

L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET LES CONVENTIONS ENTRE ÉPOUX OU COHABITANTS

7^e journée d'études juridiques Jean Renauld

sous la direction de
Jean-Louis RENCHON et
Fabienne TAINMONT

Patrimoine et notariat



larcier



UCL

Université
catholique
de Louvain

LES CLAUSES DES CONVENTIONS ENTRE ÉPOUX OU COHABITANTS RELATIVES À L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE À L'ÉGARD DE LEURS ENFANTS

Jean-Louis RENCHON

Professeur à l'Université catholique de Louvain
et à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Une place particulière peut maintenant être donnée lors de cette journée, après les conventions portant sur les droits patrimoniaux des époux ou des cohabitants, à l'étude de l'autonomie de leurs volontés au regard de leurs droits « personnels » ou, à tout le moins, de certains de leurs droits personnels.

Il nous a en effet paru pertinent, compte tenu de leur importance dans la pratique du barreau et du notariat, d'accorder une attention spécifique aux conventions relatives, d'une part, à l'exercice de l'autorité parentale – c'est l'objet de cet exposé – et, d'autre part, aux obligations alimentaires – c'est l'objet de l'exposé de Madame Gallus et de Monsieur Beernaert (*infra*, p. 345).

2. On entre ici, à vrai dire, dans un domaine où on a longtemps pu considérer qu'il n'y avait pas, en principe, « matière » à un « contrat ».

Effectivement, la section 3 du chapitre II du titre III du livre III du Code civil, intitulée « De l'objet et de la matière des contrats », comprend plusieurs dispositions, dont une qui précise que « tout contrat a pour objet *une chose* qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire » (art. 1126 C. civ.) et une autre – très

souvent reproduite dans les ouvrages de doctrine – selon laquelle « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions » (art. 1128 C. civ.).

Sans doute, les termes « être dans le commerce » doivent-ils être compris, dans l'article 1128 du Code civil, comme « susceptibles de faire l'objet d'une convention », en manière telle que le législateur ne nous apprend en réalité pas grand-chose en prescrivant qu'il n'y a que les choses qui peuvent faire l'objet d'une convention qui puissent faire l'objet de contrats, sauf précisément qu'il y a des choses qui ne sont pas dans le commerce et qui ne peuvent dès lors pas faire l'objet ou constituer la matière d'un contrat.

Il reste qu'en s'en tenant aux termes des articles 1126 et 1128 du Code civil, il n'y aurait, de toute manière, que les « choses » qui pourraient faire l'objet de contrats et une « chose », selon la distinction traditionnelle consacrée dans le Code civil, est équivalente à un bien.

D'ailleurs, les contrats ou « Les obligations conventionnelles en général », pour reprendre l'intitulé du titre III du livre III du Code civil, ont été classés dans un livre qui est lui-même intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété » (1), tandis qu'à l'article 544 du Code civil, la propriété est définie, comme on le sait, comme le droit de jouir et de disposer des « choses ». Il n'y aurait donc, selon notre Code civil, de contrat envisageable qu'à propos des droits et des obligations patrimoniaux.

3. On peut ainsi encore lire, aujourd'hui, sous la plume de l'éminent privatiste qu'est le professeur Pierre Van Ommeslaghe, lorsqu'il s'attache à formuler une définition du contrat, plus correcte que celle exprimée à l'article 1101 du Code civil, que « le contrat est un accord entre deux ou plusieurs volontés en vue de produire des effets juridiques de nature patrimoniale » (2).

Sans doute, ajoute-t-il aussitôt, « nous ne traitons pas ici des contrats ne portant pas sur des droits de nature patrimoniale », car « l'application du régime du contrat aux droits de la personnalité est controversée et délicate ».

Il y a là, à vrai dire, quelque contradiction, car s'il existe effectivement des contrats ne portant pas sur des droits de nature patrimoniale, la définition expressément donnée par l'auteur au contrat devient problématique.

(1) Dans la même perspective, le titre I du livre III, relatif aux successions, n'organise aussi que la succession aux biens (et aux dettes), sans que le législateur ait un seul instant songé à y organiser la succession à des droits personnels – dont on enseignait d'ailleurs parallèlement, à l'époque, qu'ils étaient précisément intransmissibles.

(2) P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 133, n° 58.

Il reste que, lorsqu'il traite de l'objet du contrat, ou, plus exactement, de l'objet des obligations conventionnelles, et qu'il commente la disposition selon laquelle il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent faire l'objet de conventions, le professeur Van Ommeslaghe s'en tient parfaitement à sa conception patrimoniale du contrat, car les choses hors commerce sont clairement pour lui des biens qui sont soustraits aux contrats, tels les biens du domaine public ou les biens dont une loi ou un règlement a interdit de disposer.

Dans son *Précis* publié quelques années auparavant, le professeur Patrick Wéry avait donné du contrat une définition très comparable, mais exprimée de manière plus large : « Il convient de définir le contrat (ou la convention) comme l'accord de volontés (manifestées) entre deux ou plusieurs personnes, destiné à produire des effets de droit, qu'il s'agisse de donner naissance à des obligations, de transférer un droit subjectif, de modifier ou d'éteindre un droit ou une convention préexistant » (3).

De manière sans doute prudente, l'auteur n'a pas développé, à propos de cette définition, la question de savoir si la matière des contrats serait limitée aux « choses », c'est-à-dire aux droits de nature patrimoniale.

4. La problématique se complexifie en raison de la portée que les auteurs de droit civil confèrent, par ailleurs, à l'article 6 du Code civil, dont on sait qu'il dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

On relèvera d'emblée que cet article a été classé dans un titre préliminaire du Code civil – précédant les trois livres du Code civil – et non pas dans le titre relatif aux contrats ; on pourrait donc en inférer qu'il régit l'ensemble des matières traitées dans le Code civil.

La doctrine déduit logiquement de ce principe fondamental exprimé à l'article 6 du Code civil qu'un contrat ne peut pas avoir un objet qui contreviendrait aux lois d'ordre public et que, dès lors, il n'est pas possible de contracter lorsqu'une « matière » est régie par une loi d'ordre public.

Or, le professeur Henri De Page citait expressément, à titre d'exemple, les lois sur l'état et la capacité des personnes (4).

On y perd quelque peu, à vrai dire, son latin, car de deux choses l'une.

(3) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 56, n° 37.

(4) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1939, p. 105. Cet exemple est aussi repris dans chacun des traités des Professeurs Van Ommeslaghe et Wéry, lorsqu'ils analysent la portée de l'article 6 du Code civil (P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, vol. 1, *op. cit.*, p. 391, n° 235 et P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 255, n° 288, qui cite lui-même L. Josserand).

Si, de toute manière, il n'y a matière à contrat que lorsque l'accord des volontés est relatif aux biens, il ne devrait même pas y avoir lieu de faire observer qu'un contrat aurait un objet illicite en raison de ce qu'il serait contraire aux lois d'ordre public s'il portait sur l'état et la capacité des personnes, puisqu'il ne s'agit précisément pas là de biens ou de droits patrimoniaux.

Mais ne serait-ce pas plutôt, en définitive, qu'il n'est pas aussi clair que le laisse penser le découpage du Code qu'il n'y aurait jamais matière à un contrat portant sur des droits personnels, c'est-à-dire des droits relevant du droit de la personne et de la famille ?

Il y aurait seulement que de tels contrats ne pourraient être conclus que pour autant qu'ils ne dérogent pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

La perspective serait alors fort différente. N'est-ce pas d'ailleurs de cette manière qu'il y a lieu de comprendre la considération formulée par le professeur Wéry selon laquelle « à vrai dire [cette] exigence de commercialité juridique n'est qu'une manifestation particulière d'une condition plus large : la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (5) ?

On devrait alors, pour être précis, s'exprimer de la manière suivante : ne peut pas faire l'objet d'un contrat ce qui, à propos tant de la personne que des biens, n'est pas dans le commerce juridique soit en raison de considérations générales d'ordre public ou politique, soit en raison de législations particulières poursuivant des objectifs spécifiques.

5. Au demeurant, déjà au temps du Code Napoléon, le législateur n'avait pas radicalement exclu du droit des personnes et de la famille la possibilité de conclure des contrats ou des actes juridiques unilatéraux.

On songe particulièrement à l'acte de reconnaissance d'un enfant, au contrat d'adoption (6) et, surtout, à la convention préalable au divorce par consentement mutuel, même si ces deux derniers contrats ne pouvaient (et ne peuvent toujours) sortir leurs effets que dans le contexte d'une procédure judiciaire.

Il reste qu'on pouvait hésiter sur leur régime juridique, sans y appliquer telles quelles les dispositions générales du droit des contrats ou des actes juridiques, telles qu'elles sont formulées dans le titre III du livre III du Code civil.

(5) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., p. 255, n° 289.

(6) L'adoption est juridiquement restée un contrat – soumis à l'homologation du tribunal – jusqu'à la réforme opérée par la loi du 24 avril 2003. Notre droit actuel connaît, par contre, toujours la « convention » de tutelle officieuse (art. 475bis et s. du Code civil).

Ces dispositions générales n'avaient d'ailleurs été rédigées qu'en partant du postulat qu'elles concernaient les « choses » ou les biens. À preuve – c'est le cas de le dire –, les dispositions relatives au droit de la preuve, notamment l'article 1341 du Code civil, qui, même s'il est formulé de manière inadéquate, exige un écrit pour « toutes choses excédant une somme ou valeur de [...] ». On ne voit évidemment pas comment on transposerait telle quelle pareille règle à la preuve d'une convention relative, par exemple, aux modalités d'exercice de l'autorité parentale.

On peut donc comprendre que le professeur Van Ommeslaghe se soit montré prudent et réservé, en limitant son étude du droit des contrats aux actes de nature patrimoniale et en considérant que l'application de ce droit des contrats aux droits de nature personnelle était « délicate ».

6. Ce qui, par contre, a fondamentalement changé, aux confins des XX^e et XXI^e siècles, c'est la nouvelle conception qu'on s'est faite de l'autodétermination de la personne humaine par rapport à sa vie privée et familiale.

Jusqu'il y a peu, la place reconnue à la volonté individuelle, lorsqu'il s'agissait d'organiser le statut de la personne humaine et les institutions de la famille, était minime, tant on considérait qu'il s'agissait-là de prérogatives qui ne pouvaient être abandonnées à l'individu et devaient, au contraire, être gérées de manière collective dans l'intérêt général.

Transposée dans le langage juridique, pareille conception conduisait à affirmer que la matière était, d'une manière générale, d'« ordre public » et qu'elle ne relevait dès lors pas de l'autonomie des volontés.

On peut reprendre à cet égard une formulation significative, que j'ai déjà citée dans d'autres études et qui avait été exprimée, dans un jugement prononcé le 23 juin 1986, par le juge des saisies du tribunal de première instance de Bruxelles. Il y était encore décidé que la fixation des droits et devoirs respectifs des parents à propos de la garde de leurs enfants « relève, à raison de l'intérêt protégé, de l'ordre public et échappe au nombre des objets dont les parties auraient la libre disposition en dehors de tout contrôle judiciaire, en manière telle que les accords éventuellement pris par elles quant à eux sont inefficaces à produire quelque effet juridique, tant qu'ils n'ont point été approuvés et consacrés par justice » (7).

Or, le changement de perspective ou de paradigme est aujourd'hui radical.

C'est désormais comme si pouvoir « décider soi-même » était devenu la valeur primordiale dans le domaine de la vie privée et familiale, en

(7) Civ. Bruxelles (sais.), 23 juin 1986, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 314 ; voy. égal. Civ. Bruxelles (sais.), 28 avril 1986, *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 294, note J.-L. RENCHON.

raison tant de la valorisation de l'idée de liberté personnelle que du caractère jugé opératoire de l'autonomie des volontés.

On considère, en d'autres termes, que le collectif n'aurait plus de légitimité à imposer ses exigences et qu'il aurait, par contre, tout à gagner à ce que les individus décident et s'accordent eux-mêmes.

Si la médiation et, d'une manière générale, la recherche d'un « accord » sont aujourd'hui à ce point promues, c'est à la fois parce qu'on entend laisser aux individus le droit d'élaborer eux-mêmes une solution à leurs difficultés ou leurs conflits, c'est aussi parce qu'on souhaite désengorger le « service public » de la justice et c'est, enfin, parce qu'on estime qu'il y a plus de chances qu'un accord soit respecté et exécuté par les parties qu'une décision qui leur serait imposée d'autorité.

7. Si cette nouvelle orientation politique est claire, ses incidences juridiques sont, par contre, loin d'être claires.

Car, dans son découpage, notre Code civil est resté le Code civil et les dispositions générales relatives aux contrats se trouvent toujours dans le livre III, régissant les différentes manières d'acquérir la propriété.

Quel est alors le régime juridique applicable aux contrats conclus dans le domaine de la vie privée et familiale ?

Est-ce d'ailleurs afin de ne pas leur rendre applicables les règles du droit des contrats conçues et rédigées pour les biens que le législateur ne qualifie pas expressément de « contrats » les conventions conclues dans le domaine de la vie privée et familiale, mais recourt souvent, au contraire, à une terminologie ambiguë, telle la notion d'« accord » utilisée systématiquement dans le Code civil à propos du règlement des modalités d'exercice de l'autorité parentale (voy. les articles 374, 375bis et 376 du Code civil) ?

Hésitante, la doctrine recourt d'ailleurs encore parfois à la notion de « convention d'honneur » (8), qui était utilisée lorsque la matière ne pouvait précisément pas faire l'objet d'une convention « juridique », mais qui n'est plus exacte aujourd'hui depuis que pareille impossibilité a été levée.

Se retrouverait-on alors face à un vide juridique, qu'on chercherait à combler de manière prétorienne, en ne s'embarrassant plus trop de dispositions générales ?

(8) Voy. N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance. Filiation – Autorité parentale – Hébergement*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 421. Cet auteur considère que les parents séparés ou divorcés « qui choisissent de ne pas demander de consécration judiciaire de leurs droits respectifs en ce qui concerne les modalités d'hébergement des enfants communs échappent à tout cadre juridique ayant force de loi » (p. 419). Elle exprime par contre, semble-t-il, un point de vue différent lorsque les parents consignent leur accord écrit dans un acte notarié (p. 423).

Il n'y aurait peut-être là qu'une autre manifestation d'un phénomène plus général qui innerve le droit des personnes et de la famille et qui est celui du règlement au « cas par cas » : à chaque situation, sa solution individualisée.

8. Avant d'entrer dans le vif du sujet et d'étudier de manière pratique les conventions – et surtout les clauses – susceptibles de porter sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, essayons néanmoins de systématiser les principes juridiques qui seraient susceptibles de régir ces conventions.

Section 1 Les principes juridiques

§ 1. L'indisponibilité de la titularité de l'autorité parentale

9. C'est encore et toujours, en droit belge, le législateur qui impose aux père et mère d'être les titulaires de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants.

L'autorité parentale est un effet juridique obligatoire du lien de filiation et est dès lors, en tant que telle, indisponible, au sens où les père et mère ne peuvent pas convenir, ni entre eux, ni avec un tiers, de s'y soustraire, d'y renoncer ou d'en céder les prérogatives.

La titularité de l'autorité parentale ne peut donc effectivement pas faire l'objet d'un contrat. Elle est ainsi « hors commerce », en raison d'un choix politique tenant à des considérations générales d'ordre public, parmi lesquelles l'intérêt de l'enfant occupe certainement, aujourd'hui, une place prépondérante.

10. Voilà donc un premier principe indiscutable, qui, s'il n'a pas, comme en droit français (9), été expressément formulé dans le Code civil, résulte implicitement de l'article 372 du Code civil et de l'ensemble des dispositions légales organisant l'autorité parentale.

