

JURISPRUDENCE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 1980-1990 — CHOIX DE DÉCISIONS

PAR

Monique LIENARD-LIGNY

CHARGÉ DE COURS À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

INTRODUCTION

1. — Le choix de la période que couvre cet examen de la jurisprudence belge de droit international privé dans une Revue où les décisions rendues en cette matière n'étaient pas systématiquement recensées (les conflits d'autorités et de juridictions ont été traités par J. VERHOEVEN, *Chroniques de droit international*, de 1967 à 1983) est forcément arbitraire.

Si l'année 1980 a été adoptée comme point de départ, c'est en raison de la modification fondamentale apportée à l'office du juge en droit international privé par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 octobre et par les conclusions de M. l'Avocat général KRINGS précédant cette décision.

2. — Un examen complet des décisions rendues au cours de la période envisagée eût été fastidieux et inutile. D'une part en effet, le législateur a modifié des pans entiers de la matière en 1987 par la réforme du droit international privé de l'adoption (loi du 27 avril) et de la loi applicable aux obligations contractuelles (loi du 14 juillet), ce qui prive d'intérêt pratique un grand nombre de décisions antérieures. D'autre part, la jurisprudence de ces années a déjà fait l'objet de chroniques couvrant la matière sous tous ses aspects ou certains d'entre eux.

En accord avec la direction scientifique de cette Revue, il a donc été décidé de limiter cet examen au rappel de quelques aspects importants de cette jurisprudence.

Voy. not., pour des développements plus complets : R. ABRAHAMS, N. WATTÉ, L. BARNICH, R. PRIoux, A.C. VAN GYSEL, P. VRANCHEN, *Chronique de jurisprudence belge*, Clunet, 1989, 721 et 1051 ; K. LENAERTS, « Kroniek van het internationaal privaatrecht », *R.W.* ; 1986-1987, 1857, 1937, 2001 (1980-85) et *R.W.*, 1989-90, 902 et 936 (1985-89) ; G. VAN HECKE et F. RIGAUX, « Examen de jurisprudence, Droit international

privé, Conflit de lois (1981-1990) », *R.C.J.B.*, 1991, 143 ; M. FALLON, « Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-87) », *R.T.D.F.*, 1988, 193 et 246 ; B. HANOTIAU et M. FALLON, « Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles (1965-1985) », *J.T.*, 1987, 97 et 117) ; H. BORN et M. FALLON, « Chroniques de jurisprudence, Droit judiciaire international », *J.T.*, 1983, 181, 197 et 222 (1978-1982), 1987, 457 et 493 (1983-1986) et 1992, 401 et 425 (1986-1990).

I. L'OFFICE DU JUGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

L'innovation la plus importante intervenue au cours de la période envisagée concerne l'obligation faite au juge du fond de soulever d'office l'application de la règle de conflit, de déterminer le contenu du droit étranger compétent et d'appliquer ce droit conformément à l'interprétation qui lui est donnée dans le pays étranger concerné (Voy. K. LENAERTS, « Le statut du droit étranger en droit international privé. Vers un nouvel équilibre ? », *Mélanges R. Vander Elst*, T. II, 529).

3. — *L'application d'office de la règle de conflit.*

Ce principe se déduit d'arrêts rendus par la Cour de cassation à propos de règles de droit interne et dont le premier date du 24 septembre 1978. Une citation dans laquelle le demandeur avait indiqué l'objet de sa demande et les faits de la cause, sans mentionner le fondement juridique de sa prétention, avait été, pour cette raison, déclarée nulle. La Cour déclare qu'« il appartient au juge du fond, en respectant les droits de la défense, d'appliquer aux faits dont il est régulièrement saisi et sans modifier ni l'objet ni la cause de la demande, les normes juridiques sur la base desquelles il fera droit à la demande ou la rejettera » (*Pas.*, 1979, I, 352 ; *R.C.J.B.*, 1982, 5). La Cour précise, dans son arrêt du 10 mai 1985 (*Pas.*, 1985, 1129, *R.W.*, 1985-86, 2213, obs. W. RAUWS) que cette obligation emporte celle de substituer d'office la règle de droit applicable à celle qui aurait été erronément invoquée. Le juge doit donc éventuellement requalifier les faits présentés par les parties.

Cette consécration de l'adage « *da mihi factum, dabo tibi jus* » ou « *jura novit curia* » concerne évidemment toutes les règles de droit en vigueur en Belgique, en ce compris les règles de conflit. M. le Procureur général KRINGS, alors Avocat général, l'affirme très clairement (*J.T.*, 1981, 70) dans ses conclusions précédant l'arrêt du 9 octobre 1980 (*infra*, n° 4) qui, lui, n'avait pas à se prononcer sur ce point. La Cour d'ailleurs n'a pas, jusqu'à présent, expressément appliqué sa nouvelle jurisprudence à la règle de conflit. Elle a même, le 17 novembre 1983 (*R.W.*, 1984-85, 2185, note L. DE

FOER) paru exclure l'obligation pour le juge d'indiquer d'office la règle de conflit si l'objet du litige — en l'espèce il s'agissait de la responsabilité délictuelle — ne concerne pas l'ordre public. Cette distinction est pourtant étrangère à l'adage « *jura novit curia* ». Le caractère supplétif, impératif ou d'ordre public de la règle de droit ne concerne que les parties à qui il permet ou non d'exclure son application (Voy. G. VAN HECKE et F. RIGAUX, *Chron. cit.*, n° 7). La Cour a d'ailleurs mis fin à ce qui peut apparaître comme une hésitation dans l'élaboration de sa jurisprudence par son arrêt du 10 mai 1985, rendu en matière contractuelle. On peut donc considérer l'arrêt du 17 novembre 1983 comme étant dépassé (K LENAERTS, *ét. cit.*, n° 12).

4. — *La loi étrangère applicable.*

L'obligation faite au juge d'indiquer d'office la règle de droit applicable est plus lourde en droit international privé qu'en droit interne. Appliquer la règle de conflit — et l'appliquer correctement — implique une mise en oeuvre également correcte de la loi qu'elle désigne. Le rôle du juge et le contrôle de la Cour de cassation sur ce point ont été profondément modifiés par l'arrêt du 9 octobre 1980 (*Pas.*, 1981, I, 159, *J.T.*, 1981, 70, conclusions E. KRINGS et obs. R. VANDER ELST. Cette décision est également publiée, avec l'arrêt du 24 septembre 1978 à la *R.C.J.B.*, 1982, 5, notes J. VAN COMPERNOLLE et F. RIGAUX).

L'arrêt attaqué avait appliqué l'article 1645 du Code civil français selon l'interprétation que ce même texte reçoit en Belgique et qui permet au fabricant vendeur de renverser la présomption de connaissance du vice de la chose, alors que cette présomption est considérée comme étant irréfutable par la jurisprudence française. La Cour relève que « s'agissant de normes juridiques qui relèvent d'un droit étranger », le juge du fond « devait rechercher et déterminer le contenu de ce droit, le cas échéant après avoir recueilli à ce sujet les informations nécessaires et en respectant les droits de la défense ». Elle casse l'arrêt attaqué pour n'avoir pas fait application de la disposition française « suivant l'interprétation qu'elle reçoit en France et dont le juge devait tenir compte ».

Le devoir qui incombe au juge de rechercher le contenu du droit étranger, avec ou sans le concours des plaideurs, est nettement réaffirmé par la Cour dans des décisions ultérieures et notamment par l'arrêt du 3 décembre 1990 (*J.L.M.B.*, 1991, obs. A. KOHL). La Cour du travail de Bruxelles, ayant décidé que la loi de l'Etat d'Abu Dhabi était applicable à la prescription de la demande, avait mis à charge du demandeur la preuve des causes de suspension et d'interruption prévues par ce droit. La Cour de cassation estime que cette décision « méconnaît l'office du juge et soumet la recherche et la détermination du contenu et de la portée de la loi applicable aux

règles relatives à la charge de la preuve, lesquelles ne s'appliquent qu'aux faits de la cause (voy. ég. : Cass., 12 janvier 1990, *Bull.*, 1990, 566).

Le juge doit toutefois respecter le principe du contradictoire et laisser aux parties la faculté de s'expliquer sur le contenu et la portée de la loi compétente. S'il ne leur permet pas de conclure sur ce point, il viole les droits de la défense (Cass., 22 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, 251, *R.W.*, 1982-83, 2186, obs. P. LEMMENS). Mais, à défaut de conclusions des parties sur la manière dont le juge applique la loi étrangère, celui-ci n'est pas tenu de préciser que toutes les conditions exigées par ce texte sont réunies ; il n'encourt pas la censure de la Cour de cassation s'il n'apparaît pas de sa décision qu'il n'y a pas eu égard (Cass., 23 février 1984, *J.T.*, 1984, 498, obs. R. VANDER ELST ; *R.W.*, 1984-1985, 2387, obs. L. DE FOER).

Avant son arrêt du 9 octobre 1980, la Cour de cassation refusait de contrôler l'application faite de la loi étrangère par le juge du fond, si ce n'est, en cas de violation flagrante du texte, par le biais de la foi due aux actes ou par celui du contrôle de la motivation. Dans ses conclusions précitées, M. l'Avocat général KRINGS fait justement observer qu'un contrôle de la foi due aux actes est impensable si le devoir du juge ne se limite pas à l'interprétation purement textuelle de la loi compétente (p. 74). Il relève, d'autre part, que, par le truchement de la règle de conflit, le droit étranger « constitue une loi au sens de l'article 608 du Code judiciaire » Cette formule est reprise par la Cour de cassation dans son arrêt du 2 avril 1981 (Voy. *infra*, n° 5) : « Attendu que les dispositions de l'article 171 du Code civil constituent une loi au sens de l'article 608 du Code judiciaire ; qu'une contravention à une loi au sens de ce dernier article ne saurait être une méconnaissance de la foi due à cette loi et partant une violation des articles 1319 à 1322 du Code civil ». On comprend mal, dès lors, que des pourvois soient encore fondés sur ces derniers textes (Comme ceux qui ont donné lieu aux arrêts des 10 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, 829 et du 20 avril 1989, *R.G.D.B.*, 1991, 275, note N. MASSAGE, p. 223).

