

Les régimes matrimoniaux en droit international privé – Autour de trois questions d’actualité

Patrick Wautelet¹

¹ Ulg.

La présente contribution, issue d'une communication faite lors d'une journée d'étude organisée par l'institut de formation judiciaire, a pour ambition de faire le point sur trois questions d'actualité que suscite le droit international privé des régimes matrimoniaux. Ces questions ont été sélectionnées non seulement compte tenu de leur importance pour la pratique des régimes matrimoniaux, mais également parce qu'elles sont susceptibles d'intéresser d'autres matières.

Chapitre I. L'irritante question de l'homologation des conventions modificatives d'un régime matrimonial

La loi du 18 juillet 2008 a mis fin en Belgique, de manière générale, à l'obligation d'obtenir l'homologation, par le tribunal de première instance, des conventions modificatives de régime matrimonial. Cette intervention du législateur avait pour but de simplifier la procédure de modification.

Le législateur n'a pas prêté d'attention, lors de l'adoption de cette loi, aux situations internationales. Ceci peut surprendre lorsque l'on sait que la question de la modification des conventions de régime matrimonial est l'une des plus complexes du droit international privé et qu'elle suscite en outre, depuis longtemps, un flot de commentaires.

Il ne faut dès lors pas s'étonner que l'intervention du législateur a retenu l'attention de la doctrine spécialisée². L'attention s'est surtout portée sur la question de l'impact de la loi nouvelle sur l'obligation faite aux couples dont le mariage possède des liens avec un ou plusieurs Etats étrangers, de soumettre un projet de modification au visa du tribunal. Voilà un couple de ressortissants français qui s'installent en Belgique. Ils souhaitent, pour une raison ou une autre, modifier leur contrat de mariage. Plusieurs situations doivent être distinguées. Outre qu'ils peuvent déjà être liés par un contrat, la distinction essentielle concerne l'ampleur de la modification envisagée par les époux. Ceux-ci peuvent en effet se contenter de modifier l'un ou l'autre aspect de leurs relations, sans souhaiter modifier le droit applicable à leurs relations. On peut imaginer des époux mariés sous un régime communautaire qui souhaitent y adjoindre une clause de partage inégal de la communauté.

² Voy. surtout C. DE BUSSCHERE, "Aspecten van het Belgisch internationaal privaatrecht inzake minnelijke wijzigingen van het huwelijksvermogensstelsel tijdens het huwelijk, zonder rechtkeuze", *Rev.gén.dr.civ.* 2009, 449-460 et H. JACOBS, "Heeft de wet wijziging huwelijksvermogensstelsel inzake het internationaal privaatrecht alle problemen opgelost?", *Liber amicorum Achille Cuyper*, I. PEETERS et al. (éds.), Larcier, 2009, 143-156.

Toute autre est la situation d'époux qui veulent adapter leurs relations à leur nouvel environnement et choisissent pour ce faire de se soumettre au droit de l'Etat de leur résidence. La distinction entre les deux hypothèses est fondamentale. Elle commande en effet la détermination des règles applicables. Dans le premier cas, il s'agit d'un changement à l'intérieur d'un régime existant, sans modification de la loi applicable. L'article 53 § 1, 4° du Code prévoit pour cette hypothèse l'application de la loi qui régit les relations entre époux. Si cette loi devait être fondée sur le principe de l'immutabilité du régime matrimonial, les époux ne pourraient modifier leur régime³.

Lorsque la modification touche non seulement le régime matériel des époux, mais aussi le droit applicable au régime, il résulte de l'article 50 du Code que c'est la loi choisie par les époux qui est pertinente. L'on comprend immédiatement que cette méthode rend inutile la question de principe de la modification – le contrat peut-il être modifié ou non. Le législateur belge a en effet, implicitement mais certainement, accordé à tous les époux, quel que soit leur régime antérieur et la loi qui leur était applicable, la possibilité de modifier leur régime, le cas échéant, en opérant d'abord un choix pour la loi belge.

La question qui continue à préoccuper, est celle de savoir comment une telle modification doit avoir lieu et, plus précisément, s'il est nécessaire d'obtenir l'*homologation* par un tribunal.

Dans le cadre belge, la loi du 18 juillet 2008 a supprimé l'intervention du tribunal. En droit français, le tribunal est cependant toujours appelé à intervenir dans certaines circonstances à se prononcer sur la modification du régime, notamment lorsque l'une des parties a des enfants mineurs ou lorsque l'acte a suscité, dans les trois mois de la notification qui en aura été faite, une opposition des enfants majeurs du couple ou des créanciers⁴.

Si les époux français résident en Belgique et s'adressent à un notaire belge pour recevoir le contrat modificatif, doit-on considérer qu'ils doivent obtenir l'homologation du tribunal s'ils ont des enfants mineurs? Le tribunal de Tournai a répondu par la négative à cette question, estimant que dès lors que la loi de 2008 "se caractérise... par la suppression généralisée de l'intervention du tribunal", le tribunal était sans compétence pour connaître de la demande d'homologation⁵.

³ L'on sait que dans cette hypothèse, une modification pourrait quand même être envisagée, à condition que les époux déclarent d'abord se soumettre au droit belge.

⁴ Art. 1397 al. 5 du Code civil français. Voy. aussi l'art. 1-119 du NBW néerlandais – ce dernier imposant de manière générale l'approbation du tribunal alors que la disposition française n'impose d'obtenir l'homologation que si l'une des parties a des enfants mineurs ou si l'acte a suscité l'opposition des enfants majeurs du couple ou d'un créancier. Au Luxembourg par contre aucune homologation n'est imposée par la loi (voy. l'art. 1397 du Code civil et les art. 1026 e.s. du Nouveau Code de procédure civile).

⁵ Civ. Tournai 30 janvier 2009, *Rev.gén.dr.civ.* 2009, 492.

Avec d'autres commentateurs, nous estimons que ce raisonnement ne peut convaincre. Le tribunal néglige en effet la délicate question de la qualification de l'exigence d'homologation. Considérant que cette exigence n'existe plus en droit belge, il en déduit que le tribunal ne pourrait plus connaître de la demande. C'est oublier que les relations internationales privées peuvent conduire dans bien des cas une juridiction belge à connaître d'une institution inconnue du droit belge. Conclure à l'absence de compétence en raison du caractère étranger de l'institution au fond, conduirait à nier la spécificité des relations internationales. Il faut certes respecter l'équilibre des compétences d'attribution de l'architecture judiciaire belge⁶. Cependant, dès lors que l'on a pu identifier de façon générale le contexte dans lequel une institution étrangère se meut, il est possible de la placer dans le grand cadre belge.

Cet exercice d'adaptation ne résout cependant pas la question initiale: l'homologation constitue-t-elle une exigence de forme ou de fond? La controverse existait déjà avant la codification et n'a pas été résolue de façon décisive depuis⁷. Si la modification de régime est soumise au droit belge, aucune difficulté ne se pose. La loi belge est en effet applicable tant au fond qu'en ce qui concerne la forme, puisque changement de régime est effectué en Belgique). Aucune difficulté ne se pose dès lors, l'intervention du tribunal n'est pas requise.