On ne peut pas complètement exclure que ce principe puisse un jour évoluer ou faire l'objet d'adaptations ou de dérogations : par exemple, on pourrait l'envisager au profit d'un beau-parent.

Il est cependant peu vraisemblable que de telles dérogations soient un jour autorisées en dehors d'un contrôle judiciaire, comme le législateur

(9) Aux termes de l'article 376 du Code civil français, « aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous ».

belge l'a d'ailleurs déjà expressément prévu dans le contexte d'une éventuelle convention de tutelle officieuse (art. 475^{ter} du Code civil) ou comme le législateur français l'a expressément prévu dans le contexte d'une éventuelle délégation de l'autorité parentale (art. 377 et 377-1 du Code civil).

§ 2. La « conventionnalisation » des modalités d'exercice de l'autorité parentale

11. C'est à propos des modalités d'exercice de l'autorité parentale que les conceptions ont, depuis une vingtaine d'années, considérablement évolué et on a désormais admis que ces modalités d'exercice étaient susceptibles de relever de l'autonomie des volontés individuelles des parents.

Il n'y a pas eu là seulement une conséquence concrète de l'idée plus générale selon laquelle les droits personnels pourraient aussi constituer la matière d'un contrat.

C'est le législateur qui a lui-même expressément fait le choix de conférer aux père et mère le pouvoir de s'accorder sur la manière dont ils assumeront leurs responsabilités éducatives à l'égard de leurs enfants. Il en a même fait le principe général d'exercice de l'autorité parentale.

A. Le principe légal de l'exercice conjoint de l'autorité parentale

12. Jusqu'à la réforme opérée par la loi du 13 avril 1995, le législateur n'avait pas conçu que deux parents séparés ou divorcés puissent exercer ensemble, d'un commun accord, les prérogatives de leur autorité parentale.

À l'époque, le désaccord entre les deux parents était perçu comme inhérent à une situation de séparation : s'ils ne parvenaient plus à vivre ensemble, c'était parce qu'ils ne parvenaient plus à s'accorder.

C'est pourquoi la séparation des époux ou des deux parents non mariés d'un enfant impliquait que l'administration de la personne et des biens de l'enfant ne puisse plus être exercée que par un seul des deux parents.

Pareille appréhension des choses correspondait à la vision du mariage – qui était lui-même la forme dominante d'organisation de la famille –, telle qu'elle prévalait à l'époque : le mariage était fondé sur des considérations plus rationnelles que purement affectives ou sentimentales et, dès lors, un couple qui « s'entendait » pour l'organisation de la

vie quotidienne de la famille n'avait pas de raison de se séparer. Ce n'était, au contraire, que lorsque l'« entente » entre les conjoints devenait « sérieusement perturbée » (10) qu'ils se trouvaient probablement contraints de se séparer et leur séparation signifiait alors précisément qu'ils n'étaient plus en mesure de « s'entendre ».

13. La valorisation de l'entente intime – affective et sexuelle – dans le couple, combinée à la promotion de la liberté de chaque partenaire de rompre son couple pour des raisons strictement personnelles, a, au contraire, conduit à considérer aujourd'hui que la séparation du père et de la mère d'un enfant n'impliquait plus nécessairement qu'ils ne pourraient plus continuer à s'entendre et à s'accorder à propos de son éducation.

À partir de ce moment, un certain nombre d'intervenants professionnels, mus par le souci de préserver les « enfants du divorce » des difficultés liées aux conflits entre leurs père et mère, ont mis en exergue la dissociation qu'il était opportun d'opérer entre le « couple conjugal » et le « couple parental » : quelle que soit la part d'idéalisation et de déni de la réalité qui pouvait se trouver dans pareille considération, ils ont fait valoir que la rupture du couple conjugal ne devait pas entraîner pour autant la rupture du couple parental.

À tout le moins, ce qui a été systématiquement affirmé depuis la multiplication des situations de divorce et de séparation, c'est « l'inconditionnalité du lien de filiation » au regard de la conditionnalité du lien de conjugalité (11). Si la relation de couple n'est plus qu'un « pacte renouvelé au jour le jour », selon l'expression qui fut utilisée dans l'exposé des motifs du projet de loi ayant conduit à la réforme du divorce opérée par la loi du 27 avril 2007, le lien de filiation constitue, au contraire, un engagement à l'égard de l'enfant qui ne peut pas être rompu par ses parents et chacun des deux parents reste dès lors obligé, même s'ils se séparent, de continuer à assumer, conjointement avec l'autre parent, toutes les implications qui en résultent pour l'exercice de leur autorité parentale et l'exécution de leur obligation d'entretien.

14. C'est cet objectif que le législateur belge, à l'instar d'autres législateurs européens, a entendu mettre en œuvre lorsqu'il a édicté, dans la loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, le principe selon lequel les père et mère, qu'ils vivent ensemble ou qu'ils

(10) Tels sont exactement les termes qui furent insérés dans l'article 223 du Code civil par la loi du 14 juillet 1976 ayant réformé les droits et devoirs des époux et les régimes matrimoniaux. C'était donc bien cette conception du mariage et de la famille qui prévalait encore en 1976.

(11) Voy. I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, La documentation française/Odile Jacob, 1998, p. 34.

vivent séparément, exercent conjointement leur autorité sur la personne de leur enfant et l'administration de ses biens.

Mais il en résulte précisément que les père et mère qui se séparent devront alors nécessairement se mettre d'accord sur les décisions qui devront ainsi être prises conjointement dans l'exercice de cette autorité ou de cette administration.

L'article 374, § 1, alinéa 2, du Code civil, qui est relatif à l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant, fait ainsi expressément état de l'« accord » des père et mère « sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique ».

Le législateur envisage là les deux prérogatives de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant :

- le droit d'hébergement, qualifié dans d'autres dispositions légales ou dans les textes internationaux de « droit de garde », qui consiste à prendre en charge l'enfant, à le soigner et à l'élever là où ses parents résident ;
- le droit d'éducation, qui consiste à prendre les décisions éducatives « importantes » relatives à l'enfant.

Par ailleurs, les articles 376 et 384 du Code civil instituent le même principe d'exercice conjoint à propos des deux prérogatives de l'autorité parentale relatives aux biens de l'enfant :

- le droit d'administration légale, auquel le législateur rattache le droit de représenter l'enfant dans les actes juridiques conclus en son nom ;
- le droit de jouissance légale.

15. L'exercice conjoint de l'autorité parentale a, par conséquent, deux implications précises :

- d'une part, les père et mère sont, en principe, tenus de s'accorder tant sur l'organisation et la répartition de l'hébergement de leur enfant (le droit de garde) que sur les décisions éducatives importantes (le droit d'éducation)⁽¹²⁾ et sur les décisions relatives à l'exercice de l'administration légale et de la jouissance légale ;

(12) Il n'y a pas lieu d'inclure dans le droit d'éducation, relatif aux décisions éducatives importantes, les décisions éducatives de la vie quotidienne prises par chaque parent, lors de ses périodes d'hébergement, lorsque ces décisions éducatives n'empiètent ni sur la conception globale de l'éducation de l'enfant ni sur l'organisation de la vie quotidienne de l'enfant avec l'autre parent. Ces décisions éducatives relèvent en effet de l'exercice normal et adéquat du droit de garde (ou d'hébergement) de l'enfant. Voy. J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 389, n° 30 ; J. SOSSON et F. REUSENS, « La mise en œuvre concrète des principes relatifs à l'autorité parentale – Focus sur quelques questions pratiques », in D. PIRE (dir.), *Droit des familles*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 75-76.

- d'autre part, s'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord, un des deux parents ne peut pas prendre seul ces décisions ; il ne peut que s'adresser au juge compétent afin qu'il tranche leur désaccord.

La conclusion d'un accord ou d'une convention entre les père et mère est dès lors devenue, depuis la loi du 13 avril 1995, le principe de base de l'exercice des prérogatives de l'autorité parentale et c'est cet accord ou cette convention qui fera loi – c'est-à-dire décision juridique obligatoire – dans les relations aussi bien entre les père et mère qu'à l'égard de leur enfant.

16. Si l'exercice conjoint de l'autorité parentale par des parents séparés ou divorcés implique ainsi que les père et mère soient tenus de conclure un accord, chaque fois qu'il y a lieu pour eux de prendre une décision exigeant leur commun accord, le législateur a, malgré tout, entendu maintenir la possibilité pour le juge d'en décider autrement et d'en revenir à la solution qui prévalait jusqu'à la loi du 8 avril 1965 – l'exercice exclusif de l'autorité parentale – lorsqu'il apparaîtrait que les père et mère ne seraient pas en mesure de se mettre d'accord sur les modalités d'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant et/ou de l'administration de ses biens.

La disposition légale contenue dans l'article 374, § 1, alinéa 2, du Code civil ne réserve manifestement pas la solution de l'exercice exclusif de l'autorité parentale par un seul des père et mère à des situations exceptionnelles, puisqu'il suffit qu'il apparaisse des circonstances de la cause qu'ils ne parviennent pas à s'accorder (ou que leurs accords soient contraires à l'intérêt de leur enfant) pour que le juge « puisse » confier cet exercice exclusif à l'un d'entre eux.

La pratique révèle néanmoins que les magistrats n'acceptent d'imposer à un des parents – qui s'y oppose – l'exercice exclusif de l'autorité parentale par l'autre parent, séparé ou divorcé, que dans des situations exceptionnelles (13).

Faut-il déduire de la manière dont cette disposition légale a été rédigée que seul le juge pourrait décider que l'autorité parentale serait exercée de manière exclusive et que les père et mère ne pourraient pas le décider et le convenir eux-mêmes ?

Ce serait donner au texte une portée exagérément littérale qui serait contradictoire avec l'évolution générale de notre droit, tendant à attribuer aux parents l'autonomie et la responsabilité des décisions qu'ils prennent à propos de leur enfant.

(13) Voy. l'analyse approfondie de N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance. Filiation – Autorité parentale – Hébergement*, op. cit., pp. 249 et s.

Les père et mère séparés ou divorcés peuvent donc eux-mêmes décider et convenir qu'en raison de la difficulté dans laquelle ils se trouveraient de s'accorder chaque fois qu'il y aurait lieu pour eux de prendre une décision exigeant leur commun accord, l'un d'entre eux exercera exclusivement l'autorité sur la personne et l'administration des biens de leur enfant.

17. Si l'autorité parentale est, en principe, exercée conjointement par les deux parents et si, par exception, elle peut l'être par un seul d'entre eux, le législateur n'a pas exclu une solution intermédiaire.

Il ne l'a, à vrai dire, envisagée que dans un seul cas de figure.

L'article 374, § 1, alinéa 3, du Code civil prévoit en effet que le juge, en confiant l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des père et mère, « peut aussi fixer les décisions d'éducation qui ne pourront être prises que moyennant le consentement des père et mère ».

Si on devait s'en tenir à cette seule hypothèse, il ne serait possible d'organiser comme solution intermédiaire qu'un exercice exclusif de l'ensemble des prérogatives de l'autorité parentale, sauf pour certaines décisions relevant du droit d'éducation, qui seraient soumises à un exercice conjoint.

Mais, à nouveau, une interprétation strictement littérale du texte légal serait contradictoire avec l'esprit de la loi du 13 avril 1995 et, surtout, avec le mouvement général de « conventionnalisation » des modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Il en résulte que les père et mère peuvent organiser les modalités d'exercice de chacune des prérogatives de l'autorité parentale de manière conjointe ou exclusive et, notamment, décider que, tout en continuant l'un et l'autre à exercer conjointement l'autorité parentale, l'un d'entre eux exercera seul l'administration légale ou la jouissance légale des biens de l'enfant, voire surtout que l'un d'entre eux aura seul la responsabilité exclusive de tel ou tel type de décision éducative, par exemple l'éducation sportive ou l'éducation artistique, ou la responsabilité exclusive de l'administration et de la gestion de tel ou tel type de biens de l'enfant, par exemple un immeuble recueilli dans la succession de ses grands-parents ou tel ou tel compte bancaire contenant des avoirs ayant telle ou telle origine familiale (14).

Le champ des aménagements conventionnels par les parents des modalités d'exercice de leur autorité parentale est dès lors particulièrement étendu...

(14) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 712, n^{os} 766 et 767 ; N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance. Filiation - Autorité parentale - Hébergement*, op. cit., pp. 265 et s. ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale », op. cit., pp. 424 et s., n^{os} 64 à 66.

B. Les dispositions législatives postérieures à la loi du 13 avril 1995

18. Après la consécration du principe légal de l'exercice conjoint de l'autorité parentale par la loi du 13 avril 1995, le législateur belge n'a cessé d'accentuer le mouvement de « conventionnalisation » des modalités d'exercice de l'autorité parentale.

19. On relèvera d'abord les législations relatives à la médiation, qui sont, bien sûr, particulièrement significatives, puisqu'elles ont eu pour principal objectif de promouvoir un mode spécifique de règlement amiable – c'est-à-dire conventionnel – des litiges familiaux et, plus particulièrement, des litiges entre deux parents à propos de leur enfant.

On ne perdra pas de vue, en effet, que la première législation ayant encadré la médiation civile fut celle du 19 février 2001, qui ne concernait précisément que la médiation familiale. Or, parmi les matières susceptibles de faire l'objet d'une telle médiation et, dès lors, d'un accord entre les parties, la loi du 19 février 2001 renvoyait expressément à l'ensemble du titre du Code civil relatif à l'autorité parentale.

Cette législation a, comme on le sait, été ensuite remplacée par la loi du 21 février 2005 qui organise d'une manière générale la médiation civile ou privée, tout en distinguant la médiation en matière familiale, la médiation en matière civile et commerciale, et la médiation en matière sociale.

Dans chacune de ces matières, la loi du 21 février 2005 a un champ plus large que la loi du 19 février 2001, puisqu'elle régit autant la médiation dite volontaire – mise en œuvre en dehors de toute procédure judiciaire – que la médiation dite judiciaire.

Lorsqu'il s'agit d'une médiation volontaire, l'article 1732 du Code judiciaire prévoit expressément que « lorsque les parties parviennent à un accord de médiation, celui-ci fait l'objet d'un écrit daté et signé par elles et le médiateur » et que « cet écrit contient les engagements précis pris par chacune d'elles ».

Ce n'est que si elles le souhaitent et pour autant que leur médiateur ait été agréé par la Commission fédérale de médiation que les parties ou l'une d'elles peuvent soumettre cet accord de médiation pour homologation au juge compétent.

Comme le titre du Code civil relatif à l'autorité parentale est toujours inclus dans les matières à propos desquelles un différend peut faire l'objet d'une médiation (art. 1724 C. jud.), il résulte nécessairement de la loi du 21 février 2005 que les différends ayant surgi entre les père et mère à propos des modalités d'exercice de leur autorité parentale peuvent

faire l'objet non seulement d'une médiation, mais aussi d'un « accord de médiation » contenant leurs « engagements précis » qui devra être daté et signé par eux, sans qu'un tel accord doive être soumis à un quelconque contrôle judiciaire.

20. La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire des enfants dont les parents sont séparés a tout autant mis en exergue l'« accord » des père et mère, puisque c'est cet accord qui, selon l'article 374, § 2, alinéa 1, du Code civil, constitue le premier critère de détermination des modalités de l'hébergement par chacun de ses père et mère d'un enfant dont les parents sont séparés. C'est, au demeurant, ce qui résultait déjà du texte de l'article 374, § 1, alinéa 2, du Code civil, y inséré par la loi du 13 avril 1995.