On a suffisamment démontré la portée exacte de cette extension du contrôle de légalité à une transgression du droit étranger. « Ni sur le plan de l'unité de la jurisprudence, ni pour ce qui concerne la fonction disciplinaire de la Cour suprême, celle-ci n'est à même d'étendre au droit étranger le type de contrôle qu'elle exerce sur la correcte application de son propre droit ». Ce contrôle ne peut viser que la règle de conflit belge, transgressée par la violation du droit étranger qu'elle déclare applicable (F. RIGAUD, *Droit international privé*, t.I, 2^e édit., n^{os} 444 et suiv. et *R.C.J.B.*, note cit. n^{os} 25 à 27). M. le Procureur général KRINGS, dans sa mercuriale du 3 septembre 1990 (*J.T.*, 1990, 567, spéc. n° 63) affirme d'ailleurs très nettement que la Cour n'est pas « saisie de la violation de la loi étrangère autrement que par le truchement de la règle de conflit, ce qui limite singulièrement son contrôle ». Cette précision permet de rencontrer la difficulté que peut éprou-

ver le juge à fixer la teneur d'un droit étranger et de ne sanctionner l'application qu'il en a faite que si elle se révèle « manifestement fautive eu égard aux sources disponibles » (G. VAN HECKE et F. RIGAUX, *Chron. cit.*, n° 9).

L'impossibilité affirmée par le juge d'établir la teneur de la loi compétente n'a pas, jusqu'ici, été soumise à la censure de la cour. Celle-ci a toutefois admis, dans l'hypothèse de mesures urgentes et provisoires relatives à la garde des enfants, la substitution de la loi belge à la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Elle précise que cette fonction de suppléance de la loi belge, justifiée par l'urgence ne peut être que provisoire (12 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, 479, *Rev. Not. b.*, 1986, 353, note R. VANDER ELST ; *R.W.*, 1986-87, 99, note J. ERAUW).

II. L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL BELGE

5. — *Effet atténué de l'ordre public.*

« La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en Belgique ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en Belgique les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé belge ». Cette formule, inspirée de celle qu'avait utilisée la Cour de cassation de France dans l'arrêt Rivière (17 avril 1953, *Rev. crit. d.i.p.*, 1953, 412) avait été employée par la Cour d'appel de Liège dans un arrêt du 23 avril 1970. Elle justifiait qu'un mariage polygamique, valablement conclu au Maroc entre citoyens marocains, puisse avoir une certaine efficacité en Belgique et permettre, en l'espèce, aux deux épouses d'y obtenir réparation du préjudice que leur causait la mort accidentelle de leur mari, due à la faute d'un tiers. L'arrêt introduisait ainsi, en jurisprudence belge, la notion et le mécanisme de l'« ordre public atténué » (Sur ce point, voy. : P. GRAULICH, note sous l'arrêt de Liège, *Rev. crit. d.i.p.*, 1975, 55).

La Cour d'appel de Bruxelles (26 octobre 1983, *R.D.E.*, 1985, 153) invoque cette notion pour admettre la légitimité d'un enfant marocain né d'une seconde union conclue par son père au Maroc avant la répudiation de sa première épouse. Elle admet ainsi l'efficacité à cet égard d'un mariage polygamique intervenu à l'étranger, alors que la célébration d'une telle union en Belgique se heurterait à l'ordre public. La Cour justifie cette solution par l'idée que l'intervention de l'ordre public doit ici se limiter à apprécier l'effet qu'exerce la loi étrangère sur l'intérêt social protégé, intérêt qui est en l'espèce celui de l'enfant.

Entre ces deux arrêts, la Cour de cassation a dû aborder le problème à propos d'une espèce analogue et a consacré, sinon le système de l'ordre public atténué, du moins la solution à laquelle il conduit (2 avril 1981, *Pas.*,

1981, I, 835 ; *R.C.J.B.*, 1983, 499, note F. RIGAUX ; *Rev. crit. d.i.p.*, 1983, 59, note VERWILGHEN). Il s'agissait de donner effet en Belgique à un mariage célébré à titre posthume en France, conformément à l'article 171 du Code civil français, entre une Belge et un Français décédé accidentellement juste avant la date prévue pour leur mariage en Belgique. Le Tribunal civil d'Arlon et la Cour d'appel de Liège avaient admis que ce mariage permet à la veuve et à son enfant d'obtenir du responsable de l'accident réparation de leur préjudice en application de l'article 1382 du Code civil. La Cour entérine cette décision et rejette le moyen fondé sur la contrariété du droit français à l'ordre public belge en précisant que « le juge ne doit vérifier la compatibilité avec l'ordre public international que des seuls effets susceptibles d'être produits par la règle du droit étranger déclarée applicable ».

Elle énonce ainsi un principe plus général et plus souple que celui qu'exprime la formule utilisée par la Cour de cassation de France. Elle permet d'affirmer que l'intervention de l'ordre public est fonction du degré d'insertion de la relation envisagée dans l'ordre juridique belge (Voy. : F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, 2^e édit., n^{os} 521 et suiv.) sans fixer de critère pour l'évaluation de ce degré d'insertion (sur le caractère quelque peu artificiel de la construction française de l'ordre public atténué et l'évolution de la jurisprudence en la matière, voy. : D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, n^{os} 604 à 606).

6. — *Actualité de l'ordre public.*

Dans son arrêt du 27 février 1986, (*R.C.J.B.*, 1989, 56, note N. WATTÉ), la Cour de cassation considère que n'est pas contraire à l'ordre public la loi italienne qui permet l'établissement de la filiation adultérine plus largement que les articles 331 et 335 anciens du Code civil. Telle était la position généralement adoptée sur ce point par les juridictions de fond depuis la loi du 10 février 1958 (Voy. : P. GRAULICH, *op. cit.*, n^o 38/1).

Ce problème d'ordre public ne se pose plus depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 1987. L'arrêt conserve toutefois un intérêt dans la mesure où il souligne que, dans l'appréciation de la conformité d'une disposition étrangère à l'ordre public belge, il faut tenir compte de l'évolution des idées comme de celle du droit interne. La Cour énonce ainsi, pour la première fois, le principe d'actualité de l'ordre public : le juge apprécie la possibilité d'insérer la solution étrangère dans l'ordre juridique belge au jour où il statue, même si la situation qui lui est soumise est née à une époque où cette appréciation eût été différente (ce qui n'était toutefois pas le cas en l'espèce). Elle précise aussi, à juste titre, que le contenu de l'ordre public ne se déduit pas des seules règles positives belges et que le degré d'exigence de celles-ci se détermine et fluctue selon l'évolution des idées.

III. LES EFFETS DU MARIAGE

7. — *Effets personnels du mariage.*

Relevant en principe de l'état des personnes (Cass., 12 décembre 1985, préc.), les effets personnels du mariage sont régis par la loi nationale commune des époux ou par celle de leur domicile commun s'ils sont de nationalité différente. Appartiennent à cette catégorie la possibilité et la révocabilité des donations entre époux (Bruxelles, 22 avril 1988, *J.T.*, 1988, 664) puisque le régime spécial auquel ceux-ci sont soumis sur ce point tient à leur qualité de conjoints.

Au cours de la période envisagée, la jurisprudence des juridictions de fond apporte de larges exceptions à ce principe. Elle attribue à certains des textes composant le « régime primaire » (art. 212 à 224 du Code civil) le caractère de lois de police et de sûreté régissant, en vertu de l'article 3, alinéa 1 du Code civil, tous les époux vivant en Belgique. C'est aussi la position généralement proposée en doctrine (Voy. N. WATTÉ, *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Larcier, 1987 et *Chron. cit.*, p. 763 et les réf. cit.).

Ainsi, la Cour d'appel de Mons applique l'article 215 du Code civil à des époux italiens domiciliés en Belgique. Elle qualifie ce texte d'« élément du régime primaire à rattacher aux lois de police », quelle que soit la loi régissant ce régime primaire et dès que le logement familial est situé en Belgique (7 février 1985, *Ann. dr. Liège*, 1988, 44, obs. C. PANIER, Voy. égal. : N. WATTÉ, le statut du logement familial en droit international privé et les articles 214 et 215 du Code civil, *Rev. Not. belge*, 1986, 174. Pour une appartenance de cette institution au statut réel, Voy. : K. LENAERTS, *Chr. cit.*, *R.W.*, 1989-1990, 910). La cassation de cet arrêt (15 mai 1986, *J.T.*, 1987, 468), pour un motif de pur droit interne, ne le prive en rien de son intérêt sur le plan du droit international privé.

Pour le tribunal civil de Liège, l'article 221 du Code civil place sur pied d'égalité, face aux charges du mariage, tous les époux vivant en Belgique (30 mars 1988, *R.G.D.B.*, 1989, 417). Et pour le Juge de paix du 5^e canton d'Anvers, l'article 222 les rend solidaires quant à l'obligation aux dettes contractées dans l'intérêt du ménage ou pour l'éducation des enfants. (10 décembre 1985, *Tijds. Not.*, 1986, 358).

Depuis longtemps déjà, et bien avant la période envisagée, les Juges de paix appliquent les articles 221 et 223 du Code civil à des époux étrangers sans toutefois s'expliquer sur le conflit de lois (Voy. toutefois, J.P. Anvers, 25 juin 1981, *R.W.*, 1981-1982, 204 et 11 avril 1985, *R.W.*, 1985-1986, 2240).

Le caractère de loi de police et de sûreté est également attribué à l'article 224, § 1^{er}, alinéa 4 par la Cour d'appel de Mons qui déclare ce texte

applicable à toute action en annulation d'un cautionnement souscrit en Belgique par une personne mariée, quelle soit par ailleurs la loi applicable aux effets du mariage (20 juin 1989, *Rev. Not. b.*, 1990, 245).

Cette dernière décision a été cassée par un arrêt du 25 mai 1992 (*J.L.M.B.*, 1992, 938, obs. S. NUDELHOLE et M. LIENARD-LIGNY). Pour la Cour de cassation, « le régime de protection découlant d'une disposition comme celle de l'article 224, paragraphe premier, alinéa 4 du Code civil est si étroitement liée au mariage et à ses effets que le régime doit être considéré comme concernant l'état des personnes ... ». La Cour le range donc dans les prémisses de l'alinéa 3 de l'article 3 du Code civil et non de l'alinéa premier du même texte, comme l'avait fait la Cour de Mons.

