L'accueil en Belgique du mariage polygamique ou quand la Cour du travail de Bruxelles s'empoigne avec les juges de cassation :

Retour sur la controverse quant aux effets sociaux du mariage polygamique

Julie Mary*

Assistante en droit international privé et européen à l'UCL et avocate au barreau de Bruxelles.

Introduction : la polygamie devant les juridictions belges

L'une des conséquences de la création de situations internationales suite à la circulation des personnes est l'introduction, dans notre ordre juridique, d'institutions étrangères au droit belge comme la polygamie (polygynie, pour le mariage d'un homme avec plusieurs femmes et polyandrie, pour le mariage d'une femme avec plusieurs hommes). Même si une union polygamique ne peut être célébrée en Belgique en raison de son interdiction en droit belge (article 147 du Code civil : « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* »), certains effets découlant d'une telle union célébrée à l'étranger sont reconnus. Tel est le cas de l'établissement de la filiation des enfants[1], du droit aux obligations alimentaires entre conjoints[2] et du partage des pensions de retraite au taux ménage et des pensions de survie entre deux épouses d'un homme polygame[3].

Depuis la réforme du Code de la famille marocain en 2004, la célébration d'un mariage polygamique dans cet État est

* L'auteur remercie vivement le Professeur Stéphanie Francq pour sa relecture attentive et ses conseils avisés.

1 Voy. pour le recensement de la jurisprudence à ce sujet, J.-Y. Carlier et C. Henricot, « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? », *Cahiers du CeDIE*, n° 2011/03, pp. 1-31, spéc. p. 10 ; *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 241-278, spéc. p. 249.

2 Civ. Bruxelles (14e ch.), 18 décembre 2001, *R.T.D.F.*, 2004/2, note M. Fallon, p. 312.

3 Pour ne citer que les décisions des juridictions supérieures en matière de pension de survie : Cass. (3e ch.), 3 décembre 2007, *J.T.T.*, 2008/997, p. 37, *Pas.*, 2007/12, p. 2201, *R.D.E.*, 2008/150, pp. 575 et 580, *R.T.D.F.*, 2008/3, p. 818, note C. Henricot, *R.G.D.C.*, 2008/9, p. 522, *Revue@dipr.be,* 2008/1, p. 71, *T. Not.*, 2011/10, p. 539 (ordre public et pension de survie) ; Cass. (3e ch.), 18 mars 2013, *R.T.D.F.*, 2013/4, note S. Francq et J. Mary, p. 861, *J.T.T.* 2013/1162, p. 281, *Pas.,* 2013/3, p. 699, *R.D.E.*, 2013/172, p. 25, note B. Langhendries, *R.D.E.*, 2013/173, p. 354, *R.D.E.*, 2014/176, p. 136, *Revue@dipr.be*, 2013/2, p. 20, *T. Vreemd.*, 2013/3, p. 256 (ordre public et pension de survie) ; Cass. (3e ch.), 15 décembre 2014, *non encore publié* (ordre public et pension de survie) ; Cour const. (alors Cour d'arbitrage), 4 mai 2005, *Haouach*, n° 84/2005, *R.W.*, 2005-2006/19, note H. Storme, p. 735 ; note J.–Y. Carlier, « La polygamie devant la Cour d'arbitrage», *Journal du juriste*, n° 42, 24 mai 2005, p. 1 ; *Revue@dipr.be*, 2005/3, p.19 (ordre public, pension de survie et discrimination) ; Cour const., 4 juin 2009, *El Haddouchi*, n° 96/2009, *R.D.E.*, 2009/154, p. 398, *R.T.D.F.*, 2010/1, p. 98, note M. Fallon, *R.W.*, 2009-2010/15, p. 615, *Chron. D.S.*, 2012/2, p. 86, note C. Henricot (pension de survie, discrimination) ; Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 27 mai 2010, *J.T.T.*, 2011/6, n° 1090, p. 92 (ordre public et pension de survie); Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 17 février 2011, *J.T.*, 2011/19, p. 383 ; *R.D.E.*, 2011, p. 122 (ordre public et pension de survie) ; Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 8 janvier 2014, *R.T.D.F.*, 2014/2, p. 350, note J. Mary (ordre public et pension de survie).