Ce n'est donc qu'« à défaut d'accord » que le juge mettra en œuvre, pour organiser l'hébergement de l'enfant, les autres critères indiqués à l'article 374, § 2, alinéas 2 à 4, du Code civil.

On peut lire à ce propos, dans le rapport de la commission de la Justice du Sénat, « que le premier principe consacré par le projet est la primauté de l'accord des parents relatif à l'hébergement de l'enfant » et que « c'est fondamental dans une matière aussi délicate car les parents sont les mieux placés pour apprécier la situation et il est évident que le juge doit favoriser un tel accord » (15).

C'est d'ailleurs la même loi du 18 juillet 2006 qui a inséré, dans l'article 387*bis* du Code civil, une nouvelle disposition prévoyant expressément que dans les litiges relatifs à l'autorité parentale, le juge donne aux parties toutes les informations utiles sur la procédure et, en particulier, sur l'intérêt de recourir à la médiation familiale. Cette disposition a, par la suite, été transposée dans l'ensemble des dispositions organisant les procédures introduites devant le tribunal de la famille (art. 1253*ter* et s. du Code judiciaire).

21. On relèvera enfin les dispositions insérées à l'article 132*bis* du Code des impôts sur les revenus par l'article 279 de la loi-programme du 27 décembre 2006, afin d'y consacrer ce que l'on a pu appeler la « coparentalité fiscale ».

Ces dispositions ont eu pour objectif de permettre à deux parents séparés qui continuent à exercer conjointement l'autorité parentale à l'égard de leur(s) enfant(s), dont l'hébergement a été réparti entre eux de manière égalitaire, de bénéficier, chacun pour moitié, de l'exemption d'impôts sur un supplément de revenus déterminé en fonction du nombre d'enfants à charge de ces parents.

(15) Rapport fait au nom de la commission de la Justice du Sénat par M. MAHOUX, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2005-2006, n° 3-1645/4, p. 3.

De manière à ce que cette exemption partagée entre les deux parents puisse être accueillie par l'Administration fiscale, les parents sont tenus, selon la disposition légale, de produire la copie soit d'« une convention enregistrée ou homologuée par un juge dans laquelle il est mentionné explicitement que l'hébergement de ces enfants est réparti de manière égalitaire entre les deux contribuables et qu'ils sont disposés à répartir les suppléments à la quotité du revenu exemptée d'impôts pour ces enfants », soit d'une décision judiciaire.

Ce qu'il y a évidemment lieu d'en retenir, c'est qu'une « convention » (16) conclue entre les parents à propos des modalités d'exercice de leur autorité parentale suffit à elle seule, pour autant qu'elle ait été enregistrée, à faire preuve à l'égard de l'Administration fiscale de la manière dont ils ont organisé l'hébergement de leur(s) enfant(s).

C'est donc qu'une telle convention est assurément valable et engage les deux parents, y compris à l'égard des tiers, sans qu'il y ait aucune nécessité qu'elle ait été homologuée, même s'il n'est pas exclu qu'elle puisse avoir été homologuée, conformément à ce que le législateur a prévu ou permis dans différentes dispositions du Code civil ou du Code judiciaire.

§ 3. Le contrôle judiciaire de l'autorité parentale

22. Le processus de « conventionnalisation » des modalités d'exercice de l'autorité parentale par des parents séparés ou divorcés n'a, par contre, aucunement remis en question un autre des principes juridiques fondamentaux qui régissent l'autorité parentale : celui du contrôle judiciaire de l'exercice de l'autorité parentale.

23. Ce principe procède de la nature des prérogatives de l'autorité parentale.

Ces prérogatives sont en effet, selon une conception déjà consacrée dans le Code Napoléon, des « droits-fonction », que les parents ne détiennent et n'exercent qu'au profit de l'intérêt de l'enfant.

Pareille configuration de la nature de l'autorité parentale avait, en effet, été remarquablement exprimée par le Tribun Albisson lors de la discussion, le 24 mars 1803, devant le Corps législatif, du projet adopté par le Tribunal :

« L'autorité des pères et mères sur leurs enfants n'ayant directement ni d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci n'est pas, à proprement

(16) On observera que le législateur a, dans cette disposition législative, expressément utilisé le terme « convention », contrairement aux dispositions du Code civil, qui font état d'un « accord ».

parler, un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré » (17).

24. Les cours et tribunaux allaient progressivement en déduire, au cours du XIX^e siècle, qu'ils disposaient du pouvoir de contrôler si les père et mère – plus généralement le père – exerçaient effectivement les prérogatives de leur autorité parentale dans l'intérêt de leur enfant ou, en d'autres termes, si les décisions qu'ils prenaient ou les comportements qu'ils adoptaient à l'égard de leur enfant ne portaient pas atteinte à l'intérêt de cet enfant.

Comme l'écrivit le professeur Jean Dabin, dans une étude publiée après la Seconde Guerre mondiale, « la fonction appelle le contrôle ». C'est parce qu'ils n'exercent leur autorité parentale qu'au profit de l'intérêt de leur enfant qu'il faut pouvoir « rechercher si la puissance paternelle fonctionne en fait dans l'intérêt de l'enfant » (18).

De là procède l'idée que, quel que soit le type de dispositions qui peuvent être prises par les parents à propos de leur enfant, celles-ci peuvent toujours être contrôlées ou évaluées par le juge civil compétent, aux fins de vérifier si elles sont conformes à l'intérêt et aux droits de l'enfant (19) lui-même.

Ce principe, dont la source aura historiquement été prétorienne et doctrinale, fut, par la suite, concrétisé dans les législations particulières relatives à la protection de la jeunesse et, en droit civil, dans l'article 387bis du Code civil, qui y a été inséré par la loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale (20) et qui énonce expressément que toute disposition relative à l'autorité parentale peut toujours être modifiée par le juge dans l'intérêt de l'enfant.

25. Le principe du contrôle judiciaire de l'autorité parentale, tel qu'il vient d'être rappelé, est évidemment tout autant applicable aux conventions par lesquelles les père et mère s'accordent sur les modalités d'exercice de leurs prérogatives parentales.

Ces accords ou conventions sont donc susceptibles d'être contrôlés et évalués par le juge aux fins de vérifier s'ils sont conformes à l'intérêt et aux droits de l'enfant lui-même.

(17) P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. X, p. 536.

(18) J. DABIN, « Le contrôle de la puissance paternelle », *J.T.*, 1947, p. 21, n° 11.

(19) Depuis que des textes internationaux ont imposé le respect par les autorités étatiques des « droits des enfants », le contrôle exercé par les cours et tribunaux sur les décisions prises par les père et mère implique aussi de vérifier si elles ont bien été conformes aux « droits de l'enfant ».

(20) La version actuelle du texte procède de la modification qui y fut apportée par la loi du 30 juillet 2013 créant le tribunal de la famille et de la jeunesse et par la loi complémentaire du 18 mai 2014.

§ 4. La force obligatoire relative des conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale

26. Du fait que les conventions que les père et mère peuvent conclure à propos des modalités d'exercice de leur autorité parentale sont, au sens juridique, des conventions, on peut induire qu'elles engagent les parents l'un à l'égard de l'autre et qu'elles sont donc revêtues d'une *véritable force obligatoire*.

Mais en ce qu'elles portent sur des prérogatives exercées à l'égard d'un enfant et du fait que leurs dispositions ne peuvent être prises que dans le respect de l'intérêt et des droits de cet enfant, on doit en induire qu'elles pourront toujours faire l'objet d'un contrôle judiciaire et, dès lors, qu'elles seront toujours susceptibles d'être modifiées par le juge. La force obligatoire de ces conventions n'est, par conséquent, qu'une *force obligatoire relative* (21).

En paraphrasant le professeur Pierre Van Ommeslaghe, on pourra donc dire qu'il y a là aussi un contrat, mais qu'on n'y appliquera pas tel quel l'ensemble du droit des contrats.

On peut ainsi mieux comprendre la prudence dont il fit preuve dans son *Traité* en se limitant à faire observer que l'application du droit des contrats aux droits de nature personnelle est « délicate ».

A. Une véritable force obligatoire

27. À partir du moment où, par l'effet d'un choix politique clair et délibéré, on a décidé de « conventionnaliser » les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il n'existe plus de raison objective de ne pas reconnaître à de telles conventions la nature, la qualité ou la qualification d'une convention, c'est-à-dire d'un contrat.

La convention par laquelle les parents s'accordent sur les modalités d'exercice de leur autorité parentale est donc bien, pour reprendre la définition que le professeur Patrick Wéry a donnée du contrat, « l'accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à produire des effets de droit ».

(21) Voy. J.-L. RENCHON, « Le règlement des responsabilités parentales après la rupture d'un couple non marié », in *Famille sur mesure*, Congrès des notaires organisé à Knokke-Heist les 22 et 23 septembre 2005, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 388 ; voy. égal. J. SASSON et N. DANDOY, « Les clauses d'un contrat de mariage relatives aux obligations personnelles des époux », in J.-L. RENCHON et N. BAUGNIET, *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux, Actes de la 6^e journée d'études juridiques Jean Renaud*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 40.

Ce sur quoi les père et mère s'accordent, ce sont en effet les règles (c'est-à-dire les effets de droit) qu'ils s'engagent à respecter l'un à l'égard de l'autre dans le contexte de l'exercice, en principe conjoint, de leur autorité parentale.

Il en résulte que, comme pour tout contrat, ces règles qu'ils se seront données tiendront « lieu de loi à ceux qui les ont faites », selon le principe exprimé dans l'article 1134 du Code civil.

Leur convention sera donc bien revêtue d'une véritable force obligatoire.

28. Il n'y a donc plus à raisonner aujourd'hui comme on le faisait à l'époque où on considérait que les modalités d'exercice des prérogatives de l'autorité parentale étaient « hors commerce ».

Lorsqu'elles ne pouvaient faire l'objet d'un contrat, les conventions qui avaient malgré tout été conclues entre les parents ne pouvaient bien sûr recevoir la valeur d'un contrat.

On enseignait alors qu'elles n'avaient qu'une « valeur toute provisoire » et qu'elles « tombaient en cas de difficultés » (22) ou que « chacune des parties [était] libre, en principe, de les révoquer » (23), ou encore que « le juge [n'était] aucunement lié » par une telle convention et que celle-ci « constitu[ait] simplement un élément de l'appréciation des faits » (24).

La convention n'était donc, en d'autres termes, qu'un simple « fait », que le juge prenait ou ne prenait pas en considération.

C'est bien pourquoi on qualifiait souvent une telle convention de « convention d'honneur », car, à défaut d'un engagement juridique des père et mère, elle ne pouvait les engager que « sur l'honneur ».

29. Pareille analyse – qui pouvait se comprendre dans le contexte de l'époque – est, par conséquent, devenue caduque.

On peut, au contraire, désormais affirmer que le « contrat » conclu par les parents les engage juridiquement, et c'est d'ailleurs l'intérêt, en termes socio-politiques, des « accords » qu'ils sont expressément invités à conclure : ils seront tenus de les respecter (25).

(22) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 1^{re} et 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1933 et 1939, n° 756. On retrouve encore cette formulation dans la 4^e édition, complétée et mise à jour par J.-P. MASSON, 1990, n° 997.

(23) R.P.D.B., t. X, v° « Puissance paternelle », n° 34.

(24) R.P.D.B., compl. t. VI, v° « Puissance paternelle – autorité parentale », n° 12.

(25) On ne doit pas rappeler que c'est, notamment, parce que le législateur considère qu'il y a plus de chances que sera effectivement respecté ce sur quoi les parents se seront préalablement eux-mêmes accordés qu'il entend précisément promouvoir les accords entre les père et mère d'un enfant. Il reste que, comme on l'a déjà indiqué (*supra*, n° 7) la doctrine ne reconnaît pas encore de manière unanime cette « force de loi » de pareille convention. Voy. N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, op. cit. (*supra*, p. 300, note 8) ; voy. égal. P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Louvain, Acco, 2008, pp. 962 à 1011, qui considère que l'accord écrit des parents à propos de l'hébergement de l'enfant n'est pas « afdwingbaar ».

Ayant donc, comme tout contrat, force obligatoire, la convention conclue entre les parents sera logiquement aussi soumise aux règles du droit des contrats qui s'expliquent ou se justifient en raison de la valeur de loi qui s'attache aux dispositions auxquelles les contractants consentent librement.

On songe particulièrement aux autres dispositions contenues dans l'article 1134 du Code civil.

La principale – à laquelle la doctrine et la jurisprudence ont pu attacher des conséquences considérables – est évidemment celle qui prescrit que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

Mais il y a bien sûr aussi la disposition selon laquelle les conventions peuvent être révoquées du consentement mutuel des parties. Ce que les père et mère ont fait d'un commun accord, ils peuvent tout autant le défaire ou le modifier d'un commun accord.

Mais, au-delà de ces deux dispositions, on peut certainement retenir aussi les règles du droit des contrats qui procèdent du fait que seul celui dont la volonté a été libre peut être tenu par ce que à quoi il s'était engagé.

La convention conclue entre les parents ne sera dès lors valable et n'aura donc force obligatoire que si la volonté de chacun des contractants n'a pas été affectée d'un vice de consentement : la violence, le dol ou l'erreur (26), mais aussi, depuis la consécration de la notion par notre Cour de cassation (27), la lésion qualifiée (28).

(26) Voy., à propos d'un accord relatif au choix de l'école des enfants, entériné par le tribunal de la jeunesse, à propos duquel la mère expliqua devant la cour d'appel que son consentement avait été entaché d'erreur, Liège (vac.), 26 août 2008, J.L.M.B., 2009, p. 128. La cour, qui a paru cependant encore se référer au principe d'indisponibilité de l'état de personnes, a préféré justifier sa décision annulant le jugement entrepris par la considération que l'intérêt des enfants n'avait pas été suffisamment pris en compte.

(27) Cass., 9 novembre 2012, R.G.D.C., 2013, p. 129, note M. DE POTTER DE TEN BROECK ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2014 (somm.), p. 834 ; R.W., 2012-2013, p. 1416, note E. ADRIAENS ; *T. Fam.*, 2013, p. 132, note V. HULPIAU ; *T. Not.*, 2013, p. 363.

Dans un arrêt prononcé le 20 janvier 2015 (*Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 388), la chambre de la famille de la cour d'appel de Bruxelles a fait application de la notion de « lésion qualifiée » à une convention sous seing privé signée par deux parents non mariés à propos des modalités d'exécution de la contribution alimentaire du père à l'égard de leurs deux enfants.

(28) Sans doute conçoit-on plus difficilement d'appliquer la notion de « disproportion manifeste entre les prestations stipulées entre les parties » à une convention organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale du père et de la mère d'un enfant. Mais, d'une part, on peut tout à fait envisager que, lors de l'établissement de cette convention, une des parties aurait « abusé de la position de faiblesse de l'autre » et, d'autre part, il n'est pas à exclure que, même s'il ne s'agit évidemment pas d'une disproportion économique, on puisse malgré tout retenir qu'en raison de cet abus, il y aurait eu un déséquilibre manifeste dans la mise en œuvre des droits et obligations respectifs des parents au regard des modalités d'exercice de leur autorité parentale.

B. Mais une force obligatoire relative

30. Si la convention conclue par les parents à propos des modalités d'exercice de l'autorité parentale a une véritable force obligatoire, il reste que cette force obligatoire n'a pas la même autorité que celle d'un contrat ordinaire, puisqu'elle n'engage les père et mère l'un à l'égard de l'autre que pour autant et qu'aussi longtemps que les dispositions qui y sont contenues sont et/ou resteront conformes à ce qu'exige le respect de l'intérêt et des droits de leur enfant.

