

TAPAS DE DROIT NOTARIAL 2018

Les régimes matrimoniaux

sous la direction de
Fabienne TAINMONT et
Jean-Louis VAN BOXSTAEL

Patrimoine et notariat



larcier

 UCLouvain

- Un crédit hypothécaire contracté pour l'installation de panneaux photovoltaïques auprès de \$ aux termes d'un contrat sous seing privé daté du xxx pour un montant initial de \$, dont le solde au \$ s'élève à \$
- Les comparants reconnaissent la réalité de ces déclarations ».

VERS UN NOUVEAU CONTRAT DE SÉPARATION DE BIENS

Jean-Louis RENCHON

Professeur à l'UCLouvain et à l'Université
Saint-Louis-Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

Section 1. Introduction

1. Il y a déjà de nombreuses années qu'une réflexion s'était développée dans la doctrine afin de faire évoluer les clauses contenues dans les contrats de mariage de séparation de biens (1).

C'était particulièrement à propos de la problématique des éventuelles créances entre époux que les dispositions de la majorité de ces contrats de mariage étaient apparues inadéquates, soit qu'elles étaient lacunaires parce qu'elles n'organisaient pas le régime juridique de ces créances, soit qu'elles avaient pu être interprétées comme excluant la possibilité pour un des époux de faire valoir une créance à l'égard de son ex-conjoint lors de la dissolution du régime (2).

(1) Voy. not., dans la doctrine francophone, avec les modèles de clauses proposées, N. BAUGNIET et P. VAN DEN EYNDE, « Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage ou droits de créance », in *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux, Actes de la 6^{ème} Journée d'études juridiques Jean Renauld*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 175 ; Ph. DE PAGE, « Un nouveau modèle de contrat de séparation de biens pure et simple », I. DE STEFANI, « Clauses de preuve, de propriété et de présomption de propriété », et J.-L. RENCHON, « Les règles de preuve entre époux séparés de biens », in *Le contrat de séparation des biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, p. 167, p. 59 et p. 29 ; J.-L. RENCHON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des régimes de séparation de biens, Actes du colloque organisé par la Commission Barreau-Notariat de Liège*, Ed. Jeune Barreau de Liège, 2000, p. 45.

(2) C'est notamment la clause dite « Grégoire », insérée dans un nombre important de contrats de mariage en séparation de biens, qui a malheureusement généré des interprétations divergentes et qui a dès lors fait l'objet de critiques parfois vives de la doctrine. On y reviendra *infra*, n° 35.

Mais, au-delà de ces imprécisions ou de ces lacunes, des auteurs, tels en Flandre le professeur Alain Verbeke, avaient au surplus déjà « plaidé » (3) pour que les notaires veillent à corriger par des clauses appropriées le caractère à ses yeux trop souvent inéquitable du régime de la séparation de biens pure et simple.

2. Les analyses et proposition doctrinales – dont on peut douter qu’elles furent jusqu’à présent réellement entendues et suivies – ont aujourd’hui été relayées par le législateur, et il ne sera plus possible, à partir du 1^{er} septembre 2018, de rédiger les contrats de séparation de biens comme on l’avait fait jusqu’à présent, ne fût-ce que parce que la loi du 22 juillet 2018 met à la charge du notaire instrumentant une obligation « renforcée » d’information et d’explication à propos des conséquences juridiques qui résulteront pour les époux de leur choix d’insérer ou non dans leur contrat une clause de participation aux acquêts ou une clause de correction judiciaire en équité. Au surplus, le contrat devra contenir des « mentions » relatives à ces deux clauses. On y reviendra (voy. *infra*, section V).

3. Ce sont les auteurs de la proposition de loi déposée à la Chambre qui, dans leur exposé introductif, ont expliqué qu’il y avait là un « renforcement de l’obligation d’information du notaire », au motif que « le choix délibéré et informé en faveur d’un régime de séparation de biens requiert que les conjoints comprennent et discutent de tous les avantages et inconvénients éventuels d’une séparation de biens pure et simple et d’une séparation de biens corrigée » (4).

En réalité, le notaire était bien sûr déjà tenu, conformément à l’article 9 de la loi de Ventôse, d’informer « entièrement » les époux à propos des conséquences juridiques de n’importe quel régime matrimonial qu’ils adopteraient dans leur contrat de mariage et, dès lors, de ses avantages et de ses inconvénients.

Ce qui est nouveau, lors de l’adoption d’un régime matrimonial de séparation de biens, c’est désormais que, d’une part, le notaire est expressément astreint à expliquer aux futurs époux qu’ils peuvent « corriger » leur régime par une clause de participation aux acquêts (5) ou par une

(3) A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens – Plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, 1997.

(4) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 28.

(5) On peut effectivement considérer qu’il n’y avait pas antérieurement d’obligation pour le notaire d’indiquer et d’expliquer aux futurs époux qu’ils pouvaient éventuellement opter pour le régime de la participation aux acquêts. Selon les études notariales, ce régime était ou n’était pas présenté aux futurs époux. On sait d’ailleurs qu’à défaut de réglementation légale et, surtout, de pratique de ce régime, un certain nombre de notaires n’y étaient pas favorables et faisaient donc le choix de ne pas l’évoquer avec les futurs époux, d’autant qu’il n’est pas aisé de faire comprendre le mode de fonctionnement de ce régime. Même les étudiants de notre master en notariat, qui ont pourtant déjà un

clause de correction judiciaire en équité (6), et que, d’autre part, il devra veiller, à peine d’engager sa responsabilité, à insérer dans le contrat lui-même les mentions prévues aux articles 1469, § 3, et 1474/1, § 2, nouveaux du Code civil (7).

4. Dès lors qu’il sera en tout cas indispensable à l’avenir d’adapter la rédaction d’un contrat de mariage de séparation de biens pure et simple à ces nouvelles dispositions, c’est aussi une occasion idéale de réfléchir à la manière d’insérer dans ces contrats des clauses qui prendraient mieux en compte les difficultés que ce régime matrimonial peut poser, le plus souvent au jour de sa liquidation.

On se limitera, dans cet exposé, au régime de la séparation de biens qui resterait un régime de séparation de biens « classique », c’est-à-dire celui qui ne serait pas complété par une clause de participation aux acquêts (8) ou par un « patrimoine d’affectation » (9), tel qu’une « société accessoire » (10).

On peine en effet à imaginer que le nombre important d’époux qui jusqu’à présent faisaient le choix d’un régime de séparation de biens pure et simple (11) se restreindrait subitement aujourd’hui de manière importante par le seul effet de l’entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la loi du 22 juillet 2018 (12).

solide bagage juridique, peuvent y éprouver des difficultés faute précisément d’avoir pu appréhender son application dans la pratique. Qu’en est-il dès lors pour de futurs époux ?

(6) Ce mécanisme est une innovation de la loi du 22 juillet 2018, et il n’aurait pas antérieurement été possible pour les notaires d’en expliquer l’existence.

(7) Comme on l’indiquera ci-après (*infra*, n° 49), il n’y aurait pas de sens à envisager dans le contrat de mariage une correction judiciaire en équité lorsque les époux auraient fait le choix d’une clause de participation aux acquêts régie par les dispositions des articles 1469/1 à 1469/13 nouveaux du Code civil.

(8) À mes yeux, le régime de la participation aux acquêts est en réalité un régime matrimonial autonome qui ne peut être réduit à une simple « clause » d’un régime de séparation de biens. Il est au demeurant perçu tel quel dans l’Accord franco-allemand du 4 février 2010 instituant un régime matrimonial optionnel de participation aux acquêts auquel le législateur belge s’est expressément référé pour élaborer les dispositions contenues aux nouveaux articles 1469/1 à 1469/13 de notre Code civil.

(9) Le concept de « patrimoine d’affectation » a désormais été expressément introduit par la loi du 22 juillet 2018 dans le nouvel article 1469, § 1, alinéa 2.

(10) En Belgique francophone, le « patrimoine d’affectation » le plus souvent adjoint à un régime de séparation de biens est généralement qualifié de « société accessoire » ou de « société limitée » ou, encore, de « société d’acquêts » – ce qui constitue néanmoins une formulation généralement inappropriée, dès lors que cette « société » ne comprend *a priori* pas tous les acquêts du couple.

(11) Selon le Baromètre des notaires pour l’année 2017, près de 4 couples sur 10 se sont mariés en Belgique avec un contrat de mariage. Parmi ceux-ci, 67,8 % ont opté pour le régime de la séparation de biens pure et simple.

(12) On relèvera que le professeur Y.-H. Leleu (« La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 », in *États généraux du droit de la famille III*, Bruxelles/Limal, Larcier/Anthemis, 2018, p. 100) a exprimé le point de vue que l’« aggravation » de la responsabilité notariale et l’extrême difficulté à chiffrer le dommage subi par un époux qui n’aurait pas été bien informé par le notaire des effets potentiellement préjudiciables d’un régime de séparation de biens pure et simple pourraient inciter les notaires à conseiller désormais aux futurs époux une « correction » plus

5. On peut *a priori* repérer trois difficultés récurrentes dans le régime de la séparation de biens.

Ce sont les problématiques de la contribution aux charges du mariage (section II), de la propriété exclusive ou indivise des biens des époux (section III) et du régime juridique des créances entre les époux (section IV).

Des clauses plus adéquates traitant de chacune de ces difficultés pourraient donc, de manière plus systématique, être proposées aux futurs époux dans leur contrat de mariage.

À ces éventuelles clauses, il conviendra d'ajouter en tout état de cause les clauses que la loi du 22 juillet 2018 impose désormais au notaire instrumentant (section V).

En fonction des considérations qui seront développées dans cet exposé à propos de chacune de ces problématiques, le lecteur trouvera en annexe un modèle de contrat incluant diverses possibilités de clauses.

Section 2. La contribution aux charges du mariage

6. Parmi les dispositions légales qui constituent pour tous les époux le régime matrimonial primaire, c'est-à-dire les règles de fond qui régiront de manière impérative leurs relations matrimoniales pendant toute la durée de fonctionnement de leur régime matrimonial, c'est assurément la disposition contenue à l'article 221 du Code civil qui a le plus d'incidence concrète pour les époux mariés sous le régime de la séparation de biens pure et simple :

« Chacun des époux contribue aux charges du mariage selon ses facultés ».