En matière de pension de retraite : décisions recensées *in* C. Henricot, « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *Cahiers du CeDIE*, n° 2012/02, pp. 1-31, spéc. pp. 15-16 ; *Chron. D.S.*, 2012/2, pp. 61-74 : Cour trav. Mons (9ème ch.), 25 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010/38, p. 1834, *R.D.E.*, 2010/158, p. 243, *R.T.D.F.*, 2010/2, p. 526, note C. Henricot (effets d'une union polygamique sur le taux ménage de la pension de retraite); *contra* Cour trav. Liège, 9 janvier 2009, *inédit*, R.G. n° 34.240/06 (pas d'octroi d'une pension de retraite au taux ménage en raison de l'union polygamique) et dans le même sens, Cour trav. Anvers (sect. Hasselt) (4e ch.), 11 juin 2009, *R.A.B.G.,* 2010/12, p. 799; *R.T.D.F.*, 2011/1, p. 233; *Chron. D.S.*, 2009/10, p. 503 et Cour trav. Liège, 18 mars 2008, *inédit*, R.G. n° 31.447/03, p. 4.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.155)
L'accueil en Belgique du mariage polygamique ou quand la Cour du travail de Bruxelles s'empoigne avec les juges de cassation : ...
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

soumise à des conditions restrictives[4]. Il en est de même en Algérie depuis la réforme de 2005[5]. Le contentieux lié à la reconnaissance des effets d'un tel mariage découle dès lors essentiellement d'unions conclues avant les réformes adoptées par ces États du Maghreb. Ce contentieux, tout en étant amené à s'éteindre progressivement[6] a, depuis quelques années, pris de l'importance quant à la reconnaissance d'effets sociaux des mariages polygamiques. Les cas soumis aux juridictions belges concernent, pour la majeure partie, des demandes de reconnaissance d'effets sociaux d'un mariage polygamique célébré à l'étranger[7]. Parmi ces décisions, certaines abordent la question du partage de la pension de retraite entre veuves[8] et d'autres, la question du partage de la pension de survie[9].

Actuellement, une divergence d'opinions existe entre la Cour de cassation et la Cour du travail de Bruxelles, quant au partage de la pension de survie entre deux veuves d'un homme polygame. En effet, la Cour de cassation partage la pension de survie entre les épouses[10] alors que la Cour du travail de Bruxelles octroie l'intégralité de la pension de survie à la première épouse, dès lors que le couple est intégré en Belgique[11]. Les juridictions s'opposent sur l'interprétation à donner à l'exception d'ordre public lorsque l'une des épouses ou la première épouse acquiert la nationalité belge.

L'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 8 janvier 2014, allant à l'encontre de la position récente de la Cour de cassation et cassé à la suite de l'arrêt du 15 décembre 2014, donne l'occasion de se pencher sur les tenants et aboutissants de cette controverse et sur les enjeux y relatifs. Ainsi, la présente contribution s'attache à présenter les effets sociaux du mariage polygamique sous l'angle de la pension de survie due à la suite du décès d'un homme polygame et la controverse opposant à cet égard la Cour d'appel de Bruxelles à la Cour de cassation.

I L'exception d'ordre public, source principale de divergences

La situation la plus incertaine, source d'opinions divergentes émanant des juridictions belges, se présente dans les cas d'unions polygamiques lorsque la première épouse a acquis la nationalité belge après le second mariage. Le cas plus rare en pratique d'une seconde épouse belge ne sera pas abordé dans cette contribution[12]. Quant à la situation d'une première épouse

4 Voy. les nouveaux articles 40 et s. du Code de la famille marocain.

« *Article 40 :* La polygamie est interdite lorsqu'une injustice est à craindre envers les épouses. Elle est également interdite lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse ».

« *Article 41 :* Le tribunal n'autorise pas la polygamie dans les cas suivants :

- lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n'ont pas été établis ;
- lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leur assurer équitablement, l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie ».

« *Article 42 :* En l'absence de condition par laquelle l'époux s'engage à renoncer à la polygamie, celui-ci doit, s'il envisage de prendre une autre épouse, présenter au tribunal une demande d'autorisation à cet effet.

La demande doit indiquer les motifs objectifs et exceptionnels justifiant la polygamie et doit être assortie d'une déclaration sur la situation matérielle du demandeur ».

5 Voy. l'article 8 du Code algérien de la famille : « *Article 8 :* Il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la « chari'â» si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies.

L'époux doit en informer sa précédente épouse et la future épouse et présenter une demande d'autorisation de mariage au président du tribunal du lieu du domicile conjugal.

