges désireux de changer de nom (C.J.C.E., 2 oct. 2003, aff. C-148/2, *Garcia Avello*, *Rec.*, p. 10.344, *Rev. crit.*, 2004, p. 184, note P. LAGARDE ; D.S., 2004, J., p. 1.476, note B. AUDIT). Et pour déterminer le juge compétent pour connaître d'une action en divorce, il y a lieu de comprendre par juridictions de l'État de « la nationalité des deux époux », au sens de l'article 3, § 1, *litt. b*, du règlement Bruxelles IIbis, les juridictions de l'État membre de n'importe laquelle des nationalités communautaires dont les époux sont ensemble revêtus, même s'ils partagent par ailleurs en commun la nationalité d'un autre État membre qui se trouverait être celui du for et sur le territoire duquel ils sont établis (voy., dans le cas de deux ressortissants franco-hongrois établis en France, confirmant la compétence des juridictions hongroises alors que les juges français avaient par ailleurs eux aussi été saisis du litige, C.J.U.E., 16 juillet 2009, aff. C-168/08, *Hadadi*, Clunet, 2010, p. 158, note L. d'AVOUT ; *Rev. crit.*, 2010, p. 184, note C. BRIÈRE).

(45) Voy. not., sur l'atténuation actuelle des solutions préfaites du conflit de nationalités, notamment lorsqu'une option de législation s'offre aux parties, P. WAUTELET, « L'option de loi et les binationaux : peut-on dépasser le conflit de nationalités ? », *R.G.D.C.*, 2012, pp. 414-430. En droit de la famille, dans un domaine où aucune option de législation ne s'offre aux parties, voy. J. VERHELLEN, « De Gender-eigen Russische familienaam tot in cassatie : in naam van de openbare orde ? », obs. sous Cass., 6 février 2015, *T. Fam.*, 2015, pp. 229 et s., commentant un arrêt de la Cour de cassation ayant rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Gand qui avait admis qu'une enfant d'origine et de nationalité russe établie avec ses parents en Belgique, et ayant acquis entretemps la nationalité belge, voit accoler au nom de son père, qu'elle avait reçu à la naissance, le suffixe « -ova » indiquant son sexe féminin (il n'est pas certain si en l'espèce la nationalité russe de l'intéressée a été préférée à celle belge qu'elle avait acquise entretemps, ou si la Cour d'appel n'a vu

Évidemment, lorsque la condition de validité est de nature bilatérale, et doit être vérifiée dans le chef des deux parties en présence, les conditions posées par chacune des lois nationales en présence s'appliquent cumulativement. Tel est le cas par exemple pour les empêchements à mariage : si la loi nationale d'une des parties prohibe le mariage entre un oncle et sa nièce, et que l'autre ne le fait, comme le droit belge, que sous la réserve d'une dispense, le mariage n'en sera pas moins, en définitive, prohibé, du fait de l'application aux deux époux de la plus restrictive des lois en présence. Cette solution est dite du cumul limitatif, ou restrictif, des lois nationales en présence. Il est fait exception à cette solution dans le cas particulier – et exceptionnel – du mariage homosexuel : l'article 46, alinéa 2, du Code de droit international privé prévoit qu'il n'est pas fait application de la loi nationale d'un des époux (voire même des deux époux) en ce qu'elle interdirait son mariage avec une personne de même sexe, dès lors que l'un des deux époux est ressortissant d'un État dont la loi nationale connaît le mariage homosexuel, ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un tel État. S'il devait à nouveau apparaître qu'un étranger possède deux nationalités, dont une est celle d'un État qui connaît le mariage homosexuel, et l'autre celle d'un État qui le prohibe, il devrait pouvoir se prévaloir de celle de ses nationalités qui permet le mariage homosexuel au détriment de l'autre, la première nationalité fût-elle-même à notre sens celle qui n'apparaît pas la plus effective en fait.

§ 5. L'exception d'ordre public et la fraude à la loi

L'opération de la loi désignée par les règles de conflit de lois ne suffit pas toujours à asseoir la validité du mariage célébré à l'étranger. Ainsi que le précise l'article 27 du Code de droit international privé, il y a lieu, dans l'application de ces règles, de tenir compte spécialement de l'article 21 du Code, relatif à l'exception d'ordre public, et de son article 18, relatif à la répression de la fraude à la loi. Aussi, quoique l'application de la (ou des) loi(s) désignée(s) par les règles de conflit paraisse irréprochable, le notaire pourra-t-il, en tant qu'autorité requise, exercer un premier contrôle sur le respect des exigences de l'ordre public, et la présence éventuelle d'une fraude à la loi.

L'article 21 règle l'exception d'ordre public. Celle-ci peut en particulier s'opposer à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage polygamique, même lorsque la loi nationale de chacune des parties admettait

aucune objection, dans l'application de la loi belge, à l'accolement de ce suffixe ; l'arrêt de la Cour de cassation lui-même concerne le droit d'action du ministère public en matière civile, que celui-ci avait exercé alors que, décide la Cour, l'ordre public n'était pas en cause).

cette forme d'union à l'époque de sa célébration. La question s'est souvent présentée en jurisprudence à propos du partage de la pension de survie d'un homme décédé après avoir contracté mariage avec plusieurs épouses, la seconde prétendant alors au partage des droits ouverts en faveur de la première. En pratique notariale, elle pourrait tout aussi bien surgir si une seconde épouse prétendait au partage des droits – comme, en droit belge, l'usufruit – que la loi successorale reconnaît à l'épouse survivante. Ce serait à cet égard une erreur d'opposer directement le moyen de l'ordre public aux prétentions de la seconde épouse, alors que le mariage est valable d'après le droit national de l'un et l'autre époux : l'article 21 du Code de droit international privé, qui épouse la théorie dite de l'effet atténué de l'exception d'ordre public, impose en effet de vérifier, outre la gravité de l'incompatibilité relevée entre l'effet postulé de la loi étrangère et les principes essentiels à l'ordre moral, politique ou économique de la Belgique, deux autres conditions de déclenchement de l'exception : la nature et l'étendue des effets postulés de la loi étrangère et l'intensité du rattachement avec l'ordre juridique belge (46). En matière de mariage polygamique, la jurisprudence de la Cour de cassation évolue dans le sens d'une objectivation du rattachement de l'ordre public, par lequel la nationalité de la première épouse à l'époque de la célébration de la seconde union joue un rôle déterminant. Ainsi, quelles que soient les données de fait du cas d'espèce, un mariage polygamique devrait ouvrir des droits patrimoniaux en faveur de la seconde épouse, en vertu de la loi sur la base duquel il a été contracté, si la première épouse était, au moment de la célébration de la seconde union, ressortissante d'un État dont le droit national admettait la polygamie ; il ne le pourrait pas, par contre, si elle était, à la même époque, ressortissante d'un État dont le droit national la condamnait (47).

(46) Avant d'être adoptée par le législateur, la conception atténuée de l'exception d'ordre public a pour la première fois été adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 avril 1981, dans l'affaire *Josi* (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, qui refuse de censurer un arrêt de la Cour d'appel de Liège qui avait admis une veuve à titre posthume de droit français au bénéfice, en cette qualité et non à titre de simple fiancée, d'une créance de réparation à l'encontre du responsable de l'accident dont son époux avait été la victime. La Cour estime qu'il faut en chaque espèce avoir égard concrètement aux effets postulés de la loi étrangère compétente, et que ces effets, de nature financière, ne sont en l'occurrence pas d'une telle gravité qu'ils justifient le déclenchement de l'exception).

(47) Voy. pour la première fois Cass., 3 décembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 37 ; *R.T.D.F.*, 2008, p. 818, note C. HENRICOT ; *R.G.D.C.*, 2008, p. 524, note J.-Y. CARLIER, d'après lequel « [l']ordre public international belge s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage valablement contracté à l'étranger lorsque l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie », puis Cass., 14 février 2011, *R.T.D.F.*, 2011, p. 628, qui juge par contre que « [l']ordre public international belge ne s'oppose pas, en règle, à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage valablement contracté à l'étranger conformément à leur loi nationale par des conjoints dont l'un était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous célébré à l'étranger dans les mêmes circonstances avec une personne dont la loi nationale admet la

Le moyen de la fraude à la loi, fondé sur l'article 18 du Code de droit international privé, est un second écueil pouvant faire obstacle à la reconnaissance d'un mariage formellement valable au regard des lois qui lui sont applicables. L'on pourrait songer qu'il y a là un argument tout fait pour lutter contre les mariages contractés au mépris des lois relatives à l'immigration. Il faut rappeler cependant que la fraude à la loi réprimée à l'article 18 du Code de droit international privé implique un déplacement du facteur de rattachement ou plus généralement, dit Patrick Wautelet, « une manipulation d'un des éléments du raisonnement conflictuel » (48), dans l'unique but, pour les époux, de se voir appliquer une loi différente de celle à laquelle auraient porté les règles de conflit et ce, dans une matière où les parties ne disposent pas librement de leurs droits. La seule circonstance qu'un mariage a été célébré à l'étranger – le cas échéant même après qu'y ait été opposé un refus de célébration en Belgique – ne permet pas de réunir la fraude à la loi, si ce rattachement n'apparaît pas artificiel (parce que l'un au moins des futurs époux est originaire de ce pays) et que la loi qui a été appliquée au mariage (la loi étrangère, donc) contient, en termes de consentement requis des futurs époux et de qualité de celui-ci, des exigences substantiellement identiques à celles de la loi belge. Il est rare que le juge refuse de prononcer la nullité d'un mariage comportant un effet en termes de séjour, s'il n'est pas prouvé que la recherche de cet avantage a été son mobile unique (49).

§ 6. Conseils de pratique notariale

Les paragraphes qui précèdent pourraient étonner, et même, inquiéter les notaires confrontés, à titre d'exemple, aux prétentions d'un conjoint survivant se prévalant d'un mariage étranger qui n'a pas (encore) été

polygamie » (*adde*, dans le même sens, Cass., 18 mars 2013, *R.T.D.F.*, 2013, p. 923, et 15 décembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015, p. 438). En doctrine, voy. not. C. HENRICOT, « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux », *R.T.D.F.*, 2008, p. 838 ; J.-Y. CARLIER, « Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation », *R.G.D.C.*, 2008, p. 530 ; S. FRANCQ ET J. MARY, « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *R.T.D.F.*, 2013, p. 861 ; J. MARY, « Mariage polygamique : les juges du fond se « rebellent » », obs. sous C.T. Bruxelles, 8 janvier 2014, *R.T.D.F.*, 2014, p. 350. (48) « Les donations : questions choisies de droit international privé », *Chron. not. Liège*, vol. 45, 2007, p. 548.

(49) Voy. la jurisprudence citée à la note 38. Le seul cas d'invalidation recensé en jurisprudence récente concerne un mariage contracté par procuration au Maroc, entre deux ressortissants marocains dont l'un était en séjour irrégulier en Belgique (Civ. Bruxelles, 10 février 2009, *R.T.D.F.*, 2009, p. 695, qui précise qu'il résulte des éléments de la cause que les parties ont choisi le Maroc comme lieu de célébration du mariage, pour éviter le contrôle de l'officier de l'état civil en Belgique et le risque éventuel pour l'appelant de se voir refuser la délivrance d'un visa de regroupement familial).

transcrit en Belgique, et n'y a (encore) fait l'objet d'aucune mention dans les registres de la population. D'aucuns pourraient légitimement se poser la question de savoir si le notaire n'usurpe pas la place du juge, lorsqu'il décide de (ne pas) reconnaître les effets d'une union qui lui est déclarée. La responsabilité encourue est lourde, et il pourrait être fait grief au notaire de prendre un parti qui n'emporterait pas l'accord unanime de tous les protagonistes. Le Code de droit international privé nous semble à cet égard ouvrir une porte de sortie, qui permettra au notaire d'éviter de prendre des responsabilités qui ne lui incombent pas, et de se couvrir de l'autorité du juge.

Le notaire pourrait faire usage de la possibilité ouverte par l'article 22, § 2, du Code de droit international privé, qui règle ce qu'il est convenu d'appeler le jugement préventif ou préalable, ou encore déclaratif, de reconnaissance. Plutôt que de prendre le risque de la (non) reconnaissance diffuse ou décentralisée, soumise à toute autorité requise et pouvant appeler de leur part des appréciations différentes, le notaire pourrait inviter la partie qui se prévaut d'un état acquis à l'étranger, n'ayant fait encore l'objet d'aucune publicité en Belgique (ni par le biais des registres de l'état civil, ni par celui du registre national), et qui serait contesté par l'une ou l'autre des parties intéressées, à s'adresser au juge et à obtenir de lui le jugement déclaratif de reconnaissance visé à cette disposition. L'action est introduite par requête, devant le juge du domicile ou de la résidence habituelle du requérant ou, à défaut de domicile ou de résidence en Belgique, devant celui de l'arrondissement de Bruxelles (50). Elle débouche sur une décision qui, comme tout jugement rendu en matière d'état, déploiera une autorité de chose jugée *erga omnes*, de sorte que tant les parties que le notaire sauront sans contestation possible quel est l'état du droit (51).