« efficace » que la correction judiciaire en équité, tels la participation aux acquêts ou le régime légal. Outre que l'approche par cet auteur de la responsabilité du notaire est particulièrement sévère, dès lors que le notaire n'a pas à contrecarrer la volonté que lui exprimeraient deux époux de se marier sous le régime de la séparation de biens pure et simple, c'est délibérément que le législateur lui-même a préféré, fût-ce à tort, de privilégier le respect de l'autonomie des époux et, dès lors, leur choix de se marier en séparation de biens. Lorsqu'on sait par ailleurs qu'une majorité de couples optent aujourd'hui, dans le même souci d'autonomie, pour le régime d'une cohabitation légale ou d'une cohabitation de fait et n'envisagent même pas d'encadrer ce régime en concluant une convention de cohabitation légale ou de vie commune, on voit mal comment le notaire pourrait être rendu responsable de ce que des futurs époux décident aussi d'opter pour un régime non « corrigé » de séparation de biens, quel qu'en serait le préjudice qui pourrait éventuellement en résulter ultérieurement pour l'un d'entre eux. Voy. égal. *infra*, n° 40 et 48.

§ 1. Une obligation de contribution proportionnelle aux facultés respectives des époux

7. Ce que la disposition contenue dans l'article 221 du Code civil impose aux époux, sans qu'il ne soit dès lors permis d'y déroger dans le contrat de mariage (13), c'est non seulement que chacun d'entre eux affecte ses ressources au financement des charges du mariage, mais aussi et surtout que leurs contributions respectives soient **proportionnées** à leurs facultés.

Le législateur a par conséquent entendu empêcher qu'un d'entre eux puisse être amené – et *a fortiori* puisse se trouver contractuellement tenu – de contribuer aux charges du mariage au-delà du pourcentage que ses ressources représentent dans les ressources cumulées des deux époux, par exemple 30 %-70 % (14), à peine de devoir s'appauvrir d'une manière qui serait inéquitable. Il serait en effet injuste qu'un époux puisse sous le régime de la séparation de biens économiser ses revenus, à son seul profit, parce que ce serait son conjoint qui aurait affecté toutes ses facultés aux dépenses de la vie quotidienne ou à d'autres charges du mariage.

Au surplus, le terme « *facultés* » n'est pas synonyme de « *revenus* ». Les époux ne contribuent donc pas nécessairement aux charges du mariage à proportion de leurs seuls revenus respectifs. Au contraire, ils peuvent être amenés à contribuer aux charges de la vie quotidienne autant en argent que par des prestations en nature (15). Si c'est l'un d'entre eux qui prend seul ou très prioritairement en charge ces prestations en nature, comme les prestations ménagères ou les prestations matérielles et affectives au profit des enfants, l'autre conjoint est alors tenu de supporter une part plus importante des dépenses financières que celles résultant de la comparaison de leurs revenus proprement dits.

Comme les charges du mariage représentent, pour beaucoup de couples, une très grande partie des dépenses qui doivent être financées au jour

(13) Même si l'article 1388 du Code civil précisait déjà expressément que les époux ne peuvent déroger aux règles qui fixent leurs droits et devoirs respectifs, c'est-à-dire aux dispositions contenues dans les articles 212 à 224 du Code civil, la loi du 22 juillet 2018 a encore ajouté dans le texte de l'article 1466 du Code civil qui définit le régime de la séparation de biens une référence expresse à l'ensemble des dispositions relatives à leurs droits et devoirs respectifs qui s'appliqueront à ces époux. À propos de l'article 221 du Code civil, le professeur Vieujean avait ainsi pu écrire que « l'article 221 soustrait la matière à l'autonomie des volontés » (E. VIEUJEAN, « Les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage », *Rep. not.*, t. V, I. II, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 338, n° 208).

(14) C'est le même principe qui préside à la détermination des contributions respectives des père et mère au coût de l'entretien et de l'éducation de leurs enfants. Ce principe est nécessairement concrétisé, dans les décisions des cours et tribunaux, conformément à l'exigence formulée à l'article 1321 § 1, 7°, du Code judiciaire, par la détermination du pourcentage extrêmement précis, par exemple 63,24 % et 36,76 %, de répartition entre les père et mère de la prise en charge de ces frais.

(15) Voy. F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1988, p. 577, n° 9 et les références citées en doctrine et en jurisprudence.

le jour, au mois le mois ou année après année, le principe de proportionnalité exprimé dans l'article 221 du Code civil sera de plein droit applicable à toutes ces dépenses.

8. Il résulte du caractère impératif de la disposition légale que celui des époux qui aurait ponctuellement « sur-contribué » à une charge précise du mariage(16) ou qui aurait structurellement trop supporté l'ensemble des charges du mariage pendant une période déterminée de l'union conjugale serait de plein droit titulaire, par l'effet de la loi, d'une créance correspondant au montant de cette « sur-contribution » ou, selon le point de vue auquel on se place, de la « sous-contribution » de son conjoint(17).

9. Sans doute, la doctrine – et particulièrement la doctrine notariale – s'était-elle inquiétée du risque de contestations qui pourraient surgir lors de la liquidation du régime matrimonial, si un des époux était tenté de soutenir qu'ils n'avaient pas l'un et l'autre, au fil de la vie quotidienne, contribué aux charges du mariage proportionnellement à leurs facultés respectives et exigeait que des comptes précis soient opérés afin de vérifier s'il n'avait précisément pas « sur-contribué » au financement des dites charges.

Comme l'avait indiqué le notaire Charles Simon, les notaires se souciaient en effet des possibles « réclamations abusives » d'un époux à l'égard de son conjoint et avaient dès lors « cherché à l'en prémunir » (18).

C'est qu'au surplus le notaire Simon estimait que, conformément à la règle relative à la charge de la preuve contenue dans l'article 1315, alinéa 2, du Code civil belge, c'est l'époux « qui se prétend libéré » (de sa contribution proportionnée à ses facultés) qui « doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Ce point de vue était contestable et généralement contesté, car, outre que l'article 1315, alinéa 2, du Code civil n'a *a priori* pas été rédigé pour être appliqué aux droits et devoirs respectifs des époux imposés par la loi, il paraît plus logique de considérer que c'est celui qui revendique une créance qui doit apporter la preuve des faits qui la justifieraient.

(16) Voy., dans la jurisprudence, à propos du financement exclusif par un des époux de la dépense spécifique et ponctuelle qu'avait représentée le coût de l'hospitalisation à Londres de l'autre époux et d'une intervention chirurgicale urgente, Bruxelles, 9 juin 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 969, qui a exprimé on ne peut plus clairement que « si un époux évoque que son conjoint a manqué à son devoir de contribution sans que ce manquement ait été sanctionné par une délégation de sommes, et s'il parvient à évaluer la somme qu'il a en conséquence dû déboursier lui-même, au-delà de sa quote-part, afin de faire face aux besoins du ménage, il bénéficiera à l'égard de ce conjoint d'une créance à concurrence de cette somme ».

(17) Voy. égal. à propos de ces notions de « sur-contribution » et « sous-contribution », Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 405, n° 369.

(18) C. SIMON, « Contribution aux charges du mariage et clauses y relatives », in M. GREGOIRE (dir.), *Les contrats de mariage*, Louvain-la-Neuve, Academia/Bruylant, 1996, p. 50.

Mais, quoi qu'il en soit, c'était afin de prévenir de telles contestations que le notaire Simon avait proposé – il n'était d'ailleurs pas le seul – qu'une clause soit insérée dans le contrat de mariage des époux à propos de tels décomptes relatifs au financement des charges du mariage.

Il l'avait formulée dans les termes suivants :

« Les époux seront censés avoir réglé entre eux, jour par jour, tous comptes relatifs aux charges du mariage ; cependant la preuve contraire pourrait être faite par toutes voies de droit ».

C'est effectivement une clause de ce type qui se trouve généralement insérée dans les contrats de mariage de séparation de biens, tels qu'ils étaient jusqu'à présent rédigés.

Dans une étude publiée à l'occasion de la 6^e Journée d'études juridiques Jean Renauld(19), Nathalie Bagniet et Pierre Van den Eynde ont aussi proposé la clause suivante :

« Les époux contribueront aux charges du mariage selon leurs facultés. Ils ne seront, à cet égard, assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer aucune quittance l'un de l'autre.

Sauf preuve contraire par tous moyens de droit, les époux seront présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, tous les comptes relatifs à la contribution aux charges du mariage en ce compris ceux concernant la rémunération du travail familial qu'ils peuvent se devoir. Toutes dépenses de la vie commune et charges du ménage, qui se trouveront dues ou engagées au moment de la dissolution du régime, incomberont à chaque époux pour moitié ».

Ces différentes clauses ne sont effectivement pas incompatibles ni avec la lettre ni avec la *ratio legis* de l'article 221 du Code civil, puisqu'elles n'entravent pas la possibilité pour chaque époux d'obtenir de son conjoint, y compris pour le passé, sa contribution à toute dépense qu'il aurait été amené à supporter au-delà de ses propres facultés(20).

(19) N. BAUGNIET et P. VAN DEN EYNDE, « Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage ou droits de créance », *op. cit.*, note 1, p. 219.

(20) On relèvera, par contre, que la partie de la clause proposée par N. Bagniet et P. Van den Eynde qui entend faire supporter par chaque époux pour moitié les charges qui n'étaient pas encore payées lors de la dissolution du régime ne paraît pas compatible avec la règle impérative de l'article 221 du Code civil, puisque ces charges ont précisément été engagées pendant le régime et que chacun des époux doit dès lors encore y contribuer proportionnellement à ses facultés même si le régime est entretemps dissous. La clause proposée par Philippe De Page dans un nouveau modèle de contrat de séparation des biens (« Un nouveau modèle de contrat de séparation de biens pure et simple », *op. cit.*, p. 174) est aussi, me paraît-il, discutable, car elle prévoit, à propos des charges du mariage, « qu'aucun compte ou aucune créance ne peut être exigé a posteriori de ce chef, par l'un ou l'autre époux, sauf preuve d'un manquement persistant à cette obligation qui peut être établie par toutes voies de droit, à tout moment, et même après la dissolution du mariage ». On n'aperçoit pas la justification de cette exigence d'un « manquement persistant » qui ne me paraît pas non plus compatible avec le texte et la

Mais, ces clauses ont trop prêté à contestations et ont trop été instrumentalisées par des plaideurs de plus ou moins mauvaise foi pour en inférer tantôt qu'on ne pourrait plus, après la dissolution du mariage, opérer de comptes entre les époux à propos des charges du mariage, tantôt même qu'en ayant financé telle ou telle dépense ou telle ou telle dette qui incombait à son conjoint un des époux n'aurait fait que « régler entre eux, au jour le jour, tous les comptes relatifs à la contribution aux charges du mariage » (21) qu'il me paraît préférable de ne plus y recourir.