Le président du tribunal peut autoriser le nouveau mariage, s'il constate leur consentement et que l'époux a prouvé le motif justifié et son aptitude à offrir l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugal ».

6 C. Henricot, « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *o.c.*, note 3, pp. 1-31, spéc. pp. 6 et 7. Selon l'auteur, la diminution des unions polygamiques dépendra de l'évolution des mentalités vers plus de modernité.

7 Pour les décisions en la matière, voy. *o.c.* note 3.

8 Voy. les décisions, *o.c.* note 3.

9 Voy. les décisions, *o.c.* note 3.

10 Cass. (3e ch.), 18 mars 2013, *o.c.,* note 3, dont la position est à rapprocher de celle de la Cour constitutionnelle dans les arrêts *Haouach* et *El Haddouchi* qui raisonne sur la base du principe de non-discrimination et non sur celle de l'exception d'ordre public et qui reconnaît certains effets à une union polygamique (voy. M. Fallon, « L'effet de l'union polygamique sur le droit à la pension de survie au regard du principe constitutionnel de non-discrimination », *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 107-110). Voy. également l'arrêt récent Cass. (3e ch.), 15 décembre 2014, *o.c.*, note 3.

11 Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 27 mai 2010, *o.c.*, note 3, Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 17 février 2011, *o.c.*, note 3 et Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 8 janvier 2014, *o.c.*, note 3. Nous relèverons que, pour le moment, seule la Cour du travail de Bruxelles a exprimé une position contraire à celle de la Cour de cassation.

12 Le cas est en effet plus rare en pratique car soit le droit belge s'applique à cette seconde épouse et contient une clause de célibat avec effet bilatéral, soit l'autorité belge n'est pas compétente pour célébrer un tel mariage, soit ce second mariage est contraire à l'ordre public. Voy. à cet égard, S.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.155)
L'accueil en Belgique du mariage polygamique ou quand la Cour du travail de Bruxelles s'empoigne avec les juges de cassation : ...
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

belge, ressortissante belge avant le second mariage, la Cour du travail et la Cour de cassation s'accordent pour refuser la reconnaissance de ce second mariage apparemment à l'unisson en faveur d'une protection à l'égard de cette dernière[13].

La principale source de divergences entre ces deux juridictions tire sa source de l'interprétation de l'exception d'ordre public international. En droit international privé belge, l'exception d'ordre public international est consacrée de manière nuancée à l'article 21 du Code de droit international belge (ci-après, « Codip »). Cet article prévoit que « *L'application d'une disposition du droit étranger* désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, *de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée* » (nous soulignons). Cette exception permet d'évincer la disposition du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois lorsque son application s'oppose à un principe fondamental du droit belge. Cette dérogation s'apprécie en tenant compte des deux critères cumulatifs de gravité (ordre public atténué) et de proximité (ordre public de proximité). Ainsi, au plus la situation présente des liens étroits avec l'ordre juridique belge et au plus l'effet produit par l'application de la disposition du droit étranger est considéré comme grave, au plus l'exception d'ordre public jouera[14].

En matière de mariage polygamique, le partage de la pension de survie entre les veuves par certaines juridictions trouve son fondement dans la conception atténuée et fonctionnelle de l'ordre public, traduite dans l'article 21 précité[15]. De la même manière, l'article 24 de la Convention belgo-marocaine sur la sécurité sociale, prévoyant que « *la pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut de l'assuré* »[16], a été jugé compatible avec les articles 11 et 11*bis* de la Constitution belge[17] et considéré comme faisant application de l'article 21 du Codip

Ainsi, en pratique, lorsque les autorités belges sont amenées à se prononcer sur les effets en Belgique d'une situation valablement créée à l'étranger, l'ordre public reçoit un effet atténué. En d'autres termes, cette exception est appelée à intervenir uniquement à l'encontre d'effets produits particulièrement graves[18]. Toutefois, l'évolution de la conception de l'ordre public, par ailleurs traduite à l'article 21 du Codip, démontre que la contrariété à l'ordre public d'une situation doit être appréciée non seulement au regard de la gravité

Francq et J. Mary, « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 861-883, spéc. p. 870.