On ne peut préjuger de l'attitude qu'adoptera la Cour d'appel de Bruxelles, saisie sur renvoi, ni de la décision que prendront éventuellement les Chambres réunies de la Cour de cassation. On ne peut savoir davantage si cette solution — à la supposer maintenue — sera appliquée par les juridictions de fond aux autres dispositions constitutives du « régime primaire ». Il n'est dès lors pas devenu inutile de s'interroger sur la portée des décisions antérieures relatives à ces textes.

Leur attribuer le caractère de lois de police et de sûreté ou, selon une dénomination plus contemporaine de lois d'application immédiate, devrait-il nécessairement entraîner leur non application à des époux, tous deux belges, vivant à l'étranger ? La bilatéralisation du critère d'application territorial d'une telle loi, conduit en effet à la compétence de la loi étrangère du pays sur le territoire duquel ce critère se concrétise. Cette opération techniquement possible a d'ailleurs été imposée par la Cour de cassation à propos de l'article 1382 du Code civil auquel ce caractère de loi de police est traditionnellement reconnu (Aud. plén., 17 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, 1133, précédé de l'avis de M. HAYOIT DE TERMICOURT). On a cependant démontré que cette bilatéralisation est « purement conceptuelle » et ne se justifie pas pour des règles dont le champ d'application est fonction des exigences de cohérence du système juridique du for (Voy. : P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges J. Dabin*, Bruylant, 1963, 629 et s.spéc. n^{os} 5 et 6 ; P. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit' », *Rev. crit. d.i.p.*, 1966, 1, spéc. p. 16 ; P. GOTHOT, le renouveau de la tendance unilatéraliste, *Rev. crit. d.i.p.*, 1971, spéc. pp. 218 et suiv.).

On peut donc estimer que le caractère de lois d'application immédiate des textes concernés, justifié par leur objectif social, aboutirait seulement à les rendre applicables aux époux de même nationalité étrangère vivant en Belgique, apportant, pour cette hypothèse, une exception à la règle de conflit. Celle-ci serait appliquée normalement aux époux belges résidant à l'étranger (loi nationale) et aux époux de nationalité différente (loi de la résidence conjugale).

8. — Régime matrimonial légal.

Par son arrêt du 10 avril 1980 (*Pas.*, 1980, I, 968, concl. VELU ; *Rev. Not. belge*, 1980, 495 et note R. VANDER ELST, p. 471 ; *R.C.J.B.*, 1981, 309, note F. RIGAUX ; *R.W.*, 1980-1981, 918, note J. ERAUW), la Cour de cassation met fin à une jurisprudence qui s'était développée depuis 1975 et qui tendait à soumettre le régime légal à la loi du lieu de l'intégration socio-économique des époux, parfois même lorsque ceux-ci étaient de même nationalité. La Cour précise fermement que le régime légal ne peut être considéré comme résultant de la volonté présumée des époux, qu'il relève en principe du statut personnel et qu'il est régi par la loi nationale commune des intéressés, que cette nationalité ait été commune avant ou le soit devenue par le fait du mariage. Les juridictions de fond se sont presque unanimement inclinées (Voy. toutefois : civ. Bruges, 14 mai 1985, *Tijds. Not.*, 1985, 174).

Le problème du régime légal des époux de nationalité différente est celui qui avait donné naissance à la jurisprudence censurée par l'arrêt du 10 avril 1980 et qui cherchait une alternative à la compétence de la loi nationale du mari. L'abandon de cette règle et l'application de la loi de la première résidence conjugale, déjà préconisés par M.P. GRAULICH au lendemain de la loi du 10 avril 1958 (*Précis, Dalloz*, 1961, n° 167) avaient été admis, pour la première fois en jurisprudence, par un arrêt de la Cour d'appel de Mons, le 22 octobre 1975 (*Rev. Not. belge*, 1976, 520, obs. R. VANDER ELST) avant l'entrée en vigueur de la loi de 1976 modifiant le droit interne des régimes matrimoniaux et réalisant dans ce domaine l'égalité des époux. Cette solution trouve appui dans les conclusions de M. l'Avocat général VELU précédant l'arrêt de 1980 et a été consacrée depuis par les Cours d'appel de Mons (23 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1249) et de Liège (30 juin 1987, *Rev. Not. b.*, 1988, 153).

On peut estimer ou non qu'elle a été entérinée par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 mai 1992 (n° 7). La Cour déclare en effet que « lorsque les époux sont de nationalités différentes au moment où le conflit surgit, il convient en règle d'avoir recours à la loi du premier domicile conjugal », sans toutefois préciser si cette formule englobe tous les effets, tant patrimoniaux que personnels, du mariage. Ce laconisme est surtout regrettable en raison de l'utilisation des mots « au moment où le conflit surgit », sur le sens desquels l'arrêt ne s'explique pas. Si « conflit » signifie « conflit de lois » et si on admet, conformément à une jurisprudence et une doctrine unanimes, qu'il surgit et est définitivement résolu au jour de la célébration du mariage en ce qui concerne la détermination du régime matrimonial légal, l'arrêt confirme sur ce point la solution dégagée par les juridictions de fond (sur les difficultés d'interprétation de l'arrêt, V.M. LIENARD-LIGNY, *Conflit mobile et loi applicable aux effets du mariage*, obs. cit. n° 7).

9. — *Détermination du régime légal et règles de conflit successives.*

L'adoption d'une règle de conflit nouvelle pour fixer le régime légal d'époux de nationalité différente pose la question de son application aux mariages célébrés antérieurement. La solution à apporter à ce problème ne fait l'unanimité ni en jurisprudence, ni en doctrine (Voy. : P. GRAULICH et M. LIENARD-LIGNY, « Droit transitoire et droit international privé des régimes matrimoniaux », *Mélanges R. Vander Elst*, t. I, 340).

La solution dépend essentiellement de l'origine attribuée à la règle de conflit nouvelle qui est, soit le produit d'une évolution purement jurisprudentielle, soit la conséquence directe de la loi du 14 juillet 1976. La première analyse conduit à en constater la nécessaire rétroactivité (Voy. toutefois : J. ERAUW, « Oude internationale huwelijken, oude verwijzingsregel », *Tijds. Not.*, 1982, 129). La seconde soumet le problème au droit transitoire des règles législatives, lequel serait en l'espèce, soit l'article 2 du Code civil, soit les dispositions transitoires spéciales de la loi de 1976. Cette dernière solution, nettement minoritaire, a été admise dans un premier temps par le tribunal civil de Liège (9 octobre 1981, *Rev. Not. b.*, 1983, 45) et, plus récemment par le tribunal civil de Nivelles (6 janvier et 31 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1256). Toutes les autres décisions rendues depuis 1975 appliquent immédiatement et rétroactivement la règle nouvelle aux mariages célébrés avant son apparition (Voy. not. : civ. Liège, 2 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1201, obs. S. NUDELHOLE). Dans son arrêt de 1987 (n° 8), la Cour de Mons motive cette solution par l'origine purement jurisprudentielle de la modification de la règle de conflit.

10. — *Conventions matrimoniales.*

La loi applicable au régime légal détermine la possibilité, pour les époux, de régler contractuellement leurs rapports patrimoniaux et décide en principe de la mutabilité de leur régime originaire (Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux ou le transfert de leur résidence commune, sans incidence sur le régime, en affecte toutefois la mutabilité ; Voy. : Anvers, 11 janvier 1988, *Pas.*, 1988, II, 91). Dans le cadre fixé par cette loi, ils peuvent désigner la loi applicable à leur contrat.

Cette autonomie permet-elle aux époux de soumettre leur contrat à deux lois ? Ce « dépeçage », admis pour les contrats soumis à la Convention de Rome du 19 juin 1980 (articles 3 et 4), ne devrait pas être en principe exclu, pour ceux qui ne le sont pas, comme le contrat de mariage.

La question s'est posée au tribunal d'Anvers, saisi d'une demande d'homologation de changement de régime. Les époux désiraient soumettre une communauté universelle de biens aux lois néerlandaise (pour l'administration) et belge (notamment pour le calcul des récompenses et la séparation de biens judiciaire). Le tribunal refuse l'homologation, non pas au motif

qu'un contrat de mariage ne saurait être soumis à plusieurs lois, mais parce que, en l'espèce, l'application des deux lois mettrait en péril la cohérence nécessaire du régime en provoquant des contradictions et des difficultés inextricables dont il fournit d'ailleurs des exemples (24 septembre 1987, *Tijds. Not.*, 1988, 115, obs. C. LIBERT). Il est incontestablement difficile d'appliquer plusieurs lois à un même ensemble de biens mais on pourrait sans doute admettre que certains biens soient soumis à une loi autre que celle qui régit le régime pour le surplus.

IV. LE DIVORCE

11. — *Compétence internationale des juridictions belges — Droit commun.*

En droit interne, la matière est régie impérativement par l'article 628, 1° du Code judiciaire qui attribue compétence exclusive au juge de la dernière résidence conjugale ou du domicile du défendeur pour connaître du divorce pour cause déterminée.

Ce texte ne peut toutefois s'appliquer à un litige international qu'une fois admise la compétence internationale des juridictions belges. A défaut de traité, celle-ci est réglée en fonction de la nationalité du défendeur, par l'article 15 du Code civil s'il est belge, par les articles 635, 638 et 636 du Code judiciaire s'il est étranger.

En l'absence de domicile, même élu, ou de résidence du défendeur étranger en Belgique (art. 635, 2°), le demandeur, belge ou étranger, domicilié sur le territoire belge, peut l'y citer en application de l'article 638. Cette prorogation exceptionnelle de compétence peut toutefois être tenue en échec par l'article 636 qui permet au défendeur de la décliner si le même droit appartient au Belge dans le pays de cet étranger et qui présume que le défendeur défaillant adopte cette attitude. Tel est le cas, notamment, si le défendeur est de nationalité zaïroise (civ. Bruxelles, 9 novembre 1984, *R.T.D.F.*, 1986, 397 ; civ. Liège, 27 mars 1986, *R.T.D.F.*, 1988, 137) ou italienne (civ. Liège, 20 décembre 1984, *J.L.*, 1986, 135).