Ceci laisse toutefois entier la question de savoir si une telle modification sera suivie d'effet en France. Il semble qu'en l'absence d'homologation judiciaire, le sort réservé à une modification effectuée par deux époux français à l'étranger ne soit pas accueillie favorablement en France⁸. Ceci pourrait conduire les époux à préférer une modification d'ampleur plus réduite, qui ne modifierait pas l'application de la loi française. Si les époux choisissent la loi française ou s'ils modifient leur régime soumis à la loi française, sans modifier la loi applicable (modification

⁶ Ainsi, il ne serait pas possible de saisir le président du tribunal de 1^{ère} instance d'une demande qui ne lui a pas été spécialement attribuée par le Code judiciaire ou une loi spéciale.

⁷ On trouve dans l'exposé des motifs qui accompagnait la proposition de Code une indication qui laisse penser que le législateur a retenu la thèse du rattachement exclusif à la loi territoriale. Les développements indiquent en effet que "Le terme 'formalités' qu'utilise l'al. 2 [de l'art. 52] couvre les conditions de publicité. Dès lors qu'un notaire belge est appelé à intervenir, il faut respecter la condition de publicité prévue par l'art. 1395 du Code civil" (*Doc. Parl. Sénat* 2003-04, n° 3-27/1, p. 83). MM. Rigaux et Fallon déduisent de cette indication que la procédure d'homologation prévue par l'article 1395 du Code civil constitue une formalité (*Droit international privé*, Larcier, 2005, 554, n° 12.77). D'autres commentateurs prennent appui sur la même formule pour considérer que l'exigence d'homologation constitue une exigence substantielle (voy. par ex. la réponse du Centre de consultation de la Fédération des Notaires, reproduite in *Notamus*, 2009/1, n° 192 – qui s'appuie principalement sur la circonstance que le législateur a évoqué, au titre des "formalités" visées par l'art. 52 al. 2 du Code, les "conditions de publicité", ce qui excluerait l'exigence d'homologation).

⁸ Mme Révillard indique que lorsque deux époux français ont modifié leur régime matrimonial dans un pays qui ne soumet pas cette modification à une exigence d'homologation, le changement de régime matrimonial intervenu par acte notarié étranger ne peut prendre effet sur les biens immobiliers situés en France (M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois/Lextenso, 2010, 169, n° 324).

‘interne’, dans le cadre de ce que la loi applicable au régime autorise)⁹, se pose la question de savoir s’il faut considérer que l’exigence d’homologation imposée par le droit français, est applicable. Si certains plaident pour interroger la loi étrangère à laquelle la modification est subordonnée¹⁰, d’autres privilégient une approche imposant le détour par la voie judiciaire lorsque la loi locale l’exige¹¹.

La question de la qualification n’est pas propre aux régimes matrimoniaux. Elle est susceptible d’apparaître à chaque fois que la règle de rattachement distingue entre la forme et le fond d’un acte. Or cette distinction est classique en droit international privé. L’on pense à la formation du mariage¹², à la reconnaissance d’un enfant¹³ ou encore aux dispositions testamentaires¹⁴. Dans chaque cas, la difficulté consiste à identifier avec précision le domaine d’application de la règle de rattachement visant les aspects formels de la relation. Dans le cas de la filiation, la question a été soulevée à propos de la nécessité de faire homologuer par voie judiciaire la reconnaissance d’un enfant. Si un ressortissant néerlandais souhaite reconnaître en Belgique un enfant né d’une mère belge, alors qu’il est marié avec une ressortissante néerlandaise, l’article 62 commande d’interroger la loi néerlandaise pour déterminer si une telle reconnaissance est possible. Si la reconnaissance s’avère possible, encore faut-il déterminer si elle doit faire l’objet d’une notification quelconque à l’épouse de l’auteur de la reconnaissance – comme l’impose le nouvel article 319*bis* du Code civil –, voire même si elle doit être homologuée par une juridiction pour être valable – comme l’impose le droit néerlandais¹⁵.

Dans les deux cas, l’on est en droit d’hésiter sur le rattachement à retenir: faut-il considérer que ces questions constituent des exigences formelles ou doit-on au contraire voir dans ces exigences des conditions substantielles, soumises par le biais de l’article 62 à la loi de la filiation? Si l’on opte pour la première lecture, il

⁹ Par ex. Civ. Tournai 30 janvier 2009, *Rev.not.b.* 2009, 333, note J.-L. VAN BOXSTAEL – en l’espèce deux ressortissants français mariés sous un régime de séparation de biens souhaitaient modifier leur régime pour conserver le même régime mais y adjoindre une société d’acquêts limitée et y apporter le logement principal de la famille.

¹⁰ Par ex. H. JACOBS, *art.cit.*, in *Liber amicorum Achille Cuypers*, I. PEETERS et al. (éds.), Larcier, 2009, (143-156), 151-153, n° 13; C. DE BUSSCHERE, *art.cit.*, *Rev.gén.dr.civ.* 2009, (449), 453, n° 12 et, du même auteur, “Artikel 1397 van het Franse Burgerlijk Wetboek. De minnelijke wijziging tijdens het huwelijk, van het Franse huwelijksvermogensstelsel van echtgenoten die in België wonen en zich tot een Belgische notaris wenden”, note sous Mons 15 juin 2009, *Rev.gén.dr.civ.* 2010, 295-300, spéc. p. 299, n° 12.

¹¹ Par ex. F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, 554, n° 12.77. M. Barnich suggérait également d’imposer l’homologation judiciaire pour toute modification effectuée en Belgique (L. BARNICH, “Présentation du nouveau code belge de droit international privé”, *Rev.not.* 2005, (6), 40).

¹² L’art. 46 du Code s’intéresse aux exigences substantielles alors que l’article 47 du Code vise les “formalités relatives à la célébration du mariage”.

¹³ L’art. 64 retient un rattachement particulier pour les formalités d’une telle reconnaissance.

¹⁴ L’art. 83 du Code retient un rattachement particulier pour la forme des dispositions testamentaires.

¹⁵ L’art. 204 § 1 lit. e du Code civil néerlandais (NBW) prévoit qu’une reconnaissance est nulle lorsqu’elle est effectuée par un homme marié à une autre femme (ou homme...) que la mère. Selon cette disposition, il est toutefois possible de solliciter du tribunal une autorisation permettant la reconnaissance. Pour ce faire, il faut convaincre le tribunal soit qu’il existe ou a existé entre l’homme et la mère un lien “*die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen*”, soit qu’il existe une “*nauwe persoonlijke betrekking*” entre l’homme et l’enfant.

faudrait se référer à la règle alternative de l'article 64 qui permet de retenir soit la loi du lieu où la reconnaissance est effectuée, soit la loi applicable à la filiation¹⁶.