10. D'autres clauses, beaucoup plus restrictives, avaient cependant aussi été insérées dans un certain nombre de contrats de mariage, davantage, semble-t-il, à en croire la jurisprudence publiée, au Nord qu'au Sud du pays, en ce qu'elles paraissaient exclure toute possibilité de comptes relatifs aux charges du mariage.

Il en était notamment ainsi de la clause suivante :

« À défaut de comptes écrits, les époux seront réputés avoir clôturé au jour le jour les comptes qu'ils pourraient se devoir à propos de leur contribution aux charges du mariage » (22).

On relèvera que, dans le passé, certaines décisions de jurisprudence y avaient vu une raison valable et suffisante pour rejeter la demande d'un des époux (ou ex-époux) d'obtenir rétroactivement de son conjoint sa contribution à des dépenses qu'il avait supportées au-delà de ce qu'à ses yeux il était tenu de supporter conformément à la disposition légale (23).

Mais il n'est plus aujourd'hui sérieusement contesté que de telles clauses, si du moins on leur confère la portée d'une présomption irréfragable, contreviennent au caractère impératif de l'article 221 du Code civil.

En effet, si les époux sont réputés avoir définitivement clôturé leurs comptes au jour le jour, un d'entre eux pourrait allègrement ne plus contribuer aux charges du mariage proportionnellement à ses facultés puisque son conjoint ne pourrait plus jamais rien lui réclamer.

ratio legis de l'article 221 du Code civil, puisqu'un seul manquement à la prise en charge d'une dépense spécifique peut légalement justifier une créance (voy. *supra*, note 16).

(21) Les cours et tribunaux se laissent cependant de moins en moins prendre à une telle argumentation.

(22) Dans son étude précitée, le notaire Simon avait lui aussi envisagé ce type de clause, mais en ayant prévu un délai autrement plus long à l'issue duquel il ne serait plus possible de se réclamer une quelconque contribution. Il avait en effet proposé la clause suivante : « Ils seront censé avoir réglé entre eux, cinq ans à compter du jour où la dépense aura été exposée, tous comptes relatifs aux charges du mariage ; la preuve contraire ne pourra être faite qu'au moyen d'un écrit signé par les deux époux ».

(23) Voy. par exemple Anvers, 26 octobre 1988, *Rev. not. b.*, 1989, p. 481, qui avait considéré que les frais de ménage « doivent être considérés comme décomptés journellement entre les époux ainsi qu'il résulte du contrat de mariage et ne doivent plus être pris en considération pour les comptes entre les ex-époux ».

Et ce n'est pas parce qu'il aurait été prévu que les époux peuvent se réserver un compte écrit que la disposition impérative de l'article 221 du Code civil serait respectée, car comment parvenir à obtenir de celui qui ne contribue déjà pas proportionnellement à ses facultés aux charges du mariage un compte écrit de tout ce à quoi il n'aurait pas ainsi contribué ?

Comme l'enseigne Philippe De Page, la preuve contraire qu'un des époux n'aurait pas apporté sa contribution proportionnelle aux charges du mariage sera toujours « de droit » (24).

11. Mais, à vrai dire, n'est-ce pas toute clause présumant, même de manière non irréfragable, que les époux clôtureraient au jour le jour leurs comptes relatifs aux charges du mariage qui devrait être considérée comme inappropriée, car elle instaure une présomption dont chacun sait qu'elle ne correspond pas ou en tout cas presque jamais à la manière dont un couple, quel que soit son degré d'entente, fonctionne au quotidien : il ne dresse pas de comptes et *a fortiori* ne les « clôture » pas.

C'est pourquoi il me paraît qu'il serait préférable, à l'avenir, de ne pas donner à croire ce qui ne se produira pas (ou en tout cas presque jamais), et qu'il serait au contraire beaucoup plus clair que les époux soient expressément informés que, dans l'hypothèse où ils ne veilleraient pas à contribuer aux charges du mariage proportionnellement à leurs facultés, des comptes pourraient être ultérieurement opérés entre eux conformément à ce que la loi leur impose afin de rendre équitables les apports de chacun d'entre eux au financement des dépenses de la vie quotidienne.

C'est donc en ce sens que j'ai rédigé la clause annexée à cet exposé.

§ 2. La notion de « charges du mariage »

12. Alors que la disposition de l'article 221 du Code civil énonce une règle particulièrement claire à propos de la répartition entre les époux de leurs contributions respectives, elle ne fournit par contre aucune indication à propos de ce que représentent les charges du mariage.

S'il n'y a *a priori* pas de difficulté à y inclure l'ensemble des dépenses correspondant aux besoins de la vie quotidienne des époux et de leurs enfants, il y a par contre matière à discussion et, dès lors, à des

(24) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 232. Voy. égal. F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *op. cit.*, p. 578.

interprétations qui peuvent être divergentes lorsqu'il s'agit de dépenses qui excèdent les besoins proprement dits de la vie quotidienne et qui tantôt s'apparentent davantage à des investissements effectués par les époux ou par un des époux (par exemple, dans un immeuble d'habitation ou des meubles ou objets décoratifs), tantôt correspondent à l'acquittement de dettes personnelles contractées par un des époux, tels ses arriérés d'impôts ou de cotisations de sécurité sociale, ou le remboursement d'un emprunt contracté pour le financement de son véhicule personnel ou d'un matériel à usage personnel.

Ce ne sont pas là *a priori* des charges liées à la vie quotidienne d'un couple ou de leurs enfants, et il serait dès lors excessif de les considérer comme des charges du mariage, alors que la logique d'un régime de séparation de biens implique, au contraire, que chaque époux soit tenu de supporter lui-même ses dettes personnelles et de financer lui-même ses investissements.

13. Il reste qu'on peut être amené à raisonner différemment lorsqu'il s'agit, pour un bon nombre de ménages, du remboursement des mensualités d'un prêt hypothécaire contracté pour financer l'acquisition du logement de la famille, lorsque du moins ces mensualités sont proportionnées au budget mensuel dont le ménage dispose et qu'elles peuvent être considérées comme relativement équivalentes à la charge d'un loyer, même si le montant de ces mensualités sera souvent supérieur au loyer qui aurait été payé pour occuper le même immeuble.

C'est la solution qui est généralement retenue en doctrine et en jurisprudence (25).

Il me paraît néanmoins que cette solution n'est juridiquement correcte que dans la mesure où le logement principal de la famille a été acquis en indivision, par parts égales, entre les époux. À nouveau, on ne comprendrait pas ce qui pourrait justifier qu'un des époux serait légalement tenu, au point de pouvoir y être judiciairement condamné, de contribuer proportionnellement à ses facultés à une charge qui correspondrait à un investissement effectué par son conjoint à son profit personnel.

14. Afin précisément d'éviter d'éventuels quiproquos entre les époux pendant leur mariage et, surtout, d'éventuels litiges et contestations lors de la liquidation de leur régime matrimonial, il serait donc utile de proposer aux époux d'insérer dans leur contrat de mariage une clause qui résoudrait préventivement pareille difficulté.

Je renvoie à cet égard à la clause insérée à l'article 2 du modèle proposé en annexe qui correspond aux considérations que je viens de formuler,

(25) Voy. une excellente synthèse de cette problématique dans la contribution déjà citée de N. BAUGNIET et P. VAN DEN EYNDE, « Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage ou droits de créance », *op. cit.*, pp. 190 et s.

étant entendu que d'autres clauses ont été proposées qui étendent à mes yeux la notion de charges du mariage (26).

15. Sans doute, a-t-il parfois été soutenu – mais cette opinion est minoritaire – que, dans la mesure où la règle contenue à l'article 221 du Code civil est impérative, les époux n'auraient pas la disposition de la notion de « charges du mariage » et ne pourraient dès lors pas eux-mêmes la circonscrire dans leur contrat de mariage (27).

C'est, me paraît-il, conférer une portée à la disposition légale qui va au-delà de ce qu'elle énonce car, dès lors que le législateur s'est abstenu de définir les charges du mariage, on ne voit pas à quel titre ce seraient exclusivement la doctrine et la jurisprudence qui auraient le monopole de la détermination des dépenses qui seraient ou non incluses dans les charges du mariage.

Je n'aperçois dès lors pas, *a fortiori* dans un contexte sociétal où la contractualisation de la relation de couple a le vent en poupe (28), ce qui empêcherait les époux de convenir eux-mêmes dans leur contrat de mariage de la portée précise qu'ils entendent donner aux charges du mariage, à la condition assurément de ne pas dénaturer la notion (29).

Ce sont d'ailleurs les époux qui, en définitive, détermineront au fil de la vie quotidienne les besoins concrets et le niveau de vie de leur famille, et on ne voit dès lors pas pourquoi on leur interdirait de conventionnaliser dans les dispositions de leur contrat de mariage, à propos d'une notion elle-même imprécise, ce qu'ils considéreront ou non comme les charges de leur mariage.

(26) Voy. not. l'article 3 du modèle proposé par N. BAUGNIET et P. VAN DEN EYNDE, « Séparation de biens pure et simple : clauses relatives aux charges du mariage ou droits de créance », *op. cit.*, p. 219.

(27) F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *op. cit.*, p. 585, n° 15.1. Fabienne Tainmont a aussi considéré, dans une autre contribution relative aux cohabitants légaux, que « ce sera le contenu donné par la doctrine et la jurisprudence à la notion de charges (de la vie commune) qui s'imposera, sans que les parties puissent y déroger » (F. TAINMONT, « Les conventions relatives aux effets de la cohabitation lors de la rupture ou du décès », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT, *Les conventions entre époux ou cohabitants*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 251, n° 37).

(28) Voy., dans la doctrine récente, M. LAMARCHE et J.-L. RENCHON (dir.), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, vol. 2, *La conventionnalisation des statuts des couples*, Bruxelles, Larcier, 2017.

(29) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, p. 66, n° 47 qui considère même que, par leurs comportements durant le mariage, les époux auraient pu traduire leur volonté d'inclure un investissement dans les charges du mariage. C'est me paraît-il contestable, car c'est *a priori* contradictoire avec la logique du régime matrimonial adopté par les époux, et ce serait au surplus difficile à déceler. Mais, quoi qu'il en soit, autant précisément résoudre la question dans le contrat de mariage dont l'objet est de déterminer aussi clairement que possible les règles qui constitueront le régime matrimonial des époux.

Section 3. La propriété ou le statut des biens des époux

§ 1. Exposé de la problématique

16. Dans la stricte logique d'une séparation de biens « pure et simple », la question de la propriété des biens des époux ne devrait pas se poser, puisque, quelle que soit leur origine, ces biens sont « propres » à chacun des époux et devraient, en principe, rester séparés.