En application de ces textes, il arrive fréquemment qu'un Belge dont le conjoint étranger a quitté le territoire se trouve privé de la possibilité de demander le divorce en Belgique. Cette situation se concilie mal avec les articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1960 qui rendent la loi belge applicable au divorce dès que l'un des époux est belge. Le but essentiel de cette loi était de permettre à tout Belge de divorcer sur la base de la loi belge ; on peut donc, à juste titre, regretter qu'elle ne contienne aucune disposition prorogeant, dans la même perspective, la compétence des juridictions belges.

Au cours de la période envisagée, la doctrine (v. surtout : M. FALLON, *La compétence des tribunaux belges en matière de divorce d'époux de nationa-*

lité différente lorsque le demandeur est belge, *J.T.*, 1986, 285) et la jurisprudence ont tenté de combler cette lacune, souvent *praeter — voire même contra — legem*.

Ainsi, le tribunal civil de Bruxelles fait de l'article 628, 1^o une règle de compétence internationale (25 mai 1984, *R.T.D.F.*, 1986, 399 ; *Contra* : civ. Bruxelles, 9 novembre 1984, *R.T.D.F.*, 1986, 397 ; civ. Liège, 27 mars 1986, *R.T.D.F.*, 1988, 137 ; civ. Nivelles, 21 octobre 1986, *R.T.D.F.*, 1986, 426) et la Cour d'appel de Bruxelles réintroduit en la matière l'article 14 du Code civil, abrogé en 1876 (22 mai 1985, *J.T.*, 1986, 251 ; 2 juin 1987, *R.T.D.F.*, 1988, 115). Le tribunal civil de Charleroi estime même que la compétence du droit belge, prescrite par les articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1960 emporterait la compétence exclusive des juridictions belges pour statuer sur la demande en divorce introduite par une Belge contre son conjoint argentin ! (20 juin 1988, *R.T.D.F.*, 1988, 461, obs. M. FALLON).

Une décision du tribunal civil de Liège du 29 mai 1990 (*Rev. dr. Etr.*, 1991, 38) est exemplaire du malaise des tribunaux devant la lacune de la loi de 1960 et de l'inventivité apportée à la combler. En l'espèce, un Belge domicilié à Liège demande le divorce sur base de l'article 232 du Code civil, contre son épouse italienne, domiciliée en Italie. Le tribunal, s'inspirant des suggestions de M. FALLON (*ét. cit.*), se déclare compétent et retient cumulativement tous les « remèdes » proposés. La compétence des juridictions belges serait justifiée à la fois par la nationalité belge du demandeur, considérée comme le critère d'une règle de compétence implicitement jointe à l'article 2 de la loi de 1960, et par la localisation en Belgique de la naissance ou de l'exécution de l'obligation de cohabitation. Sur ce dernier point, le tribunal interprète l'article 635, 3^o du Code judiciaire de manière extensive, comme le sont l'article 624, 2^o du même Code et l'article 15 du Code civil, c'est-à-dire comme visant les obligations extra-patrimoniales aussi bien que patrimoniales. Le tribunal estime en outre que l'espèce autoriserait le recours à l'article 638 « si la portée de l'exception prévue à l'article 636 C.J. était restreinte en s'inspirant de l'objectif primitif de cette disposition ». Celle-ci a été conçue comme une limite aux abus que peut générer l'article 638 en permettant d'attirer devant les tribunaux belges un défendeur domicilié à l'étranger, pour un litige qui n'aurait aucun lien avec l'ordre juridique belge. Cette limite perdrait sa raison d'être pour des litiges présentant avec la Belgique des attaches territoriales autres que le domicile du demandeur et notamment, comme en l'espèce, la localisation de la dernière résidence conjugale.

L'accumulation de ces arguments reflète bien la conscience qu'a le tribunal de la faiblesse ou du caractère trop prétorien de chacun d'entre eux. Seule y échappe, à notre avis, l'interprétation extensive de l'article 635, 3^o, en raison du sens qui a été donné aux autres textes de teneur semblable. Toutefois, ainsi que le remarque Mme le Juge LOVENS dans sa décision, cet

argument est moins pertinent dans le cadre d'un divorce « remède » que dans celui d'un divorce « sanction ».

12. — *Compétence internationale des juridictions belges — Droit conventionnel.*

La Convention de Bruxelles n'étant pas applicable au divorce, les conventions belgo-française du 8 juillet 1899 et belgo-néerlandaise du 28 mars 1925 restent en vigueur en ce qui concerne cette matière.

Aucun de ces deux traités ne contient de règle relative au divorce. La compétence est donc, en vertu de leur article 10, soumise dans chaque Etat à la législation qui lui est propre. Toutefois, selon l'article 1^{er} des deux conventions, les ressortissants de chaque Etat contractant sont soumis, dans l'autre Etat, aux mêmes règles de compétence que ses nationaux (sur la convention belgo-française et les difficultés relatives à son champ d'application, v. N. WATTÉ, *Juris. Cl. dr. int.*, Fasc. 591).

Cette assimilation exclut donc en Belgique l'application aux défendeurs français ou néerlandais des articles 635 et 638 du Code judiciaire, qui se réfèrent à la nationalité étrangère du défendeur. Le texte applicable est alors l'article 628, I^o qui devient, dans ce cas seulement, une règle de compétence internationale (civ. Liège, 3 octobre 1985, *J.L.*, 1986, 145). Le juge belge est donc incompétent si la dernière résidence conjugale n'est pas située en Belgique et si le défendeur français est domicilié en France (Bruxelles, 16 mai 1988, *Rev. not. b.*, 1988, 423).

C'est à tort toutefois que le tribunal de Nivelles se déclare compétent, en tant que tribunal de la dernière résidence conjugale, pour connaître d'une demande en divorce introduite par une Française contre son mari tunisien (2 octobre 1990, *R.T.D.F.*, 1991, 374). L'article 628, I^o ne peut en effet déterminer la compétence internationale que si les articles 635 et 638 sont inapplicables, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le Français est défendeur et non demandeur. Sinon, il est soumis aux mêmes règles que le demandeur belge, qui ne peut se prévaloir de l'article 628, I^o, ainsi que l'a d'ailleurs justement décidé le même tribunal civil de Nivelles, le 21 octobre 1986 (*supra*, n^o 11).

Une application correcte de l'article I^{er} de la Convention belgo-française est faite par le tribunal civil de Liège, saisi d'une demande en divorce introduite par une Française contre son conjoint zairois, les époux ayant eu leur dernière résidence commune en Belgique. Le tribunal refuse, à juste titre, d'appliquer l'article 628, I^o invoqué par la demanderesse. Il accepte toutefois sa compétence en la fondant principalement sur l'article 635, 3^o (8 novembre 1990, inédit, Rép. n^o 9649).

Dans cette dernière décision, le tribunal de Liège pose la question de savoir si la demanderesse française pourrait, en vertu de son assimilation

au demandeur belge, bénéficiaire de la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles restaurant, en matière de divorce, l'article 14 du Code civil (V. *supra*, n° 11). Ce texte, abrogé en droit belge lors de la signature de la convention, était alors et est toujours en vigueur en France. L'article 1^{er}, § 2 exclut qu'il puisse être invoqué par un Français pour attirer un Belge devant les juridictions françaises mais donne au Belge, résident autorisé en France, la faculté d'attirer dans ce pays d'autres étrangers comme le ferait un Français (Angers, 29 mars 1988, *Rev. crit. d.i.p.*, 385, note P.L.). Il semble logique de déduire de cette disposition l'impossibilité de mettre en oeuvre la règle dégagée par la Cour de Bruxelles pour permettre à un Belge de citer son conjoint français devant un tribunal belge. Par contre, cette règle — à la supposer fondée — pourrait être invoquée en Belgique par un Français contre un autre étranger.

13. — *Divorce entre étrangers — Règle de conflit applicable.*

Le divorce d'époux tous deux étrangers relève soit de la loi du 27 juin 1960, soit de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. La loi de 1960 vise uniquement le divorce pour cause déterminée et le soumet à la loi belge pour son admissibilité « à moins que la loi nationale du demandeur s'y oppose » (art. 1^{er}) et pour ses causes (article 3). Selon la Cour de cassation « cette loi qui a déterminé ainsi *de manière restrictive* son champ d'application ne peut, dès lors, être étendue aux cas qui n'y ont pas été prévus ; il en est ainsi notamment du divorce par consentement mutuel entre étrangers ». Celui-ci est, en vertu de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, de la compétence de la loi nationale commune des intéressés ou, s'ils sont de nationalités différentes, de leurs lois personnelles appliquées cumulativement (14 décembre 1978, BIGWOOD, *Pas.*, 1979, I, 445, concl. E. KRINGS ; *Rev. crit. jur. b.*, 1979, 111, note F. RIGAUX).

Cette dualité de rattachements a posé le problème de l'appartenance ou non à la catégorie « divorce pour cause déterminée » du divorce pour séparation de fait, introduit en droit interne belge par la loi du 1^{er} juillet 1974. La Cour d'appel de Bruxelles avait déjà considéré, en 1977, que les seules causes déterminées de divorce seraient celles des articles 229 et 231 du Code civil, à l'exclusion donc de celle de l'article 232 (15 février 1977, *Rev. Not.*, 1977, 252, obs. D. STERCKX). Elle confirme cette jurisprudence dans un arrêt du 1^{er} juin 1982 (*R.T.D.F.*, 1983, 175, réformant une décision en sens contraire du tribunal civil de Bruxelles du 18 septembre 1981, même réf., p. 173) et la fonde sur l'interprétation restrictive que doit, selon l'arrêt Bigwood, recevoir la loi du 27 juin 1960.