L'incertitude qui continue à régner sur ces questions, est pour le moins irritante. Elle l'est d'autant plus qu'elle suscite d'autres difficultés. Partant de l'idée que la suppression en droit belge de l'exigence d'homologation d'une modification du régime matrimonial avait emporté disparition de la compétence du président du tribunal, on a ainsi pu se demander à qui soumettre la demande d'homologation lorsque la loi étrangère l'exigeait¹⁷. On a pu suggérer de confier cette compétence au notaire¹⁸. La pratique semble avoir au contraire retenu l'idée de confier cette mission au tribunal de première instance, statuant sur base de sa compétence résiduelle¹⁹.

Dans l'attente d'une éventuelle clarification soit jurisprudentielle, soit législative, il reste à conseiller aux époux qui souhaitent modifier leur régime d'opter pour la solution la plus certaine et de demander l'homologation judiciaire, à chaque fois qu'un doute existe²⁰. Ce détour par une juridiction n'est certes pas sans allonger la

¹⁶ La pratique n'a, à notre connaissance, pas encore apporté une réponse définitive à cette question. Selon Mme Saroléa, l'exigence d'homologation constitue une condition formelle S. SAROLEA, "Le nouveau droit international privé belge – Etat et capacité des personnes – les relations parents – enfants", *J.T.* 2005, (173), 185, n° 125 et "Le Code de droit international privé et le droit familial. Le grand nettoyage de printemps", *Rev.trim.dr.fam.* 2004, (819), 866, n° 56. D'autres commentateurs adoptent une position plus hésitante. Voy. surtout E. GULDIX, "Article 64", in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds.), Bruylant/Intersentia, 2006, 341-342 (qui remarque que "Het lijkt erop dat de wetgever bij het uitwerken van zijn verwijzingsregeling voor de oorspronkelijke afstamming te weinig rekening gehouden heeft met de grote complexiteit van het materiële afstammingsrecht") et J. VERHELLEN, "Drie jaar Wetboek ipr: een verkennende analyse van vragen uit de praktijk", *T.Vreemd.* 2008, (19), 23-24 – Mme Verhellen soulève la question sans apporter de réponse. *Comp.* avec l'observation de M. Fallon (note sous Civ. Arlon 17 juin 2005, *Rev.trim.dr.fam.* 2007, 187) qui tout en se demandant si l'homologation relève du fond ou de la forme, indique que cette homologation pourrait relever "davantage" du fond "puisque le juge est amené à habilitier au vu d'un examen de la réalité d'origine que la reconnaissance tend à exprimer". Le tribunal de Liège a cependant considéré, au moins implicitement, que l'exigence d'homologation devait être appréciée sur base de la loi de la filiation, loi désignée par l'art. 62 § 1 (Civ. Liège 21 janvier 2005, en cause *N'Diaye Mohamed Moustapha*, RQ 04/3894/B – en l'espèce, une requête en homologation d'une reconnaissance avait été déposée par un ressortissant belge d'origine guinéenne. Après avoir constaté que l'auteur de la reconnaissance possédait la nationalité belge, le tribunal a conclu à l'application de la loi belge et fait droit à l'exigence d'homologation sur base de l'art. 319bis C.civ. (ancienne version), qui exigeait l'homologation. Cette décision ne permet pas de trancher avec certitude la question puisque le droit applicable était identique que l'on se base sur l'art. 62 ou 64 du Code).

¹⁷ Se fondant sur le constat que la loi de 2008 "se caractérise... par la suppression généralisée de l'intervention du tribunal", le tribunal de Tournai a estimé qu'il était sans compétence pour connaître de la demande d'homologation: Civ. Tournai 30 janvier 2009, *Rev.gén.dr.civ.* 2009, 492. Cette décision a été réformée en appel (Mons 15 juin 2009, *Rec.gén.not.enr.* 2009, n° 26.106, p. 303 et les observations de V. VANDERCAM et V. LELUBRE, "La suppression de l'homologation judiciaire des conventions matrimoniales s'applique-t-elle également à un couple étranger établi en Belgique et soumis au droit étranger?").

¹⁸ M. van Boxstael (*Rev.not.b.* 2009, 334-335) suggère que puisque le juge n'a plus en droit belge aucun titre à intervenir, il devrait revenir au notaire, seule autorité fonctionnellement habilitée à ce faire, d'exercer le contrôle auquel le droit français invite le juge à procéder. Plus d'intervention du juge donc.

¹⁹ Par ex. H. JACOBS, *art.cit.*, 154, n° 18 et la décision de la Cour d'Appel de Mons précitée.

²⁰ Une autre question surgit qui concerne l'obligation de rédiger un inventaire. Selon l'art. 1394 al. 2 C.civ., un inventaire est requis lorsque la modification du régime matrimonial entraîne la liquidation du régime préexistant. D'où la question: quand y-a-t-il liquidation du régime préexistant? Si la modification de régime joue uniquement pour l'avenir (ce qui est permis par le Code), il n'y a pas, selon M. Bouckaert, de liquidation du régime existant. On pourrait dès lors se passer d'inventaire. Mme Jacobs se montre plus prudente: au nom du pragmatisme, elle explique qu'il est conseillé de rédiger un inventaire, ne fut-ce que parce qu'un tel inventaire permettra lors d'une liquidation ultérieure du régime de régler les questions de preuve entre époux (H. JACOBS, *art.cit.*, in *Liber amicorum Achille Cuypers*, I. Peeters et al. (éds.), Larcier, 2009, (143-156), 155, n° 20).

procédure de modification. En outre, il n'est pas exclu que la juridiction saisie estime qu'une homologation ne s'impose pas, auquel cas la requête sera déclarée sans fondement. Cette méthode a au moins le mérite de garantir aux époux que la modification ne pourra pas être remise en question ultérieurement.

Chapitre II. Le passage d'un échelon à l'autre ou les limbes de la règle de rattachement

Le Code de droit international privé utilise abondamment la technique des règles de rattachement 'par échelle'²¹. Ces règles permettent de désigner, outre un droit à titre principal, un ou plusieurs droits dont l'application peut intervenir lorsque le facteur de rattachement retenu à titre principal s'avère inopérant. Partant, la règle de rattachement par échelle est un signe de modestie face à l'éclatement des situations internationales. Comme à chaque fois que le droit se fonde sur un raisonnement par étages²², il importe de préciser avec soin le moment du passage d'un échelon à l'autre.

Cette question peut surgir à propos du régime matrimonial de deux époux. L'on sait que l'article 51 du Code retient un système de rattachements multiples: le rattachement principal se fait à la loi de l'Etat sur le territoire duquel les deux époux ont établi après le mariage leur résidence habituelle²³. S'il n'est pas possible d'identifier une telle résidence, l'article 51 impose de retenir la loi de la nationalité commune des deux époux. Enfin, dans un dernier temps, c'est la loi du lieu de célébration du mariage qui est retenue. Le passage d'un échelon à l'autre ne posera dans la grande majorité des cas aucune difficulté. La pratique apprend toutefois que certaines situations suscite des interrogations sur l'articulation précise entre les différents éléments de la règle.

