

Chapitre 2

La loi applicable

Candice Barbé¹

Assistante à l'université libre de Bruxelles

Marie Dechamps²

Assistante à l'université catholique de Louvain

Texte mis à jour au 26 avril 2011

¹ C. BARBÉ a rédigé la précédente version de ce texte, publié en 2007.

² M. DECHAMPS a mis à jour ce texte jusqu'au 26 avril 2011.

Section 1^{re}

Le divorce

INTRODUCTION

1.1. A la suite de la présentation du Livre vert de la Commission sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, une proposition de modification du règlement Bruxelles IIbis a été publiée en juillet 2006 sous le nom de règlement Rome III¹. L'objet de ce règlement était d'instituer des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale. La base juridique du règlement imposait cependant qu'il soit adopté à l'unanimité. Si la majorité des Etats membres était d'avis qu'il fallait appliquer la loi avec laquelle les époux avaient le plus de liens, d'autres Etats, minoritaires, n'acceptaient pas de devoir appliquer une loi étrangère, surtout si celle-ci était plus permissive ou plus restrictive que la leur. A la suite de nombreuses discussions, le Conseil a dû constater que *«les objectifs du règlement proposés ne pourraient pas être réalisés dans un délai raisonnable en appliquant les dispositions pertinentes des traités»*². Plusieurs Etats ont alors marqué leur volonté d'établir entre eux une coopération renforcée³. Finalement, le règlement mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dit règlement Rome III, a été adopté le 20 décembre 2010⁴. En plus de l'apport incontestable de ce règlement pour le droit international privé, il est important de souligner qu'il constitue la première mise en œuvre d'une coopération renforcée.

1.2. Après avoir analysé le règlement du 20 décembre 2010, nous nous penchons sur les règles établies par le Code de droit international privé relatives aux conflits de lois.

¹ Proposition de règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, COM (2006) 399 final.

² Proposition de décision du Conseil autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps COM (2010) 104 FINAL.

³ La Bulgarie, la Grèce, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, la Hongrie, l'Autriche, la Roumanie et la Slovaquie étaient les Etats à la base de la coopération renforcée. Le 3 mars 2010, la Grèce a toutefois retiré sa demande.

⁴ Règl. (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps a été adopté le 20 décembre 2010, *J.O.*, L 189, 22 juillet 2010, p. 12.

XII.2.1. – LE DIVORCE

SOUS-SECTION 1^{re}. LE RÈGLEMENT ROME III

Introduction

1.3. Après avoir déterminé le champ d'application du règlement, nous examinons les règles de conflit de lois qui se distinguent, selon qu'il ait eu ou non exercice de l'autonomie de la volonté. Nous abordons, enfin, les questions particulières relatives à l'application de la loi du for et à l'exception d'ordre public.

§ 1^{er}. Le champ d'application du règlement

a. Le champ d'application dans le temps

1.4. Le règlement s'appliquera aux actions judiciaires engagées et aux conventions relatives à la loi applicable conclues après le 21 juin 2012¹.

b. Le champ d'application dans l'espace

1.5. La Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovénie sont les Etats participants à la coopération renforcée dont le règlement fait l'objet (ci-après «Etat participant»). Toutefois, conformément à son considérant 12 et à son article 4, le règlement présente un caractère universel *«c'est-à-dire qu'il devrait être possible, en ce qui concerne les règles de conflit de lois, de désigner la loi d'un Etat membre participant, la loi d'un Etat membre non participant ou la loi d'un Etat tiers»* et ce, même dans l'hypothèse où les parties ont fait choix de la loi applicable à leur divorce.

c. Le champ d'application matériel

1.6. Conformément à l'article 1, le règlement s'applique au divorce et à la séparation de corps. L'article 1, § 2 énonce une série d'exclusions dans laquelle se trouve notamment l'annulation du mariage.

§ 2. Le choix du droit applicable

1.7. Lors des négociations relatives au règlement Rome III, certains représentants d'Etats membres estimaient qu'une règle de conflit de lois comportant

¹ Art. 18 et 21 du Règl. L'art. 18, § 1, al. 2 précise qu'une convention sur le choix de la loi applicable conclue avant le 21 juin 2012 peut être prise en considération, pour autant qu'elle soit conforme aux articles 6 et 7.

plusieurs facteurs de rattachement n'était pas suffisamment flexible¹. Ils soutenaient en effet qu'il pourrait arriver que le litige opposant les époux aient des liens plus étroits avec une loi qui ne serait désignée par aucun facteur de rattachement ou que la loi applicable ne serait pas celle à laquelle les époux s'attendent à être soumis². L'article 5 permet donc aux parties de choisir la loi applicable à leur divorce sous la forme d'une option de droit : la loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; la loi de l'Etat de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; la loi de l'Etat de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; la loi du for. Les considérants 16 et 18 du règlement ajoutent que la loi choisie par les époux doit être conforme aux droits fondamentaux reconnus par les traités et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ils ajoutent que le choix doit être fait sans préjudice des droits et de l'égalité des chances des deux époux³.

1.8. Différentes dispositions du texte montrent la volonté du législateur européen de s'assurer que le choix émis par les parties soit éclairé. D'une part, le règlement prévoit, en son considérant 17 et en son article 17, qu'une information relative au contenu de la loi applicable doit être fournie aux époux. Les Etats membres participants ont, à ce titre, l'obligation de fournir à la Commission européenne ces informations. Cette dernière les mettra ensuite à la disposition du public par les moyens appropriés. D'autre part, le considérant 17 énonce que les « *juges des Etats membres participants devraient être conscients de l'importance d'un choix éclairé des deux époux concernant les conséquences juridiques de la convention conclue sur le choix de la loi* ».

1.9. La convention doit, au minimum, être écrite, datée et signée par les deux parties. Si la législation de l'Etat membre participant dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles plus strictes, celles-ci devront être respectées par les époux⁴. La convention doit être conclue ou modifiée au plus tard au moment de la saisine du tribunal compétent⁵. Il se déduit que, à la différence du CODIP, elle peut être conclue antérieurement à la naissance du litige (voir *infra*, XII.2.1. – 1.17.)

¹ European Policy Evaluation Consortium, *Study to inform the subsequent impact assessment on the Commission proposal on jurisdiction and applicable law in divorce matters, Draft Final Report to the European Commission*, avril 2006, (www.europa.eu), p. 46.

² *Ibid.*, p. 46.

³ Considérant 18 du Règl.

⁴ Considérant 19 du Règl.

⁵ Art. 5, §§ 2 et 3 du Règl.

XII.2.1. – LE DIVORCE

§ 3. *Le droit applicable à défaut de choix*

1.10. A défaut de choix de la loi applicable, l'article 8 prévoit quatre critères de rattachement présentés sous la forme d'une échelle de Kegel. Ce n'est donc que si le premier critère n'est pas rencontré que l'on pourra se tourner vers le second critère et ainsi de suite. L'article 8 énonce tout d'abord que la loi applicable est celle de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction. A défaut, la loi applicable sera celle de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet Etat au moment de la saisine de la juridiction. Subsidiairement, le règlement prévoit l'application de la loi de la nationalité des deux époux¹ ou enfin, la loi de la juridiction saisie.

1.11. Nous pouvons observer que les critères de rattachement du règlement sont similaires à ceux établis par les législations des Etats participants à la coopération renforcée². Il n'est dès lors pas surprenant que ces Etats soient parvenus à adopter un règlement.

§ 4. *L'application de la loi du for*

1.12. Si la loi applicable ne connaît pas l'institution du divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou à l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique.

§ 5. *L'exception d'ordre public*

1.13. Le règlement prévoit, en son article 12, la possibilité d'invoquer l'exception d'ordre public pour évincer la loi normalement applicable lorsque celle-ci est manifestement contraire à l'ordre public du for.

Deux garde-fous sont prévus par le règlement pour éviter un recours trop systématique au mécanisme de l'exception d'ordre public. D'une part, il faut que la loi normalement applicable soit *manifestement* contraire à l'ordre public du for. D'autre part, le recours à l'exception d'ordre public ne peut être contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, en

¹ Le considérant 22 du règlement indique que la gestion des cas de pluralité de nationalités relève du droit national, dans le respect des principes généraux de l'Union européenne.

² www.europa.eu. Nous n'avons pas eu accès aux données de la Hongrie.

particulier à son article 21, qui interdit toute discrimination¹. Ainsi, un juge ne pourrait pas refuser l'application d'une loi autorisant le mariage, et donc le divorce, entre personnes de même sexe.

Par ailleurs, le règlement autorise le juge, lorsque la loi applicable n'accorde pas à l'un des époux, en raison de l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce, à y substituer sa propre loi². Le règlement ajoute une précision surprenante: «*cela ne devrait cependant pas porter atteinte à l'ordre public*».

SOUS-SECTION 2. LE CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

§ 1^{er}. La détermination de la loi applicable

a. Le choix du droit applicable

1.14. Tout comme le règlement Rome III, le Code permet aux époux de faire choix d'une autre loi que celle qui serait désignée par l'article 55, § 1^{er} (voir *infra*, n° 1.19). Ce choix n'est toutefois pas illimité comme il peut l'être en matière d'obligations contractuelles et est par ailleurs plus restreint que celui prévu par le règlement Rome III: seules deux possibilités sont offertes aux parties, à savoir la loi de leur nationalité commune et la loi belge.

1.15. Il résulte de la formulation de l'article 55, § 2, alinéa 3, que le choix doit être exprès. Le simple fait que les deux parties concluent en droit belge n'est donc pas suffisant³. A défaut pour les parties d'exprimer un tel choix, on sait que, en vertu de l'adage *Jura novit curia*, le juge devra soulever même d'office la règle de conflit de lois, afin d'appliquer la loi compétente aux yeux du droit international privé belge.

¹ Considérant 25 du Règl. L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce que «(1) Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. (2) Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite».

² Considérant 24 du Règl.

³ *Contra* Bruxelles (3^e ch.), 4 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1789, obs. P. WAUTELET: la Cour a admis que le choix des parties pour le droit belge avait valablement été formé en première instance étant donné que les parties avaient toutes les deux conclu en droit belge.

XII.2.1. – LE DIVORCE

Il n'est pas possible d'envisager un accord procédural dans le domaine du divorce, s'agissant d'une matière où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits¹. A cet égard, le fait qu'une certaine autonomie de volonté soit accordée aux parties quant à la loi applicable, n'ôte pas au divorce son caractère d'ordre public. En outre, on contournerait ainsi la volonté du législateur, qui est de n'offrir qu'une option de législation strictement limitée quant à son objet et quant à la forme qu'elle doit revêtir².

