



UCL
Université
catholique
de Louvain

CAHIERS
DU  **CeDIE** WORKING
PAPERS

N° 2012/02

**L'IMPACT DE LA POLYGAMIE ET DE LA RÉPUDIATION
SUR LES DROITS SOCIAUX. APERÇU DE LA JURISPRUDENCE
DES JURIDICTIONS DU TRAVAIL**

Caroline Henricot*

Mis en ligne/uploaded : 20 février 2012.

* Assistante à l'Université catholique de Louvain (CeDIE). L'auteur remercie vivement le professeur Marc Fallon et Jean-François Neven pour leur disponibilité et leur relecture attentive. Toute remarque peut lui être adressée à l'adresse suivante : caroline.henricot@uclouvain.be.
Les résultats de cette étude ont été présentés lors d'un séminaire interne le 2 décembre 2011, rassemblant des chercheurs, des magistrats, des avocats ainsi que des fonctionnaires de l'Office national des pensions. Cette contribution fera l'objet d'une publication dans les *Chroniques de droit social*.

Le présent texte peut être uniquement utilisé à des fins de recherche individuelle. Toute reproduction ou diffusion, que ce soit en version papier ou électronique, est soumise au consentement de l'(des) auteur(s). L'auteur est libre d'en publier le contenu ailleurs mais assume alors l'entière responsabilité du respect de ses obligations vis-à-vis de tout éditeur tiers.

This text may be used for personal research purposes only. Any reproduction or diffusion for other purposes, whether in hard copy or electronic format, requires the consent of the author(s). The author is free to publish the text elsewhere but then assumes full responsibility for complying with the obligations imposed by any third party.

Les Cahiers du CeDIE doivent être cités comme suit : Auteur, Titre, Cahiers du CeDIE année/numéro, www.uclouvain.be/cedie, suivi de la date à laquelle il a été consulté.

The CeDIE Working Papers should be cited as follows: Author, Title, CeDIE Working Paper year/number, www.uclouvain.be/cedie, followed by the date it was consulted.

ISSN 2034-6301

© Caroline Henricot

Published in Belgium by:
Université catholique de Louvain
CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen
Collège Thomas More
Place Montesquieu, 2
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique / Belgium

www.uclouvain.be/cedie

Contact : cedie@uclouvain.be

RÉSUMÉ – ABSTRACT

(FR) La présente contribution étudie l'impact de la répudiation et de la polygamie sur les droits sociaux des travailleurs et des membres de leurs familles. Ces questions sont en partie traitées par des conventions bilatérales conclues entre la Belgique et les pays du Maghreb relatives à l'emploi en Belgique de travailleurs étrangers.

(EN) The present paper aims to assess the impact of repudiation and polygamy on social rights of workers and their family members. Those questions are partly covered by bilateral agreements ratified by Belgium and Maghreb countries concerning foreign workers employment in Belgium.

MOTS-CLÉ – KEYWORDS

Droit international privé – polygamie – répudiation – Droit social – conventions bilatérales relatives à l'emploi en Belgique de travailleurs étrangers - pensions de survie - pensions de retraite.

Private international law – polygamy – repudiation – Labor law – bilateral agreements concerning foreign workers employment in Belgium - reversion pension - retirement pension.

TABLE DES MATIÈRES – TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	5
I. L'IMPACT DE LA POLYGAMIE SUR LES DROITS SOCIAUX	6
A. LES EFFETS DE LA POLYGAMIE SUR L'OCTROI DE PENSIONS DE SURVIE	7
§ 1. <i>L'éviction de l'article 24, § 2 des conventions bilatérales sous l'influence du critère de proximité...</i>	9
§ 2. <i>Le maintien de l'article 24, § 2, des conventions bilatérales</i>	12
B. LES EFFETS DE LA POLYGAMIE SUR LES PENSIONS DE RETRAITE	14
§ 1. <i>Le taux de la pension de retraite</i>	15
§ 2. <i>Les droits dérivés de la seconde épouse du bénéficiaire d'une pension de retraite</i>	16
C. À LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION EQUITABLE ?	19
II. L'IMPACT DE LA RÉPUDIATION SUR LES DROITS SOCIAUX	20
A. LES REGLES APPLICABLES A LA RECONNAISSANCE DES REPUDIATIONS	21
B. LES EFFETS DE LA REPUDIATION SUR LES PENSIONS DE SURVIE	23
C. LES EFFETS DE LA REPUDIATION SUR LES PENSIONS DE RETRAITE	24
§ 1. <i>Les cas de non-reconnaissance des répudiations</i>	25
§ 2. <i>Les cas de reconnaissance des répudiations</i>	27
CONCLUSION	30

*

INTRODUCTION

1. Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, un impérieux besoin de main-d'œuvre étrangère s'est fait ressentir au sein des entreprises belges. L'immigration économique a eu pour objectif de combler cette pénurie de main-d'œuvre par l'afflux d'ouvriers étrangers, disposés à travailler en particulier dans les secteurs minier et métallurgique. Dans les années soixante, des dispositions furent adoptées pour permettre aux ouvriers étrangers de se faire rejoindre par les membres de leur famille¹. Par la suite, des conventions bilatérales furent ratifiées afin d'organiser les droits sociaux des travailleurs et de leurs familles². Il ressort des travaux préparatoires que l'objectif des conventions était de lever les entraves à l'occupation de travailleurs de nationalité étrangère en Belgique et de déterminer des règles pour l'octroi de prestations de sécurité sociale aux travailleurs étrangers dont l'occupation a permis la perception de cotisations de sécurité sociale en Belgique³. La spécificité du statut personnel des travailleurs en provenance du Maghreb a dû être prise en compte dans ces conventions. La possibilité pour le travailleur d'origine maghrébine de conclure une union polygamique et/ou de répudier son épouse a conduit le législateur à devoir adapter les textes et le magistrat à en examiner les effets dans l'ordre juridique belge.

2. Les conventions conclues avec les pays du Maghreb contiennent une disposition spéciale relative à la pension de survie. La particularité de ces dispositions est d'avoir prévu le partage de la pension de survie dans l'hypothèse où l'assuré avait plusieurs épouses. Toutefois, ces articles restent muets sur la nationalité des épouses concernées, ce qui a conduit la jurisprudence à interpréter ces dispositions et à les écarter dans certaines circonstances. La première partie de cette chronique de jurisprudence se penchera sur l'impact de la polygamie sur les droits sociaux⁴. Cet impact peut se manifester sur la pension de survie à laquelle peu(ven)t prétendre l(es) veuve(s) mais également sur le taux de la pension de retraite à allouer au travailleur ainsi que sur l'octroi d'une pension de retraite à la seconde épouse du travailleur lorsque la première en bénéficie déjà (I).

3. La seconde difficulté à laquelle sont confrontées les juridictions du travail est le traitement à réserver aux répudiations. La (non-) reconnaissance des répudiations effectuées à l'égard de la première épouse peut avoir un impact en matière de pensions de survie et de pensions de

¹ Voy. loi du 13 décembre 1976 portant approbation des accords bilatéraux relatifs à l'emploi en Belgique de travailleurs étrangers, *M.B.*, 17 juin 1977 ; Convention du 17 février 1964 entre la Belgique et le Maroc relative à l'occupation des travailleurs marocains en Belgique, art. 13 ; Accord du 15 juillet 1964 entre la Belgique et la Turquie relatif à l'occupation de travailleurs turcs en Belgique, art. 11 ; Convention entre la Belgique et la Tunisie du 7 août 1969 relative à l'emploi et au séjour en Belgique des travailleurs tunisiens, art. 13 ; Convention du 8 janvier 1970 entre le Royaume de Belgique et la République algérienne démocratique et populaire relative à l'emploi et au séjour en Belgique des travailleurs algériens et de leurs familles, art. 14 ; Accord entre le Royaume de Belgique et la République socialiste fédérative de Yougoslavie du 23 juillet 1970 relatif à l'emploi et au séjour en Belgique des travailleurs yougoslaves, art. 14.

² Loi du 20 juillet 1970 portant approbation de la Convention générale entre la Belgique et le Maroc sur la sécurité sociale, *M.B.*, 25 juin 1971 ; Loi du 3 juillet 1969 portant approbation de la Convention générale entre la Belgique et l'Algérie sur la sécurité sociale, *M.B.*, 25 octobre 1969 ; Loi du 4 août 1976 portant approbation de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et la République tunisienne, *M.B.*, 23 octobre 1976.

³ *Doc. parl.*, Chambre, 1968-1969, n° 480-1, p. 1 et *Doc. parl.*, Sénat, 1969-1970, n° 364, p. 1.

⁴ Pour l'impact de la polygamie en matière de sécurité sociale, voy. E. ALOFS et D. CUYPERS, « De doorwerking van polygamie in de Belgische rechtsorde, in het bijzonder in de Belgische sociale zekerheid : een status quaestionis na de arresten van het grondwettelijk hof van 4 mei 2005 en 4 juni 2009 », *R.D.S.*, 2009, liv. 4, pp. 532-567.

retraite (II). Il s'agira de s'interroger sur les intérêts des différentes parties en présence afin de comprendre les enjeux pécuniaires qui se cachent derrière des problématiques, nées de la rencontre entre le droit international privé et le droit social.

I. L'IMPACT DE LA POLYGAMIE SUR LES DROITS SOCIAUX

4. Certains pays du Maghreb autorisent la polygamie. Tel est le cas du Maroc⁵ et de l'Algérie qui, traditionnellement, autorisent la conclusion de mariages polygames, contrairement à la Tunisie qui prohibe cette institution depuis 1956⁶. Ces dernières années, les droits marocain et algérien ont toutefois évolué. Ainsi, sous l'impulsion du roi Mohammed VI, le droit marocain s'est modernisé. Depuis cette réforme amorcée en 2004, les articles 40 et 41 du Code de la famille marocain limitent les possibilités de conclure une union polygame⁷. En théorie, la conclusion d'unions polygamiques devrait être exceptionnelle et n'être autorisée qu'à condition d'avancer une « justification objective », de démontrer « son caractère exceptionnel » et de prouver que l'époux dispose de « ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins de deux foyers et leur assurer équitablement l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie »⁸. En Algérie, à la suite de l'intervention du président Bouteflika, une réforme du Code de la famille a été adoptée en 2005, limitant également les hypothèses d'unions polygames. Désormais, la polygamie est subordonnée à l'autorisation du juge qui doit s'assurer que toutes les conditions légales, matérielles et morales sont réunies pour pouvoir l'autoriser. L'épouse ou les épouses précédentes ainsi que la future épouse doivent être informées de l'intention du mari⁹.

5. Devant les juridictions belges, les contentieux liés à la polygamie sont principalement nés d'unions célébrées sous le régime en vigueur avant les réformes adoptées par le Maroc et l'Algérie. Les restrictions apportées à la polygamie par ces deux États pourraient laisser présager une diminution des problématiques liées à ce type d'unions. Il semble toutefois précoce de tirer de telles conclusions dès lors que certaines études pourraient illustrer la difficulté de faire

⁵ Voy. les anciens articles 30 et 31 du Code du statut personnel et des successions marocain :
« Article 30 : La première épouse doit être avisée de l'intention de son époux de lui joindre une autre épouse. De même, cette dernière doit être avisée que son futur époux est déjà marié. La femme a le droit de demander à son futur mari de s'engager à ne pas lui joindre une coépouse et à lui reconnaître le droit de dissolution du mariage au cas où cet engagement serait violé. Si la femme ne s'est pas réservé le droit d'option et que son mari contracte un nouveau mariage, elle peut saisir le juge pour apprécier le préjudice qui lui est causé par la nouvelle union. Dans tous les cas, si une injustice est à craindre envers les épouses, le juge refusera l'autorisation de polygamie ».
« Article 31 : La femme a le droit de demander que son mari s'engage, dans l'acte de mariage à ne pas lui adjoindre une coépouse et à lui reconnaître le droit de demander la dissolution du mariage au cas où cet engagement serait violé ».

⁶ Voy. article 18 du Code du statut personnel tunisien : « La polygamie est interdite. Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende ou de l'une de ces deux peines seulement, même si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi ».

⁷ Article 40 du nouveau Code de la famille marocain : « La polygamie est interdite lorsqu'une injustice est à craindre envers les épouses. Elle est également interdite lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse ».

⁸ Article 41 du Code de la famille marocain.

⁹ Article 8 du Code algérien de la famille : « Il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la «chari'â» si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies. L'époux doit en informer sa précédente épouse et la future épouse et présenter une demande d'autorisation de mariage au président du tribunal du lieu du domicile conjugal. Le président du tribunal peut autoriser le nouveau mariage, s'il constate leur consentement et que l'époux a prouvé le motif justifié et son aptitude à offrir l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugale ».

évoluer les mentalités, parfois rétives à la modernité¹⁰. Les questions soumises aux juridictions du travail surgissent à l'occasion de litiges portant sur les pensions de survie (A) et sur les pensions de retraite (B). Face aux difficultés engendrées par les diversités culturelles, la jurisprudence tente de dégager des solutions équitables (C).

A. LES EFFETS DE LA POLYGAMIE SUR L'OCTROI DE PENSIONS DE SURVIE

6. La pension de survie est octroyée « au conjoint marié d'un travailleur décédé, qui bénéficiait d'une pension de retraite ou qui aurait dû en bénéficier en raison de l'exercice d'une activité professionnelle antérieure »¹¹. Il s'agit d'un droit dérivé, que l'épouse(x) acquiert au décès de son conjoint. Si l'épouse(x) survivante se remarie, elle (il) perd sa pension de survie. Dans un État où la monogamie est le principe, la pension de survie est allouée à l'unique épouse survivante en cas de décès de son conjoint. Des difficultés peuvent toutefois surgir lorsque l'époux décédé avait deux épouses, conformément à son statut personnel. Les conventions bilatérales conclues par la Belgique avec le Maroc et l'Algérie ont dû intégrer les spécificités du statut personnel du travailleur étranger. Ainsi, l'article 24 de la Convention belgo-marocaine du 24 juin 1968 dispose que : « la pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré » tandis que l'article 24 de la Convention belgo-algérienne du 27 février 1968 établit que : « si, conformément à son statut civil, l'assuré avait plusieurs épouses, les avantages sont repartis définitivement entre les intéressées de la manière suivante : l'institution compétente détermine pour ordre le montant des prestations auxquelles chacune des intéressées aurait droit si elle était épouse unique et divise ce montant par le nombre des épouses au moment du décès de l'assuré ».