Voilà deux ressortissants marocains qui se marient au Maroc. Après quelques semaines passées ensemble, Madame revient en Belgique où elle vivait avant le mariage. Monsieur de son côté demeure au Maroc le temps que dure la procédure d'obtention d'un visa regroupement familial. On le sait, cette procédure peut s'avérer fort longue²⁴. Entre temps, des événements peuvent se produire qui modi-

²¹ Dont on a pu dire qu'elle était en "pleine extension" (M.-L. NIBOYET et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2007, 101, 169.

²² L'on pense par exemple aux clauses contractuelles relatives aux différends, qui imposent aux parties à un contrat de se soumettre d'abord à une médiation avant de soumettre le différend à l'arbitrage. Dans ce cas aussi, il est important d'être très attentif à l'articulation entre les différentes étapes de résolution des litiges.

²³ Sur les raisons de cette 'inversion' de l'échelle classique de Kegel, voy. M. FALLON, "La loi belge de droit international privé, pour un bicentenaire", *Travaux comité fr. droit international privé*, 2004-2005, (89), 96-97.

²⁴ Selon l'art. 10 de la directive 2004/38 du 29 avril 2004, l'étranger doit pouvoir disposer des documents permettant son séjour dans les 6 mois après la demande.

fient la composition du patrimoine des jeunes époux. Madame peut se porter acquéreur d'un appartement en Belgique destiné à accueillir les époux. Se pose alors la question du régime matrimonial auquel les époux sont soumis, notamment pour déterminer si madame peut procéder à l'achat seule, sans le consentement de son mari.

La question n'est pas théorique: entre le droit marocain et le régime légal prévu par le droit belge existe une distance certaine. L'on sait en effet que le droit marocain, comme de nombreux droits d'inspiration musulmane, ne réserve pas un sort particulier aux biens acquis par les époux pendant le mariage. Considéré dans une perspective belge, le droit marocain peut dès lors être décrit comme imposant aux époux un régime de séparation de biens²⁵.

L'interrogation sur le droit applicable ne suscitera pas de difficulté si les époux ne cohabitent jamais – par exemple parce que lassé d'attendre le visa, la relation se casse et monsieur décide de ne pas rejoindre son épouse. Dans ce cas en effet, il est évident que l'on ne peut retenir l'application de la loi de la première résidence habituelle des époux. Cette question devient par contre pertinente si, après quelque temps d'attente, monsieur obtient l'autorisation de s'installer en Belgique avec son épouse. Dans cette hypothèse, faut-il considérer que les époux sont mariés sous le régime légal de droit belge? Si l'on s'en tient aux faits, ils n'ont pas résidé ensemble en Belgique après leur mariage, cette résidence commune n'a été acquise que quelques temps après le mariage.

Sans doute est-il possible de répondre avec fermeté si la période qui a séparé le mariage de l'installation du couple en Belgique est fort longue – par exemple plus d'un an. Lorsqu'un époux rejoint son épouse un an après le mariage, une lecture raisonnable de l'article 51 du Code de droit international privé commande de retenir non pas la loi de la résidence commune, mais bien celle de la nationalité commune²⁶.

Qu'en est-il toutefois lorsque la séparation n'a été que temporaire – par exemple quelques semaines? Peut-on dans ce cas considérer que les époux ont dès leur mariage acquis une résidence habituelle commune qui, au départ virtuelle, est devenue réelle après quelque temps? La question pourrait se poser dans un autre contexte – imaginons un français et une belge qui se marient et décident de passer

²⁵ Voy. les explications de L. JORDENS-COTRAN, *Nieuw Marokaans familierecht en Nederlands ipr*, SdU uitgevers, 2007, 768-769.

²⁶ C'est en ce sens que vont les deux exemples donnés par Mme Révilard à propos de l'art. 4 de la Convention de La Haye de 1978, qui retient également une échelle de rattachement en matière de régimes matrimoniaux. Mme Revillard évoque la situation de deux couples mariés, dont l'un des époux vit en France et l'autre au Maroc ou en Algérie. Elle conclut logiquement que le 1^{er} facteur de rattachement de l'art. 4 se montre inopérant vis-à-vis de ces époux et qu'il faut dès lors préférer un rattachement à la loi nationale (M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, 7^{ème} éd., Defrénois/Lextenso, 2010, 201, n° 381).

leur lune de miel dans un pays lointain. Voilà que monsieur est arrêté par les autorités locales suite à un accident de la circulation. S'il n'est libéré qu'après quelques semaines, voire quelques mois, alors que son épouse a déjà rejoint la Belgique, faut-il considérer qu'ils n'ont pas eu de résidence habituelle sur le territoire du même Etat après leur mariage?

Dans toutes ces hypothèses se pose la question de la définition exacte du passage d'un échelon à l'autre. Quand y-a-t-il défaillance du premier facteur de rattachement? L'on peut se poser cette question à propos de toutes les règles de rattachement qui empruntent à Kegel son échelle. L'on pense par exemple à l'article 48 du Code, qui gouverne les effets du mariage, à l'article 55 qui vise le divorce ou encore à l'article 99 § 1 qui vise la responsabilité délictuelle. L'attention portée par les rédacteurs du Code au conflit mobile permettra dans bien des cas d'éviter l'incertitude. Le facteur de rattachement retenu par principe sera en effet cliché dans le temps – il en va ainsi de la résidence habituelle des époux en matière de divorce, qui doit exister "lors de l'introduction de la demande" ou encore de la résidence habituelle comme facteur de rattachement en matière d'effets du mariage, dont l'article 48 précise qu'elle s'apprécie "au moment où ces effets sont invoqués".

Ces précisions, qui visent principalement à éviter le conflit mobile, ne permettront pas dans tous les cas de répondre à la question du passage d'une branche à l'autre d'une règle à rattachements multiples.

Le problème n'est pas neuf. Il avait déjà été aperçu lors de la rédaction de la Convention de La Haye de 1978 – qui a directement inspiré les rédacteurs du Code. L'article 4 de cette convention retient un schéma de solution similaire à celui retenu par l'article 51 du Code. Se pose dès lors également la question de savoir quelle lecture adopter lorsque les époux ne cohabitent pas directement après le mariage.

Dans son rapport explicatif relatif à la Convention, M. von Overbeck indiquait qu'il n'était pas exclu qu'un certain laps de temps puisse s'écouler entre le mariage et la première résidence habituelle des époux. Selon M. von Overbeck, "*Il n'est pas nécessaire que les époux prennent immédiatement après le mariage leur résidence habituelle dans le même Etat*"²⁷. Le rapporteur rappelait d'ailleurs qu'au contraire du texte adopté par les Etats, l'article 4 alinéa premier de l'avant-projet de convention exigeait que la résidence habituelle soit établie "immédiatement" après le mariage.