13 Déduction faite des arrêts de la Cour de cassation du 3 décembre 2007 (première épouse belge au moment du premier mariage, refus de donner effet à la seconde union) et d'une lecture *a contrario* de l'arrêt du 18 mars 2013 (aucun effet ne sera donné à la seconde union si au moment de ce second mariage la première épouse avait la nationalité d'un État n'acceptant pas la polygamie), *o.c.*, note 3. C'est également la position suivie par la Cour du travail de Bruxelles qui, se faisant, adopte une position cohérente avec celle suivie dans le cas où la première épouse est devenue belge après le second mariage. Voy. à propos d'une première épouse belge au moment du premier mariage, l'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 27 mai 2010, *o.c.*, note 3 où il est jugé que : « l'effet en Belgique d'un second mariage polygamique ne peut pas être imposé à une première épouse belge lorsque cet effet l'affecte directement et heurte l'interdiction de polygamie auquel le premier mariage était soumis ».

14 Sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, voy. F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 322 et s., n° 7.51 et s.

15 *Ibid.*, p. 322, n° 7.52.

La conception fonctionnelle de l'ordre public a pour conséquence que le juge ne doive « *vérifier la compatibilité avec l'ordre public international que des seuls effets juridiques susceptibles d'être produits par la règle du droit étranger déclarée applicable* » (arrêt *Josi I,* Cass., 2 avril 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 835, *R.C.J.B.*, 1983, note F. Rigaux, p. 499).

16 Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc, signée à Rabat le 28 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, *M.B.*, 25 juin 1971. Voy. E. Van Genechten, Y. Stevens, « Pensionen werknemers, zelfstandigen en overheidspersoneel en inkomensgarantie voor ouderen », *R.D.S.-T.S.R.*, 2011/2, pp. 589-656, spéc. p. 617.

17 Cour const. (alors Cour d'arbitrage), 4 mai 2005, *Haouach, o.c.*, note 3, B.5, al. 3 et Cour const., 4 juin 2009, *El Haddouchi*, *o.c.*, note 3, B.9. Dans l'arrêt *Haouach*, la Cour juge que « l'article 24, § 2, de la Convention fait application d'une règle de droit international privé reprise à l'article 21 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, qui admet qu'on puisse reconnaître en Belgique les effets découlant de mariages contractés à l'étranger conformément au statut personnel des époux et sous réserve de ce que ces effets ne troublent pas l'ordre public international belge, ce qu'il appartient au juge *a quo* de contrôler *in concreto* » (point B.5, al. 3).

18 La notion d'ordre public atténué apparaît pour la première fois dans l'arrêt *Josi I* de la Cour de cassation (Cass., 2 avril 1981, *o.c.*, note 15 et voy. dans le même sens en France, l'arrêt *Rivière* (Cass. civ., 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP*, 1953, p. 412) et P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *in Nouveaux itinéraires en droit – Hommage* à François Rigaux, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 263-282.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.155)
L'accueil en Belgique du mariage polygamique ou quand la Cour du travail de Bruxelles s'empoigne avec les juges de cassation : ...
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

des effets qu'elle produit, mais également au regard des liens entretenus avec l'ordre juridique de référence[19] (c'est l'ordre public de proximité)[20].

C'est à l'aune de ces deux critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international que l'on analysera les positions respectives de la Cour de cassation et de la Cour du travail de Bruxelles face à l'octroi d'une pension de survie dans le cadre d'une union polygamique.

II Les effets sociaux du mariage polygamique : la controverse

A. Position de la Cour de cassation

En 2007[21], la Cour de cassation décide que « *L'ordre public international belge s'oppose* à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement 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* »[22]. Lors de son arrêt de 2013, suivi en cela par l'arrêt du 15 décembre 2014, la Cour de cassation affine sa jurisprudence en la matière. En effet, elle ajoute qu'il y a lieu d'apprécier la relation de proximité entre la situation et le for au moment du second mariage[23] et apparemment que le critère de proximité s'analyse au regard de la seule nationalité[24]. À la suite de l'arrêt du 3 décembre 2007, des commentateurs ont pu voir un retour à l'ordre public de proximité[25], le critère de proximité se résumant à la nationalité de la première épouse[26]. Cette dernière affirmation a conduit un auteur à déclarer que la proximité envisagée de telle manière pourrait mener à « une préférence nationale »[27]. En 2013 et en 2014, la Cour de cassation a sans doute opéré un revirement par rapport à sa jurisprudence de 2007 en se centrant sur l'ordre public atténué au détriment de l'ordre public de proximité[28]. Une telle affirmation serait toutefois excessive car la Cour de cassation contredirait les prescrits mêmes de l'article 21 du Codip[29] exigeant que « *Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de*

19 Sur ces évolutions, voy. P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *o.c.*, note 18 et P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *in Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 227-239.