1.16. Le choix des époux doit être exprimé lors de la première comparution. La référence à la *première comparution* semble faire allusion à la procédure de divorce par consentement mutuel ou à celle introduite sur la base de l'article 229, § 2 du Code civil. L'option de législation de l'article 55, § 3 n'est pas limitée à ce type de divorce, mais il est probable que les choix exercés dans des procédures plus conflictuelles seront plus rares en pratique. L'expression doit donc être entendue au sens large³.

A quel moment devra s'exercer le choix lorsqu'il ne s'agit pas d'un divorce par consentement mutuel ou pour désunion irrémédiable introduit conformément à l'article 229, § 2 du Code civil? La volonté du législateur semble être de fixer la loi applicable dès le début de l'instance. Cependant, il semble en pratique impossible d'exiger que la rencontre des volontés des parties se fasse lors de la première audience, qui n'est qu'une audience d'introduction, et ce alors qu'elles ne s'accordent pas sur le principe même du divorce. On pourrait dès lors avancer que le choix devrait se faire au plus tard avant la clôture des débats⁴.

Pour le prononcé d'éventuelles mesures provisoires durant l'instance en divorce, en effet, il importe peu de connaître la loi applicable au divorce, puisque chaque question (aliments, responsabilité parentale, etc.) se règle en fonction de la loi qui lui est propre, et non selon la loi du divorce.

1.17. Qu'en est-il du choix effectué par les époux avant l'introduction de la demande? A la lecture de l'article 55, § 3, il serait permis de croire qu'à la différence de ce qu'autorisent les dispositions du règlement Rome III, il n'est pas possible de fixer la loi applicable au divorce dans le contrat de mariage, ou dans un acte ultérieur par lequel les époux régleraient leurs relations patrimo-

¹ Pour de plus amples détails sur cette question, voir H. BOULARBAH, «L'élément d'extranéité parmi les faits générateurs de la demande et la règle de conflit comme règle de droit», in J. LINSMEAU et M. STORME, *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 271 et s. et la bibliographie citée.

² En ce sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 3^e éd., 2005, p. 266.

³ V. DE BACKER et H. JACOBS, «Het echtscheidingsrecht in het wetboek van internationaal privaatrecht», *Not. Fisc. Maand.*, 2005, p. 41 et s., spéc. n° 34.

⁴ *Contra*, en faveur d'un choix lors de la première audience, estimant dès lors que les parties devraient, pour effectuer leur choix, comparaître personnellement, V. DE BACKER et H. JACOBS, «Het echtscheidingsrecht in het wetboek van internationaal privaatrecht», *o.c.*, n° 34.

niales communes. En imposant que le choix soit exprimé lors de la première comparution, le législateur a sans doute cherché à souligner l'indisponibilité du statut personnel et à éviter tout risque de pression exercée par l'un des époux sur son conjoint¹. Certains auteurs admettent néanmoins une telle possibilité dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou fondé sur la base de l'article 229, § 3 du Code civil, estimant que, dans ces hypothèses, les objectifs du législateur seraient atteints. Un tel choix ne pourrait cependant pas lier les époux, qui devraient au moins réitérer leur choix lors de la première comparution², quitte à rendre les conventions rédigées caduques en tout (parce que la loi « finalement » applicable n'exigerait pas d'en rédiger) ou en partie (parce que la loi « finalement » applicable imposerait d'y régler des questions différentes).

D'autres auteurs adoptent une position davantage contractualiste, argument qu'il n'y aurait pas vraiment péril en la demeure si on admettait un choix de loi anticipé.

Premièrement, un des objectifs du législateur est d'éviter les risques de pression sur l'époux en situation de faiblesse. Ce risque peut être contourné de deux manières: d'une part, si le choix accepté par l'époux sous la contrainte porte sur un droit qui lui serait fondamentalement défavorable, le mécanisme de l'exception d'ordre public permettra d'écarter son application³. D'autre part, on pourrait envisager que soient applicables à la convention les règles relatives au droit des contrats interdisant la formation d'un contrat sous la contrainte⁴. La preuve du vice pourrait néanmoins être difficile à rapporter en pratique.

Deuxièmement, il convient de rappeler que le choix ne porte que sur le divorce et non sur ses effets⁵. Or, la majorité des Etats admettent aujourd'hui le divorce et si tel n'était pas le cas, le droit choisi sera probablement écarté par le juge pour contrariété à l'ordre public. Tout au plus risque-t-on donc d'être confronté à une procédure et des conditions d'accès au divorce plus lourdes. Troisièmement, le choix de loi prévu par l'article 55, § 2 ne peut porter que sur deux droits qui sont proches des époux.

La Cour d'appel de Bruxelles a admis une telle possibilité⁶.

Quatrièmement, s'il n'est en principe pas possible pour une partie de remettre en cause le choix, exercé en première instance, en degré d'appel, il est admis

¹ F. RIGAUX et M. FALLON, *l.c.*, p. 574.

² En ce sens, V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het echtscheidingsrecht in het wetboek van internationaal privaatrecht », *o.c.*, n° 34. Le choix de la loi applicable dans les conventions prélabiles est préconisé par M. MUYLLE (« IPR en EOT's: een nieuwe kijk voor de notariële praktijk », *T. not.*, 2005, p. 514 et s., spéc. p. 522); celui-ci ne précise toutefois pas comment concilier cette affirmation avec la lettre de l'art. 55, § 2, al. 3.

³ P. WAUTELET, « Divorce international et choix de loi: quelques précisions », *J.L.M.B.*, 2010, p. 1794.

⁴ *Ibid.*, p. 1794.

⁵ *Ibid.*, p. 1794.

⁶ Bruxelles (3^e ch.), 4 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1788.

XII.2.1. – LE DIVORCE

que si un des époux parvient à prouver qu'il n'a pas consenti au soi-disant choix, le juge d'appel puisse revenir sur ce consentement¹.

1.18. On rappellera enfin que la clause d'exception ne peut être invoquée en cas de choix de la loi applicable par les parties. Ainsi, si le droit belge a été choisi par les époux, le juge ne pourrait l'écarter en constatant que ce droit ne présente que des liens très faibles avec leur situation tandis qu'une autre loi présente, elle, des liens très étroits avec cette situation. L'autonomie de la volonté, et la prévisibilité qui en découle pour les parties, prime en effet sur la proximité du droit applicable avec la situation juridique.

b. Le droit applicable à défaut de choix

b.1. Le principe

1.19. L'article 55 du Code énonce une règle de rattachement en cascade. Les facteurs de rattachement prévus à cet article assurent au juge belge l'application de son propre droit dans la majorité des litiges. Notons encore que les facteurs de rattachement examinés dans le cadre du règlement Rome III sont similaires à ceux prévus dans le CODIP.

C'est la loi de l'Etat dans lequel les deux époux résident habituellement qui est désignée en priorité (art. 55, § 1^{er}, 1^o). Cela n'implique pas nécessairement que les époux aient une résidence *commune*, mais seulement que leur résidence habituelle soit localisée dans le même Etat².

1.20. La résidence habituelle est définie par le Code en son article 4, § 2, comme *«le lieu où une personne physique s'est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir; pour déterminer ce lieu, il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens»*. On constate que cette notion s'apprécie en fait, sur le fondement d'éléments matériels, à savoir la concentration des intérêts de la personne³, son intégration prépondérante⁴ dans un Etat, mais aussi sur le fondement d'éléments subjectifs. En effet, si une certaine durée est en principe requise, elle peut être remplacée par l'intention de la personne de s'établir durablement; il est dès lors possible qu'une personne

¹ *Ibid.*

² Pour un cas d'application, voir Civ. Liège, 24 mai 2005, disponible sur www.barreaudeliege.be.

³ Proposition de loi, *o.c.*, p. 29.

⁴ *Ibid.*, p. 17.

acquiert une résidence habituelle dans un pays dès son installation dans celui-ci¹.

En revanche, une résidence de longue durée dans un Etat peut ne pas être accompagnée de l'intention de s'y établir, mais rester essentiellement transitoire. Dans ce cas, ce lieu de résidence temporaire (même prolongé) n'est pas considéré comme la résidence habituelle de l'intéressé au sens du Code de droit international privé. Les travaux préparatoires² donnent à cet égard l'exemple d'un étudiant qui part une ou plusieurs années poursuivre des études à l'étranger, tout en conservant ses intérêts principaux dans son Etat d'origine; sa résidence habituelle reste celle de son Etat d'origine.

Comme l'indique le texte de l'article 4, l'appréciation de la résidence habituelle est totalement indépendante de toute formalité administrative qui ne peut être qu'un indice parmi d'autres. Une personne sans domicile fixe ou ayant pénétré illégalement sur un territoire peut y posséder une résidence habituelle, même si elle est encore inscrite sur un registre de population dans un autre Etat³.

Bien qu'elle ne soit pas totalement identique, on constate que la notion de résidence habituelle en droit international privé se rapproche de celle de domicile au sens du Code civil (art. 102) avec laquelle elle coïncidera dans la plupart des cas⁴.

1.21. A défaut de résidence dans un même pays, le Code désigne la loi de la dernière résidence habituelle commune des époux, pour autant que l'un d'eux réside encore dans cet Etat (art. 55, § 1^{er}, 2^o). Dans ce cas de figure, il ne suffit donc pas que les époux aient résidé antérieurement dans un même pays; il est requis au contraire qu'ils aient effectivement partagé une même résidence. Cela présente cependant l'avantage de ne pas permettre à un époux qui quitte le domicile conjugal pour s'installer à l'étranger d'avoir une influence sur la loi applicable: la loi qui régira le divorce reste en effet celle du pays de la dernière résidence commune, qui est considérée par le législateur comme étant toujours une attache prépondérante à ce pays. On constate donc que le CODIP est plus protecteur que le règlement Rome III. Alors que ce dernier ne permettait le recours à ce critère de rattachement que pour autant que la dernière résidence habituelle n'ait pas pris fin depuis plus d'un an, le CODIP ne prévoit pas une telle limitation dans le temps.

Précisons encore que le critère de rattachement prévu par l'article 55, § 1, 2^o est rencontré même si l'époux résidant dans l'Etat de la dernière résidence habituelle des époux a déménagé dans ce même Etat.

¹ *Ibid.*, p. 30.

² *Ibid.*, p. 29.

³ Cons. les développements consacrés à cette question dans l'exposé des motifs (*ibid.*, pp. 28 à 31).

⁴ H. BOULARBAH, «Origine, objet et structure», in «Le nouveau droit international privé belge», *J.T.*, 2005, p. 173 et s., spéc. n° 27.

XII.2.1. – LE DIVORCE

1.22. Si, outre le fait que les époux ne résident pas dans un même Etat, aucun d'eux ne vit plus dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle du couple, il convient d'examiner le facteur suivant dans l'échelle de rattachement définie par l'article 55. En vertu de l'article 55, § 1^{er}, 3^o, le divorce est régi par la loi de la nationalité commune des époux.

1.23. L'article 3 du Code énonce que *«la question de savoir si une personne physique a la nationalité d'un Etat est régie par le droit de cet Etat»*.