M. von Overbeck en déduisait que "*si pour des raisons pratiques, les époux maintiennent temporairement la résidence habituelle qu'ils avaient avant le mariage, et qu'ensuite, successi-*

²⁷ Actes et documents de la Treizième session, T. II: Régimes matrimoniaux, Imprimerie Nationale, 1978, La Haye, 362, n° 149.

vement, ils établissent leur résidence habituelle dans un même Etat tiers, l'alinéa premier peut encore s'appliquer"²⁸. Et le rapporteur d'ajouter que "Il en est de même si un époux ne prend qu'au bout d'un certain temps sa résidence habituelle dans l'Etat où l'autre a déjà sa résidence habituelle"²⁹.

Ces explications accréditent l'idée qu'il est possible d'appliquer le facteur de rattachement principal même lorsque les époux ne cohabitent pas directement après le mariage³⁰. Reste à déterminer ce que l'on entend par "au bout d'un certain temps". Dans ses commentaires, M. Droz suggérait une appréciation stricte puisqu'il évoquait le cas d'un époux qui "rejoint au bout d'un laps de temps assez court (sinon on tomberait dans l'exception [de la loi nationale commune des époux]) son conjoint établi dans un autre Etat"³¹. Comme dans d'autres contextes, la difficulté est de déterminer jusqu'où s'étend le temporaire...

Certes, ces situations sont sans doute exceptionnelles³². Elles n'en demeurent pas moins difficiles à résoudre. La difficulté se situe précisément dans l'appréhension de la limite qui sépare le temporaire de ce qui ne l'est plus. L'on trouve dans le rapport établi par M. von Overbeck à propos de l'avant-projet de convention de plus amples explications à ce sujet. Après avoir rappelé qu'il n'est pas nécessaire, pour que la règle de la résidence habituelle s'applique, que "les époux devront prendre résidence habituelle le lendemain du mariage"³³, M. von Overbeck soulignait que les époux "devront le faire dans un délai relativement court". Et le Rapporteur d'évoquer la situation "d'époux qui continueraient pendant une longue période après le mariage à voyager constamment et à n'avoir en fait aucune résidence habituelle", pour conclure que "les règles générales des conventions ne sauraient résoudre de façon satisfaisante des cas tout à fait exceptionnels et que toute disposition peut être réduite à l'absurde au moyen de cas d'école judicieusement choisis."³⁴.

Que conclure de cette incursion dans le droit conventionnel? Il paraît acquis qu'une certaine tolérance est de mise à l'égard d'époux récemment mariés. Ils pourront bénéficier de l'application du droit de l'Etat sur le territoire duquel ils

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Dans son commentaire, M. von Overbeck ajoutait que "En revanche, la disposition ne pourra plus s'appliquer si un époux changeait de résidence habituelle après le mariage pour s'établir, non pas dans le pays où l'autre époux a sa résidence habituelle, mais dans un pays tiers. A plus forte raison en sera-t-il ainsi, si chacun des époux établit une nouvelle résidence habituelle dans un autre pays" (*ibid.*).

³¹ G.A.L. DROZ, "Les nouvelles règles françaises de conflit en matière de régime matrimonial", *Rev.crit.dr.int.priv.* 1992, (631), 647, n° 27.

³² Comme le signalait M. von Overbeck, qui reconnaissait que "Sans doute pourra-t-il y avoir des espèces dans lesquelles l'application de la disposition présentera des difficultés, mais la très grande majorité des cas normaux pourront être résolus sans difficulté et il ne faut pas s'attacher à des cas d'école" (*Actes et documents de la Treizième session*, précité, 362, n° 149).

³³ Contrairement au texte définitivement adopté, l'avant-projet retenait la loi de la première résidence habituelle à condition que les époux l'établissent "immédiatement" après le mariage.

³⁴ Rapport de la Commission spéciale établi par M. von Overbeck, (138), p. 156, n° 82.

établissent leur première résidence habituelle même si cette résidence n'est acquise qu'un certain temps après le mariage. Les explications et exemples fournis à l'occasion de la négociation de la Convention de 1978, montrent cependant que ce laps de temps doit rester assez bref. Il ne semble pas envisageable de considérer que des époux qui ont été séparés pendant plusieurs mois, peuvent acquérir une première résidence conjugale.

La circonstance que les époux n'ont pas choisi d'être séparés, ne peut à notre sens modifier l'analyse. Certes, la résidence habituelle comprend une part subjective, puisqu'il est permis de tenir compte de l'intention des parties concernées³⁵. Et il est indéniable que dans le scénario envisagé ici, les époux souhaitent résider ensemble, comme le montre la circonstance que monsieur introduit dès la conclusion du mariage une demande visant à obtenir un visa pour s'établir en Belgique. Si ces époux ne cohabitent pas pendant les premiers mois, ils ne sont séparés que par une difficulté administrative qui ne modifie pas leur intention de cohabiter. Il demeure que les époux ne résident pas sur le territoire du même Etat. Tenir compte de leur intention semble dès lors impossible, sauf à dénaturer le concept de résidence habituelle pour y inclure une résidence 'virtuelle'. Cette interprétation introduirait en outre un élément d'incertitude lié à l'interprétation de l'intention des époux, alors que le législateur a entendu que le texte assure la sécurité juridique³⁶.

Au mieux dès lors, une possibilité subsiste de tenir compte d'une résidence habituelle 'retardée' lorsque les époux ne sont séparés que pendant un temps fort limité – même si elle est arbitraire, une période d'un mois nous semble constituer la limite supérieure. Si la séparation n'a pas excédé cette période, il n'est pas exclu que l'on puisse tenir compte de la résidence habituelle même si elle n'a pas suivi exactement le mariage. Aucun automatisme ne nous semble de mise. L'appréciation doit au contraire être fonction des circonstances concrètes de l'espèce et en particulier de la question de savoir pourquoi les époux n'ont pas résidé habituellement sur le territoire du même Etat immédiatement après leur mariage.

Au-delà de ce délai, il faut considérer que les époux ne peuvent bénéficier de l'application de la loi de leur première résidence habituelle commune. Si madame a fait l'acquisition d'un bien pendant la période qui a précédé la réunion des époux, c'est donc à la loi nationale commune des époux, voire à la loi du lieu de célébration de leur mariage, qu'il faudra emprunter le régime légal applicable. Le cas échéant, il pourrait être fait application de la clause d'exception (art. 19 Codip) pour soumettre les époux qui n'ont pas immédiatement cohabité après leur

³⁵ Comme l'indiquent F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, 211-212, n° 5.67.

³⁶ Comme l'a indiqué M. FALLON, *op.cit.*, *Travaux comité fr. droit international privé*, 2004-2005, (89), 103 e.s.

mariage, à la loi du pays de leur résidence. Pour poursuivre sur l'exemple du couple franco-belge dont l'époux a été arrêté pendant la lune de miel et n'a pu rejoindre la Belgique qu'après quelques mois de détention dans un pays étranger, il nous semble que si la question du régime matrimonial se pose après quelques années de mariage, il est possible de privilégier sur base de la clause d'exception un rattachement à la loi belge, loi du pays dans lequel les époux ont vécu ensemble une fois réunis, pour écarter le rattachement subsidiaire à la loi du pays dans lequel les époux se sont mariés.

