

Les régimes matrimoniaux

Jean-Louis VAN BOXSTAEL¹

I. Introduction

◇ Au regard des successions, dont les règles de droit international privé viennent d'être unifiées à l'échelle de l'Europe², la matière des régimes matrimoniaux fait figure de « modèle ancien » ou même de « vieille figure ». Elle est emblématique des deux difficultés – même, des deux maux – qui traversent traditionnellement cette discipline, et qui en font la spécificité.

◇ La première réside dans la définition unilatérale, par chaque État, de la compétence de ses tribunaux : elle est source d'une concurrence, ou d'une compétition internationale des juges, parfois appelée *forum shopping*, que ne parviennent qu'imparfaitement à juguler les règles de litispendance internationale.

¹ La présente communication reprend, sous une forme légèrement remaniée, une présentation faite dans le cadre de la journée d'études organisée par l'UIA, le 27 mars 2015, intitulée « le DIP au quotidien ». L'auteur remercie les organisateurs de cette journée, particulièrement Me Nicole Van Crombrughe, de lui avoir donné l'opportunité de le présenter. La matière des régimes matrimoniaux a fait l'objet récemment de deux exposés fort complets, dus à M. WAUTELET. Nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur qui ne trouverait pas ici l'information qu'il recherche (« L'ingénierie patrimoniale dans les relations franco-belges : perspectives de droit international privé belge », in F. DERÈME (dir.), *Ingénierie patrimoniale. Questions particulières dans un contexte franco-belge*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 13 et s. et, abordant des questions plus particulières, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé – Autour de trois questions d'actualité », *Tijdschrift@ipr.be*, 2012, pp. 29 et s.).

² Voy. le rapport de M. WAUTELET.

Deux époux de nationalité belge résidant habituellement en Suisse pourront, à titre d'exemple, soumettre la question de la liquidation et du partage de leur régime matrimonial, aussi bien à la justice belge, car ils sont de nationalité belge commune, qu'à la justice suisse, puisqu'ils résident habituellement en Suisse. Il faudra examiner, pour départager ces juges, s'il y a lieu d'appliquer les dispositions préventives de la litispendance internationale contenue dans la convention belgo-suisse du 29 avril 1959³ et en pareil cas, comment il y a lieu de le faire⁴.

◇ La seconde difficulté est liée à la circonstance que chaque État fixe, unilatéralement ici aussi, de son propre point de vue donc, les règles de conflit destinées à identifier le droit applicable à une situation internationale.

Dans l'exemple décrit ci-dessus, le juge belge appliquera les règles belges de conflit de lois qui, si les époux se sont unis sans contrat avant le 1^{er} octobre 2004, conduiront à rendre applicable à leur régime matrimonial la loi de leur nationalité commune (dans l'exemple donc, la loi belge)⁵, et le juge suisse, les règles suisses, qui y rendront applicable plutôt le droit suisse, si les époux ont toujours résidé dans ce pays⁶.

Ainsi, la situation matrimoniale de ces époux, qui peut a priori être soumise aussi bien au juge belge qu'au juge suisse, sera analysée différemment des deux côtés de la frontière : en Belgique, à la lumière des règles belges de conflit de lois, et en Suisse, à la lumière des règles suisses, conduisant entre ces deux États, à des résultats substantiels différents apportés à une même question de droit, à savoir la détermination du régime matrimonial de ce couple.

Le droit belge en effet, applicable d'après les règles belges de conflit de lois, donc du point de vue des autorités et juridictions belges, prévoit un régime de communauté d'acquêts. Le droit suisse, applicable d'après les règles suisses, donc du point de vue des autorités et juridictions suisses, prévoit un régime de séparation de biens avec participation aux acquêts.

³ Convention du 29 avril 1959 entre la Suisse et la Belgique sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales, *M.B.*, 11 septembre 1962.

⁴ Voy. Civ. Bruxelles, 6 novembre 2013, R.G. n° 2012/15.603/A et 2013/271/A, et, confirmant la décision du premier juge, Bruxelles, 2 octobre 2014, R.G. n° 2014/AR/247. Ces deux décisions, inédites à notre connaissance, concluent à l'absence de litispendance, la première parce que l'exception n'en a pas été soulevée *in limine litis*, et la seconde, parce que la partie qui s'en prévalait demeurait en défaut d'établir que le juge belge avait été saisi « en second lieu ». L'arrêt de la Cour d'appel est actuellement déféré à la censure de la Cour de cassation.

⁵ Art. 3, al. 3, anc., C. civ., tel que mis en oeuvre, en matière de régime matrimonial, par Cass., 10 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 968, concl. J. VELU.

⁶ Art. 54, loi fédérale suisse du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

◇ « Étatique » et « processuel » au sens où l'entendait François Rigaux, car il dépend du point de savoir devant quelle autorité ou quelle juridiction l'on se trouve, qui mettra en œuvre ses propres solutions de conflit de lois, le droit international privé se révèle ainsi essentiellement « relatif »⁷. Il débouche en chacun des États intéressés à la relation à une vérité judiciaire certes raisonnée et satisfaisante, mais qui n'est valable que du point de vue de l'ordre juridique dont elle émane. Elle n'est pas nécessairement partagée par l'autre (ou les autres) ordre(s) juridique(s) intéressé(s) à la relation, qui peu(ven)t mettre en place, de son (leur) côté, ses (leurs) propres solutions de conflit de lois. « International » par son objet, puisqu'il s'intéresse aux rapports que les ordres juridiques entretiennent entre eux, le droit international privé demeure largement national par ses sources et partant ses solutions. Il « nationalise » la situation juridique internationale, attrait devant l'un des ordres juridiques particuliers qu'elle concerne et soumise devant lui aux solutions de conflit de lois qui s'y trouvent en vigueur. Celles-ci sont relatives, puisque valables seulement du point de vue des ordres juridiques dont elles émanent. Les décisions judiciaires rendues dans l'un et l'autre États pourront donc être contradictoires, et il faudra s'interroger sur leur capacité à être reconnues et exécutées en dehors de leurs frontières. Les parties pourront y avoir perdu beaucoup de temps et d'argent.

◇ C'est sous cet éclairage qu'est placée la présente contribution. Elle analysera les deux phases traditionnelles du raisonnement international-privatiste : la compétence judiciaire et la loi applicable, avant de rendre compte brièvement des travaux actuellement en cours en Europe pour remédier aux difficultés que l'on vient d'apercevoir.

II. La compétence judiciaire

A. Énoncé des règles de compétence

◇ La situation juridique internationale qu'il convient de régler doit d'abord être localisée, c'est-à-dire portée devant un for. Il faut identifier le juge ou l'autorité compétent(e) devant lequel le débat sera porté et le raisonnement conflictuel pourra se développer. Cette identification se fait, en chaque État, à la lumière des règles de compétence internationale, lesquelles sont unilatérales : il appartient à chaque ordre juridique de définir la compétence de ses autorités et de ses tribunaux.

C'est en droit belge (à la lumière des règles du droit belge) que l'on vérifiera si le juge belge est compétent, et en droit suisse (à la lumière des règles du droit suisse) que l'on vérifiera si le juge suisse l'est également.

⁷ *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, p. 6 ; « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé », *Rec. cours*, vol. 213, 1989, t. I, pp. 9 et s.

◇ En Belgique, la compétence judiciaire internationale en matière de régimes matrimoniaux, est, faute de texte international et notamment de texte réglementaire européen, régie par l'article 42, C. DIP⁸.

D'après cette disposition :

« Les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant le mariage ou ses effets, le régime matrimonial, le divorce ou la séparation de corps, outre dans les cas prévus par les dispositions générales de la présente loi, si :

1° en cas de demande conjointe, l'un des époux a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande ;

Le juge belge est compétent pour connaître de la demande conjointe formée par un Belge résidant en Belgique et une Suissesse résidant en Suisse, soumettant au juge, par une requête conjointe, la question de la liquidation et du partage de leur régime matrimonial.

2° la dernière résidence habituelle commune des époux se situait en Belgique moins de douze mois avant l'introduction de la demande ;

Le juge belge est compétent pour connaître de la demande formée par un Belge résidant en Belgique contre une Suissesse résidant en Suisse, si, à l'époque de sa cohabitation, le couple avait habituellement résidé en Belgique moins de douze mois avant l'introduction de la demande.

3° l'époux demandeur a sa résidence habituelle depuis douze mois au moins en Belgique lors de l'introduction de la demande ;

Le juge belge est compétent pour connaître de la demande formée par un Belge résidant en Belgique contre une Suissesse résidant en Suisse même si, à l'époque de sa cohabitation, le couple avait habituellement résidé en Suisse si, lors de l'introduction de la demande, le demandeur réside depuis douze mois au moins en Belgique.

ou 4° les époux sont belges lors de l'introduction de la demande ».

Le juge belge est compétent pour connaître de la demande formée par un Belge contre une Belge, même si les deux époux résident habituellement en Suisse où se trouve (-ait) la résidence conjugale.

⁸ Cette disposition s'applique aussi bien aux demandes formées entre époux qu'aux demandes formées entre personnes unies entre elles par une relation de vie commune (art. 59, al. 1^{er}, C. DIP).

◇ La disposition qui précède n'enferme pas tous les chefs de compétence du juge belge. Comme elle l'indique, elle sauvegarde l'application des critères généraux de la compétence judiciaire, lesquels figurent aux articles 5 et s., C. DIP.

Ces critères, qui s'ajoutent à ceux présentés ci-dessus, sont au nombre de deux.

Le premier est la localisation en Belgique du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur « lors de l'introduction de la demande » (art. 5, C. DIP).