Rien n'interdit cependant à deux époux, comme à quiconque et, notamment, à deux cohabitants légaux ou de fait, d'acquérir « à deux » des biens qui seront alors indivis entre eux et constitueront leur copropriété, ou même de rendre indivis entre eux (par une cession au conjoint d'une quotité du bien) des biens qui appartenaient exclusivement à l'un d'entre eux, sans préjudice de la question de savoir s'il y aurait eu là ou non une donation consentie au conjoint.

C'est au demeurant ce qu'un grand nombre d'époux mariés sous le régime de la séparation de biens s'empressent de faire lorsqu'ils acquièrent le logement de la famille, lorsqu'ils équiper et meublent le logement de la famille, ou même lorsqu'ils décident de rendre indivis leurs revenus ou leurs économies en les plaçant l'un et l'autre sur un compte bancaire ouvert à leurs deux noms.

17. La difficulté procèdera toutefois de ce que, compte tenu de la dimension principalement affective d'une vie en couple et en famille, les époux ne songeront pas à qualifier leurs opérations patrimoniales, ni lorsqu'ils acquièrent un bien, ni d'ailleurs, comme on le verra ci-après à propos des créances entre époux, lorsqu'ils procèdent à des transferts de valeurs entre leurs patrimoines respectifs.

Sans doute, s'y trouveront-ils *a priori* contraints, en raison de l'intervention d'un notaire, lorsqu'ils signeraient l'acte d'acquisition d'un bien immobilier. S'ils se présentent à deux devant le notaire, celui-ci veillera à leur faire déterminer de manière précise les quotités respectives en copropriété qu'ils décident l'un et l'autre d'acquérir dans l'immeuble ou, au contraire, si le bien n'est acquis que par un seul d'entre eux.

Mais, dans beaucoup d'autres situations, les époux n'auront pas expressément déterminé s'ils avaient acquis un bien indivis ou, au contraire, un bien exclusivement personnel à l'un d'entre eux.

Bien sûr, existe-t-il aussi des modes d'« immatriculation » de différents biens mobiliers qui laissent *a priori* apparaître que ces biens n'ont été acquis que par un seul des époux, tels que les parts nominatives d'une

société de personnes, un véhicule automobile, la propriété d'un contrat d'assurance sur la vie...

18. Paradoxalement, le législateur est cependant parti de l'idée – et c'est une des rares règles légales qu'il a formulées pour organiser lui-même le régime de séparation de biens pure et simple – que les biens mobiliers acquis par les époux seront souvent, compte tenu de leur « association » conjugale, indivis entre eux, et il a dès lors institué, à l'actuel article 1467, alinéa 2, du Code civil (anciennement art. 1468, al. 2, C. civ.) une présomption d'indivision de leurs biens meubles.

Ce n'est qu'une présomption simple que les époux peuvent renverser en apportant la preuve de la propriété d'un bien (ou d'une créance – voy. *infra*, n° 31) « dans le chef d'un seul d'entre eux ». Entre époux, cette preuve pourra, conformément à l'article 1467, alinéa 2, du Code civil qui renvoie à l'article 1399, alinéa 3, du Code civil, être apportée par toutes voies de droit, témoignages et présomptions compris et même par commune renommée.

Mais quelle preuve sera déterminante pour démontrer cette propriété « dans le chef d'un seul des époux » ?

Sans doute conviendra-t-il d'opérer des distinctions.

S'il s'agit d'un bien recueilli par succession, le titre de propriété d'« un seul des époux » procédera normalement de la dévolution successorale qui s'est opérée et, éventuellement, du partage intervenu entre les héritiers, encore qu'on ne peut pas complètement exclure que cet époux ait ensuite voulu rendre ce bien indivis aux deux époux.

S'il s'agit d'un bien donné, la preuve qui devra être apportée par cet époux sera celle de la volonté du donateur et du donataire de donner le bien à « un seul des époux ».

S'il s'agit d'un bien acquis à titre onéreux pendant la vie commune des époux, la preuve devra être celle de la volonté d'un des époux d'avoir acquis ce bien pour lui seul dans son patrimoine personnel au lieu de l'avoir acquis au bénéfice des deux époux.

S'il s'agit de revenus ou d'économies placés sur un compte bancaire ouvert au nom des deux époux, la preuve devra être celle de la volonté de conserver la propriété personnelle de ces revenus et de ces économies au lieu de les avoir rendus indivis entre les deux époux.

19. On aperçoit aussitôt qu'une telle preuve ne sera pas toujours aisée à apporter.

Pour prendre le simple exemple d'un bon de commande ou d'une facture, il n'en résultera pas nécessairement, à supposer qu'ils aient été rédigés au nom d'un seul des époux, qu'ils établiraient par eux-mêmes

que le bien n'avait été acquis que pour appartenir exclusivement à cet époux. Un bon de commande ou une facture établissent sans doute la volonté d'acheter, mais au profit de quel patrimoine ? S'il s'agit du divan du salon, de la lessiveuse ou d'un objet décoratif, il n'est au contraire nullement exclu qu'ils aient été achetés avec l'intention d'en faire un bien indivis à l'usage commun des époux.

Ce n'est pas davantage la preuve du caractère propre des fonds avec lesquels un bien a été payé qui emportera la preuve de la volonté d'un des époux d'acquiescer ce bien « pour lui seul » au profit de son patrimoine personnel. Il est au contraire fréquent qu'un des époux paie seul ce que les époux acquièrent ensemble pour devenir leur copropriété.

20. Ces considérations – qui pourraient encore être davantage développées (30) – font déjà suffisamment apparaître qu'il peut être utile de prévenir les éventuels litiges et contestations en insérant dans le contrat de mariage les règles qui permettront de déterminer le statut des biens des époux ou à tout le moins d'un certain nombre de biens des époux.

§ 2. Les solutions envisageables

A. Les clauses de présomption de propriété

21. La solution qui a jusqu'à présent été la plus souvent retenue dans les contrats de mariage de séparation de biens est celle qui institue des présomptions tantôt exclusives de propriété, tantôt de copropriété entre les époux.

Pareille solution n'a de véritable intérêt que lorsqu'elle institue une présomption exclusive de propriété, puisqu'elle consiste alors à opérer un renversement de la présomption légale d'indivision des biens meubles contenue à l'article 1467, alinéa 2, du Code civil.

Une telle présomption ne règle pas complètement et définitivement la difficulté, puisqu'il sera toujours possible d'instituer un débat sur la propriété réelle de tel ou tel bien des époux, mais, dès lors que pareille preuve est, dans les faits, souvent malaisée à apporter, une présomption exclusive de propriété pourra s'avérer déterminante chaque fois que la preuve contraire du caractère indivis du bien n'aura précisément pas pu en être apportée.

(30) Voy. à ce propos l'analyse fouillée et pertinente, parfois différente de la mienne, d'I. DE STEFANI, « Clauses de preuve, de propriété et de présomption de propriété », *op. cit.*, note 1.

B. Les clauses de qualification des biens des époux

22. Une solution autrement plus déterminante, même si elle n'est par contre pas usuelle, serait alors celle qui consisterait, dans le contrat de mariage, à qualifier, comme le législateur l'a fait dans le régime légal de communauté, ce qui constituera de plein droit un bien strictement personnel d'un des époux ou, au contraire, un bien indivis des époux.

Compte tenu de l'autonomie dont les époux disposent lors de l'élaboration de leur régime matrimonial, les époux peuvent assurément procéder à de telles qualifications qui auront pour effet d'attribuer définitivement la propriété exclusive de tel ou tel bien à un des époux ou, au contraire, de les rendre définitivement indivis.

En raison de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, ces qualifications ne pourront être ultérieurement modifiées que par un nouveau contrat de mariage, sauf si la clause de qualification insérée dans le contrat de mariage avait expressément réservé aux époux la possibilité d'en décider autrement par l'effet d'une convention, qui devrait préférentiellement être écrite, conclue entre eux pendant le mariage. Il n'y aurait pas là d'atteinte à l'immutabilité de leur régime matrimonial puisqu'au contraire ils feraient application d'une des règles qu'ils avaient insérées dans leur contrat de mariage.

On relèvera à propos de telles clauses que, même s'il n'y avait pas là une quelconque nécessité, la loi du 22 juillet 1998 a désormais expressément prévu au nouvel article 1469, § 1, alinéa 2, du Code civil que les époux peuvent, lors de la rédaction d'un contrat de mariage de séparation de biens, y ajouter des clauses « *précisant toute indivision existant entre eux* ».

23. On relèvera aussitôt que ces clauses de qualification des biens des époux ne résolvent pas pour autant toute éventuelle difficulté lors de la liquidation du régime matrimonial, car si la question de la propriété proprement dite d'un bien ou d'un certain nombre de biens se trouvera tranchée, d'autres questions subsisteront lorsqu'il apparaîtrait que le financement de ce bien ou de ces biens n'aurait pas été opéré de manière égale entre les époux.

On songe bien sûr à la question de savoir si celui des époux qui aurait payé au-delà de sa part disposerait ou non d'une créance à l'égard de son conjoint (voy. *infra*, section IV) ou lui aurait consenti une donation.

§ 3. Les clauses proposées

24. Dans le modèle annexé à cet exposé, les deux solutions qui viennent d'être envisagées sont proposées.

25. L'option n° 1 offerte aux époux consiste, selon la première solution, à privilégier les clauses de présomption de propriété.

Comme celles qui sont utiles, au regard de la présomption légale d'indivision, sont celles qui instituent une présomption exclusive de propriété, ce sont particulièrement de telles clauses qui sont proposées.

Elles correspondent à la logique séparatiste du régime et s'éloignent par conséquent d'un éventuel objectif de solidarité entre les époux.

26. L'option n° 2 consiste, selon la seconde solution, à instituer des clauses de qualification de propriété.

Lorsqu'il s'agirait de qualifier des biens qui seraient de plein droit indivis entre les époux, de telles clauses contribueraient, au contraire, à concrétiser et renforcer la dimension associative de l'union conjugale.

S'il s'agit de qualifier des biens dont un des époux aurait la propriété exclusive, on retrouve par contre la logique séparatiste.

Section 4. Le statut des créances entre les époux

§ 1. Exposé de la problématique

27. C'est probablement la difficulté la plus récurrente que pose, dans la pratique, le régime de la séparation de biens pure et simple.

À la différence des récompenses en régime de communauté, aucune disposition légale n'organise en effet, de manière spécifique, dans un régime de séparation de biens, ni le droit d'un époux à faire valoir une créance à l'égard de son conjoint, à la seule exception de la créance qui procèderait de la sous-contribution d'un des époux aux charges du mariage (voy. *supra*, n° 8), ni le régime juridique d'une telle créance.