Une dernière difficulté mérite d'être abordée. La question du régime matrimonial des époux est susceptible d'être posée à différents moments: elle peut notamment être soulevée plusieurs années après le mariage, à l'occasion d'un décès ou d'un divorce. Elle peut aussi être pertinente alors que les époux viennent de se marier. Ce sera le cas lorsque l'un des époux souhaite se porter acquéreur d'un bien quelques temps après le mariage, alors que les époux ne sont pas encore réunis. Si l'acquisition a lieu quelques mois après le mariage, il faudra considérer que les époux ne peuvent bénéficier du rattachement principal à la loi de leur résidence habituelle. Qu'en est-il lorsque l'acquisition intervient fort peu de temps après le mariage? L'application de l'article 51 impose dans ce cas de se projeter dans l'avenir pour déterminer si la réunion physique interviendra dans un délai suffisamment rapproché pour justifier l'application de la loi de la résidence habituelle. Un tel exercice de prédiction peut souvent s'avérer impossible. Pour parer aux éventuelles difficultés, une attitude pragmatique peut consister à obtenir l'aval de l'époux demeuré à l'étranger. S'il consent à l'acquisition par son épouse, ou si les époux achètent ensemble, l'on peut au moins éviter une difficulté liée à l'application de l'article 1418 § 1 lit. a C.civ.

Chapitre III. L'ordre public de droit international privé et ses conséquences

Une troisième et dernière question mérite de retenir l'attention. L'objet en est fourni par une récente décision de la Cour d'Appel de Mons dans une espèce qui opposait deux ressortissants rwandais à propos de la liquidation de leur régime matrimonial³⁷. Après avoir constaté que les règles du Code de droit international privé ne pouvaient s'appliquer, puisque les époux s'étaient mariés bien avant l'entrée en vigueur du Code, la Cour retient l'application de la loi rwandaise conformément à la règle dégagée par la jurisprudence. Se penchant sur le droit

³⁷ Mons (2^{ème} chbre) 16 décembre 2008 et 19 mai 2009, décisions inédites, RG 2007/RG/188, en cause *Ryezembere c. Mukamaronko*.

rwandais, la Cour constate qu'une évolution s'est produite au Rwanda, le législateur ayant adopté en 1999 des nouvelles dispositions relatives au régime matrimonial. La loi du 12 novembre 1999 a modifié le Code civil rwandais pour y introduire une partie consacrée notamment aux régimes matrimoniaux. Ces dispositions ne pouvaient cependant trouver à s'appliquer en l'espèce puisque, selon le régime de droit transitoire prévu par le législateur rwandais, les couples mariés sous l'empire de l'ancienne législation n'étaient soumis aux nouvelles règles qu'à condition de faire une déclaration expresse en ce sens³⁸. En l'espèce, les époux, mariés sans contrat de mariage, n'avaient pas fait de déclaration modificative de régime matrimonial.

La Cour d'Appel s'attache dès lors à déterminer le contenu du droit coutumier. S'appuyant sur une doctrine ancienne³⁹, la Cour constate que selon les règles coutumières, *“les biens acquis par la femme avant son mariage ... demeurent sa propriété, par contre, ceux acquis durant le mariage deviennent la propriété du mari, hormis les terres dotales”*.

Confrontée à cette règle coutumière, c'est très naturellement que la Cour s'interroge sur l'application éventuelle de l'exception d'ordre public. La Cour relève en effet que la règle coutumière crée une discrimination entre l'homme et la femme dans le partage des biens matrimoniaux. Considérant que le principe de l'égalité entre l'homme et la femme fait partie intégrante de l'ordre public international belge, la Cour refuse d'appliquer la coutume rwandaise.

L'on pourrait s'attarder sur l'appréciation que fait la Cour de la compatibilité de la règle coutumière rwandaise avec l'ordre public⁴⁰ ou encore sur la détermination du contenu du droit étranger⁴¹. Il nous paraît intéressant, dans le cadre limité de la présente contribution, d'attirer l'attention sur les conséquences du recours à l'exception d'ordre public. La pratique apprend en effet que sur ce point, un certain flottement règne.

³⁸ L'art. 93 de la loi précise que “... les époux mariés avant l'entrée en vigueur de la présente loi restent liés par le régime matrimonial adopté, à moins que, dans un délai de deux ans, ils ne fassent, devant l'Officier de l'état civil, une déclaration de modification de ce régime”.

³⁹ L'ouvrage de M. Bourgeois, *Banyarwanda et Barundi*, paru en 1954.

⁴⁰ Sans doute pourrait-on considérer que la règle coutumière rwandaise s'explique dans le contexte particulier du Rwanda, notamment en raison de la valeur des terres. Une étude anthropologique pourrait sans doute apprendre que la femme possède dans la tradition rwandaise d'autres modes d'acquisition de propriété, notamment la dot, qui servent à compenser le régime inégalitaire mis en place par la coutume lors de la liquidation du régime matrimonial. Voy. sur l'intérêt de la perspective anthropologique, M.-CL. FOBLETS, “Legal Anthropology”, in C. CASTELETIN et A. VERBEKE (éds.), *Imperative inheritance law in a late modern society: five perspectives*, Intersentia, 2010, (39-63), spéc. pp. 47-51. Il reste que de nombreuses études montrent un déséquilibre significatif dans la propriété des terres au Rwanda selon les sexes (par ex. C. ANDRÉ, “Custom, Contracts and Cadastres in North-West Rwanda” in T.A. BENJAMINSEN et CH. LUND (éd.), *Securing Land Rights in Africa*, Frank Cass, 2003, 153-172).

⁴¹ A ce sujet, l'on notera que la Cour n'a pas consulté des ouvrages plus récents, comme par exemple M. IMBLEAU et W. A. SCHABAS, *Introduction au droit rwandais*, Yvon Blais, 1999, 470 p. ou encore l'ouvrage de M. CHARLES NTAMPAKA, *Les personnes et la famille*, Université Nationale du Rwanda, Faculté de Droit, 1993, 189 p.

L'exception d'ordre public est une cause d'éviction du droit étranger. Elle permet à une juridiction belge de refuser le résultat normal de la règle de rattachement. Que doit faire le juge lorsqu'il constate qu'il lui est impossible de retenir l'application du droit étranger⁴²? L'article 21 du Code de droit international privé précise que "lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée"⁴³. Cette disposition souligne bien qu'après avoir constaté que le droit étranger contient une disposition ou un principe contraire à l'ordre public, le juge belge ne peut sans autre forme de procès revenir vers le droit belge. L'article 21 *in fine* du Code permet certes au juge d'appliquer le droit belge. Il s'agit cependant d'une solution subsidiaire. Le Code précise d'ailleurs que le retour vers le droit belge ne s'effectue qu' "au besoin".

Le raisonnement semble simple: il suffit au juge d'écarter la disposition litigieuse pour chercher une autre solution au sein du droit étranger, le recours au droit belge n'étant qu'une solution subsidiaire. Cette position ambitieuse est bien conforme au postulat fondamental du droit international privé belge, selon lequel le droit étranger doit être accepté comme tel, dans sa normativité.