Le juge belge est compétent pour connaître de la demande formée par une Suisse résidant habituellement en Suisse contre un Belge ou un Suisse résidant habituellement en Belgique.

Le second est l'élection de for en faveur du juge belge, visée à l'article 6, § 1^{er}, C. DIP, qui fonde la compétence exclusive du juge belge, dans le sens où elle permettra plus tard à la justice belge de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution de toute décision émanant du juge d'un autre État (art. 25, § 1^{er}, 7^o, C. DIP). Dans ce second cas, le juge belge élu peut « toutefois décliner sa compétence lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique » (art. 6, § 2, C. DIP). L'on peut ainsi songer que deux parties, dont aucune ne réside habituellement en Belgique, pourraient convenir d'une élection de for en faveur du juge belge, mais que celui-ci pourrait décliner la compétence qui lui est ainsi confiée, si ces parties ne possèdent aucun bien en Belgique.

Le juge belge est compétent pour connaître de la demande formée par deux Suisses résidant habituellement en Suisse, s'ils sont convenus d'une élection de for en faveur du juge belge, à moins que le juge n'estime que le litige ne présente « aucun lien significatif avec la Belgique », par exemple parce qu'ils ne possèdent aucun bien ni intérêt en Belgique.

◇ Ainsi présentée, la compétence internationale à l'égard du régime matrimonial, est – contrairement, cette fois, à ce que laissent entendre les termes de la disposition – détachée de la compétence internationale en matière de divorce.

Celle-ci obéit en effet d'abord aux prescriptions d'un règlement européen : le règlement n° 2201/2003 (« Bruxelles IIbis »)⁹. Celui-ci fixe en cette matière des critères de compétence impératifs, dans le sens qu'ils peuvent seuls fonder la compétence du juge d'un État membre de l'Union européenne lorsque le défendeur est un « ressortissant européen », c'est-à-dire qu'il « a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre » ou qu'il « est ressortissant d'un État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, [qu'il] a son “domicile” sur le territoire de l'un de ces États (...) » (art. 6). Une telle personne ne peut être atraite devant le juge d'un État membre que sur la base des dispositions réglementaires.

⁹ Voy. le rapport de Me GILLARD.

Les critères de compétence que celles-ci contiennent s'imposent tout autant à l'endroit des défendeurs « non européens », dans le sens que le droit commun de la compétence judiciaire (en Belgique donc, l'article 42 et les articles 5 et s., C. DIP) ne peut en chaque État membre fonder la compétence des juridictions de cet État que faute pour le règlement européen de conférer la compétence judiciaire au juge d'un autre État membre (art. 7, § 1^{er})¹⁰.

Ces règles – principales sources de compétence judiciaire en matière de divorce – s'appliquent à la dissolution et au relâchement du lien conjugal. Elles n'étendent pas leur empire à la liquidation et au partage du régime matrimonial, le règlement « Bruxelles IIbis » ne prévoyant aucune prorogation de compétence, même à l'endroit des demandes incidentes ou connexes. Aussi, lorsque, comme cela arrive la plupart du temps, une demande de liquidation-partage accompagne la demande en divorce, c'est à la lumière de règles différentes qu'il y a lieu d'apprécier la compétence du juge belge. La demande de divorce sera examinée à la lumière du règlement « Bruxelles IIbis » et, à titre subsidiaire seulement, de l'article 42 et des articles 5 et s., C. DIP. La demande de liquidation-partage obéira quant à elle à ces seules sources de droit commun. Les deux instances pourraient donc, théoriquement, être soumises à des juges différents, le juge belge étant compétent pour connaître de la première mais pas de la seconde, ou inversement. Les critères que ces règles différentes mettent en œuvre sont heureusement fort semblables, de sorte que la difficulté est théorique davantage que pratique. Il n'empêche. Il y a là un *curiosum*, lié à l'état actuel du droit positif, que l'entrée en application du règlement européen dont il sera question ci-dessous, ne permettra que partiellement de résoudre. Ce règlement, en effet, fera en certains cas dépendre la compétence du juge du divorce, compétent sur la base du règlement n° 2201/2003 pour connaître des questions de régime matrimonial, d'un accord exprès des parties¹¹.

¹⁰ CJCE, 29 novembre 2007, aff. C-68/07, *Kerstin Sundelind Lopez c. Miguel Enrique Lopez Lizazo*. Une ressortissante suédoise avait en cette espèce formé devant ses juges nationaux une demande en divorce contre son mari de nationalité cubaine retourné vivre à Cuba, alors que le couple avait résidé habituellement en France où la demanderesse séjournait toujours. La Cour a jugé que « lorsqu[e], [comme en l'espèce], un défendeur n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre et qu'il n'est pas ressortissant d'un État membre, les juridictions d'un État membre [en l'espèce la Suède, dont la demanderesse avait la nationalité] ne peuvent pas, pour statuer sur cette demande, fonder leur compétence sur leur droit national, si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes au titre de l'article 3 du [...] règlement ». Or en l'espèce, les juges français étaient doublement compétents, sur le fondement de l'article 3, § 1^{er}, *litt. a*) : en tant que juges du lieu de la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y résidait encore (deuxième tiret), et en tant que juges du lieu de la résidence habituelle de la demanderesse, dès lors qu'elle avait résidé en France pendant au moins une année « immédiatement avant l'introduction de sa demande » (cinquième tiret).

¹¹ L'accord exprès des parties sera notamment requis lorsque la compétence du juge du divorce est fondée sur la résidence habituelle du demandeur (art. 3, § 1^{er}, cinquième et sixième tirets du règlement « Bruxelles IIbis ») ou lorsque ce juge est appelé à statuer à l'endroit d'un défendeur « non européen » – par application donc, à l'égard de ce défendeur, de règles exorbitantes (art. 7 du même règlement). On y reviendra ci-dessous.

B. Litispendance et connexité

◇ L'unilatéralisme dans lequel sont conçues les règles de compétence – chaque État définissant de son propre point de vue ou pour son propre compte la compétence de ses autorités et de ses juridictions – est la source de difficultés de lacune ou de cumul.

Il y a lacune lorsqu'aucun juge ne se présente pour connaître d'un contentieux. Cette difficulté est résolue par l'article 11, C. DIP, qui propose le for belge comme « for de nécessité » « lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique » (liés à la nationalité des protagonistes ou à la localisation en Belgique d'une partie de leur patrimoine, à titre d'exemple) « 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 ».

Le problème du cumul (la circonstance que plusieurs juges se présentent pour connaître d'un même contentieux) est plus embarrassant. Outre le *forum shopping* dont elle est à la base (le fait que le demandeur se voit offrir le choix entre plusieurs juges, qu'il pourra sélectionner en fonction du résultat substantiel qu'il souhaite atteindre), cette difficulté concourt à la multiplication, sur le plan international, de contentieux parallèles pouvant mener à des résultats substantiellement différents, parfois inconciliables.

Deux Belges dont la résidence habituelle est en Suisse, et qui s'opposent sur la liquidation et le partage de leur régime matrimonial, pourront, comme on l'a déjà vu, en saisir aussi bien la justice belge, sur le fondement de l'article 42, 4°, C. DIP, puisqu'ils sont tous deux de nationalité belge, que la justice suisse, sur le fondement des dispositions correspondantes du droit suisse, dès l'instant qu'ils résident habituellement en Suisse¹².

Le droit processuel international prévoit traditionnellement deux remèdes au concours des procédures de ce genre.

Le premier est préventif, et joue en amont de la saisine de la juridiction. Il s'agit de la litispendance internationale qui paralyse la poursuite de l'examen du litige par le juge saisi en second. La litispendance n'était autrefois réglée, internationalement, que dans le cadre de conventions internationales bilatérales, qui subsistent actuellement dans les espaces – comme la liquidation-partage du régime matrimonial – que le droit processuel européen n'a pas encore investis. Telles sont les conventions franco-belge du 8 juillet 1899¹³, belgo-néerlandaise du 28 mars 1925¹⁴, belgo-allemande du 30 juin 1958¹⁵, belgo-suisse du 29 avril 1959¹⁶ et belgo-italienne du 6 avril 1962¹⁷. Ces conventions posent l'obligation pour les juridictions de l'un et l'autre États de suspendre l'examen du litige, par une « abstention de statuer »,

¹² *Supra*, note 4.

¹³ *M.B.*, 30 juillet 1900.

¹⁴ *M.B.*, 27 juillet 1929.

¹⁵ *M.B.*, 18 novembre 1960.

¹⁶ *M.B.*, 11 septembre 1962.

¹⁷ *M.B.*, 28 novembre 1963.

lorsqu'elles sont saisies d'une demande qui, « fondée sur la même cause et mue entre les mêmes parties », est déjà pendante devant un tribunal de l'autre État « qui serait compétent dans le sens de la (...) convention » et « s'il peut en résulter une décision qui devrait être reconnue dans l'autre État ». Cette formulation est relativement primitive, et pose de nombreux problèmes, dont les principaux sont celui de l'identité de la cause et du moment de la saisine des juridictions respectivement en concours¹⁸. Sur le plan de la cause, la jurisprudence paraît aujourd'hui encore se cantonner, dans les relations internationales, à une acception assez démodée, y voyant le fondement juridique de la demande¹⁹. Il est partant difficile de reconnaître une identité de cause à deux demandes pendantes pourtant entre les mêmes parties, et ayant l'une et l'autre le même objet (la liquidation et le partage d'un régime matrimonial) mais appuyées, au niveau du droit applicable, sur une loi différente : on jugera nécessairement que ces deux demandes n'ont pas la même cause, puisque leur fondement juridique diffère, avec la conséquence que le premier remède, préventif, à la saisine parallèle de juridictions ne pourra pas être administré. Quant au moment de la saisine de la juridiction, il est généralement admis qu'il s'agit d'une question de droit interne, soumise devant chaque juge à la *lex fori*. Des démarches procédurales différentes (la signification d'un côté, le dépôt de la demande au greffe de la juridiction de l'autre) pourront dès lors cliquer, en fonction des prescriptions de cette loi, le moment effectif de la saisine et, partant, l'ordre de priorité entre les juridictions en concours. Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, rendu à la fois en matière de divorce et de liquidation-partage du régime matrimonial, a suscité récemment, dans le contexte de la convention belgo-suisse, une autre question au sujet de la litispendance : celle du moment auquel cet incident doit être soulevé. Réformant la solution traditionnelle que le tribunal avait mise en œuvre, d'après lequel l'incident doit, comme en droit interne, être soulevé *in limine litis*, la cour a jugé que le moyen relève, dans les relations internationales, de l'ordre public, de sorte qu'il peut être soulevé à tout moment de l'examen du litige, jusqu'au moment de la clôture des débats²⁰.