(50) Art. 23, § 2, al. 2, C. DIP ; *supra*, note 36.

(51) Application combinée de l'article 22, § 2, du Code de droit international privé, et du principe général de droit judiciaire, illustré notamment par l'article 331*decies*, § 1, C. civ., selon lequel les jugements constitutifs ou modificatifs de l'état des personnes revêtent l'autorité absolue de chose jugée (J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et F. BALOT, « L'autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », in G. DE LEVAL et F. GEORGES (dir.), *L'effet de la décision de justice. Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, CUP, vol. 102, Liège, Anthemis, 2008, p. 189, n° 59).

Section II. Deux épouses homosexuelles établies en Suisse peuvent-elles divorcer par consentement mutuel en Belgique ?

§ 1. Présentation de la difficulté

À la vue du monde qui nous entoure, il ne fait plus aucun doute que les relations affectives ne s'embarrassent plus des frontières géographiques. Non seulement ces frontières sont volontiers dépassées, mais les couples internationaux peuvent même en tirer profit pour donner à leurs relations le cadre juridique qu'ils souhaitent. Mais qu'advient-il lorsqu'il est mis fin à ces relations affectives ? Le fait d'avoir noué une relation à l'étranger ou avec un étranger a-t-il une incidence à l'heure de la séparation ?

Nous proposons d'aborder ces questions à la lumière d'un exemple concret : deux dames – l'une suisse, l'autre belge – se marient en Belgique en 2009⁽⁵²⁾ et s'installent immédiatement en Suisse, où elles établissent leur première résidence habituelle commune. Sur place, leur union est reconnue, mais uniquement en tant que partenariat enregistré⁽⁵³⁾, partenariat qu'elles contractent d'ailleurs en sus de leur mariage. Quelques années plus tard, ces dames désirent toutes deux se séparer. Outre la dissolution de leur partenariat suisse, il y a lieu de mettre fin au lien qui les unit en raison de leur mariage belge. Elles contactent pour ce faire un notaire belge en vue de lui faire rédiger leurs conventions préalables à divorce par consentement mutuel.

Si la situation peut sembler simple d'apparence, elle revêt pourtant une réelle complexité dès lors qu'elle est internationale et a trait au mariage entre deux personnes de même sexe, institution qui, même au sein du continent européen, est loin d'être unanimement admise. Ainsi, le juge suisse, en principe internationalement compétent, ne peut prononcer le divorce puisqu'il ne reconnaît pas le mariage en tant que tel⁽⁵⁴⁾.

Les quelques pages qui suivent sont donc l'occasion tout à la fois de tenter de dégager une solution conforme aux règles du droit international privé qui permette la dissolution du mariage par le juge belge, et de mettre en lumière les différentes incertitudes qui animent aujourd'hui la matière lorsqu'il est question du mariage d'un couple de même sexe.

(52) Le mariage entre personnes de même sexe a été introduit en droit belge par la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du code civil, *Mon.*, 28 février 2003, p. 14334.

(53) Loi fédérale suisse sur le droit international privé, art 45.3, disponible sur www.admin.ch (28 mars 2016).

(54) Voy. C. ROUSSEAU, « La dissolution du mariage d'un couple de même sexe en droit international privé : examen à lumière d'un cas pratique », *Rev. not. b.*, 2016, pp. 664-665.

§ 2. Compétence internationale (55)

A. Le règlement Bruxelles IIbis (56)

1°) Champ d'application

Brièvement, on peut rappeler que *ratione loci*, le règlement est applicable à tous les États membres de l'Union européenne, à l'exclusion du Danemark (57)/(58) et que *ratione temporis*, il est applicable aux procédures introduites à compter du 1^{er} mars 2005 (59).

Ratione materiae, l'article 1^{er}, a) du règlement Bruxelles IIbis dispose que celui-ci est applicable « au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux », ou, autrement dit, à « la dissolution du lien matrimonial » (60). Pour le cas qui nous occupe, il est regrettable que l'article 2, portant les définitions, ne précise nullement l'acception qu'il y a lieu de retenir du « lien matrimonial ». En effet, une question épineuse est de savoir si celui-ci, au sens du règlement, recouvre les unions de couples de même sexe ou non.

Concernant les unions prenant la forme d'un partenariat enregistré, on s'accorde en général pour les exclure du champ d'application de Bruxelles IIbis eu égard aux termes utilisés par le règlement (« mariage », « époux », *etc.*) (61). Cette exclusion semble d'autant plus justifiée qu'une proposition de règlement fait expressément référence aux partenariats enregistrés (62).

(55) Nous envisagerons ici les règles qui président à la compétence internationale du juge belge. Quant au notaire chargé de recevoir les conventions préalables à divorce par consentement mutuel des parties, il nous semble que sa compétence soit intimement liée à celle du juge. En ce sens, voy. C. DE WULF, *Notarieel familierecht en familiaal vermogensrecht : het opstellen van notariële akten* (met medewerking van J. Bael en S. Devos), Mechelen, Kluwer, 2011, p. 103, n° 148 ; J.-L. VAN BOXSTAEL, « Code DIP – Premiers commentaires », *Rép. not.*, t. XVIII, Le droit international privé, liv. 0, 2010, p. 129, n° 68.

(56) Règl. (CE) n° 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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *J.O.U.E.*, L 338, du 23 décembre 2003, p. 1.

(57) Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 2, 3).

(58) C'est en ce sens qu'il y a lieu d'interpréter les références à la notion d'« État membre », au sein de la présente section.

(59) Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 72.

(60) Règl. (CE) n° 2201/2003, considérant 8.

(61) P. HAMMJE, « Règlement Bruxelles IIbis. Article 2 », in S. CORNELOUP (dir.), *Le droit européen du divorce*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 227, n° 33 ; M. NI SHUILLEABHAIN, *Cross-border divorce law : Brussels IIbis*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 118, n° 3.52. Déjà au sujet du règlement Bruxelles II, voy. J.-Y. CARLIER, S. FRANCO et J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le règlement Bruxelles II – Compétence, reconnaissance et exécution en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale », *J.T.D.E.*, 2001, p. 75.

(62) Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, C.O.M. (2011) 127 final.

En ce qui concerne les mariages au sens strict de couples de même sexe, les points de vue sont plus nuancés. Comme le concède P. Wautelet, « La plupart des commentateurs se contentent d'évoquer la question pour avouer qu'elle ne peut être tranchée de façon définitive » (63).

L'incertitude semble liée aux diverses méthodes d'interprétation susceptibles d'être retenues par la Cour de justice de l'Union européenne : elle pourrait opter pour une interprétation autonome de la notion, renvoyer aux règles nationales de droit international privé des États membres ou même aux droits internes de ceux-ci (64).

Premièrement, si la Cour de justice devait se prononcer sur une définition autonome du mariage, nul ne sait aujourd'hui si cette dernière serait inclusive ou non des couples de même sexe (65). Selon M. Ni Shuilleabhain tout dépendra du moment où la Cour sera saisie de la question (66). La clé est vraisemblablement de s'intéresser aux droits internes des différents États membres de manière à déceler « la définition [du mariage] communément admise » (67) par ceux-ci. En 2006, par exemple, W. Pintens rappelait que le mariage entre personnes de même sexe n'avait pas été envisagé à l'origine par le législateur européen et excluait une possible interprétation téléologique du règlement à défaut pour ce type de mariages d'être reconnus par un large nombre d'États membres (68). En effet, à l'époque, seuls trois États membres autorisaient le mariage homosexuel (69). En 2013, avec six États membres (70) ayant légalisé ce type de mariage, il était toujours rapporté que ces mariages semblaient être exclus du champ d'application du règlement (71).

À l'heure actuelle, 10 États (72) sur les 27 participants au règlement admettent le mariage entre personnes de même sexe et seule la Cour

(63) P. WAUTELET, « En guise d'introduction : sources et concepts de base », in *Relations familiales internationales : l'actualité vue par la pratique*, Liège, Anthémis, 2010, p. 19.

(64) A. DEVERS, « La matière matrimoniale en quête de cohérence (du règlement Bruxelles IIbis au règlement Rome III) », *R.A.E.*, 2014, p. 323.

(65) J.-Y. CARLIER, S. FRANCQ et J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, p. 75 ; E. FONGARO, « La dissolution du "mariage homosexuel" », in *Famille et Patrimoine*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2010, p. 339 ; M. NI SHUILLEABHAIN, *op. cit.*, pp. 114-116, n° 3.48 ; P. WAUTELET, « En guise d'introduction : sources et concepts de base », *op. cit.*, p. 19.

(66) M. NI SHUILLEABHAIN, *op. cit.*, pp. 114-116, n° 3.48.

(67) C.J.C.E., 31 mai 2001 (D. c. Royaume de Suède), *op. cit.*, n° 34.

(68) W. PINTENS, « Marriage and Partnership in the Brussels IIa Regulation », in *Liber memorialis Petar Sarcevic : Universalism, Tradition And the Individual*, Munich, Sellier, 2006, pp. 336-337 (traduction libre).

(69) Les Pays-Bas (2001), la Belgique (2003) et l'Espagne (2005).

(70) Les États déjà cités furent rejoint par la Suède (2009), le Portugal (2010) et le Danemark (2012).

(71) P. HAMMJE, « Règlement Bruxelles IIbis. Article 2 », *op. cit.*, p. 228, n° 36.

(72) Entre 2013 et aujourd'hui, la France (2013), le Luxembourg (2015), l'Irlande (2015) et la Finlande (2016) ont légalisé le mariage entre personnes de même sexe. La loi finnoise n'entrera en vigueur que le 1^{er} mars 2017 mais a déjà été adoptée.

de justice elle-même est en mesure d'apprécier si cela suffit à faire la différence.

Il serait deuxièmement possible que la Cour renonce à imposer une interprétation autonome du mariage eu égard aux disparités législatives que nous venons d'énoncer. Quoique nuisant à une application uniforme du règlement (73), cette solution permettrait de préserver la libre appréciation des États sur un sujet aussi sensible. La crainte est en effet que par un « phénomène d'acclimatation », le règlement déteigne sur le droit matériel des États membres (74). Une voie moyenne consisterait donc à renvoyer au droit international privé de chaque État membre qui, dans certains contextes, peut reconnaître des effets à certaines institutions pourtant interdites en droit interne (75). C'est l'option législative qui a été retenue dans le cadre du règlement Rome III pour apprécier la validité du mariage (76) et de nombreux auteurs y voient une timide voie d'entrée pour les mariages entre personnes de même sexe au sein du règlement Rome III (77). Bien que ce dernier n'ait aucune autorité sur l'interprétation du règlement Bruxelles IIbis (78), la volonté affichée de voir leurs champs d'application alignés (79) pourrait constituer un argument en faveur du renvoi au droit international privé des États membres.

Enfin, troisièmement – et toujours en vue de protéger les particularismes nationaux –, la Cour pourrait renvoyer aux droits matériels des États membres. Une certaine lecture du règlement Rome III peut donner à penser que le législateur européen y a également eu recours à cette technique (80). Un tel renvoi, s'il doit s'apparenter à autre chose que la simple application de l'exception d'ordre public (81), ne paraît pas opportun, car il entraînerait nécessairement une différence de traitement

(73) M. NI SHUILLEABHAIN, *op. cit.*, p. 116, n° 3.48.

(74) H. FULCHIRON, « La construction d'un droit "européen" de la famille : entre coordination, harmonisation et uniformisation », *R.A.E.*, 2014, p. 316. Comp. avec : M. NI SHUILLEABHAIN, *op. cit.*, pp. 110, n° 3.42.

(75) P. HAMMJE, « Règlement Bruxelles IIbis. Article 2 », *op. cit.*, p. 229, n° 37.

(76) Règl. (UE) n° 1259/2010, considérant 10, al. 3.

(77) P. HAMMJE, « Règlement Bruxelles IIbis. Article 2 », *op. cit.*, p. 229, n° 38 ; C. HENRICOT, « Divorce de personnes de même sexe : compétence internationale et droit applicable », *op. cit.*, p. 702 ; P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », note sous Civ. Bruxelles, 19 juin 2013, *Revue de droit international privé*, 2013, liv. 4, p. 76. Voy. aussi *infra*, § 3.