7. Ces dispositions sont une application de la notion d'*ordre public atténué* qui permet de reconnaître certains effets – ici, le droit à une pension – à une situation juridique née à l'étranger – en l'espèce la polygamie née à l'étranger – alors cependant que la naissance de ce droit en Belgique – conclusion d'une union polygame sur le territoire belge – n'aurait pas été tolérée¹². Cette notion est directement liée à l'exception d'ordre public, consacrée à l'article 21 du Code de droit international privé (ci-après « Codip »). L'article 21 du Codip permet d'écarter une disposition d'un droit étranger « dans la mesure où elle produirait un effet manifestement

¹⁰ Voy. notamment : C. HENRICOT, « La réception du droit marocain dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation » avec S. SAROLÉA, « Droit international privé et droit de la famille » in *Actualités de droit international privé*, Centre des Facultés universitaires catholiques pour le recyclage en droit, Anthémis, 2009, p. 189.

¹¹ E. DERMINE et Fl. REUSENS, « Les effets en droit social à la dissolution du statut du couple par décès », in *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droits belge et français. Volume 1 – Les statuts légaux des couples*, sous dir. J.-L. RENÇON et J. HAUSER, Bruxelles, Larcier, 2012 (à paraître) ; Voy. Arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés, articles 16 à 20, *M.B.*, 27 octobre 1967.

¹² Cette notion a fait son apparition devant les juridictions belges dès 1970 à l'occasion de l'allocation de dommages et intérêts aux deux épouses dont le conjoint était décédé lors d'un accident de voiture. Voy. Liège, 23 avril 1970, *Rev. crit. jur. belge*, 1971, note G. VAN HECKE, p. 5. Selon la Cour d'appel de Liège, le principe de l'ordre public international peut conduire à la « reconnaissance des effets d'une situation juridique née à l'étranger, alors cependant qu'il n'aura pas toléré la naissance de ce droit en Belgique, par exemple en matière de mariage polygamique ou de filiation illégitime ; que 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 ».

incompatible avec l'ordre public ». Cet article intervient notamment lorsqu'il s'agit d'examiner la reconnaissance en Belgique d'un mariage célébré à l'étranger.

8. Ainsi, afin de vérifier la validité d'un mariage célébré au Maroc entre deux ressortissants marocains, l'article 27 du Codip, consacré à la reconnaissance des actes authentiques étrangers, impose de vérifier « si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21 ». L'article 27 du Codip exige de faire un détour par le droit applicable aux conditions de fond et de forme du mariage pour en examiner la validité, avant de le soumettre aux tests de la fraude à la loi (article 18) et de l'ordre public (article 21). En matière de mariage, la validité des conditions de fond est soumise au droit de l'État dont chaque époux a la nationalité au moment de la célébration (article 46 du Codip) tandis que la validité des conditions de forme est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel le mariage a été célébré (article 47 du Codip).

9. Après avoir vérifié si le mariage a valablement été célébré au regard du droit applicable aux conditions de fond et de forme, il s'agit d'examiner si les dispositions étrangères désignées par les articles 46 et 47 du Codip ne sont pas contraires à l'exception d'ordre public, consacrée à l'article 21 du Codip. Afin de détecter une éventuelle incompatibilité des dispositions du droit étranger avec l'ordre public, deux critères entrent en jeu : « l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge » et « la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger » (article 21, alinéa 2 du Codip). Le premier de ces deux critères fait référence à la notion d'*ordre public de proximité* : plus une situation présente des liens étroits avec la Belgique, plus il sera justifié d'invoquer l'exception d'ordre public pour neutraliser tout effet découlant de la situation juridique née à l'étranger. Le second critère se rattache quant à lui à la notion d'*ordre public atténué* : si la gravité de l'effet produit par le droit étranger n'est pas établie ou est atténuée, il sera admis d'en reconnaître certains effets. Ce principe a conduit à distinguer les effets admissibles, des effets non admissibles pouvant découler d'une union polygamique¹³. L'hypothèse dans laquelle l'effet d'un mariage polygame valablement contracté à l'étranger conduit à partager une pension de survie entre deux veuves, a été considérée comme ne produisant pas un effet grave dans l'ordre juridique belge. L'effet réclamé est d'ordre pécuniaire, ce qui justifie son admissibilité. Ainsi, l'article 24, § 2, des conventions précitées est une application de l'*effet atténué* de l'ordre public (critère de *gravité*) puisqu'il permet de reconnaître des effets sociaux à une union polygamique valablement contractée à l'étranger.

10. Comme il vient d'être expliqué, l'article 21 du Codip contient deux critères permettant d'évaluer la compatibilité des effets produits par le droit étranger sur l'ordre public. Qu'il ait été fait application de l'*effet atténué* de l'ordre public (découlant du critère de *gravité*) dans les conventions bilatérales pour admettre le partage d'une pension de survie entre deux veuves n'empêche pas les juridictions de fond de mettre en balance les dispositions précitées avec le critère de *proximité*. L'étude de la jurisprudence démontre l'invocation de ce critère afin d'écarter l'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine dans certaines circonstances (§ 1).

¹³ Voy. Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Larcier, 2005, 3^e éd., n° 7.52, p. 322 : « Ainsi, à propos de la polygamie, on peut distinguer les effets admissibles, tels le droit aux aliments, à des dommages et intérêts en cas de décès accidentel du conjoint, la vocation successorale ou la légitimité des enfants issus de l'union polygamique, d'effets auxquels l'exception d'ordre public ferait obstacle : on ne saurait admettre, par exemple, que le mari polygame contraigne ses épouses ou l'une d'elles à la vie commune dans des conditions qui seraient incompatibles avec la conception occidentale de la dignité de la femme ».

Après s'être penché sur l'évolution du critère de proximité sous l'influence de la jurisprudence des juridictions du travail, il s'agira ensuite de relever les hypothèses dans lesquelles l'article 24, § 2, continue d'être appliqué (§ 2).

§ 1. L'ÉVICTION DE L'ARTICLE 24, § 2 DES CONVENTIONS BILATÉRALES SOUS L'INFLUENCE DU CRITÈRE DE PROXIMITÉ

11. Les questions liées à l'article 24, § 2, des conventions précitées ont surgi en raison de l'absence d'indication sur la nationalité des épouses concernées. Face à cette lacune, les juridictions se sont interrogées sur l'application de ces dispositions en présence d'une première épouse de nationalité belge ou ressortissante d'un pays n'admettant pas l'institution de la polygamie. La Cour de cassation a tranché la question lors d'un arrêt du 3 décembre 2007 en énonçant que : « l'ordre public international belge s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger lorsque l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie »¹⁴. Autrement dit, dès lors que la première épouse est belge ou ressortissante d'un pays dont la loi n'admet pas la polygamie, la seconde épouse d'origine étrangère est privée de toute pension de survie. Dans ce cas d'espèce, la Cour a fait primer le principe de *proximité*, décliné en termes de nationalité, sur le principe de l'*effet atténué* de l'ordre public, découlant du critère de *gravité*, qui aurait pu conduire à partager la pension de survie entre les deux épouses, sans avoir égard à la nationalité de la première femme. Comme le professeur Carlier le souligne, cet arrêt montre que « souvent, l'utilisation de l'ordre public n'est pas tant une exception qu'un retour au principe de proximité »¹⁵.

12. Les enseignements de cet arrêt furent largement suivis par les juridictions du travail. Ainsi, dans deux arrêts du 27 mai 2010, la Cour du travail de Bruxelles a estimé que « l'effet en Belgique d'un second mariage polygamique ne peut pas être imposé à une première épouse belge lorsque cet effet l'affecte directement et heurte l'interdiction de polygamie auquel le premier mariage était soumis », raison pour laquelle la Cour a jugé que « dans les circonstances de la cause, l'application de l'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine qui requiert de reconnaître en Belgique l'existence du mariage polygamique de E., l'assuré visé par cette disposition, doit être écarté. En effet, l'application de cette disposition affecterait directement les droits acquis en Belgique par la première épouse belge de l'assuré, dont le premier mariage a été valablement contracté en Belgique, ce mariage étant de nature monogamique selon la loi belge, et les deux époux ayant maintenu, jusqu'au décès de l'assuré, leur vie commune en Belgique sans

¹⁴ Cass. 3 décembre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 37; *Pas.*, 2007, p. 2201; *Rev. dr. étr.*, 2008, pp. 575-580; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 818, note C. HENRICOT, « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux »; *R.G.D.C.*, 2008, p. 522, note J.-Y. CARLIER, « Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation »; *Revue@dipr.be*, 2008, p. 71. Avant cet arrêt, certaines juridictions admettaient de partager la pension de survie entre les deux épouses malgré la nationalité belge de la première. Voy. par exemple : T.T. Mons, 11 mars 2002, R.G., n° 86.593, www.juridat.be.

¹⁵ J.-Y. CARLIER, « Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation », *op.cit.*, p. 526.

que ce premier mariage soit dissous »¹⁶. Dans ces deux cas d'espèce, les premières épouses avaient déjà la nationalité belge au moment de la conclusion du premier mariage.

13. L'intérêt de la motivation de ces deux arrêts est d'avoir pris en considération la nationalité belge de la première épouse concernée tout en soulignant que les deux époux avaient « maintenu, jusqu'au décès de l'assuré, leur vie commune en Belgique sans que ce premier mariage soit dissous ». C'est donc la *proximité* de la situation avec la Belgique qui justifie la solution, à savoir l'écartement de la disposition incriminée, l'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine. Cette proximité ne se décline non plus uniquement par le critère de la *nationalité* de la première épouse mais également par le critère de *vie commune* des époux sur le *territoire belge*. À cet égard, ces arrêts vont plus loin que les enseignements de la Cour de cassation qui se limitaient à écarter les effets d'une union polygamique en présence d'une première épouse « dont la loi nationale n'admet pas la polygamie ». Aucune considération autre que la nationalité de la première épouse ne semblait être entrée en ligne de compte dans la motivation de la Cour suprême¹⁷.

14. Les situations pouvant se décliner sous de multiples configurations, de nouvelles questions d'interprétation de l'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine ont rapidement surgi. Comment concilier cette disposition avec les enseignements de la Cour de cassation lorsque la nationalité belge n'est acquise par la première épouse que postérieurement à la conclusion du premier mariage ? Telle fut la question soumise à la Cour du travail de Bruxelles dans un arrêt du 17 février 2011¹⁸. L'occasion fut ainsi donnée à la Cour de préciser davantage le critère de *proximité* susceptible de conduire à l'éviction de l'article 24, § 2, de la Convention précitée. À cet égard, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu de « tenir compte du second mariage conclu au Maroc pour trancher la question du partage éventuel de la pension de survie lorsque la première épouse est devenue Belge après le second mariage et avant le décès de son époux et était domiciliée en Belgique avec celui-ci depuis des décennies »¹⁹.

15. La nationalité belge de la première épouse peut donc justifier l'écartement de l'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine, non plus uniquement lorsque cette nationalité existe dès la première union mais également lorsque la nationalité belge est acquise postérieurement aux premier et second mariages mais antérieurement au décès de l'époux. À cet égard, la Cour estime que « le fait qu'à la date de la conclusion du second mariage, Mme H. n'avait pas encore la nationalité belge est sans incidence ». Se pose alors la question de la date à laquelle il faut se placer pour apprécier les effets du second mariage sur l'octroi de droits sociaux. Selon la Cour, « c'est à la date de la naissance du droit à la pension de survie (soit au décès de M. H.), voire à la

¹⁶ Cour trav. Bruxelles (8^e ch.), 27 mai 2010, R.G. n° 2007/AB/50385, *J.T.T.*, 2011, p. 94 et Cour trav. Bruxelles (8^e ch.), 27 mai 2010, R.G. n° 2007/AB/50.384, p. 6, www.juridat.be.

¹⁷ Ce constat a conduit le professeur CARLIER à dénoncer une « préférence nationale » se dissimulant sous couvert de « l'apparence d'une proximité de principe ». Voy. J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 530 : « Le facteur de rattachement se limite toutefois à la nationalité, la résidence n'étant pas évoquée. Ce silence n'est pas dû aux seuls griefs invoqués dans le présent litige. Il confirme plusieurs jurisprudences antérieures, qui ont admis les effets sociaux d'une polygamie établie à l'étranger, alors même que tout ou partie des époux résidaient en Belgique (Liège, 23 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1971, p. 15; *R.C.D.I.P.*, 1975, note P. GRAULICH). La pratique était de partager les droits patrimoniaux ou sociaux entre différentes veuves; peu importe, le cas échéant, que l'une vive en Belgique et l'autre au Maroc ».

¹⁸ Cour trav. Bruxelles, 17 février 2011, *J.T.*, 2011, p. 383; *Rev. dr. étr.*, 2011, p. 122. Un pourvoi en cassation a été introduit contre cet arrêt et est toujours pendant à l'heure de la rédaction de cette chronique.

¹⁹ *Op. cit.* (sommaire), p. 383.

date de la demande de pension introduite par la seconde épouse, qu'il faut se placer pour apprécier les effets du second mariage »²⁰.

16. Dans cette espèce tranchée le 17 février 2011, la nationalité belge de la première épouse ne fut acquise qu'en 2001, soit trois ans seulement avant le décès de son mari. Le premier mariage avait été conclu en 1958 au Maroc alors que tous les deux étaient ressortissants marocains. Le critère de la nationalité belge de la première épouse, acquise postérieurement à la seconde union et seulement trois ans avant le décès de son mari, a dû sembler précaire aux yeux de la Cour qui motive sa décision en soulignant les autres éléments de proximité existant entre la situation et le territoire belge : « En l'espèce, toutefois, la proximité ne découle pas que de la nationalité mais aussi du fait que Mme H. est domiciliée en Belgique depuis plus de 40 ans et y a vécu avec son époux jusqu'à son décès : c'est donc sur la base d'une appréciation *in concreto* des liens de Mme H. avec la Belgique et non en raison d'une prétendue « préférence nationale » qu'il s'impose de ne pas donner d'effets sociaux au second mariage de M. H. »²¹. En se défendant explicitement de privilégier les nationaux, la Cour semble vouloir justifier sa décision face à la mise en garde formulée par le professeur Carlier qui, à l'occasion de l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2007, dénonçait une « préférence nationale » se dissimulant sous couvert de « l'apparence d'une proximité de principe »²².