¹⁸ Voy., par ailleurs, pour un cas d'application de l'article 14 de la convention belgo-italienne à deux actions en liquidation-partage d'une succession portées respectivement devant les tribunaux de Bruxelles et de Rome, Bruxelles, 6 décembre 2011, *R.T.D.F.*, 2012, pp. 1.125 et s., obs. C. HENRICOT, qui décide n'y avoir pas lieu à soulever l'exception dès l'instant que les juridictions italiennes, n'étant pas celles du dernier domicile du défunt au sens de l'article 2, § 9, litt. a, de la convention n'avaient aucune compétence pour connaître la demande.

¹⁹ Cass., 4 mai 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 806, concl. conf. proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; *J.T.*, 1972, p. 501 ; *R. C. J. B.*, 1973, p. 239, obs. F. RIGAUX, « L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé », qui définit la cause comme le « fondement juridique » de la demande, et estime par voie de conséquence qu'il n'y a pas litispendance, au sens de la convention belgo-allemande, entre deux demandes en divorce portées devant les juridictions de ces deux pays, mais qui y sont appuyées sur des griefs différents. Voy., pour une conception plus étroite de la « cause », not. F. BALOT, « L'identité d'objet et l'identité de cause en matière de litispendance », obs. sous J.P. Tournai, 19 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011, p. 506, qui propose, en matière de litispendance, de s'en tenir purement et simplement aux « faits invoqués ou qualifiés par les parties », en dehors de toute qualification juridique de ceux-ci.

²⁰ La Cour, dont l'arrêt est cité *supra*, note 4, estime que le but des conventions bilatérales est de « faciliter autant que possible le règlement des situations de litispendance internationale », ce qui interdirait d'en « restreindre (...) la possibilité d'application (...) en se référant à des règles de procédure de droit interne prévoyant qu'une exception de litispendance doit être soulevée *in limine litis* (...) ». L'arrêt fait, comme on l'a déjà dit, l'objet d'un pourvoi en cassation.

Le code de droit international privé met en place en droit commun une exception de litispendance qui s'inspire des conventions bilatérales et, au-delà, du droit réglementaire européen. Elle permet au juge belge saisi d'une demande déjà pendante devant une juridiction étrangère « entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause » de surseoir à statuer, en tenant compte « des exigences d'une bonne administration de la justice », « jusqu'au prononcé de la décision étrangère », pourvu qu'il soit « prévisible que la décision étrangère sera susceptible de reconnaissance et d'exécution en Belgique ». La litispendance internationale oblige par ailleurs le juge belge à se dessaisir « lorsque la décision étrangère est susceptible d'être reconnue » en Belgique (art. 14, C. DIP).

Le deuxième remède mis en place au concours international des procédures est seulement curatif, et ne supprime pas le mal auquel il s'attaque. Il s'agit, en aval, de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une décision qui aurait été rendue à l'étranger en contradiction à « une décision déjà rendue sur le même litige entre les mêmes parties, par une autorité judiciaire de l'État où la reconnaissance est demandée »²¹. L'article 25, § 1^{er}, C. DIP, évoque doublement ce motif de refus. Il permet à l'autorité requise de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'une décision rendue à l'étranger si elle est « inconciliable avec une décision rendue en Belgique » (5°) si la demande qui l'a précédée « a été introduite à l'étranger après l'introduction en Belgique d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties et sur le même objet » (6°). Cette manière de sanctionner la multiplication internationale des procédures, perçues comme produit d'une mauvaise foi procédurale de parties ayant abusé des « ressources du service public de la justice »²², permet certes de sauvegarder, en chaque État intéressé à la relation, la cohérence de l'ordre juridique. Mais elle n'y empêche nullement le « gaspillage »²³ de ces ressources.

◇ Il est rare que les demandes également pendantes devant les justices belge et étrangère soient en tous points identiques. Elles sont plutôt la plupart du temps « liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et juger en même temps, afin d'éviter des solutions qui seraient susceptibles d'être inconciliables si les causes étaient jugées séparément » : il y a alors connexité (art. 30, C. jud.). Pareille connexité peut se rencontrer dans le contexte international d'une liquidation-partage, lorsque le couple, établi dans un pays déterminé, possède des biens sur le territoire d'un autre.

Ainsi lorsqu'un couple de Belges, résidant habituellement en Belgique, possède un chalet en Suisse. Il est possible que, parallèlement à l'action en liquidation-partage pendante entre eux devant la justice belge, dont la saisine s'étend à leur patrimoine « mondial », ce couple s'oppose devant la justice suisse sur une demande partielle, limitée à l'immeuble qu'il possède en Suisse (à laquelle pourra le cas échéant se greffer une demande incidente, étendant la saisine du juge à la totalité du patrimoine). Il y aura là deux actions distinctes, qui (initialement tout au moins) ne sont pas identiques, mais connexes.

²¹ Art. 1^{er}, 4°, de la Convention belgo-italienne du 6 avril 1962, citée *supra*, note 17.

²² F. BALOT, « L'identité d'objet et l'identité de cause en matière de litispendance », *op. cit.*, p. 514.

²³ *Ibid.*

En l'absence de tout mécanisme collaboratif mis en place par une convention internationale, l'on peut songer que le juge suisse ne verra aucun inconvénient à poursuivre séparément l'examen du litige dont il est saisi, ayant pour objet une sortie d'indivision limitée à l'immeuble situé en Suisse, alors même qu'une action plus large est actuellement pendante en Belgique. Les moyens dont la justice belge dispose à l'endroit d'un immeuble situé en pays étranger sont en effet fort limités : non seulement est-il impossible que le juge belge puisse commettre un notaire, ou toute autre autorité légale étrangère²⁴, comme il pourrait commettre un notaire belge, mais toute mesure d'autorité qu'il imposerait aux parties (comme l'homologation d'un état liquidatif contenant l'attribution du bien à l'une des parties, ou la décision d'exposer le bien en vente au motif qu'il n'est pas commodément partageable en nature) est privée d'efficacité si elle ne recueille pas l'*exequatur* sur le territoire de l'État sur le territoire duquel l'immeuble est situé. Autant dire que la procédure poursuivie sur le territoire de l'État de situation de l'immeuble le sera plus rapidement, et avec plus de fruits, que la procédure « éloignée » opposant les parties dans l'État de leur nationalité ou de leur résidence.

L'inverse est vrai : le tribunal de première instance de Bruxelles n'avait, il y a quelques années, pas vu d'objection à connaître d'une action en liquidation-partage limitée à un immeuble qu'un couple de Grecs, résidant habituellement en Grèce, et entre lesquels une action en divorce était pendante devant la justice grecque, avait précédemment acquis en Belgique²⁵.

Dans des cas de ce genre, deux actions en liquidation-partage se développent parallèlement, et c'est au plus rapide des juges saisis qu'est donnée la priorité, sous la réserve cependant que sa décision soit reconnue à l'étranger et, au besoin, qu'elle y soit mise à exécution. Une question subsidiaire ne s'en pose pas moins : à supposer, dans l'exemple cité ci-dessus, que le juge suisse ordonne la vente du bien situé en Suisse, à la diligence d'un notaire suisse désigné par justice, qui présidera à la distribution des fonds, et à qui seront-ils remis ? Est-ce directement aux parties, après que leurs droits auront été fixés par le juge suisse, ou au notaire liquidateur investi par la justice belge ? Cette question reste ouverte, et dépend de savoir dans quelle mesure la décision belge désignant le notaire liquidateur est comme telle détachable de la procédure qui la suivra, et susceptible de reconnaissance (ou d'*exequatur* ?) sur le territoire de l'État de situation des biens.

◇ La récente modification, en droit belge, de la procédure de liquidation-partage n'est pas faite pour résoudre la difficulté. Elle introduit dans le Code judiciaire un article 1208, § 4, qui, sans rien retirer au principe que le juge belge est compétent pour connaître de la liquidation et du partage de la totalité d'un patrimoine, où que

²⁴ Il paraît par contre permis d'obtenir des parties, sous astreinte, qu'elles s'adressent à pareille autorité, pour obtenir à titre d'exemple l'expertise d'un bien qu'elles possèdent à l'étranger. Voy. à ce sujet, parmi d'autres auteurs, M. VERWILGHEN, « Le partage des biens situés à l'étranger », in J.-Fr. TAYMANS et J. VAN COMPERNOLLE (éd.), *Les incidents du partage judiciaire. Problèmes concrets. Solutions pratiques*, coll. Patrimoine, vol. XXII, Bruxelles, Bruylant et Académia, 2001, pp. 167 et s.