28. On sait dès lors – d'autant qu'il existe à ce propos un nombre considérable de publications (31) – qu'une créance revendiquée par un époux ne peut être fondée que par référence au droit commun des obligations.

(31) Je me limiterai à renvoyer aux deux récentes contributions de Jean FONTEYN, « Les fondements des créances », et V. ROSENAU, « Les créances fondées sur l'enrichissement sans cause : les tendances et la jurisprudence récente », in J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE, *La liquidation des régimes*

Outre quelques fondements spécifiques, tel l'article 555 du Code civil relatif au financement de constructions et ouvrages sur le fonds d'autrui, les « engagements », pour reprendre les termes de notre Code civil, peuvent ainsi être fondés sur :

- un contrat ou un acte juridique unilatéral ;
- un quasi-contrat ;
- un délit ou quasi-délit.

29. Comme il n'est pas fréquent que les époux songeront à conclure un contrat ou, en tout cas, à s'en constituer une preuve lorsqu'ils noueront une opération financière ou patrimoniale, on sait aussi que ce sera le plus souvent le principe général du droit en vertu duquel « *nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui* » (32) ou, selon la terminologie usuelle, la théorie de l'enrichissement sans cause qui sera, en définitive, invoqué par l'époux qui entendrait se faire restituer la contrevalet d'un transfert financier ou d'une prestation par lesquels il aurait contribué à enrichir le patrimoine de son conjoint.

30. Il existe une différence dont les effets pratiques sont considérables entre une créance fondée sur un contrat (ou un acte juridique unilatéral) et celle fondée sur un quasi contrat, tel l'enrichissement sans cause.

C'est que, conformément à l'article 1341 du Code civil, les actes juridiques doivent, en principe, être prouvés par un écrit (ou à tout le moins par un commencement de preuve par écrit), alors que, par essence, une créance fondée sur un quasi contrat (ou un délit ou un quasi délit) ne peut avoir été établie par écrit. Comme l'indique l'article 1348 du Code civil, il n'a alors pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui.

31. La loi du 22 juillet 2018 a-t-elle, pour des époux séparés de biens, abrogé cette différence ?

Il semble que ce fut son objectif et que c'est à cette fin qu'un mot a été désormais ajouté dans la phrase contenue à l'article 1467, alinéa 1^{er}, du Code civil, comme dans celle contenue en régime de communauté à l'article 1399, alinéa 3, du Code civil, à laquelle l'article 1467, alinéa 1^{er}, renvoie (33).

matrimoniaux. Aspects théoriques et pratiques, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 123 et p. 141, où le lecteur pourra trouver de nombreuses références.

(32) C'est sous la forme de cet adage que notre Cour de cassation a consacré ce principe général du droit (« Principes généraux du droit », in *Rapport de la Cour 2002-2003*, p. 449).

(33) Même si les auteurs de la proposition de loi ont parfaitement été conscients que « l'article 1399, alinéa 3, du Code civil prévoit uniquement un régime spécifique pour la preuve entre époux de la propriété d'un bien », ils expliquent, dans le commentaire de la modification apportée à cet article par l'ajout de la « propriété d'une créance », que « l'application du droit commun de la preuve peut poser problème étant donné que souvent les époux n'ont pas l'habitude d'établir un tel écrit pour

Mais la tentative a échoué. On a d'ailleurs de la peine à comprendre qu'une telle méprise puisse se produire, sauf à se dire une nouvelle fois que la précipitation avec laquelle le gouvernement actuel entend faire adopter de nouvelles lois, sans prendre le temps d'un débat approfondi au Parlement, entrave un processus serein et réfléchi d'élaboration d'une loi.

L'article 1467, alinéa 1^{er}, du Code civil, dans sa version procédant de la loi du 22 juillet 2018, règle en effet la question de la preuve de la « *propriété d'un bien ou d'une créance* », lorsqu'il s'agit dès lors de déterminer si un bien ou une créance appartient exclusivement à un seul des époux ou si, au contraire, ce bien ou cette créance appartient aux deux époux.

L'article 1467, alinéa 1^{er}, du Code civil n'a par contre aucunement pour objet de déterminer les modes de preuve ni d'un acte juridique « passé » entre les deux époux, ni d'ailleurs par un des époux avec un tiers, et il ne déroge dès lors pas à la règle exprimée à l'article 1341 du Code civil selon laquelle tout acte juridique qui porte sur une somme ou une valeur excédant 375 euros doit être passé devant notaire ou sous signature privée.

On relèvera néanmoins que les premières analyses doctrinales de la loi du 22 juillet 2018 paraissent interpréter la nouvelle disposition légale non pas en fonction de ce qu'elle formule, mais en référence avec l'objectif qui était *a priori* poursuivi par le législateur (34), encore qu'il n'a aucunement été question dans les travaux préparatoires de la loi de la preuve en tant que telle des actes juridiques « passés » entre les époux.

32. Quoi qu'il en soit, on ne perdra pas de vue que l'exigence d'un écrit, lorsqu'il s'agit d'un contrat, même conclu entre deux époux, est parfaitement raisonnable et appropriée.

Car, comment mieux apporter la preuve de ce que deux personnes entendent réaliser comme opération juridique entre elles que de la consigner elles-mêmes dans un document écrit ? À défaut d'écrit ou à tout le moins de commencement de preuve par écrit, elles ne pourront par après

leurs créances réciproques », c'est-à-dire une créance que l'un d'entre eux pourrait faire valoir à l'égard de l'autre (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001, pp. 43-44). De même, lors du commentaire de la nouvelle formulation de l'article 1467, alinéa 1^{er}, du Code civil, on peut lire : « *L'article 1467 du Code civil contient désormais le texte de l'article 1468 actuel du Code civil, avec l'ajout que la preuve d'une créance entre époux est désormais apportée suivant les mêmes règles que la preuve de la propriété d'un bien* » (*ibid.*, p. 74). Mais il n'est en réalité *aucunement* question, dans le texte légal, « *d'une créance entre époux* ».

(34) F. DEGUEL, « La (nouvelle) séparation de biens pure et simple », in Y.-H. LELEU (coord.), *La réforme du droit des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 184, n° 8 ; Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales. Commentaire pratique de la loi du 22 juillet 2018*, Limal, Anthemis, 2018, p. 109, n° 90 ; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 », *op. cit.*, p. 89, n° 104.

que s'affronter en vaines contestations à propos de ce qu'elles avaient réellement voulu l'une et l'autre.

Sans doute, les époux n'établissent-ils généralement pas d'écrit, mais la raison n'en est pas qu'ils ne songeraient pas à consigner leurs volontés par écrit ; elle est tout simplement qu'ils ne songent pas à échanger leurs volontés et, dès lors, à conclure un contrat à propos de leurs transactions financières, parce qu'ils ne songent pas, à ce moment-là, ni à déterminer ni à exprimer leur volonté. Ils se comportent et agissent « hors droit », en se laissant le plus souvent guider par l'élan naturel d'une vie de couple pendant laquelle on « *ne compte pas* », c'est-à-dire on ne pense pas à établir ses comptes ou ses créances.

C'est bien pourquoi à défaut de l'existence d'un quelconque « contrat » c'est la théorie de l'enrichissement sans cause qui constitue le meilleur rempart – et dès lors le fondement juridique le plus approprié – pour tous ces couples mariés ou non mariés qui n'auront pas « passé » d'acte juridique entre eux et qui ne songeront à établir des comptes et/ou revendiquer d'éventuelles créances que lorsque l'élan naturel d'une vie de couple aura été brisé par leur désunion et leur rupture.

33. La difficulté – mais ce sera le prix à payer et le risque à affronter lorsqu'aucun contrat n'aura précisément été conclu dont les époux se seraient réservé une preuve écrite – est que la théorie de l'enrichissement sans cause est fondée sur l'équité et que cette notion peut se prêter à des appréciations divergentes, même si, lors de la liquidation d'un régime matrimonial de séparation de biens, le notaire liquidateur ou les cours et tribunaux parviennent généralement, par leur sagesse et leur expérience, à déterminer ce qui peut justifier en équité que des comptes soient établis et qu'une créance soit reconnue à un des époux.

On rappellera seulement ici que, dès lors que l'objectif de cet exposé n'est évidemment pas de reformuler tout ce qui a déjà été écrit à propos de l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause dans les relations juridiques entre époux séparés de biens, que l'appréciation de l'absence de cause de l'enrichissement d'un des époux et de l'appauvrissement corrélatif de son conjoint doit pouvoir s'effectuer non pas à propos d'un seul transfert ponctuel de valeurs entre les patrimoines respectifs des époux mais à l'aune de l'ensemble des transferts de valeurs qui se seront opérés au long de leur union conjugale (35).

(35) Voy. B. GENNART et L. TAYMANS, « La théorie de l'enrichissement sans cause appliquée aux comptes entre ex-époux séparés de biens ou ex-concubins », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 615 ; J.-L. RENCHON, « La liquidation d'un régime de séparation de biens : difficultés et solutions de la jurisprudence », in *Trente ans après la réforme des régimes matrimoniaux, Actes de la 6^{ème} Journée d'études juridiques Jean Renauld*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 245, n° 29.

Ce n'est évidemment pas parce qu'un époux aurait éventuellement financé pour une plus grande part l'acquisition d'un immeuble indivis par moitié entre les époux, éventuellement même avec des capitaux personnels, qu'il y aurait nécessairement là dans son chef un appauvrissement injustifié, s'il apparaît, en réalité, que d'autres transferts de valeurs se sont opérés inversement à son profit pendant la durée du mariage.

On ne peut pas transposer tel quel en régime de séparation de biens le régime des récompenses organisé par le législateur en régime de communauté, parce que ce régime des récompenses est fondé sur la recherche d'un équilibre entre ce qui doit appartenir et revenir au patrimoine commun et ce qui doit appartenir et revenir au patrimoine propre de chaque époux. Il n'y a pas de patrimoine commun en régime de séparation de biens pure et simple, et un époux n'a pas de droit sur les acquêts de son conjoint. Il n'est dès lors pas en soi justifié que tout transfert du patrimoine d'un des époux, y compris avec des biens qui auraient été propres en régime de communauté, au profit du patrimoine de l'autre époux génère pour autant une dette à charge de celui-ci, car un tel transfert pouvait précisément se justifier en raison de ce qu'il n'avait alors ou n'aurait ultérieurement aucun droit sur les acquêts peut-être importants constitués par son conjoint.