17. L'application du critère de *proximité* à la problématique du partage des pensions de survie semble s'étoffer sous l'influence de la diversité des litiges. Sa mise en œuvre déclenchée à l'origine uniquement par la nationalité belge de la première épouse à la date de la conclusion du premier mariage, s'enrichit de l'influence d'autres critères, tels ceux de la vie commune des époux sur le territoire belge et de l'établissement du domicile et de la résidence habituelle en Belgique. Ce faisant, la jurisprudence se rapproche de la position préconisée par l'Institut de droit international qui invitait les États à ne pas reconnaître les unions polygamiques célébrées dans un État autorisant la polygamie « si les deux époux avaient leur résidence habituelle, lors de la célébration, dans un État n'admettant pas la polygamie, ou si la première épouse a la nationalité d'un tel État ou y a sa résidence habituelle »²³.

18. Reste à savoir si la Cour de cassation va suivre cette nouvelle orientation donnée au critère de *proximité* appliqué au partage des pensions de survie puisqu'un pourvoi est pendant à l'encontre de l'arrêt prononcé par la Cour du travail de Bruxelles le 17 février 2011. La question à trancher devrait porter tant sur le contenu de « l'exception de proximité » que sur la date à laquelle il faut se placer pour apprécier les effets de l'union polygamique. Dès lors que, d'après les enseignements de la Cour de cassation, la nationalité belge de la première épouse permet de refuser des effets à l'union polygamique, il faudra s'interroger sur le moment à partir duquel cette nationalité belge devient susceptible de constituer un obstacle à l'octroi d'effets sociaux découlant d'une situation de bigamie. La question sera identique si la Cour admet d'élargir l'examen du critère de *proximité* à la résidence habituelle de la première épouse en Belgique. La proximité (en termes de nationalité et/ou de résidence) avec l'ordre juridique belge doit-elle

²⁰ *Op. cit.*, p. 384.

²¹ *Ibidem.*

²² J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 530. Voy. note infrapaginale 17.

²³ Résolution de l'Institut de droit international, Neuvième Commission, « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Cracovie, vol. 71-I, 2005, A. Pedone, Paris.

être examinée à la date de la conclusion de la première union ? à la date de la conclusion de la seconde union ? à la date de la naissance du droit à la pension de survie (décès de l'époux) comme l'a établi la Cour du travail de Bruxelles ? L'absence de nationalité belge de la première épouse et l'absence de résidence en Belgique à la date du second mariage pourraient conduire à rejeter l'invocation du critère de *proximité* et à partager la pension de survie, conformément à l'*effet atténué* de l'ordre public. De même si la dissolution de la première union survient à la suite d'un divorce ou par le décès de la première épouse après la célébration du second mariage, l'*effet atténué* de l'ordre public devrait permettre d'octroyer à la seconde épouse les effets sociaux qu'elle réclame. Enfin, quelle sera la position à adopter si à la date du second mariage, la première épouse, bien que n'ayant pas acquis la nationalité belge, résidait depuis des décennies sur le territoire belge ? On le voit, cette problématique a encore de beaux jours devant elle tant les nuances à apporter semblent pouvoir se décliner à l'infini.

19. Même s'il peut ne pas être adéquat de geler l'examen de la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge à un moment déterminé, le critère dégagé par la Cour du travail de Bruxelles ne manque pas de pertinence. En décidant d'examiner la proximité de la situation au moment où les effets du mariage polygamique sont invoqués (soit à la date de la demande de pension de survie), la Cour fixe un critère d'appréciation clair qui permet d'assurer une meilleure sécurité juridique pour trancher des situations parfois très compliquées, notamment sur le plan humain. Par ailleurs, ce critère est conforme à l'appréciation *in concreto* de l'exception d'ordre public (article 21 du Codip), dont la mise en œuvre sera déclenchée au moment où les effets découlant du droit étranger seront réclamés.

§ 2. LE MAINTIEN DE L'ARTICLE 24, § 2, DES CONVENTIONS BILATERALES

20. Dans l'hypothèse où les deux épouses sont toutes deux ressortissantes marocaines, aucune marge d'appréciation n'est en principe laissée aux magistrats pour écarter l'article 24, § 2. Face à deux épouses dont la loi nationale admet la polygamie, les juridictions de fond doivent partager la pension de survie.

21. C'est dans ce sens que la Cour du travail de Bruxelles a tranché le 23 décembre 2009 en décidant de partager la pension de survie entre les deux épouses d'un homme de nationalité algérienne en se fondant sur l'article 24 de la Convention générale sur la sécurité sociale conclue entre la Belgique et l'Algérie le 27 février 1968²⁴. En l'espèce, le premier mariage avait été célébré selon les rites coutumiers en Algérie entre une ressortissante algérienne et un homme franco-algérien tandis que le second mariage avait été célébré par cet homme avec une ressortissante belge, ayant acquis la nationalité française par son mariage. Ce n'est que postérieurement au décès de l'époux que le premier mariage coutumier a fait l'objet d'une reconnaissance par un jugement algérien. La Cour a établi que lorsque l'O.N.P. ne prouve pas que la décision judiciaire rendue en Algérie validant le mariage coutumier antérieur d'un homme de nationalité algérienne marié, est contraire à l'ordre international public belge ou qu'elle a été obtenue par fraude ou en violation des droits de la défense, on se trouve en présence d'un mariage polygame. Or, selon la Cour, la polygamie étant conforme au statut civil d'un homme de nationalité algérienne, la première épouse a droit à la moitié de la pension de survie.

²⁴ Cour trav. Bruxelles, 23 décembre 2009, R.G., n° 50.767, www.juridat.be.

22. La particularité de cet arrêt est d'avoir admis le partage de la pension de survie entre les deux épouses malgré la double nationalité belge et française de la seconde épouse. La Cour n'a pas apprécié ce partage à la lumière des lois nationales de la seconde épouse prohibant le mariage polygamique. La Cour de cassation n'ayant pas encore eu l'occasion de se pencher sur un tel cas d'espèce, il semble que la question du partage de la pension de survie face à une seconde épouse dont la loi nationale n'admet pas la polygamie reste ouverte. À l'avenir ce partage pourrait être sanctionné en se référant à la motivation adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt rendu le 3 décembre 2007, par lequel elle a refusé d'admettre des effets à une union polygame valablement contractée à l'étranger « lorsque l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie »²⁵. Il s'agirait non plus de refuser le partage au profit de la première épouse comme le fit la Cour suprême, mais de le refuser au profit de la seconde épouse en raison de sa proximité (résidence habituelle et nationalité) avec l'ordre juridique belge. Dans cette hypothèse, le critère de *proximité* pourrait permettre d'évincer le critère de *gravité* (ou de *l'effet atténué de l'ordre public*), afin d'écartier non seulement l'application de l'article 24 de la convention, conduisant au partage de la pension, mais également le jugement algérien reconnaissant, avec effet rétroactif, le premier mariage coutumier. En effet, la proximité de la situation de la deuxième épouse avec l'ordre juridique belge pourrait constituer un obstacle à la reconnaissance du jugement algérien validant le premier mariage, d'autant que l'effet découlant de la reconnaissance de ce jugement conduit à priver l'épouse belge de ses droits à la pension. Une telle analyse aurait permis de sauvegarder les droits de la seconde épouse de nationalité belge²⁶.

23. Cela dit, en l'espèce la Cour du travail aurait dû s'interroger au préalable sur la validité de la seconde union, au regard des lois nationales des parties (article 46 du Codip)²⁷. En effet, la reconnaissance rétroactive du mariage coutumier célébré par l'époux de nationalité franco-algérienne avant la célébration de la seconde union devrait emporter la nullité du second mariage contracté avec une ressortissante belge dès lors qu'à la date de cette seconde union, l'époux ne pouvait être considéré comme étant célibataire. Cela pose, en effet, un problème au regard de la loi française²⁸. L'époux ayant la double nationalité française et algérienne, la Cour

²⁵ Cass. 3 décembre 2007, *op. cit.*, p. 37.

²⁶ D'après une information fournie par l'O.N.P. au cours d'un séminaire s'étant tenu le 2 décembre 2011 à l'U.C.L., l'épouse belge aurait fait tierce opposition contre l'arrêt rendu par la Cour du travail de Bruxelles, après avoir obtenu l'annulation du jugement algérien. L'affaire est donc appelée à être à nouveau examinée par cette juridiction en présence de toutes les parties ayant un intérêt à la cause.

²⁷ En droit belge, il est admis de faire une application *distributive* des lois nationales des époux lorsque ceux-ci sont de nationalité différente. Par conséquent un mariage célébré en Algérie entre une ressortissante belge et un ressortissant algérien, déjà marié, doit être considéré comme valide au motif que l'interdit de bigamie n'existe que dans la loi nationale de l'épouse belge tandis que la loi nationale de l'époux l'autorise à conclure une seconde union. Toutefois, c'est au niveau de l'exception d'ordre public que certains effets pourront être refusés en faisant une appréciation des critères de proximité et de gravité. Par contre, en droit français, la doctrine retient une application *cumulative* des lois nationales des époux, dont le résultat conduit à la nullité d'un mariage conclu entre une ressortissante française et un ressortissant algérien déjà marié, puisque l'interdit de bigamie contenu dans le droit français se communique à l'époux. Il s'agit alors d'un empêchement bilatéral : l'obligation de monogamie est considérée comme interdépendante. Voy. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 2010, n° 549, p. 420.

²⁸ En droit français, lorsque les époux sont de nationalité différente (mariage mixte), la jurisprudence soumet les effets du mariage à la loi du domicile des époux, critère retenu comme rattachement subsidiaire à défaut de nationalité commune. Dans l'espèce commentée, la nationalité française des époux aurait pu être retenue à titre de nationalité commune. Si toutefois le conflit de nationalités devait être tranché en faveur de la nationalité algérienne, le critère du domicile des époux aurait permis à titre subsidiaire de désigner la loi applicable aux

du travail aurait dû d'abord trancher le conflit de nationalités avant de conclure, sans doute un peu rapidement, que : « la polygamie est conforme à son statut civil, puisqu'il avait la nationalité algérienne ». Ce postulat n'est correct que si on retient uniquement la nationalité algérienne de l'époux. Or, au regard de l'article 5 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives au conflit de lois sur la nationalité, le conflit de nationalités se tranche en faveur de la nationalité la plus effective²⁹. Ce n'est qu'au terme de cette recherche d'effectivité (pays de résidence, lieu de célébration des mariages, localisation des activités professionnelles et privées, etc...) que la Cour aurait pu conclure à la validité de la seconde union en retenant la nationalité algérienne. S'il s'était avéré que la nationalité française était la plus effective, le second mariage n'aurait pu être considéré comme étant valide puisque contraire au principe de monogamie, consacré par le droit français. En outre, l'État français a la possibilité de retenir la nationalité française³⁰ en cas de plurinationalités, comme le fait l'article 3, § 2, 1°, du Codip, imposant au juge belge de retenir la nationalité belge en cas de conflit de nationalités. Il semble d'ailleurs en l'espèce que les autorités françaises retinrent la nationalité française de l'époux puisque ce dernier a dû apporter la preuve de son célibat lors de la conclusion de la seconde union sur le territoire français. Dans cette dernière hypothèse, seule la première épouse aurait pu réclamer la pension de survie tandis que la seconde épouse devait se voir privée de toute pension, puisqu'elle ne pouvait être considérée comme l'épouse du défunt. Une telle conclusion emporte toutefois des conséquences à ce point iniques, qu'il aurait alors fallu raisonner sur la base de la théorie du mariage putatif, permettant à la seconde épouse de réclamer à tout le moins le partage de la pension.

24. Une autre hypothèse sur laquelle les juridictions ne se sont pas encore penchées serait celle dans laquelle la première épouse, bien que n'ayant pas acquis la nationalité belge – ou la nationalité d'un autre État n'admettant pas la polygamie -, aurait néanmoins de forts liens de rattachement avec la Belgique (vie commune après le mariage et résidence habituelle depuis des décennies sur le territoire belge). Face à une telle hypothèse, les juridictions accepteraient-elles d'invoquer à nouveau le critère de proximité – décliné uniquement en termes de résidence habituelle - pour écarter l'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine face à une seconde épouse ? Une telle évolution du critère de proximité pourrait alors se détacher de toute référence à la nationalité.

B. LES EFFETS DE LA POLYGAMIE SUR LES PENSIONS DE RETRAITE

25. Excepté la matière relative aux pensions de survie, les conventions bilatérales signées par la Belgique n'ont pas prévu de disposition particulière fixant les effets de la polygamie en droit social. Face à cette lacune, les juridictions du travail doivent innover lorsqu'il s'agit de déterminer le taux de la pension de retraite – taux « isolé » ou « taux ménage » - à allouer à un travailleur bigame (§ 1) ou encore, lorsqu'il s'agit d'examiner les droits dérivés de la seconde épouse du bénéficiaire d'une pension de retraite (§ 2). Avant de se pencher sur la jurisprudence

effets du mariage. Voy. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n° 570, p. 434 : cette jurisprudence consacrant la loi du domicile des époux comme rattachement subsidiaire à défaut de nationalité commune, a été consacrée dans l'arrêt *Chemouni* (Civ. 19 février 1963, *Rev. crit. DIP* 1963.559, note G. H.).

²⁹ Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives au conflit de lois sur la nationalité, art. 5.

³⁰ *Ibidem*, art. 3.

pertinente, il n'est pas inutile de rappeler quelques concepts de droit social afin de mieux cerner les problématiques abordées.