²⁵ Civ. Bruxelles, 4 octobre 2001, *Div.*, 2002, p. 6, obs. L. BARNICH. Le tribunal de la famille de la même ville s'est plus récemment reconnu compétent pour ordonner la liquidation-partage d'un immeuble qu'un couple de Français possédait à Bruxelles, alors que leur divorce, et la liquidation de leur régime matrimonial, avait précédemment été ordonné par la justice française (Fam. Bruxelles, 22 mai 2015, R.G. n° 15/205/A).

soient situés les biens qui le composent, permet au notaire liquidateur, avec l'autorisation du tribunal, de scinder les masses en procédant distinctement à l'égard du (des) bien(s) situé(s) à l'étranger qu'il désigne²⁶. Le juge belge pourrait ainsi autoriser le notaire liquidateur à procéder à un partage distinct à l'endroit du chalet qu'un couple possède en Suisse. Il n'est nullement dit cependant que cette solution ne pourrait être ordonnée que si un juge suisse a, de son côté, été saisi de la difficulté. Le juge belge conserve au contraire sa compétence, de même que le notaire liquidateur qu'il a désigné, à l'égard du chalet dont est peut-être saisie la justice suisse – simplement, ce chalet fera-t-il l'objet, en Belgique, d'un « partage distinct », échappant aux délais fixés pour le partage principal. La solution n'est donc qu'expédiente, et la difficulté guère véritablement résolue.

III. La loi applicable

◇ La Belgique s'est dotée le 1^{er} octobre 2004, à l'occasion de l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, de règles modernes, et assez novatrices, en matière de détermination de la loi applicable au régime matrimonial.

En voici les principaux traits.

A. Non-rétroactivité des règles nouvelles

◇ Les règles nouvelles ne sont pas faites, en premier lieu, pour régir les couples qui se seraient mariés avant l'entrée en vigueur du code. Saisie d'un litige intéressant un couple de nationalités différentes (le mari était italien, et l'épouse, belge) marié sans contrat en 1952, à une époque où jurisprudence et doctrine donnaient en pareille hypothèse préférence à la loi nationale du mari (la loi italienne, donc, en l'espèce), la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 9 septembre 1993, que « le régime matrimonial légal auquel sont soumis les époux mariés sans contrat est si étroitement lié à l'institution du mariage que la détermination de la loi applicable à ses effets patrimoniaux doit être considérée comme définitivement acquise au moment où est consommé le fait générateur de ceux-ci », à savoir la célébration du mariage²⁷. C'est à la loi italienne – celle de la nationalité du mari – qu'est aujourd'hui encore soumis un couple de nationalités différentes marié en 1952 : la règle de conflit nouvelle, donnant en pareille hypothèse priorité à la loi de la première résidence conjugale du couple, ne s'applique qu'à ceux qui se sont mariés après le 29 août 1955, date de l'entrée en vigueur, en Belgique, de la convention européenne des droits de l'homme²⁸.

²⁶ Pareille scission avait été suggérée, avant le vote de la loi du 13 août 2011, par Jean-François TAYMANS (« Les situations et blocage et le procès-verbal intermédiaire de difficultés. De quelques situations de blocage », in Fédération royale du Notariat belge, Ordre des Barreaux francophones et germanophones et Commission des Conférences des Jeunes Barreaux (org.), *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Actes du colloque organisé à Genval le 1^{er} février 2007, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 118 et s.).

²⁷ *Rev. not. b.*, 1993, p. 563, concl. E. LIEKENDAEL ; *J.L.M.B.*, 1994, p. 398, obs. M. LIÉNARD-LIGNY ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 668, obs. N. WATTÉ ; *R.T.D.F.*, 1994, p. 471, obs. N. COIPEL.

²⁸ *Appr.*, L. 13 mai 1955.

Il découle de cet arrêt qu'en matière d'effets patrimoniaux, la date du mariage est déterminante pour fixer le droit applicable ou, plus exactement, la règle de conflit de lois dont il convient de faire application. Transposée à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, cette jurisprudence signifie qu'il faut en droit belge, pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial, faire une distinction selon la date de la célébration du mariage. Les époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004, date de l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, sont soumis aux anciennes règles de lois – celles que la jurisprudence déduisait, depuis un arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 avril 1980, de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, qui soumettait l'état et la capacité des personnes à leur loi nationale commune²⁹. Seuls les époux mariés depuis le 1^{er} octobre 2004, date de l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, sont soumis aux règles du Code qui, même dans le cas d'un couple de nationalité commune, soumettent en principe le régime matrimonial au « droit de l'État sur le territoire duquel l'un et l'autre époux fixent pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage »³⁰.

Prenons un couple de Belges ayant fixé sa première résidence conjugale en Grèce, et qui n'a pas conclu de contrat de mariage. Ce couple sera, sous l'empire des anciennes règles de conflit de lois, soumis à la loi belge (loi de leur nationalité commune). Et il sera, sous l'empire des nouvelles, soumis à la loi grecque (loi de l'État sur le territoire duquel « l'un et l'autre époux fixent pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage »). Tout dépendra de la date du mariage : marié avant le 1^{er} octobre 2004, ce couple sera soumis aux anciennes règles de conflit de lois ; marié depuis cette date, il sera soumis aux nouvelles.

B. Autonomie de la volonté

◇ Au principe de non-rétroactivité qui vient d'être exposé, il est fait une dérogation remarquable, pour le cas où les époux auraient exprimé un choix quant à la loi applicable à leur régime matrimonial. L'article 127, § 2, du Code DIP, dispose qu'« [u]n choix du droit applicable par les parties antérieur à l'entrée en vigueur de la présente loi est valide s'il satisfait aux conditions de la présente loi ». Il en résulte que même des époux mariés avant l'entrée en vigueur du Code disposent aujourd'hui, *a posteriori* ou plutôt rétroactivement, de la liberté que celui-ci aménage de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial.

Le Code lève par là les incertitudes qui pesaient autrefois sur le choix que les époux faisaient de la loi applicable à leur régime matrimonial. Avant l'entrée en

²⁹ *Pas.*, 1980, I, p. 968, concl. J. VELU. Pour décider que le régime matrimonial d'un couple unissant un Belge à une Allemande ayant acquis par mariage la nationalité belge de son mari était soumis à la loi belge – loi de la nationalité commune du couple –, la Cour pose que « le régime matrimonial légal auquel sont soumis les époux mariés sans contrat est si étroitement lié au mariage et à ses effets que dans le cas où, comme en l'espèce, les époux ont acquis une nationalité commune par la conclusion du mariage, ce régime doit être considéré comme concernant l'état des personnes et est en principe soumis à la loi de l'État de cette nationalité commune ».

³⁰ Art. 51, 1^o, C. DIP.

vigueur du Code, il n'était pas certain qu'ils disposent de pareille liberté, puisqu'il était généralement admis que le régime matrimonial relevait de l'état des personnes et qu'il n'y avait en cette matière aucune place pour l'autonomie de la volonté. Il était donc possible que l'autonomie de la volonté dont disposaient les époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004 n'était que dérivée, c'est-à-dire qu'elle n'existait que dans les limites de la loi applicable à défaut de choix : dans cette thèse, deux époux de nationalité française bénéficiaient à titre d'exemple de la liberté de choix aménagée par le droit français, mais deux époux roumains n'en bénéficiaient pas, le droit roumain n'aménageant aucune liberté de choix en matière de régime matrimonial. Cette thèse n'a cependant jamais reçu de confirmation au plus haut degré de juridiction, la Cour de cassation ne s'étant jamais prononcée, comme on l'a relevé ci-dessus, qu'au sujet du régime matrimonial d'époux mariés « sans contrat »³¹.

Le Code lève ces incertitudes, en ouvrant aux époux mêmes mariés avant son entrée en vigueur la liberté de choix qu'il aménage en son article 49 pour les couples mariés depuis cette date.

◇ Cette liberté de choix se caractérise par les éléments suivants.

Sur le fond, elle connaît une double limite :

- les époux ne peuvent choisir que l'une des lois – ou l'un des « droits » – dont l'article 49, § 2, les autorise à faire choix : celui de l'État de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'un d'eux, ou celui de l'État « sur le territoire duquel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage » ce qui, à titre d'exemple, autorise deux Allemands vivant en Belgique à choisir le droit italien s'ils ont l'intention de s'établir dans ce pays « pour la première fois » « après la célébration du mariage »³² ;
- le dépeçage est interdit : le choix exprimé par les époux doit porter sur l'« ensemble de leurs biens » (art. 50, § 2, al. 2, C. DIP).

Le choix, exprimé par deux Belges résidant habituellement en Belgique, de la loi française pour régir leur régime matrimonial relativement à un immeuble qu'ils possèdent en France (choix autorisé, en France, par l'article 6, al. 4, de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, en vigueur dans cet État) sera, en Belgique, doublement invalidé : il contient un choix que l'article 49, § 2, n'autorise pas, et provoque un dépeçage du régime matrimonial que le droit belge prohibe.

³¹ Tels sont les termes utilisés par les arrêts *Eicker* et *Weimberg*, cités *supra*, notes 29 et 27 respectivement. Voy. plus récemment Cass., 4 décembre 2009, *R.T.D.F.*, 2010, p. 718, obs. Pour un état de la question, avant l'entrée en vigueur du Code, voy. N. WATTÉ et L. BARNICH (collab.), « Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. XVIII, I. 2, n° 41, spéc. pp. 65-66 ; dans un autre sens, M. VERWILGHEN, « Les rapports patrimoniaux dans le couple en droit international privé belge. Du droit positif actuel vers une révision codifiée », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives. Colloque en hommage à Michel Grégoire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 277 et s.

³² Notons dès à présent qu'à défaut de choix de loi, c'est de toute manière au droit italien que sera, dans ce cas de figure, soumis le régime matrimonial de ce couple (art. 51, 1^o, C. DIP).