Le second paragraphe de cette disposition règle la délicate question des conflits positifs de nationalités. Comme il est d'usage, on distingue le cas d'un individu qui possède deux ou plusieurs nationalités étrangères, de celui où, parmi ses nationalités, celui-ci possède celle du for, en l'occurrence la nationalité belge. Dans le premier cas, le Code retient celle des nationalités avec laquelle la personne possède les liens les plus étroits, ce qui implique notamment de déterminer le lieu de résidence, comme y invite l'article 3, § 2, 2^o. La résidence habituelle n'est cependant pas nécessairement déterminante. Il s'agit en effet de mettre en évidence le lien effectif de l'intéressé avec chacun des Etats dont il est ressortissant, selon l'ensemble des circonstances, et de faire la comparaison. On pourra ainsi également tenir compte d'éléments comme la connaissance de la langue, les séjours prolongés dans chaque Etat, le lieu d'accomplissement du service militaire, la possession d'immeubles, les attaches familiales ou historiques, ou encore l'acquisition d'un diplôme dans tel ou tel pays.

La solution adoptée par le Code est reprise de celle édictée par l'article 5 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui lie la Belgique¹.

1.24. Dans le cas où un individu cumule la nationalité belge et une ou plusieurs autres nationalités, le Code énonce qu'il convient de ne retenir que la seule nationalité belge (art. 3, § 2, 1^o). Le législateur belge a ainsi fait usage de la possibilité offerte par la Convention de La Haye du 12 avril 1930, précitée, mais en figeant celle-ci; en effet, l'article 3 de cet instrument dispose qu'un *«individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des Etats dont il a la nationalité comme son ressortissant»*². Quoique la jurisprudence ait utilisé très majoritairement l'opportunité offerte par la Convention, certaines décisions prenaient en considération la nationalité étrangère³.

¹ L. du 20 janvier 1939, *M.B.*, 13 août 1939.

² Nous soulignons.

³ Voir p. ex. Civ. Bruxelles, 8 septembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 675; Civ. Bruxelles, 28 févr. 2001, *J.T.*, 2001, p. 550, note H. BOULARBAH; Civ. Bruxelles, 29 avril 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 781, note M. FALLON.

Cette jurisprudence pourra parfois être maintenue sous l'empire du Code, mais moyennant un autre raisonnement. En effet, les travaux préparatoires¹ précisent que la clause d'exception énoncée à l'article 19 (sur cette clause, voir *infra*, n° 1.33.) peut permettre d'écarter la nationalité belge au profit d'une nationalité étrangère si les conditions posées par cette disposition sont réunies, à savoir que la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat belge alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas seulement, le juge, confronté à un binational possédant notamment la nationalité belge, pourra considérer cette personne comme de nationalité étrangère.

1.25. Par ailleurs, il convient de tenir compte de l'influence que peut avoir la jurisprudence de la Cour de justice sur la résolution des conflits de nationalités. Celle-ci a en effet affirmé qu'il «*n'appartient pas à un Etat membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre Etat membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'exercice des libertés fondamentales prévues par le traité*»². Faire prévaloir la nationalité du for sur celle d'un autre Etat membre ne peut donc avoir pour effet de porter atteinte à la liberté de circulation des ressortissants communautaires. Dans le domaine du divorce, cela ne devrait cependant avoir que peu de conséquences.

1.26. Enfin, les paragraphes 3 et 4 de l'article 4 précisent que, face à un réfugié, un apatride, ou une personne dont il est impossible d'établir la nationalité, la référence à la nationalité est remplacée par une référence à la résidence habituelle.

1.27. Pour revenir à l'examen de la cascade de rattachements énoncée par l'article 55, lorsque la loi applicable ne peut être désignée par aucun des critères précités, c'est-à-dire lorsque les époux ne résident pas dans un même Etat, qu'aucun d'eux ne réside plus dans l'Etat de leur dernière résidence commune, et qu'enfin ils ne partagent pas la même nationalité, la loi belge est applicable³.

L'application, par le juge belge, du droit étranger peut s'avérer fastidieuse. Une décision faisant l'application du droit marocain illustre bien cette idée. Il s'agissait en l'espèce de prononcer le *chiquaq*, qui est une forme de divorce fondé sur la discorde du couple et ouvert aussi bien aux hommes qu'aux femmes⁴. Conformément aux règles relatives à cette forme de divorce, il appartenait au juge de tenter de réconcilier les époux ou, le cas échéant, d'établir la discorde

¹ Rapport Sénat, *o.c.*, p. 258.

² C.J., 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Rec.*, 2003, p. I-11613; voir ég. C.J., 7 juillet 1992, *Micheletti*, C-369/90, *Rec.*, 1992, p. 4239; C.J., 16 juillet 2009, *o.c.*

³ Pour une illustration, voir Civ. Bruxelles (30^e ch.), 9 novembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 340.

⁴ Article 94 et suivants du Code du statut personnel marocain de 2004.

XII.2.1. – LE DIVORCE

des époux et de déterminer les effets du divorce en se fondant sur le prescrit légal marocain ainsi que sur les interprétations données par la doctrine et la jurisprudence marocaines. On peut saluer l'initiative des auteurs du règlement Rome III de prévoir la création d'une base de données, facilement accessible, contenant des informations relatives au contenu des différents droits. Ces informations sont, a priori, limitées au droit des Etats participants. Il serait intéressant d'étendre cette base de données à tous les Etats membres ainsi qu'aux Etats tiers.

b.2. La clause spéciale d'ordre public face aux législations ignorant le divorce et l'exception d'ordre public international

1.28. Tout comme le règlement Rome III, l'article 55, § 3 autorise le juge à écarter la loi normalement applicable si elle ignore l'institution du divorce.

A la différence de l'article 10 du règlement Rome III qui prévoit, dans cette hypothèse, que le juge substitue à la loi étrangère, l'application de la loi du for, le CODIP indique que la loi applicable est celle désignée par le facteur de rattachement subsidiaire. Ainsi, si la loi de la résidence des époux ne connaît pas le divorce, c'est la loi de l'Etat de leur dernière résidence commune (pour autant qu'un des époux réside encore dans cet Etat) qui s'appliquera, sauf si cette dernière ne consacre pas non plus l'institution du divorce, auquel cas, c'est la loi nationale des époux vers laquelle on se dirigera, et ainsi de suite. Il existera donc dans tous les cas une possibilité d'obtenir le divorce pour les époux ayant valablement saisi les juridictions belges, dès lors que le dernier rattachement consacré par l'article 55, § 1^{er}, est la loi belge.

Cette disposition, qui résulte de la volonté du législateur de faire de la dissolution du mariage un droit, ne trouvera que très peu de cas d'application. Nous pouvons faire état d'une décision qui a écarté l'application du droit égyptien, considérant, à tort, que la législation de cet Etat ignore l'institution du divorce pour des époux mariés selon un régime non religieux¹.

1.29. La clause ne peut pas être invoquée pour écarter une législation qui connaît le divorce mais qui est restrictive quant à son admissibilité².

1.30. Pourrait-on alors envisager, face à ces législations sévères, d'actionner l'exception d'ordre public international prévue à l'article 21 du CODIP? Théoriquement, ce n'est pas exclu; tout dépend du contenu précis de la loi étrangère. Mais, comme son nom l'indique, l'ordre public international ne peut intervenir que de façon exceptionnelle. Le seul fait que le droit étranger

¹ Civ. Bruxelles (30^e ch.), 26 juin 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 903, note N. BERNARD-MOUGIRON et C. HENRICOT.

² Proposition de loi, *o.c.*, p. 86.

soit différent, c'est-à-dire plus sévère que le droit belge, ne peut en aucun cas suffire à faire jouer ce mécanisme correctif¹.

La jurisprudence belge ne fait d'ailleurs pas état de l'utilisation de cette exception pour éviter l'application de législations étrangères soumettant le divorce à des conditions très restrictives. On note une décision du Tribunal de première instance de Hasselt, qui, constatant que le droit italien exigeait des conditions assez strictes pour permettre un divorce par consentement mutuel, estime que cela va à l'encontre de la volonté du législateur qui est de favoriser le divorce². Il n'actionne cependant pas l'exception d'ordre public international, mais se contente de mentionner que les règles de conflit de lois créent une discrimination selon que les couples partagent ou non une même nationalité, estimant dès lors que le facteur de la résidence habituelle commune est plus pertinent. Cette décision reste cependant isolée.

1.31. Dans certains cas, ce n'est pas tant la rigueur des conditions à respecter pour obtenir le divorce qui entraînera l'intervention de l'exception d'ordre public international que la violation de principes fondamentaux comme le principe d'égalité et de non-discrimination. On pense ici à des législations étrangères posant des conditions distinctes selon que les époux qui souhaitent divorcer partagent ou non une même religion³, ou selon que la personne dont le comportement fautif est pris en compte est le mari ou l'épouse.

Ainsi, le droit haïtien énonce que le divorce par consentement mutuel, qui est soumis de façon générale à des conditions très strictes, ne peut plus être obtenu si l'épouse a atteint l'âge de 45 ans⁴; une femme saisissant les juridictions belges d'une demande de divorce par consentement mutuel soumise à cette législation ne pourrait, selon nous, se voir opposer cette condition discriminatoire.

¹ Voir P. WAUTELET, « La dissolution du mariage en droit international privé – compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères », in P. WAUTELET (coord.), *Actualités du contentieux familial international, o.c.*, p. 69 et s., spéc. p. 118, note 109, qui estime que l'exception d'ordre public international ne pourrait pas être invoquée face à des législations plus sévères.

² Civ. Hasselt, 28 janvier 2003, *Limb. Rechtsl.*, 2003, p. 152. On pouvait en effet considérer que la loi du 27 juin 1960, en ce qu'elle rendait le droit belge applicable dans la plupart des cas de dissolution du mariage, consacrait une *favor divortii*, destinée notamment à permettre à tous les couples mixtes composés de Belges et d'étrangers, d'obtenir le divorce, quoi que prévoit le droit de leur nationalité.

³ Voir à cet égard Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2004, p. 441 ; M.-C. FLOBETS et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidence au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

⁴ Art. 265 du Code civil haïtien (source : B. DUTOIT, *Le divorce en droit comparé, o.c.*, vol. 3 : *Amérique latine*, p. 115 et s.).

XII.2.1. – LE DIVORCE

b.3. La suppression du renvoi

1.32. L'article 16 du Code exclut désormais le mécanisme du renvoi; les règles de conflit de l'Etat étranger dont la loi est désignée par application des règles de conflit de droit belge ne doivent plus être prises en considération¹.

b.4. La clause d'exception

1.33. L'article 19 du Code introduit une clause d'exception, qu'on appelle parfois clause échappatoire, et qui permet, dans des circonstances exceptionnelles, de ne pas appliquer la loi qui est désignée par la règle de conflit, pour des motifs qui reposent sur le principe de proximité.