26. La pension de retraite appartient à la catégorie des droits propres ou des droits dérivés selon la personne qui la perçoit : le travailleur ou les membres de sa famille. Dans le régime des pensions de retraite des travailleurs (droits propres), on distingue la pension au taux « ménage » et la pension au taux « isolé ». D'après la définition donnée par la doctrine, « la pension de retraite au taux « ménage » est octroyée au bénéficiaire marié dont le conjoint n'exerce pas d'activité professionnelle non autorisée, ne perçoit aucune allocation de remplacement de revenus et ne bénéficie d'aucune pension »³¹. Contrairement aux autres branches du droit social, le taux « ménage » dépend uniquement du lien matrimonial et de l'absence de revenus du conjoint. Autrement dit, la loi n'exige pas que les époux résident ensemble à la même adresse pour que le conjoint travailleur perçoive une pension de retraite au taux « ménage ». La pension de retraite au taux « isolé » est octroyée à tous les bénéficiaires ne répondant pas aux conditions requises pour obtenir la pension de retraite au taux « ménage ». La pension de retraite aux taux « ménage » est accordée au taux de 75 % des rémunérations perçues au cours de la carrière du travailleur tandis que la pension de retraite au taux isolé est accordée au taux de 60 % des rémunérations³².

§ 1. LE TAUX DE LA PENSION DE RETRAITE

27. L'impact d'une union polygame peut se manifester sur le taux auquel la pension de retraite doit être allouée. À cet égard, la Cour du travail de Mons a estimé qu'un second mariage valablement contracté à l'étranger sans que le premier mariage valablement contracté à l'étranger ne soit dissous, doit pouvoir produire sur le territoire belge des effets sur le plan social : « Admettre que le second mariage de Monsieur S. puisse produire des effets sur son droit à la pension, c'est respecter les dispositions d'ordre public qui créent des droits sociaux au profit des personnes qui ont cotisé au régime de la sécurité sociale belge »³³. La Cour a ainsi alloué une pension de retraite au « taux ménage » au bénéficiaire dont la seconde épouse vivait avec lui en Belgique dès lors que le premier mariage avait été contracté avec une personne dont la loi nationale admet la polygamie et dont l'époux vivait séparé. La Cour a estimé que les effets octroyés au second mariage sur le plan social n'étaient pas contraires à l'ordre public international belge dès lors que les droits de la première épouse n'avaient pas été mis en péril puisque celle-ci ne revendiquait aucun droit à l'égard de la pension de retraite au cours de la

³¹ E. DERMINE et Fl. REUSENS, « Les effets en matière de sécurité sociale pendant le temps du statut », *op. cit.*, (à paraître). Pour les travailleurs salariés : Loi du 20 juillet 1990 instaurant un âge flexible de la retraite pour les travailleurs salariés et adaptant les pensions des travailleurs salariés à l'évolution du bien-être général, *M.B.*, 15 août 1990, article 3, §1^{er}, a) ; Pour les travailleurs indépendants : Arrêté royal du 30 janvier 1997 relatif au régime de pension des travailleurs indépendants en application des articles 15 et 27 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pensions et de l'article 3, § 1^{er}, 4^o, de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, *M.B.*, 6 mars 1997, art. 6, § 2, 2^o se référant à l'article 9, § 1^{er}, 1^o et 2^o de l'Arrêté royal n° 72 du 10 novembre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants (*M.B.*, 14 novembre 1967).

³² Arrêté royal du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés, article 74, § 1, 1^o et 2^o, *M.B.*, 16 janvier 1968.

³³ Cour trav. Mons (9^{ième} ch.), 25 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1834; *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 243; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 581, note C. HENRICOT.

période litigieuse³⁴. En acceptant de reconnaître les effets d'une union polygamique sur le taux à allouer au bénéficiaire d'une pension de retraite, la Cour a fait une correcte application du critère de l'*ordre public atténué*, en considérant l'effet réclamé comme admissible.

28. La jurisprudence n'est toutefois pas unanime puisque cette question a été tranchée dans un sens différent par la Cour du travail de Liège, appelée à se positionner dans un litige similaire³⁵. Dans cet arrêt, le mari s'est vu priver du bénéfice d'une pension de retraite calculée au taux « ménage » alors qu'il revendiquait ce taux sur la base d'une union qualifiée de « polygamique » vu la non-reconnaissance d'une répudiation antérieure : « Une telle union ne peut être admise en raison de sa contrariété à l'ordre public international belge ; tout au plus pourrait-on admettre en application de la théorie de l'ordre public atténué que le mariage de Monsieur B. avec Madame A. puisse avoir certains effets s'agissant d'un droit acquis sans fraude à l'étranger en conformité avec la loi marocaine, ayant compétence en vertu du droit international privé belge, mais certainement pas que cette situation contraire à l'ordre public international belge soit à l'origine de l'ouverture d'un droit en Belgique. Au plan du droit à la pension, le mariage conclu entre Monsieur B. et Madame A. le 15/09/1973, consacrant une union polygamique dans le chef de Monsieur B. ne peut être générateur de droit »³⁶. La position adoptée par la Cour du travail de Liège ne convainc pas dans la mesure où le cas d'espèce permettait de faire application de l'*effet atténué* de l'ordre public afin de prendre en considération le second mariage de l'assuré pour lui allouer une pension de retraite au taux « ménage ». En outre, même à supposer que le second mariage polygamique ne puisse être générateur de droits, la Cour aurait pu octroyer une pension au « taux ménage » à l'époux sur la base de son premier mariage puisque, aux yeux de la Cour, celui-ci n'était pas dissout vu la non-reconnaissance de la répudiation de la première épouse. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, l'octroi d'une pension au « taux ménage » à l'époux sur la base du premier mariage aurait pu inciter la première épouse à en revendiquer le partage, si elle vivait séparée de son premier époux, ce qui n'aurait pas servi les intérêts financiers de ce dernier, raison pour laquelle celui-ci a sans doute préféré revendiquer le « taux ménage » sur la base de son second mariage.

§ 2. LES DROITS DÉRIVÉS DE LA SECONDE ÉPOUSE DU BÉNÉFICIAIRE D'UNE PENSION DE RETRAITE

29. Dans une espèce tranchée le 11 juin 2009, la Cour du travail d'Anvers a refusé d'allouer à la seconde épouse d'un travailleur marocain une partie de la pension de retraite de son mari au motif que la première épouse en bénéficiait déjà³⁷. Bien que la Cour admette de reconnaître la validité des deux mariages du travailleur marocain, aucun effet ne peut découler du second

³⁴ Les réticences que l'O.N.P. manifeste à reconnaître des effets au mariage polygamique sur le taux de la pension de retraite de l'époux, s'expliquent pour des raisons financières : si l'O.N.P. admet d'allouer au mari une pension de retraite au taux ménage sur la base de son second mariage, il risque de s'exposer à une demande émanant de la première épouse, réclamant une pension de retraite de conjoint séparé. Ces motifs expliquent le raisonnement quelque peu schizophrénique de l'O.N.P. qui admet, dans certains cas, de reconnaître des effets découlant d'un mariage polygamique sur le partage d'une pension de survie entre deux veuves, tout en les refusant en d'autres circonstances (comme dans le cas d'espèce, en matière de pensions de retraite).

³⁵ Cour trav. Liège, 9 janvier 2009, inédit, R.G. n° 34.240/06.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ C. trav. Anvers (sect. Hasselt) (4e ch.) n° 2040-383, 11 juin 2009, *R.A.B.G.*, 2010, liv. 12, p. 799; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011 (sommaire), liv. 1, p. 233; *Chron. D.S.*, 2009, liv. 10, p. 503.

mariage sur l'octroi à la seconde épouse d'une partie de la pension de retraite de son mari. La Cour justifie sa décision au double motif que cette situation n'a pas été réglée par la Convention générale conclue entre la Belgique et le Maroc sur la sécurité sociale – ne visant que l'hypothèse du partage des pensions de survie en cas de polygamie - et que par ailleurs l'octroi à la seconde épouse d'une partie de la pension de retraite de son mari alors que la première épouse en bénéficie déjà, entrainerait à l'égard de l'Office national des pensions des conséquences juridiques qui seraient contraires à l'ordre public international belge. D'après la Cour, en droit belge, conformément à l'article 74, § 2, de l'arrêté royal du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés, une seule épouse peut prétendre au bénéfice des droits à la pension de son époux dont elle vit séparée de fait. La Cour en conclut que seule la première épouse peut prétendre à des droits dérivés, aucune disposition de droit belge n'ayant prévu l'hypothèse de l'octroi de droits dérivés à deux épouses. D'après la Cour, l'effet atténué de l'ordre public ne pourrait ici être mis en œuvre dès lors qu'il irait à l'encontre des dispositions du droit social belge.

30. Le raisonnement adopté par la Cour du travail d'Anvers dans son arrêt du 11 juin 2009 n'emporte pas la conviction. En effet, l'arrêté royal du 21 décembre 1967 auquel se réfère la Cour n'a prévu l'hypothèse du partage des droits sociaux en cas de polygamie ni en cas de pension de survie, ni en cas de pension de retraite. Dans la première hypothèse, ce partage est directement prévu par les conventions bilatérales qui n'ont toutefois rien spécifié pour les pensions de retraite. Peut-on déduire de ce silence que le partage de la quote-part de la pension de retraite dont la première épouse bénéficie, serait d'office contraire à l'ordre public belge ? On ne voit pas sur quelle base une telle conclusion pourrait s'appuyer. Le partage des droits à la pension de retraite n'est pas incompatible avec l'interdiction de verser intégralement une pension à plusieurs bénéficiaires et par conséquent, n'emporte pas de conséquences juridiques contraires à l'ordre public belge à l'égard de l'Office national des pensions. Les intérêts en jeu sont pécuniaires et devraient pouvoir faire l'objet d'un partage dès lors qu'il est admis de reconnaître des effets sociaux à une union polygamique valablement contractée à l'étranger, conformément au critère de *gravité*. De ce critère, découle l'admission d'effets atténués résultant d'une situation *a priori* incompatible avec l'ordre public. Peut-être y a-t-il une lacune dans les conventions bilatérales qui auraient pu prévoir le partage de la pension de retraite en trois : le bénéficiaire et ses deux épouses ? En effet, la situation pourrait paraître injuste à l'égard de la seconde épouse qui se voit privée du droit de réclamer une partie de la pension de retraite de son conjoint. On serait alors face à une situation doublement discriminatoire : d'une part, il y aurait une discrimination, dans les hypothèses de pensions de retraite, entre la première et la seconde épouse, et d'autre part, il y aurait une discrimination entre les secondes épouses selon qu'elles réclament le partage des pensions de survie (ce qui est admis par les conventions bilatérales) ou le partage des droits à la pension de retraite de leur mari, cette dernière hypothèse n'ayant pas été prévue par les conventions bilatérales. La Cour constitutionnelle pourrait être amenée à contrôler la conformité du contenu de la convention bilatérale via la loi d'assentiment, comme elle l'a déjà fait en d'autres circonstances. Ainsi, à l'occasion de l'arrêt *El Haddouchi*, la Cour constitutionnelle a souligné que dans le régime des travailleurs salariés, le droit des personnes divorcées à une pension de retraite est calculé au prorata de la durée du mariage³⁸. Tout comme pour les pensions de survie, le droit interne connaît donc des situations

³⁸ Cour constit., 4 juin 2009, n° 96/2009, point B.7.2., www.const-court.be, p. 9.

où la pension de retraite doit être allouée à différents bénéficiaires. Telle serait l'hypothèse de divorces successifs entraînant l'obligation pour l'O.N.P. d'allouer des pensions de retraite de conjoints divorcés aux différentes ex-épouses d'un travailleur retraité. Le partage des droits dérivés entre plusieurs épouses pouvant prétendre à une partie de la pension de retraite ne devrait par conséquent pas être considéré comme contraire à l'ordre public. Bien que cela ne soit pas prévu techniquement, la logique des droits dérivés devrait pouvoir conduire à partager la pension de retraite en trois – l'époux et les deux épouses - plutôt qu'en deux, dès lors qu'un tel partage n'entraîne pas de surcoût pour l'O.N.P. Une telle solution paraîtrait plus respectueuse des droits de la seconde épouse et serait une application adéquate de l'effet atténué de l'ordre public, permettant de reconnaître certains effets à une union polygamique valablement célébrée à l'étranger.

31. La question soumise à la Cour du travail d'Anvers a également été examinée par la Cour du travail de Liège, appelée à connaître des effets d'une situation de polygamie sur les droits sociaux de la seconde épouse à la suite de la non-reconnaissance de la répudiation dont avait fait l'objet la première épouse. La Cour du travail de Liège a également refusé d'allouer une pension de retraite à la seconde épouse : « Il résulte des documents produits que Madame R., épouse répudiée, ne fut pas convoquée ni entendue lors de la procédure en répudiation. Cette répudiation ne peut être reconnue ni assimilée à un divorce. La polygamie n'étant pas reconnue en Belgique, le mariage de Madame S. ne peut être pris en considération et elle ne peut être considérée comme l'épouse divorcée ou séparée de Monsieur K. »³⁹. La non-reconnaissance de la répudiation de la première épouse (Madame R.) a entraîné une situation de polygamie, dont la Cour refuse d'admettre les effets en faveur de la seconde épouse (Madame S.).