Sur la forme, elle obéit à un rattachement alternatif (ou facultatif) de la règle *locus regit actum* : le choix du droit applicable au régime matrimonial obéit, comme celui d'un régime matrimonial lui-même, soit à la loi de l'État sur le territoire duquel il est fait (*lex loci actus*), soit à la loi de l'État dont le droit s'applique au régime matrimonial « au moment du choix » (*lex causae*) (art. 50, § 2, al. 1^{er}, et 52, al. 1^{er}, C. DIP, qui précise, en une règle matérielle, que ce choix doit « au moins faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux »).

Cette règle libérale permet l'importation, en droit belge, de contrats de mariage non notariés, lorsque les (futurs) époux, étant par exemple de nationalité danoise, font choix de la loi d'un pays qui, comme le Danemark, ignore l'institution du notariat latin³³.

C. Rattachements subsidiaires

◇ Faute de choix de la loi applicable à leur régime matrimonial, les époux sont soumis à des règles de rattachement « en cascade ».

Il faut à cet égard distinguer la situation des couples mariés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi³⁴.

◇ Pour ceux qui se sont mariés avant le 1^{er} octobre 2004, il faut vérifier d'abord s'ils partagent une même nationalité. Ce n'est que faute de nationalité commune que l'on recourt au critère subsidiaire qui, pour les époux mariés après l'entrée en vigueur, à l'égard de la Belgique, de la Convention européenne des droits de l'homme, est celui de la première résidence conjugale³⁵. Ces facteurs de rattachement doivent être appréciés au moment de la célébration du mariage puisque, dans la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation, celle-ci fixe définitivement la loi applicable³⁶.

³³ L'on décidait autrefois que, si le mariage était célébré en Belgique, pareil contrat « sous seing privé » devait au préalable être déposé pour minute aux mains d'un notaire, pour servir de base à la publicité que prévoyait l'article 76, 10°, du Code civil. Cette disposition a été abrogée par une loi – celle du 14 janvier 2013 – entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2015. La publicité des contrats de mariage par voie de mention dans l'acte de mariage est remplacée par la publicité unique, par voie d'inscription au registre central des contrats de mariage, qu'organise la loi du 13 janvier 1977 « portant approbation de la Convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, faite à Bâle le 16 mai 1972, et portant introduction d'un registre central des contrats de mariage », dans sa modification du 6 mai 2009 (art. 4, § 2). L'inscription étant, d'après l'A.R. d'exécution (21 juin 2011) réservée aux notaires du Royaume (ainsi qu'aux agents du corps consulaire belge), tout contrat soumis à la loi belge devra, pour son opposabilité aux tiers, être déposé au rang des minutes d'un notaire du Royaume (art. 54, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. DIP). Il n'est par ailleurs pas interdit d'encourager les couples établis en Belgique à s'adresser à un notaire du Royaume pour qu'il procède à la publicité unique que prévoit désormais la loi belge.

³⁴ Voy., pour plus de détails, les contributions de P. WAUTELET citées à la note 1 ci-dessus, ainsi que celles de N. WATTÉ et L. BARNICH, et de M. VERWILGHEN, citées à la note 31.

³⁵ Voy. à cet égard Cass., 4 décembre 2009, *R.T.D.F.*, 2010, p. 793, obs. Pour les époux mariés avant cette date, le critère subsidiaire est, on l'a vu ci-dessus, celui de la nationalité du mari (*supra*, note 27).

³⁶ *Ibid.*

Il y a lieu, au sujet de ces règles anciennes, de faire une double observation.

En premier lieu, dans les règles anciennes, le renvoi avait un caractère obligatoire³⁷. Si donc le droit étranger désigné par la règle de conflit de lois retournait la compétence à l'ordre juridique initial (« renvoi au premier degré ») ou la conférait à un ordre juridique tiers (« renvoi au second degré »), il y avait lieu d'en tenir compte pour la solution de conflit de lois. Cette solution est toujours applicable, aujourd'hui, aux époux soumis aux anciennes règles.

Ainsi, du régime matrimonial de deux Anglais définitivement établis en Belgique, le droit anglais (celui de la nationalité commune du couple) soumettant le régime matrimonial à la loi de l'État sur le territoire duquel le couple est établi³⁸.

Par ailleurs, dans cette échelle de rattachement « ancienne », aucune solution n'est apportée à la situation des époux qui, ne partageant aucune nationalité commune, n'ont jamais cohabité : il semble qu'il faille alors substituer le critère de la résidence conjugale d'intention, ou de l'intention de résidence conjugale, à celui de la résidence conjugale proprement dite.

◇ Le rattachement en cascade que propose, à l'endroit des époux mariés après le 1^{er} octobre 2004, l'article 51, C. DIP est bien différent. Il est prévu que les époux sont soumis d'abord au « droit de l'État sur le territoire duquel l'un et l'autre (...) fixent pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage », puis, « à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même État », au « droit de l'État dont l'un et l'autre (...) ont la nationalité au moment de la célébration du mariage » et enfin, « dans les autres cas », au « droit de l'État sur le territoire duquel le mariage a été célébré ». Les critères que propose le Code paraissent ici beaucoup plus certains que ceux contenus dans les règles anciennes, notamment parce que le renvoi en est définitivement exclu (art. 16, C. DIP). Mais, outre les autres possibilités de déroger à la loi normalement applicable, il y a lieu de tenir compte de la clause d'exception qui pourrait amener le juge de la liquidation à déroger au rattachement qu'elles contiennent pour le cas où « il

³⁷ Cass., 17 octobre 2002, *R.T.D.F.*, 2003, p. 341, note M. FALLON ; *Echtscheidingsj.*, 2003, p. 2, note M. TRAEST.

³⁸ C.E.L., Dos. n° 1.907, *Trav.*, 1989-1990, pp. 311 et s., qui cite en particulier Civ. Audenaerde, 29 juin 1982, *R.W.*, 1982-1983, col. 1.135, note J. ERAUW ; Mons, 20 novembre 2007, *Rev. not. b.*, 2008, p. 71, qui, après avoir rappelé que le régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé demeure soumis aux anciennes règles de conflit de lois et partant, en l'espèce, à la loi nationale du mari (la loi anglaise), constate que celle-ci renvoie la compétence, à l'endroit de la propriété mobilière, à la loi du « domicile » du mari, et invite les parties à s'expliquer sur la situation de ce dernier à la lumière du droit anglais. *Adde*, plus récemment, Anvers, 17 décembre 2014, *Notamus*, 2015/1, p. 23, soumettant deux époux de nationalité néerlandaise unis avant l'entrée en vigueur du Code, et qui s'étaient établis en Belgique peu de temps après la célébration de leur mariage, à la règle de mutation automatique du régime matrimonial contenue dans la convention de La Haye en faveur de la loi du pays d'établissement (en l'espèce, le droit belge) par renvoi opéré par le droit belge aux règles du droit international privé néerlandais (notes G. VAN CALSTER et S. BERTA).

apparaît[rait] manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre État », auquel cas il serait fait « application du droit de cet autre État » (art. 19, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. DIP).

Il pourrait, sous le bénéfice de la clause d'exception, être fait application du droit belge au régime matrimonial d'un couple de Belges qui, après avoir brièvement résidé en Grèce ou en Suisse après la célébration de leur mariage, se seraient de longue date établis en Belgique où ils posséderaient l'essentiel de leur patrimoine. Il en serait de même de deux époux de nationalité différente n'ayant pas cohabité immédiatement après la célébration de leur union, et qui se seraient en définitive fixés en Belgique. La clause d'exception pourrait, nous semble-t-il, justifier l'application à la situation patrimoniale de ce couple de la loi belge, plutôt que de celle d'un État exotique comme le Nevada ou l'Indonésie sur le territoire duquel il pourraient, au hasard d'un voyage, avoir célébré leur union.

D. Mutabilité

◇ Soucieux de permettre aux époux d'adapter leur régime matrimonial à leur nouvel environnement, le Code aménage enfin la liberté, pour eux, de changer de régime matrimonial. Ce changement peut avoir lieu de deux manières.

Les époux désireux de modifier leur régime matrimonial dans le cadre autorisé par la loi qui leur est actuellement applicable le feront sans avoir à changer au préalable de loi applicable à leur régime matrimonial. Ils se conformeront alors, au fond, aux prescriptions de la loi applicable et, en la forme, aux prescriptions du droit belge (art. 53, § 1^{er}, 4^o, et 52, al. 2, C. DIP). La question de savoir si une homologation judiciaire est requise relève, à l'estime de la jurisprudence, du fond. Si la loi étrangère dans le cadre de laquelle les époux agissent prescrit pareille homologation, elle sera toujours requise, en Belgique, même si la loi belge ne la prévoit plus : il y a lieu de se conformer, sur ce point, aux exigences de la loi étrangère.

Ainsi de la modification du régime matrimonial à laquelle procèdent deux époux français établis en Belgique qui, au moment de la modification, ont des enfants mineurs ou dont les enfants ou les créanciers s'opposent à la modification de régime matrimonial : le droit français prescrit en effet, en pareilles hypothèses, l'homologation judiciaire³⁹.

³⁹ Mons, 15 juin 2009, *Rec. gén.*, 2009, n° 26.106, obs. V. VANDERCAM et V. LELUBRE. En droit français, l'acte notarié portant modification du régime matrimonial est soumis obligatoirement, lorsque l'une ou l'autre des parties a des enfants mineurs, à l'homologation du tribunal (art. 1397, al. 5, C. civ. français), et cette homologation s'impose pareillement lorsque l'acte notarié a suscité, dans les trois mois de la notification qui leur en aura été faite, une opposition des enfants majeurs du couple, ou dans les trois mois de la publication intervenue, de ses créanciers (art. 1397, al. 4).