Il en résulte que chacun des deux parents, s'il ne peut assurément pas révoquer lui-même la convention conclue avec l'autre parent, pourra par contre solliciter du juge qu'il modifie les dispositions qui avaient été arrêtées entre eux, en faisant valoir soit que ces dispositions n'ont pas dès l'origine respecté l'intérêt et les droits de l'enfant (29), soit, le plus souvent, qu'elles ne respectent plus l'intérêt et les droits de l'enfant en raison de l'évolution des besoins de l'enfant, de la situation d'un des parents ou, plus généralement, de la situation familiale globale.

Il en résulte donc que le juge n'est pas lié par la convention conclue par les parties, comme il l'est, par contre, en principe, par un contrat ordinaire (30), et qu'il a le pouvoir de ne pas donner effet aux dispositions arrêtées par les parents, s'il estime pouvoir ou devoir décider en conscience, pour des motifs qu'il lui appartient d'explicitier, que les dispositions prises par les parents ne respectaient pas ou ne respecteraient plus l'intérêt et les droits de l'enfant.

31. En pratique, c'est presque toujours sous la forme d'une révision des dispositions de la convention conclue entre les parents que le juge substituera, pour l'avenir, une autre décision que celle qui avait été prise par les parents dans la convention qu'ils avaient conclue, en faisant état d'un ou de plusieurs éléments nouveaux qui l'auront conduit à apprécier de manière différente le meilleur intérêt de l'enfant par rapport à la situation qui existait le jour de la signature de la convention.

Il est rare, par contre, qu'un juge soit amené à décider expressément que la convention conclue par les parents n'a pas respecté l'intérêt de leur enfant au moment où elle a été conclue (31).

(29) On réservera bien sûr la situation particulière où un juge aurait été amené à homologuer la convention conclue par les parents.

(30) Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., p. 333, n° 376 et les réf.

(31) Voy., toutefois, l'arrêt précité de la cour d'appel de Liège du 26 août 2008, note 26.

Section 2

Les types de conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale

§ 1. Le contrat de mariage ou la convention de cohabitation légale

A. Considérations générales

32. Disposant désormais de l'autonomie de leurs volontés individuelles pour régler eux-mêmes les modalités d'exercice de leur autorité parentale à l'égard de leurs enfants, les père et mère pourraient insérer déjà, dans un contrat de mariage ou dans une convention de cohabitation légale (32), les accords qu'ils auraient déjà pu conclure à cet égard.

Même si l'hypothèse n'est pas fréquente dans la pratique, elle ne peut pas être ignorée et il n'est d'ailleurs pas exclu qu'au fur et à mesure de la contractualisation des relations familiales, les notaires soient davantage requis de recevoir de tels accords.

33. Sans doute, le contrat de mariage, comme le contrat de cohabitation légale, est-il organisé dans le livre III du Code civil, à propos, dès lors, des droits patrimoniaux des époux ou des cohabitants légaux.

Mais ce ne fut là que l'expression ou la manifestation, à l'époque, de l'idée générale selon laquelle seuls les droits patrimoniaux étaient susceptibles de faire l'objet ou la matière d'un contrat et c'est précisément cette conception qui est aujourd'hui radicalement remise en cause.

Aussi bien l'article 1388 du Code civil prévoit-il expressément que les époux ne peuvent, dans leurs conventions matrimoniales, déroger, notamment, aux « règles relatives à l'autorité parentale et la tutelle ».

C'est donc, *a priori*, que les époux ou les cohabitants légaux peuvent inclure dans leurs conventions matrimoniales des clauses relatives à l'autorité parentale, pour autant que ces clauses ne dérogent précisément pas aux règles légales organisant l'autorité parentale.

Parcille disposition a aussi été insérée dans l'article 1478, alinéa 4, du Code civil, à propos de la convention de cohabitation légale.

(32) On peut tout autant mentionner les conventions de vie commune qui seraient conclues entre deux cohabitants de fait. On y songe moins, parce qu'à la différence du contrat de mariage (art. 1387 et s. du Code civil) et du contrat de cohabitation légale (art. 1478, al. 4, du Code civil), elles ne sont pas telles quelles envisagées dans le Code civil et elles sont, au demeurant, relativement rares dans la pratique.

34. Mais, quoi qu'il en soit, c'est le retournement de perspective socio-politique (*supra*, n° 6) qui impose désormais de considérer qu'il n'est plus contraire à notre ordre public – au contraire, semble-t-il – que deux époux ou deux cohabitants légaux, lorsqu'ils déterminent les règles qui seront applicables à leurs relations juridiques, veillent à s'accorder aussi sur la manière dont ils exerceront les prérogatives de leur autorité parentale à l'égard de leurs enfants.

Il ne peut plus y avoir de doute, me paraît-il, lorsque les enfants sont déjà nés et que les père et mère exercent déjà à leur égard les prérogatives de leur autorité parentale, puisque, conformément à l'article 374, § 1, du Code civil, ils exercent conjointement cette autorité parentale et qu'il leur appartient dès lors de s'accorder sur les modalités d'exercice de cette autorité parentale.

On pourrait se poser la question de savoir s'ils peuvent déjà aussi s'accorder sur la manière dont ils exerceront l'autorité parentale à l'égard de leurs (éventuels) futurs enfants à naître, car, dans cette situation, l'enfant n'est pas encore né, le lien de filiation n'est pas encore établi et il n'y a pas encore d'autorité parentale qui s'exerce.

Mais notre droit des contrats n'exclut aucunement qu'une convention (ou qu'une obligation) puisse porter sur une « chose future » (art. 1130, al. 1, du Code civil).

Dès lors que les modalités d'exercice de l'autorité parentale peuvent faire désormais l'objet ou la matière d'un contrat, on ne voit pas ce qui pourrait empêcher qu'une convention soit aussi conclue à propos de l'exercice d'une autorité parentale « future ».

35. Pourrait-on, d'une manière générale, soulever l'objection que lorsqu'un accord entre les père et mère, relatif à l'exercice des prérogatives parentales, par exemple l'exercice du droit d'éducation, porterait sur une situation ou un événement qui ne serait pas encore advenu et à propos duquel les père et mère ne disposeraient dès lors pas encore de tous les éléments d'appréciation (33), ils ne pourraient pas conclure un tel accord ?

On n'aperçoit pas la raison qui conduirait à l'exclure (34).

Encore une fois, il n'y aurait là rien de contraire à notre conception actuelle de l'ordre public. C'est même l'inverse : le discours social incite les parents à – voire les somme de – mettre tout en œuvre afin de s'accorder sur les modalités d'éducation de leurs enfants.

(33) L'exemple le plus significatif est l'accord qui porterait sur le choix de la future école d'un enfant.

(34) On relèvera à cet égard que de telles clauses sont fréquemment insérées dans les conventions préalables à un divorce par consentement mutuel, sans poser – au contraire – aucune difficulté (*infra*, n° 80).

Sans doute, le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant relève comme tel de l'ordre public, mais c'est précisément la raison pour laquelle toute convention relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale (ou d'une future autorité parentale), quel que soit le moment où elle a été conclue, pourra toujours être révisée si elle n'est plus conforme à l'intérêt et aux droits de l'enfant au jour où la situation ou l'événement qui avait été anticipé adviendra ou se produira.

B. Le type de clauses

36. L'imagination des praticiens fera sans doute merveille et il n'y a pas, *a priori*, de type de clauses qui serait à exclure.

On n'envisagera dans le contexte de cette étude que quelques types de clauses qui pourraient correspondre aux souhaits susceptibles d'être exprimés par les époux ou les cohabitants légaux.

Ces différentes clauses seraient, les unes comme les autres, précédées de la disposition générale suivante :

Clause(s) relative(s) à l'exercice de l'autorité parentale

Les futurs époux (ou cohabitants légaux) entendent dès à présent prendre les engagements suivants [soit] à propos de leurs enfants X et Y ... [soit] à propos du ou des enfants à naître de leur union : ...

I. Le choix du nom de famille de l'enfant

37. On abordera, en premier lieu, une question dont on aurait pu ne pas faire état, car, à la différence de toutes les autres clauses, l'autonomie des volontés des père et mère paraît ici avoir été restreinte, en raison des dispositions légales particulières adoptées par le législateur à propos du choix par les parents du nom de famille de leurs enfants.

Sans doute, à partir du moment où le législateur belge a récemment entendu prendre la décision politique d'offrir une option aux père et mère pour l'attribution à leur premier enfant du nom de famille de cet enfant (et de tous les autres enfants communs qui suivraient), il aurait pu permettre aux futurs parents de s'accorder anticipativement sur le nom qu'ils attribueraient à sa naissance à leur premier enfant et, par la suite, à leurs autres enfants communs.

D'autres systèmes juridiques européens prévoient d'ailleurs que, lors de leur mariage, les époux doivent ou peuvent choisir leur nom de famille commun, qui sera alors nécessairement attribué à leurs enfants (35).

(35) Voy., par exemple, l'article 281 du nouveau Code civil roumain, qui prévoit expressément que, dans la déclaration de mariage, les futurs époux indiquent le nom de famille qu'ils porteront pendant

Ce n'est cependant pas ce qu'a considéré et décidé le législateur belge.

38. La loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté permet aux père et mère – si la double filiation de l'enfant est établie simultanément dès la déclaration de naissance – d'attribuer à leur enfant soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux (mais dans la limite d'un nom pour chacun d'eux). Mais elle précise expressément que « les père et mère choisissent le nom de l'enfant lors de la déclaration de naissance » et qu'« en cas de désaccord ou en cas d'absence de choix, l'enfant porte le nom de son père » (art. 335, § 1, du Code civil).

L'officier de l'état civil ne peut dès lors faire droit qu'au choix des parents tel qu'il lui est exprimé par ceux-ci lors de la déclaration de naissance de l'enfant. Ce choix doit d'ailleurs être effectué sur un formulaire dont le modèle a été annexé à la circulaire ministérielle du 30 mai 2004 adressée aux procureurs généraux auprès des cours d'appel et aux officiers de l'état civil du Royaume.

Si les parents ne remplissent pas ce formulaire d'un commun accord lors de la déclaration de naissance de leur premier enfant commun, le nom attribué à l'enfant sera nécessairement celui de son père (36).

La clause de leur contrat de mariage ou de leur convention de cohabitation légale par laquelle les futurs parents se seraient déjà accordés sur le nom de famille de leurs enfants ne pourrait donc se substituer à la déclaration qu'ils devront nécessairement effectuer lors de la naissance de leur premier enfant.

Même si cette question n'a pas été particulièrement débattue, le législateur paraît avoir considéré que c'était au moment de la naissance de leur premier enfant que, vis-à-vis de l'officier de l'état civil, leur choix devait être effectué, à défaut de quoi l'enfant porterait le nom de son père (37), à tout le moins lorsque la double filiation de l'enfant serait établie au jour de la déclaration de sa naissance.

39. Faut-il en conclure qu'une clause insérée dans le contrat de mariage ne présenterait aucun intérêt quelconque ?

le mariage, selon les possibilités offertes par l'article 282, et l'article 449 (1) du même Code, qui stipule que l'enfant issu du mariage prend le nom de famille commun de ses parents.

(36) Deux recours ont cependant été introduits devant la Cour constitutionnelle à l'encontre de cette disposition légale qui fait prévaloir le nom du père en cas de désaccord ou d'absence de choix des père et mère.

(37) À la suite de l'adoption par le législateur de la loi du 14 mai 2014 relative à la filiation de la coparente, une loi « réparatrice » du 18 décembre 2014 a précisé, dans un nouvel article 335ter du Code civil, qu'en cas de filiation établie à l'égard de deux femmes, le nom de l'enfant serait, en cas de désaccord ou d'absence de choix, le nom de la femme qui n'a pas accouché de l'enfant.

On peut assurément songer, de toute manière, à l'intérêt humain et moral de pareille clause, car elle servirait de *guideline* à la décision que les époux exprimeraient ultérieurement lors de la naissance de leur premier enfant, et pareil engagement humain et moral aurait probablement un considérable impact factuel au jour de la naissance de l'enfant. Qui des deux prendrait en effet le risque humain et moral de contrevenir à cet engagement ?

N'est-il pas préférable d'ailleurs, sur le plan humain et moral, qu'une décision aussi délicate et essentielle que celle du choix du nom de leurs enfants ait été suffisamment délibérée et mûrie lors de la constitution du couple plutôt que dans la précipitation, *in extremis*, lors de la déclaration de naissance de l'enfant ?

Mais on pourrait considérer, au surplus, que la règle exprimée à l'article 335, § 1, alinéa 2, du Code civil n'aurait pour seule portée juridique que celle d'exclure inexorablement que l'enfant puisse recevoir dans son acte de naissance un autre nom que celui mentionné dans le formulaire signé par ses père et mère et remis à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de naissance de l'enfant ou, en cas de désaccord ou d'absence de choix au jour de la déclaration de sa naissance, que le nom de son père.

Par contre, l'engagement que les époux ou les cohabitants légaux auraient expressément pris dans leur contrat de mariage ou leur convention de cohabitation légale aurait, l'un à l'égard de l'autre, une valeur juridique obligatoire, avec la conséquence, si cet engagement n'était pas réitéré lors de la déclaration de naissance de leur premier enfant, qu'il y aurait de la part de l'un d'eux une violation fautive de cet engagement contractuel, qui ne pourrait plus alors être réparée que par d'éventuels dommages et intérêts (38).

40. Quoi qu'il en soit, on pourrait de toute manière rédiger pareille clause dans les termes suivants :

Conscients que les père et mère peuvent, lors de la déclaration de naissance de leur premier enfant, effectuer le choix du nom de cet enfant conformément aux dispositions de l'article 335 du Code civil, les futurs époux [ou cohabitants] prennent dès à présent l'engagement l'un à l'égard de l'autre de donner à leur enfant le nom suivant : ...

Les futurs époux n'ignorent pas que le nom qui de leur commun accord serait attribué à leur premier enfant dans son acte de naissance ne pourra procéder que d'une déclaration qu'ils effectueraient et signeraient

(38) Dans une telle perspective, on ne pourrait alors exclure que le juge, saisi en référé, enjoigne au parent récalcitrant, éventuellement sous astreinte, de signer le formulaire *ad hoc*, qui serait remis à l'officier de l'état civil, en y exécutant l'engagement qu'il avait contracté à l'égard de son conjoint.

conjointement dans le cadre des formalités relatives à l'établissement de cet acte de naissance.

Ils s'engagent néanmoins à effectuer cette déclaration conformément au choix qu'ils viennent d'exprimer dans le présent contrat.

II. Le choix des prénoms de l'(des) enfant(s)

41. La situation se présente tout à fait différemment, en droit, pour le choix du ou des prénoms de l'enfant ou des enfants du couple.

Sans doute sera-t-il généralement beaucoup moins essentiel pour les futurs parents de prendre déjà, dans un contrat de mariage ou une convention de cohabitation, un engagement à propos de l'attribution de ces prénoms.

On sait que c'est le plus souvent de manière lente et progressive, lors de la grossesse et même parfois à quelques jours de l'accouchement, que le choix par les parents du ou des prénoms de leur enfant finit par émerger.

On ne peut cependant pas complètement exclure que les époux ou les cohabitants souhaitent déjà anticipativement s'accorder sur ce choix, notamment lorsqu'ils proviendraient de milieux culturels ou linguistiques différents.

42. Le choix des prénoms d'un enfant est l'une des prérogatives de l'autorité parentale conjointe des père et mère, sans que le législateur y ait, à ce propos, apporté de dérogation particulière.