§ 2. Les solutions envisageables

34. C'est en fonction des considérations qui viennent d'être rappelées qu'on peut réfléchir aux clauses qu'il serait le plus approprié de proposer aux époux dans un contrat de séparation de biens à propos des créances dont l'un pourrait se trouver titulaire à l'égard de l'autre.

35. On est assez d'accord aujourd'hui pour écarter la « *clause Grégoire* », telle que le professeur Michel Grégoire l'avait proposée dans le *Répertoire notarial* (36) :

« À défaut de comptes écrits, les époux seront présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir, y compris ceux relatifs à la contribution aux charges du mariage et ceux relatifs à la rémunération du travail familial, ménager ou social de chacun d'eux. »

(36) M. GREGOIRE, « Formulaire commenté des régimes matrimoniaux », *Rep. not.*, t. V, I. III, Bruxelles, Larcier, 1980, p. 112, n° 134. Voy. à propos de cette clause, Y.-H. LELEU, « La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits », in *Le contrat de séparation des biens. Risques actuels et perspectives nouvelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 89 et s. ; J.-L. RENCHON, « Et encore la clause-type de règlement de comptes insérée dans les contrats de mariage de séparation de biens pure et simple », note sous Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 1003.

Le partage des économies intervenues en cours de mariage ainsi que la fixation des droits de chaque époux lors d'acquisition en indivision seront présumés avoir été réalisés en règlement des comptes que les époux peuvent se devoir ».

Bien que cette clause avait été inspirée par un objectif pédagogique – qui était d'attirer l'attention des époux sur l'intérêt d'établir des « comptes écrits » et qu'elle partait par ailleurs de l'idée qu'en général des époux peuvent être amenés à considérer qu'ils ne se devront pas de comptes, cette clause a malheureusement été trop souvent invoquée par un époux, devant le notaire liquidateur et les cours et tribunaux, avec l'objectif de chercher à se soustraire au paiement d'une quelconque créance à son ex-conjoint, y compris une créance fondée sur la théorie de l'enrichissement sans cause.

Un arrêt de la cour d'appel de Mons, prononcé le 8 juin 2010 (37), avait d'ailleurs provoqué un certain émoi dans la doctrine, car la cour avait décidé, par application de la clause Grégoire, que la théorie de l'enrichissement sans cause « *ne peut être invoquée en contradiction avec les termes du contrat de mariage excluant tous décomptes à défaut d'écrit* ».

Cette jurisprudence est cependant restée relativement isolée, même si elle a été fréquemment invoquée par des plaideurs, car elle a par après été infirmée par différentes décisions des cours et tribunaux (38).

Même si on peut donc considérer que la cour d'appel de Mons a donné à la clause Grégoire une portée qui ne correspondait ni aux termes employés, ni à sa *ratio legis*, il paraît plus opportun de ne plus la reproduire, dès lors que, par défaut sans doute de précision, elle a trop prêté aux controverses.

36. Quelles sont alors les solutions envisageables ?

Il en existe de deux types, comme je le fais apparaître dans les trois modèles de clauses proposés en annexe de cet exposé.

37. La première solution est la plus « ouverte », au sens où elle n'enferme pas les époux dans des dispositions qui les lieraient de manière définitive.

C'est la solution (voy. option 1 en annexe) qui consiste à rendre expressément applicable à toute éventuelle créance entre les époux la théorie de l'enrichissement sans cause, sauf lorsque les époux auraient, à

(37) *Act. dr. fam.*, 2011, p. 17 ; *Rev. not. b.*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 747, note N. BAUGNIET.

(38) Liège, 2 octobre 2012, *Rev. not. b.*, 2013, p. 430 ; Liège, 11 mars 2015, *R.G.D.C.*, 2016, p. 94 ; Civ. Nivelles, 20 juin 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 996, note J.-L. RENCHON ; Civ. Nivelles, 20 février 2014, *Rev. not. b.*, 2014, p. 706, note L. STERCKX.

l'occasion de telle ou telle opération patrimoniale ou financière, conclu un contrat dont ils auraient veillé à se réserver une preuve écrite (39).

Cette solution a l'incontestable mérite de laisser l'équité réguler les relations patrimoniales entre les époux chaque fois qu'ils n'auront pas songé, ainsi que c'est le plus souvent le cas, à déterminer eux-mêmes la règle qui leur serait applicable.

Elle présente par contre l'inconvénient de ne pas insérer dans le contrat de mariage des règles prévisibles permettant de déterminer à l'avance les solutions qui seront retenues lors des opérations de liquidation du régime matrimonial.

38. La seconde solution est, au contraire, celle par laquelle les époux acceptent de se lier, dès leur contrat de mariage, par des règles qui détermineraient de manière précise certaines hypothèses dans lesquelles ils pourront faire valoir une créance (voy. option 2 en annexe) ou, inversement, ils ne le pourront pas (voy. option 3 en annexe) (40).

On mesure immédiatement la différence profonde avec la première solution car, si de telles clauses présentent l'avantage que les époux disposeront d'une solution toute faite, elles pourraient, beaucoup d'années plus tard, s'avérer inéquitables en fonction des aléas de la vie conjugale. Au surplus, on conçoit assurément combien il pourrait être malaisé pour les époux à la veille de leur mariage d'envisager déjà des solutions toutes faites pour des situations qu'il leur sera probablement difficile d'appréhender de manière précise.

Section 5. Les nouvelles clauses imposées par les articles 1469, § 3, et 1474/1 2 du Code civil

§ 1. La clause relative à l'information dispensée à propos du régime de la participation aux acquêts

39. Tout contrat de mariage de séparation de biens devra nécessairement « *mentionner explicitement* » que le notaire « *a attiré l'attention de chacun des époux sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non d'une clause de participation aux acquêts* ».

(39) Voy. à propos de ce type de contrats consignés dans un écrit, J.-Fr. TAYMANS, « Les conventions conclues entre époux ou cohabitants légaux lors de l'acquisition d'un bien immobilier », in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (dir.), *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux ou cohabitants*, coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 191.

(40) Voy. Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, op. cit., note 24, p. 60, n° 58 et p. 333, n° 258. L'auteur estime par contre illicite une clause qui excluerait toute créance quelconque.

On peut lire à ce propos dans le commentaire de cette disposition par les auteurs de la proposition de loi qu'indépendamment de son obligation générale d'information, le notaire « *doit en particulier attirer l'attention des époux sur les conséquences de l'adoption ou non d'une clause de participation aux acquêts* » et que « *cette obligation introduit une double obligation pour le notaire* » : il doit « *d'une part, attirer l'attention des époux sur les possibilités et les conséquences d'une telle clause et, d'autre part, mentionner expressément dans le contrat de mariage qu'il a bien informé les époux à cet égard* » (41).

40. Même si ce n'est pas dit de manière expresse, on peut percevoir, dans cette obligation « *particulière* » imposée au notaire, un *a priori* favorable au régime de la participation aux acquêts, et il est probable que cet appui ainsi apporté par le législateur à une plus grande diffusion de ce régime s'explique par son actuelle relative rareté et, surtout, une certaine résistance à en faire apparaître les mérites.

Sans doute, ce régime est-il de nature à apporter une réponse appropriée aux époux qui redoutent d'adopter le régime légal tantôt parce que le régime légal communautarise les dettes professionnelles des époux (42) tantôt parce qu'il enlève aux époux pendant le mariage une part de leur autonomie de gestion de leur patrimoine.

Mais on peut réellement se demander si la principale raison pour laquelle un certain nombre d'époux adoptent aujourd'hui le régime de la séparation de biens ne procède pas de ce qu'ils n'entendent pas être astreints, s'ils étaient amenés à divorcer, à partager leurs acquêts avec leur conjoint.

Ceux-là ne souhaiteront *a priori* pas davantage adopter le régime de la participation aux acquêts.

C'est d'ailleurs pourquoi, comme on l'a déjà indiqué (*supra*, n° 4, note 12), le notaire d'insérer une mention dans le contrat de mariage n'engagera évidemment pas sa responsabilité si les époux refusent de faire le choix de ce régime. Le notaire n'a pas à interférer ici sur ce qui relève de la vie privée et de la responsabilité personnelle des époux.

41. Compte tenu de la formulation de la disposition contenue à l'article 1469, § 3, nouveau du Code civil, l'obligation mise à charge du notaire d'insérer une mention dans le contrat de mariage devra être respectée tant pour les époux qui auront opté pour le régime de la participation aux acquêts – ce qui peut paraître étonnant – que pour tous

(41) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 77.

(42) On relèvera néanmoins que le législateur belge a malheureusement laissé planer une ambiguïté, dans le régime de la participation aux acquêts tel qu'il l'a organisé, à propos de l'existence d'« acquêts négatifs » d'un des époux dont l'autre époux pourrait être amené à prendre une part. Voy. à ce propos, Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *La réforme des régimes matrimoniaux et de diverses dispositions successorales. Commentaire pratique de la loi du 22 juillet 2018*, op. cit., note 34, p. 150, n°s 120 et 121.

ceux qui n'auront pas effectué un tel choix, même s'ils introduisent dans leur contrat de mariage d'autres clauses « correctrices » du régime de la séparation de biens.

Par ailleurs, à la différence de ce que le législateur a prévu pour la clause relative à la correction judiciaire en équité, il n'a pas imposé au notaire de faire expressément mention dans le contrat de mariage du choix effectué par les époux.

Il paraît cependant plus cohérent de compléter la clause obligatoire relative à l'information dispensée par le notaire d'une clause faisant état du choix opéré par les époux sur la base de l'information qui leur aura précisément été dispensée par le notaire.

Des modèles de clauses ont déjà été proposés avant l'adoption de la loi du 22 juillet 2018 (43). On en trouvera un autre, rédigé en des termes plus concis, en annexe.

§ 2. La clause relative à la « correction judiciaire en équité »

A. Le mécanisme légal de la correction judiciaire en équité

42. Soucieux qu'une correction puisse être apportée lors de la dissolution de leur régime matrimonial au caractère éventuellement inéquitable pour un des époux du régime de la séparation de biens, non assorti d'une clause de participation aux acquêts, la loi du 22 juillet 2018 a institué, à l'article 1474/1, § 1, nouveau du Code civil, un nouveau mécanisme dont la mise en œuvre a été confiée à l'appréciation du tribunal de la famille, même s'il appartiendra au notaire liquidateur, dans l'hypothèse où une procédure en liquidation et partage des éventuels biens indivis des ex-époux aurait été introduite, d'« examiner » déjà la demande formulée par un des époux (44).