(78) Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 2.

(79) Règl. (UE) n° 1259/2010, considérant 10.

(80) Voy. *infra*, § 3.

(81) C'est, selon nous, de cette manière qu'il y a lieu d'interpréter l'article 13 du règlement Rome III, cette option étant plus cohérente que le renvoi au sein d'un même règlement à deux sources distinctes pour apprécier la validité du mariage.

selon qu'une situation présentant un élément d'extranéité relève d'un instrument européen ou du droit international privé national (82).

Il nous reste à conclure, pour le cas que nous avons pris pour exemple, que si l'une des deux dernières hypothèses devait être retenue par la Cour de justice de l'Union européenne, le juge belge ne pourrait qu'appliquer le règlement Bruxelles *Iibis* à la procédure en divorce dont il est question (83). En effet, le mariage de couples de même sexe relèverait du champ d'application de ce dernier, soit en vertu de l'article 46 du Code de droit international privé, soit en vertu de la loi du 13 février 2003. À l'inverse, pour que le droit international privé belge soit appliqué et le règlement écarté (84), il y aurait lieu de convaincre le juge – à l'aide des références adéquates (85) – qu'à défaut pour la Cour de justice de s'être prononcée sur le sujet, une interprétation stricte de la notion de mariage, telle qu'elle a été vraisemblablement envisagée lors de l'adoption du règlement, doit être retenue.

2°) Critères de rattachement

C'est l'article 3 du règlement Bruxelles *Iibis* et ses nombreux chefs de compétence de nature alternative qui nous intéressent pour le cas exposé (86).

À sa lecture, force est pourtant de constater que cette disposition ne permet pas de fonder la compétence des juridictions d'un quelconque État membre. Les critères de rattachement retenus sont, en effet, soit la résidence habituelle – située en Suisse pour chacune des parties –, soit la nationalité, à condition que celle-ci soit commune aux conjoints, ce qui n'est pas le cas.

L'application du règlement mène donc les parties à une impasse. D'une part, il faut rappeler que le juge suisse ne peut prononcer le divorce d'un mariage qu'il ne peut reconnaître (87). D'autre part, comme nous venons de le constater, ni le juge belge, ni aucun autre juge européen ne serait compétent sur pied du règlement Bruxelles *Iibis*. Il reste à examiner si le juge belge peut avoir égard à ses propres règles de compétence interna-

(82) A. DEVERS, *op. cit.*, p. 323.

(83) H. ENGLERT, « Actualités de droit international privé en matière de divorce et répudiation (Bruxelles *Iibis*, Rome III et Code de DIP) », in *Actualité en droit international privé* (sous la coord. de A. NUYTS), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 62.

(84) Ce qui, comme nous le verrons, se révélerait plus favorable au dénouement du lien conjugal.

(85) P. HAMMJE, « Règlement Bruxelles *Iibis*. Article 2 », *op. cit.*, p. 228, n° 36 ; W. PINTENS, *op. cit.*, p. 337.

(86) L'article 4, relatif aux demandes reconventionnelles et l'article 5, traitant de la conversion de la séparation de corps en divorce, ne sont quant à eux pas pertinents ici.

(87) Loi fédérale suisse sur le droit international privé (précitée), art. 45.3 et 61. Voy. C. ROUSSEAU, *op. cit.*, pp. 664-665.

tionale pour se déclarer compétent, ou si l'application du règlement est, en l'espèce, « exclusive ».

3°) Application exclusive du règlement

Les articles 6 et 7 du règlement Bruxelles IIbis, qui figurent pourtant sous le chapitre consacré aux règles de compétence, ont une incidence sur le champ d'application *ratione personae* du règlement. Ils commandent une application exclusive de ce dernier en présence d'un défendeur « intégré dans l'Union européenne » (88), c'est-à-dire une personne ayant sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre partie au règlement ou ayant la nationalité d'un tel État.

Dans l'arrêt *Sundelind Lopez* (89), la Cour de justice a eu l'occasion de préciser les conditions et conséquences d'une application exclusive du règlement. Ainsi, si le défendeur est un défendeur intégré, il ne pourra être attiré que sur base du règlement Bruxelles IIbis, à l'exclusion des règles nationales de droit international privé du juge saisi (90). À l'inverse, en présence d'un défendeur non intégré et seulement si aucun des critères des articles 3 à 5 du règlement ne donne compétence aux juridictions d'un État membre, le juge saisi pourra avoir égard à ses règles internes de conflit de juridictions pour se déclarer compétent (91).

La procédure qui nous occupe présente la particularité d'être introduite conjointement par les épouses et, dans cette hypothèse, il n'est pas aisé de déterminer le sens à donner au terme « défendeur » (92).

Une première lecture du règlement consiste à considérer que, dès lors qu'un des conjoints présente les caractéristiques d'un défendeur intégré, le règlement est d'application exclusive (93), comme si la procédure mettait en cause deux « défendeurs ». En l'espèce, une des épouses est belge, ce qui exclurait le recours aux règles nationales de compétence en vertu de l'article 6 du règlement. Pourtant, la référence dans l'article 6 aux juridictions d'un *autre* État membre a laissé certains auteurs penser que le défendeur intégré ne serait pas visé par la disposition s'il est

(88) E. GALLANT, note sous C.J.C.E., 29 novembre 2007 (*Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo*), *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2008, p. 350.

(89) C.J.U.E., 29 novembre 2007, aff. C-68/07, *Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo*, *Rec.*, 2007, I, p. 10.405.

(90) *Ibid.*, n° 22.

(91) *Ibid.*, n° 18 ; A. BORRAS, « 'Exclusive' and 'Residual' Grounds of Jurisdiction on Divorce in the Brussels IIbis Regulation », *IPRax*, 2008, p. 234.

(92) M. FALLON, « Règlement Bruxelles IIbis. Article 6 », in S. CORNELOUP (dir.), *Le droit européen du divorce*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 262, n° 3 ; C. HENRICOT, « Divorce de personnes de même sexe : compétence internationale et droit applicable », *op. cit.*, p. 699 ; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 558, n° 12.80.

(93) Voy. les considérations émises par J.-L. VAN BOXSTAEL dans : « Code DIP – Premiers commentaires », *Rép. not.*, t. XVIII, Le droit international privé, liv. 0, 2010, p. 129, n° 68.

attirait devant les juridictions de l'État avec lequel il présente un rattachement (94). En retenant cette interprétation, du point de vue du juge belge, aucune des deux épouses ne serait visée par l'article 6 du règlement. Il pourrait alors, à défaut de compétence sur pied du règlement Bruxelles *Ibis* dans son propre chef ou dans le chef de tout autre État membre, appliquer le Code de droit international privé belge (95).

Nous sommes plus favorables à une autre lecture du règlement qui permet de considérer que, dans une telle procédure, le défendeur est « inexistant » (96) et que sont à la cause deux « demandeurs ». En effet, personne n'étant « attiré » (97) devant les juridictions d'un État membre, le règlement ne ferait jamais l'objet d'une application exclusive en cas de procédure conjointe. Cette interprétation est selon nous conforme à la *ratio legis* de l'article 6 du règlement, qui vise à protéger les défendeurs présentant un lien avec l'Union européenne contre les chefs de compétence exorbitants en vigueur dans le droit interne de certains États membres (98). Une telle protection est, en effet, « sans objet » (99) dans l'hypothèse d'une demande conjointe.

Si le juge ne se laissait pas convaincre par les arguments développés ci-dessus, une solution alternative serait d'introduire une procédure en divorce pour désunion irrémédiable (100) à l'initiative de l'épouse belge, afin de permettre l'application du droit international privé belge à titre résiduaire.

4°) Lacunes et réforme

L'impasse à laquelle les parties seraient confrontées si l'application exclusive de Bruxelles *Ibis* devait être retenue s'apparente, selon nous, à un déni de justice. Certains auteurs avaient réfuté ce constat « puisque, quelque part dans le monde, une juridiction ayant un lien de proximité plus étroit avec la situation sera compétente » (101). Cette observation, justifiée en tout point en tant qu'elle a trait à un peu probable conflit

(94) J.-Y. CARLIER, S. FRANCO et J.-L. VAN BOXSTAELE, *op. cit.*, p. 83, n° 42 ; E. GALLANT, *op. cit.*, p. 351, n° 8. Comp. avec M. FALLON, « Règlement Bruxelles *Ibis*. Article 6 », *op. cit.*, p. 270, n° 11.

(95) Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 7.1.

(96) C. HENRICOT, « Divorce de personnes de même sexe : compétence internationale et droit applicable », *op. cit.*, p. 699.

(97) Règl. (CE) n° 2201/2003, art. 6.

(98) M. FALLON, « Règlement Bruxelles *Ibis*. Article 6 », *op. cit.*, p. 261, n° 1 ; M. NI SHUILLEABHAIN, *op. cit.*, pp. 161, n° 4.39.

(99) M. FALLON, « Règlement Bruxelles *Ibis*. Article 6 », *op. cit.*, p. 262, n° 3.

(100) C. civ., art. 229 ; C. jud., art. 1254 et s.

(101) J.-Y. CARLIER, S. FRANCO et J.-L. VAN BOXSTAELE, *op. cit.*, p. 78, n° 16. E. GALLANT relève à cet égard le paradoxe de Bruxelles *Ibis*, qui, par son application exclusive, laissera plus souvent aux États tiers le soin de juger les défendeurs qu'il entend pourtant protéger que les autres. Voy. E. GALLANT, *op. cit.*, p. 350, n° 7.

négalif de juridiction, atteint par contre ses limites une fois confrontée à la diversité des systèmes juridiques nationaux. C'est ainsi que M. Ni Shuilleabhain nuance le propos : l'auteur considère, pour le même motif, que le « vide juridictionnel » sur lequel peut déboucher l'application exclusive de Bruxelles *Ibis* n'est pas problématique en soi, hormis dans l'hypothèse de couples de même sexe mariés ou partenaires, et ce, en raison du vide juridique les concernant dans de nombreux États(102).

La perspective d'une révision de Bruxelles *Ibis* pourrait donc se révéler salvatrice(103). Ainsi, l'intégration dans le règlement de deux figures bien connues du droit international privé pourrait suffire à assurer un plus large accès au juge pour les couples de même sexe. Ces deux institutions sont, d'une part, la clause d'élection de for(104) et, d'autre part, le for de nécessité(105). Elles avaient toutes deux été envisagées lors d'une précédente réforme de Bruxelles *Ibis* qui n'a malheureusement pas abouti(106).

D'une part, la clause d'élection de for permettrait aux époux, de commun accord, de décider de soumettre leur litige à un juge de leur choix. La possibilité de convenir d'une clause attributive de juridictions avait été envisagée lors de la réforme de 2006 et, aux termes de la proposition avortée(107), un article 3*bis* aurait permis aux parties de désigner, outre les juridictions d'un État membre compétent sur pied de l'article 3, celles du lieu où ils auraient eu leur dernière résidence habituelle commune pendant une durée minimale de trois ans ou celles de l'État membre dont l'un ou l'autre d'entre eux a la nationalité(108). Outre qu'elle permettrait dans des cas similaires à celui qui nous occupe d'éviter un déni de justice, une telle disposition assurerait une certaine prévisibilité aux époux présentant des liens avec plusieurs États membres pour le cas où ils divorceraient(109). Serait-il judicieux d'également admettre le choix des juridictions de l'État où a été célébré le mariage ? Bien que le doute soit permis, car le lien qui unit les époux à l'État choisi peut alors se révéler hautement artificiel, une telle solution permettrait toutefois

(102) M. NI SHUILLEABHAIN, *op. cit.*, p. 160, n° 4.38.

(103) M. FALLON, « Règlement Bruxelles *Ibis*. Article 6 », *op. cit.*, p. 262, n° 3 ; M. FALLON, « Règlement Bruxelles *Ibis*. Article 7 », in S. CORNELOUP (dir.), *Le droit européen du divorce*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 281, n° 8.

(104) À son sujet, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 777, n° 14.16.

(105) Voy. *ibid.*, p. 377, n° 9.15.

(106) Proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, C.O.M. (2006) 399 final.

(107) Proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, *op. cit.*, p. 14.

(108) Ou y a son « domicile » dans le cas de l'Irlande et du Royaume-Uni.

(109) M. NI SHUILLEABHAIN, *op. cit.*, p. 139, n° 4.11.

d'assurer que l'ordre juridique dans lequel s'est constituée une relation juridique soit à même de la dissoudre (110).