Les prénoms attribués à un enfant, lors de sa naissance, ne lui auront dès lors valablement été attribués que si cette attribution a été décidée du commun accord des époux.

Si un des père et mère se trouvait confronté à l'initiative unilatérale que l'autre parent aurait prise, lors de la déclaration de la naissance de l'enfant, de communiquer à l'officier de l'état civil un ou des prénoms qui n'auraient pas été choisis de leur commun accord, il y aurait matière à une procédure en rectification de l'acte d'état civil (39).

(39) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 92, n° 83, qui renvoie, dans la jurisprudence belge, à une seule décision de jurisprudence publiée (Bruxelles, 29 juin 1967, *Ann. Not.*, 1968, p. 181, obs. C. DELNOY-MARGREVE). Cette décision fut rendue sous l'empire des dispositions de la loi du 8 avril 1965, qui faisaient encore prévaloir, en cas de divergence entre les époux sur l'exercice de leur autorité parentale pendant le mariage, la volonté du père. La cour d'appel de Bruxelles ordonna dès lors la rectification de l'acte de naissance d'un enfant dont la mère avait choisi les prénoms à l'insu et à l'encontre de la volonté du père. Le professeur Leleu envisage aussi l'hypothèse où, de manière préventive, une procédure en référé serait introduite par un des parents avant la déclaration de naissance.

43. Même si pareil type de litige ne se présentera que de manière très exceptionnelle (40), il est évident qu'une clause par laquelle les époux ou les cohabitants légaux auraient déjà organisé préventivement l'exercice de leur future autorité parentale conjointe en s'accordant sur les prénoms de leur(s) enfant(s) devrait permettre de l'éviter ou, à tout le moins, d'y remédier sans grande difficulté si cet accord n'était pas, par la suite, respecté par un des parents.

Voici deux exemples de clauses qui seraient donc précédées de la clause générale proposée ci-dessus (*supra*, n° 36) :

Ils s'accordent pour attribuer à leur premier enfant, s'il est de sexe masculin, le prénom de ..., et s'il est de sexe féminin, le prénom de ...

ou

Ils s'accordent pour attribuer à leurs futurs enfants [ou] un prénom appartenant à la culture arabe [ou] un prénom de consonance espagnole à leur premier enfant et de consonance flamande à leur deuxième enfant ...

III. Les options éducatives

44. Plutôt que celles relatives au choix du nom ou du prénom de leurs futurs enfants, les clauses qui pourraient davantage correspondre aux préoccupations des époux ou des cohabitants légaux sont celles qui porteraient sur certaines de leurs options éducatives, c'est-à-dire sur des décisions relevant du droit d'éducation qu'ils seraient amenés à exercer à l'égard de leurs enfants déjà nés ou de leurs enfants à naître.

On relèvera à cet égard que le législateur a lui-même envisagé une hypothèse comparable lorsqu'il a organisé la tutelle sur la personne d'un enfant dont les père et mère seraient décédés.

En effet, aux termes de l'article 405, § 1, du Code civil, le tuteur « l'éduque en se conformant aux principes éventuellement adoptés par les parents, notamment en ce qui concerne les questions visées à l'article 374, al. 2 » (c'est-à-dire les décisions éducatives importantes).

De tels principes peuvent donc être exprimés par les père et mère, et ils pourraient notamment être expressément formulés dans la déclaration que les père et mère effectueraient devant le juge de paix ou un notaire

(40) Les situations litigieuses risquent, en effet, plutôt de se présenter lorsque les père et mère, qui ne sont pas mariés, n'ont jamais vécu ensemble ou se sont déjà séparés au jour de la naissance de l'enfant et que la mère refuse son consentement à la reconnaissance immédiate de l'enfant par son père. Comme la filiation paternelle ne serait alors pas encore établie au jour de la déclaration de naissance, la mère exercerait seule l'autorité parentale et pourrait dès lors choisir seule les prénoms de l'enfant, même si elle n'a pas sollicité l'accord du père. C'est un des effets « pervers » – si on peut se permettre l'expression – de la disposition légale de droit belge qui permet à la mère, en dehors des liens du mariage, d'écarter provisoirement le père de l'accès à sa paternité lors de la naissance de l'enfant.

aux fins d'y consigner leur choix de l'éventuel tuteur de leur enfant (art. 374, § 1, al. 2, du Code civil) (41).

45. Les options éducatives sur lesquelles les époux ou les cohabitants légaux pourraient s'accorder peuvent être multiples : le choix d'une orientation religieuse ou philosophique, d'un type d'enseignement, d'une langue, d'un type d'éducation artistique ou sportive, ou encore du type de relations que l'enfant entretiendrait avec d'autres membres de la famille.

Même si ce n'est plus nécessaire, puisque les principes juridiques applicables ont déjà été explicités (*supra*, n° 26), on rappellera, malgré tout, que si ces clauses auront pour les parents une véritable force obligatoire, il reste qu'elles ne conserveront cette force obligatoire que pour autant que la décision prise par les parents dans leur contrat de mariage ou leur contrat de cohabitation s'avère, au moment où elle devrait être mise en œuvre, toujours conforme à l'intérêt et aux droits de l'enfant lui-même.

46. Voici des exemples de clauses (42) :

Ils élèveront leur enfant dans la langue française et dans la langue néerlandaise, en veillant à ce que ces deux langues soient équilibrées dans les différentes activités de l'enfant, mais ils privilégieront la langue néerlandaise dans l'enseignement scolaire.

Ils donneront à leur enfant une éducation religieuse selon le rite orthodoxe grec [ou] ils s'abstiendront, compte tenu de leurs conceptions religieuses et philosophiques différentes, d'élever leur enfant selon les principes de telle ou telle religion et le laisseront libre d'adhérer lui-même à telle ou telle religion ou orientation philosophique, s'il en exprime le souhait, à partir de l'âge de 14 ans.

Ils veilleront, quelles que soient les difficultés qu'ils éprouveraient (ou pourraient éprouver) dans leurs relations avec leurs propres parents, à ce que leurs enfants puissent connaître et rencontrer leurs grands-parents tant maternels que paternels, si ceux-ci en expriment le souhait, au moins une fois par mois (43).

IV. Les clauses relatives à une éventuelle séparation des parents

47. On peut supposer que les époux ou les cohabitants légaux ne seront pas trop enclins, dans un contrat de mariage ou un contrat de

(41) En ce sens, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 291, n° 270.

(42) Voy. égal. les clauses proposées par J. SOSSON et N. DANDOY, op. cit. (note 21), p. 58.

(43) On pourrait, dans des situations malheureuses, envisager une solution inverse et prévoir une clause qui serait, par exemple, rédigée dans les termes suivants : *Compte tenu des risques qu'à leurs yeux leurs enfants pourraient courir s'ils étaient pris en charge par leur [par exemple] grand-père maternel, les (futurs) époux prennent l'engagement l'un à l'égard de l'autre de ne jamais les lui confier hors la présence d'un d'entre eux.*

cohabitation, à organiser la manière dont ils continueraient à exercer leurs responsabilités et prérogatives parentales s'il advenait qu'ils se séparent, soit qu'ils préféreront ne pas imaginer cette situation, soit qu'il leur paraîtra trop difficile d'anticiper les modalités précises d'une telle éventuelle séparation.

Mais l'inverse n'est aucunement à exclure, parce qu'il est de plus en plus socialement admis qu'un couple serait, par essence, précaire et que les partenaires de ce couple pourraient dès lors souhaiter se prémunir ou se protéger contre d'éventuels pénibles litiges qui surgiraient entre eux dans le contexte d'une séparation.

On pourrait dès lors parfaitement concevoir qu'ils entendent déjà arrêter des dispositions qui, à leurs yeux, devraient nécessairement être mises en œuvre et respectées s'ils étaient amenés à se séparer (44).

48. On songe, notamment, aux modalités de l'hébergement de leurs enfants, compte tenu, d'une part, des controverses qui existent à propos des effets positifs ou négatifs pour un enfant de l'organisation d'une garde alternée égalitaire et, d'autre part, de l'augmentation des couples mixtes et des difficultés spécifiques qui se posent lorsque ces couples se séparent.

Les parents pourraient ainsi vouloir déjà s'accorder sur le principe d'un hébergement égalitaire, à tout le moins à partir d'un certain âge de leur enfant, ou, au contraire, écarter ce type d'hébergement, en préférant y substituer d'autres formules, à leurs yeux mieux adaptées à la vie quotidienne d'un enfant dont les parents sont séparés.

Les parents pourraient aussi, s'ils sont de nationalités ou d'origines différentes, vouloir déjà prendre des engagements précis aux fins d'empêcher que l'un d'entre eux se trouve confronté à une séparation trop radicale avec leurs enfants communs.

49. Voici des exemples de clauses qui seraient précédées de la clause générale proposée ci-dessus (*supra*, n° 36), elle-même complétée dans les termes suivants :

S'il advenait qu'ils étaient contraints de se séparer, ils entendent dès à présent adopter les dispositions suivantes :

Ils s'engagent à organiser pour leurs enfants une garde alternée égalitaire, à partir du jour où ceux-ci auraient au moins atteint l'âge de 3 ans, à raison d'une semaine sur deux chez chacun des parents, et, dans cette perspective, celui des parents qui serait amené à déménager

(44) Voy. par contre les réticences exprimées à propos de ce type de clauses par J. SOSSON et N. DANDOY, op. cit. (note 21), p. 60.

veillera à choisir un lieu d'habitation qui permettrait aisément ce type d'organisation pour leurs enfants.

ou

Ils s'engagent à organiser la vie quotidienne de leurs enfants de manière à ce que ceux-ci puissent continuer à vivre principalement auprès de celui des deux parents qui disposera de la plus grande disponibilité pour pourvoir à leurs besoins, tout en garantissant à leurs enfants que ceux-ci pourront se rendre chez leur autre parent durant un temps suffisant à la préservation d'une relation de qualité et, au minimum, quatre nuits tous les quinze jours pendant les périodes de scolarité.

ou

Ils s'engagent l'un et l'autre, dans le meilleur intérêt de leurs enfants, à faire en sorte, autant que possible, de continuer à résider l'un et l'autre dans la ville (ou sa région limitrophe) où ils auront partagé leur vie commune [ou où ils s'étaient installés durant les dernières années de leur vie commune], de manière à ce que les enfants puissent être hébergés chez l'un et chez l'autre de leurs parents selon les modalités qui paraîtront les plus appropriées.

Dans l'hypothèse où un des parents serait malgré tout contraint, pour des raisons professionnelles ou affectives, de quitter le pays (ou la région) où ils avaient demeuré ensemble, celui-ci s'engage personnellement à ne pas chercher à exiger de partir avec les enfants, tandis qu'ils s'engagent l'un et l'autre à élaborer des solutions permettant aux enfants de rejoindre le parent avec lequel ils ne vivront plus quotidiennement, le plus souvent possible, en fonction des horaires scolaires, sans cependant que les enfants ne puissent plus régulièrement passer des vacances avec chacun de leurs deux parents.

V. La clause de médiation

50. On retiendra bien sûr aussi – car elle va probablement se généraliser – la possibilité d'insérer, dans un contrat de mariage ou un contrat de cohabitation légale, une clause générale de médiation qui serait relative aux conflits éventuellement susceptibles d'intervenir entre les époux ou les cohabitants pendant la vie commune ou lors d'une éventuelle séparation ou après la séparation, pour autant bien sûr que ces différends puissent faire l'objet d'une médiation selon ce que prévoit l'article 1724 du Code judiciaire.

Pareille clause, formulée de manière générale, engloberait nécessairement aussi les conflits relatifs aux modalités d'exercice de l'autorité parentale.

Mais les parties pourraient aussi – si telle était leur volonté – limiter la clause de médiation aux seuls conflits relatifs aux modalités d'exercice de leur autorité parentale, dès lors que c'est à propos des relations avec leurs enfants que le bénéfice d'une médiation familiale – axée sur la communication et le dialogue – est généralement la plus opportune.

51. On ne doit pas rappeler que l'article 1725, § 1, du Code judiciaire prévoit expressément que « tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter ».

Mais rien n'exclut bien sûr que les parties circonscrivent, de manière précise, le type de conflits à propos desquels elles s'engageraient à recourir à une médiation.

Une telle clause de médiation implique que les parties prennent l'engagement, si elles se trouvaient en désaccord à propos d'une question rentrant dans le champ d'application circonscrit par la clause, de se présenter devant un médiateur et d'entreprendre une médiation (45), en lieu et place de poursuivre une procédure judiciaire (46).

Comme pour toute clause relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, pareille clause de médiation n'aurait cependant plus, ni pour les parties ni pour le juge, de force obligatoire si, saisi d'un litige, le juge estimait que cette clause – ou, plus exactement, sa mise en œuvre – n'était plus conforme à l'intérêt de l'enfant (*supra*, n° 30).

Tel serait assurément le cas si des mesures appropriées devaient être prises de manière contraignante en justice afin de remédier à une situation qui serait ou pourrait devenir préjudiciable à l'enfant.

52. Voici une proposition de clause :

(45) Comme la doctrine l'a fait observer, la disposition légale est fort imprécise quant à la teneur exacte des engagements qui résultent d'une clause de médiation : jusqu'à quel point les parties sont-elles tenues de s'engager dans le processus d'une médiation, qui est, par essence, volontaire et à laquelle elles peuvent à tout moment mettre fin (art. 1729 du Code judiciaire) ? Pierre-Paul Renson a, à juste titre, défendu l'idée qu'« il serait déraisonnable de prétendre qu'il suffit d'accepter (à contrecœur) le recours à la médiation pour satisfaire la clause de médiation ». Au contraire, la clause « qui tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite, doit être exécutée de bonne foi » et, dès lors, « il faut accepter de jouer le jeu de la médiation, sans nécessairement être tenu d'aller jusqu'au bout du processus, entres autres si aucune solution au litige n'est trouvée par les parties ou si aucune solution ne recueille leur accord » (« Le droit de la médiation et le droit des biens », in P.-P. RENSON, *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Limal, Anthemis, 2008, p. 44, n° 58).

(46) On ne doit pas rappeler que l'article 1725, § 2, du Code judiciaire prévoit expressément que le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin.

Les futurs époux s'engagent expressément à mettre en œuvre un processus de médiation familiale, tel qu'il est prévu aux articles 1724 et suivants du Code judiciaire, en cas de conflit ou de litige surgissant entre eux à propos de toute modalité quelconque d'exercice de leur autorité parentale.

Le médiateur familial auquel ils s'adresseront sera Monsieur ... ou Madame ... ou, à son défaut, un médiateur choisi d'un commun accord dans la liste des médiateurs familiaux agréés de l'arrondissement judiciaire (ou des arrondissements judiciaires) de ...

L'engagement contracté par les futurs époux impliquera minimalement qu'ils prennent l'un et l'autre contact avec le médiateur familial qu'ils auront choisi, qu'ils signent avec lui un protocole de médiation et qu'ils entreprennent le processus de médiation, jusqu'à ce que l'un d'entre eux estimerait éventuellement ne plus poursuivre la médiation.

Si l'un ou l'autre d'entre eux avait déjà pris l'initiative d'introduire une procédure judiciaire, les dispositions de l'article 1725, §§ 2 et 3, du Code judiciaire seraient d'application.

§ 2. Les conventions de séparation et de divorce

A. Considérations générales

53. Les conventions de séparation et de divorce comprenant des clauses relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale peuvent être rédigées et signées dans des contextes juridiques différents qu'il paraît opportun de distinguer clairement :

- la convention de séparation ;
- la convention préalable à un divorce par consentement mutuel ;
- la convention homologuée dans le contexte d'un divorce pour désunion irrémédiable ;
- la convention après divorce.