Ce mécanisme – qui a été qualifié de « correction judiciaire en équité » – permettra au tribunal, lorsque le mariage aura été dissous par un divorce

(43) Voy. H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Syllabus du Conseil francophone de la Fédération Royale du Notariat belge, 7 juin 2018, pp. 19 à 21. On relèvera que ces contributions avaient été rédigées avant même que la Commission de la justice de la Chambre n'ait encore pu débattre des termes de la proposition de loi – ce qui provoqua la légitime colère du député de l'opposition Christian Brotcorne (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 63).

(44) L'articulation entre les compétences respectives du notaire liquidateur et du tribunal de la famille n'a pas été exprimée de manière claire et précise, et c'est notamment un des reproches qui fut expressément formulé, parmi d'autres critiques, lors de la discussion de la proposition de loi en Commission de la Justice de la Chambre (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/007, pp. 53 et 54).

pour cause de désunion irrémédiable, d'accorder à un époux « lésé » une « indemnisation » à charge de l'autre époux.

43. Le législateur a cependant subordonné ce droit à une indemnisation à une double condition formulée en des termes apparemment très restrictifs :

- d'une part, les « circonstances » (45) devront s'être « *modifiées défavorablement et de manière imprévue* » (46) depuis que les époux ont été mariés sous le régime de la séparation de biens ;
- d'autre part, ce régime de la séparation de biens doit avoir « *entraîné, au détriment de l'époux demandeur, des conséquences manifestement inévitables, eu égard à la situation patrimoniale des deux époux* ».

Par ailleurs, l'indemnisation ne pourra pas être supérieure au tiers de la valeur nette des acquêts conjugués des époux au jour de la dissolution du mariage après qu'il en aura été déduit la valeur nette des acquêts personnels de l'époux demandeur.

On peut trouver dans les travaux préparatoires de la loi, à propos de ce nouveau dispositif, des commentaires en sens divers.

Outre les critiques formulées lors des auditions et les amendements déposés par des députés de l'opposition tantôt aux fins de le supprimer tantôt au contraire aux fins de l'améliorer (47), on lit dans le commentaire de la nouvelle disposition légale fait par les auteurs de la proposition de loi :

« La correction judiciaire en équité entend être un remède pour les cas dramatiques, lorsqu'un époux n'a pu en raison de la séparation des biens participer à la constitution du patrimoine de l'autre époux et est de ce fait resté dans une situation de grande vulnérabilité » (48).

Mais, lors de la discussion générale en Commission de la justice de la Chambre, la représentante du Ministre a, par contre, lorsqu'il lui était demandé d'expliciter la différence entre la pension après divorce et l'indemnisation procédant d'une correction judiciaire en équité, tenu les propos suivants :

« La pension vise à accorder un revenu pour la période postérieure au divorce, alors que la correction en équité vise une compensation pour des efforts qui ont été fournis pendant le mariage » (49).

(45) Quelles circonstances ? On n'en dit pas davantage.

(46) Est-ce vraiment ce qui n'aurait pas été prévu lors de la conclusion du mariage ? L'ascension professionnelle d'un des époux, la naissance d'enfants, l'expatriation d'un diplomate ou d'un cadre d'une société multinationale, ce ne sont pas a priori des « circonstances » qui se seraient « modifiées de manière imprévue »... Or, ce sont précisément des « circonstances » qui pourraient justifier une correction judiciaire en équité.

(47) Amendements n° 38 et n° 42 de M. Brotcorne et Mme Onkelinx, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/006, p. 33 et 38.

(48) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 97.

(49) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 16.

C'est dire s'il existe une importante zone de « flou » à propos de ce que le tribunal de la famille pourra ou ne pourra pas « compenser », et c'est d'ailleurs ce sur quoi plusieurs experts auditionnés par la Commission de la justice de la Chambre avaient veillé à attirer expressément l'attention des députés.

44. Le professeur Leleu, dans une première analyse de la loi, a au demeurant plaidé pour que les juges appliquent ce mécanisme « à de très nombreuses situations », « chaque fois qu'un époux profite du régime au détriment de l'autre ».

Même s'il n'a exprimé là qu'un « espoir » qui se trouve *a priori* en contradiction avec les termes utilisés dans la disposition légale, on peut s'attendre – lorsqu'un jour la mise en œuvre de ce mécanisme sera sollicitée par un des époux ayant contracté mariage après le 1^{er} septembre 2018 (50) – à des débats dont l'issue sera assurément incertaine.

45. Mais, de toute manière, pareille « correction judiciaire en équité » ne pourra en réalité être éventuellement mise en œuvre que pour autant que les époux aient « constaté, dans leur convention matrimoniale, leur accord quant à l'insertion ou non de ce droit à l'indemnisation, assorti ou non de modalités dérogatoires » (art. 1474/1, § 2, C. civ.).

Les époux ont donc la faculté de ne pas opter pour ce mécanisme, car le législateur a entendu faire prévaloir « l'autonomie des époux » (51).

Ce n'est par conséquent que pour autant qu'ils en aient expressément fait le choix dans leur contrat de mariage qu'un des époux pourra éventuellement faire valoir, lors d'un éventuel divorce pour cause de désunion irrémédiable, un « droit à indemnisation ».

B. L'obligation mise à charge du notaire instrumentant

46. Compte tenu de l'option qui a ainsi été laissée à l'appréciation discrétionnaire des époux, le notaire instrumentant s'est vu ici aussi imposer par le législateur une double obligation particulière :

- d'une part, il doit expressément informer les époux à propos de l'existence de ce mécanisme légal de la correction judiciaire en équité et leur expliquer les conséquences juridiques qui découleront de leur choix d'insérer ou non ce mécanisme dans leur régime matrimonial de la séparation de biens, en l'assortissant éventuellement de modalités dérogatoires ;

(50) Voy. l'article 78, § 1, de la loi du 22 juillet 2018 qui n'organise l'entrée en vigueur de l'article 49 de la loi relatif à la correction judiciaire en équité que pour les époux ayant contracté mariage à partir du 1^{er} septembre 2018.

(51) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 95.

- d'autre part, il doit expressément faire mention dans le contrat de mariage du choix opéré par les époux.

47. On aperçoit aisément la difficulté pour les notaires d'expliquer aujourd'hui les « conséquences juridiques » d'un mécanisme empreint d'autant de « flou », alors qu'on devra encore attendre de très nombreuses années avant d'en connaître les modalités d'application par les cours et tribunaux. C'est presque même mission impossible.

On peut dès lors raisonnablement se demander s'il ne serait pas préférable, en définitive, que le notaire se substitue au législateur en proposant aux époux une clause qui circonscrirait de manière plus claire cet éventuel droit à indemnisation d'un des époux.

Afin de susciter la réflexion, un type de clause est proposé en annexe, mais elle pourra et devra certainement être affinée, d'autant que pareille clause doit bien sûr être discutée avec les époux et aménagée en fonction de ce qu'ils estimeront l'un et l'autre équitable.

48. Sans doute, un certain nombre d'époux refuseront-ils d'insérer une telle clause dans leur contrat de mariage et préféreront exclure le mécanisme d'une correction judiciaire en équité.

On voit mal quelle responsabilité le notaire pourrait à cet égard encourir, dès lors que c'est le législateur qui a expressément souhaité privilégier « l'autonomie des époux ».

Le législateur aurait parfaitement pu, comme on le lui a proposé, soustraire ce mécanisme du champ de l'autonomie des volontés et le rendre impératif dans les situations qui seraient précisément jugées « manifestement inéquitable ». Il n'a pas voulu le faire, et il n'y a pas à faire aujourd'hui peser sur le notaire une responsabilité que le législateur n'a pas voulu lui-même assumer.

On voit mal aussi le notaire prendre la précaution d'imposer aux époux de justifier le choix qu'ils effectueraient dans leur contrat de mariage d'exclure le dispositif de la correction judiciaire en équité. Ce choix relève de leur vie privée et familiale, et de telles données personnelles, sauf consentement exprès des époux, n'ont pas, me paraît-il, à être recueillies dans un contrat de mariage.

Par souci de prudence, on peut par contre conseiller au notaire instrumentant, compte tenu de l'obligation particulière d'information qui lui a été imposée, de reproduire textuellement dans le contrat de mariage les termes de la disposition légale qui organise le mécanisme de la correction judiciaire en équité, de manière à ce que les époux sachent exactement ce à quoi ils décideraient de renoncer.

Afin par ailleurs d'éviter qu'il ne puisse un jour être soutenu que l'exclusion du mécanisme de la correction judiciaire en équité impliquerait que les époux auraient entendu renoncer à toute forme d'indemnisation quelconque en raison des transferts de valeurs qui se seraient opérés entre eux pendant leur mariage, il serait également prudent – même si ce n'est pas en soi nécessaire – de préciser expressément que chaque époux conservera toujours la possibilité d'invoquer à l'égard de son conjoint le principe général du droit de l'enrichissement sans cause.

49. Enfin, le législateur n'a pas songé – dans sa précipitation – à ne pas imposer au notaire instrumentant l'obligation d'insérer dans le contrat de mariage une mention relative au choix ou non par les futurs époux d'une clause de correction judiciaire en équité lorsque les époux auraient déjà expressément fait le choix du régime de la participation aux acquêts.

Il n'y aurait alors en effet plus de sens ni à débattre de l'intérêt d'une telle clause, ni a fortiori à adopter ce dispositif.

Compte tenu néanmoins de la formulation de la disposition contenue à l'article 1474/1, § 2, du Code civil, il peut être conseillé de rédiger minimalement une clause du type de celle proposée dans le modèle en annexe.

ANNEXE

MODÈLES DE CLAUSES D'UN CONTRAT DE MARIAGE DE SÉPARATION DE BIENS

Article 1. Choix du régime matrimonial de la séparation de biens

Les futurs époux adoptent comme régime matrimonial de leur union conjugale le régime de la séparation de biens tel qu'il est défini à l'article 1466 du Code civil belge.

En conséquence, chaque époux gardera, en principe, la propriété de ses revenus, de ses économies et des biens qu'il ou elle possède actuellement et qu'il ou elle acquerra ultérieurement, sauf les exceptions prévues dans le présent contrat.

Chaque époux sera par ailleurs seul tenu des dettes qu'il aura contractées.

Les futurs époux seront par contre soumis de plein droit, par l'effet de leur mariage, aux dispositions légales du régime matrimonial primaire telles qu'elles sont formulées aux articles 212 à 224 du Code civil.

Article 2. Contribution aux charges du mariage

Les futurs époux ont été informés par le notaire instrumentant que, conformément à l'article 221 du Code civil, ils seront tenus de contribuer l'un et l'autre aux charges du mariage dans la proportion de leurs facultés respectives.

Ces facultés représentent à la fois leurs revenus respectifs et leurs prestations matérielles et affectives au profit de la famille.