Cette disposition énonce en effet que la loi applicable pourra être écartée s'il est *manifeste* que la situation n'a qu'un lien *très faible* avec l'Etat dont le droit est désigné et qu'elle présente dans le même temps des *liens très étroits* avec un autre Etat. Le Code exige donc que deux conditions cumulatives soient remplies pour écarter la loi normalement applicable: d'une part, l'insuffisance de proximité de cette loi, autrement dit son caractère fortuit ou isolé, et, d'autre part, l'existence d'une loi qui, elle, présente des liens significatifs avec la situation juridique en cause.

1.34. Face à une telle situation, le juge applique, à la place de la loi désignée par la règle de conflit, la loi qui, elle, présente des liens très étroits avec le cas d'espèce. Ce mécanisme n'entraîne donc pas, comme l'exception d'ordre public international, un retour à la *lex fori*.

1.35. En ce qui concerne le divorce, l'intervention de cette clause est tout à fait exceptionnelle. En effet, les facteurs de rattachement choisis par le législateur dans l'article 55, § 1^{er}, reposent sur le principe de proximité, et il sera rare que la loi désignée ne présente que très peu de liens avec la situation des époux. Ainsi, étant donné la définition du concept de résidence habituelle dans le Code, on imagine mal la loi de l'Etat dans lequel la résidence habituelle des deux époux est fixée ne pas présenter de liens étroits avec la dissolution de leur union. Il en est de même lorsque la loi nationale commune s'applique en vertu du point 3^o de cette disposition: par hypothèse, si cette loi s'applique, les époux ne partagent pas de résidence dans le même Etat, et aucun d'eux ne réside plus dans l'Etat de l'ancienne résidence conjugale; on n'aperçoit dès lors pas comment une autre loi que celle de la nationalité des époux pourrait présenter un lien plus étroit avec leur situation.

¹ Le Code maintient trois exceptions, strictement encadrées, en ce qui concerne la capacité des personnes physiques (art. 34, § 1^{er}, al. 2), les successions immobilières (art. 78, § 2, al. 2) et les personnes morales (art. 110, al. 2).

Toutefois, théoriquement, cette clause pourrait jouer. Pour apprécier son intervention, le Code prescrit notamment de tenir compte du besoin de prévisibilité du droit applicable par les parties, ce qui fait référence à leurs attentes légitimes. Ces attentes ne sont toutefois qu'un des éléments à prendre en considération pour apprécier l'intervention de la clause d'exception; le seul fait que les époux ne s'attendaient pas à ce que la loi de leur résidence habituelle s'applique, par exemple, n'est pas suffisant pour mettre cette loi de côté.

1.36. La clause d'exception est une règle de droit; elle a donc le même statut que toute autre règle de conflit. Ceci implique que, le cas échéant, le juge peut la soulever d'office, afin d'appliquer dans chaque situation la loi présentant les liens les plus étroits¹. Bien entendu, le caractère contradictoire du procès devra néanmoins être assuré, ce qui implique que le juge offre aux parties la possibilité d'être entendues au sujet de l'intervention éventuelle de la clause échappatoire.

Toutefois, lorsque les époux ont fait usage de la possibilité qui leur est offerte de faire une option de droit (voir ci-dessous, n° 1.14.), la clause d'exception ne peut pas être utilisée par le juge pour écarter la loi choisie (art. 19, § 2).

c. Le conflit mobile

1.37. Le Code apporte une solution expresse à la question délicate du conflit mobile, c'est-à-dire de la modification dans le temps du facteur de rattachement. Comment, par exemple, déterminer la loi applicable si, au cours de leur mariage, les époux ont successivement résidé dans plusieurs Etats, puis se sont séparés pour vivre chacun dans un Etat différent, et que, quoique ne partageant pas, au départ, de nationalité commune, l'épouse a fini par acquérir la nationalité de son conjoint au terme d'une résidence prolongée dans cet Etat?

L'article 55 précise que le moment qu'il convient de prendre en considération pour déterminer la loi applicable est celui de l'*introduction de la demande*. Par conséquent, peu importe que les époux aient résidé antérieurement dans un même pays si, à cette date, ils vivent séparés; de même, il ne présente pas d'intérêt de savoir que les époux n'ont pas partagé une même nationalité pendant de nombreuses années si, à cette même date, ils jouissent d'une nationalité commune. Le déménagement ou le changement de nationalité des époux postérieur à l'introduction de la demande n'est pas non plus pris en considération.

¹ J. D. GONZALEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *RCADI*, 2000, t. 287, p. 9 et s., spéc. p. 308; C. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie, 1983, pp. 67-68.

XII.2.1. – LE DIVORCE

Pour l'option de droit, la date est identique, ce qui signifie que les époux ne pourront choisir que la loi d'un Etat dont ils partagent la nationalité au jour de l'introduction de la demande. Pour exercer un choix en faveur de la loi belge, en revanche, aucun lien particulier avec la Belgique n'est exigé à cette date.

d. L'application de la *lex fori* à titre subsidiaire

1.38. En vertu de l'article 15, § 2, alinéa 2 du Code, «*lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge*». Cette disposition codifie un enseignement issu de la jurisprudence de la Cour de cassation, selon lequel la *lex fori* peut intervenir à titre supplétif lorsqu'il est impossible d'appliquer le droit étranger¹.

Comme le souligne la formulation de cet article du Code, cela ne peut se faire que dans des cas tout à fait exceptionnels, lorsque le contenu du droit étranger reste indéterminable². On peut penser notamment à des droits coutumiers non écrits, ou encore au droit de pays dans lesquels de graves troubles sévissent, rendant la connaissance de l'état actuel de la législation impossible³.

1.39. Lorsque cela est possible, il convient de n'appliquer le droit belge qu'à titre temporaire, c'est-à-dire dans l'attente de découvrir le contenu du droit étranger applicable. Dans l'arrêt précité de la Cour de cassation, c'est à des mesures provisoires concernant la garde d'enfants mineurs qu'avait été appliqué supplétivement le droit belge, la Cour estimant que le droit belge avait une vocation supplétive «*dans la mesure où la loi étrangère ne peut s'appliquer immédiatement, notamment en raison de l'urgence, et pour autant que la lex fori ne supplée que provisoirement à la loi normalement applicable*».

L'article 15 du Code va plus loin que la jurisprudence de la Cour suprême, en ne limitant plus cette vocation subsidiaire de la *lex fori* aux causes tranchées au provisoire⁴. Toutefois, comme l'expression «*en temps utile*» le laisse entendre, le droit belge ne peut venir au secours du juge qui ne sait pas mettre en œuvre la loi étrangère que lorsqu'il faut trancher un litige parce qu'il n'est pas ou plus possible de laisser les parties dans l'expectative. Selon nous, cela ne dispense ni le juge ni les parties⁵ de s'employer par tous moyens à mettre à jour la substance du droit matériel étranger pour, par la suite, statuer à titre définitif si la décision avait été rendue en référé, ou pour réexaminer, en raison de

¹ Cass., 12 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 478; *Rev. not. belge*, 1986, p. 353, note R. VANDER ELST; *R.W.*, 1986-1987, p. 99, note J. ERAUW.

² Proposition de loi, *o.c.*, p. 40: «L'hypothèse visée par le texte doit être interprétée dans un sens restrictif, et le juge doit être attentif à motiver sa décision à cet égard».

³ Exemple cité dans les travaux préparatoires (Rapport Sénat, *o.c.*, p. 39). Pour un cas d'application, voir Civ. Liège (3^e ch.), 11 janvier 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 712.

⁴ Rapport Sénat, *o.c.*, p. 39.

⁵ En vertu de l'art. 15, § 1^{er}, le contenu du droit étranger doit être déterminé par le juge. Ce n'est que s'il ne peut l'établir qu'il peut requérir la collaboration des parties.

l'apparition d'éléments nouveaux, une question déjà tranchée, par exemple pour réévaluer le montant des obligations alimentaires.

Pour ce qui est de la dissolution du mariage, toutefois, s'il est impossible d'établir le contenu de la loi applicable en temps utile, le droit belge s'appliquera à titre « définitif ».

L'article 15 rappelle par ailleurs que le droit étranger est appliqué selon l'interprétation reçue à l'étranger. Il ressort en effet de la doctrine et d'un arrêt de la Cour de cassation que le juge doit interpréter le droit tel qu'il est¹. Si une disposition fait l'objet de controverse, le juge doit se plier à la source dominante d'interprétation². Le cas échéant, le contrôle de la Cour de cassation portera uniquement sur la conformité de l'interprétation du juge du droit étranger avec ce dernier.

§ 2. *Le domaine de la loi applicable*

1.40. Le domaine de la loi applicable est détaillé, de façon non exhaustive, dans l'article 56 du Code.

De façon générale, on peut dire que la loi applicable régit tous les aspects de la dissolution du mariage. On remarque que l'article 56 ne vise pas l'admissibilité du divorce (est seule mentionnée celle de la séparation de corps); ce qui est logique dès lors que si le droit étranger ne connaît pas l'institution du divorce, il est écarté en vertu de l'article 55, § 3 (voir *supra*, n° 1.17.).

Les effets du divorce sont, en revanche, exclus du domaine de la loi applicable au divorce; pour déterminer la loi qui leur est applicable, il convient de procéder à une qualification autonome (voir *infra*, XII-2.2. – 2.1.).

1.41. La loi applicable détermine tout d'abord les causes et conditions du divorce, ce qui englobe tous types de conditions requises pour fonder une demande en divorce.

En ce qui concerne les fins de non-recevoir, leur caractère en quelque sorte hybride rend la qualification délicate. Il nous semble que cet exercice devrait se faire au cas par cas.

Certains moyens de défense généralement englobés dans la catégorie des fins de non-recevoir semblent devoir être inclus, pour les besoins du droit international privé, dans la notion de cause du divorce, comme l'avait jadis énoncé la Cour de cassation³, et être dès lors régis par la loi applicable au fond. Ainsi, si le droit luxembourgeois s'applique, l'action en divorce s'éteindra en cas de

¹ M. FALLON, note sous Cass. (3^e ch.), 21 novembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 850.

² *Ibid.* renvoyant à F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 6.10.

³ Cass., 8 octobre 1964, *Pas.*, 1965, I, 125, à propos des termes « causes du divorce » dans la loi du 27 juin 1960. En ce sens, P. WAUTELET, « La dissolution du mariage en droit international privé – compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères », *o.c.*, p. 121.

XII.2.1. – LE DIVORCE

réconciliation des époux, une nouvelle action ne pouvant être introduite que pour des faits survenus ou découverts postérieurement à cette réconciliation¹. Si en revanche, le droit de l'Etat du Kentucky (Etats-Unis) régit le divorce, la réconciliation n'est pas un obstacle à la demande en divorce²; dans ce cas, les articles 1284 et 1285 du Code judiciaire ne pourraient pas être invoqués. Ces questions sont en effet totalement imbriquées avec les conditions de fond du divorce, et ne peuvent donc pas en être détachées par une application de la *lex fori*³.