D'autre part, le for de nécessité pourrait être d'un certain secours en ce qu'il permet en principe « d'autoriser un tribunal normalement incompétent à se nantir d'un litige pour éviter un déni de justice » (111). Une règle de compétence subsidiaire, envisagée lors de la réforme de 2006, avait pu être assimilée à une forme de for de nécessité (112). Cette disposition prévoyait ainsi que « [l]orsque les conjoints n'ont ni l'un ni l'autre leur résidence habituelle sur le territoire d'un État membre et qu'ils ne sont pas ressortissants d'un même État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'ont pas leur « domicile » sur le territoire de l'un de ces deux États membres, les juridictions d'un État membre sont compétentes en vertu du fait que : (a) les conjoints ont eu leur précédente résidence habituelle commune sur le territoire dudit État membre pendant trois années au moins, ou ; (b) l'un des conjoints a la nationalité dudit État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, a son « domicile » sur le territoire d'un de ces deux États membres ». Bien qu'une telle disposition ne présente pas le caractère flexible et surtout exceptionnel propre au for de nécessité (113) et que les nouveaux chefs de compétence auraient pu être perçus comme abusifs du point de vue des États tiers (114), il n'en reste pas moins qu'un tel article aurait apporté des solutions, inexistantes à l'heure actuelle si ce n'est par certaines interprétations créatives. Par exemple, à défaut de texte législatif, plusieurs ordres juridiques reconnaissent aujourd'hui le for de nécessité au nom du droit d'accès à la justice consacré par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme (115). Nous pensons que le même principe pourrait être invoqué par le juge belge en vue de se déclarer compétent nonobstant l'application exclusive de Bruxelles IIbis.

Quoiqu'il en soit, le défaut de flexibilité propre à l'application exclusive du règlement Bruxelles IIbis l'expose à certaines applications non conformes. Par exemple, le tribunal de première instance d'Arlon s'est déclaré compétent sur pied de l'article 11 du Code de droit international privé belge pour connaître du divorce d'une Belge et d'une Française résidant en France, alors même que dans cette hypothèse le

(110) M. NI SHUILLEABHAIN, *op. cit.*, p. 79, n° 2.65.

(111) V. RÉTORNAZ et B. VOLDERS, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2008, p. 226.

(112) P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *op. cit.*, p. 79.

(113) Voy. *infra*, § 2, B., 3.

(114) E. GALLANT, *op. cit.*, p. 355, n° 21.

(115) V. RÉTORNAZ et B. VOLDERS, *op. cit.*, p. 229. Voy. en France : Cass. civ. (1^{ère}), 1^{er} février 2005, *Gaz. Pal.*, 28 mai 2005, p. 37, note F.-X. TRAIN, « Déni de justice et arbitrage international ».

règlement était applicable exclusivement (116). Autre illustration, aux Pays-Bas et au sujet d'un couple hétérosexuel cette fois, la Cour d'appel de 's Gravenhage s'est déclarée compétente en dépit du règlement pour prononcer le divorce par consentement mutuel d'un couple malto-néerlandais résidant à Malte, au motif que le divorce n'aurait pu être prononcé par le juge maltais (117).

B. *Le Code de droit international privé* (118)

1°) Champ d'application

Brièvement, on peut rappeler que *ratione loci*, le Code de droit international privé n'est applicable qu'aux autorités belges, ainsi qu'il en va de tous les actes émanant du législateur national.

Ratione temporis, le Code est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004 (119). Il est applicable aux demandes introduites et aux actes dressés à compter de cette date (120), sauf disposition transitoire contraire (121). Par exemple, l'article 46, al. 2, du Code, relatif à la loi applicable à la formation du mariage (122) fait l'objet d'une application rétroactive aux mariages conclus depuis le 1^{er} juin 2003 (123), date d'entrée en vigueur de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe en Belgique (124).

Enfin, *ratione materiae*, le Code traite des relations matrimoniales, en ce compris du divorce, en son chapitre III. Contrairement au règlement Bruxelles IIbis, le Code de droit international privé ne laisse aucun doute quant à son applicabilité aux mariages de personnes de même sexe, auxquels il est fait expressément référence aux articles 46, al. 2 et 126, § 2.

(116) Civ. Arlon, 20 novembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 696, note C. HENRICOT, « Divorce de personnes de même sexe : compétence internationale et droit applicable ».

(117) Hof 's Gravenhage, 21 décembre 2005, *N.J.F.*, 2006, p. 154, rapporté par V. RÉTORNAZ et B. VOLDERS, *op. cit.*, p. 246.

(118) L. du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *Mon.*, 27 juillet 2004, p. 57344, abrégée « C. DIP ».

(119) C. DIP, art. 140.

(120) C. DIP, art. 126.

(121) C. DIP, art. 126 et 127.

(122) Cette disposition, déjà rencontrée *supra*, p. 151, prévoit que « l'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage ».

(123) C. DIP, art. 127, § 3.

(124) L. du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du code civil, *Mon.*, 28 février 2003, p. 14334, art. 23.

2°) Critères de rattachement

Comme nous l'avons souligné, la matière des relations matrimoniales est traitée au chapitre III du Code de droit international privé. En son sein, c'est l'article 42 qui régit la compétence des juridictions belges. Adopté peu de temps après le règlement Bruxelles *Ibis*, le Code retient des chefs de compétence analogues (125). Il n'est ainsi pas étonnant de constater qu'ici aussi, le juge belge se trouve en difficulté pour connaître du divorce par consentement mutuel qui retient notre attention (126).

Pour autant, le droit belge ne laisse pas le juge démuni, puisqu'il reconnaît le for de nécessité.

3°) For de nécessité

L'article 11 du Code de droit international privé consacre en droit belge le for de nécessité de la manière suivante : « [n]onobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger » (127).

Les travaux préparatoires précisent qu'il s'agit d'un mécanisme à la fois « subsidiaire et exceptionnel » (128) : subsidiaire, car il suppose que les juridictions belges ne soient compétentes sur la base d'aucune autre disposition (129), et exceptionnel, car il répond à deux conditions strictes : la nécessité et la proximité.

La condition de nécessité découle de ce que l'article 11 du Code requiert « qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne [puisse] raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger ». Les travaux préparatoires citent, à titre d'exemple, d'une part, le cas où une action qui, si elle était introduite dans un État tiers, ne fournirait pas les garanties d'un procès équitable, et d'autre part, celui où il serait

(125) Ils sont identiques sous les réserves suivantes : d'une part, le Code n'exige pas que l'un des époux réside actuellement dans l'ex-résidence habituelle commune et, d'autre part, il ne distingue pas selon que le demandeur soit un national ou non en ce qui concerne la durée pendant laquelle ce dernier doit avoir résidé en Belgique. Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 561, n° 12.85.

(126) Dès l'adoption du Code, la doctrine avait aperçu les risques inhérents à ces chefs de compétence limités en ce qui concerne les couples de même sexe mariés en Belgique. Voy. L. BARNISH, « Présentation du nouveau Code belge de droit international privé », *Rev. not. b.*, 2005, p. 42.

(127) On ne manquera pas de noter, eu égard au cas qui nous occupe, que cette disposition est largement inspirée de l'article 3 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé. Voy. Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 2003, n° 3-27/1.

(128) Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 2003, n° 3-27/1.

(129) V. RÉTORNAZ et B. VOLDERS, *op. cit.*, p. 230.

économiquement disproportionné d'agir à l'étranger (130). Ces illustrations n'étant en rien exhaustives, il est possible d'envisager d'autres cas d'impossibilité (131). Il en va ainsi de ce que certains auteurs ont qualifié de for de nécessité accidentel à raison de l'incompatibilité des systèmes juridiques (132). Cette notion vise l'hypothèse où « la rencontre de deux ordres juridiques cohérents a pour conséquence que certaines prétentions ne peuvent être soumises à un tribunal d'un État vu qu'elles se fondent sur des règles à ce point différentes qu'elles ne permettent pas l'identification d'un équivalent fonctionnel » (133). C'est dans cette acception que le for de nécessité a été admis à plusieurs reprises lorsque le divorce de couples de même sexe (134), voire même de sexe différent (135), aurait été impossible devant le for normalement compétent. On emploie le conditionnel à dessein, puisque, pour démontrer cette impossibilité, les parties ne sont pas tenues d'essayer un refus devant le juge normalement compétent (136) ; une démonstration « abstraite » déduite de l'interprétation des lois en vigueur dans le for normalement désigné suffit (137).

La condition de proximité procède quant à elle de ce que la cause doit présenter « des liens étroits avec la Belgique ». Cette condition fait l'objet d'une appréciation *in concreto* fondée sur des critères variés. Par exemple, l'existence de liens étroits sera moins volontiers admise lorsque les parties n'ont jamais résidé ensemble sur le territoire belge (138).

(130) Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 2003, n° 3-27/1.

(131) P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *op. cit.*, p. 77.

(132) V. RÉTORNAZ et B. VOLDERS, *op. cit.*, p. 242.

(133) *Ibid.*

(134) Civ. Arlon, 20 novembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 696, note C. HENRICOT, « Divorce de personnes de même sexe : compétence internationale et droit applicable » (pour les faits, voy. *supra*, § 2, A., 4.) ; Civ. Bruxelles, 19 juin 2013, *Revue de droit international privé*, p. 70, note P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? ». Dans cette affaire, le tribunal de première instance de Bruxelles a prononcé le divorce pour désunion irrémédiable d'une Belge résidant en France et d'une Américaine résidant selon toute vraisemblance en Alabama. Après avoir constaté qu'il n'était pas compétent sur pied de Bruxelles IIbis, le juge fait droit à l'application de l'article 11 du Code de droit international privé au motif que la partie demanderesse est de nationalité belge, que les parties ont résidé un temps en Belgique et qu'aucun des États dans lesquels elles résidaient au moment de l'instance ne connaissait le mariage et *a fortiori* le divorce entre personnes de même sexe.

(135) Civ. Bruxelles, 18 mai 2010, *inédit*, rapporté par P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *op. cit.*, pp. 77-78. Pour les faits, voy. *infra*.

(136) A. HEYVAERT, *De internationale rechtsmacht van de gerechten na het W.I.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2005, p. 24, n° 38.

(137) V. RÉTORNAZ et B. VOLDERS, *op. cit.*, p. 233 ; P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *op. cit.*, p. 77.

(138) P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *op. cit.*, p. 77. L'auteur fait référence à un jugement du tribunal de première instance Bruxelles, dans lequel un époux marocain demandait à divorcer de

Cependant, même en l'absence de vie commune en Belgique, il arrive que le juge admette que la nationalité belge de l'une des parties suffise à créer le rapport de proximité requis. Ainsi, il a été jugé que la naissance en Belgique et la nationalité belge du demandeur combinées au fait qu'il avait résidé en Belgique pendant 25 ans, s'y était marié une première fois et y avait divorcé, suffisaient à conclure à l'existence de liens étroits. Le demandeur était pourtant marié à une ressortissante chinoise, épousée à Singapour et n'avait plus résidé en Belgique depuis lors (139). Dans une autre espèce, le juge a admis l'application du for de nécessité en vue de prononcer le divorce par consentement mutuel d'un Belge et d'une Indonésienne mariés en Belgique et résidant depuis toujours en Indonésie. Cet État ne reconnaissant pas leur mariage, il leur était impossible de divorcer (140). Enfin, en matière de divorce de personnes de même sexe, on rappelle l'affaire mentionnée au sujet du règlement Bruxelles IIbis, dans laquelle le tribunal de première instance d'Arlon s'est déclaré compétent pour connaître du divorce d'une Belge et d'une Française ayant toujours résidé en France, et ce, à une époque où cet État ne permettait pas encore ce type de mariage (141).

4°) Autonomie de la volonté

Si le juge ne se laissait pas convaincre par les arguments avancés en faveur du for de nécessité et s'il déclinait donc sa compétence, il y aurait encore lieu d'examiner si, en droit international privé belge, les parties sont en droit de lui soumettre leur divorce en vertu d'une clause d'élection de for.

L'article 6 du Code de droit international privé admet de telles clauses, mais uniquement dans les matières où les parties « disposent librement de leurs droits ». Les travaux préparatoires précisent, en général, que la disponibilité ou non des droits dépend « non seulement de la nature du rapport juridique en cause, mais encore du contenu de règles de

sa femme de même nationalité que lui, qu'il avait précédemment répudiée. Le juge a considéré que des liens suffisants n'étaient pas établis, car bien qu'ayant travaillé et vécu jusqu'en 1975 en Belgique, le mari était ensuite retourné vivre au Maroc et les époux n'avaient jamais vécu ensemble en Belgique. On notera, par ailleurs, que la condition de nécessité n'était, selon le juge, pas remplie non plus, car le lien unissant les parties avait bel et bien été dissout au Maroc. L'action était introduite en vue d'obtenir un barème de pension plus avantageux et présentait donc un caractère essentiellement patrimonial. Voy. Civ. Bruxelles, 2 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 359.