Il est aussi possible que les époux qui désirent changer de régime matrimonial ne puissent le faire dans le cadre de la loi qui leur est actuellement applicable. Ils doivent alors, préalablement à la modification de leur régime matrimonial, ou plutôt, à titre de modification, changer de loi applicable à leur régime matrimonial, en exprimant un choix de loi (art. 50, § 1^{er}, C. DIP). Il n'est pas clair si pareil choix, exprimé durant le régime, en faveur du droit belge, comporte la « liquidation du régime préexistant », et doit donc être précédée d'un inventaire, au sens de l'article 1394, § 2, al. 2, C. civ. F. Bouckaert estime qu'il faut faire une distinction selon que le choix du droit belge opérerait seulement *ex tunc*, pour l'avenir, en application du prescrit légal de l'article 50, § 3, C. DIP, ou que les parties lui donneraient une portée rétroactive, depuis le jour de la célébration de leur mariage. L'adoption du droit belge pour l'avenir seulement n'emporterait aucune liquidation du régime ancien, deux régimes (celui soumis à la loi ancienne et celui soumis à la loi nouvelle) se succédant simplement dans le temps. Mais une adoption rétroactive de la loi belge emporterait la liquidation du régime préexistant de droit ancien, puisque la loi belge s'y substituerait totalement, depuis le jour de la conclusion du mariage⁴⁰. Cette opinion nous paraît devoir être suivie, même si certains pourraient juger qu'il n'y a lieu à aucune liquidation et partant à aucun inventaire si le régime de communauté du droit belge devait succéder à un régime de communauté étranger, dans la mesure où il s'agirait seulement de faire varier les règles de composition et de dissolution du patrimoine commun, sans liquidation actuelle de celui-ci.

E. Relativité

◇ Les règles belges ne sont pas partagées par tous les ordres juridiques. Nombre d'entre eux, y compris en Europe, recourent à des règles différentes de conflit de lois. Il en est ainsi des droits allemand, italien, espagnol ou grec qui, dans le cas où les époux partagent une même nationalité, soumettent le régime matrimonial à la loi de la nationalité commune des époux, indépendamment du lieu où ils ont fixé leur première résidence habituelle. La prohibition, dans le Code de droit international privé, du renvoi (art. 16) interdit aux autorités et aux juridictions belges d'avoir égard à ces règles de conflit étrangères, et crée une distorsion définitive dans le statut patrimonial des couples.

⁴⁰ Cette opinion est présentée notamment dans "Het internationaal huwelijksvermogensrecht en het voorontwerp van IPR-wetboek : oude wijn in nieuwe zakken of jonge wijn in oude zakken?", *Liber amicorum Christiaan De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, pp. 379-380, ainsi que dans « Les points controversés dans les règles de conflit établies par le nouveau Code de droit international privé belge en matière de régimes matrimoniaux », in *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Paris, Defrénois, 2007, pp. 46-47.

Prenons un couple d'Allemands mariés sans contrat, ayant fixé en Italie leur première résidence conjugale. Supposons qu'ils envisagent aujourd'hui d'acquérir un immeuble en Belgique, ou qu'ils y divorcent, et que la question s'y pose de leur régime matrimonial. S'ils se sont mariés après le 1^{er} octobre 2004, ils seront en Belgique tenus pour mariés sous le régime légal italien de la communauté alors que tant du point de vue allemand que du point de vue italien, qui sont les deux ordres juridiques les plus intéressés à la relation, ils sont tenus pour mariés sous le régime légal allemand de la communauté différée des augmentations. La prohibition du renvoi, en droit international privé belge, empêchera de rétablir l'harmonie internationale des solutions en donnant la place qui leur revient aux règles de conflit italiennes.

IV. La proposition de règlement européen

◇ Un règlement européen de droit international privé ne supprime pas toutes les difficultés de cette discipline et même, il en suscite de nouvelles. Car, outre d'interpréter les règles de compétence et les règles de conflit de lois, il faut en vérifier le champ d'application dans l'espace, le temps et la matière. Il suscite à cet égard des questions de limite ou de frontière, en particulier avec d'autres instruments européens ou des conventions internationales. Mais un tel règlement règle à l'échelle de l'Europe les deux difficultés principales, traditionnelles du droit international privé, qui traversent aujourd'hui encore la matière des régimes matrimoniaux :

- en premier lieu, la définition de règles communes de compétence judiciaire, doublées de la mise en place de règles de litispendance et de connexité plus modernes et resserrées que celles que l'on trouve dans les conventions bilatérales et le code, règle en grande partie la question de la concurrence des juges⁴¹ ;
- en second lieu, la fixation de règles communes de conflit de lois exclut la difficulté de la relativité et assoit la permanence des solutions mises en place devant toutes les autorités et juridictions des États membres : elle assure à cette échelle l'harmonie internationale des solutions.

C'est dans cette optique que la Commission européenne a présenté le 16 mars 2011 une « proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux »⁴² actuellement en discussion, selon la procédure de la codécision, entre le Parlement européen et le Conseil⁴³⁻⁴⁴.

⁴¹ Voy. le point 3.4 de l'exposé des motifs de la proposition que nous allons examiner : « [e]n prévoyant des critères objectifs [et communs] pour déterminer le tribunal compétent, les procédures parallèles, ainsi que les recours précipités aux tribunaux par la partie la plus active, sont écartés ».

⁴² COM(2011) 126/2.

⁴³ Voy. à cet égard la résolution législative du Parlement européen du 10 septembre 2013 (COM(2011)0126-C7-0093/2011-2011/0059(CNS)) et la proposition du Conseil du 11 octobre 2013 (14756/13 LIMITE JUSTCIV 215-2011/0059 (CNS)).

⁴⁴ La proposition recueille en grande partie les dividendes du règlement n° 650/2012, dont elle reprend les termes mot pour mot, en de nombreux endroits. Il en est ainsi, singulièrement, de la définition

A. Compétence judiciaire

◇ En matière de compétence judiciaire, la proposition de règlement met en place trois règles principales :

- la première étend la compétence des tribunaux saisis d'une demande relative à la succession de l'un des époux en application du règlement n° 650/2012 aux « questions de régime matrimonial » qui y sont liées (art. 3, tel qu'amendé par le Parlement européen et le Conseil dans les textes cités à la note 43) ;
- la deuxième étend la compétence des tribunaux saisis d'une demande en divorce, séparation de corps ou annulation de mariage en application du règlement n° 2201/2003 (« Bruxelles IIbis ») aux « questions de régime matrimonial » qui y sont liées pour autant, en certains cas, que la compétence de ces juridictions ait fait l'objet d'un accord exprès des époux (art. 4, spéc. § 2)⁴⁵ ;
- la troisième prévoit, faute pour le juge d'un État membre d'être saisi d'une procédure de succession ou de divorce, séparation de corps ou annulation de mariage, une liste de critères hiérarchiquement énumérés, donnant compétence au juge de l'État membre *a)* sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle ; ou à défaut *b)* sur le territoire duquel ils ont eu leur dernière résidence habituelle, dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou à défaut *c)* sur le territoire duquel le défendeur a sa résidence habituelle, ou à défaut pour le défendeur d'avoir sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre *d)* de la nationalité des deux époux (art. 5)⁴⁶.

◇ Une double place est laissée à l'élection de for (art. 5a, § 1^{er}) :

- les époux peuvent choisir de porter leur litige devant les juridictions de l'État dont ils ont élu la loi (art. 16) ;
- ils peuvent aussi choisir de porter leur litige devant les juridictions de l'État dont la loi est applicable en vertu de l'article 20a, § 1^{er}, *litt. a et b*, c'est-à-dire au titre des deux premiers rattachements subsidiaires (la première résidence habituelle du couple ou, à défaut, sa nationalité commune).

donnée à l'« acte authentique » – au reste déjà empruntée à d'autres règlements européens (art. 2, *litt. c*) – ainsi qu'au régime mis en place en matière de reconnaissance et d'exécution, tant des décisions judiciaires que des actes authentiques. Mais, comme déjà indiqué, son apport principal consiste dans la définition de règles de compétence judiciaire et de conflit de lois communes.

⁴⁵ Pareille restriction (*i.e.* l'exigence d'un accord des époux) se justifie par le caractère exorbitant, lié singulièrement à la résidence du demandeur, de certains chefs de compétence en matière de divorce laissés au demandeur par le règlement « Bruxelles IIbis », particulièrement dans ses relations avec un ressortissant « non européen ». Un certain inconfort n'en résulte pas moins, lorsque l'on sait qu'en Belgique, la plupart des demandes de divorce comportent une demande de liquidation-partage du régime matrimonial (*supra*, note 11).

⁴⁶ Notons qu'il n'y a pas de place ici pour l'autonomie de la volonté, et que les critères retenus diffèrent de ceux proposés, de manière alternative, par le règlement « Bruxelles IIbis ». Dans sa dernière version – celle du 11 octobre 2013 – la proposition ne retient plus le critère, initialement envisagé en ordre subsidiaire, de la nationalité du défendeur.

L'accord des époux confère dans l'un et l'autre cas à la juridiction élue « un chef de compétence exclusif »⁴⁷.

◇ Deux règles de compétence subsidiaires sont aménagées :

- la première prolonge la compétence des juges de l'Union européenne, en attribuant compétence au juge de l'État membre sur le territoire duquel sont situés des biens immobiliers ou « inscrits » appartenant aux époux ou à l'un d'eux, même lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des règles qui précèdent. La saisine de ce juge est limitée à ces biens (art. 6) ;
- la seconde est un for de nécessité, fondant exceptionnellement la compétence du juge d'un État membre lorsqu'une procédure « ne peut raisonnablement être introduite ou poursuivie, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire présente un lien étroit », « à condition » toutefois que l'« affaire » présente « un lien suffisant » avec cet État membre (par exemple, à notre sens, parce qu'une des parties, au moins, en posséderait la nationalité ou que des tiers intéressés à la procédure s'y trouveraient établis) (art. 7).