32. Avant d'examiner les droits sociaux de la seconde épouse, la Cour du travail d'Anvers aurait dû vérifier au préalable la validité de son mariage. La validité de cette seconde union conclue entre une ressortissante belge et un ressortissant marocain doit être analysée au regard de l'article 46 du Codip, déterminant le droit applicable aux conditions de fond du mariage (voir *supra*, n° 8). Selon cette disposition, chaque époux est soumis à sa loi nationale. Il s'agit du principe de l'application distributive des lois nationales respectives des parties. L'application stricte de cette disposition au cas d'espèce conduit, dans un premier temps, à établir la validité du mariage. En effet la polygamie n'existe que dans le chef de l'époux et par conséquent, est conforme à sa loi nationale (loi marocaine). Toutefois, c'est au regard de l'exception d'ordre public consacrée à l'article 21 du Codip qu'aucun effet ne pourra être reconnu au second mariage en raison de l'intensité de rattachement (critère de *proximité*) que présente la situation par rapport à l'ordre juridique belge (en l'espèce, le second mariage avait été célébré en Belgique, l'épouse était de nationalité belge, etc...). Ce constat conduit toutefois à une solution paradoxale pour la seconde épouse belge qui se voit priver de son droit à la pension de retraite. Afin de contrer cet effet inadéquat, la Cour aurait pu invoquer le critère de *gravité*, conduisant à reconnaître certains effets atténués de l'ordre public en établissant que l'effet réclamé – l'attribution d'une pension de retraite à une épouse belge unie à un ressortissant marocain polygame – est moins grave que la privation de toute pension de retraite à celle-ci, résultat auquel conduit l'application du critère de *proximité*. Autrement dit, dans cette espèce, le critère de *gravité* (effet atténué de l'ordre public) aurait dû primer sur le critère de *proximité* afin d'attribuer une pension de retraite à la seconde épouse de nationalité belge, même si la première

³⁹ Cour trav. Liège, 18 mars 2008, inédit, R.G. n° 31.447/03, p. 4.

en bénéficiait déjà. En tout état de cause, il appartenait à la Cour de vérifier l'admissibilité des effets pouvant découler de la situation de polygamie, au regard des deux critères d'appréciation de l'exception d'ordre public : proximité et gravité.

C. À LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION ÉQUITABLE ?

33. La recherche d'une solution équitable pour les parties en présence n'est pas aisée. La préoccupation des juridictions semble, à l'origine, axée sur le statut personnel de la première épouse à la date du second mariage. Si celle-ci est ressortissante d'un pays n'autorisant pas la polygamie ou si une clause de monogamie a été insérée dans son contrat de mariage, aucun effet découlant d'une seconde union ne peut lui être imposé. Cette ligne de conduite simple s'est néanmoins complexifiée sous l'influence de la diversité des situations pouvant se présenter. Outre la nationalité d'origine de la première épouse, les critères de vie commune et de résidence semblent prendre le relais pour assurer la protection de la première épouse contre les prétentions des secondes épouses, surgissant du pays d'origine. Non consultées par le choix de leur mari, les premières épouses sont contraintes de s'accommoder avec le second mariage conclu par leur époux. L'étude des cas démontre que parfois ce dernier partage son temps entre un foyer belge et un foyer marocain. Les difficultés naissent ensuite à son décès face aux prétentions pécuniaires de la seconde épouse. La position adoptée par les juridictions du travail tente d'allier le souci de respecter les particularités culturelles et la protection de la première épouse dont les liens de rattachement avec le territoire belge se déclinent en termes de nationalité, vie commune, résidence ou domicile.

34. Afin de concilier les différents intérêts en présence, il serait également utile de s'interroger sur la particularité procédurale qui conduit à voir s'affronter l'un(e) des époux(se) à l'O.N.P., en l'absence de l'autre époux(se). Dans certains litiges l'intérêt pécuniaire de l'O.N.P. est neutre ce qui n'est pas le cas de l'époux(se) absent(e). L'exemple du partage des pensions de survie en cas de polygamie illustre le problème: la première épouse belge conteste devant les juridictions du travail la décision de l'O.N.P. partageant la pension de survie avec la seconde épouse. Toutefois, le débat aura lieu en l'absence de cette dernière. Or, qui sinon la seconde épouse est directement intéressée par le résultat auquel conduira le jugement rendu ? La seule voie de recours qui lui est ouverte est celle de la tierce opposition (articles 1122 à 1131 du Code judiciaire) puisque le juge n'a pas la possibilité de la mettre à la cause (article 811 du Code judiciaire) et qu'il est illusoire de croire que la première épouse le fera. Ne pourrait-on imaginer l'intervention de l'auditorat du travail pour mettre l'époux(se) absent à la cause puisqu'il entre dans ses missions de réorienter l'affaire lorsque cela s'avère nécessaire? Dans d'autres contentieux, l'auditorat du travail a déjà fait usage de ce pouvoir que lui confèrent les articles 138*bis*, § 1^{er} et 138*ter* du Code judiciaire. Ainsi, la Cour du travail de Liège a eu l'occasion d'examiner la régularité du procédé par lequel une partie avait été mise à la cause par l'auditorat : « Afin de pallier cette insécurité juridique, préjudiciable au justiciable et au bon fonctionnement de l'institution, l'auditorat du travail, usant des pouvoirs que lui confèrent les articles 138*bis*, paragraphe premier, et 138*ter* du code judiciaire, assure par une instruction appropriée que la cause soit adéquatement mise en état d'être jugée, illustration du rôle essentiel joué par l'auditorat du travail en matière civile,

auprès de la juridiction spécialisée qu'est le tribunal du travail »⁴⁰. Par conséquent, il appartient à l'auditorat d'identifier l'époux(se) qui n'aurait pas été mis(e) à la cause en indiquant au greffe son identité afin qu'il(elle) puisse être convoqué.

35. Il s'agit encore de souligner qu'au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, la Cour constitutionnelle a estimé que le partage d'une pension de survie entre une veuve marocaine et une veuve belge n'était pas contraire aux articles 11 et 11bis de la Constitution⁴¹. Afin d'appuyer sa décision, la Cour se réfère à deux situations pouvant survenir en droit interne, donnant lieu à la répartition de la pension de survie : « Ainsi, dans le régime de pension du secteur public, un survivant divorcé et le conjoint survivant peuvent, chacun pour une partie, prétendre à la pension de survie, proportionnellement aux périodes respectives de leur mariage avec la personne qui ouvre le droit à la pension. Dans le régime des travailleurs salariés, les personnes divorcées n'ont pas droit à une pension de survie. Lorsqu'elles ont droit à une pension de retraite, celle-ci est calculée au prorata de la durée du mariage »⁴². Pourquoi une telle solution ne pourrait-elle être transposée à la problématique du partage d'une pension de survie en cas de polygamie ? Plutôt que de partager la pension de survie en deux, il s'agirait d'instaurer un système de répartition proportionnel à la durée respective des mariages.

II. L'IMPACT DE LA RÉPUDIATION SUR LES DROITS SOCIAUX

36. La délicate problématique de la reconnaissance des répudiations dans l'ordre juridique belge provoque de nombreux litiges en droit social dont il s'agit de cerner les enjeux. Derrière les questions de droit international privé, différents intérêts pécuniaires s'affrontent. Il s'agit de les étudier en examinant les effets produits par les répudiations en matière de pensions de survie (B) et de pensions de retraite (C). Afin de bien comprendre l'objet de la question, les règles applicables à la reconnaissance des répudiations seront brièvement rappelées (A).

⁴⁰ Cour trav. Liège (5^{ième} ch.), 6 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 610. Voy. également Cour trav. Liège (2^{ième} ch.), 24 mars 1992, R.G. n°12.657/85 et 13.159/86, *Chron. dr. soc.*, 1993, p. 127 : « Attendu que la requête de l'article 704 du code judiciaire n'est affectée d'aucunes formes ou mentions particulières (voy. P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé. La procédure civile*, première partie, tome 2, p. 568 ; Ph. GOSSERIES, " Le contentieux des droits de la sécurité sociale au sens large ", *XI^e journées d'études juridiques Jean Dabin*, 1982, p. 6) ; qu'il appartient à l'auditorat du travail d'orienter voire de rectifier le recours (voy. P. ROUARD, *o.c.*, p. 571 ; Ph. GOSSERIES, *o.c.* p. 8 et 10) ; que ce pouvoir attribué à l'auditorat de déterminer la ou les personne(s) juridique(s) mise(s) en cause s'exerce sous le contrôle du juge qui décide du maintien (voy. en ce sens C. trav. Liège (2^e ch.), 26 avril 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 110) ou de la mise hors cause des parties convoquées ; que le rôle du juge ne se limite pas au maintien ou à la mise hors cause du défendeur visé par la partie et/ou l'auditorat ; qu'en effet, dans la philosophie de ce mode d'introduction particulier qu'est la requête de l'article 704, le pouvoir de déterminer le ou les défendeur(s) ne peut appartenir au seul auditorat du travail ; que si le juge s'aperçoit qu'une erreur a été commise relativement à la mise à la cause de la partie défenderesse, il lui appartient d'ordonner la réouverture des débats et d'inviter le greffe à convoquer le défendeur qui aurait dû être appelé en respectant la procédure fixée à l'article 704, alinéa premier, in fine ; que ce faisant, le juge n'ordonne pas la mise à la cause d'un tiers mais veille uniquement à ce que l'article 704 soit correctement appliqué par la mise à la cause du défendeur qui aurait dû y être appelé dès le départ [...] », ainsi que Cour trav. Liège (5^{ième} ch.), 13 octobre 2000, R.G. n° 27.760/99 et M.-A. FRANQUINET, *mercuriale* du 2 septembre 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 141 : « Il appartient à l'auditorat du travail de déterminer le ou les défendeurs. Ce pouvoir attribué à l'auditorat de déterminer la ou les personne(s) juridique(s) mise(s) en cause s'exerce sous le contrôle du juge qui décide du maintien ou de la mise hors cause des parties convoquées ».

⁴¹ Cour constit., 4 juin 2009, n° 96/2009, *A.C.C.*, 2009, p. 1461 ; *Rev. dr. étr.*, 2009, p. 398 ; *Rev. dr. étr.*, 2010, p. 243 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 98, note M. FALLON « L'effet de l'union polygamique sur le droit à la pension de survie au regard du principe constitutionnel de non-discrimination » ; *R.W.*, 2009-10, p. 615 ; *Chron. D. S.*, 2009, p. 553.

⁴² Cour constit., 4 juin 2009, n° 96/2009, B.7.2.

A. LES REGLES APPLICABLES A LA RECONNAISSANCE DES REPUDIATIONS

37. Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, le 1^{er} octobre 2004, la reconnaissance des répudiations était soumise à l'ancien article 570 du Code judiciaire, relatif à la procédure d'exequatur, et à la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette disposition attribuait au tribunal de première instance la compétence pour statuer sur les demandes d'exequatur des décisions rendues par les juges étrangers en matière civile. Outre le fond du litige, le juge devait vérifier : « 1^o si la décision ne contient rien de contraire aux principes d'ordre public, ni aux règles de droit public belge ; 2^o si les droits de la défense ont été respectés ; 3^o si le juge étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur ; 4^o si, d'après la loi du pays où la décision a été rendue, elle est passée en force de chose jugée ; 5^o si, d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité ».

38. L'absence de disposition consacrée spécifiquement à la reconnaissance des répudiations a laissé libre cours à la jurisprudence de la Cour de cassation. Trois arrêts majeurs, rendus en 1995⁴³, 2002⁴⁴ et 2003⁴⁵ ont servi de repère pour apprécier les effets d'une répudiation prononcée à l'étranger. À trois reprises, des arrêts rendus par une cour du travail furent soumis à la censure de la Cour suprême devant se prononcer sur la validité de répudiations *talak*, intervenues au Maroc, entre ressortissants marocains et opposant le défendeur en cassation à l'O.N.P. L'enjeu était de pouvoir accorder aux intéressés le statut de *divorcé*, ce qui leur donnait droit à une pension de retraite plus avantageuse que le statut de *séparé de fait* qui leur était octroyé en cas de non-reconnaissance de la répudiation⁴⁶. Deux motifs principaux sont invoqués pour refuser de reconnaître la répudiation: la violation des droits de la défense et la contrariété à l'ordre public. S'il apparaît que l'épouse n'a été ni convoquée ni entendue, la violation des droits de la défense doit être constatée, empêchant dès lors de reconnaître la répudiation survenue⁴⁷. Même l'acceptation ultérieure par l'épouse de la répudiation ne peut venir couvrir la

⁴³ Cass. 11 décembre 1995, *Rev. dr. étr.*, 1996, p. 185, note M.-Cl. FOBLETS ; *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 165, note J.-Y. CARLIER ; *R.W.*, 1995-1996, p. 1330, note J. ERAUW ; *Arr. Cass.*, 1995, p. 1101 ; *Bull.*, 1995, p. 1136 ; *Div. Act.*, 1996, p. 116, note M. LIENARD-LIGNY ; *E.J.*, 1997, p. 41 ; *Pas.*, 1995, I, p. 1136 ; *Chron. D.S.* 1996, p. 334 ; *T. Vreemd.*, 1997, p. 24.

⁴⁴ Cass. (3^{ème} ch.) 29 avril 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 94, note J.-Y. CARLIER ; *Div. Act.*, 2003, p. 98, note C. BARBÉ ; *Arr. Cass.*, 2002, p. 1144, concl. LECLERCQ, J. ; *E.J.*, 2003, p. 102, note M. TRAEST ; *J.T.*, 2002, p. 583 ; *J.T.T.*, 2003, p. 101, p. 101 ; *Pas.* 2002, p. 1026 ; *Rev. not. b.*, 2002, p. 616, *R.W.* 2002-03, p. 862 ; *Chron. D.S.* 2002, p. 384 ; *Revue@dipr.be*, 2002, p. 33.

⁴⁵ Cass. (3^{ème} ch.) 29 septembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 317 ; *Arr. Cass.*, 2003, p. 1767 ; *Pas.*, 2003, p. 1498 ; *Rev. dr. étr.* 2004, p. 481 ; *Rev. dr. étr.*, 2005, p. 582 ; *Rev. dr. étr.*, 2003, p. 645 ; *Chron. D.S.*, 2005, p. 584 ; *Revue@dipr.be*, 2004, p. 67.

⁴⁶ Dans les trois hypothèses soumises à la Cour de cassation, les particuliers réclamaient la reconnaissance de la répudiation intervenue à l'étranger afin d'être considérés comme divorcés et non comme séparés de fait : en 1995 et en 2002, l'époux réclamait la reconnaissance de la répudiation afin de bénéficier de l'intégralité de sa pension de retraite au « taux isolé » alors que l'O.N.P. ne lui accordait que la moitié de la pension au « taux ménage » ; tandis qu'en 2002, c'est l'épouse qui était demanderesse et qui sollicitait l'allocation d'un revenu garanti aux personnes âgées en sa qualité de femme divorcée et non séparée de fait.