(139) Civ. Bruxelles, 9 décembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 365, note C. HENRICOT, « Le 'for de nécessité' de l'article 11 du Code de DIP : premières illustrations jurisprudentielles en divorce ».

(140) Civ. Bruxelles, 18 mai 2010, *inédit*, rapporté par P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *op. cit.*, pp. 77-78.

(141) Civ. Arlon, 20 novembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 696, note C. HENRICOT, « Divorce de personnes de même sexe : compétence internationale et droit applicable ».

protection » et, en matière familiale plus particulièrement, que c'est au droit belge de se prononcer (142).

La doctrine est, à l'heure actuelle, partagée sur cette question. Un premier courant déduit de la faculté offerte aux époux d'opter pour la loi applicable à leur divorce (143), une reconnaissance de la disponibilité des droits en cause par le Code de droit international privé et, par voie de conséquence, par le droit belge. Ces auteurs admettent à ce titre que le divorce puisse faire l'objet d'une clause d'élection de for (144). Un deuxième courant adopte une approche plus restrictive, et n'admet la validité d'une telle clause qu'en matière de divorce par consentement mutuel (145), domaine dans lequel le Code judiciaire permet aux parties de choisir le tribunal auquel elles désirent soumettre leur divorce (146). Enfin, un dernier courant se dit plus réservé (147), voire en défaveur d'une telle interprétation, au motif que le choix offert aux parties par l'article 55 du Code est fortement limité (148) et ne permet pas de déduire une quelconque disponibilité de ces droits qui ne le sont traditionnellement pas (149).

Quoiqu'il en soit, si elles désirent que le juge belge connaisse de leur divorce, les parties seront de toute façon bien inspirées d'inclure une clause d'élection de for dans leurs conventions préalables à divorce par consentement mutuel. Rappelons cependant une dernière fois que tout ce qui précède n'est valable qu'à la condition que la situation relève bel et bien du droit interne belge, c'est-à-dire que le juge admette l'application non exclusive du règlement Bruxelles IIbis.

(142) Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr., 2003, n° 3-27/1.

(143) C. DIP., art. 55, § 2.

(144) J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2005, p. 29, n° 21 ; V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het echtscheidingsrecht in het Wetboek van Internationaal Privaatrecht », *Not. Fisc. M.*, pp. 48-49, n° 29.

(145) A. HEYVAERT, *op. cit.*, p. 27, n° 42 ; M. PETERGAS et L. SAMYN, « Artikel 6. Uitbreiding van de internationale bevoegdheid door wilskeuze », in *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 34.

(146) C. jud., art. 1288bis, § 1, al. 2.

(147) C. DE WULF, *op. cit.*, pp. 105-106, n° 152 ; P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *op. cit.*, pp. 79-80.

(148) Voy. C. DIP., art. 55, § 2, al. 2 : « Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants : 1° le droit de l'État dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande ; 2° le droit belge ».

(149) P. WAUTELET, « Le Code de droit international privé », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. 41, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 44.

§ 3. Loi applicable : le règlement Rome III (150)

A. Champ d'application

Le règlement Rome III a été le premier acte mettant en œuvre une coopération renforcée entre certains membres de l'Union, désireux d'approfondir malgré l'opposition des autres la construction de l'espace européen de justice (151). Il s'ensuit que, *ratione loci*, ce règlement est directement applicable aux autorités de seize États membres, dont la Belgique (152), qui s'y sont engagés. Toute autorité compétente dans une matière dépendant du champ d'application du règlement – et notamment le notaire (153) – est visée par celui-ci (154), à condition que la situation mette en œuvre un conflit de lois (155).

L'article 4 du règlement le dote par ailleurs d'un champ d'application dit « universel » (156) : il sera applicable peu importe la loi désignée, mais également sans distinction selon que les parties présentent ou non des liens avec l'Union européenne ou le for (157). Il s'ensuit que les articles 55 et 56 du Code de droit international privé relatifs à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps se sont vus éclipsés par le règlement depuis son entrée en vigueur (158).

(150) Règl. (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.U.E.*, L 343, du 29 décembre 2010, p. 10.

(151) Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *J.O.U.E.*, C 326, du 26 octobre 2012, p. 47, art. 326 à 334.

(152) Règl. (UE) n° 1259/2010, considérant 6 ; Déc. (UE) n° 2010/405 du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.U.E.*, du 22 juillet 2010, L 189, p. 12 ; Déc. (UE) n° 2012/714 de la Commission du 21 novembre 2012 confirmant la participation de la Lituanie à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.U.E.*, du 22 novembre 2012, L 323, p. 18 ; Déc. (UE) n° 2014/39 de la Commission du 27 janvier 2014 confirmant la participation de la Grèce à la coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.U.E.*, du 28 janvier 2014, L 23, p. 41.

(153) S. CORNELOUP, « Règlement Rome III. Article premier », in S. CORNELOUP (dir.), *Le droit européen du divorce*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 497, n° 8 ; P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. dr. int. privé*, 2011, p. 299, n° 7.

(154) Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 3.2.

(155) Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 1.1.

(156) « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant ».

(157) P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *op. cit.*, p. 307, n° 15.

(158) M. FALLON, « Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III : une évolution tranquille », *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 291 ; C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *J.T.*, 2012, p. 559, n° 13.

Ratione temporis, le règlement Rome III est entré en vigueur le 30 décembre 2010(159) et est applicable aux procédures introduites à compter du 21 juin 2012(160). Un régime particulier a cependant été retenu pour les clauses de choix de loi, en ce que le règlement s'applique à celles qui ont été convenues à compter du 21 juin 2012, mais il valide également rétroactivement celles conclues antérieurement et conformément à ses dispositions ou à celles du droit du for(161).

Enfin, *ratione materiae*, l'article 1^{er} du règlement dispose qu'il s'applique « dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps ». Il est heureux d'observer qu'avec le règlement Rome III, la délicate question de l'application des instruments européens aux couples mariés de même sexe perd de son acuité. En effet, deux arguments semblent convaincre la majorité des auteurs qu'il faut les admettre au sein du champ d'application du règlement : d'une part, le considérant 30 du préambule rappelle que le règlement « respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier par son article 21, qui interdit toute discrimination fondée notamment sur [...] l'orientation sexuelle »(162) ; d'autre part, outre que « l'existence, la validité ou la reconnaissance du mariage » est exclue du champ d'application du règlement (art. 1^{er}, § 2, *litt.* b), on ajoute souvent que l'article 13 – qui permet aux juridictions des États participants de ne pas prononcer le divorce si leur loi ne considère pas le mariage comme « valable »(163) – a été adopté avec à l'esprit les couples de même sexe(164).

L'articulation des articles 1^{er}, § 2, et 13, fait l'objet d'interprétations divergentes : tandis que certains soulignent le caractère superfétatoire de la seconde disposition(165), la doctrine française, en particulier, y voit une référence au droit interne, là où l'article 1^{er}, § 2, ne renverrait

(159) Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 21.

(160) Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 18.1 et 21.

(161) Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 18.1 et 18.2 ; C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *J.T.*, 2012, p. 560, n° 14. Comp. à propos de l'article 18.2, M. FALLON, « Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III : une évolution tranquille », *op. cit.*, p. 316.

(162) S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 503, n° 20.

(163) Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 13. Voy. également le considérant 26.

(164) H. ENGLERT, *op. cit.*, p. 63 ; C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *op. cit.*, p. 559, n° 9 ; P. WAUTELET, « Les relations familiales internationales - retour sur trois tendances majeures », in *Etats généraux du droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 208.

(165) C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *op. cit.*, p. 563, n° 31.

pour la validité du mariage qu'aux règles de droit international privé national (166).

Quoi qu'il en soit, si le juge saisi en Belgique par les parties a égard à l'interprétation donnée par les auteurs belges, il se contentera de vérifier préalablement la validité du mariage sur la base de l'article 46 du Code de droit international privé (167). Cette disposition fait référence à la loi nationale de chacun des époux, mais la clause dite d'« ordre public positif » (168) visée à l'alinéa 2 qui écarte les dispositions étrangères prohibant le mariage entre personnes de même sexe notamment quand l'un des époux est belge, permettra de reconnaître la validité du mariage nonobstant la nationalité suisse de l'une des épouses. Enfin, notons que la question ne poserait pas plus de difficulté si la Cour de justice devait confirmer l'interprétation française, compte tenu de l'existence en Belgique du mariage entre personnes de même sexe (169).

B. *Autonomie de la volonté*

En vertu de l'article 5 du règlement Rome III, les parties sont libres de déterminer la loi applicable à leur divorce parmi les options suivantes : « a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou d) la loi du for » (170). Les épouses ont donc la possibilité, soit en vertu du *littera* c) – nationalité de l'épouse belge –, soit en vertu du *littera* d) – loi du for –, d'opter pour le droit belge.

Quant à la forme de leur accord, l'article 7 du règlement n'impose qu'un « écrit, daté et signé par les deux époux » (171). Le droit belge ne

(166) A. DEVERS, *op. cit.*, p. 323 ; P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *op. cit.*, p. 338, n° 47 ; N. JOUBERT, « Règlement Rome III. Article 13 », in S. CORNELOUP (dir.), *Le droit européen du divorce*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 627, n° 8. Comp. M. FALLON, « Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III : une évolution tranquille », *op. cit.*, p. 296 (« Il appartient bien à la loi nationale – y compris ses règles de conflit de lois – de s'opposer ou non à la validité du mariage »).

(167) M. FALLON, « Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III : une évolution tranquille », *op. cit.*, p. 297 ; C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *op. cit.*, p. 559, n° 10.

(168) Sur cette notion, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 325, n° 7.54.

(169) L. du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du code civil, *Mon.*, 28 février 2003, p. 14334.

(170) Règl. (UE) n° 1259/2010, art. 5.1.

(171) L'article poursuit en précisant que « [t]oute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

requiert aucune autre exigence particulière et un simple acte sous seing privé suffit (172).

Les parties peuvent convenir de la loi applicable « dès le contrat de mariage et jusqu'à l'introduction de l'action en divorce » (173). Quant à savoir si elles peuvent encore le faire *in limine litis* comme le prévoyait l'article 55, § 2 du Code de droit international privé, il faudra attendre la loi d'exécution qui remplacera ledit article pour en être certain (174). Le législateur belge n'a, en effet, pas encore fait usage de la liberté qui lui est laissée à l'article 5, § 3, du règlement de permettre le choix de la loi applicable subséquemment au cours de la procédure. En attendant, les épouses seraient bien inspirées de convenir d'une clause de choix de loi avant la saisine du juge, par exemple à l'occasion de la rédaction de leurs conventions préalables à divorce par consentement mutuel (175).

C. Critères subsidiaires

Qu'advierait-il si les parties négligeaient de prévoir une telle clause ? L'article 8 de règlement Rome III prévoit une échelle de rattachement, dont le premier critère fait référence à la loi « de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ». Les critères n'étant plus alternatifs comme cela était le cas dans le règlement Bruxelles IIbis, ce n'est qu'à défaut pour les parties de résider dans un même État que le critère subsidiaire pourra être retenu.

En l'espèce, le juge devra retenir l'application de la loi suisse. Il constatera cependant rapidement que le droit suisse ne connaît pas le mariage de personnes de même sexe. Si certains auteurs ont envisagé, dans une telle hypothèse, l'application par analogie des dispositions relatives au divorce d'un couple de sexe différent, ils restent réservés (176). Une autre solution avancée serait d'avoir recours à l'article 10 du règlement qui consacre une forme d'« ordre public positif » (177).

(172) B. LANGHENDRIES, « La loi applicable au divorce à l'aune du règlement Rome III », *Rev. dr. étr.*, 2012, p. 10 ; P. WAUTELET, « Droit international privé (2005-2013) », in *Chroniques notariales*, vol. 57, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 368.

(173) H. ENGLERT, *op. cit.*, p. 45 ; règl. (UE) n° 1259/2010, art. 5.2.

(174) H. ENGLERT, *op. cit.*, p. 45 ; C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *op. cit.*, p. 560, n° 19.

(175) B. LANGHENDRIES, *op. cit.*, p. 10.

(176) S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 508, n° 26 ; E. FONGARO, *op. cit.*, p. 343.

(177) C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *op. cit.*, p. 561, n° 24.