◇ S'inspirant d'une règle présente dans le règlement 650/2012 (art. 12), l'article 8a permet, sous le titre « [l]imitation de la procédure » au juge saisi, agissant « à la demande d'une des parties » de décider de « ne pas statuer sur l'un ou plusieurs des biens » dépendant de la masse à partager qui se situeraient « dans un État tiers » « si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'[il] rendrait sur les biens en question ne soit pas reconnue ou, le cas échéant, (...) déclarée exécutoire dans ledit État tiers » (§ 1^{er})⁴⁸.

◇ La proposition de règlement règle enfin le concours international des juges – mais elle ne le fait qu'entre des juridictions d'État membres différents. En matière de litispendance, c'est-à-dire « [l]orsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties », elle oblige la juridiction saisie en second à surseoir à statuer, « jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie », moment auquel le juge saisi en second doit se dessaisir (art. 12). La solution est moins radicale lorsque les causes également pendantes sont simplement connexes, c'est-à-dire qu'elles sont « liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». Le sursis à statuer et le dessaisissement sont en pareils cas seulement facultatifs, et ce dernier dépend de la double circonstance que les demandes soient l'une et l'autre pendantes « devant des juridictions du premier degré » et que la loi de la juridiction

⁴⁷ La comparution du défendeur vaut accord d'élection de for, au sens de cette disposition, pour autant que la comparution n'ait pas « pour objet de contester la compétence » ou qu'il n'existe pas « une autre juridiction compétente en vertu de l'article 3, de l'article 4 ou de l'article 5a » (art. 5b, § 1^{er}).

⁴⁸ Cette règle, précise le § 2, « ne porte pas atteinte au droit des parties de limiter la portée de la procédure en vertu du droit de l'État membre dont la juridiction est saisie ». La règle de l'article 1208, § 4, qui permet au juge belge d'ordonner un « partage distinct » à l'égard des biens situés à l'étranger qu'il désigne serait donc comme on le comprend sauvegardée devant le juge belge, même si pareils biens se situent sur le territoire d'un État membre (*supra*, note 26).

première saisie permette la jonction (art. 13). Les difficultés ainsi (partiellement) résolues – par des dispositions largement empruntées au règlement n° 650/2012 – restent entières en cas de concours avec des juridictions d’États tiers, et il faudra à ce sujet se tourner, en Belgique, vers l’article 14, C. DIP (ou, dans les relations avec la Suisse, la convention bilatérale avec ce pays) qui, on le rappelle, n’offre de solution qu’en cas de litispendance.

B. Loi applicable

◇ L’étude des règles de conflit harmonisées que met en place la proposition de règlement s’apparente, pour un juriste de droit belge, à un « jeu des sept différences » au regard des dispositions actuelles du Code de droit international privé, dont la proposition paraît largement inspirée.

→ Le rattachement principal des régimes matrimoniaux est à l’autonomie de la volonté, dans la double limite que connaît aujourd’hui le Code :

- le catalogue des lois dont les époux peuvent faire choix est limité à la loi de la résidence habituelle ou de la nationalité de l’un d’eux « au moment de la conclusion de la convention » (art. 16, § 1^{er}, *litt. b et c*)⁴⁹ ;
- le dépeçage est interdit (art. 15aa, qui s’exprime dans des termes plus explicites que l’article 50, § 2, al. 2, C. DIP).

La forme du choix échappe à tout raisonnement conflictualiste : il suffit – c’est une règle de droit international privé matériel – qu’il soit « formulé par écrit, daté et signé par les deux époux » (art. 19, § 1^{er})⁵⁰. Une règle spéciale sauvegarde néanmoins l’application des « conditions de forme supplémentaires » prévues par la loi de l’État membre de la résidence habituelle commune des époux (ou, en cas de résidence différente, de la loi de l’État membre de la résidence habituelle de l’un d’eux) à l’endroit de ce « type d’accord » ou, à défaut, du « contrat de mariage » (art. 19, §§ 2 à 4). En cas d’abrogation des articles 50, § 1^{er}, al. 2, et 52, C. DIP à la faveur de l’entrée en vigueur du règlement, le choix de la loi applicable devra donc nécessairement se faire en Belgique par acte notarié, pour le cas où, au moment du choix, l’un et l’autre époux résideraient habituellement dans ce pays ou que l’un d’eux y résiderait habituellement alors que l’autre vivrait sur le territoire d’un État tiers (art. 1392, C. civ.)⁵¹.

⁴⁹ La loi de l’État « sur le territoire duquel [les époux] fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage » (art. 49, § 2, 1^o, C. DIP) n’est donc plus susceptible de choix.

⁵⁰ Le texte initial présenté par la Commission précisait que le choix des époux devait être « exprès ». L’on aurait pu en déduire que ce choix ne pouvait plus résulter implicitement, ou tacitement, de la référence, faite par les époux dans leur contrat de mariage, aux articles d’une législation étrangère. S’il en était bien ainsi, des contradictions n’auraient pas manqué d’apparaître en cas de référence implicite, par contrat de mariage, à une loi différente de la loi applicable à défaut de choix. Cette précision a disparu du texte amendé à la suite de la résolution législative du Parlement européen citée à la note 43 ci-dessus.

⁵¹ L’article 20 en projet reproduit substantiellement les dispositions qui précèdent, à l’endroit des contrats de mariage eux-mêmes.

→ Si les époux n'ont conclu aucun accord, la loi applicable au régime matrimonial est fixée par une règle de rattachements en cascade assez semblable, à quelques différences près, à celle mise en place par l'article 51 du Code DIP. La loi applicable est *a)* celle de l'État « de la première résidence habituelle commune des époux après leur mariage » ou à défaut *b)* celle de l'État « de la nationalité commune des époux au moment de leur mariage »⁵² ou, à défaut encore *c)* celle de l'État « avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment du mariage, compte-tenu de toutes les circonstances » (art. 20a, § 1^{er})⁵³.

Une clause d'exception originale – plus précise que celle que contient l'article 19 du Code DIP, permet au juge de déroger au rattachement ainsi présenté lorsqu'il résulte « clairement » de l'ensemble des circonstances de la cause qu'un État autre que celui dont la loi est déclarée applicable entretient avec les époux une relation « plus longue et manifestement plus étroite » que celui-ci, que les époux ont pu « se fonder sur [s]a loi » et, *last but not least*, que l'un des époux fait au juge la demande expresse de voir appliquer cette clause d'exception (art. 20a, § 3)⁵⁴.

→ Il est toujours permis aux époux de changer de loi applicable à leur contrat de mariage et ce, « à tout moment » – sans donc qu'ils doivent attendre, comme cela s'impose dans la législation de certains États, une durée minimum de mariage avant de pouvoir procéder à la modification. Pas plus que dans le Code de droit international privé, ce choix n'a d'effet rétroactif, à moins que les époux ne le précisent expressément, auquel cas ils ne peuvent porter atteinte « aux droits des tiers résultant de la loi antérieurement applicable » (art. 16, §§ 2 et 3).

◇ Reprenant par ailleurs des solutions bien connues du droit belge, la proposition de règlement prévoit une règle de non-rétroactivité : « [L]e chapitre III [relatif à la loi applicable] ne s'applique qu'aux époux qui, après la date d'application du présent règlement, se marient ou désignent la loi applicable à leur régime matrimonial » (art. 39, § 3). On ne retrouve plus, dans la proposition faite par le Conseil en octobre 2013⁵⁵, la disposition exceptionnellement rétroactive de la proposition initiale prévoyant que « [L]es accords sur le choix de la loi applicable conclus avant » la date d'entrée en application du règlement « sont valables, pour autant

⁵² Il est précisé que cette règle ne s'applique pas lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune (art. 17, § 2).

⁵³ L'expression « au moment du mariage » est clairement destinée à exclure en pareil contexte toute clause d'exception. Remarquons par ailleurs que le lieu de la célébration du mariage sert seulement, en cas d'application du *littera c*, d'indice, parmi d'autres, des « liens étroits » que les époux entretiennent avec l'État dont la loi est déclarée applicable. Encore cet indice est-il désormais passé sous silence. Comp. le texte de la proposition initiale de la Commission, qui retenait en *c)* « la loi de l'État avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits, compte-tenu de toutes les circonstances, et notamment du lieu de célébration du mariage » (nous soulignons ; cette dernière précision, déjà dénoncée par le Parlement, qui ne voulait voir jouer aucun rôle au lieu de célébration du mariage, a disparu du texte de la proposition présentée par le Conseil au mois d'octobre 2013).

⁵⁴ « *By way of exception, where it is clear from all the circumstances of the case that a State other than the State whose law is applicable under paragraph 1 has a longer and manifestly closer connection with the spouses, and that the spouses had relied on the law of that other State, the court may apply the law of that other State, on application by either of the spouses* ».

⁵⁵ *Supra*, note 43.

qu'ils respectent les conditions du chapitre III ou qu'ils soient valides en vertu des dispositions de droit international privé en vigueur au moment où l'accord sur le choix de la loi applicable est conclu ». Cet abandon étonne, dans la mesure où pareille disposition se retrouve pourtant à l'article 83 du règlement n° 650/2012.