Comme on le verra ci-après, dans certains litiges, les épouses ont toutefois intérêt à réclamer le statut d'épouse séparée de fait et à plaider la non-reconnaissance de la répudiation dont elles ont fait l'objet. Afin de servir au mieux les intérêts des épouses, leurs conseils devront être attentifs à formuler une demande subsidiaire, visant à réclamer la reconnaissance de la répudiation et le statut de divorcé pour leur cliente. En effet, l'épouse pourrait se voir privée de toute pension si la juridiction estime que la répudiation doit être reconnue et que l'épouse n'a rien réclamé dans cette dernière hypothèse.

⁴⁷ Cass. 11 décembre 1995, *op.cit.*

violation des droits de la défense⁴⁸. Selon la Cour, ce motif doit faire l'objet d'une appréciation « *in abstracto* ». Le second motif est lié au principe d'égalité entre les sexes. Puisque seul le mari a la possibilité de répudier son épouse sans que la réciproque ne soit admise, le principe d'égalité des sexes est violé, ce qui doit dès lors être sanctionné sous l'angle de l'ordre public. En 2002, la Cour de cassation avait toutefois admis que la violation du principe d'égalité des sexes pouvait être couverte par l'acceptation ultérieure par l'épouse de la répudiation dont elle avait fait l'objet⁴⁹. Autrement dit, le motif lié à la violation de l'ordre public doit faire l'objet d'une appréciation *in concreto* et non *in abstracto* en prenant en considération le consentement de l'épouse et l'absence de fraude à la juridiction⁵⁰. Dans cette espèce, le contrôle de la Cour ne s'étendait toutefois qu'à ce second motif dès lors que le moyen tiré de la violation des droits de la défense n'avait pas été invoqué par l'O.N.P. à l'appui du pourvoi. À la suite de cette jurisprudence, certains auteurs ont proposé d'axer le raisonnement sur une appréciation *in concreto* de l'ordre public, en admettant de reconnaître les répudiations si certaines conditions alternatives étaient rencontrées : « La répudiation serait reconnue si l'épouse accepte, pendant ou après, expressément ou implicitement ou, à défaut d'acceptation, si la situation ne présente que des liens ténus avec l'ordre juridique belge, étant proche de l'ordre juridique d'origine de la décision »⁵¹. Cette position n'a toutefois pas été suivie par la Cour de cassation qui, en 2003, a refusé d'admettre que l'acceptation ultérieure par l'épouse de la répudiation dont elle a fait l'objet couvre la violation des droits de la défense.

39. Afin de pallier une certaine insécurité juridique née de la jurisprudence de la Cour de cassation, le Code de droit international privé s'est doté d'une disposition particulière relative aux répudiations. En son premier paragraphe, l'article 57 consacre le principe de la non-reconnaissance des répudiations : « un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique ». Toutefois, à condition de réunir cinq conditions cumulatives, le second paragraphe de cette disposition admet de reconnaître un acte de répudiation : « 1° l'acte a été homologué par une juridiction de l'État où il a été établi ; 2° lors de l'homologation, aucun époux n'avait la nationalité d'un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage ; 3° lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage ; 4° la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage ; 5° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance ». Outre les motifs liés au respect des droits de la défense (article 57, 4°) et au respect de l'ordre public (article 25, § 1^{er}, 1°), l'absence de proximité (ni nationalité, ni résidence habituelle) avec tout ordre juridique prohibant la répudiation est exigée. Le législateur a ainsi cadencé les possibilités dans lesquelles une répudiation peut être reconnue en n'admettant de reconnaître que les répudiations dont tous les éléments constitutifs se situent à l'étranger et à condition que l'acceptation de la répudiation, au moment de celle-ci ou ultérieurement, par l'épouse soit prouvée.

40. L'article 126, § 2, du Codip règle les éventuels conflits de droit transitoire pouvant surgir en disposant que « les articles concernant l'efficacité des décisions judiciaires étrangères et des

⁴⁸ Cass. (3^{ème} ch.) 29 septembre 2003, *op. cit.*

⁴⁹ Cass. (3^{ème} ch.) 29 avril 2002, *op. cit.*

⁵⁰ J.-Y. CARLIER, « La reconnaissance mesurée des répudiations par l'examen *in concreto* de la contrariété à l'ordre public », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 38.

⁵¹ *Ibidem*, p. 46.

actes authentiques étrangers s'appliquent aux décisions rendues et aux actes établis après l'entrée en vigueur de la présente loi ». Autrement dit, l'article 57 du Codip, consacré aux répudiations, ne s'appliquera qu'aux répudiations prononcées après le 1^{er} octobre 2004. Toutefois, il est admis de reconnaître une répudiation prononcée avant le 1^{er} octobre 2004 si elle satisfait aux conditions posées par l'article 57 du Codip (article 126, § 2, alinéa 2). Ainsi, dans les hypothèses où les critères de l'article 57 du Codip permettent de reconnaître la répudiation, même survenue avant le 1^{er} octobre 2004, l'examen auquel se livrent les juridictions peut se fonder sur cette disposition. Dans certaines hypothèses, l'application des critères de l'article 57 pourrait s'avérer plus souple qu'une appréciation stricte fondée sur les enseignements dégagés par les arrêts rendus par la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur du Code (voir *infra*, n° 54). Ce constat devrait conduire les juridictions de fond à privilégier, dans certains cas, l'examen de la répudiation sous l'angle des nouvelles dispositions si celles-ci s'avèrent favorables à la reconnaissance.

41. La plupart des cas soumis aux juridictions du travail concernent des répudiations survenues avant l'entrée en vigueur du Codip. Comme l'analyse de la jurisprudence le démontre, les répudiations auxquelles sont confrontées les juridictions du travail sont, le plus souvent, passées au crible des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation avant l'entrée en vigueur de l'article 57 du Codip.

B. LES EFFETS DE LA REPUDIATION SUR LES PENSIONS DE SURVIE

42. La répudiation de la première épouse peut avoir des effets en matière de pension de survie. En effet, si la répudiation n'est pas reconnue par l'O.N.P., le mariage n'est pas dissous et par conséquent, la première épouse peut prétendre au même titre que la seconde à une pension de survie. La non-reconnaissance de la répudiation conduit alors à une situation de polygamie dont il faut prendre en considération les effets en droit social. En sens inverse, si la répudiation est reconnue, la première épouse doit être considérée comme divorcée. À ce titre, elle pourra faire valoir à partir de la répudiation et sous réserve du délai de prescription et de la date de prise d'effets de la décision d'octroi, son droit propre à une pension de *retraite* de conjoint divorcé d'un travailleur, tandis que la seconde épouse pourra bénéficier de l'intégralité de la pension de *survie* en tant qu'unique « veuve ». Le premier cas de figure présente un avantage pécuniaire pour l'O.N.P. qui peut se limiter à partager la pension de survie en deux plutôt que d'octroyer une pension de divorcée au taux isolé à la première épouse tout en continuant à verser l'intégralité de la pension de survie à la seconde épouse. Comme on le voit, la situation est loin d'être neutre du point de vue de l'O.N.P.

43. Dans une espèce tranchée le 27 mai 2010, la Cour du travail de Bruxelles a réformé le jugement attaqué en considérant qu'il fallait reconnaître la répudiation dont avait fait l'objet la première épouse, au motif que les conditions de l'ancien article 570 du Code judiciaire avaient été respectées⁵². Contrairement à l'avis du ministère public, la Cour estime que les droits de la défense de la première épouse n'ont pas été violés. C'est au terme de l'examen de « l'ensemble

⁵² Cour travail Bruxelles (8e ch.), 27 mai 2010, R.G. n° 2009/AB/52261, *J.T.*, 2011, p. 385; *J.T.T.*, 2011, p. 30; *Rev. dr. étr.*, 2011, p. 121.

des circonstances de l'espèce » que la Cour parvient à une telle conclusion⁵³. Par conséquent, la seconde épouse a pu bénéficier de l'intégralité de la pension en tant qu'unique veuve. L'arrêt annule la décision de l'O.N.P. qui, refusant de reconnaître la répudiation, avait partagé la pension de survie entre les deux épouses en se fondant sur l'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine.

C. LES EFFETS DE LA REPUDIATION SUR LES PENSIONS DE RETRAITE

44. En cas de dissolution du lien conjugal, une distinction doit être opérée entre la pension de retraite du conjoint séparé de fait et la pension de retraite du conjoint divorcé, dont peuvent bénéficier les membres de la famille du travailleur. Si le couple se sépare sans divorcer, le conjoint séparé de fait pourra prétendre au paiement d'une part prélevée sur la pension de retraite de son conjoint travailleur⁵⁴. Par contre, si le couple divorce, le conjoint divorcé non remarié pourra prétendre à une pension de retraite de conjoint divorcé, acquise dans les mêmes conditions que son conjoint travailleur, et ce pour toute la durée du mariage⁵⁵. En cas de divorces successifs, les ex-conjoints divorcés non remariés du travailleur pourront chacun percevoir une pension de retraite de conjoint divorcé. Cette pension de retraite de conjoint divorcé est indépendante des droits à la pension de l'ex-conjoint travailleur et constitue par conséquent un droit personnel⁵⁶. Autrement dit, la pension de retraite de divorcé ne sera pas prélevée sur la pension de l'ex-conjoint travailleur, contrairement au mécanisme mis en place pour la pension de retraite de conjoint séparé. Ces distinctions sont importantes car elles permettent de comprendre le nombre de litiges portés devant les juridictions du travail dont l'enjeu porte sur la reconnaissance ou non d'une répudiation survenue à l'étranger.

45. En effet, derrière les questions de droit international privé, se cachent différents intérêts pécuniaires : celui de l'époux plaidant pour la reconnaissance de la répudiation de la première épouse afin de se voir octroyer une pension de retraite de conjoint « divorcé » au taux « isolé » - ou « ménage » s'il s'est valablement remarié - et ainsi, d'éviter que sa pension de retraite ne soit

⁵³ « Cet acte de divorce établit aussi que la procédure a été menée de manière effectivement contradictoire à l'égard de Mme F. S. En effet, l'acte de divorce permet de constater que Mme F. S. a été valablement informée et convoquée en vue du divorce. À l'audience, elle a été représentée par son père, ce qui en soi ne porte pas atteinte aux droits de la défense de l'intéressée d'autant que son père était porteur d'une procuration légalisée. Elle a obtenu à cette occasion un montant pour elle-même (perçu directement) et le droit à une pension alimentaire pour ses quatre enfants. Le caractère contradictoire et le respect des droits de Mme F. S. dans le cadre de ce divorce sont en outre confirmés par la procédure menée par elle au Maroc en 1986. Ainsi, à son initiative, Mme F. S. a bénéficié d'une ordonnance condamnant M. El M. (22 juin 1986) au paiement d'une pension alimentaire de ses enfants et au paiement du montant de pension lui revenant pour leur garde. [...] Mme F. S. a donc réclamé les avantages du divorce prononcé ».

⁵⁴ Arrêté royal du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés, article 74, § 1^{er}, 4^o, *M.B.*, 16 janvier 1968 : on entend par « 'séparation de fait des conjoints' la situation qui naît :

a) lorsque les conjoints ont des résidences principales distinctes ; celles-ci sont constatées par les inscriptions aux registres de la population ou au moyen de la fiche d'identification visée à l'article 18ter ;

b) en cas d'absence d'inscription distincte aux registres de la population, lorsqu'un des conjoints est détenu en prison, interné dans un établissement de défense sociale ou un dépôt de mendicité ou fait l'objet d'une mesure de protection prévue à l'article 2 de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux ».

⁵⁵ Arrêté royal du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés, article 75, *M.B.*, 16 janvier 1968.

⁵⁶ Ce droit pourra naître même si l'ex-conjoint travailleur ne perçoit pas encore sa pension et ce droit sera dû même si l'ex-conjoint travailleur décède.

réduite d'une quote-part au bénéfice de sa première épouse répudiée ; celui de la première épouse répudiée réclamant la non-reconnaissance de la répudiation afin de se voir octroyer une pension de retraite au taux « séparée de fait » plus avantageuse qu'une pension de retraite de conjoint « divorcé »⁵⁷, et enfin, celui de l'O.N.P., se confondant avec celui de l'épouse, préférant ne pas reconnaître la répudiation afin de se limiter à partager la pension de retraite au taux « ménage » entre l'époux et sa première épouse plutôt que de devoir allouer non seulement une pension de retraite à l'époux mais aussi une pension de conjoint « divorcé » à la première épouse⁵⁸. La position de l'O.N.P. explique les nombreux recours introduits devant les juridictions du travail. Afin de clarifier la position des juridictions, il s'agit de distinguer les hypothèses dans lesquelles les répudiations ne sont pas reconnues (§ 1) des hypothèses dans lesquelles les juridictions acceptent de reconnaître les répudiations (§ 2).

§ 1. LES CAS DE NON-RECONNAISSANCE DES RÉPUDIATIONS

46. Les cas dans lesquels les juridictions du travail refusent de reconnaître les répudiations sont nombreux. Dans la presque totalité des litiges, les magistrats sont appelés à examiner des répudiations survenues avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé. Leur raisonnement découle souvent de l'ancien article 570 du Code judiciaire et de la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce faisant, ils oublient que l'article 126, § 2, alinéa 2, du Codip leur octroie la possibilité de soumettre l'examen d'une répudiation intervenue avant le 1^{er} octobre 2004 aux critères de l'article 57 du Codip si ces derniers en permettent la reconnaissance (voy. *supra*, n° 40). Dans certains cas, ces critères peuvent s'avérer plus souples que l'application stricte de la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment par rapport au critère du respect des droits de la défense. C'est le constat qui semble pouvoir être déduit d'une jurisprudence récente de la Cour du travail de Bruxelles (voir *infra*, n° 54).

47. De nombreux arrêts refusent de reconnaître la répudiation intervenue au motif de la violation des droits de la défense (ancien article 570, alinéa 2, 2° du Code judiciaire)⁵⁹. En se référant systématiquement à l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2003, les juridictions du travail estiment que l'acceptation *a posteriori* de la répudiation par l'épouse ne peut couvrir le vice. Les juridictions ont développé les circonstances dans lesquelles cette acceptation tardive empêche de couvrir la violation des droits de la défense : « Dès lors, il apparaît que la

⁵⁷ La pension de conjoint « séparé » est généralement plus élevée que la pension de conjoint « divorcé ». En effet, pour avoir droit à une pension de conjoint divorcé, il faut avoir 65 ans et le montant de cette pension dépend des rémunérations perçues par le conjoint pendant les années du mariage uniquement.