D. *Ordre public positif*

L'article 10 du règlement Rome III dispose que « [l]orsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ». Consacrant selon certains un véritable droit au divorce (178), cet article permettrait d'appliquer la loi du for pour le cas où la loi normalement applicable ne connaîtrait pas le mariage, et donc le divorce, de personnes de même sexe (179). Cette interprétation n'est cependant pas unanime. Ainsi, dès lors que l'on traverse la frontière française, la doctrine adopte une position nettement plus restrictive et réserve l'application de l'article 10 aux cas où le divorce n'est pas une institution reconnue dans le droit désigné ou aux hypothèses où il n'est ouvert qu'à l'un des époux en raison de son sexe (180).

L'incertitude relative au champ d'application exact de l'article 10 du règlement est de nature à confirmer l'intérêt pour les parties de convenir entre elles de la loi applicable à leur divorce.

§ 4. Conseils de pratique notariale

Bien que la tendance consistant à ouvrir l'institution du mariage aux couples de même sexe soit aujourd'hui largement croissante, elle reste juridiquement malaisée au regard des disparités culturelles et sociologiques qui persistent en la matière. Confrontée à ces divergences, l'Union européenne n'a pas encore adopté de position claire, ce qui, dans les matières hautement uniformisées par le législateur européen telles que le droit international privé, se révèle délicat.

On ne peut ainsi qu'être frappé par la multitude d'incertitudes qui jalonnent le parcours des couples de même sexe, en particulier quand, ayant fait le choix de se marier dans un État qui leur reconnaît ce droit,

(178) P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *op. cit.*, p. 333, n° 42 ; C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *op. cit.*, p. 561, n° 24.

(179) C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *op. cit.*, p. 561, n° 24 ; P. WAUTELET, « Dissolution du mariage entre personnes de même sexe : le for de nécessité comme réponse à l'impossibilité de divorcer ? », *op. cit.*, p. 78.

(180) P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *op. cit.*, pp. 332-334, n° 42-43 ; N. JOUBERT, « Règlement Rome III. Article 10 », in S. CORNELOUP (dir.), *Le droit européen du divorce*, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 595-601, n° 5-13.

ils présentent néanmoins des liens avec un ou plusieurs autres États qui ignorent ce type de mariage. Ainsi en va-t-il de l'exemple que nous avons présenté et pour lequel, en 'naviguant' au gré des controverses, nous avons pu défendre à plusieurs reprises que les épouses seraient à même de s'adresser aux autorités belges en vue de divorcer.

De tous les outils que nous avons examinés, il nous semble que le plus pertinent reste de convenir de la compétence des juridictions belges et de l'application de leur loi nationale. La formule suivante pourrait ainsi être proposée lors de la conclusion de conventions préalables à divorce par consentement mutuel : « Art. [...] – Compétence judiciaire et désignation de la loi applicable. En application de l'article 6, § 1 du Code de droit international privé, lui-même applicable en vertu de l'article 7.1 du règlement n° 2201/2003 relatif notamment à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale, les parties élisent le tribunal de la famille de [...] en tant que tribunal internationalement compétent. Pour la procédure en divorce, les parties désirent se soumettre à la loi belge, et ce, conformément au règlement n° 1259/2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, en particulier son article 5.1, *littera c)* ».

Section III. La procuration pour vendre dressée par un *notary public* est-elle authentique ?

§ 1. Présentation de la difficulté

La promulgation du Code consulaire⁽¹⁸¹⁾ a correspondu à la suppression de la compétence, autrefois fondée sur la loi du 10 juillet 1931, des agents diplomatiques ou consulaires belges en poste sur le territoire des États membres de l'Union européenne en matière notariale. Depuis le 15 juin 2014, date de l'entrée en vigueur du Code, les compétences notariales visées à son article 18 ne peuvent, aux termes de ses articles 19 et 20, appartenir qu'aux chefs de poste consulaire de carrière ou aux chefs de poste consulaire honoraire, spécialement autorisés à cette fin, « dont la circonscription consulaire est située en dehors de l'Union européenne ». Il y a là sans doute, outre un motif d'économie, celui de renforcer la solidarité entre les notariats d'Europe qui ne devrait en soi guère poser de difficulté, du fait de l'« équivalence fonctionnelle »

(181) *Supra*, note 27.

existant entre ces notariats (182). Et de fait le gouvernement a jugé, lors du dépôt du projet de loi portant le Code consulaire, que « [d]ans tous les pays de l'Union, il existe (...) un notariat local présentant des garanties suffisantes en ce qui concerne la sécurité et l'organisation (...). [L]e notariat européen peut passer tous les actes qui devront être produits en Belgique » (183).

On peut se demander cependant si la référence au « notariat européen » ne relève pas ici du *wishful thinking*. Le Danemark, la Suède, la Finlande, la Grande-Bretagne et l'Irlande n'ont pas de notariat organisé sur le modèle du notariat latin. Aussi la suppression de la compétence notariale des consuls de Belgique en poste dans ces États suscite une difficulté pratique, lorsqu'une partie qui y réside désire y établir une procuration qui lui permettra de disposer d'un droit réel immobilier localisé en Belgique. Les *notaries public* des pays de *Common law* ne sont pas des notaires au sens latin du terme. Ils apposent à côté de la signature des parties un cachet ou un certificat qui permet d'attester, pour reprendre les termes de l'article 30, § 1, al. 2, du Code de droit international privé, eux-mêmes repris de l'article 3, alinéa 1, de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (*supra*), la « véracité » de la signature des parties, mais ce cachet ou ce certificat n'est pas revêtu de l'authenticité, au sens où le droit européen lui-même entend l'acte authentique comme capable de déployer une force probante particulière, et d'accéder à la faveur de la force exécutoire que règlent aujourd'hui, notamment, les règlements Bruxelles Ibis et « Titre exécutoire européen » (184). Leurs actes sont certifiés ou légalisés, mais leur « authenticité », pour reprendre les termes des règlements européens, ne porte que sur la signature de l'auteur de l'acte, et non sur son contenu, c'est-à-dire la véracité des déclarations faites à son sujet par les parties

(182) Les termes sont empruntés à P. WAUTELET et F. DERÈME, « Acquisition et détention d'un immeuble dans les relations franco-belges sous l'angle civil et fiscal », *Chron. not. Liège*, vol. 49, pp. 254 et s., ici, p. 295.

(183) *Doc.*, Ch., 53 2841/001, p. 14.

(184) Le règlement « Titre exécutoire européen » (n° 805/2004 du 21 avril 2004) a été le premier à proposer une définition européenne de l'authenticité – dans la ligne de l'arrêt rendu le 17 juin 1999 par la Cour de justice des Communautés européenne dans l'affaire *Unibank* (aff. C-260/97, *Unibank A/S c. Flemming G. Christensen*, *Rec.*, 1999, I, p. 3.715, d'après lequel « [u]n titre de créance exécutoire en vertu du droit de l'État d'origine dont l'authenticité n'a pas été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire par cet État ne constitue pas un acte authentique au sens » des dispositions du droit européen conférant à ces derniers la force exécutoire). L'« acte authentique » y est défini comme « un acte dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique et dont l'authenticité i) porte sur la signature et le contenu de l'acte authentique, et ii) a été établi par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à ce faire par l'État membre d'origine » (art. 4, § 3, *litt. a*). Cette définition a depuis lors été reprise par le règlement Bruxelles Ibis (n° 1215/2012), en son art. 2, *litt. c*, de même que par les règlements « obligations alimentaires » (n° 4/2009), en son art. 2, § 1, 3, « successions » (n° 650/2012), en son article 3, § 1, *litt. i*, et plus récemment « régimes matrimoniaux » (2016/1103) et « effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (2016/1104), en leurs articles 3, § 1, *litt. c* et *d* respectivement.

contractantes et leur conformité minimale à la loi – il s’agit en somme d’une simple certification de signature, assez analogue à celle à laquelle les notaires belges peuvent être appelés, exceptionnellement, lorsqu’il leur est demandé de « légaliser » ou de « certifier » des signatures apposées au bas d’un document destiné à être produit à l’étranger (185).

Or – c’est de là que vient la difficulté – l’article 2, alinéa 1, de la loi hypothécaire dispose que les procurations relatives à un acte devant faire en Belgique l’objet d’une publicité foncière doivent elles-mêmes être reçues en la forme authentique (186) : de ce point de vue, écrivent Patrick Wautelet et François Derème en se référant à un arrêt ancien de la Cour de cassation qui avait étendu l’exigence (aujourd’hui supprimée) du visa présidentiel prévue à l’article 77, ancien, de la loi hypothécaire aux procurations à effet de constituer hypothèque reçues à l’étranger (187), « la procuration et l’acte » « form[ent] un tout indivisible », soumis l’un et l’autre à la même exigence d’authenticité (188). Comme tous les autres contrats, le mandat est certes soumis en principe, quant à la forme, à la loi du pays où il a été fait ou à la loi dont les parties ont fait choix pour le régir au fond, conformément à l’application alternative de la règle *locus regit actum* que contient l’article 11, § 1, du règlement Rome I (n° 593/2008). Mais, s’agissant d’un mandat ayant pour objet un acte de disposition immobilière, destiné être publié en Belgique, une exigence supplémentaire s’y ajoute : pareil mandat entre dans la catégorie des contrats « ayant pour objet un droit réel immobilier », soumis aux exigences de forme impératives de la loi du pays où l’immeuble est situé (189). Le notaire qui, autrefois, invitait

(185) Cette différence fonctionnelle entre l’intervention des « notaires » de *Common Law* et celle des notaires de *Civil Law* nous paraît plus importante que la différence de statut, justement relevée par ailleurs par Me VAN HOESTENBERGHE, pour lequel le qualificatif « public » dont sont entourés les « notaries » de *Common Law* ne peut égarer : « niet is zo privé in Engeland als de Notaries Public (...)». De Engelse Notaries Public zijn privépraktizijnen die geen deel hebben aan de publieke functie of delen in het openbaar gezag » (« Authenticiteit – De hoeksteen van het Notariaat. Lezing voor de Leerstoel Gommar Van Oosterwijck 2011 », *T. Not.*, 2011, pp. 289 et s., spéc., pp. 296-297). Sur l’intervention du notaire latin comme simple certificateur ou légalisateur de signature, voy. C.E.L., Nederlandse kamer, Dos. 6364, « Legalisatie van handtekeningen door de notaris » (rapport de Me Christian DE WULF), dont les travaux sont synthétisés dans *Notamus*, 1/2011, pp. 12 et s.

(186) La règle est identique, en vertu de l’article 76, alinéa 2, de la loi hypothécaire, pour les procurations à fin de constituer hypothèque et, en vertu de l’article 5, al. 1, de la même loi, pour les actes portant cession d’une créance inscrite et les procurations y relatives.

(187) Cass., 15 janvier 1853, *Pas.*, 1853, I, p. 104 ; F. RIGAUX et G. ZORBAS, *Grands arrêts*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 117.

(188) « Acquisition et détention d’un immeuble... », *op. cit.* in *Chron. not. Liège*, vol. 49, p. 293.

(189) Art. 11, § 5, du règlement Rome I. Plusieurs motifs théoriques expliquent l’application de la forme authentique prescrite par le droit belge à la procuration, même passée à l’étranger, ayant pour objet l’accomplissement d’un acte soumis à la publicité foncière. L’application aux registres fonciers organisés d’après la loi belge des prescriptions de cette loi, conforme à la règle *Auctor regit actum*, selon laquelle chaque autorité, chaque service public, fonctionne conformément à la loi qui l’a organisé, nous semble être la principale : « [L]es services administratifs d’enregistrement des droits réels immobiliers, du livre foncier, de publicité hypothécaire, sont organisés en manière

ses clients établis à Londres à s'y adresser au consul de Belgique pour y donner procuration, peut-il donc désormais leur recommander de s'adresser plutôt à un *notary public* londonien, en leur expliquant – par un raisonnement d'« analogie » qui caractérise souvent l'équivalence fonctionnelle des institutions en droit international privé – que l'acte reçu sera, pour le prescrit de la loi hypothécaire, tout autant « authentique » que celui qu'il aurait reçu lui-même ?