*

* *

◇ Soucieuse de couvrir, en matière d'effets patrimoniaux de la vie commune, tout le champ de la cohabitation, et pas seulement du mariage, la Commission européenne a présenté, en même temps que la proposition « régimes matrimoniaux », une « proposition de règlement du conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés »⁵⁶, définis, à l'article 2, *litt. b*, comme un « régime de vie commune entre deux personnes prévu par la loi et donnant lieu à un enregistrement par une autorité publique »⁵⁷. L'entrée de l'Union dans ce terrain difficile, caractérisé par le peu d'unanimité des États membres, s'est imposée par le souci de « supprimer les entraves à la libre circulation des personnes ayant enregistré leur partenariat »⁵⁸. Elle est prudente : le règlement en projet ne porte que « sur les questions liées aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », cette dernière notion n'étant « couverte que pour les besoins du règlement »⁵⁹. Le législateur européen a à cet égard opté – comme avant lui les auteurs du Code de droit international privé – pour l'application au mariage et au partenariat enregistré de solutions distinctes, justifiées par les « particularités propres » à l'une et l'autre institutions et les « différentes conséquences juridiques qu'entraînent ces formes d'union »⁶⁰ – la Commission insistant notamment sur la « grande disparité des règles applicables, tant de droit matériel que de droit international privé, régissant la matière des effets patrimoniaux » des partenariats enregistrés appelant, pour ceux-ci, une réglementation particulière⁶¹.

S'inspirant largement des solutions mises en place, à l'endroit de la « relation de vie commune », par les articles 42 et 60, C. DIP, la proposition de règlement « partenariats enregistrés » propose, à l'endroit de ceux-ci :

- des règles de compétence judiciaire analogues, pour ne pas dire identiques, à celles mises en place à l'endroit du mariage ;
- une règle de conflit de lois spécifique, consistant en la soumission des effets patrimoniaux du partenariat enregistré à la « loi de l'État dans lequel il a été

⁵⁶ COM(2011) 127/2 (16 mars 2011).

⁵⁷ L'exposé des motifs est plus explicite, lorsqu'il évoque « l'union de deux personnes engagées dans une relation stable formellement enregistrée auprès d'une autorité publique » (pt 1.2).

⁵⁸ Proposition de règlement « partenariats enregistrés », cons. 9.

⁵⁹ *Idem*, cons. 10, qui précise que « [l]e contenu spécifique de cette notion est défini par le droit national des États membres ».

⁶⁰ Voy. l'exposé des motifs des deux propositions de règlement, pt 1.2.

⁶¹ Proposition de règlement « partenariats enregistrés », exposé des motifs, point 5.3, *sub art.* 15, et cons. 8.

enregistré » (art. 15 en projet), sans place – ce qui est assez remarquable – pour l'autonomie de la volonté⁶².

◇ L'apparition de règles distinctes pour réglementer les effets patrimoniaux du mariage et du partenariat enregistré implique de vérifier soigneusement, en chaque espèce particulière, si l'on a affaire à des partenaires « mariés » ou simplement « cohabitants ». Empruntant au modèle véhiculé par le Code de droit international privé, la proposition de règlement « partenariats enregistrés » avance à cet égard une définition autonome, au niveau européen, de cette institution. Cette définition ressemble à celle que propose, de son côté, l'article 58 du Code de droit international privé, mais la précision contenue dans cette dernière disposition, selon laquelle pareille relation ne doit pas « cré[er] entre les cohabitants [un] lien équivalent au mariage », ne s'y trouve pas. La conséquence pourrait en être que des « partenariats » recouvrant en réalité des mariages qui ne disent pas leur nom, comme ceux des droits allemand ou scandinaves, qui créent entre les cohabitants un « lien équivalent » au lien matrimonial, pourraient obéir à un régime de droit international privé distinct de celui du mariage. Les partenaires et les personnes mariées, quoique placés dans une situation très proche, seraient en pareil cas soumis à un traitement différent.

◇ Cette difficulté de définition est d'autant plus sensible que le législateur européen s'est à ce jour abstenu – même dans le cadre des règlements n° 2201/2003 (« Bruxelles IIbis »), qui réglemente la compétence judiciaire en matière de dissolution ou de relâchement du lien matrimonial, et n° 1259/2010 (« Rome III »), qui définit la loi applicable en ces matières – de proposer du « mariage » une définition autonome qui puisse être contrôlée par la Cour de justice. La proposition de règlement « régimes matrimoniaux » précise à ce sujet, dans son considérant 10, qu'elle « ne couvre pas la notion de 'mariage' », dont la définition appartient au « droit national des États membres »⁶³. Le principe de subsidiarité est sans doute à ce prix, car l'Union européenne n'a pas vocation à s'immiscer au-delà du nécessaire dans la vie privée et familiale et la manière dont elle est réglementée en chaque État membre. Il n'empêche : l'exclusion de la définition proposée, à l'échelle de l'Europe, de la précision selon laquelle, pour entrer dans la catégorie du « partenariat enregistré », une union ne doit pas créer entre les partenaires un « lien équivalent au mariage », et la soumission de la catégorie du « mariage » au droit national de chaque État membre, ont pour conséquence que les différentes formes de vie commune pouvant unir les citoyens de l'Union seront, pour le traitement de leurs effets patrimoniaux, appréciés différemment sur le territoire des différents États membres. Le mariage homosexuel, à titre d'exemple, sera

⁶² *Ibid.*

⁶³ Un amendement proposé par le Parlement européen au texte de la Commission y insiste : « (...) le présent règlement est neutre vis-à-vis de cette notion [de mariage]. Il n'affecte pas la définition de la notion de mariage dans le droit national des États membres ». Et l'article 1^{er}, § 3, *lit. aa*), nouv., de la proposition, tel qu'amendé par le Parlement européen et le conseil (*supra*, note 43), y insiste, en excluant du champ d'application du règlement « l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage ».

tenu pour un mariage sur le territoire de certains, et ne le sera pas dans d'autres, sans qu'il soit certain qu'il puisse y être traité comme un partenariat enregistré⁶⁴. Il y a là une source de tension qui explique, peut-être, le retard mis dans l'élaboration des textes européens actuellement en projet, leurs auteurs (ou certains États membres ?) se refusant apparemment à régler la difficulté par une « clause de sauvegarde » analogue à celle contenue à l'article 13 du règlement « Rome III »⁶⁵.

◇ L'exclusion, en Belgique, de la cohabitation légale aménagée par les articles 1475 et suivants du Code civil, du champ de l'état des personnes, décidée par la Cour de cassation en une espèce où, précédemment à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, c'est à la lumière de la loi nationale de chacune des parties que devait s'apprécier la validité d'une union mettant en cause leur état et leur capacité⁶⁶, pourrait nous semble-t-il offrir une piste, au moins partielle, de solution. Seul le mariage, altérant l'état des personnes, obéirait, dans ses conséquences patrimoniales, à des règles européennes unifiées, les autres formes d'union étant reconduites quant à elles au domaine du contrat et soumises donc à l'autonomie de la volonté⁶⁷.

⁶⁴ Voy. à cet égard les considérations émises par C. HENRICOT au sujet de l'application au mariage homosexuel des règles de compétence contenues dans le règlement n° 2201/2003 (« Bruxelles IIbis ») et des règles de droit applicable contenues dans le règlement n° 1259/2010 (« Rome III ») qui (on le rappelle) ne proposent aucune définition autonome du mariage à l'échelle de l'Europe : « [a]ux juridictions belges, il sera conseillé de vérifier à titre de préalable la validité du mariage au regard de leurs règles de conflit de lois – en l'espèce les articles 46 et 47 du Code de DIP – avant de statuer sur leur compétence au regard du Règlement Bruxelles IIbis et de déterminer le droit applicable en vertu du Règlement Rome III » (« Divorce de personnes de même sexe : compétence internationale et droit applicable », obs. sous Civ. Arlon, 20 novembre 2009, *R.T.D.F.*, 2012, pp. 702-703). Dans ce système en effet où le droit européen est muet, ou plus exactement où il se retire, laissant à chaque législateur national le soin de proposer une définition, c'est la prise de position de chaque juridiction nationale sur la question de savoir si elle est en présence d'un mariage ou non qui permet de déterminer si les règles européennes, tant en matière de compétence judiciaire qu'en matière de loi applicable, s'appliquent ou non, et de sélectionner partant si l'institution face à laquelle on se trouve y est éligible ou non, ou si elle doit être soumise à un autre régime juridique.

⁶⁵ « Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi (...) ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement » : le juge italien, à titre d'exemple, ne pourrait être contraint d'homologuer l'accord de séparation pris par deux époux homosexuels, en vue de leur divorce par consentement mutuel, même si pareil divorce était soumis à la loi d'un État qui, comme la loi belge, admet cette forme de mariage.

⁶⁶ « Les articles 1475 à 1479, C. civ. [dans leur formulation originelle] ont essentiellement pour objet d'assurer une protection patrimoniale limitée aux cohabitants, quels que soient leur sexe et la parenté éventuelle qui les unit. La cohabitation légale organisée par ces dispositions ne relève dès lors pas de l'état des personnes » au sens l'article 3, al. 3, anc., C. civ. (17 janvier 2013, *R.T.D.F.*, 2014, p. 72). La Cour rejette en cette espèce le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Mons qui avait admis la validité d'un contrat de vie commune conclu – avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé – par deux partenaires homosexuels dont l'un était de nationalité brésilienne, ayant par la suite souscrit une déclaration de cohabitation légale.

⁶⁷ Telle n'est cependant pas la piste dans laquelle le législateur européen, la commission ayant constaté que « la plupart des États membres qui prévoient dans leur législation des règles applicables au partenariat assimilent cette institution, dans la mesure du possible, au mariage » (proposition de règlement « partenariats enregistrés », exposé des motifs, pt 3.1).