D'autres fins de non-recevoir ne sauraient en revanche être qualifiées que de questions de procédure. Ainsi, la possibilité d'invoquer le défaut d'intérêt du demandeur ou l'exception de chose jugée ne dépendent pas du droit applicable au fond de la demande, mais bien de la *lex fori*.

Quant aux délais de prescription, ils sont rattachés, en droit international privé, aux conditions de fond⁴. Ainsi, si le droit colombien est applicable, l'action en divorce pour adultère est prescrite dans un délai d'un an à dater de la connaissance du fait par le conjoint, et, dans tous les cas, dans les deux ans de la commission de l'acte⁵.

1.42. La loi du divorce régit également le relâchement du lien matrimonial, c'est-à-dire pour le divorce, sa dissolution, en ce compris la date de cette dissolution, question qui était antérieurement considérée comme soumise à la loi de la procédure⁶.

Les articles 1278 et 1304 du Code judiciaire ne s'appliquent donc qu'aux divorces soumis au droit belge, et cela tant en ce qui concerne les effets entre époux qu'à l'égard des tiers. Par conséquent, si la transcription s'impose pour toute décision de divorce passée en force de chose jugée prononcée par les juridictions belges (art. 1275 et 1303 C. jud.), cette formalité ne fixera pas nécessairement la date du divorce par rapport aux tiers. Ainsi, si le droit grec a

¹ Art. 272 et 273 du Code civil luxembourgeois.

² Sec. 403.150(5) des Kentucky Revised Statutes (source: B. DUTOIT, *Le divorce en droit comparé*, vol. II: Amérique du Nord, o.c., p. 214).

³ En ce sens, not., G. BRUYNSEAEDE, «De echtscheiding in het I.P.R.», in S. BROUWERS (éd.), *Bestendig Handboek Echtscheiding*, Kluwer, 2005, IX.1-9, note 4; G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruylant/LGDJ, 2002, p. 111 et s., spéc. p. 117.

⁴ En ce sens, voir not. G. BRUYNSEAEDE, «De echtscheiding in het I.P.R.», o.c., IX.1. – 9, note 4. Sur la loi applicable à la prescription en général, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, o.c., n° 11.12 et s., et les références citées au n° 11.14; G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, o.c., p. 127. Le Code de droit international privé précise d'ailleurs à plusieurs reprises que les délais d'action font parties du domaine de la loi applicable au fond (voir not. art. 63.4° en matière de filiation et 76.2° en matière d'obligations alimentaires).

⁵ Art. 156 du Code civil colombien (source: B. DUTOIT, *Le divorce en droit comparé*, vol. III: Amérique latine, o.c., p. 61).

⁶ P. WAUTELET, «La dissolution du mariage en droit international privé – compétence, droit applicable et reconnaissance des décisions étrangères», o.c., p. 121; F. RIGAUX et M. FALLON, *l.c.*, p. 576.

régi la dissolution du mariage, celle-ci sera effective dès que la décision deviendra irrévocable, même si elle n'a pas été transcrite¹.

1.43. On notera que le caractère *juridictionnel* du divorce relève bien entendu de la *lex fori*. Quoi que prévoit la loi étrangère applicable au divorce (procédure administrative, religieuse, etc.), seuls les cours et tribunaux sont compétents sur le territoire belge pour prononcer la dissolution d'un mariage².

¹ La mention sur les actes de l'état civil n'a en effet aucun effet juridique. Source: B. DUTOIT, *Le divorce en droit comparé*, vol. I: Europe, *o.c.*, p. 191.

² Comme le précise M. FALLON, si une intervention d'une autorité particulière est requise par le droit étranger (p. ex. pour prononcer une séparation provisoire), elle doit être demandée en Belgique, non pas devant le type d'autorité ayant reçu cette attribution dans cette législation, mais selon les attributions du droit belge, le cas échéant devant le tribunal de première instance en vertu de sa compétence ordinaire (F. RIGAUX et M. FALLON, *l.c.*, pp. 575-576).

XII.2.1. – LE DIVORCE

Section 2

Les effets du divorce

INTRODUCTION

2.1. La loi désignée par l'article 55 ne régit que la dissolution du lien, et non ses effets¹, comme le confirme indirectement l'article 56 (qui explicite le domaine de la loi du divorce). Ceux-ci sont chacun régis par leur loi propre: les obligations alimentaires entre ex-époux et vis-à-vis des enfants par les articles 74 et suivants du Code, l'aptitude au remariage par l'article 46, l'exercice de l'administration de la personne de l'enfant par l'article 35, etc.

Nous commençons par analyser les règles de conflit de lois relatives aux obligations alimentaires entre ex-époux (sous-section 1) et envers les enfants (sous-section 2). Nous analysons ensuite, de manière plus brève, la loi applicable à la responsabilité parentale (sous-section 3), au nom (sous-section 4) et, enfin, aux régimes matrimoniaux et aux successions (sous-section 5).

SOUS-SECTION 1^{re}. LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES ENTRE EX-ÉPOUX*Introduction*

2.2. Le Code contient une catégorie de rattachement spécifique pour toutes les obligations alimentaires, en son Chapitre VI. En ce qui concerne la loi applicable, outre la règle de principe énoncée dans l'article 74, le Code laisse une certaine place à l'autonomie de la volonté en cas de conclusion d'une convention relative aux aliments, en son article 75.

2.3. Toutefois, depuis le 18 juin 2011, les Etats membres doivent appliquer le règlement Aliments qui opère un renvoi pur et simple au Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après «Protocole»), pour autant qu'ils y soient liés².

Dès lors que le Protocole s'impose au CODIP, nous examinons d'abord les règles qu'il contient avant d'analyser les articles 74 et suivants du CODIP.

¹ Proposition de loi, p. 87.

² Art. 15 du Règl. Aliments. Le Royaume-Uni n'est pas lié par ce Protocole.

XII.2.2. – LES EFFETS DU DIVORCE

§ 1^{er}. *Le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*

a. Le champ d'application

2.4. Le Protocole détermine la loi applicable aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers un enfant indépendamment de la situation matrimoniale de ses parents¹.

2.5. Il a par ailleurs un caractère universel en ce qu'il peut potentiellement désigner la loi de tous les Etats, indépendamment du fait que ceux-ci aient ratifiés le Protocole². Il n'a cependant de force obligatoire que pour les Etats qui l'ont ratifié.

2.6. Enfin, comme indiqué ci-dessus, le Protocole est entré en vigueur le 18 juin 2011 et s'applique à toutes les demandes d'aliments introduites après cette date dans un Etat contractant³.

b. Le choix de loi opéré par les parties

2.7. L'article 8 du protocole offre la possibilité aux parties de choisir la loi applicable à leurs obligations alimentaires. Comme souvent en matière familiale, ce choix se présente sous la forme d'une option de droit. D'une part, les parties doivent choisir entre :

- a. la loi d'un État dont l'une des parties a la nationalité au moment de la désignation ;
- b. la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la désignation ;
- c. la loi désignée par les parties pour régir leurs relations patrimoniales ou celle effectivement appliquée à ces relations et ;
- d. la loi désignée par les parties pour régir leur divorce ou leur séparation de corps ou celle effectivement appliquée à ce divorce ou cette séparation.

¹ Art. 1^{er} du Protocole.

² Art. 2 du Protocole.

³ Lecture *a contrario* de l'art. 22 du Protocole.

D'autre part, l'article énonce une série de limitations destinées à protéger la partie faible¹.

c. La loi applicable à défaut de choix

2.8. Le protocole instaure une règle de conflit de lois générale et une règle de conflit de lois spéciale.

La règle générale est inscrite à l'article 3.1 du Protocole qui prévoit que la loi applicable est celle de l'Etat de la résidence habituelle du créancier. La notion de résidence habituelle s'entend, au sens du règlement, comme «*le lieu où les besoins du créancier sont ressentis et doivent être satisfaits*»².

2.9. L'article 3.2. règle l'hypothèse du changement de résidence habituelle en indiquant qu'«*en cas de changement de la résidence habituelle du créancier, la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle s'applique à partir du moment où le changement est survenu*». Pour bien comprendre cette affirmation, il y a lieu de se référer aux travaux préparatoires. Ceux-ci indiquent que le changement de résidence habituelle est pris en considération, même s'il survient en cours de procédure, mais uniquement pour l'avenir³. Cela signifie concrètement qu'il faudra, pour la période précédant le changement de résidence, appliquer la loi de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle et pour la période suivant le changement de résidence, appliquer la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle⁴. La situation n'en deviendra que plus compliquée en cas de changements successifs de résidence habituelle durant la procédure ...⁵

2.10. La règle énoncée à l'article 5 du Protocole est spéciale en ce qu'elle vise uniquement les obligations entre époux et ex-époux. Cette règle prévoit qu'un

¹ 8.2. Un tel accord est établi par écrit ou consigné sur tout support dont le contenu est accessible pour être consulté ultérieurement et est signé des deux parties.

8.3. Le paragraphe premier ne s'applique pas aux obligations alimentaires concernant une personne âgée de moins de 18 ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir à ses intérêts.

8.4. Nonobstant la loi désignée par les parties en vertu du paragraphe premier, la loi de l'Etat de la résidence habituelle du créancier, au moment de la désignation, détermine si le créancier peut renoncer à son droit aux aliments.

8.5. A moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

² H. MUIR WATT et B. ANCEL, *o.c.*, p. 465 renvoyant à A. MALATESTA, «La convenzione e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti», *Riv. dri. priv. proc.*, 2009, p. 840.

³ Avant-projet du Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires, rapport explicatif, Conférence de La Haye de droit international privé, *doc. Prél.*, août 2007. I. BAMBUST souligne par ailleurs que «le délai ultime pour faire valoir cette modification dépendra des règles procédurales internes» (art. 772 du Code judiciaire pour le droit belge) (I. BAMBUST, *o.c.*, p. 385).

⁴ I. BAMBUST, *o.c.*, p. 385.

⁵ *Ibid.*, p. 385.

XII.2.2. – LES EFFETS DU DIVORCE

(ex-)époux peut s'opposer à la loi normalement applicable pour recourir à une loi présentant des liens plus étroits avec le mariage¹.

d. Le domaine de la loi applicable

2.11. Le domaine de la loi applicable est repris à l'article 11 du Protocole et vise notamment si, dans quelle mesure et à qui le créancier peut demander des aliments, la base du calcul des aliments² et la possibilité de demander rétroactivement les aliments.

e. L'exception d'ordre public

2.12. L'article 13 autorise le juge à écarter la loi normalement applicable lorsque celle-ci est manifestement contraire à l'ordre public. Etant donné que l'article 3.1. ne prévoit qu'un seul critère de rattachement, il est logique que le juge, ayant actionné l'exception d'ordre public, applique la loi du for.