I. La convention de séparation

54. Aucune disposition légale n'organise de manière expresse les conventions de séparation, conclues tant par un couple marié que par un couple non marié.

Les clauses de ces conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale ne sont dès lors pas soumises à d'autres règles que celles des principes fondamentaux qui ont déjà été dégagés ci-avant.

Elles peuvent être reçues par acte sous seing privé ou par acte notarié, sans qu'il ne soit aucunement nécessaire de les faire approuver ou homologuer par un juge.

À l'exception des conventions qui auraient été signées dans le contexte d'une médiation familiale volontaire (47), le législateur n'a d'ailleurs aucunement prévu ni organisé la possibilité qu'elles puissent être soumises à l'homologation d'un juge (48).

La pratique qui consiste, parfois ou souvent, à les faire entériner par le tribunal de la jeunesse (et, aujourd'hui, par le tribunal de la famille) est une pratique *para legem*, dont la légalité ou la pertinence sont d'ailleurs discutables.

Ce n'est pas le juge qui, dans notre système juridique, exerce la fonction de recevoir des conventions. Il ne peut être saisi que d'un litige (49). Faire croire à l'existence d'un litige, alors que les parties auraient déjà signé une convention, aux fins de parvenir à faire entériner ou homologuer judiciairement pareille convention serait abuser du service public de la justice, même si, dans les faits, les magistrats paraissent accepter aimablement de se prêter à pareil contournement de leur fonction.

55. Dans la pratique, c'est souvent pour les couples non mariés, qui ne se présenteront pas devant un juge, à la différence des couples mariés lors de la procédure de divorce, qu'il est pertinent de conclure une convention de séparation organisant, notamment, les modalités d'exercice de l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants.

Depuis qu'il n'y a plus de doute sur la légalité et la validité de pareille convention, il est devenu plus fréquent que ces couples se présentent

(47) L'article 1733 du Code judiciaire a, en effet, expressément organisé la possibilité pour les parties ou une des parties à une médiation volontaire – intervenue en dehors de toute procédure judiciaire – de soumettre l'accord de médiation obtenu selon les dispositions des articles 1731 et 1732 à l'homologation du juge compétent, pour autant que le médiateur ait été un médiateur agréé par la Commission fédérale de médiation.

(48) C'est d'ailleurs bien pourquoi le législateur fiscal a expressément tenu compte, dans l'article 132bis du Code des impôts sur les revenus, du fait que les conventions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale n'étaient pas nécessairement homologuées par un juge. Il a cependant exigé, lorsqu'elles n'ont pas été homologuées, qu'elles soient enregistrées pour pouvoir être prises en considération par l'Administration fiscale aux fins de répartir entre les parents séparés en cas d'hébergement égalitaire les suppléments de montants exemptés d'impôts pour personnes à charge (voy. *supra*, n° 21).

(49) On relèvera, à cet égard, que le texte de l'article 374, § 2, du Code civil, relatif aux modalités de l'hébergement de l'enfant dont les parents sont séparés, ne prévoit la possibilité pour le juge d'homologuer un accord sur cet hébergement que lorsque les père et mère « saisissent le tribunal de leur litige ». Pour une opinion différente, voy. cependant N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance. Filiation – Autorité parentale – Hébergement*, op. cit. (note 8), p. 423, qui explique, par ailleurs, que c'est à la suite d'une erreur matérielle que la disposition légale a été rédigée en ces termes.

devant un notaire en lui demandant de recevoir cette convention en la forme authentique.

Sans doute, à la différence de l'engagement qui aurait été expressément pris de payer une pension alimentaire, cet acte authentique n'aura pas de force exécutoire pour les obligations de faire (50) liées à l'exercice de l'autorité parentale, mais est-ce un véritable problème, dès lors que, de toute manière, en cas de difficulté d'exécution d'une disposition d'une décision judiciaire relative aux modalités d'hébergement d'un enfant, le législateur a expressément prévu que la cause serait ramenée devant le tribunal de la famille (art. 387^{ter} et s. C. civ.) ? Si une difficulté d'exécution se posait à propos des engagements contractés par les parents dans la convention de séparation, il y aurait aussi lieu de saisir le juge compétent.

Outre la possibilité de revêtir la forme d'un acte notarié, pareille convention de séparation pourrait aussi faire l'objet, aujourd'hui, d'un acte d'avocat (51).

II. La convention préalable à un divorce par consentement mutuel

56. À la différence d'une convention de séparation d'un couple marié ou non marié, les clauses d'une convention préalable à un divorce par consentement mutuel relatives à l'exercice de l'autorité parentale sont soumises à des dispositions légales particulières.

57. D'abord, l'article 1288, alinéa 1, 3°, du Code judiciaire impose aux époux, mais sans autre précision complémentaire, de régler conventionnellement, s'ils entendent divorcer par consentement mutuel, « l'autorité sur la personne et l'administration des biens des enfants et le droit aux relations personnelles visé à l'article 374, alinéa 4, du Code civil », en ce qui concerne leurs enfants communs, tant pendant le temps des épreuves qu'après le divorce.

Cette disposition n'est pas heureusement rédigée et on peut comprendre qu'elle ait pu induire en erreur les rédacteurs de ces conventions préalables.

(50) On ne doit pas rappeler qu'il est généralement considéré dans la doctrine et la jurisprudence que l'acte authentique est dépourvu de force exécutoire lorsque l'obligation qui s'y trouve mentionnée est une obligation de faire.

(51) La loi du 29 avril 2013 relative à l'acte sous seing privé contresigné par les avocats des parties a désormais prévu que cet acte sous seing privé fait « pleine foi de l'écriture et de la signature des parties à l'acte tant à leur égard qu'à l'égard de leurs héritiers ou ayants cause ». Lorsqu'il s'agit de l'exercice de l'autorité parentale, la question de l'opposabilité aux héritiers ou ayants cause ne se pose évidemment pas.

Il n'y a pas lieu en effet, dans la très grande majorité des situations de divorce par consentement mutuel, de régler « le droit aux relations personnelles visé à l'article 374, alinéa 4, du Code civil », puisque cette disposition ne prévoit l'organisation d'un tel droit aux relations personnelles (et aussi d'un droit de surveillance) que lorsque l'exercice de l'autorité sur la personne de l'enfant est confié de manière exclusive à un des deux parents (52).

Lorsque l'exercice de l'autorité parentale reste, par contre, conjoint entre les deux parents (ce qui est le plus souvent le cas), chacun des deux parents continue à exercer l'autorité sur la personne de l'enfant et, dès lors, le droit d'hébergement et le droit d'éducation de l'enfant, sans qu'il y ait matière à exercer et dès lors organiser un quelconque droit aux relations personnelles.

Il résulte par ailleurs de la disposition contenue à l'article 1288, alinéa 1, 3°, du Code judiciaire que la seule exigence légale, afin que la convention ait été valablement rédigée, est que les époux aient réglé « l'autorité sur la personne et l'administration des biens de l'enfant » et, dans l'hypothèse d'une autorité parentale exclusive, « le droit aux relations personnelles ».

C'est fort peu.

Les époux ne sont dès lors *tenus* que de dire :

- soit s'ils continueront à exercer *conjointement* l'autorité sur la personne et l'administration des biens de l'enfant, auquel cas ils exerceront l'un et l'autre l'hébergement de l'enfant et on devrait, en ce cas, logiquement considérer qu'il leur appartient par là même de régler les modalités de la répartition entre eux de leurs droits d'hébergement respectifs (par exemple, un des époux exercera principalement cet hébergement, tandis que l'autre l'exercera à tel ou tel rythme pendant les périodes de scolarité et pendant les périodes de vacances) (53) ;

(52) Voy. I. SCHYNS, « Les modifications législatives relatives au divorce par consentement mutuel et le contenu des conventions préalables », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 221. Voy. égal. civ. Arlon, 22 mars 1996, R.G.D.C., 1996, p. 344 et G. VERSCHOLDEN, note sous Antwerpen, 29 mai 2007, *Njw*, 2008, p. 778.

(53) Il ne serait, par contre, pas conforme à la disposition légale telle qu'elle a été rédigée d'y lire que les époux seraient, au surplus, *tenus* de prévoir « méticuleusement », à propos des modalités de l'hébergement des enfants, une multitude de détails, tels qu'« où et quand – jours et heures – les périodes d'hébergement commencent et se terminent » ou « la date de la première période d'hébergement subsidiaire », ou « qui vient chercher l'enfant et le ramener et à quel endroit » (en ce sens, voy. A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Précis de droit de la famille*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 318). On ne peut pas faire dire au législateur ce qu'il n'a pas dit, ni d'ailleurs cherché à dire. Autre chose est de savoir s'il n'est pas *souhaitable* que le rédacteur de la convention conseille aux époux de régler un certain nombre de détails. Ce sera sans doute préférable lorsque les tensions restent vives entre les époux, mais trop de détails peuvent aussi déresponsabiliser les parents et il est parfois plus opportun de leur laisser une marge d'appréciation leur permettant de coopérer loyalement et intelligemment à un véritable exercice « conjoint » de l'autorité parentale.

- soit si l'un d'entre eux exercera *exclusivement* l'autorité sur la personne et l'administration des biens des enfants, auquel cas l'autre parent exercera alors un « droit aux relations personnelles » selon les modalités qui seront déterminées dans la convention.

Toutes autres clauses ne sont donc que facultatives (54) et l'opportunité d'en insérer dans la convention préalable est donc laissée à l'appréciation des époux.

58. La deuxième disposition spécifique est celle de l'article 1289^{ter} du Code judiciaire, qui impose au procureur du Roi d'émettre, à l'intention du juge, un avis, en principe *écrit*, sur le contenu des clauses de la convention des époux relatives à leurs enfants mineurs et de déposer cet avis au greffe au plus tard la veille de la comparution des époux devant le tribunal.

La spécificité procède du fait qu'aucun avis écrit du ministère public n'est requis dans les autres procédures civiles relatives à l'autorité parentale (ou à l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leurs enfants mineurs). L'avis peut simplement être exprimé oralement, qu'il s'agisse pour le tribunal de trancher un litige ou d'entériner un accord qui aurait été conclu par les père et mère.

Sans doute, l'exigence d'un avis écrit – qui traduit l'importance que le législateur a entendu conférer, dans la loi du 30 juin 1994, au contrôle exercé sur les clauses d'une convention préalable au divorce par consentement mutuel relatives aux enfants – se trouve-t-elle atténuée par l'exception formulée dans le texte de l'article 1289^{ter} du Code judiciaire, qui permet « qu'en raison des circonstances de la cause [l'avis du ministère public] soit émis sur-le-champ, par écrit ou verbalement à l'audience ».

Il reste que, depuis que la loi du 17 juillet 2013 créant le tribunal de la famille et de la jeunesse a supprimé l'exigence d'une comparution personnelle des époux lorsqu'ils sont séparés de fait depuis plus de six mois au jour de l'introduction de la procédure et a permis que, dans cette hypothèse, la procédure se déroule entièrement par écrit, l'avis du procureur du Roi ne peut plus nécessairement être exprimé que par écrit.

59. Une troisième disposition particulière à la procédure de divorce par consentement mutuel prévoit expressément, à l'article 1290, alinéa 2, du Code judiciaire, que le tribunal peut, lors de la comparution personnelle des époux, en tenant compte éventuellement de l'avis qui lui aurait été exprimé par le procureur du Roi, « proposer aux parties de modifier

(54) Alors que le juge, saisi d'un litige à propos des modalités de l'hébergement d'un enfant, doit, selon l'article 374, § 1, alinéa 5, du Code civil, déterminer le lieu où l'enfant sera inscrit à titre principal dans les registres de la population, l'article 1288, alinéa 1, 3°, du Code judiciaire ne reproduit pas cette disposition et n'y renvoie pas davantage.

les dispositions des conventions relatives à leurs enfants mineurs si elles lui paraissent contraires aux intérêts de ces derniers ».

Le tribunal doit, en ce cas, fixer dans le mois une nouvelle date de comparution des époux, afin que les époux puissent, s'ils l'estiment opportun, déposer dans le dossier de la procédure un avenant modificatif à leurs conventions préalables.

Si les époux n'entendent cependant pas modifier leurs conventions ou, en tout cas, les modifier conformément aux propositions du tribunal, le tribunal pourrait, lors de cette nouvelle comparution, leur « imposer » de supprimer ou de modifier les dispositions qui seraient « manifestement contraires » à l'intérêt des enfants.

La loi du 17 juillet 2013 n'a, curieusement, pas adapté ces règles procédurales aux situations dans lesquelles elle a désormais prévu que, lorsque les époux sont séparés depuis plus de six mois, la procédure ne se déroulera plus que par écrit, sans comparution personnelle des époux.

Comme l'article 1289, § 3, nouveau, du Code judiciaire précise toutefois que, même dans l'hypothèse d'une procédure exclusivement écrite, le tribunal peut toujours ordonner la comparution des parties, on peut penser que le juge décidera effectivement d'ordonner cette comparution lorsqu'il estimera nécessaire ou opportun de mettre en œuvre la procédure de contrôle des clauses de la convention préalable relatives aux enfants mineurs (55).

Quoi qu'il en soit, le législateur a ainsi organisé, pour les divorces par consentement mutuel, une procédure spécifique, dérogatoire au droit commun, de contrôle par le juge des clauses de la convention préalable relatives aux enfants mineurs.

60. Enfin, l'article 1298 du Code judiciaire prévoit que, lors d'une procédure de divorce par consentement mutuel, le juge « homologue » les clauses des conventions préalables relatives aux enfants mineurs, pour autant bien sûr que, dans le contexte de la procédure spécifique de contrôle de ces clauses, les époux aient obtempéré à une éventuelle injonction qui leur aurait été faite, conformément à l'article 1290, alinéa 5, du Code judiciaire, de supprimer ou de modifier une ou plusieurs de ces clauses.

Pareille homologation systématique des clauses de la convention préalable relatives aux enfants mineurs n'est, évidemment, techniquement

(55) D'après nos informations, certains tribunaux ont décidé de maintenir systématiquement une comparution personnelle des époux, même lorsqu'ils sont déjà séparés de fait depuis plus de six mois, à tout le moins lorsqu'ils ont des enfants mineurs.

possible que parce que, pour pouvoir introduire une procédure de divorce par consentement mutuel, les époux doivent nécessairement avoir joint à leur requête une convention ayant réglé, notamment, leurs relations juridiques à propos de leurs enfants mineurs.

Aucune contrainte de ce type n'existe, par contre, dans une procédure de divorce pour désunion irrémédiable (*infra*, n° 63), et c'est bien pourquoi le juge ne peut éventuellement homologuer que les accords qui lui seraient librement présentés par les époux.

61. Les dispositions légales propres à la procédure de divorce par consentement mutuel qui viennent d'être présentées ne sont cependant pas toujours respectées telles quelles dans la pratique.

Deux dérogations *para legem*, voire *contra legem*, y sont parfois apportées.

La première est celle par laquelle le procureur du Roi, au lieu de déposer son avis écrit au greffe du tribunal afin de permettre au tribunal d'exercer le pouvoir de contrôle qui lui a été conféré, paraît prendre l'initiative d'inviter lui-même les époux, éventuellement par l'intermédiaire de leurs conseils, à modifier une ou plusieurs clauses de leur convention relatives aux enfants mineurs. Il semble alors que la procédure ne serait pas poursuivie aussi longtemps que ces modifications n'auraient pas été apportées.

Il y aurait assurément là, si l'existence d'une telle pratique était vérifiée (56), un abus de pouvoir dans le chef du parquet, car seul le tribunal dispose du pouvoir de proposer aux parties de modifier les clauses de la convention relatives aux enfants mineurs.