§ 2. La thèse de l'équivalence

François Rigaux qui fut à notre connaissance parmi les premiers auteurs à s'intéresser à cette difficulté, a pris à son égard une position que l'on pourrait qualifier de « libérale » ou d'« internationaliste » (190), aux termes de laquelle les exigences de la circulation juridique internationale et de la coordination des systèmes qu'elle implique nécessite un infléchissement des catégories juridiques du for, qui doivent s'ouvrir, sous l'effet d'une interprétation « raisonnable », aux instruments provenant d'un ordre juridique étranger et qui s'y trouvent destinés à rencontrer le même besoin social – c'est la thèse de l'« équivalence » (191). Jugeant que l'authenticité, au sens des relations internationales, repose sur l'intervention d'une autorité publique, cet auteur invite à reconnaître cette qualité à tout acte reçu par une autorité spécialement instituée pour le recevoir, quel que soit par ailleurs son organisation ou son statut (192). L'efficacité particulière qui s'attache à l'intervention

telle que, ne pourront y avoir accès, que les instruments qualifiés par les lois territoriales applicables au fonctionnement du service public » (F. RIGAUX, *Le statut de la représentation. Étude de droit international privé comparé*, Leiden, E. J. Brill, 1963, pp. 83-84 ; *Droit international privé*, Coll. Précis de la Faculté de droit de Louvain, Bruxelles, Larcier, 1968, n° 327, p. 397, cité par P.-F. GHORAIN, « Les exceptions... », *op. cit.*, p. 21, et cet auteur lui-même, *ibid.*, pp. 21 et 27-28 ; comp. P. WAUTELET, « Droit international privé (2005-2013) », *Chron. not. Liège*, vol. 57, pp. 373-375, qui doute quant à lui des fondements théoriques de cette solution, et ne semble l'admettre que pour des motifs de « prudence »).

(190) Patrick WAUTELET et François DERÈME la qualifient de « souple » (« Acquisition et détention d'un immeuble... », *op. cit.* in *Chron. not. Liège*, vol. 49, p. 295, note 152).

(191) « Le rôle social du notaire vis-à-vis de l'étranger », Congrès des notaires d'Ostende, 1957, n° 27, pp. 45-46, et « La force probante des écrits en droit international privé », *Rev. crit.*, 1961, pp. 1 et s., spéc., n° 17, pp. 37 à 39. Voy. dans le même sens Ph. FRANCESCAKIS, obs. sous Aéropage, arrêt n° 121, *Rev. crit.*, 1953, pp. 371 et s., et sous H.R., 26 novembre 1952, *Rev. crit.*, 1958, pp. 512 et s.

(192) L'instrument étranger, précise François RIGAUX, est invité à se glisser dans les catégories du droit interne : il revient à celui-ci, en tant que *lex fori*, de définir les conditions de l'authenticité, et au droit étranger, dont émane l'instrument, en tant que *lex loci actus*, de décider quelle autorité publique est habilitée à le recevoir. Les exigences de l'authenticité sont donc empruntées au droit belge (ou au droit français, au sujet duquel François RIGAUX s'exprime), et la manière dont elle est concrètement satisfaite, au droit étranger. Or en droit belge, comme en droit français, « la différence essentielle (...) entre l'instrument public et l'instrument privé a pour objet, d'une part, l'authenticité de l'écriture, c'est-à-dire l'origine de l'instrument, d'autre part, la date certaine contre les tiers, attestée par l'officier "public" présent lors de la rédaction de l'instrument. Ce double privilège est

de cette autorité dans l'ordre juridique dont elle émane, en termes de force probante ou de force exécutoire, n'a, de ce point de vue, guère de pertinence : il importe peu, en particulier, qu'une force probante spécifique, ou une force exécutoire, s'attache ou non, de son point de vue, aux actes qui en émanent. Ce qui importe, du point de vue des relations internationales, c'est que cette autorité ait pu certifier la signature des parties, et la date à laquelle elle a été apposée, et que la sincérité de cette déclaration ne repose pas seulement sur les parties, ou sur des témoins qu'elles auraient convoqués pour attester leur signature, mais sur l'intervention d'une autre autorité qu'elles. Pour le surplus, écrit François Rigaux, puisque tout État est libre d'organiser comme il l'entend son réseau d'autorités et de juridictions, il faut faire de son droit une interprétation « raisonnable ». C'est pourquoi il ne fait pas de doute, pour cet auteur, que l'acte d'un *notary public* anglais est authentique, au sens de l'authenticité qui doit convenir aux relations privées transfrontières : la fonction du *notary public* consiste d'ailleurs, précisément, en droit anglais, à « conférer l'authenticité aux actes destinés à être produits à l'étranger » (193). L'acte qu'il reçoit n'est certes pas doté, dans l'ordre juridique dont il émane, d'une force probante particulière car, en droit anglo-saxon, la prééminence va à la preuve testimoniale plutôt qu'à la preuve écrite, et il ne s'y trouve dès lors aucune place pour l'acte notarié (194). Mais sur le plan des relations internationales, cela importe peu : le *notary public* a précisément pour fonction celle que l'on attendrait d'un notaire belge appelé à délivrer pour l'étranger un acte authentique : la *raison* veut donc que l'acte qu'il authentifie soit bien tenu pour tel.

Cette interprétation « raisonnable », portant à une « assimilation » ou, mieux encore, à une « inclusion » de l'instrument étranger dans une catégorie – celle des actes authentiques – dont il est naturellement exclu, est celle qu'a suivie la Cour de cassation des Pays-Bas dans un arrêt du 26 novembre 1952 (195), pour reconnaître la qualité d'acte authentique à une procuration d'hypothéquer un immeuble situé aux Pays-Bas,

justifié par le caractère “public” de celui qui instrumente (...) ». Il suffit donc que l'ordre juridique étranger laisse à une « autorité publique » le soin d'intervenir pour que l'acte qui en émane se glisse dans la catégorie des actes authentiques (« La force probante... », *op. cit.*, n° 17 *in fine*, p. 39 ; nous soulignons).

(193) « Le rôle social... », *op. cit.*, n° 27 *in fine*, p. 46 ; « La force probante... », *op. cit.*, n° 17 *in fine*, p. 39.

(194) Ou, comme le décide le Tribunal de la Seine dans un jugement du 26 novembre 1896, la législation anglaise « ne reconnaît pas d'acte authentique au sens de ce mot en France, et n'admet aucun mode particulier de conférer l'authenticité aux contrats et à leurs instruments » (*Clunet*, 1897, p. 137).

(195) H.R., 26 novembre 1952, *Rev. crit.*, 1958, p. 512, note Ph. FRANCESKAKIS ; *Clunet*, 1955, p. 896, note WINTER. L'Aéropage de Grèce a, dans le même sens, considéré comme authentique, au sens de la loi hellénique, un testament fait par un Grec devant un « *notary public* » américain (arrêt n° 121/1951, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1953, p. 371, note Ph. FRANCESKAKIS).

donnée devant un *notary public* new-yorkais. Les deux motifs fondant cette décision sont, d'une part, que l'acte a été dressé dans une forme qui, compte tenu des possibilités existant dans l'état de New York, se rapproche le plus de l'acte authentique et, d'autre part, que cet acte satisfait aux conditions d'authenticité (dans le sens de véracité) raisonnablement exigées dans les relations sociales normales.

Ainsi que l'écrit Monique Liénard-Ligny, la qualification d'« authentique » peut dans cette interprétation être attribuée à tout acte étranger dont l'élaboration a, du fait de l'intervention d'une autorité publique, « été entourée de précautions particulières destinées à en assurer la véracité » (196) : un tel acte joue, dans l'ordre juridique dont il émane, fonctionnellement le rôle d'acte authentique – d'une authenticité moindre sans doute que celle dont est revêtu un acte émanant d'un pays de notariat latin, mais d'une authenticité tout de même, puisque tout y est fait – dans la mesure que cet ordre juridique propose, ou permet – pour s'assurer de la véracité des signatures des parties. L'opinion est libérale, même audacieuse, car conduisant à une « interchangeabilité des organes » (le *notary public* dans le rôle du notaire français), elle conduit à « [r]econnaître à l'acte un effet qu'il n'a pas dans l'ordre juridique dont il émane », à « l'assortir du régime juridique du for » et par là à l'« adapter » : « [l]'acte étranger, non authentique au départ, le devient à l'arrivée » (197).

Cette interprétation est favorable à la circulation internationale de l'acte, et évite l'alourdissement inutile des formalités : il y a là une attention particulière aux exigences structurelles de la société juridique internationale, et un respect singulier pour les différences qui peuvent séparer les ordres juridiques (198). L'on peut se demander toutefois s'il est prudent, voire opportun, d'aller jusque-là.

(196) « Le divorce international. Conflits de lois. Conflits de juridictions », *Rép. not.*, t. XVIII, l. 4 (éd. 1998), n° 81, p. 77. Empruntant la catégorie de l'« acte authentique » au droit interne, et voyant le critère de cette catégorie (conformément à l'article 1317 du Code civil) dans l'intervention de l'officier public, cet auteur, empruntant la même démarche que François RIGAUX, laisse au droit étranger le soin de définir les « précautions particulières destinées à (...) assurer la véracité » de l'acte. Ces précautions doivent tout simplement être équivalentes à celles pour lesquelles, en Belgique, l'acte dressé par une autorité publique jouit d'une force probante privilégiée.

(197) Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 92-93, n° 136-137.

(198) Voy., épousant la thèse de l'équivalence, la réponse faite par le Garde des Sceaux, le 25 septembre 1989, à un député de l'assemblée nationale française qui lui demandait « s'il [était] possible de retenir comme satisfaisant à la condition d'authenticité [pour constituer une hypothèque sur des biens sis en France] la procuration certifiée par un « notary public » anglais et revêtue de l'apostille ». Le ministre estime que « dans la mesure où un « notary public » du Royaume-Uni peut être assimilé *mutatis mutandis* à un officier public, pour l'application [du décret portant réforme de la publicité foncière], « il peut être répondu affirmativement à la question » (Rép. Min. n° 17.784 du 25 septembre 1989, *J.O., Déb. Ass. nat.*, Questions, 18 déc. 1989, p. 5.586, reproduit dans *Rev. crit.*, 1990, p. 403).

§ 3. Les limites de l'équivalence

La thèse de l'« assimilation » ou de l'« inclusion », ainsi présentée, a été reprise et développée d'une manière systématique par Georges A. L. Droz, dans une contribution remarquable qu'il a livrée à la connaissance internationale du ministère notarial pour les étudiants de l'Académie de La Haye de droit international (199).

Entrant dans un détail dans lequel François Rigaux n'était pas allé, l'auteur commence par souligner la différence très nette qui existe entre les *notaries public* anglais – notaires écrivains de Londres et notaires publics de province (200) – et les *notaries public* américains ou (on peut le supposer) ressortissant d'autres pays anglo-saxons. Les premiers, dont le rôle est parfois injustement diminué, sont juristes, habilités à « authentifier[r] les actes, certifier[r] les signatures, recevoir des prestations de serment ou des attestations écrites sous serment », dont ils conservent les duplicata « dans un registre spécial nommé « protocole » par ordre chronologique et numéroté de manière séquentielle » (201). Outre cette organisation, qui les conduit à intervenir pratiquement « comme le ferait un notaire latin », leurs attributions « nous intéressent particulièrement », ainsi que l'écrit Georges A. L. Droz (202), car ils ont précisément pour fonction – ainsi que le relevait du reste déjà François Rigaux – de « préparer[r] et d'authentifier[r] des documents juridiques créant ou affectant des droits et des obligations hors du [Royaume-Uni] », singulièrement « [l]orsqu'un pouvoir est donné en Angleterre à une personne et que ce pouvoir doit être exercé à l'étranger (...) » (203). Les notaires américains sont bien différents. Ce sont de simples particuliers sans formation juridique particulière, « exerçant les métiers les

(199) « L'activité notariale internationale », *Rec. cours*, t. 280 (1999), pp. 133.

(200) Les *scrivener notaries* de Londres, dont le nombre oscille entre 25 et 30, sont depuis 1373 membres de la *Worshipful Company of Scrivener Notaries* – « one of the oldest City livery companies ». Ils détenaient autrefois une compétence exclusive dans la Cité de Londres et dans un rayon de cinq kilomètres autour de celle-ci, qu'ils justifiaient notamment par leurs connaissances linguistiques, puisqu'ils doivent connaître et maîtriser deux autres langues que l'anglais, ce qui fait de nombre d'entre eux de parfaits francophones. Leur monopole a disparu depuis une loi de 1999 (Access to Justice Bill, 1999). Ils existent cependant toujours, regroupés dans la *Society of Scrivener Notaries*, membres de l'UINL (www.scrivener-notaries.org.uk). Les notaires de province, si on peut les qualifier tels, au nombre d'environ 850, passent moins d'examens et sont pour la plupart aussi *solicitors*, ce qui les rend habiles à préparer et rédiger des contrats – notamment, des transactions immobilières (<http://search.thenotariessociety.org.uk> – si l'on en croit ce site internet, ils sont aussi polyglottes, et l'on peut en trouver qui parlent le tchèque, l'hébreu ou le mandarin). Les uns et les autres exercent la même fonction – et se font désormais concurrence à Londres (plus de détails dans G. SHAW, « Notaries in England and Wales : modernising a profession frozen in time », *International journal of the legal profession*, vol. 7, n° 2, 2000, pp. 141 à 155).