§ 2. L'article 74 du Code: la loi applicable en l'absence de convention relative aux aliments

a. Le principe

2.13. Comme le Protocole, le Code consacre un rattachement des obligations alimentaires à la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments³.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le renvoi est désormais exclu dans le Code.

2.14. Lorsque les aliments sont postulés durant l'instance en divorce, à titre provisoire, cela n'a aucune influence sur la détermination de la loi applicable. A cet égard, notons que le devoir de secours sous sa forme alimentaire entre dans le domaine de la loi régissant les obligations alimentaires, et non dans celui de la loi des effets du mariage⁴.

¹ L'art. 5 du Protocole vise par exemple la loi de l'Etat de l'ancienne résidence habituelle commune des époux.

² Conformément à l'article 14 du Protocole, «il est tenu compte dans la fixation du montant des aliments, des besoins du créancier, des ressources du débiteur ainsi que de toute compensation accordée au créancier à la place d'un paiement périodique d'aliments» et ce, même si la loi applicable en dispose autrement.

³ Pour un exemple d'application, voir Civ. Nivelles, 14 février 2006, inédit; H. VANDERVELLEN et F. CHRISTIAENS, «Chronique de jurisprudence flamande», *Act. dr. fam.*, 2008, p. 202; Gand (11^e ch.), 1^{er} mars 2007, R.G., 2006/RK/267 et Anvers, 14 novembre 2007, R.G. 2007/KR/174.

⁴ On peut déduire cette solution de l'art. 74, § 2, qui édicte une règle à caractère substantiel pour les aliments entre époux ou à l'égard des enfants mineurs. Cons. ég. Rapport Sénat, *o.c.*, p. 154 (à propos des répudiations). *Adde*, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, o.c.*, p. 657. Pour une illustration, voir Bruxelles (3^e ch.), 19 février 2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 728.

b. Les exceptions

2.15. Deux exceptions à l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments sont énoncées par l'article 74.

Tout d'abord, l'article 74, § 1^{er}, alinéa 2, énonce que si créancier et débiteur d'aliments partagent une même nationalité, et que le débiteur réside dans l'Etat de cette nationalité commune, la loi applicable est celle de cet Etat¹. Cette disposition est fondée sur le même objectif que celui de la clause d'exception. En effet, dans cette situation, le seul élément d'extranéité est la résidence du créancier d'aliments, tandis que tous les autres points de contact sont localisés dans un même Etat. La disposition permet d'éviter la «délocalisation» de la situation par la seule volonté du créancier d'aliments.

Prenons l'exemple d'une femme de nationalité chinoise, qui réside en Belgique. Celle-ci réclame des aliments à son ex-époux, également de nationalité chinoise, et qui réside en Chine. Le Code impose d'appliquer le droit chinois, ce qui permettra notamment de faciliter l'exécution de la décision belge en Chine, où les «standards alimentaires» pourraient être très différents.

2.16. La seconde exception trouve sa source dans l'article 74, § 2, selon lequel, si la loi de la résidence habituelle du créancier ne lui accorde aucun droit aux aliments, un facteur de rattachement subsidiaire intervient, qui désigne la loi de la nationalité commune du créancier et du débiteur. Si la loi nationale commune n'accorde, elle non plus, aucun aliment, le droit belge s'applique. L'existence de cette règle de rattachement à caractère substantiel² évite d'avoir à apprécier si une loi étrangère n'accordant pas d'aliments aux époux (ou aux enfants mineurs) est ou non contraire à l'ordre public international belge.

2.17. En édictant cette exception, le législateur n'a pas précisé ce qu'il convenait de faire si créancier et débiteur n'avaient pas de nationalité commune... Faut-il également appliquer le droit belge? Il nous semble que oui. En effet, si l'intervention subsidiaire du droit belge n'est expressément prévue que si la loi de la nationalité commune n'accorde aucun droit alimentaire, il reste que, conformément au fonctionnement des règles de rattachement en cascade, lorsqu'il n'est pas possible de désigner la loi applicable par application de la règle énoncée, il convient de la déterminer selon le facteur de rattachement *subsidiaire*.

¹ Pour un cas d'application, voir H. VANDERVELLEN et F. CHRISTIAENS, Chronique de jurisprudence flamande (mars 2007-mars 2008), *Act. dr. fam.*, 2008, p. 202; Gand, 27 mai 2010, *Revue@dipr.be* 2010, p. 62; Civ. Bruxelles (réf.), 30 mai 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 845.

² On désigne par l'appellation «règles de rattachement à caractère substantiel», les règles de conflit de lois qui s'intéressent au contenu du droit matériel désigné, alors que les règles de conflit en droit international privé sont en principe neutres, c'est-à-dire s'appliquent quel que soit le contenu de la loi applicable (sauf l'intervention *a posteriori* de l'exception d'ordre public international).

XII.2.2. – LES EFFETS DU DIVORCE

2.18. Cette seconde exception ne vaut que s'il s'agit d'aliments *entre époux* ou *vis-à-vis d'un enfant mineur*. Les ex-époux sont-ils visés par cette disposition au motif que les obligations alimentaires entre eux trouvent leur source dans un mariage préexistant? Les travaux préparatoires sont peu éclairants sur cette question¹. Nous pencherions en faveur d'une interprétation restrictive, n'incluant donc pas les ex-époux². En effet, il s'agit d'une exception à la règle de l'article 74, § 1^{er}, qui doit donc s'interpréter de façon stricte. En outre, l'intention du législateur semble avoir été de ne protéger que les personnes encore tenues par les liens du mariage afin, le cas échéant, de laisser place, une fois le divorce prononcé, aux conceptions différentes qui existent en droit comparé sur les pensions alimentaires³, sauf le cas de l'intervention de l'exception d'ordre public international. On se rappellera à cet égard que le Code poursuit notamment comme objectifs la modernité et l'ouverture internationale⁴, qui doivent constituer les lignes directrices de l'interprétation du Code⁵.

2.19. Face à une législation étrangère n'accordant en l'espèce pas de droit à une pension alimentaire après divorce, il appartiendrait donc au juge belge d'apprécier, *in casu*, si cela conduit à un résultat qui contrevient aux principes fondamentaux de notre droit. Le seul fait qu'une législation étrangère limite ce droit dans le temps, ou ne permet d'octroyer, en l'espèce, qu'une pension alimentaire inférieure à ce qui aurait été obtenu sur le fondement du droit belge ne nous semble pas de nature à permettre une intervention de l'exception d'ordre public international. De plus, dans un arrêt du 18 juin 2007, la Cour de cassation a estimé que le recours à l'exception d'ordre public n'était pas justifié pour évincer l'application d'un droit qui ignore la pension alimentaire après divorce⁶. Elle a ainsi tranché avec l'attitude des cours et tribunaux qui

¹ Rapport Sénat, *o.c.*, pp. 153-154. En effet, ils citent le cas des femmes dont le divorce a été prononcé dans un pays de droit musulman, qui n'octroie pas de droit alimentaire aux ex-époux, sans que l'on aperçoive si cet exemple concerne l'exception de l'article 74, § 2, ou seulement l'intérêt du choix du facteur de la résidence habituelle.

² En ce sens, M. FALLON, «Le droit international privé belge dans les traces de la loi italienne dix ans après», *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2005, p. 315 et s., spéc. p. 322. P. WAUTELET, «La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire», *J.L.M.B.*, 2008, p. 828.

³ Dans de nombreuses législations étrangères, en effet, le droit d'une personne à obtenir des aliments de son ex-époux est limité dans le temps et/ou à des cas où un époux est dans le besoin. Ainsi en est-il not., parmi les législations les plus proches géographiquement, des droits allemand, suisse, suédois, et néerlandais. Voir pour plus de détails C. BARBÉ, «Les clauses relatives aux aliments entre ex-époux», note sous Mons, 19 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2002/3, p. 143 et s.; J. BOULARBAH, *Droit civil de la famille*, t. II, *Aspects comparatifs et internationaux*, Paris, Economica, 1994, p. 447 et s.; B. DUTOIT et al., *Le divorce en droit comparé, o.c.*, vol. I: Europe, *passim*.

⁴ Proposition de loi, *o.c.*, p. 3 et s.

⁵ H. BOULARBAH, «Le nouveau droit international privé belge», *o.c.*, n° 3.

⁶ Cass., 18 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 820, note P. WAUTELET.

retenaient, de façon constante, la violation de l'ordre public international belge¹, afin d'assurer, à l'époux créancier, un minimum de droit à l'assistance².

c. Le conflit mobile

2.20. L'article 74 précise que le facteur de rattachement (qu'il s'agisse de la résidence habituelle du créancier d'aliments ou de la nationalité commune) doit être apprécié au moment de l'invocation de l'obligation alimentaire. Ce moment ne coïncide pas nécessairement avec celui de l'introduction de la demande en justice³. Il peut cependant être difficile à déterminer avec précision⁴⁻⁵.

Il semble que, l'ambition du législateur étant de prendre en compte l'actualisation du facteur de rattachement, il faudrait tenir compte de la dernière résidence habituelle du créancier, même si celui-ci a déménagé postérieurement à l'introduction de l'instance, à moins que les aliments postulés ne concernent une période révolue (arriérés), auquel cas c'est la résidence à cette époque qui devrait être prise en considération⁶. Si l'on prend l'exemple d'une ex-épouse qui réside habituellement en Belgique au jour du procès, et ce depuis dix mois, mais qui vivait antérieurement en Espagne, et qui réclame une révision du montant de sa pension alimentaire, non seulement pour l'avenir mais aussi pour les douze mois qui ont précédé l'introduction de sa demande, pour le motif qu'elle a, à cette date, perdu son emploi, il conviendra d'appliquer la loi

¹ P. WAUTELET, «La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire», *J.L.M.B.*, 2008, p. 828. Voir not. Bruxelles, 15 janvier 2002, *J.T.*, 2003, p. 55; *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 360; Civ. Nivelles, 8 avril 1997, *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 51; J.P. Liège, 30 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 426, obs. B. MAIRY; J.P. Hasselt, 25 juillet 1995, *Limb. Rechtl.*, 1997, p. 175; Civ. Bruxelles, 26 novembre 1992, *Pas.*, 1992, III, 125; *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 121; Bruxelles, 19 mars 1991, *Pas.*, II, 129. En France, not. Cass. (1^{re} ch. civ.), 7 novembre 1995, *D.*, 1996, somm. p. 170, obs. B. AUDIT; Cass. (1^{re} ch. civ.), 16 juillet 1992, *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 269, note P. COURBE; *D.*, 1993, p. 476, note K. SAÏDI.