La seconde est celle par laquelle le tribunal propose aux époux, dès l'audience à laquelle ils comparaissent, de modifier l'une ou l'autre clause de leur convention, sans fixer, comme la loi le prévoit très clairement, une comparution ultérieure des époux et sans que les époux puissent dès lors disposer d'un temps de réflexion et de consultation de leurs conseils.

Sans doute les époux sont-ils généralement d'accord sur la modification proposée et ils ne comprendraient peut-être même pas pourquoi ils devraient comparaître une nouvelle fois devant le tribunal. Il reste, malgré tout, que leur consentement pourrait se trouver forcé en raison de la position d'autorité du tribunal et, en tout cas, il y a bien là une dérogation apportée par la pratique à un mécanisme décrit de manière précise par le législateur.

(56) Il nous a, en tout cas, été clairement indiqué par des notaires et des avocats qu'une telle pratique a existé – existe-t-elle encore ? – dans l'arrondissement judiciaire de Charleroi.

62. Au surplus, il semble y avoir un malentendu à propos de la raison d'être du pouvoir conféré au tribunal de proposer aux époux de modifier les clauses de leur convention relatives à leurs enfants mineurs.

Ce pouvoir n'a été conféré qu'au profit du meilleur intérêt des enfants et le juge ne peut dès lors « proposer » de modifier une clause que s'il considère, en conscience, que ce que les époux ont fait et convenu ne respectait pas le meilleur intérêt de leurs enfants.

S'immiscer de cette manière dans l'exercice par les parents des responsabilités de leur autorité parentale ne devrait *a priori* être que relativement exceptionnel. On peut, en effet, supposer que la majorité des père et mère belges, qui parviennent à s'accorder sur les modalités d'exercice de leur autorité parentale, se sont comportés en prenant en compte et en respectant l'intérêt de leur enfant.

Or, la pratique révèle que certains magistrats paraissent exercer leur pouvoir de contrôle en soumettant les époux à des exigences – parfois purement formelles – qui sont devenues étrangères à la question de savoir si ces époux ont méconnu l'intérêt de leur enfant.

Proposer, voire imposer aux époux de régler les modalités d'hébergement de leur enfant en allant jusqu'à devoir indiquer dans leur convention des heures précises de transfert de la garde des enfants lors des week-ends ou des dates précises de transfert de la garde des enfants lors des vacances (57) ne correspond plus à la raison d'être du contrôle conféré au tribunal.

Il ne peut être demandé aux époux, sous prétexte de contrôler s'ils respectent l'intérêt de leurs enfants, d'atteindre obligatoirement, dans leur convention préalable au divorce par consentement mutuel, un maximum de précisions, s'ils ont estimé préférable, dans leurs relations juridiques et humaines, de se fixer d'autres lignes de conduite.

Sans doute, attirer l'attention des époux sur telle ou telle imprécision peut-il être opportun, voire utile, à la condition que ceux-ci restent libres de ne pas obtempérer à pareille suggestion.

Comme on l'a déjà fait observer (*supra*, n° 57, note 53), les père et mère qui font le choix de la souplesse et de la tolérance sont peut-être ceux qui sont les plus aptes à offrir à leurs enfants, après leur séparation ou leur divorce, un environnement sécurisant leur permettant de continuer à grandir et à se développer dans la sérénité.

(57) Voy. not. les exigences qui paraissent être formulées par Madame I. Schyns (« Les modifications législatives relatives au divorce par consentement mutuel et le contenu des conventions préalables », *op. cit.* (note 52), pp. 221 et 222). À ses yeux, « la simple référence à l'accord à intervenir est insuffisante ». Or, ce n'est aucunement une exigence légale et on voit mal, par ailleurs, en quoi une telle clause serait « manifestement contraire à l'intérêt » de l'enfant.

Un manque de précision ne constitue donc pas, *a priori*, une atteinte portée à l'intérêt des enfants.

III. La convention homologuée dans le contexte d'un divorce pour désunion irrémédiable

63. Lorsque les époux divorcent pour désunion irrémédiable, soit à la demande d'un seul époux, soit sur requête conjointe, ils peuvent, dans le cadre de cette procédure, soumettre au tribunal les « accords » qu'ils auraient conclus à propos des modalités d'exercice de leur autorité parentale à l'égard de leurs enfants mineurs.

Ce n'est jamais une obligation – ce qui est assurément discutable⁽⁵⁸⁾ et pour le moins paradoxal au regard de la manière dont les clauses de la convention préalable à un divorce par consentement mutuel sont parfois scrupuleusement vérifiées dans le cadre de cette procédure.

64. La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce n'avait expressément prévu la possibilité pour le tribunal d'« homologuer » les accords intervenus entre les époux que lorsque le divorce pour désunion irrémédiable était sollicité conjointement par les époux (art. 1255, § 1, al. 3, C. jud.).

C'est que, dans l'esprit du législateur, le divorce pour désunion irrémédiable sur requête conjointe avait été perçu comme une forme larvée de divorce par consentement mutuel. Ce n'est pas un divorce par consentement mutuel, parce que les époux ne sont pas tenus de s'accorder préalablement sur tous les effets de leur divorce. Mais c'est, à tout le moins, un divorce d'accord, puisque les époux sont d'accord pour divorcer. Il avait dès lors paru logique que lorsqu'ils pouvaient aussi s'accorder sur certains effets de leur divorce, ces accords puissent être soumis au tribunal et homologués par le tribunal.

Il reste que le même législateur avait également prévu, à l'article 1256 du Code judiciaire, que, dans tous les divorces pour désunion irrémédiable, même sollicités à la requête d'un seul des époux, les parties pourraient demander au juge d'« homologuer » leurs accords sur les « mesures provisoires » relatives à la personne, aux aliments et aux biens des époux ou de leurs enfants.

Il était donc juridiquement possible de faire « homologuer » tout accord relatif aux enfants mineurs des parties au titre de « mesures provisoires »

(58) Dans d'autres systèmes juridiques, en Europe, les époux ne peuvent pas divorcer, quelle que soit la forme de leur divorce, sans avoir minimalement veillé à ce que les dispositions relatives à l'exercice de leur autorité parentale à l'égard de leurs enfants aient été arrêtées. Une proposition de loi, inspirée du modèle néerlandais, a été récemment soumise au Parlement belge aux fins d'instaurer « le plan de parentalité » dans les procédures de divorce pour désunion irrémédiable (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2014, n° 54-0066/001).

de la procédure de divorce et comme ces mesures provisoires devenaient définitives au jour du divorce (art. 302 C. civ.), une telle possibilité d'homologation des accords sur l'exercice de l'autorité parentale pouvait ainsi être mise en œuvre dans tous les divorces pour désunion irrémédiable.

65. La loi du 17 juillet 2013 a modifié la donne, même si le texte des articles 1255, § 3, et 1256 du Code judiciaire est demeuré tel quel.

En effet, l'article 1253ter/3, § 3, nouveau, du Code judiciaire prévoit qu'à tout moment de toute procédure judiciaire relative aux droits et devoirs qui naissent des relations familiales, les parties peuvent demander au tribunal de la famille d'« homologuer » un accord relatif aux mesures visées à l'article 1253ter/4, § 2, alinéas 1 à 4, c'est-à-dire, notamment, les mesures relatives à l'autorité parentale.

Il ne s'agit plus là de mesures provisoires, mais de mesures qui sont en principe définitives, même si, sur le plan procédural, elles sont « réputées urgentes » et, dès lors, traitées « comme en référé ».

IV. La convention après divorce

66. Aucune disposition légale n'organise de manière expresse la convention relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale qui serait conclue par les ex-époux après leur divorce, en dehors du contexte d'une demande qui aurait été soumise à ce propos par un des ex-époux au tribunal de la famille.

Le statut de cette convention est dès lors exactement identique au statut de celle qui serait conclue lors de la séparation d'un couple marié ou non marié (*supra*, n° 54).

67. On relèvera seulement que la célérité des procédures de divorce, délibérément voulue par le législateur lorsqu'il a réformé le divorce par la loi du 27 avril 2007, a, dans la pratique, multiplié les situations dans lesquelles le tribunal est amené à prononcer le divorce pour désunion irrémédiable sur une des bases prévues à l'article 229 du Code civil, en se limitant, pour le surplus, à désigner un notaire liquidateur, conformément aux articles 1207 et suivants du Code judiciaire, aux fins de procéder aux opérations de liquidation et partage du régime matrimonial des époux, sans que les époux ou le tribunal aient pu encore prendre le temps de régler les autres modalités et effets de ce divorce, notamment les modalités d'exercice par les époux de leur autorité parentale.

Il advient donc plus fréquemment aujourd'hui que ce soit dans le contexte des opérations de liquidation et partage que les époux parviennent à s'accorder sur l'ensemble des effets de leur divorce.

Le notaire liquidateur pourrait ainsi devenir un acteur privilégié de la rédaction d'une convention qui, outre le règlement des effets patrimoniaux du divorce, contiendrait aussi les accords intervenus entre les époux à propos de leurs enfants.

B. Les clauses des conventions de séparation et de divorce

68. Le contenu des clauses des conventions de séparation et de divorce sera généralement beaucoup plus précis que celui des clauses qui seraient insérées dans un contrat de mariage ou de cohabitation.

La différence procède évidemment du fait que les père et mère sont concrètement confrontés à la situation de leur séparation. Ils sont alors immanquablement amenés à devoir prendre des décisions précises et à régler davantage de détails adaptés aux circonstances de la vie familiale du moment, si du moins ils parviennent à s'accorder sur les termes d'une convention susceptibles d'éviter autant que possible les difficultés et/ou les contestations.

Il reste que certaines des considérations qui ont déjà été formulées à propos des clauses d'un contrat de mariage ou d'un contrat de cohabitation peuvent être transposées telles quelles aux conventions de séparation et de divorce, notamment celles relatives aux options éducatives (*supra*, n^{os} 44 et s.) ou à la clause de médiation (*supra*, n^{os} 50 et s.).

69. Afin de ne pas allonger cette étude, on s'attachera surtout à faire apparaître le canevas type d'une convention relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale qui pourrait servir de guide pour les rédacteurs des conventions de séparation et de divorce, en distinguant :

- les clauses relatives aux modalités générales d'exercice de l'autorité parentale ;
- les clauses relatives aux modalités de l'hébergement de l'enfant ;
- les clauses relatives aux modalités d'exercice du droit d'éducation de l'enfant ;
- les clauses relatives aux modalités d'exercice de l'administration légale ou de la jouissance légale.

I. Les modalités générales d'exercice de l'autorité parentale

70. Il paraît logique de commencer le règlement des modalités d'exercice de l'autorité parentale par des clauses qui envisagent globalement l'ensemble des prérogatives de l'autorité parentale, avant d'organiser de manière spécifique l'exercice de chacune de ces prérogatives.

71. La première clause sera, bien sûr, celle par laquelle les père et mère décideront de continuer à exercer conjointement leur autorité parentale ou, au contraire, de confier désormais l'exercice exclusif de cette autorité à l'un d'entre eux (59).

Comme on l'a rappelé (*supra*, n^o 16), on a assisté, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 avril 1995, à une généralisation de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et ce n'est dès lors plus que de manière très exceptionnelle que, dans une convention, un des parents se voit attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale.

Il ne sera probablement pas inutile de compléter la clause par laquelle les père et mère conviennent de continuer à exercer conjointement leur autorité parentale par une clause, de nature pédagogique, visant à expliciter la signification exacte de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

Voici un exemple de clause :

L'exercice conjoint de l'autorité parentale implique que les père et mère continueront à exercer l'un et l'autre les différentes prérogatives de leur autorité parentale.

Ils exerceront ainsi en alternance le droit d'hébergement de leurs enfants, tandis qu'ils devront se concerter pour exercer de commun accord le droit d'éducation de leurs enfants, l'administration légale et la jouissance légale des biens de leurs enfants.

Chaque parent prendra par conséquent, pendant les périodes où l'enfant est hébergé par lui, les décisions de la vie quotidienne relatives à la personne de l'enfant qui sont liées aux responsabilités de cet hébergement et qui seront sans incidence sur l'éducation globale de l'enfant ou sur l'organisation de sa vie quotidienne lorsqu'il est hébergé par l'autre parent.

Les autres décisions relatives à la personne de l'enfant relèvent du droit d'éducation de l'enfant et ne pourront être prises qu'après que les deux parents se seront accordés sur le contenu de cette décision.

Il en sera de même pour toutes les décisions qui concerneraient l'administration des biens de l'enfant, la représentation de l'enfant dans un acte juridique ou une action en justice et la perception des éventuels revenus des biens de l'enfant.

Comme on l'a déjà relevé, il est, par ailleurs, juridiquement possible de prévoir des exceptions à l'exercice conjoint du droit d'éducation,

(59) Si l'exercice de l'autorité parentale est confié exclusivement à un des parents, il conviendra alors de déterminer les modalités du droit aux relations personnelles de l'autre parent (voy. *supra*, n^o 57) et, éventuellement, les modalités selon lesquelles ce parent sera associé au droit d'éducation de l'enfant.

du droit d'administration légale ou du droit de jouissance légale (voy. *supra*, n° 17), mais, compte tenu du canevas type proposé, il serait plus cohérent de prévoir ces exceptions dans les clauses qui porteront sur l'exercice de chacune des prérogatives de l'autorité parentale et, dès lors, de se limiter à y renvoyer dans la clause générale relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

72. Les autres clauses relatives aux modalités générales d'exercice de l'autorité parentale pourraient être les suivantes :

- la clause relative à la détermination du domicile légal de l'enfant, c'est-à-dire le lieu de son inscription à titre principal dans les registres de la population, qui, dans l'état actuel de la législation, ne peut être effectuée qu'à une seule adresse, même si l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint entre les père et mère et quelles que soient les modalités - égalitaires ou non égalitaires - d'hébergement de l'enfant ;
- la clause, de nature essentiellement pédagogique puisqu'elle correspond à un principe juridique « indérogeable » qui régit l'autorité parentale, rappelant que les père et mère sont tenus d'exercer leur autorité parentale dans le respect de l'intérêt et des droits de leurs enfants, et que les dispositions prises à propos des modalités d'exercice de cette autorité parentale pourraient toujours être révisées en fonction de ce qu'exigerait le respect de l'intérêt et des droits de l'enfant ;
- la clause de médiation (*supra*, n°s 50 à 52).

II. Les modalités d'exercice de l'hébergement de l'enfant

a) Les clauses relatives à la détermination des périodes d'hébergement de l'enfant chez chacun de ses parents

73. Un premier type de clauses portera presque nécessairement sur la détermination des périodes d'hébergement de l'enfant chez chacun de ses parents, sauf s'il advenait que, pour des raisons particulières, un seul des parents serait en mesure d'héberger l'enfant (les enfants).

74. Il n'y a, à propos de la manière de répartir l'hébergement de l'enfant entre ses père et mère, aucune contrainte légale spécifique.

D'une part, la faveur pour l'hébergement égalitaire instaurée par la loi du 18 juillet 2006 - quelque relative qu'elle soit - n'est envisagée dans le texte légal que pour les situations où le juge est amené à trancher un litige entre les parents.

D'autre part, même dans l'hypothèse d'un divorce par consentement mutuel, les père et mère peuvent parfaitement organiser de manière souple les périodes d'hébergement de l'enfant chez chacun d'entre eux, en faisant confiance pour le surplus à leur capacité de s'adapter aux circonstances factuelles, dans l'intérêt de leur enfant, en fonction d'ailleurs aussi bien des disponibilités de chacun d'entre eux que des convenances et activités personnelles de l'enfant.