(201) G. A. L. DROZ, « L'activité... », *op. cit.*, pp. 37-38.

(202) *Ibid.*, p. 37.

(203) *Ibid.*

plus divers au contact de la population » (204), coiffeurs, droguistes ou libraires qui « se borne[nt] » – « c'est là », écrit l'auteur, « uniquement une question d'honnêteté et de sincérité » – « à attester qu'un acte privé a été signé devant [eux] par certaines personnes, éventuellement en présence de témoins, et à telle date » – une simple certification de signature donc, apposée par une personne sans doute digne de foi, et qui serait, dans un pays qui attache une grande importance au serment, poursuivie en cas de parjure, mais qui n'est nullement juriste (205).

Cette distinction de statut – et partant aussi de fonction – conduit Georges A. L. Droz à nuancer la thèse de l'équivalence (206).

Il faut, dit Georges Droz, lorsque l'on est confronté à la question de savoir si une procuration passée à l'étranger pour accomplir un acte devant faire l'objet d'une publicité foncière et qui, pour cette raison, doit être « authentique », « choisir une « approche fonctionnelle » et se demander si l'intervention de l'officier public étranger satisfait les besoins qui justifient l'exigence de l'authenticité dans le pays où l'acte principal doit être passé » (207). Ces besoins, poursuit l'auteur, sont au nombre de deux : il s'agit « d'une part d'assurer la sincérité des registres, par exemple que l'on soit sûr de l'identité des parties qui y figureront, et d'autre part que celui qui accorde l'hypothèque soit à même d'apprécier la gravité de son engagement » (208). La préoccupation n'est donc pas – ou pas seulement – comme le *Hoge Raad* avait pu le décider dans son arrêt du 21 novembre 1952, où elle avait considéré comme authentique la procuration donnée devant un notaire new yorkais, d'assurer « la sûreté des registres d'hypothèque » : elle est aussi celle de garantir – ce qui engage bien plus fondamentalement l'authenticité, au sens d'administration publique des intérêts privés (209), la protection du constituant (210). Revenant précisément à la différence qui sépare les *notaries public* anglais et américains, l'auteur souligne qu'il y va d'un fossé, plutôt que d'une simple nuance : il y a d'un côté un juriste, dont on peut présumer « qu'en demandant son intervention la partie qui s'engage a certainement pu bénéficier

(204) « Il est courant », écrit G. DROZ, « de voir sous l'enseigne d'un droguiste, d'un marchand de tabac, d'un coiffeur, d'un épicière, voire d'un supermarché, la plaque de *notary public* avec la mention « ma licence expire le (...) » (« L'activité... », *op. cit.*, p. 39).

(205) *Ibid.*

(206) Dans le même sens, voy. M. GORÉ, « L'acte authentique en droit international privé », *Trav. com. fr. dr. int. priv.*, 1998-1999, pp. 23 et s., spéc., pp. 27-28.

(207) Dans le même sens, Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 80, n° 107 : « [l']étude de la fonction de l'organe étranger apparaît (...) comme le seul objet de la qualification en matière d'efficacité des actes publics étrangers. (...) [L]a fonction détermine (...) la possibilité d'une équivalence fonctionnelle ».

(208) *Ibid.*, p. 100.

(209) M. GORÉ, « L'acte authentique... », *op. cit.*, p. 23

(210) Comp. les observations de Ph. FRANCESCakis sous l'arrêt du *Hoge Raad*, *Rev. crit.*, 1961, pp. 515 et s., spéc., p. 517.

d'un conseil sur la portée de l'acte », et de l'autre un simple particulier « qui serait bien en peine de donner le moindre conseil puisque, dans la plupart des cas, il n'est aucunement juriste » (211). Le *notary public* américain fait bien quelque chose, puisqu'il « contrôle [...] l'identité des parties à la signature de l'acte » et certifie la date de celle-ci, mais ce « quelque chose » ne participe que très imparfaitement de l'authenticité ou, plus exactement, son intervention ne permet de satisfaire qu'un des volets du besoin d'authenticité : elle pourrait suffire pour la « sécurité des registres », mais elle est étrangère à la « prise de conscience de la gravité de l'engagement » (212). Il vaudrait bien mieux à cette fin, dit Georges A. L. Droz, que l'acte-engagement soit « dressé avec l'aide d'un *lawyer* (...), le document étant rédigé sur un papier à en-tête de la firme d'avocats, et qu'ensuite les signatures [soient] certifiées par un *notary public* ». Les deux besoins seraient alors satisfaits, et « la convergence de ces éléments répond[rait] aux exigences requises » (213).

La Cour de cassation de France a récemment épousé la thèse de Georges Droz, dans une espèce dans laquelle un acte d'affectation hypothécaire d'un immeuble situé en France avait été basé sur une procuration préparée par un notaire français, mais certifiée par un *notary public* australien, sans qu'il soit certain que celui-ci en avait fait la lecture à l'affectante hypothécaire. La Cour décide qu'« après avoir constaté », sur la base « de la traduction du certificat dressé par le *notary public* australien » que celui-ci s'était borné à « apostiller la procuration à l'effet de constituer hypothèque, reçue du notaire français », la Cour d'appel avait légalement justifié sa décision en en « dédui[sant] » « exactement » « que cet acte ne revêtait pas les solennités requises en France pour un acte authentique, dès lors que la forme suivie n'était pas équivalente à celle du droit français *quant à la protection de la caution hypothécaire* » (214).

Le contrôle de l'authenticité apparaît ainsi bien formel, comme le suggérerait Monique Liénard-Ligny (215), mais cette formalité ne réside pas seulement dans la présence, fût-elle dûment attestée, de l'officier public, en laquelle François Rigaux voyait le critère de l'authenticité, et dans le respect par lui des règles de son intervention. Elle s'accompagne d'une

(211) G. A. L. DROZ, « L'activité... », *op. cit.*, p. 101.

(212) *Ibid.*, pp. 101-102.

(213) *Ibid.*, p. 102.

(214) 1^{er} ch. civ., 14 avril 2016, www.legifrance.fr (nous soulignons). La Cour confirme un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 janvier 2015, ayant fait droit au moyen de la caution hypothécaire qui « soutenait que la procuration établie par M. Elliott John Y... ne pouvait valoir comme un acte authentique dès lors qu'elle ignorait la portée de son engagement, M. Elliott John Y..., *notary public*, ne lui ayant donné aucune explication, et que l'apostille y figurant n'attestait que de la signature ».

(215) « L'acte étranger doit (...) avoir été passé dans le respect des formalités prévues par la loi dont l'autorité étrangère tient sa compétence » (« Le divorce international... », *op. cit.*, n° 81 *in fine*, p. 77.

vérification par lui de la teneur de ces formalités, lesquelles doivent atteindre le contenu de l'acte et viser, comme le souligne de la Cour de cassation de France dans son arrêt précité, la protection des parties qui le souscrivent. Il n'est pas certain qu'il faille suivre la Cour dans la transposition à l'acte étranger des formalités qui s'imposent à l'intervention d'un notaire français : ces formalités ne doivent pas nécessairement, à notre estime, être en tout point identiques à celles qui entourent la réception d'un acte authentique sur le territoire du for – ce qui nous paraîtrait contraire aux règles *Locus* et *Auctor regit actum*. Mais il faut à tout le moins, comme le précise Eric Kerckhove, que les formalités dont la loi étrangère entoure l'intervention de l'officier public soient « à peu près équivalentes à celles du droit français » (216), l'équivalence s'appréciant ici aussi de manière fonctionnelle, c'est-à-dire au fond. Le contrôle de la forme rejoint celui du fond, dans la mesure où c'est d'une authenticité active (celle, dit le droit réglementaire européen, qui s'étend au « contenu », et non à la simple « signature » de l'acte (217)) qu'il est question : « [l]a notion d'acte public (...) exige non seulement la présence d'un organe public, mais en plus une présence atteignant un certain degré d'« activité » ou mieux, n'allant pas au-dessous d'un certain seuil de « passivité » (...) », ce qui suppose, à tout le moins, que « l'organe public [soit] présent », d'une présence active, « au moment de la conclusion de l'acte substantiel (...) » (218).

L'on atteint ici la dimension substantielle de l'authenticité, indissolublement liée au devoir de conseil dont traite aujourd'hui l'article 9 de la loi portant organisation du notariat, et qui avait suscité sous la plume de Michel Grégoire l'expression d'« authentification active » : celle-ci n'est pas formelle, mais substantielle.

§ 4. Conseils de pratique notariale

Le notaire appelé à passer un acte de disposition d'un droit réel immobilier situé en Belgique et qui apprend qu'une des parties disposantes réside habituellement à Londres ou ailleurs en Angleterre, ou encore en Écosse, peut sans difficulté l'inviter à s'adresser au *notary public* de son choix, pour qu'il authentifie la procuration qu'il aura préparée. Son client trouvera en face de lui un juriste dont l'intervention sera entourée

(216) « Les sûretés et prises de garanties transfrontières », in D. BOULANGER et J.-L. BOURGOIS, *Notariat, relations communautaires et internationales (Conférence de La Haye de Droit international privé)*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 66.

(217) *Supra*, note 184.

(218) Ch. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 84, n° 119.

de garanties suffisantes pour procurer à son acte l'authenticité qui le rendra admissible dans les registres du conservateur des hypothèques – il faudra bien sûr inviter en outre le *notary public* à faire revêtir son acte de l'apostille prévue par la convention de La Haye du 5 octobre 1961, et à le faire traduire dans l'une des langues nationales (rien n'interdit que l'acte soit dès à présent établi dans deux langues, par exemple en français et en anglais, en précisant alors laquelle des deux langues prévaut en cas de difficulté d'interprétation). La considération des auteurs du Code consulaire, selon laquelle « le notariat européen peut passer tous les actes qui devront être produits en Belgique » (*supra*) prend ici tout son sens. Il y va en somme aussi d'un principe de reconnaissance mutuelle, caractéristique du droit de l'Union européenne, selon laquelle les autorités et les juridictions nationales peuvent raisonnablement se fonder sur l'intervention de leurs homologues étrangères, ressortissantes d'un autre État membre de l'Union européenne, comme offrant aux particuliers un niveau de garantie et de protection suffisamment équivalent pour permettre qu'elles remplissent le même rôle et soient, en cette qualité, admises à la transcription dans les registres publics (219).

Le tableau change cependant lorsque l'on sort de l'Union européenne et, surtout, lorsque les garanties offertes par l'intervention de l'autorité publique étrangère s'amenuisent : l'authenticité ne participant pas seulement de la légalisation ou de la certification, mais du conseil actif, il faut alors nécessairement recommander aux parties, dans les pays qui ne connaissent pas le notariat latin, de s'adresser au consul de Belgique, qui dressera en la forme authentique du droit belge l'acte que le notaire aura préparé. La double dimension de l'authenticité et du conseil sera alors présente, d'une manière d'autant plus incontestable que l'acte consulaire, étant un acte authentique de droit belge, disposera d'une force probante authentique, valant jusqu'à inscription de faux (220)/(221).

(219) Voy. encore la réponse du Garde des Sceaux citée à la note 198 qui précède, dont les termes, nous semble-t-il, prennent ici toute leur valeur.

(220) L'on rappelle que, s'agissant d'un acte de droit belge, l'acte du consul ne devra pas être légalisé ni revêtu de l'apostille, ce que confirme expressément l'article 30 du Code consulaire.

(221) Le conseil de s'adresser à un consul de Belgique nous paraît beaucoup plus sûr que celui prodigué par Georges A. L. DROZ de doubler l'intervention du *notary public* américain de celle d'un *lawyer* : dans l'espèce soumise à la Cour de cassation de France, qui a donné lieu à l'arrêt du 14 avril 2016 cité à la note 214, la procuration avait été préparée par un notaire français, et la Cour a néanmoins jugé que la protection de la caution n'était pas suffisante. C'est le fonctionnaire authenticateur lui-même qui, par les formes qui accompagnent son intervention, et notamment la lecture de l'acte qu'il fait aux parties, leur délivre le conseil qui relève de l'authentification active. Un consul, certes, n'agit de ce point de vue pas comme le ferait un notaire, mais comme on le sait bien, une partie n'est mise en relation avec le consul, pour l'accomplissement d'un acte notarié, que par l'intermédiaire d'un notaire du Royaume qui lui a recommandé de s'adresser à lui, et cela fait à notre estime toute la différence.