⁵⁸ Dans d'autres litiges, l'intérêt de l'O.N.P. n'est pas d'ordre pécuniaire mais porte uniquement sur l'identité des assurés sociaux ayant droit aux pensions. Dans ces circonstances, l'intérêt à agir de l'O.N.P. se justifie par la correcte application « de la législation relative aux pensions dans ses rapports avec les assurés sociaux ». Voy. Cour trav. Bruxelles, 23 décembre 2009, R.G., n° 50.767, www.juridat.be.

⁵⁹ Voy. par exemple Cour trav. Bruxelles, 27 mai 2010, R.G. n° 2007/AB/50.383, *J.T.T.*, 2011, p. 28 : « En effet, la convocation à la procédure de conciliation est adressée à B. au domicile de l'époux, c'est-à-dire en un lieu où cette convocation ne pouvait pas la joindre : l'intéressée n'y était plus, ainsi qu'il ressort de la requête en répudiation déposée par B. ; elle vivait à Khnifra (Khenifra) ainsi qu'il résulte de l'acte de notification. Il n'est donc pas étonnant que le procès-verbal de conciliation constate que la conciliation a été tentée en vain, vu l'absence de l'épouse. La procédure menée ne lui a pas permis de prendre connaissance de la date et du lieu de la tentative de conciliation. Dans ces circonstances, alors que l'épouse a été convoquée, en vue de la procédure, au lieu du domicile de l'époux et qu'il ressort de la convocation elle-même que l'épouse n'y résidait plus, le premier acte de répudiation s'avère être un acte unilatéral, non respectueux des droits de la défense de l'épouse répudiée ».

répudiation ne peut produire ses effets en Belgique qu'à la condition d'être intervenue *dans le cadre d'une procédure respectant dès le départ les droits de la défense*, et non par après. Ainsi, la circonstance que l'épouse répudiée ait *ultérieurement* acquiescé à la répudiation, que ce soit :

- en se remarquant,
- en introduisant une demande de pension de conjoint *divorcé* (au lieu d'une pension de conjoint simplement séparé),
- ou en consentant à ladite répudiation initiale, unilatérale et arbitraire, dans le cadre d'une procédure *subséquente* ayant pour seul objet de remédier *après coup* aux lacunes évidentes qu'impliquait la précédente par rapport au respect des droits de la défense les plus élémentaires, *ne fait pas disparaître la violation résultant du fait que la dite répudiation a initialement eu lieu sans possibilité pour la femme concernée de présenter ses observations ou de faire valoir ses moyens de défense* »⁶⁰.

48. Ainsi, « le consentement *ultérieur* à une répudiation *initiale*, unilatérale et arbitraire, *même après convocation, comparution et audition douze ans plus tard*, dans le cadre d'une procédure subséquente qui n'avait pour seul objet que de confirmer le divorce-répudiation de 1992 en lui conférant tous ses effets à cette date et de remédier *après coup* aux lacunes évidentes qu'impliquait la précédente par rapport au respect des droits de la défense » ne fait pas « disparaître la violation résultant du fait que la dite répudiation a initialement eu lieu sans possibilité pour l'épouse de présenter ses observations »⁶¹. De même, « le fait que Madame Z. A. ait déposé un acte notarié en consentement du divorce daté du 8 mars 2006 dans lequel elle affirme avoir été consentante au divorce survenu en 2002 » ne permet pas de couvrir le vice lié au respect des droits de la défense dès lors « qu'il n'est pas établi à suffisance que Madame Z. A. ait été convoquée pour toutes les phases de la procédure »⁶². Même l'engagement relatif à la garde des enfants et à la pension alimentaire ne peut être pris en considération au titre d'acquiescement à l'acte de divorce⁶³.

49. D'autres motifs peuvent justifier le refus de reconnaissance, tels « une fraude à la loi belge de compétence ». En effet, l'ancien article 570 du Code judiciaire permettait de refuser de reconnaître la répudiation si le juge étranger s'était déclaré compétent uniquement sur la base de la nationalité du demandeur (article 570, alinéa 2, 3°). Dans un arrêt du 9 janvier 2009, la Cour du travail de Liège a refusé de reconnaître une répudiation pour ce motif : « Le fait de se rendre au Maroc pour procéder à une répudiation unilatérale afin d'échapper à la compétence exclusive réservée en matière de divorce au juge de la dernière résidence conjugale qui se trouve en Belgique constitue une fraude à la loi belge de compétence » dès lors que « la compétence de la juridiction marocaine apparaît en l'espèce liée à la nationalité des parties » alors « qu'étant tous deux domiciliés en Belgique, le juge compétent pour connaître d'une procédure en divorce était, conformément à l'article 628 du Code judiciaire, le juge de leur dernière résidence conjugale, en l'espèce le Tribunal de première instance de Liège »⁶⁴. La motivation de cet arrêt n'aurait pas été critiquable si elle s'était limitée à sanctionner le privilège

⁶⁰ Cour trav. Mons, 20 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 481, réforme T.T. Tournai, 25 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1237 et Cour trav. Mons, 6 mai 2009, R.G., n° 21.081, www.juridat.be. Un pourvoi en cassation introduit le 7 août 2009 est pendant contre l'arrêt rendu par la Cour du travail de Mons le 6 mai 2009.

⁶¹ Cour trav. Mons, 20 décembre 2007, *op. cit.* Dans le même sens, voy. Cour trav. Mons, 6 mai 2009, *op. cit.*

⁶² Cour trav. Bruxelles, 14 mai 2009, R.G. n° 48.305, www.juridat.be.

⁶³ Cour trav. Bruxelles, 28 février 2008, R.G. n° 45.308, p. 5, www.juridat.be.

⁶⁴ Cour trav. Liège, 9 janvier 2009, inédit, R.G. n° 34.240/06.

de nationalité. Toutefois, cet arrêt refuse de reconnaître le jugement étranger en faisant référence à l'article 628 du Code judiciaire qui donnerait une compétence exclusive au juge de la dernière résidence conjugale. Or, le contrôle de la compétence indirecte ne peut se justifier qu'en invoquant une règle de compétence *internationale* exclusive. L'article 628 du Code judiciaire règle une compétence *interne* et non internationale et ne pouvait donc être invoqué par la Cour pour refuser la reconnaissance de la répudiation survenue au Maroc. Une règle de compétence internationale exclusive, susceptible de faire obstacle à la reconnaissance d'un jugement étranger, est exceptionnelle et n'existe d'ailleurs pas en matière de divorce⁶⁵.

50. Enfin, il convient de relever que les juridictions du travail ne sont pas liées par une décision prise par une autorité administrative à l'égard de la reconnaissance de la répudiation, qu'il s'agisse d'une attestation émise par un consul⁶⁶ ou d'une décision prise par les autorités communales. Ainsi, il est admis que « la mention que fait l'Officier d'état civil d'une décision étrangère dans un registre constitue une simple mesure administrative qui met en concordance les registres belges avec l'état modifié à l'étranger. Cette mention, que l'Officier d'état civil accepte de faire ou de ne pas faire, n'opère pas une modification d'état et n'est pas un acte de l'état civil. En effet, il appartient aux cours et tribunaux, en cas de contestation des mentions apposées dans les registres de la population comme dans le cas d'espèce, de vérifier le respect des conditions énoncées à l'article 570 du Code judiciaire et de dire si la décision étrangère concernant l'état des personnes peut produire ses effets en Belgique »⁶⁷. De même, le fait que l'Officier de l'état civil ait reconnu la qualité de divorcé à l'époux, en l'autorisant à célébrer un nouveau mariage sur le territoire belge, « ne peut constituer un élément liant une juridiction de l'ordre judiciaire, cet acte administratif devant être écarté par application de l'article 159 de la Constitution »⁶⁸.

§ 2. LES CAS DE RECONNAISSANCE DES RÉPUDIATIONS

51. Dans certaines circonstances – plus rares –, la jurisprudence admet de reconnaître les répudiations et de leur donner certains effets.

52. Tel peut être le cas lorsque la juridiction est confrontée à une répudiation *khôl*, c'est-à-dire un mode de dissolution unilatérale du mariage, dont l'épouse a l'initiative à condition de verser

⁶⁵ Voy. Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, *op. cit.*, n° 9.7, p. 369 et 10.39, p. 451. Voy. également H. BORN et M. FALLON, *Chronique de jurisprudence - Droit judiciaire international*, *J.T.*, 1992, p. 438 : « Si l'ordre public peut justifier un refus de reconnaissance dans le cas d'une fraude des parties consistant à créer un déplacement international artificiel dans le seul but d'obtenir à l'étranger ce qui ne pourrait l'être devant « le juge naturel », encore faut-il que cette fraude soit dûment établie, ce qui n'est pas nécessairement le cas d'époux, dont l'un est belge, obtenant en vertu d'une autonomie de leurs volontés, un divorce par consentement mutuel par procuration dans un pays où ils n'ont d'autre attache qu'un domicile d'élection, dans des conditions non prévues par leurs lois nationales [...]. Le moyen d'ordre public peut encore être invoqué lorsque la reconnaissance de la décision étrangère conduirait à nier certaines des compétences internationales que le droit belge attribue aux juridictions belges. Il en est ainsi lorsque la décision contrevient à une règle de compétence exclusive comme celle qui prévoit la compétence des seuls tribunaux belges pour prononcer la faillite d'un commerçant dont l'administration centrale est en Belgique [...] ».

⁶⁶ Cour trav. Mons, 6 mai 2009, *op. cit.* et Cour trav. Mons, 20 décembre 2007, *op. cit.* : « L'attestation du consul général du Maroc [...] n'est pas de nature à remettre en cause ces considérations ».

⁶⁷ Cour du travail de Liège, 18 mars 2008, inédit, R.G. n° 31.447/03, p. 4.

⁶⁸ Cour trav. Mons, 6 mai 2009, *op. cit.* Dans le même sens, voy. Cour trav. Mons, 20 décembre 2007, *op. cit.* et Cour trav. Bruxelles, 21 novembre 2007, R.G. n° 46.052, www.juridat.be.

une compensation à l'époux. Cette compensation prend bien souvent, sous la forme d'un renoncement à ses droits : droits pécuniaires liés à la dissolution du mariage mais parfois la compensation consiste en un renoncement à la garde de ses enfants). Avant l'entrée en vigueur du Codip, les juridictions admettaient de reconnaître ce mode de dissolution du mariage au motif que l'épouse avait pu faire valoir ses droits dans le cadre de cette procédure et que par conséquent les droits de la défense avaient été respectés⁶⁹. Depuis le 1^{er} octobre 2004, le *khôl* est assimilé à une répudiation pure et simple, tombant dans le champ d'application de l'article 57 du Codip⁷⁰. Malgré le prescrit des travaux préparatoires, certaines juridictions raisonnent en dehors du champ d'application de l'article 57 du Code et admettent de reconnaître une répudiation *khôl* lorsqu'il est établi qu'elle a été obtenue à l'initiative de l'épouse et en l'absence de contrainte⁷¹.

53. D'autres juridictions optent pour un raisonnement pragmatique, estimant « qu'il y a lieu de faire preuve de réalisme et donc de reconnaître la répudiation lorsqu'elle est invoquée en Belgique » au motif que « refuser toute reconnaissance à la répudiation serait contraire au rétablissement de l'égalité non respectée »⁷². C'est pour cette raison que la Cour du travail de Bruxelles a reconnu la répudiation au motif « qu'il serait manifeste que la solution contraire pénaliserait doublement l'épouse : elle subirait les désavantages d'une dissolution du mariage imposée par son époux, sans qu'elle puisse s'y opposer ou mettre fin de sa propre initiative et selon les mêmes modalités, au mariage : elle serait également désavantagée parce qu'elle ne pourrait invoquer la répudiation à son avantage ; [...] que refuser de reconnaître les effets d'une répudiation unilatérale en Belgique équivaldrait en fait et en droit à condamner l'épouse à demeurer dans les liens du mariage alors que pour les autorités marocaines, ce lien n'existerait plus ; [...] »⁷³.

⁶⁹ T.T. Bruxelles, 4 décembre 2007, R.G., n° 10.811/06, inédit.

⁷⁰ Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 2003, n°3-27/1 du 7 juillet 2003, p. 88.

⁷¹ Civ. Bruxelles, 13 septembre 2007, *Rev. dr. étr.*, 2007, p. 491, note S. DE BLAERE ; Civ. Bruxelles (12^e ch.), 13 novembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 205 et Bruxelles (3^{ième} ch.), 30 avril 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 50, note M. FALLON, « La reconnaissance du divorce par « *khôl* ». *Contra* : Civ. Liège (2^e ch.), 31 janvier 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, liv. 151, p. 716.

⁷² Cour trav. Bruxelles (8^{ième} ch.), 13 avril 2005, R.G. n°40.557, *Chron. D.S.*, 2007, p. 468, note S. STEYLEMANS ; cassé par Cass. 12 juin 2006, R.G. S.05.0086.F. (O.N.P. c./ O.E.), www.juridat.be.

⁷³ *Ibidem*. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation le 12 juin 2006 au motif que « l'arrêt qui, [...], alloue à la défenderesse le bénéfice d'une pension d'épouse séparée alors qu'il considère que la répudiation dont elle a fait l'objet entraîne la dissolution du lien conjugal, viole les dispositions visées au moyen ». En effet, il transparaissait de l'arrêt une contradiction entre ses motifs (« le Cour de céans estime qu'il y a lieu de reconnaître la répudiation dont a fait l'objet Madame O., en son absence au Maroc ») et son dispositif qui, par confirmation du jugement déféré, allouait à Madame O. le bénéfice d'une pension séparée. En effet, si la répudiation de Madame O. était reconnue, celle-ci devait être considérée comme étant « divorcée » et par conséquent, pouvait prétendre à une pension de retraite de conjoint divorcé non remarié d'un travailleur salarié. À ce titre, elle jouissait d'un droit personnel à la pension de retraite et non d'un droit dérivé, comme celui qui est reconnu au conjoint séparé de fait.