Une telle interprétation de l'article I de la loi du 27 juin 1960 et de l'article 232 du Code civil n'est pratiquement celle que de la Cour de Bruxelles. Elle est généralement combattue en doctrine (V. not. : J. DE GRAVE, Le divorce de l'article 232 du Code civil est-il un divorce pour cause détermi-

née au sens de la loi du 27 juin 1960 ?, *Mélanges R. Vander Elst*, t. I, 113 ; M. FALLON, « Actualité du divorce international dans la jurisprudence belge », *R.T.D.F.*, 1986, 428, spéc. 431 et suiv. ; R. VANDER ELST, *Droit international privé belge*, t. I, 92 ; G. VAN HECKE et F. RIGAUX, Chr., *R.C.J.B.*, 1982, 403, n° 28 et Chr. cit., n° 33), et une jurisprudence majoritaire se rallie à l'interprétation contraire, consacrée par la Cour d'appel de Mons, le 6 avril 1978 (*Rev. Not. b.*, 1978, 311, obs. D. STERCKX). Cet arrêt relève notamment que la loi du 1^{er} juillet 1974 soumet la procédure du divorce pour séparation de fait à la section du Code judiciaire relative au divorce pour cause déterminée. Il démontre surtout, à la lumière des travaux préparatoires, l'opinion qu'a eue le législateur d'introduire, par l'article 232, une nouvelle cause déterminée de divorce. V. en ce sens : civ. Bruxelles, 21 octobre 1983, *Pas.*, 1984, III, 29 ; civ. Liège, 26 janvier 1984, *Jur. Lg.*, 1984, 126 et 3 mai 1984, *R.T.D.F.*, 1986, 469.

14. — *Divorce pour cause déterminée entre étrangers — portée de la référence à la loi nationale du demandeur.*

Si l'article 3 de la loi du 27 juin 1960 soumet les causes de divorce à la seule loi belge, son article 1^{er} énonce que, « dans le cas de mariage entre étrangers, l'admissibilité du divorce pour cause déterminée est régie par la loi belge, à moins que la loi nationale de l'époux demandeur ne s'y oppose ».

Il faut bien admettre l'ambiguïté créée par la rédaction de ce texte relativement à la compétence attribuée à la loi étrangère : celle-ci doit-elle admettre seulement l'institution du divorce ou également celle du divorce pour cause déterminée ?

La première de ces interprétations est celle qui correspond à la genèse de la loi, inspirée des Résolutions adoptées par l'Institut de droit international en 1948, lors de sa session de Bruxelles (*Annuaire*, p. 263). Elle avait été unanimement proposée par les premiers commentateurs de la loi (P. VANDER ELST, La loi du 27 juin 1960 sur le divorce lorsqu'un des conjoints au moins est étranger, *J.T.*, 1960, 661 ; M. LIENARD-LIGNY, « Le divorce en droit international privé belge », *Annales de droit de Liège*, 1961, p. 105 ; P. FRANCESKAKIS et P. GOTHOT, « Une réglementation inachevée du divorce international », *Rev. crit. d.i.p.*, 1962, 217) et est depuis trente ans régulièrement affirmée en doctrine (V. not. : F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. II, n° 947 ; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, 2^e éd., n° 496). Elle peut enfin se déduire de la définition très extensive donnée par la Cour de cassation du mot « causes » du divorce dans l'article 3 de la loi du 27 juin 1960 (8 octobre 1964, *Pas.*, 1965, I, 125) et du sens *a contrario* très restreint que doit recevoir la notion d'admissibilité dans l'article premier (G. VAN HECKE, La succession dans le temps des règles de conflit, *R.C.J.B.*, 1965, 397, spéc. p. 399).

La jurisprudence s'est toutefois divisée. La Cour d'appel de Bruxelles, notamment, vérifie si la loi nationale du demandeur connaît, non seulement le divorce, mais aussi le divorce pour cause déterminée (24 mars 1982, *Pas.*, 1982, II, 85 ; 1^{er} juin 1983, *Pas.*, 1983, II, 107 ; 26 avril 1988, *J.T.*, 1988, 663). Reprenant la boutade de N. MASSAGE, on peut ici se demander « pourquoi faire simple, alors qu'on peut faire compliqué ? » (Le principe de l'admissibilité du divorce pour cause déterminée entre époux étrangers de même nationalité, *R.G.D.B.*, 1991, 223).

Il faut constater en effet qu'une telle interprétation de l'article 1^{er} de la loi complique considérablement la tâche du juge, contraint d'insérer, dans la catégorie « cause déterminée » du droit interne belge, des réglementations étrangères du divorce qui ne sont pas nécessairement élaborées sur la même distinction. Ainsi, dans l'espèce qui devait donner lieu à son arrêt du 24 mars 1982, la Cour de Bruxelles était confrontée à l'application du droit allemand qui ne connaît plus, comme seule cause de divorce, que la dégradation des relations du couple. Après avoir constaté que toute notion de faute en est exclue, la Cour admet toutefois « qu'au vu de la jurisprudence et de la doctrine allemandes produites par l'appelant, il apparaît bien que les causes de divorce prévues à l'article 1565, alinéa 2 du B.G.B. s'apparentent aux causes déterminées de divorce prévues par les articles 229 et 231 du Code civil belge » ! Il n'est pas exagéré de qualifier cette décision de « surréaliste » (N. MASSAGE, note cit., p. 235). Ayant choisi d'écarter une interprétation quasi unanime de l'article premier, la Cour adopte une position qui la conduit dans l'impasse et l'amène à dénaturer un droit étranger qu'elle veut, envers et contre tous, applicable.

Dans les deux autres décisions citées, la Cour se garde de répéter le même exercice périlleux de comparaison. Elle se contente de déclarer que la loi italienne connaît le principe du divorce pour cause déterminée, sans prétendre que les causes prévues par cette loi (condamnation pénale de l'un des époux ou séparation judiciaire ou consensuelle prolongée des conjoints) sont assimilables ou apparentées à celles du droit belge. Dans son arrêt du 26 avril 1988, elle se borne à constater que « la loi italienne, en connaissant de la dissolution du mariage pour certaines causes, ne s'oppose dès lors pas au mode de dissolution du mariage prévu en droit belge au titre du divorce pour cause déterminée ». Un pourvoi introduit contre cet arrêt pour violation de la loi italienne est rejeté par la Cour de cassation, le 20 avril 1989 (*R.G.D.B.*, 1991, 275). Celle-ci constate notamment que le moyen repose sur une interprétation inexacte de l'arrêt attaqué, qui n'a pas « entendu assimiler les causes de divorce prévues par la loi italienne à celles qu'énumère l'article 231 du Code civil belge ». (Notons que la Cour déclare en outre le moyen irrecevable, en tant qu'il est fondé sur la violation de la foi due aux actes. V. sur ce point, *supra*, n° 4 et N. MASSAGE, note cit., pp. 224 et suiv.). La Cour confirme la recevabilité du divorce querellé en constatant d'une part que le droit italien connaît de la dissolution du mariage et,

d'autre part, que la cause invoquée était fondée sur l'article 231 du Code civil belge, applicable en vertu de l'article 3 de la loi du 27 juin 1960. Elle clôt ainsi définitivement la controverse provoquée par la rédaction maladroite de l'article premier de la loi.

15. — *Divorce par consentement mutuel entre étrangers.*

Exclu du champ d'application de la loi du 27 juin 1960, le divorce par consentement mutuel relève de l'article 3, alinéa 3 du Code civil. Il doit être soumis à la loi nationale commune des époux et, si ceux-ci sont de nationalité différente, à leurs deux lois personnelles cumulées (Cass., 14 décembre 1978, *Bigwood*, cit. n° 13).

L'application de cette règle de conflit suscite deux questions. Il faut d'abord se demander si le droit étranger connaît le divorce par consentement mutuel ou un type de divorce qui puisse y correspondre. Dans l'affirmative, il reste à préciser l'étendue de l'applicabilité de ce droit, c'est-à-dire distinguer ce qui appartient au statut personnel d'autres problèmes, comme celui de la procédure.

On sait que, dans l'arrêt *Bigwood*, la Cour de cassation avait estimé que le droit italien ne connaît pas le divorce par consentement mutuel. La pratique notariale et la jurisprudence se sont longtemps conformées à cette décision (V. not. : civ. Liège, 2 juillet 1984, *R.T.D.F.*, 1985, 56, obs. C. *NYSSENS*).

Cette analyse de la loi italienne peut paraître très rigoureuse. Ainsi que le fait observer l'annotatrice de la décision du tribunal civil de Liège, le droit italien conçoit essentiellement le divorce comme un remède, accordé lorsque la cohabitation des époux n'est plus possible, en raison de causes énumérées limitativement par la loi et parmi lesquelles figure la séparation de corps par consentement mutuel. Madame Nyssens relève également que, pour la jurisprudence italienne, le divorce par consentement mutuel de droit belge est généralement considéré comme suffisamment équivalent au divorce italien, lorsqu'il s'agit, il est vrai, d'admettre l'efficacité en Italie d'un divorce belge.

Il faut ajouter que, depuis une loi du 6 mars 1987, la demande en divorce peut être introduite conjointement par les époux. La différence qui existe entre les institutions belge et italienne ne réside donc plus que dans le degré de l'autonomie des conjoints. Ceux-ci peuvent, en droit italien comme en droit belge, convenir de mettre fin à leur mariage, même si la loi italienne soumet l'exercice de ce droit à des conditions plus strictes.

On peut donc approuver la Cour d'appel de Bruxelles (26 juin 1990, *R.W.*, 1990-1991, 1129) qui trouve, dans cette loi du 6 mars 1987, la raison d'admettre le divorce par consentement mutuel entre époux étrangers de nationalités différentes, anglaise et italienne. Mais encore faut-il, évidem-

ment que les intéressés satisfassent aux conditions de la loi italienne, notamment en ce qui concerne l'existence et la durée d'une séparation.

Une appréciation particulièrement souple de l'équivalence possible des institutions permet à la Cour d'appel d'Anvers de considérer que la répudiation avec indemnité du droit marocain peut correspondre au divorce par consentement mutuel des articles 1287 à 1305 du Code judiciaire belge (30 juin 1982, *R.W.*, 1983-1984, 1986), contrairement à la décision qu'avait prise sur ce point le premier juge. La Cour ne précise pas ceux de ces textes qui sont applicables en l'espèce. Tous ne sont cependant pas des règles de procédure. Certaines règles de fond belge peuvent-elles être appliquées au divorce d'époux marocains et, dans l'affirmative, à quel titre ? (v. A. VAN GYSEL, *Chron. cit.*, p. 740).

La Cour d'appel de Bruxelles permet d'apporter une réponse à cette question dans un arrêt du 22 avril 1988 (*J.T.*, 1988, 664). Elle considère que les conventions préalables au divorce relèvent du statut contractuel et donc, de la loi choisie par les époux, pour autant que ces conventions ne dérogent pas aux règles impératives de la loi qui régit le divorce. La Cour projette ainsi, sur le plan du droit international privé, le principe énoncé par la Cour de cassation à propos d'une espèce interne, principe selon lequel la convention conclue entre époux sur la base de l'article 1288, 4° du Code judiciaire et par laquelle l'un des époux promet à l'autre une pension alimentaire à laquelle il n'est pas légalement tenu est soumise exclusivement aux règles qui gouvernent les contrats (5 juin 1986, *R.W.*, 1986-1987, 1478).

V. LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES

16. — *Compétence des juridictions belges — Convention de Bruxelles — Introduction.*

Des développements très complets sur l'application de la Convention de Bruxelles figurent dans les chroniques de MM. H. BORN et M. FALLON (*Chron. cit.*, spéc. *J.T.*, 1992, Chap. III, section 2 ; V. ég. : K. LENAERTS, *Chron. cit.*, spéc. *R.W.*, 1989-1990, n^{os} 39 et suiv.)

On évoquera seulement ici les cas où le défendeur peut être jugé, sans y avoir consenti, en dehors du pays de son domicile, par le tribunal du « lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée » (art. 5, 1° dans sa version originale) ou par celui du lieu de situation de l'immeuble « en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles » (art. 16, 1°).

17. — *L'article 5, 1° de la Convention.*

La notion d'« obligation » dans l'article 5, 1° et la détermination du lieu de son exécution ont été précisés par la Cour de justice et par les révisions du texte dans les conventions d'adhésion.

On sait, depuis l'arrêt De Bloos (6 octobre 1976, Aff. 14/76, *Rec.*, 1976, 1497) que l'obligation pertinente est « celle qui sert de base à la demande » et que cette formule a été insérée dans l'article 5, 1^o par la Convention de Luxembourg du 9 octobre 1978, entrée en vigueur entre les Etats contractants et le Danemark le 1^{er} novembre 1986, le royaume-Uni le 1^{er} janvier 1987 et l'Irlande le 1^{er} janvier 1988 (La Convention révisée est également en vigueur entre les neuf Etats et la Grèce depuis le 1^{er} avril (1^{er} octobre pour le Royaume-Uni) 1989.

Il est fait exception à ce principe pour tout litige relatif à un contrat liant un travailleur dépendant à son entreprise. Dans ce cas, l'obligation à prendre en considération est celle qui caractérise le contrat (Arrêt Ivenel, 26 mars 1982, Aff. 133/81, *Rec.*, 1982, 1891) et plus particulièrement celle « d'effectuer les activités convenues » si celles-ci s'exercent sur le territoire d'un Etat contractant (Arrêt Six Constructions, 15 février 1989, Aff. 32/88, *Rec.*, 1989, 358). Cette exception a été incorporée au texte par les Conventions de Lugano (16 septembre 1988) et de San Sebastian (26 mai 1989), non encore en vigueur en Belgique. Cette modification de l'article 5 confirme le caractère exclusif de cette exception, déjà clairement affirmé par la Cour de justice dans l'arrêt Shenavai (15 janvier 1987, Aff. 266/85, *Rec.*, 1987, 239). C'est donc à tort que le tribunal de commerce de Liège, dans un jugement du 12 février 1987 (*J.L.M.B.*, 1987, 932, obs. D. PIRE), se réfère, non à l'obligation litigieuse, mais à la prestation caractéristique du défendeur.

On sait que l'arrêt De Bloos avait précisé en outre que « l'obligation qui sert de base à la demande » est l'obligation contractuelle elle-même et non le paiement de l'indemnité compensatoire réclamée en cas d'inexécution. La Cour d'appel de Bruxelles (30 avril 1988, *Ann. dr. Liège*, 1988, 90, obs. G. VAN HECKE) se conforme fidèlement à cet arrêt dans l'application de l'article 5, 1^o à une demande ayant pour objet la réparation du préjudice causé à une association momentanée de droit belge, chargée de la construction du barrage de l'Eau d'Heure, et résultant de la fourniture de vannes défectueuses par une société allemande. Le premier juge avait considéré que l'obligation litigieuse était celle de réparer le dommage causé par l'erreur de fabrication des vannes. La Cour corrige cette erreur et désigne, conformément à l'arrêt De Bloos, « l'obligation originaire du vendeur relative à la conformité de la chose vendue à ce qui a été promis dans le bon de commande ».

L'obligation pertinente n'est pas toujours aisée à déterminer, surtout lorsque le demandeur invoque plusieurs obligations imposées au défendeur par le contrat. Le tribunal de commerce de Liège a cru, dans un jugement du 6 janvier 1986 (*Ann. dr. Liège*, 1986, 275, obs. L.L. CHRISTIANS) rencontrer, sinon cette difficulté, du moins un obstacle analogue. Le litige opposait un vendeur belge de crème amincissante à un acheteur français qui

avait refusé d'accepter une livraison et de payer la facture y afférente. Saisi d'une demande en paiement de cette facture, le tribunal estime que l'obligation souscrite par le défendeur est une obligation « complexe » comportant à la fois celle de prendre livraison de la marchandise (à Cannes) et celle d'en payer le prix (à Liège), ce qui rend impossible l'application de l'article 5, 1°. Il en déduit qu'il faut en revenir dès lors au principe général, celui de la compétence du tribunal du domicile du défendeur énoncé par l'article 2, alinéa 1 et se déclare incompétent. Ainsi que le relève l'annotateur de cette décision, le tribunal n'avait pas à modifier l'objet de la demande - qui était seulement le paiement des marchandises vendues - en y incorporant l'obligation de prendre livraison de ces marchandises. Le problème que l'on peut reprocher au tribunal d'avoir créé à propos d'une espèce qui ne le comportait pas peut néanmoins se poser. Le tribunal considère que les obligations litigieuses, indissociablement liées l'une à l'autre, forment une seule obligation « complexe », à exécuter sur le territoire de deux Etats contractants. Il y voit, non pas la cause d'un conflit de compétences, dont la solution appartiendrait à l'article 21, mais l'impossibilité d'appliquer l'article 5, 1°.

La Cour de justice des Communautés, consciente du problème posé par une demande fondée sur plusieurs obligations nées d'une même convention, indique par un *obiter dictum* dans l'arrêt Shenavai (motif n° 19) que « dans un tel cas, le juge s'orientera, pour déterminer sa compétence, sur le principe selon lequel le secondaire suit le principal ; en d'autres termes, ce sera l'obligation principale entre plusieurs obligations en cause, qui établira sa compétence ». Compétent en vertu de cette obligation principale, le juge statuera donc sur les autres obligations, même si celles-ci, prises isolément, ont un autre lieu d'exécution. En cas d'impossibilité de considérer l'une des obligations litigieuses comme l'obligation principale, le juge saisi sur la base de l'article 5, 1° ne pourrait se prononcer que sur celles des obligations qui ont été ou doivent être exécutées sur le territoire du for (K. LENAERTS, Chron. cit., *R.W.*, 1989-1990, pp. 938 et 939).

Le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande doit être déterminé par la loi applicable à cette obligation en vertu des règles de droit international privé du juge saisi (Arrêt Tessili, 6 octobre 1976, Aff. 12/76, Rec. 1976, 1473). Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt précité du 30 avril 1988, applique l'article 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Ce texte attribuant compétence en l'espèce à la loi allemande, la Cour peut appliquer la loi uniforme du 1^{er} juillet 1964 sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, après avoir constaté que cette loi uniforme est en vigueur en Allemagne (Comp. civ. Bruxelles, 9 mars 1987, *J.T.*, 1988, 280, obs. C. DOUTRELEPONT, qui détermine le lieu d'exécution en fonction de la *lex fori* et non de la *lex contractus*. Cette solution ne peut être adoptée qu'en dehors du droit conventionnel lorsqu'il

s'agit d'appliquer l'article 635, 3° du Code judiciaire. V. Comm. Bruxelles, 31 décembre 1986, *R.D.C.B.*, 1989, 529, obs. N. WATTÉ).

18. — *L'article 16, 1° de la Convention.*

A propos de l'article 16, 1°, on peut regretter, dans cet examen de la jurisprudence, de n'avoir pas à rapporter une décision de la Cour relative à ce que M.G. DROZ a appelé l'effet « réflexe » des compétences exclusives de l'article 16. Cet effet, s'il était reconnu à l'article 16, 1°, permettrait par exemple à une juridiction belge, saisie d'un litige relatif à un immeuble situé au Maroc et intenté contre un citoyen marocain domicilié en Belgique, de se déclarer incompétente, conformément au droit commun, malgré l'article 2 de la Convention.

Une telle solution se justifie par le fondement de la compétence exclusive attribuée, en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, aux tribunaux de l'Etat contractant du lieu de situation de l'immeuble : le lien étroit existant entre le litige et ces juridictions. Celles-ci sont en effet particulièrement aptes à connaître et à mettre en oeuvre les dispositions locales complexes et généralement impératives qui régissent la matière (Arrêt Sanders, 14 décembre 1977, Aff. 73, 77, *Rec.*, 1977, 2383 ; Arrêt Rösler, 15 janvier 1985, Aff. 241/83, *Rec.*, 1985, 99). Il est évident que la difficulté, évitée par l'article 16, 1°, lorsque l'immeuble est situé sur le territoire d'un Etat contractant, se rencontre quel que soit le lieu de cette situation. Elle est d'ailleurs résolue, par le droit commun belge et celui de nombreux Etats, par l'incompétence des tribunaux de ces Etats pour trancher une contestation relative à un immeuble situé à l'étranger (v. not. : Cass., 31 octobre 1968, *Pas.*, 1969, I, 227).

L'effet réflexe des compétences de l'article 16, et notamment du 1° de ce texte, permettrait aux juridictions des Etats contractants, qui seraient compétentes en vertu d'un chef ordinaire de compétence, de se déclarer néanmoins incompétentes si leur droit commun les y autorise (G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Paris, Dalloz, 1972, n°s 164 et suiv.).