20 L'expression est empruntée à J. Foyer, note sous Cass. civ. (1ère ch.), 10 février 1993, *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 620. Cette théorie trouve son origine dans les travaux de F. Kahn sur l'*Inlandsbeziehung*, voy. à ce propos B. von Hoffmann et K. Thorn, *Internationales Privatrecht, einschließlich der Grundzuge des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Munchen, C.H. Beck, 2005, pp. 276 et s. et J. Kropholler, *Internationales Privatrecht, einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*,Tubingen, Mohr Siebeck, 2004, pp. 244 et s.

21 Cass. (3è ch.), 3 décembre 2007, *o.c.,* note 3.

22 *Ibid*., dispositif.

23 Cass. (3è ch.), 18 mars 2013, o.c., note 3, voy. le dispositif : « L'ordre public international belge ne s'oppose pas, en règle, à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement 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 polygamie » et voy. pour un commentaire, S. Francq et J. Mary, « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *o.c.*, note 12, pp. 871-872 et B. Langhendries, « Le moment de la conclusion du second mariage comme facteur-clé pour l'appréciation de l'intensité du rattachement de l'union polygamique avec l'ordre juridique belge », *R.D.E.*, 2013/172, pp. 29-30. Et voy. Cass. (3è ch.), 15 décembre 2014, *o.c.*, note 3.

24 S. Francq et J. Mary, « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *o.c.*, note 12, p. 877 et B. Langhendries, *o.c.*, note 23, p. 30.

25 C. Henricot, « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux », R.T.D.F., 2008/3, pp. 793-807, spéc. pp. 806-807.

26 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 », *Rev. gén. dr. civ. belge*, 2008, pp. 525-531, spéc. pp. 525-527 et p. 530 : « Le facteur de rattachement se limite toutefois à la nationalité, la résidence n'étant pas évoquée ».

27 *Ibid*., p. 530.

28 Pour l'arrêt du 18 mars 2013, voy. S. Francq et J. Mary, « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *o.c.*, note 12, pp. 881-882. Voy. dans le même sens, la position de la Cour de cassation française qui ne s'oppose pas au partage de la pension de survie malgré la proximité de la situation avec l'ordre juridique français (Cass. fr. (2ème ch.), 14 mars 2013, n° pourvoi 11-27903, non publié au *Bulletin*, disponible à l'adresse :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027185132&fastReqId=338145843&fastPos=14). La Cour décide en ces termes : « le mariage au Maroc d'une femme de nationalité marocaine avec un homme de nationalité française, déjà engagé dans les liens du mariage avec une autre épouse, n'est pas interdit au Maroc et ne fait pas obstacle à ce que l'épouse puisse se prévaloir en France de la qualité d'ayant droit de son mari ».

29 S. Francq et J. Mary, « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *o.c.*, note 12, p. 882.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.155)
L'accueil en Belgique du mariage polygamique ou quand la Cour du travail de Bruxelles s'empoigne avec les juges de cassation : ...
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger » (nous soulignons). Il est de plus illusoire de séparer l'analyse de ces deux critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public en raison des situations qui, de par leurs caractéristiques, mettent en avant l'un ou l'autre critère[30].

La position de la Cour de cassation s'inscrit donc dans un courant favorable au partage de la pension de survie. Elle suit en cela la ligne jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle qui considère qu'un tel partage, prévu par l'article 24 de la Convention belgo-marocaine sur la sécurité sociale, est admissible sous réserve que les effets produits ne troublent pas l'ordre public international belge[31]. En pratique, le raisonnement de la Cour de cassation élargit les possibilités d'octroi des droits sociaux dans le cadre d'un mariage polygamique, évitant ainsi pour la seconde épouse de tomber à charge des services sociaux belges.