Non seulement la clause suivante(60) serait dès lors parfaitement légale, mais aussi on voit mal comment elle pourrait être jugée « manifestement contraire aux intérêts de l'enfant » :

X sera généralement hébergé par Madame ...

Sans préjudice de tout autre arrangement qui interviendrait entre les parties, Monsieur ... accueillera X chez lui un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir. Les parties veilleront à se téléphoner ou à s'écrire par courriel le jeudi soir précédant chacun de ces week-ends afin de s'accorder sur les modalités concrètes d'organisation de ce week-end, et, notamment, les heures d'arrivée et de retour de l'enfant.

S'il advenait que, pour telle ou telle raison, les parties ne parvenaient plus à s'entendre sur ces modalités, elles prendraient contact avec un médiateur conformément à la clause de médiation qu'elles se sont engagées à respecter.

75. Il reste que, le plus souvent, il paraîtra préférable aux parents de déterminer de manière plus précise les périodes d'hébergement de l'enfant chez chacun de ses parents, en opérant un découpage clair entre les périodes de scolarité et les périodes de vacances.

Lorsque l'hébergement de l'enfant n'est pas « égalitaire », pour reprendre les termes de la loi du 18 juillet 2006 (61), rien n'oblige de distinguer, selon une terminologie qui s'est généralisée dans la pratique, l'hébergement dit « principal » de l'enfant chez un des deux parents de l'hébergement dit « secondaire » ou « subsidiaire » chez l'autre parent.

Pareille terminologie est d'ailleurs peu adéquate, car aucun mode d'hébergement n'est « secondaire » ou « subsidiaire », ni pour l'enfant, ni pour le parent.

(60) Une clause qui « réserverait » les modalités d'exercice du droit d'hébergement d'un des parents, en prévoyant seulement que ce parent hébergerait son enfant le plus souvent possible, chaque fois qu'il en aurait la disponibilité, par exemple lors de ses retours en Belgique, après s'être concerté avec l'autre parent, serait aussi parfaitement légale et ne pourrait être jugée manifestement contraire aux intérêts de l'enfant. En ce sens, le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, dont un extrait a été publié in *Act. dr. fam.*, 2013, p. 215.

(61) Le qualificatif « égalitaire » renvoie malheureusement plus aux droits des parents qu'aux droits de l'enfant et n'est donc pas judicieux.

Chacun des deux parents exerce en alternance l'hébergement de l'enfant, sans que l'un soit plus « secondaire » ou « subsidiaire » que l'autre.

76. En ce qui concerne les périodes de scolarité, on songera, de préférence, sans que ce soit une nouvelle fois obligatoire, à organiser le début et la fin de chaque période d'hébergement, par exemple une semaine sur deux du lundi à la sortie des classes jusqu'au lundi suivant au retour à l'école ou du jeudi à la sortie des classes jusqu'au lundi suivant au retour à l'école (62).

On peut assurément songer à déterminer clairement comment, lors du début de chaque année scolaire, on calculera l'alternance, comme on peut aussi songer à régler des questions plus précises, telles celles des jours de congé scolaire précédant ou suivant la période d'hébergement d'un des parents.

On ne peut pas envisager ici tous les cas de figure possibles, mais il n'est évidemment pas à exclure non plus que les parents déterminent des aménagements progressifs de la répartition entre eux de l'hébergement en fonction de l'âge de l'enfant et conviennent, par exemple, de ne mettre en place un hébergement dit égalitaire qu'à partir du jour où leur enfant entrerait à l'école primaire, voire même étendent petit à petit les jours de la semaine durant lesquels l'enfant vivrait en alternance chez chacun de ses parents au fur et à mesure que l'enfant, par exemple, entrerait à l'école maternelle, puis à l'école primaire, puis en troisième année primaire...

Enfin, une clause souvent utile à insérer dans la convention est celle par laquelle les parents veillent à préciser que chaque période de vacances suspend l'alternance des périodes d'hébergement pendant l'année scolaire, mais les parents peuvent évidemment décider le contraire.

(62) Madame Isabelle Schyns (« Les modifications législatives relatives au divorce par consentement mutuel et le contenu des conventions préalables », *op. cit.* (note 52), p. 222) a écrit que « l'alternance est un moment instantané qu'il faut prévoir avec précision (donc, par exemple, pas du lundi à la fin des cours au lundi suivant à la reprise des cours, ce qui crée un hiatus ». C'est un point de vue qui peut se comprendre, mais qui ne pourrait cependant devenir une contrainte juridique prétorienne, car la clause critiquée par Madame Schyns n'est assurément pas manifestement contraire à l'intérêt des enfants. Au surplus, la période proprement dite d'hébergement de l'enfant par un de ses parents s'achève effectivement au retour à l'école et il n'y a rien là d'inexact.

Si la question est celle de savoir à quel parent la direction de l'école devrait s'adresser s'il se posait un problème grave pendant le moment où l'enfant se trouve le lundi à l'école, la réponse est assurément, dans une situation d'autorité parentale conjointe : à l'un ou à l'autre des parents et de préférence aux deux, exactement comme si les parents vivaient ensemble, et ce serait aux parents de se concerter autant que possible afin de prendre les décisions adéquates.

Sans doute, lorsque les parents se montreraient incapables de s'entendre, même dans de telles circonstances, la clause proposée par Madame Schyns permettrait de déterminer qui des deux parents aurait seul le « droit » de se manifester auprès de l'école, puisque ce serait « sa » période d'hébergement, mais ne peut-on pas souhaiter pour l'enfant qu'autant que possible, ses parents n'en arrivent pas à fonctionner selon un tel schéma ?

77. En ce qui concerne les vacances scolaires, toutes les combinaisons sont possibles, mais les parties prévoient généralement d'abord une répartition 1 mois/1 mois lors des vacances d'été ou, ce qui est préférable lorsque les enfants sont très jeunes, une répartition par périodes plus courtes, ensuite une répartition par moitié des vacances de Noël et de Pâques et enfin une alternance des vacances de Toussaint et de carnaval (en précisant les modalités de l'alternance) (63).

On pourra songer, sans que ce soit non plus obligatoire, à préciser le moment exact où commence et s'achève chaque période de vacances et les modalités de transfert de l'hébergement lorsque chaque parent héberge les enfants pendant une période des vacances (été, Noël et Pâques) (64), mais une clause qui prévoirait que les parents veilleront à s'accorder sur ces modalités avant telle ou telle date précise, voire établiront, au début de chaque année scolaire, un calendrier précis, est assurément davantage empreinte de souplesse et mieux susceptible de rencontrer les convenances de chacun des parents autant que l'intérêt bien compris de leurs enfants.

b) *Les clauses relatives à la communication entre les parents ou à la communication entre les parents et l'enfant*

78. Un règlement précis et complet des modalités de l'hébergement de l'enfant chez chacun de ses parents peut aussi impliquer, même si ce n'est assurément pas obligatoire, que les parents veillent à s'accorder sur les modalités de communication qu'ils mettront en place afin d'organiser concrètement l'alternance de l'hébergement de leur enfant dans deux habitations différentes (65).

On songe notamment à :

- l'échange des vêtements, effets personnels et équipements de l'enfant ;
- l'échange des documents administratifs (carte d'identité, passeport...) ;
- la communication des informations relatives aux activités organisées par l'école, aux anniversaires des camarades de classe, aux horaires des activités extrascolaires... et la communication des informations

(63) La solution la plus adéquate, si chaque parent souhaite pouvoir héberger ses enfants lors d'un de ces deux congés chaque année scolaire, est celle qui prévoit qu'un des deux parents héberge les enfants durant les vacances de carnaval et de Toussaint lors des années civiles paires et l'autre parent durant les années civiles impaires.

(64) Voy. les recommandations précises formulées par N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance. Filiation – Autorité parentale – Hébergement*, *op. cit.* (note 8), p. 404.

(65) Voy. les clauses précises proposées par N. MASSAGER, *ibid.*, p. 428, qui suggère, notamment, que les parents s'échangent un « carnet de transition », qui contiendrait, lors de chaque période d'hébergement, « toutes les informations utiles recueillies lors du séjour de l'enfant [...] ainsi que leurs observations concernant l'enfant ».

relatives aux déplacements et aux lieux de séjour de l'enfant lors des périodes d'hébergement de l'enfant chez l'autre parent, plus particulièrement lors des périodes de vacances.

D'autres communications à opérer entre les parents sont davantage relatives aux modalités d'exercice du droit d'éducation (*infra*, n° 83).

79. Une clause pourrait aussi, afin d'éviter les malentendus et les conflits, déterminer les modalités de communication de l'enfant, lors des périodes d'hébergement chez l'un des parents, avec l'autre parent.

Sans doute, les moyens de communication électroniques actuels rendent-ils cette clause moins nécessaire pour les enfants plus âgés, puisqu'ils peuvent, de leur propre initiative, correspondre avec chacun de leurs parents.

Mais pour les jeunes enfants qui ne disposent pas encore d'un portable (ou d'un smartphone) et qui ne communiquent pas encore par courriel, il peut être important d'avoir la certitude de conserver régulièrement un contact avec chacun de leurs parents.

Il n'est alors pas très difficile de prévoir dans la convention le rythme et, éventuellement, les moments où l'enfant pourrait, pendant la semaine et pendant les vacances, converser par téléphone avec le parent dont il est provisoirement séparé.

III. Les modalités d'exercice du droit d'éducation de l'enfant

80. Les père et mère peuvent, bien sûr, ne pas en dire davantage, à propos de l'exercice du droit d'éducation de l'enfant, que ce qu'ils auront décidé à propos de l'exercice conjoint ou, au contraire, exclusif de leur autorité parentale.

Mais il pourra leur paraître opportun d'insérer dans leur convention des clauses explicitant davantage la manière dont ils exerceront concrètement, après leur séparation ou leur divorce, le droit d'éducation de leur(s) enfant(s).

81. Une première clause pourrait exprimer certains principes ou choix éducatifs sur lesquels les père et mère auraient déjà souhaité expressément s'accorder.

On songe particulièrement au choix de l'école de l'enfant ou, à tout le moins, du type d'école ou d'enseignement, au choix de certaines activités extrascolaires, au choix du médecin traitant de l'enfant ou d'un médecin spécialiste, d'un psychologue ou d'un logopède en fonction de l'état de santé d'un enfant, au choix d'une orientation religieuse, philosophique ou linguistique...

Mais on peut songer aussi à certaines normes éducatives qui paraîtraient essentielles aux deux parents pour assurer la cohérence de l'éducation de l'enfant.

82. On a, par ailleurs, déjà évoqué (*supra*, n° 17) la possibilité pour les parents exerçant conjointement l'autorité parentale d'attribuer à l'un d'eux ou de répartir entre eux la responsabilité exclusive de certains choix éducatifs, tels le choix d'une activité sportive et son accompagnement par un des parents et le choix d'une activité culturelle et son accompagnement par l'autre parent, en fonction de leurs compétences et intérêts respectifs.

83. Une autre clause pourrait, par ailleurs, porter sur les modalités selon lesquelles les père et mère s'informeront réciproquement et se concerteront à propos de l'éducation de leurs enfants.

Ils pourraient ainsi déterminer clairement comment ils se communiqueront régulièrement les informations de nature scolaire (bulletins ou informations transmises par l'école, par exemple à propos des réunions de parents et de l'élection des délégués de classe...) et les informations de nature médicale (indication de la date de consultation d'un médecin, d'un ophtalmologue, d'un orthodontiste... et des prescriptions de ces médecins...).

Ils pourraient même déterminer entre eux le processus à suivre lorsqu'il y aurait à prendre une décision éducative requérant l'accord des deux parents.

IV. Les modalités d'exercice de l'administration légale ou de la jouissance légale

84. L'exercice du droit d'administration légale et de jouissance légale des biens de l'enfant ne pose guère de difficultés dans la très grande majorité des situations de séparation ou de divorce, pour la simple raison que les enfants ne disposent pas encore de biens d'une certaine consistance et qu'il est peu fréquent que leurs parents soient amenés à les représenter dans une procédure judiciaire.

Cet aspect du règlement des modalités d'exercice de l'autorité parentale ne devrait dès lors généralement pas donner lieu à d'autres développements que ceux contenus dans la clause générale d'exercice conjoint ou exclusif de l'autorité parentale.

85. Comme on l'a déjà relevé (*supra*, n° 17), il n'est cependant pas à exclure que les parents estiment opportun de déterminer clairement le statut du ou des comptes ou livrets d'épargne qui auraient déjà été ouverts ou qu'ils seraient amenés à ouvrir au nom de l'enfant.

Il pourrait paraître logique que, pour les comptes ou livrets d'épargne déjà ouverts au nom de l'enfant et sur lesquels se trouveraient placés des sommes ou des avoirs constitués pendant la vie commune, les père et mère conviennent de continuer à en assurer conjointement l'administration – ce qui suppose donc qu'ils s'accordent préalablement avant toute éventuelle utilisation de ces sommes ou avoirs.

Par contre, il pourrait paraître tout autant logique que, pour les comptes ou livrets d'épargne qui seraient éventuellement ouverts après la séparation ou le divorce des parents, chacun des parents se voie octroyer le pouvoir d'ouvrir un tel compte au nom de l'enfant et d'en assurer seul la gestion, sans intervention de l'autre parent, dès lors que les sommes ou avoirs qui y seraient placés le seraient par lui ou par un membre de sa famille.

86. Lorsqu'un des parents dispose d'un certain patrimoine et qu'il envisage éventuellement, dès avant la majorité des enfants, de leur effectuer une donation, ne fût-ce qu'en nue-propiété, on pourrait parfaitement concevoir que les père et mère conviennent expressément que chacun d'entre eux exercera l'administration exclusive des biens de leurs enfants provenant d'une donation qu'il leur aurait consentie ou qui leur aurait été consentie par un membre de sa famille (par exemple, ses propres parents).

De même, on ne devrait pas exclure que, dans l'hypothèse où un enfant serait impliqué personnellement dans une procédure en justice, les parents conviennent des modalités précises de la représentation de leur enfant et décident éventuellement, pour telle ou telle raison, que l'enfant n'y serait représenté que par l'un d'entre eux.

Il y a donc, y compris pour le droit d'administration légale et de jouissance légale, une marge de manœuvre pour l'élaboration de clauses sur mesure adaptées à la situation patrimoniale particulière des parents ou des enfants.

LES CLAUSES DES CONVENTIONS DE SÉPARATION OU DE DIVORCE RELATIVES AUX OBLIGATIONS ALIMENTAIRES DES ÉPOUX OU COHABITANTS*

Nicole GALLUS

Chargée de cours à l'Université libre de Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles
et

Jean-Emmanuel BEERNAERT

Assistant à l'Université libre de Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Les conventions conclues entre époux ou cohabitants, à l'occasion d'une séparation ou d'un divorce, relativement aux obligations alimentaires envers le partenaire ou les enfants communs posent de nombreuses questions sur les plans civil et fiscal. (1)

L'importance de la matière oblige à sélectionner quelques problématiques couvrant trois domaines :

- l'obligation de contribuer aux frais d'entretien et d'éducation des enfants « économiquement mineurs » et plus spécialement, les questions liées à l'exécution en nature de l'obligation, l'exécution à l'intervention d'un « compte-enfant » et la problématique des frais exceptionnels ;
- l'exécution en nature du devoir de secours entre époux mariés sous le régime de la communauté, pendant l'instance en divorce ;
- la pension après divorce, sous l'angle particulier de sa transmissibilité et de sa capitalisation.

* * * *

* Ce texte correspond à la version transmise par les auteurs à la date du 20 mars 2012.