Cette proposition est généralement approuvée par la doctrine (V. not. : P. GOTHOT et P. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Jupiter, 1985, n° 142) et à été implicitement adoptée par le Tribunal du travail de Bruxelles (19 juin 1986, *J.T.T.*, 1988, 151). Elle a toutefois été formellement condamnée par les rapports relatifs à la Convention de Lugano (*J.O.C.E.*, 1990, C 189/76, n° 54) et à celle de San Sebastian (*J.O.C.E.*, 1990, C/189/47, n° 25). Ainsi que l'écrivent MM. H. BORN et M. FALLON (Chron. cit., *J.T.*, 1992, n° 59) : « Les auteurs de la Convention de Lugano et de San Sebastian ont-ils pu condamner une théorie qui paraissait avoir acquis ses lettres de noblesse, non seulement pour l'avenir — soit dans les limites du champ temporel de leur application —, mais aussi pour

le passé — soit pour le temps qui demeure à courir avant leur entrée en vigueur — alors que les auteurs de la Convention d'adhésion de 1978 n'ont, quant à eux, pas estimé devoir instruire son procès, et que rien ne la récuise dans le rapport Jenard concernant la Convention de 1968 ?

Le concept « droits réels immobiliers » utilisé par l'article 16, 1° est précisé par la Cour de justice dans l'arrêt Reichert (10 janvier 1990, Aff. 155/88, *Rec.*, 1990, 27) en relation avec le principe de proximité qui, selon la Cour, fonde la compétence exclusive des juridictions du lieu de situation de l'immeuble. Pour la Cour, cette compétence « n'englobe pas l'ensemble des actions qui concernent des droits réels immobiliers, mais seulement celles d'entre elles qui ... tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer aux titulaires de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre ». La Cour exclut cette compétence pour connaître de l'action paulienne d'un créancier en annulation de vente ou de donation d'un immeuble par son débiteur. Cette action est en effet fondée, non sur un droit réel immobilier, mais sur un droit de créance « droit personnel du créancier vis-à-vis de son débiteur et a pour objet de protéger le droit de gage dont peut disposer le premier sur le patrimoine du second » (Cette solution avait été antérieurement consacrée par la Cour d'appel d'Anvers, le 26 mai 1988 (*Tijds. Not.*, 1990, 179), à propos d'une action paulienne en annulation d'un contrat de bail, assorti d'un droit de préemption et relatif à un immeuble situé en France).

Les contestations en « matière de baux d'immeubles » visées par l'article 16, 1° ont été déterminées par la Cour dans plusieurs décisions. Aux termes de l'arrêt Rösler, « Relèvent de la compétence exclusive des tribunaux de l'État où est situé l'immeuble, prévue par l'article 16, § 1, de la convention, tous les litiges concernant les obligations respectives du bailleur et du locataire découlant du contrat de bail, et en particulier ceux qui portent sur l'existence ou l'interprétation de baux, leur durée, la restitution de la possession de l'immeuble au bailleur, la réparation de dégâts causés par le locataire, tels les frais de consommation d'eau, de gaz et d'électricité. En revanche, des litiges qui ne se rapportent qu'indirectement à l'usage de la propriété louée, tels ceux concernant la perte du bénéfice des vacances et les frais de voyage, ne relèvent pas de la compétence exclusive visée par cet article ».

L'arrêt déclare expressément l'article 16, 1° applicable à la location, fût-elle de courte durée, d'une maison de vacances située en Italie, convenue entre citoyens allemands domiciliés en Allemagne (Dans la ligne de cet arrêt, la justice de paix de Barvaux et le Tribunal de marche-en-Famenne se déclarent compétents pour apprécier la responsabilité du locataire néerlandais d'un chalet de week-end situé en Belgique, du fait de l'incendie de cet immeuble (24 décembre 1985 et 26 février 1986, *Ann. dr. Liège*, 1988, 100, obs. H. BORN).

L'article 16, 1° s'applique au litige relatif à l'existence même du contrat de bail (Arrêt Scherrens, 6 juillet 1988, Aff. 158/87, *Rec.*, 1988, 3801) mais pas à la promesse de procurer un logement de vacances faite par un organisateur professionnel de voyages qui n'est pas propriétaire de ce logement (Arrêt Elisabeth Hacker, 26 février 1992).

Cette jurisprudence relative à l'article 16, 1° est exemplaire de la difficulté que peuvent susciter l'interprétation de la convention en fonction des objectifs poursuivis par les textes à interpréter et la détermination de ces objectifs. Peut-on affirmer, en effet, que le juge exclusivement compétent pour trancher les contestations énumérées par l'arrêt Rösler est, dans toutes ces hypothèses, celui qui peut être considéré comme étant « le plus proche de l'objet du litige » ? (V. sur ce point : H. BORN, obs. cit. ; H. BORN et M. FALLON, *Chron. cit.*, *loc. cit.*, n^{os} 60 et 61 ; K. LENAERTS, *Chron. cit.*, *loc. cit.*, p. 940 et les références citées par ces auteurs).

19. — *Loi applicable au contrat — La Convention de Rome.*

La loi du 14 juillet 1987 a approuvé, par son chapitre premier, la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le Protocole et les deux Déclarations communes, faits à Rome le 19 juin 1980. Le chapitre II de cette loi a introduit immédiatement les dispositions de la Convention en droit belge, trois ans exactement avant leur applicabilité en tant que règles conventionnelles.

Les décisions rendues au cours de la période envisagée ont donc perdu une partie de leur intérêt. Mêmes postérieures au 1^{er} janvier 1988, elles concernent des contrats conclus antérieurement, auxquels les règles nouvelles ne sont pas applicables (art. 17).

Cela ne signifie évidemment pas que cette jurisprudence pourrait être totalement abandonnée à l'histoire du droit, sauf en ce qui concerne les « vieux » contrats. Ce serait perdre de vue la longue liste des rapports contractuels exclus du champ d'application matériel de la Convention par son article premier. Ce serait perdre de vue également l'intérêt de certaines solutions dégagées par cette jurisprudence pour l'application des textes nouveaux. Il en est ainsi notamment de la qualité de « lois de police et de sûreté » reconnue à certaines dispositions du droit belge, qualification qui continuera à justifier leur application à des contrats régis par une loi étrangère (art. 7, § 2).

20. — *Loi applicable à la forme du contrat — L'adage « locus regit actum ».*

Dans un arrêt du 24 septembre 1987 (Ann. dr. Liège, 1988, 25, obs. R. VANDER ELST) la Cour de cassation admet le caractère facultatif traditionnellement reconnu à la règle « locus regit actum » à propos d'un caution-

nement signé à Zürich et soumis, quant au fond, à la loi belge. Les cautions invoquaient la nullité de leur engagement, celui-ci n'ayant pas été souscrit par acte authentique, forme exigée par la loi suisse.

Le caractère alternatif ou facultatif de l'adage n'était pas contesté. Seule était en cause la motivation de l'arrêt attaqué (Bruxelles, 11 décembre 1985, *Pas.*, 1986, II, 32) quant à la décision d'appliquer la loi belge.

Il faut rappeler ici les deux interprétations du caractère facultatif de la règle, rattaché ou non à l'autonomie de la volonté. Ou bien la loi compétente est celle que les parties ont choisie, même dans le cas où cette option rendrait l'acte nul. Ou bien l'acte est valable en la forme s'il l'est selon l'une des lois potentiellement applicables, indépendamment de tout choix des parties ou même éventuellement malgré un choix contraire. Cette dernière interprétation est celle que consacre l'article 9 de la Convention de Rome.

L'arrêt attaqué offrait un curieux mélange de ces deux conceptions, en faisant toutefois prévaloir la position autonomiste. La Cour déclarait en effet « qu'à défaut de choix exprès par les parties, il appartient au juge d'indiquer quelle loi régit la forme du contrat ; qu'il convient de faire prévaloir une interprétation facultative de la règle *locus regit actum* et donc d'admettre en l'espèce que la loi qui régit le fond de l'acte régit également la forme, solution qui permet de sauvegarder l'efficacité de l'engagement de ceux qui ont voulu s'obliger ». Elle constatait ensuite que « les indices relevés à propos de la loi applicable au fond subsistent en ce qui concerne le choix de la loi applicable à la forme, de sorte que l'application alternative de la règle « *locus regit actum* » a l'avantage de se confondre avec la loi d'autonomie ».

Les cautions, demandeurs en cassation, avaient nettement choisi l'interprétation subjective du caractère alternatif de l'adage, telle que l'avait consacrée la Cour de cassation française dans l'arrêt Pierrucci (10 décembre 1974, *Rev. Crit. d.i.p.*, 1975, 474) : la loi compétente est celle du lieu où l'acte a été passé « sauf la faculté reconnue aux parties de choisir une autre loi ». Le pourvoi reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir justifié le choix que les cautions auraient fait, selon elle, de la loi belge et d'avoir ainsi violé notamment l'article 1134 du Code civil.

Il a suffi à la Cour de cassation de constater que l'arrêt avait soumis la forme de l'acte litigieux à la loi belge « en raison de la volonté des parties » pour rejeter cette branche du moyen. Elle n'a pas eu à se prononcer sur le sens à donner au caractère alternatif de la règle « *locus regit actum* » et n'a dès lors, ni consacré, ni repoussé l'interprétation subjective.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Mons (20 novembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 772), confrontée à ce problème à propos d'un contrat conclu avant le 1^{er} janvier 1988, décide, comme l'arrêt Pierrucci « Que, rattachée en principe à la loi du lieu où l'acte est conclu, la forme d'un contrat peut cependant être soumise, de par la volonté des parties, à une autre loi,

telle la loi régissant le fond ; que la règle de conflit alternative en matière de forme de contrat est donc subordonnée à la loi d'autonomie ».

On peut regretter que la Cour ne se soit pas plutôt ralliée à la solution adoptée par l'article 9 de la Convention de Rome et généralement recommandée par la doctrine pour les contrats conclus avant son entrée en vigueur (v. not. : F. RIGAUD, *Droit international privé*, t. II, n° 863 ; R. VANDER ELST, obs. cit., p. 32). Aucune des deux solutions n'ayant été « imposée » par la Cour de cassation, pourquoi nos juridictions donneraient-elles un sens différent à l'adage « locus regit actum » selon que le litige concerne un contrat conclu avant ou après le 1^{er} janvier 1988 ?

21. — *La détermination de la lex contractus.*

Depuis l'arrêt Debecker (27 novembre 1974, *Rev. Crit. d.i.p.*, 1976, 660, obs. P. GOTHOT), la loi applicable au contrat est celle que les parties ont choisie expressément ou implicitement ou qu'elles sont présumées avoir choisie, compte tenu des indices relevés par le juge dans les éléments de la cause (V. not. : Cass., 24 septembre 1987 et Mons, 20 novembre 1991, cit. n° 20).