² Voir not. Civ. Bruxelles, 15 mai 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 422; Civ. Bruxelles, 26 novembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 21.

³ Voir not. Proposition de loi, *o.c.*, p. 78.

⁴ Voir à cet égard l'avis critique du Conseil d'Etat, *o.c.*, p. 265.

⁵ Pour un cas d'application, voir Liège, 10 mai 2005, *Rev. not. belge*, 2006, p. 37, note J.-L. VAN BOXSTAEL, «Aliments entre ex-époux et droit international privé». La motivation de cette décision est obscure, dès lors qu'elle tient compte du facteur de rattachement au jour de l'introduction de l'instance, refusant de tenir compte d'un déménagement récent de la demanderesse, en invoquant qu'elle n'a pas, malgré ce déménagement, changé de résidence habituelle, mais aussi qu'il ne convient «dès lors» pas d'invoquer la clause d'exception pour écarter, semble-t-il la loi de l'ancienne résidence habituelle au profit de la nouvelle. Si tel est bien le sens de cet attendu, il s'agit d'une application erronée de l'article 74 pour ce qui concerne le conflit mobile (en ce sens é.g., l'annotateur de l'arrêt).

⁶ En ce sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *o.c.*, p. 655; J.-L. VAN BOXSTAEL, «Aliments entre ex-époux et droit international privé», note sous Liège, 10 mai 2005, *o.c.*, p. 42. Cette solution découlerait de la volonté du législateur de s'inspirer de la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (sur laquelle voir *infra* XII.2.2. – 2.28), dont l'art. 1^{er}, al. 2, précise qu'il faut tenir compte de la nouvelle résidence de l'enfant «à partir du moment où le changement s'est effectué».

XII.2.2. – LES EFFETS DU DIVORCE

belge, si ce n'est pour apprécier ses droits pour les deux mois qui ont précédé son emménagement dans notre pays, période pour laquelle le droit espagnol serait seul compétent.

§ 2. *Les conventions relatives aux aliments*

2.21. Tout comme l'article 8 du Protocole, l'article 75 offre aux parties qui concluent une convention relative aux aliments la possibilité de choisir la loi qui lui est applicable¹. On sait en effet que, quoique régissant les obligations contractuelles, la Convention de Rome² et le règlement Rome I³ excluent celles découlant d'une relation de parenté, de mariage ou d'alliance (art. 1^{er}, § 2, b). Le Code limite cette possibilité de choix au droit de l'Etat dont l'une des parties a la nationalité, ou à celui sur le territoire duquel l'une d'elles a sa résidence habituelle.

2.22. Dans le cas des clauses rédigées par les époux dès le mariage, ou, pour le moins, avant la dissolution de leur union, une question de conformité de la loi choisie à l'ordre public international belge pourrait se poser si celle-ci permet de renoncer par avance à toute prétention alimentaire en cas de divorce⁴. Comme nous l'avons déjà indiqué, une telle invocation de l'exception d'ordre public est, selon nous, excessive⁵.

2.23. A défaut de choix, l'article 75, § 2, édicte une règle de conflit semblable à celle qui s'applique en l'absence de convention, en vertu de l'article 74.

§ 3. *Le domaine de la loi applicable aux aliments*

2.24. L'article 76 du Code énonce le domaine d'application de la loi désignée, c'est-à-dire liste de façon non exhaustive l'ensemble des questions régies par

¹ Quant à la forme, la convention doit respecter soit la loi choisie au fond, soit celle du lieu de conclusion de l'accord (art. 75, § 3 CODIP).

² Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée publiée dans le *J.O.*, C 27, 26 janvier 1998, p. 34).

³ Régl. (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, L 177, 4 juillet 2008, p. 6.

⁴ Voir Mons, 19 janvier 2000 (*R.G.D.C.*, 2002, p. 185, note C. BARBÉ, «Les clauses relatives aux aliments entre ex-époux», p. 143 et s.) qui, confrontée à une telle convention conclue par des époux étrangers, et alors que le droit étranger s'appliquait aux aliments, a invoqué cette exception pour octroyer malgré tout des aliments à l'ex-épouse. Dans le sens opposé, Cass. fr., 7 novembre 1972, *Rev. crit. DIP*, 1973, p. 691, note G. WIEDERKEHR.

⁵ C. BARBÉ, «Les clauses relatives aux aliments entre ex-époux», *o.c.* Dans le même sens, semble-t-il, P. WAUTELET, «Le Code de droit international privé», in *Chronique de droit à l'usage du notariat, o.c.*, p. 58, qui estime qu'un couple belgo-allemand pourra dès lors «conclure une convention pré-matrimoniale et renoncer valablement à toute prestation alimentaire postérieure à un divorce pour autant que les époux soumettent leur convention à la loi allemande».

cette loi. Dépendent ainsi de la loi applicable à l'obligation alimentaire les questions suivantes :

- dans quelle mesure et à qui le créancier peut demander des aliments ;
- qui est admis à intenter l'action alimentaire et quels sont les délais pour l'intenter ;
- si et à quelles conditions les aliments peuvent être modifiés ;
- les causes d'extinction du droit aux aliments ;
- les limites de l'obligation du débiteur lorsque la personne qui a fourni des aliments au créancier en demande le remboursement.

Les délais d'intentement de l'action alimentaire entrant dans le domaine de la loi désignée par application des articles 74 et 75, il est exclu de soumettre cette question à la *lex fori* sous le couvert d'une qualification procédurale. De même, le *quantum* de l'obligation entre dans le domaine de la loi applicable.

2.25. La subrogation dans les droits du créancier au profit d'un tiers qui l'a désintéressé est par contre gouvernée par le droit applicable à l'obligation du tiers de désintéresser ce créancier (art. 76, § 2 CODIP). Il s'ensuit que si une institution publique a octroyé des avances alimentaires, la loi applicable pour déterminer si cette institution est subrogée dans les droits du créancier d'aliments est celle qui régit la relation entre cette institution et le créancier d'aliments¹. Le droit de recours des institutions publiques ne peut en effet être soumis aux aléas de la loi applicable à l'obligation alimentaire elle-même. En revanche, l'obligation alimentaire elle-même reste soumise à sa loi, qui fixe les limites de l'obligation du débiteur (art. 76, § 1^{er}, 5^o CODIP).

Prenons l'exemple d'époux allemands résidant en Belgique, qui y divorcent pour séparation de fait prolongée. Par une convention postérieure à leur divorce, qu'ils soumettent au droit allemand, ils renoncent à se réclamer mutuellement des aliments. Dans le besoin, l'épouse fait appel au CPAS afin de bénéficier d'une aide sociale. Le CPAS est donc subrogé dans ses droits à l'encontre de son ex-mari au regard de la loi belge qui est la loi en vertu de laquelle le centre public d'action sociale est tenu de lui offrir une aide. Cependant, l'obligation de l'ex-époux reste soumise à la loi allemande, valablement choisie dans la convention conclue avec son ex-épouse. Par conséquent, il n'est tenu d'aucune obligation alimentaire à son égard ; le CPAS ne peut donc pas exercer son action récursoire.

¹ Voir not. l'art. 98, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

XII.2.2. – LES EFFETS DU DIVORCE

SOUS-SECTION 2. LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES À L'ÉGARD DES ENFANTS

Introduction

2.26. Dans le Code, toutes les obligations alimentaires sont soumises à la même loi, à savoir celle désignée par les articles 74 et 75. Nous renvoyons donc à ce sujet aux développements consacrés à ces dispositions concernant les aliments entre ex-époux.

2.27. Jusqu'au 18 juin 2011, la source internationale était la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants. Ses règles de conflit primaient donc sur celles édictées par le Code. Toutefois, depuis le 18 juin 2011, il faut avoir égard au règlement Aliments. Dans la mesure où la Convention de La Haye de 1956 continue à s'appliquer pour toutes les demandes d'aliments introduites jusqu'à cette date, nous commençons par analyser son régime. Nous examinons ensuite les nouvelles règles de conflit de lois instaurées par le règlement Aliments.

§ 1^{er}. La Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants

2.28. Selon cet instrument, c'est la loi de la résidence habituelle de l'enfant qui détermine dans quelle mesure et à qui l'enfant peut réclamer des aliments¹. La règle de rattachement de principe est donc identique à celle maintenant édictée par le Code.

La Convention autorise les Etats contractants à déclarer leur propre loi applicable si la demande est portée devant leurs juridictions, que débiteur et créancier d'aliments ont la nationalité de cet Etat, et que le débiteur a sa résidence habituelle dans ce même Etat. La Belgique a déclaré appliquer cette possibilité². Elle en a d'ailleurs repris la substance dans l'article 74, § 1^{er}, alinéa 2 (voir *supra* XII.2.2. – 2.13).

2.29. Une règle de rattachement subsidiaire est prévue si la loi désignée refuse tout droit aux aliments au créancier; dans ce cas, il est renvoyé aux règles de conflit du juge saisi. En Belgique, il s'agit donc de l'article 74, § 2, du Code, qui désigne la loi de la nationalité commune des parents et de leur enfant ou, à défaut la loi belge (à cet égard, voir *supra* XII.2.2. – 2.16). Cette disposition ne s'applique cependant que pour les enfants *mineurs*.

¹ Quoique la Convention ne le prévoit pas expressément, le renvoi est exclu; voir le Rapport rédigé par M. DE WINTER, *Actes et Documents de la Conférence de La Haye*, VIII^e session, 1956, I, p. 310.

² Voir l'art. 2 de la loi d'approbation du 27 juillet 1970.

Face à un enfant majeur en vertu de sa loi nationale, mais âgé de moins de vingt et un ans, la loi de la résidence habituelle de l'enfant ne pourra donc être écartée que par application de l'exception d'ordre public international (art. 4 de la Convention de La Haye). Il en est de même, en vertu du Code, si l'enfant majeur a plus de vingt et un ans. La jurisprudence belge est fixée en ce sens¹.

2.30. En cas de conflit mobile, l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la Convention précise qu'il faut tenir compte de la nouvelle résidence de l'enfant «*à partir du moment où le changement s'est effectué*». Ainsi, si un enfant – qui a résidé en Allemagne jusqu'au 1^{er} janvier 2003, puis est venu s'installer avec sa mère en Belgique – saisit les juridictions belges le 15 avril 2005 pour réclamer des aliments à son père à dater du 1^{er} janvier 2002, la loi allemande s'appliquera pour l'année 2002, et la loi belge à partir du 1^{er} janvier 2003.

2.31. Le champ d'application de la Convention de La Haye est relativement restreint. En effet, quant à son domaine matériel, elle ne régit que les demandes d'aliments envers les *enfants* c'est-à-dire, selon l'article 1^{er}, alinéa 4, tout enfant non marié et âgé de moins de vingt et un ans.

Quant à son champ d'application dans l'espace, cet instrument est basé sur la réciprocité, c'est-à-dire qu'il ne s'applique que si la loi désignée est celle d'un Etat contractant (art. 6)².