B. Position de la Cour du travail de Bruxelles

À l'inverse, la position constante de la Cour du travail de Bruxelles revient à octroyer l'intégralité de la pension de survie à la première épouse d'un homme polygame à la faveur d'une interprétation plus large de l'exception d'ordre public. Ces dernières années, la Cour a, dans deux arrêts, affirmé sa position en ces termes : « *c'est à la date de la naissance du droit à la pension de survie (soit au décès de [Monsieur]), voire à la date de la demande de pension introduite par la seconde épouse, qu'il faut se placer pour apprécier les effets du second mariage*»[32]. Elle ajoute que les conditions d'application de l'exception d'ordre public doivent faire l'objet d'une appréciation *in concreto* et que le critère de proximité doit être apprécié en combinant plusieurs facteurs en plus de la nationalité[33].

Dès lors, la position de la juridiction d'appel revient à refuser de reconnaître certains effets sociaux au mariage polygamique pour contrariété à l'ordre public international belge et ce, en raison de la proximité avec l'ordre juridique belge.

La proximité dans les arrêts concernés a été appréciée lorsque la première épouse est belge au moment de la naissance du droit à la pension de survie ou à la date d'introduction de la demande par la seconde épouse et qu'elle réside en Belgique depuis un certain nombre d'années. Cette position contredit sur deux points essentiels celle de la Cour de cassation : sur le moment d'appréciation des critères d'intervention de l'ordre public (pour rappel, au moment du second mariage) et sur le contenu du facteur de proximité. Il y a lieu de relever que la Cour de cassation a, dans son arrêt du 18 mars 2013, cassé de manière certaine le raisonnement de la Cour du travail de Bruxelles sur ces deux points. Or, malgré cet arrêt, la Cour du travail a réitéré le même raisonnement en 2014 en adoptant le même raisonnement qu'en 2011. Ne pouvant « *entièrement souscrire à la motivation de l'arrêt du 18 mars 2013* »[34], la juridiction d'appel décide de maintenir sa position. Partant, c'est un véritable dialogue de juges à juges qui s'instaure en matière d'effets sociaux du mariage polygamique.

Les principales critiques, soulevées par la Cour d'appel à l'égard du raisonnement de la Cour de cassation, peuvent se résumer comme suit. La Cour de cassation, en figeant au moment du second mariage les conditions d'application de l'exception d'ordre public international, au travers du critère de la nationalité, empêche une appréciation *in concreto* par les juridictions inférieures[35]. Une telle critique touche à la problématique de la nature du contrôle de la Cour de cassation, non encore clairement réglée[36]. La Cour du travail ajoute que le critère de proximité, présidant à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, ne peut s'apprécier uniquement en fonction de la nationalité[37] mais doit également tenir compte de la résidence habituelle. Et ce, afin notamment d'éviter « une préférence nationale », de respecter la pratique en matière de sécurité sociale conditionnant l'accès aux prestations sociales à l'exercice d'une activité régulière sur le territoire[38] et de suivre l'enseignement de la Cour européenne des droits de l'homme n'admettant de distinctions fondées sur la nationalité qu'en présence de « considérations très fortes »[39].

En pratique, la position de la Cour du travail de Bruxelles revient à faire jouer plus fréquemment l'exception d'ordre public puisqu'une résidence de longue durée sur le territoire

30 *Ibid.*

31 Voy. les arrêts , Cour const. (alors Cour d'arbitrage), 4 mai 2005, *Haouach, o.c.*, note 3 et Cour const., 4 juin 2009, *El Haddouchi*, *o.c.*, note 3. Et pour un commentaire, voy. E. Alofs, D. Cuypers, « De doorwerking van polygamie in de Belgische rechtsorde, in het bijzonder in de Belgische sociale zekerheid : een status quaestionis na de arresten van het grondwettelijk hof van 4 mei 2005 en 4 juni 2009 », *T.S.R.*, 4/2009, pp. 531-567, spéc. pp. 557 et s.

32 Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 17 février 2011, *o.c.*, note 3, point 11, rappelé et suivi *in* Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 8 janvier 2014, *o.c.*, note 3, point 12.

33 *Ibid*, respectivement, point 11 et points 13 et s.

34 Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 8 janvier 2014, *o.c.*, note 3, point 13.

35 *Ibid.*, point 13 b).

36 Pour de plus amples développements et détails sur la problématique en l'espèce, voy. J. Mary, « Mariage polygamique : les juges du fond se rebellent », *R.T.D.F.*, 2014/2, pp. 287-295, spéc. pp.290-293.

37 Cour trav. Bruxelles (8e ch.), 8 janvier 2014, *o.c.*, note 3, point 13 c).

38 *Ibid.*, point 13 e).