Cette méthode « subjectiviste », dont l'ambiguïté est évidente (V. P. GOTHOT, obs. cit. ; B. HANOTIAU et M. FALLON, *Chron. cit.*, n°s 5 et 6 et les réf. cit.) est souvent écartée par les juridictions de fond, au profit de la localisation « objective » du contrat. Dans cette optique, les indices relevés par le juge attestent que la relation contractuelle se rattache plus étroitement à l'un des ordres juridiques concernés et doit dès lors lui être soumise. Ainsi, la Cour du travail de Liège, dans un arrêt du 16 avril 1986 (*Rev. dr. soc.*, 1987, 216), constate l'impossibilité de déceler avec certitude, dans l'espèce qui lui est soumise, une volonté, même tacite, des parties de soumettre leurs relations contractuelles à la loi belge ou à la loi allemande et qu'il importe dès lors de localiser objectivement le contrat en fonction des liens qui le rattachent de manière prépondérante à l'une de ces lois.

Pour les contrats conclus après le 1^{er} janvier 1988, la méthode subjectiviste ne peut plus être utilisée et la localisation objective ne peut plus être fixée de la même manière. A défaut de loi choisie indubitablement par les contractants, le juge doit appliquer la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (art. 4, § 1^{er}). Pour opérer cette localisation, il doit présumer que ces liens existent en principe avec le pays de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique (§ 2 — s'il ne s'agit pas d'un contrat pour lequel la Convention édicte une autre présomption). Il peut toutefois écarter la compétence de cette loi s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays (§ 5).

Ainsi que le font observer M.M. G. VAN HECKE et F. RIGAUD (*Chron. cit.*, n° 73), « la méthode du groupement des indices se trouve en quelque

sorte reléguée au second plan, en ce sens qu'elle n'intervient que pour fonder un rattachement plus étroit que celui de la résidence habituelle de celui qui doit effectuer la prestation caractéristique ». Cette méthode est utilisée par le tribunal de Marche-en-Famenne (26 février 1986, cit. n° 18) à propos du bail d'un chalet de vacances, situé en Belgique, conclu aux Pays-Bas entre citoyens néerlandais domiciliés dans ce pays et payable en florins aux Pays-Bas. Avec l'accord des parties, le tribunal applique la Convention, avant même l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1987. Il écarte la présomption selon laquelle ce type de contrat présente les liens les plus étroits avec le pays du lieu de situation de l'immeuble (art. 4, § 3) et désigne la loi néerlandaise, en raison des liens plus étroits, attestés par le groupement des indices du contrat, avec les Pays-Bas.

22. — *Lex contractus et cautionnement.*

Le tribunal de commerce de Liège (6 février 1986 et 23 avril 1986, *Ann. dr. Liège*, 1987, 53, obs. P. GRAULICH et I. MOREAU-MARGRÈVE) et le tribunal de commerce d'Anvers (16 mai 1986, *R.W.*, 1986-1987, 957, obs. J. ERAUW) s'inspirent de l'article 3 de la Convention de Rome, non encore en vigueur pour déterminer si les parties à un contrat de cautionnement ont choisi une loi pour le régir. A défaut de choix exprimé conformément à ce texte, les trois jugements soumettent le contrat à la loi qui régit l'obligation cautionnée, en raison des liens qui unissent l'obligation accessoire à l'obligation principale.

La méthode adoptée est donc la localisation objective du contrat mais elle ne correspond pas à celle que prescrit la Convention. Celle-ci, en effet, commande l'application de la loi du pays de la résidence habituelle de la caution au jour de la conclusion du contrat (art. 4, § 2). Si elle admet la possibilité d'écarter cette loi en raison de l'existence des liens plus étroits du contrat avec un autre pays, il est douteux que cette exception puisse justifier la compétence de la loi applicable à l'obligation cautionnée. Les liens incontestables qui existent entre les deux contrats n'ont pas été retenus pour déterminer la loi applicable au cautionnement, par une disposition spéciale de la Convention. C'est donc « avec le pays » dont la loi régit le contrat principal que le contrat accessoire devrait présenter des liens plus étroits que la résidence habituelle de la caution (art. 4, § 5). Affirmer ces liens *a priori* reviendrait à priver le cautionnement d'une autonomie que la convention n'a pas voulu lui ôter (Comp. : K. LENAERTS, *Chron. cit.*, *R.W.*, 1989-1990, n° 48).

Dans un arrêt du 11 décembre 1985, la Cour d'appel de Bruxelles s'était prononcée également sur la loi applicable au cautionnement. En l'espèce, celui-ci avait été souscrit à Zürich par des cautions suisses domiciliés en Suisse, en garantie des engagements d'une société de droit belge envers la S.N.C.I.. Les parties n'ayant pas expressément désigné la loi à laquelle elles

entendaient soumettre leur contrat, la Cour estime que leur volonté présumée désigne la loi applicable à l'obligation principale et ajoute que cette présomption est confortée par une série d'indices de rattachement à la loi belge (références faites à la loi belge, monnaie de compte libellée en francs belges, compétence reconnue aux tribunaux belges). Elle ne nie donc pas l'autonomie du cautionnement puisque c'est en se fondant sur la volonté des parties et non sur le caractère accessoire de l'acte qu'elle le soumet à la loi applicable à l'obligation principale. La Cour de cassation (24 septembre 1987, cit. n° 20) relève d'ailleurs cet élément pour rejeter le moyen du pourvoi fondé sur le caractère autonome du cautionnement litigieux, auquel les cautions voulaient appliquer anticipativement la Convention de Rome, contrairement à l'arrêt Debecker (*supra*, n° 21).

23. — *Lex contractus étrangère et lois belges internationalement impératives.*

C'est dans la matière du contrat de travail surtout que la jurisprudence attribue à certaines règles impératives du droit interne le caractère de lois de police et de sûreté au sens de l'article 3, alinéa 1 du Code civil. Elle en fait ainsi des lois internationalement impératives, généralement appelées, en doctrine, lois d'application immédiate. Ces dispositions s'appliquent au contrat international comme au contrat purement interne, quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit pour régir le premier.

La Cour de cassation avait, avant la période envisagée (le 25 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 1308) reconnu ce caractère de loi de police et de sûreté à l'article 15 des lois coordonnées sur le contrat d'emploi (art. 82 de la loi du 3 juillet 1978) en ce qui concerne la fixation des délais de préavis imposés à l'employeur par ce texte. Dans un arrêt du 3 juin 1985 (*J.T.T.*, 1985, 309) elle étend cette analyse à l'ensemble du texte, c'est-à-dire également au pouvoir du juge de fixer la durée du préavis donné à un employé dont la rémunération dépasse 250.000 frs, à défaut de convention conclue sur ce point entre les parties au plus tôt au moment où ce préavis est donné (V. ég. : Cass., 9 juin 1986, *J.T.T.*, 1986, 505 et 9 février 1987, *J.T.T.*, 1987, 266). Dans un arrêt du 4 décembre 1989 (*R.W.*, 1989-1990, 988), la Cour estime, à propos d'une contestation relative au paiement du pécule de vacances, que les lois qui protègent la rémunération sont des lois de police. Le même caractère est donné par les juridictions de fond à toutes les règles impératives de protection du travailleur (V. sur ce point, C. VAN HECKE et F. RIGAUX, *Chron. cit.*, n° 77 ; B. HANOTIAU et M. FALLON, *Chron. cit.*, nos 77 et suiv. ; C. VERBAKEN, « Le contrat international de travail », *J.T.*, 1990, 353 et les réf. cit. par ces auteurs).

Cette qualification une fois donnée, il reste à déterminer le critère d'application de la règle concernée. Selon l'article 3, alinéa 1 du Code civil, « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

Mais ce critère ne doit pas être pris à la lettre. Il s'agit d'un critère territorial, à préciser en fonction de l'objectif que veut atteindre chacune des règles et qu'il s'agit de sauvegarder (V. P. FRANCESKAKIS, Précisions sur les lois d'application immédiate, *Rec. crit. d.i.p.*, 1966, 1 et suiv., spéc. p. 14).

En matière de relation de travail dépendant, ce critère doit préserver l'efficacité de la protection accordée au travailleur par les lois considérées comme appartenant au présupposé de l'article 3, alinéa 1 du Code civil. Si les employeurs pouvaient occuper des travailleurs en Belgique sans se soumettre à ces lois, lorsqu'un élément d'extranéité permet de rendre une loi étrangère applicable au contrat, le but social poursuivi par le législateur serait aisément détourné.

C'est donc l'exécution du travail en Belgique qui doit entraîner l'application de ces lois aux contrats soumis à une loi étrangère (V. not. : Cass., 4 décembre 1989), même si le travail n'est exécuté que partiellement sur le territoire (V. not. : Cour trav. Bruxelles, 29 novembre 1983, *J.T.T.*, 1985, 192 ; T.T. Bruxelles, 17 juin 1986, *Jur. jurid. trav.* Bruxelles, 1986, 275. Comp. : R. PRIoux, obs. sous cette dernière décision, *Chron. cit.*, p. 1062).

Il reste à se demander quelles sont les lois internes « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique sociale ou économique du pays » (P. FRANCESKAKIS, *Dalloz, Rép. dr. internat*, V° conflits de lois, n° 137) et auxquelles il s'impose dès lors de donner un champ d'application particulier. L'article 4 de la loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive, qui déclare cette loi applicable à toute concession « produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge » et l'article 91 de la loi maritime, relatif aux droits et obligations du tiers porteur d'un connaissement et déclaré applicable à tous les transports fait à partir ou vers un port belge, sont des exemples rares de réponse donnée par le législateur à cette question.

C'est donc au juge qu'il appartient, le plus souvent, de découvrir, dans les objectifs d'un texte interne et leur importance, s'il échet de donner ou non à ce texte la qualité de « loi de police et de sûreté ». On ne peut que prendre acte de la décision même si on peut s'étonner de voir refuser aux lois protectrices de la sécurité économique de la famille (Cass., 25 mai 1992, cit. n° 7) l'impérativité reconnue aux lois protectrices de la rémunération du travailleur (Cass., 4 décembre 1989, cit. *supra*).