La difficulté est cependant évidente: sauf situation exceptionnelle, le droit étranger ne comprendra, pour un problème donné, qu'une seule disposition. L'on imagine en effet difficilement un Etat adopter plusieurs versions d'une même disposition pour parer aux difficultés que pourrait susciter l'application d'une des dispositions de son droit par un juge étranger. Ainsi, un droit étranger qui subordonne la conclusion du mariage à une condition liée à la confession religieuse des époux, ne prévoira pas une solution alternative pour le cas où la règle liée à la confession des époux devrait susciter des réserves dans le chef d'une juridiction étrangère appelée à l'appliquer.

Dans bien des cas, la difficulté ne sera pas visible. Lorsqu'un droit étranger prévoit un empêchement à mariage déduit de la confession des candidats au mariage et que cet empêchement est considéré contraire à un principe fondamental de liberté de religion, il suffira d'écarter la disposition litigieuse du droit étranger. Une fois le droit étranger excisé de la disposition jugée inacceptable, il pourra être appliqué sans autre réserve. Les candidats au mariage demeureront soumis à leur loi nationale, à l'exclusion de la disposition litigieuse. Il n'est pas nécessaire dans ce cas de

⁴² On a déjà pu souligner que lorsque l'exception d'ordre public est utilisée pour refuser d'accueillir un jugement étranger, elle remplit une fonction purement négative. Il n'est en effet nullement besoin de s'interroger sur la solution qui prendra la place du jugement étranger censuré (voy. P. LAGARDE, "Public policy", *International Encyclopedia of Comparative Law*, 3/11, Mohr, 1994, 53, n° 59).

⁴³ *Comp.* avec la position en droit français où l'on enseigne que l'exception d'ordre public produit un effet de substitution, la loi du for se substituant, pour la question litigieuse, à la loi étrangère évincée par le jeu de l'exception d'ordre public (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, PUF, I, 464, n° 468).

s'interroger sur une disposition de substitution, qu'elle provienne du droit étranger ou d'un autre droit⁴⁴. De même, lorsque le droit étranger déclaré applicable accorde à l'un des époux la possibilité unilatérale de mettre fin au mariage, l'action de l'exception d'ordre public permettra d'écarter cette possibilité. La suite logique de l'action est que la juridiction saisie devra déclarer non fondée la demande de dissolution du mariage introduite par l'époux. Il ne sera dans ce cas pas nécessaire de faire appel à une disposition de substitution⁴⁵.

Il reste que dans bien des cas, il ne sera pas aisé de déterminer les suites à réserver à l'action de l'exception d'ordre public. S'il apparaît par exemple qu'un droit étranger applicable à un contrat prévoit un délai de prescription jugé bien trop long, que doit faire le juge belge? S'il écarte le délai de prescription, doit-il considérer, sans autre forme de procès, que l'action n'est pas prescrite? Ce faisant, il risque d'aboutir à un résultat qui pourrait précisément contredire le principe d'ordre public qui justifie que la disposition de droit étranger soit écartée. Doit-il au contraire tenter de trouver un autre délai de prescription dans le droit étranger déclaré applicable? C'est ce à quoi semble inviter l'article 21 du Code⁴⁶.

La même difficulté se produit lorsque le droit étranger déclaré applicable ne permet pas de faire droit à la demande, pour une raison qui paraît, aux yeux des conceptions du for, intolérable. Voilà un droit étranger, applicable à l'établissement d'un lien de filiation en vertu de l'article 62 du Code, qui ne permet pas l'établissement d'un tel lien en raison de l'absence de mariage entre la mère et le père. Il n'y a dans ce cas pas à proprement parler de disposition étrangère à écarter. C'est au contraire l'absence de disposition permettant d'établir le lien de filiation qui suscite une difficulté. Le recours à l'ordre public permet dans ce cas de constater que l'inexistence d'une disposition légale, est contraire à un principe fondamental. Comment le raisonnement doit-il ensuite être poursuivi? Il paraît évident qu'il sera impossible de trouver une "disposition pertinente" en droit étranger, à tout le

⁴⁴ L'on a proposé d'analyser le mécanisme de l'exception d'ordre public dans cette hypothèse comme conjuguant d'une part une fonction négative (écarter la disposition du droit étranger litigieuse) et d'autre part une fonction positive, qui pourrait prendre la forme d'une règle unilatérale de rattachement du for visant la question précise qui fait l'objet de la disposition étrangère litigieuse. Dans cette interprétation, il n'est bien entendu plus nécessaire de réserver une quelconque place au droit étranger déclaré applicable. Voy. les explications de J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Intersentia, 1997, 216, n° 388 et spécialement la note 1084.

⁴⁵ Il en ira de même lorsqu'une juridiction belge est confrontée à une demande en divorce fondée sur l'apostasie d'un des époux. Dans ce cas, il suffira de constater que la disposition de droit étranger qui permet le divorce sur cette base, est incompatible avec un principe fondamental de liberté de religion et de rejeter sur cette base la demande. Voy. les autres exemples donnés par P. LAGARDE, *op.cit.*, 53, n° 59.

⁴⁶ A la suite notamment de la position du droit allemand. Dans un arrêt demeuré célèbre, le *Reichsgericht* a censuré la décision d'une Cour d'Appel qui, après avoir constaté que le droit suisse, applicable à la cause, ne prévoyait pas de délai de prescription, a jugé que cette solution était contraire à l'ordre public allemand pour retenir l'application des règles allemandes relatives à la prescription (RG 19 décembre 1921, *Rev.crit.dr.int.priv.* 1926, 278). Le *Reichsgericht* a condamné cette solution, indiquant qu'il était préférable de puiser la solution d'abord en droit suisse, pour ne retenir le droit allemand que s'il s'avérait impossible de trouver une solution en droit suisse.

moins une disposition qui permet d'établir un lien de filiation. Tenter de s'appuyer sur le droit étranger, par exemple en y repérant un principe général ou en empruntant la solution à un droit d'une même famille, porte en soi le germe d'une dénaturation de la loi étrangère, comme le démontre l'espèce commentée.

Partant de l'idée noble qu'il faut trouver une solution en droit rwandais, la Cour s'est en effet tournée, après avoir écarté la règle de droit coutumier, vers la règle nouvellement adoptée par législateur rwandais⁴⁷. Ce faisant, la Cour semble respecter le prescrit de l'article 21 puisqu'elle fonde sa décision sur une disposition de droit rwandais. En réalité, ce procédé suscite une question. La Cour d'Appel n'a-t-elle pas méconnu les règles de droit transitoire du droit étranger? Il en fait pas de doute que la règle de droit transitoire du droit étranger doit être appliquée correctement, comme doit l'être le droit étranger lui-même⁴⁸. En substituant au droit coutumier le droit nouveau, la Cour n'a-t-elle pas modifié le droit étranger qu'elle prétendait respecter?