39 *Ibid.*

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.155)
L'accueil en Belgique du mariage polygamique ou quand la Cour du travail de Bruxelles s'empoigne avec les juges de cassation : ...
Éditions Larcier - © Groupe Larcier

belge permettrait de conclure à un rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et partant, entraînerait sa contrariété avec l'ordre public[40].

Conclusion : enjeux de la controverse et changements futurs

Tant la position de la Cour du travail de Bruxelles que celle de la Cour de cassation présentent des avantages incontestables. La première revient en pratique à accorder un poids plus important à l'ordre public de proximité qui demeure en premier lieu un instrument « *favorable à la recherche d'une solution juste dans chaque cas* »[41]. Au contraire, la deuxième mène à l'application de l'ordre public atténué, élargissant les possibilités d'octroi de droit sociaux dans le cadre d'un mariage polygamique. En ce faisant, elle se montre plus sensible au respect de la culture étrangère.

Toutefois, malgré les avantages respectifs de l'une et l'autre position, du point de vue des individus concernés la décision juste n'existe pas. Une épouse est toujours victime de l'autre, la seconde en cas de refus du partage de la pension de survie et la première en cas de partage. C'est pourquoi, un auteur s'est interrogé sur l'application du concept d' « accommodement raisonnable »[42] en lieu et place de l'exception d'ordre public[43]. Ce concept permettrait dès lors une meilleure coordination entre différents systèmes juridiques et partant, un meilleur accueil des institutions étrangères.

Enfin, il y a lieu de relever que la Cour de cassation, suite à l'introduction par l'O.N.P. d'un pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 8 janvier 2014, vient de casser cet arrêt. Elle a rappelé sa jurisprudence en matière d'effets sociaux du mariage polygamique. De manière tout aussi elliptique, la Cour juge que « *Ni en se référant à la circonstance que postérieurement à la seconde union de son mari, la défenderesse a, à la différence de celui-ci, acquis la nationalité belge qu'elle possède depuis lors, ni en relevant qu'elle est établie en Belgique depuis le 15 mars 1971, où elle a vécu avec son mari uniquement, qu'elle n'a pas été informée du second mariage de celui-ci, auquel elle n'a pas consenti, que son mari a acquis en Belgique le droit à la pension de retraite d'où dérive la pension de survie litigieuse et que sa seconde épouse a toujours vécu au Maroc et ne s'est prévalue de son mariage à l'égard des autorités belges qu'après son décès, l'arrêt ne justifie légalement sa décision que « les effets [de ce] second mariage, même limités au partage de la pension de survie, heurtent l'ordre public international belge* » »[44].

Pour une plus grande sécurité juridique en la matière, il aurait été utile que la Cour de cassation rappelle que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs, que sont la proximité et la gravité, appliqués par le juge du fond en fonction des circonstances de l'espèce et dont seule l'application par ce juge doit être contrôlée par la Cour de cassation.

L'affaire est maintenant renvoyée à la Cour d'appel de Mons qui ne s'est plus, depuis les arrêts de la Cour de cassation, prononcée sur la question du partage de la pension de survie entre les veuves d'un homme polygame. En 2005, elle avait toutefois conclu au partage d'une pension de survie à la suite d'un mariage polygamique, adoptant en cela la position qui deviendrait celle de la Cour de cassation[45].

40 Pour un commentaire de la décision de la Cour du travail du 8 janvier 2014, voy. J. Mary, « Mariage polygamique : les juges du fond se rebellent », *o.c.*, note 36.

41 P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *o.c.*, note 19, p. 237.

42 J.-Y. Carlier et C. Henricot, « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? », *Ordre public et droit musulman de la famille*, *o.c.*, note 1, pp. 277-278, s'inspirant du concept développé au Canada.

43 *Ibid.*, p. 278.

44 Cass. (3e ch.), 15 décembre 2014, *o.c.*, note 3, dispositif.

45 La Cour du travail de Mons s'est prononcée sur la question en 2005 et a jugé que « *les effets de la prise en compte du second mariage, soit le partage de la pension de survie entre deux veuves, ne heurtent pas les principes de l'ordre public international belge, […]* », Cour trav. Mons (5e ch.), 8 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006/28, p. 1223.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.180.155)
L'accueil en Belgique du mariage polygamique ou quand la Cour du travail de Bruxelles s'empoigne avec les juges de cassation : ...
Éditions Larcier - © Groupe Larcier