Ainsi, la Convention s'applique pour déterminer la loi applicable à l'obligation alimentaire à l'égard d'un enfant de dix-neuf ans, résidant en France, mais pas si l'enfant réside au Royaume-Uni (cet Etat n'étant pas lié par cet instrument). Dans ce dernier cas, c'est donc la loi de la résidence habituelle de ces enfants qui s'appliquera, mais en vertu de l'article 74 du Code, et non en vertu de la Convention.

§ 2. *Le règlement Aliments et le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*

2.32. Depuis le 18 juin 2011, il y a lieu d'appliquer le règlement Aliments qui opère un renvoi pur et simple au Protocole de La Haye du 23 novembre 2007

¹ Civ. Bruxelles, 15 mai 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, p. 422; Civ. Bruxelles, 9 janvier 1990, inéd., disponible sur www.juridat.be.

² Outre la Belgique, sont liés par la Convention au 20 avril 2011 : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Suisse, la Turquie, le Lichtenstein, le Japon et la Chine (pour la Région administrative spéciale de Macao uniquement).

XII.2.2. – LES EFFETS DU DIVORCE

sur la loi applicable aux obligations alimentaires¹, remplaçant la Convention de La Haye de 1956².

2.33. La règle générale énoncée à l'article 3 du Protocole est identique à celle reprise dans la Convention de La Haye de 1956 puisqu'elle prévoit que la loi applicable est celle de la résidence habituelle du créancier³.

2.34. Tout comme la Convention de la Haye, le protocole entend protéger le créancier lorsque la loi normalement applicable ne prévoit pas la possibilité d'obtenir des aliments. Alors que la Convention se contentait de renvoyer, dans cette hypothèse, aux règles de conflit de lois nationales, le Protocole envisage trois solutions. Il prévoit tout d'abord que la loi du for s'applique lorsque la loi de la résidence habituelle du créancier ne permet pas à l'enfant d'obtenir les aliments. Il indique ensuite que si le créancier a saisi les juridictions de l'Etat de la résidence habituelle du débiteur, la loi du for s'applique. Cependant, si cette loi ne permet pas d'obtenir les aliments, le juge doit appliquer la loi de la résidence habituelle du créancier. Enfin, si aucun de ces deux premiers gardes-fous ne permet au créancier d'obtenir les aliments, le juge applique la loi de la nationalité commune du débiteur et du créancier. Précisons que les termes «ne peut obtenir les aliments» visent une impossibilité *in concreto*⁴.

SOUS-SECTION 3. LA RESPONSABILITÉ PARENTALE

2.35. Avant d'examiner les règles de rattachement du Code en matière de responsabilité parentale, signalons que la Convention de La Haye du 18 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection de l'enfant a été signée par la Belgique, comme par tous les Etats membres de l'Union⁵ le 1^{er} avril 2003. Une décision du Conseil autorisant les Etats membres à ratifier cet instrument a été rendue mais la

¹ Pour le champ d'application du règlement, voir *supra*.

² Art. 15 du Règl. Notons que ce renvoi n'opère que pour les Etats membres liés par cet instrument. En pratique, tous les Etats membres, sauf le Danemark ont ratifié la Convention de La Haye et son Protocole.

³ Cette règle étant la même pour les obligations alimentaires entre époux, nous renvoyons *supra* XII.2.2. – 2.2. et s. pour les développements relatifs à cette disposition.

⁴ I. BAMBUST, *o.c.*, p. 381.

⁵ A l'exception des Pays-Bas, qui avaient déjà signé la Convention le 1^{er} septembre 1997. Décision du Conseil, du 19 décembre 2002, autorisant les Etats membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté, la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, 2003/93/CE, *J.O.*, L 48, 21 février 2003, p. 1.

Belgique ne l'a pas encore ratifié à ce jour¹. En tant que convention universelle, elle évincera dès son entrée en vigueur les règles de conflit édictées par le Code de droit international privé dans ce domaine. Celles-ci ont cependant été inspirées des dispositions de la Convention².

2.36. Dans le Code, c'est l'article 35 qui régit la question de l'autorité parentale. Il désigne la loi de la résidence habituelle de l'enfant.

2.37. En cas de conflit mobile, c'est-à-dire de modification de la localisation du facteur de rattachement dans le temps, le moment pertinent à retenir en vertu du Code varie selon qu'il s'agisse de déterminer les titulaires de l'autorité parentale ou seulement d'en apprécier les modalités d'exercice. Dans le second cas, qui est la question qui se posera généralement en cas de divorce des parents, c'est la résidence habituelle de l'enfant au moment où cet exercice est invoqué qui doit être prise en considération (art. 35, § 1^{er}, al. 2 CODIP).

Si le divorce a un effet sur la titularité de l'autorité parentale elle-même, ce qui semble très rare³, c'est alors le moment des faits donnant lieu à la détermination de cette autorité qui est pertinent, c'est-à-dire le jour de la dissolution du mariage.

2.38. Deux règles de rattachement subsidiaires sont édictées dans l'article 35, § 2, du Code, prévoyant qu'une autre loi que celle de la résidence habituelle de l'enfant s'applique. Tout d'abord, ce droit est écarté au profit de la loi nationale de l'enfant lorsqu'il ne permet pas d'assurer sa protection, quant à sa personne ou ses biens (art. 35, § 2, al. 1^{er} CODIP). Cette règle à caractère substantiel a été introduite pour permettre de n'appliquer le droit étranger que s'il satisfait aux «*exigences minimales d'une bonne protection*»⁴. Cette condition de protection suffisante n'est pas définie dans le Code; le juge belge aura dès lors à l'apprécier souverainement, en tenant compte notamment de l'intérêt de l'enfant qui devrait présider à toute réglementation dans ce domaine⁵.

¹ Décision du Conseil 2008/431 du 5 juin 2008 autorisant certains États membres à ratifier la convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ou à y adhérer, dans l'intérêt de la Communauté européenne, et autorisant certains États membres à procéder à une déclaration relative à l'application des règles internes pertinentes du droit communautaire, *J.O.*, L 151, p. 36.

² Voir not. Proposition de loi, *o.c.*, p. 65.

³ Dans le droit des pays d'Europe, il s'agit essentiellement du droit hongrois (source: K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT et I. CURRY-SUMNER (éd.), *European Family Law in Action*, vol. III: Parental responsibilities, Intersentia, 2005, p. 286).

⁴ Rapport Sénat, *o.c.*, p. 73.

⁵ M. PERTEGAS-SENDER, «La responsabilité parentale, l'enlèvement d'enfants et les obligations alimentaires», in P. WAUTELET (coord.), *Actualités du contentieux familial international*, *o.c.*, p. 199; S. FRANÇO, «La responsabilité parentale en droit international privé. Entrée en vigueur du règlement Bruxelles IIbis et du Code de droit international privé», *o.c.*, p. 704.

XII.2.2. – LES EFFETS DU DIVORCE

La seconde exception à l'application de la loi de la résidence habituelle de l'enfant vise les cas où il est impossible, matériellement ou juridiquement, de prendre les mesures prévues par le droit étranger, auquel cas le droit belge intervient à titre subsidiaire (art. 35, § 2, al. 2 CODIP). Ce sera par exemple le cas lorsque le droit étranger prévoit la mise en place d'une institution inconnue du droit belge pour protéger l'incapable, et que l'on ne trouve pas d'équivalent dans notre législation.

Ces deux exceptions devraient cependant ne jouer que rarement dès lors que le juge belge sera le plus souvent compétent à raison de la présence de la résidence habituelle de l'enfant sur son territoire et appliquera dès lors la loi belge.

2.39. Le domaine de la loi désignée par l'article 35 englobe toutes les mesures susceptibles de contribuer à la protection de la personne et des biens de l'enfant: attribution, exercice, retrait ou déchéance de l'autorité parentale, ainsi que la délégation de celle-ci, droit aux relations personnelles, hébergement, ou encore administration des biens de l'enfant¹.

Il convient, pour rappel, d'articuler cette disposition avec l'article 56.3° du Code, qui prévoit l'application de la loi du divorce pour déterminer si les questions liées à l'administration de la personne et des biens des enfants doivent être réglées dans des conventions préalables au divorce. Les modalités des droits de garde et de visite prévues dans ces conventions par les parents devront par contre être appréciées à l'aune de la loi de la résidence habituelle de l'enfant, conformément à l'article 35 ici étudié.

SOUS-SECTION 4. LE NOM

2.40. Le Code rattache le nom à la loi nationale de l'intéressé, et ce même si une question de changement de nom dépend d'un changement d'état soumis à une autre loi, par exemple le divorce (art. 38)².

Aussi, l'effet éventuel du divorce de deux personnes sur leur nom ainsi que sur celui de leurs enfants dépend exclusivement de leur loi nationale respective³.

¹ Proposition de loi, *o.c.*, p. 64. Quoique le Code utilise la terminologie «autorité parentale» et non «responsabilité parentale», comme dans le règlement Bruxelles IIbis, ou la Convention de La Haye de 1996, les concepts reçoivent la même définition.

² F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *o.c.*, p. 510; S. SAROLÉA, «Etat et capacité des personnes», in «Le nouveau droit international privé belge», *o.c.*, n° 114.

³ Pour un cas d'application, voir Civ. Liège, 24 mai 2005, disponible sur www.barreaudeliege.be, qui applique la loi roumaine de l'épouse pour autoriser les époux à convenir que celle-ci continuera après le divorce à porter le nom de son conjoint qu'elle portait pendant le mariage.

SOUS-SECTION 5. L'EFFET DU DIVORCE SUR LES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET
LES SUCCESSIONS

2.41. Comme pour les autres questions, les effets du divorce sur les régimes matrimoniaux et la vocation successorale des ex-époux sont régis par leur loi propre.

Par conséquent, c'est la loi successorale telle que déterminée par les règles de conflit des articles 78 et suivants qui détermine quels sont les droits successoraux du conjoint divorcé (voir not. art. 80, § 1^{er}, 2^o CODIP)¹, et la loi du régime secondaire telle que déterminée par application des articles 49 et suivants du Code qui régissent la dissolution du régime (art. 53, § 1^{er}, 6^o CODIP)².

¹ Sur cette question, on consultera not. L. BARNICH, « Régimes matrimoniaux et successions », in « Le nouveau droit international privé belge », *o.c.*, spéc. n^{os} 164 et s. ; P. WAUTELET, « Le nouveau régime des successions internationales », *R.G.D.C.*, 2005, p. 375 et s. ; P. WAUTELET, « Le Code de droit international privé », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, *o.c.*, p. 60 et s.

² Sur cette question, on consultera not. L. BARNICH, *l.c.*, n^{os} 158 et s. ; P. WAUTELET, « Le Code de droit international privé », *l.c.*, p. 81 et s.