L'application d'une disposition équivalente du droit étranger peut avoir les apparences d'une solution raisonnable. Elle aboutira cependant souvent, comme on l'a déjà constaté⁴⁹, à une dénaturation de la loi étrangère. De manière générale, lorsque l'on tente d'appliquer le droit étranger malgré l'exclusion d'une de ses dispositions, les difficultés seront sérieuses. Ne risque-t-on pas d'appliquer le droit étranger dans une configuration qu'il ne connaît pas? La matière de la filiation offre un bon exemple: si le droit étranger ne permet pas l'établissement de la filiation en l'absence de mariage entre la mère et l'homme qui revendique la qualité de père, que peut-on emprunter au droit étranger? Si l'on écarte la règle de l'imprescriptibilité d'une action posée en droit étranger, peut-on en revenir à un autre délai de prescription prévu par ce droit – par exemple le délai le plus long?

Dans ces hypothèses, il faut sans doute comprendre l'invitation à retenir d'abord une disposition "pertinente" de droit étranger comme une obligation de moyen et non de résultat. Certes, le raisonnement impose de s'interroger sur l'existence d'une solution alternative en droit étranger. Il faut cependant raison garder. Dans

⁴⁷ Plus précisément, la Cour note que "à défaut pour les parties d'avoir opté pour un régime matrimonial déterminé, il apparaît judiciaire de leur appliquer, non pas n'importe lequel des régimes matrimoniaux prévus par la loi rwandaise de 1999, mais le régime légal supplétif de cette loi, soit le régime de la communauté universelle rwandais".

⁴⁸ Voy. Cass. 13 mai 1996 (*Dessart/Société d'Etat de droit zaïrois 'Gécamines-Exploitation'*), *Pas.* 1996, I, 455 – spécialement la 1ère branche du 7ème moyen qui reprochait à l'arrêt entrepris d'avoir fait application d'une disposition du droit de la RDC – alors Zaïre – abrogée en 1973. Se fondant sur le principe de l'application immédiate des lois nouvelles accepté en droit congolais, la Cour rejette le moyen après avoir constaté que ce principe ne s'appliquait pas en matière contractuelle. Voy. les autres références in J. MEEUSEN, *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Intersentia, 1997, 216, n° 388 et spécialement la note 1084. En France on a pu contester la nécessité d'appliquer le droit transitoire étranger pour déterminer le champ d'application de la loi étrangère dans le temps – voy. les travaux de P. COURBE, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, 1981.

⁴⁹ Voy. notamment P. LAGARDE, *op.cit.*, 55-56, n° 62.

bien des cas, il ne sera pas possible de dégager une telle solution, sauf si l'on accepte de dénaturer le droit étranger. L'invitation que fait l'article 21 à appliquer le droit étranger pourra dès lors dans un grand nombre de cas être déclinée. C'est sans doute à la lumière de ces observations qu'il faut comprendre l'analyse offerte par M. Fallon du fonctionnement de l'article 21 du Code: dans un exposé récent, M. Fallon indiquait que "l'effet de l'exception est, traditionnellement, un retour vers le droit du for". Et M. Fallon d'ajouter que "Le Code le confirme, mais non sans exiger au préalable la vérification de la possibilité d'appliquer, dans le droit étranger désigné, toute autre 'disposition pertinente'"⁵⁰. Ce faisant, M. Fallon semble indiquer que le principe posé par l'article 21 est celui de l'application de la loi belge comme loi de substitution, le détour par une disposition pertinente du droit étranger n'étant qu'une étape intermédiaire dont la vérification est nécessaire, mais qui doit se faire sans jusqu'aboutisme⁵¹. Si telle est l'interprétation à suivre, elle ajoutera une dose de pragmatisme bienvenu au fonctionnement de l'exception d'ordre public qui, dans une conception stricte, serait excessivement difficile à mettre en oeuvre.

Dans ces limites, le fonctionnement de l'ordre public se décompose en plusieurs étapes: après avoir constaté que la disposition de droit étranger ne peut recevoir application, l'interprète doit s'interroger sur la question de savoir s'il est nécessaire de disposer d'une solution de substitution pour combler la lacune créée par l'effet de l'exception. S'il apparaît que la seule éviction du droit étranger ne suffit pas, il faudra consulter le droit étranger dans son ensemble, pour identifier une solution alternative. Le respect dû au droit étranger impose une certaine modestie lors de cet exercice: dans de nombreux cas, aucune solution alternative n'apparaîtra clairement. Le constat de l'impossibilité d'identifier une "autre disposition pertinente" du droit étranger sera à notre estime la règle et non l'exception. Pré-tendre identifier dans le droit étranger une disposition de substitution fait en effet naître le risque de dénaturer le droit étranger⁵².

⁵⁰ M. FALLON, *op.cit.*, Travaux comité fr. droit international privé, 2004-2005, (89), 95.

⁵¹ *Comp.* avec les observations in F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, 326, n° 7.55 – MM. Rigaux et Fallon critiquent l'effet de substitution du droit du for pour préférer l'approche dictée par la jurisprudence allemande, qui tend à identifier dans le droit étranger une disposition de substitution.

⁵² Le BGH a suggéré une voie médiane qui consiste, lorsqu'il apparaît que le droit étranger est contraire à l'ordre public, de puiser dans une convention internationale un standard qui permet de construire une règle nouvelle (BGH, 27 mars 1991, *IPRax*, 1992, 101, spéc. 103 – en l'espèce il s'agit d'un *obiter post dictum* dans une espèce portant sur une demande visant à obtenir la condamnation d'un ex-époux au paiement d'une pension alimentaire. Après avoir constaté que la Cour d'appel avait refusé, à tort, d'appliquer le droit de la république dominicaine pour apprécier la demande, le BGH a indiqué que le juge de renvoi, s'il devait constater que l'application de ce droit étranger comportait une violation de l'ordre public, ne pourrait se contenter d'en revenir au droit allemand des aliments entre ex-époux, mais qu'il devrait dégager une "solution appropriée". Pour ce faire, le BGH indique qu'il faudra prendre en considération le standard posé par l'art. 11 § 2 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, applicable à l'espèce, selon lequel "il doit être tenu compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans la détermination du montant de la prestation alimentaire". On appréciera la complexité de la solution...

L’application du droit belge au titre de loi de substitution sera dès lors la règle, sans pour autant que cette application entraîne une neutralisation complète du droit étranger. L’excision de la disposition litigieuse est en effet ponctuelle et n’entraîne pas l’élimination complète du droit étranger⁵³.

⁵³ Ce que la pratique des tribunaux a tendance à négliger, comme le notent F. RIGAUX et M. FALLON, *op.cit.*, 326, n° 7.55 – qui relèvent que “La jurisprudence belge n’est pas toujours attentive à la nécessité de limiter l’éviction à ce qui est indispensable”. Pour un exemple récent, voy. Civ. Liège 22 février 2008, *Rev.dr.étr.* 2009, 718 – le tribunal a retenu, sans autre explication, l’application du droit belge après avoir constaté que l’application du droit turc ne pouvait être retenue.