Toutefois, on peut se demander si en l'espèce la Cour du travail n'a pas commis une simple erreur matérielle sur l'identité de la personne à l'égard de laquelle elle examinait la question de la reconnaissance de la répudiation. Des termes de la motivation, il semble ressortir que la Cour du travail s'interrogeait sur la répudiation dont avait fait l'objet la première épouse (Madame GX) et non l'intimée, seconde épouse (Madame O.). Une lecture attentive de l'arrêt permet de le penser. Dès lors, il s'agirait d'avantage d'une « erreur de distraction » commise par la Cour du travail qui, au terme de son raisonnement, aurait dû conclure à la reconnaissance de la répudiation de la première épouse (Madame GX) et non de la seconde (Madame O.). Cette clé de lecture permettrait de comprendre la raison pour laquelle la Cour a estimé, par confirmation du jugement attaqué, que Madame O., seconde épouse, avait droit à une pension de retraite de conjoint séparé. En effet, celle-ci revendiquait la reconnaissance de la répudiation dont fut victime la première épouse et la nullité de la répudiation qu'elle-même avait subi, pour se voir octroyer le droit à une pension de retraite de conjoint séparé.

54. Dans une espèce tranchée le 12 janvier 2011, la Cour du travail de Bruxelles remet en question de manière très pertinente l'analyse traditionnelle des répudiations sous l'angle du respect des droits de la défense⁷⁴. Contrairement aux cas étudiés *supra* (§ 1), la Cour raisonne sur la base de l'article 57 du Codip en faisant une application correcte de l'article 126, § 2, alinéa 2, du Codip, lui permettant de soumettre une répudiation prononcée avant le 1^{er} octobre 2004 aux dispositions du Code si les conditions de ces dernières sont remplies (voir *supra*, n° 40). Après avoir vérifié le respect des conditions posées aux articles 57 et 25 du Codip, la Cour estime que la répudiation de la première épouse prononcée avant l'entrée en vigueur du Codip, doit être reconnue. Par conséquent, la Cour réforme le jugement attaqué en considérant que les intéressés doivent être considérés comme « divorcés » et non simplement comme « séparés », ce qui la conduit à octroyer à l'époux valablement remarié une pension au taux « ménage ».

55. Dans cette espèce, la Cour s'est interrogée sur la compatibilité du critère lié au respect des droits de la défense (article 25, 2° du Codip) avec la condition posée à l'article 57, § 2, 4° du Codip qui exige que la femme ait « accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage ». En effet, selon les travaux préparatoires, le consentement de l'épouse à la répudiation peut intervenir à tout moment (article 57, § 2, 4°) tandis que, par définition, le respect des droits de la défense doit être vérifié au moment de l'homologation de la répudiation (article 25, 2°). Après avoir étudié la position des travaux préparatoires et de la doctrine, la Cour conclut « qu'il n'a pas été de l'intention du législateur d'exiger que, dans le cadre d'une répudiation, il faut en plus vérifier si les droits de la défense ont été respectés. La reconnaissance de la répudiation peut donc intervenir à n'importe quel moment et ne doit pas être intervenue dans le cadre de l'acte de l'homologation » (point 4.5.1). Par ce raisonnement, la Cour rend caduque la position prise par la Cour de cassation dans l'arrêt du 29 septembre 2003 et admet que le consentement *a posteriori* de l'épouse puisse couvrir la violation des droits de la défense (voir *supra*, n° 38). Cette lecture de la condition du respect des droits de la défense devrait inciter les juridictions à apprécier les répudiations prononcées antérieurement à l'entrée en vigueur du Codip, à la lumière des critères de l'article 57 Codip si ces derniers en permettent la reconnaissance.

La Cour du travail de Liège, statuant sur renvoi à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, a prononcé un arrêt le 15 décembre 2009 qui a également fait l'objet d'une cassation. Voy. Cass. 14 février 2011, *J.T.T.*, 2011, p. 212. Contrairement à l'arrêt rendu par la Cour du travail de Bruxelles, la Cour du travail de Liège a refusé de reconnaître la répudiation dont a fait l'objet la première épouse et par conséquent a refusé à la seconde épouse le bénéfice d'une pension de retraite d'épouse séparée puisque son mariage ne pouvait être reconnu. Cet arrêt fut cassé le 14 février 2011 au motif que l'arrêt attaqué s'abstient de mentionner la nationalité de la partie demanderesse ce qui ne permet pas à la Cour de cassation de « contrôler la légalité de sa décision refusant de reconnaître le mariage de celle-ci ». En effet, le mariage de la seconde épouse doit être considéré comme étant valide si toutes les parties sont de nationalité marocaine, ce qui rendrait cette union bigame valable au regard du droit marocain. À cette occasion, la Cour rappelle que « l'ordre public international belge ne s'oppose pas, en règle, à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger conformément à leur loi nationale par des conjoints dont l'un était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous célébré à l'étranger dans les mêmes circonstances avec une personne dont la loi nationale admet la polygamie ». Par conséquent, la seconde épouse pouvait valablement revendiquer des droits sur la base du mariage qu'elle avait contracté, malgré son caractère bigame, par application de la théorie de l'ordre public atténué. Dès lors, si la Cour du travail de Mons, à laquelle l'affaire a été renvoyée, devait à l'instar de la Cour du travail de Liège, refuser de reconnaître la répudiation de la première épouse, elle devrait octroyer à la seconde épouse une pension de retraite de conjoint séparé en vertu de la théorie de l'ordre public atténué.

⁷⁴ Cour du travail de Bruxelles (8^e ch.), 12 janvier 2011, R.G. 2008/AB/50586, www.juridat.be.

56. L'un des autres intérêts de cet arrêt est d'avoir clarifié l'application du critère de proximité en interprétant la notion de résidence habituelle dans le contexte de l'article 57, § 2, 3° du Codip. Au terme d'une motivation particulièrement bien contextualisée, la Cour conclut à l'absence de proximité de la situation avec l'ordre juridique belge pour justifier la reconnaissance de la répudiation : « Il ressort de l'exposé des motifs que la résidence habituelle est un terme utilisant des données factuelles qui traduisent le centre de vie de la personne (Doc. Sénat, 2003-2004, 3-27/1 3, p. 31). Il appartient au juge du fond d'examiner chaque cas d'espèce (p. 29). En l'occurrence si effectivement Monsieur F. avait le centre de ses intérêts professionnels en Belgique, il est tout aussi clair que le centre de ses intérêts familiaux a toujours été le Maroc. Ni sa première épouse ni sa deuxième épouse ne l'ont suivi en Belgique. Avec sa première épouse il a eu un enfant avant de commencer à travailler en Belgique et il a eu avec elle encore des enfants au Maroc en 1965 et 1966. Avec sa deuxième épouse, il a eu des enfants en 1968, 1975, 1975, 1976, 1981, 1984, 1986. Tous ses enfants sont nés au Maroc. Après avoir été admis à la retraite, il est retourné dans son pays d'origine pour y continuer sa vie avec sa famille. Il en résulte que monsieur F. n'a jamais eu l'intention de nouer des liens durables avec la Belgique, mais qu'il est venu en Belgique uniquement pour y travailler, et y gagner l'argent nécessaire à l'entretien de sa famille » (point 4.3.) et conclut qu'« il est établi qu'au moment de l'acte de répudiation, cette répudiation n'avait guère de point de rattachement avec la Belgique » (point 4.5.2.).

CONCLUSION

57. Dans cette matière si délicate, il serait appréciable de pouvoir tracer des lignes directrices. Pourtant, l'exercice est périlleux tant la jurisprudence étudiée démontre la diversité des solutions adoptées.

58. Si la problématique des effets de la polygamie en droit social semble s'être clarifiée à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2007, de nombreuses questions continuent d'émerger sous l'influence de la pluralité des situations pouvant se présenter. Bien qu'il semble admis de refuser tout effet à un mariage polygame dès lors que la première épouse est ressortissante d'un État dont la loi n'admet pas la polygamie, le moment où ces effets doivent être appréciés n'est pas encore fixé. À partir de quel moment la nationalité de la première épouse fait-elle obstacle à la reconnaissance des effets de l'union polygamique ? La nationalité belge doit-elle exister dès la première union ? Quid si l'acquisition de la nationalité belge est postérieure ? À défaut de nationalité belge, la proximité avec la Belgique déclinée en termes de résidence habituelle suffit-elle à faire obstacle à la reconnaissance des effets de la seconde union ? Doit-on se placer au moment de la seconde union ou au moment du décès du mari pour apprécier les effets du mariage polygamique sur les droits sociaux revendiqués par les épouses concernées ? Quid si la dissolution du premier mariage survient après la célébration de la seconde union ? Telles sont les futures questions que la Cour de cassation pourrait être appelée à trancher.

59. Le critère dégagé par la Cour du travail de Bruxelles permettant de fixer l'examen de *proximité* au moment où les effets découlant de l'union polygamique sont réclamés, soit à la date du décès de l'assuré, est un garant de sécurité juridique, conforme à l'appréciation *in concreto* de l'ordre public. En outre, l'examen de la jurisprudence a permis de souligner l'influence

grandissante du critère de *proximité*, décliné non plus uniquement en termes de nationalité mais également en termes de résidence habituelle sur le territoire belge. La recherche d'éléments factuels pluriels irriguant le critère de *proximité* est une application adéquate de l'appréciation *in concreto* de l'exception d'ordre public. Ce critère de *proximité* ne peut toutefois éclipser l'*effet atténué* de l'ordre public, qui au regard des circonstances de l'espèce doit parfois conduire au partage sans condition de la pension de survie ou de retraite. Seul le souci de parvenir à une solution équitable et juste devra guider le magistrat dans la mise en balance subtile de ces deux critères, à la lumière des circonstances de l'espèce.

60. En matière de répudiation, la situation semble encore plus délicate. Des intérêts pécuniaires guident l'O.N.P., ce qui explique les nombreux recours introduits par les particuliers. Les intérêts en présence s'affrontent au détriment parfois de la recherche de l'application correcte des règles de droit international privé. De nombreuses juridictions continuent à interpréter de manière stricte l'exigence liée au respect des droits de la défense pour refuser tout effet à une répudiation prononcée à l'étranger. D'autres juridictions préfèrent opter pour un certain réalisme et tentent d'assouplir les conditions liées à la reconnaissance des répudiations pour en réceptionner les effets dans l'ordre juridique belge. On aurait pu espérer que l'article 57 du Codip soit le garant d'un surcroît de sécurité juridique, en soumettant l'ensemble des répudiations au même régime de reconnaissance. Toutefois, les situations auxquelles sont confrontées les juridictions du travail visent des répudiations antérieures à l'entrée en vigueur du Code, ce qui laisse subsister l'ancien article 570 du Code judiciaire et la jurisprudence fluctuante de la Cour de cassation. Cette situation a vu émerger un paysage en mosaïques, ce qui place les justiciables dans une situation précaire et inconfortable. Encore faut-il souligner la possibilité de favoriser l'examen des effets d'une répudiation sous l'angle de l'article 57 du Codip, en faisant usage de l'article 126, § 2, alinéa 2 du Codip dès que les critères de l'article 57 en permettent la reconnaissance. La position prise par la Cour du travail de Bruxelles dans l'arrêt du 12 janvier 2011 tente de concilier les différentes exigences et y parvient. C'est de la rencontre d'un certain réalisme et d'une appréciation *in concreto* des situations, combinée avec la prise en considération du consentement, même ultérieur de l'épouse répudiée, qu'un réel respect du principe d'égalité peut émerger.

61. Il reste à conclure que cette matière délicate se prête mal à des règles rigides et doit pouvoir être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, ce qui suppose d'accepter de laisser une certaine marge d'appréciation aux juges du fond. Cette souplesse ne doit toutefois pas décourager ces derniers de prendre leurs responsabilités en motivant leurs décisions de manière rigoureuse et précise au regard des circonstances d'espèce et en fonction des critères fixés par la loi (*proximité* et *gravité*), la censure de la Cour de cassation devant se limiter à vérifier la prise en considération de ces critères sans se substituer à l'appréciation qui revient au juge du fond.

*

Comité scientifique/Scientific Board

Prof. Jean-Yves Carlier, President CeDIE
Prof. Pierre d'Argent
Prof. Marc Fallon
Prof. Stéphanie Francq
Prof. Paul Nihoul
Prof. Sylvie Saroléa

Comité de rédaction/Editorial Board

Prof. Jean-Yves Carlier, President CeDIE
Damien Gerard, Coordinateur/Editor
Annie Fourny
Bernadette Martin-Bosly

Les Cahiers du CeDIE sont stockés sur [DIAL](#), la plateforme de dépôt institutionnel de l'Académie Louvain.
The CeDIE Working Papers are uploaded on [DIAL](#), the Louvain Academy repository and publications database.

CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen. Créé en 1963, le CeDIE honore depuis 1973 la mémoire du Professeur Charles De Visscher (1884-1973), une personnalité qui a marqué le droit international public dans la période d'après-guerre. Il fut, en particulier, président de l'Institut de droit international, juge à la Cour internationale de Justice et ministre du gouvernement belge. Le CeDIE poursuit des activités de recherche dans les disciplines juridiques affectant les problématiques internationales au sens large, en particulier le droit international public, le droit international privé, le droit européen (UE) et les droits de l'homme. Depuis ses débuts, le CeDIE défend une conception large du droit international et une approche comparative, de type interdisciplinaire.

CeDIE – Charles De Visscher Centre for International and European Law. Established in 1963, the CeDIE honours since 1973 the memory of Professor Charles De Visscher (1884-1973), a prominent figure in the field of public international law in the post-WWII period. Among others, he held positions as President of the Institut de droit international, Judge of the International Court of Justice and Minister in the Belgian government. The CeDIE carries research activities in the field of international law including public international law, private international law, European (EU) law and human rights law. Since its inception, the CeDIE aims to promote a broad understanding of and an interdisciplinary approach to international law.