Les charges du mariage s'entendent des dépenses normales et non excessives de la vie quotidienne d'un ménage, en ce comprises les dépenses relatives à l'entretien et l'éducation des enfants.

Les futurs époux conviennent d'inclure dans les charges du mariage le paiement par l'un et/ou l'autre d'entre eux, au moyen de leurs revenus, des échéances de remboursement d'un prêt contracté pour financer le coût de l'acquisition ou de travaux de construction, de transformation ou d'aménagement d'un bien immeuble qui serait acquis en indivision entre eux par parts égales et qui serait destiné à servir de logement principal à la famille (et/ou de résidence secondaire) ainsi que le paiement au moyen des revenus des époux du coût d'acquisition des meubles meublant les dites résidences qui seraient acquis en indivision par parts égales entre eux.

Ne sont par contre pas incluses dans les charges du mariage ni les dettes contractées personnellement par un époux ou mises à charge d'un des époux, tels que ses impôts, ses cotisations de sécurité sociale, ses cotisations à un régime de retraite, les primes d'une assurance-vie... ni les dettes ou charges autres que d'entretien qui grèveraient les biens personnels d'un des époux.

Les futurs époux veilleront, au fil de la vie quotidienne, à équilibrer, en considération de leurs facultés, leurs contributions respectives au paiement des charges du mariage.

Toutefois, s'il advenait que l'un d'entre eux aurait globalement sous-contribué au paiement des charges du mariage ou ponctuellement sous-contribué au paiement d'une charge particulière du mariage, il serait redevable à son conjoint d'une dette de valeur correspondant à cette sous-contribution.

La charge de la preuve de cette éventuelle sous-contribution, qui pourra être apportée par toutes voies de droit, y compris par des présomptions, incombera à celui des époux qui en ferait état, sans préjudice du principe général du droit de la collaboration loyale à l'administration de la preuve.

Une telle dette serait déterminée au jour de la dissolution du régime matrimonial et produirait de plein droit un intérêt calculé au taux légal jusqu'au jour de son règlement.

Article 3. Statut des biens des époux

Conformément au principe de base de leur régime matrimonial, les futurs époux seront seuls propriétaires des biens acquis à quelque titre que ce soit en leur nom personnel.

Ce principe n'exclut cependant pas que les époux aient pu acquérir avant leur mariage ou acquièrent après leur mariage des biens en indivision soit par parts égales soit par parts inégales.

Option 1. Clauses de présomption de propriété

Afin de contribuer à distinguer clairement leurs biens strictement personnels de leurs biens indivis, les futurs époux adoptent les dispositions suivantes :

- 1) Les biens immobiliers ou mobiliers qui auront fait l'objet d'une immatriculation officielle au nom d'un seul des époux, telle que les mentions d'un acte notarié, l'immatriculation d'actions ou de parts de société ou l'immatriculation d'un véhicule automobile, sans que cette énumération soit exhaustive, seront présumés constituer sa propriété personnelle.

- 2) Les biens mobiliers qui auront fait l'objet d'une facture établie au nom d'un seul des époux seront, sauf preuve contraire, présumés constituer sa propriété personnelle, à moins qu'il ne les ait affectés à l'usage commun et quotidien des époux.
- 3) Les biens et objets mobiliers, vêtements, bijoux ou équipements affectés à l'usage exclusif d'un des époux seront présumés constituer sa propriété personnelle, sans préjudice à un éventuel compte à opérer entre les époux.
- 4) Les liquidités ou avoirs déposés sur un compte bancaire ouvert ou immatriculé au nom d'un seul des époux seront présumés, sauf preuve contraire, constituer sa propriété personnelle.
- 5) Les liquidités ou avoirs déposés sur un compte bancaire ouvert ou immatriculé au nom des deux époux seront présumés appartenir en indivision, par parts égales, aux deux époux, mais chacun d'entre eux pourra toujours apporter la preuve, par toutes voies de droit, que ces liquidités ou avoirs correspondent, en totalité ou pour partie, à des avoirs exclusivement personnels.
- 6) Les biens mobiliers et valeurs mobilières dont il n'aura pas pu être établi, conformément aux dispositions ci-avant, qu'ils constitueraient la propriété personnelle d'un des époux, seront présumés leur appartenir en copropriété par parts égales.

Option 2. Clauses de qualification de biens

Option 2 a. Clauses de qualification de biens indivis (logique associative)

Soucieux dès à présent de mettre en œuvre un principe de solidarité active entre eux, les futurs époux conviennent que seront de plein droit indivis entre eux par parts égales :

- les biens et droits immobiliers dont ils auront fait ensemble l'acquisition, sans avoir expressément fait état de ce que leurs quotités respectives dans le dit bien ne seraient pas égales ;
- les meubles meublants garnissant leur(s) habitations(s) commune(s), à moins que, par une convention ou un inventaire établis par écrit et signés en double exemplaire, ils n'aient spécifié que tel ou tel meuble meublant est la propriété exclusive de l'un d'entre eux ou que, dans une convention de partage ou un inventaire établi lors de la liquidation d'une succession recueillie par l'un d'entre eux, il aurait été spécifié que tel ou tel meuble provenait de cette succession ;
- les liquidités et avoirs placés sur un compte bancaire joint immatriculé à leurs deux noms ;
- ...

– Option 2 b. Clauses de qualification de biens personnels (logique séparatiste)

Conformément au principe de la séparation de leurs biens et de leurs dettes, les futurs époux adoptent dès à présent les dispositions suivantes relatives à la propriété de leurs biens acquis pendant leur mariage.

Constitueront de plein droit leur propriété exclusive, à moins que, par une convention ou un inventaire établis par écrit et signés en double exemplaire, ils n'aient spécifié le contraire :

- les biens ou droits mobiliers qui auront fait l'objet d'une immatriculation officielle au nom de l'un seul d'entre eux ;
- les biens mobiliers qui auront fait l'objet d'un contrat ou d'une facture établis au nom de l'un seul d'entre eux et qui auront été payés par cet époux ;
- les liquidités et avoirs placés sur un compte bancaire ouvert au nom d'un seul d'entre eux.

Article 4. Statut des créances entre époux

Les futurs époux sont conscients qu'en raison des transferts de valeurs qui pourraient s'opérer pendant le mariage entre leurs patrimoines respectifs ou par l'effet des prestations effectuées par l'un d'entre eux au bénéfice de son conjoint des créances pourraient naître entre eux en remboursement de ces transferts ou en indemnisation de ces prestations.

Les futurs époux entendent soumettre de telles éventuelles créances aux dispositions suivantes.

Option 1. Choix du régime juridique de l'enrichissement sans cause

Les époux auront toujours la possibilité pendant le mariage, lors de telle ou telle opération patrimoniale, de conclure expressément entre eux un contrat dont ils veilleraient alors à se réserver une preuve écrite, sans que cet écrit ne soit soumis à des formalités particulières.

Ils pourront toujours aussi pendant le mariage prendre l'initiative de régler expressément par écrit tel ou tel compte entre eux, sans que cet écrit ne soit soumis à des formalités particulières.

À l'exception des éventuelles créances qui auraient ainsi été établies entre eux ou des éventuels comptes qu'ils auraient ainsi réglés entre eux, un époux pourra, lors de la dissolution du régime, faire valoir à l'égard de son conjoint une créance qui serait fondée sur le principe général du droit que consacre la théorie de l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire le principe en vertu duquel lorsqu'une personne a contribué

à l'enrichissement d'une autre et qu'elle s'est elle-même corrélativement appauvrie alors que cet enrichissement et cet appauvrissement n'étaient pas justifiés en équité, elle peut légitimement obtenir une indemnisation compensant cet enrichissement et cet appauvrissement.

Cette créance sera évaluée au jour de la dissolution du régime, en prenant en compte l'éventuelle plus-value dont le patrimoine enrichi aurait pu entretemps bénéficier et produira de plein droit un intérêt au taux légal à partir du jour de la dissolution du régime.

Pareille créance ne pourrait cependant pas faire double emploi avec une clause de participation aux acquêts ou une clause de correction judiciaire en équité dont les époux auraient fait choix dans le présent contrat de mariage.

Option 2. Établissement de plein droit de certaines créances

Sans préjudice d'éventuelles créances qui se justifieraient par d'autres fondements et, notamment, le principe général du droit que consacre la théorie de l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire le principe en vertu duquel lorsqu'une personne a contribué à l'enrichissement d'une autre et qu'elle s'est elle-même corrélativement appauvrie alors que cet enrichissement et cet appauvrissement n'étaient pas justifiés en équité, elle peut légitimement obtenir une indemnisation compensant cet enrichissement et cet appauvrissement, les futurs époux entendent dès à présent déterminer certaines créances que l'un d'entre eux pourra de plein droit faire valoir à l'égard de son conjoint lors de la dissolution du régime.

Exemple d'une telle créance :

Si, lors du financement de l'acquisition d'un bien immobilier indivis entre les époux ou lors du financement de travaux de construction ou d'aménagement d'un tel bien immobilier ou lors de l'éventuel remboursement anticipé d'un emprunt contracté à ces fins, un des époux affecte à ce financement ou ce remboursement au profit de son conjoint des capitaux personnels qu'il possédait avant le mariage ou qui lui ont été acquis par succession ou par une donation qui lui aurait été exclusivement consentie, il pourra faire valoir une créance lors de la dissolution du régime matrimonial.

Le montant de la créance correspondra minimalement au montant du décaissement effectué par cet époux au profit de son conjoint.

En cas de plus-value prise par l'immeuble par rapport à l'ensemble des investissements y effectués par chacun des époux, ce montant pourra au surplus être réévalué proportionnellement à cette plus-value.

La créance portera de plein droit un intérêt au taux légal à partir du jour de la dissolution du régime.

Option 3. Exclusion de créances

Les futurs époux entendent dès à présent exclure telle ou telle créance qu'ils ne pourront pas revendiquer.

Exemple d'une telle exclusion :

Les futurs époux conviennent qu'aucune créance ne pourra être revendiquée par l'un à l'égard de l'autre en raison des éventuels transferts de valeurs suivants qui se seraient opérés entre eux pendant leur mariage :

- le financement par l'un d'entre eux avec ses capitaux ou avoir personnels du coût de l'acquisition ou des travaux de construction ou d'aménagement d'un immeuble acquis en indivision entre eux par parts égales et affecté au logement principal de la famille ;
- le financement par l'un d'entre eux avec ses capitaux ou avoirs personnels des meubles meublants le logement principal de la famille acquis en indivision entre eux par parts égales.

Article 5. Choix ou non de la clause de participation aux acquêts

Option 1. Choix de la clause de participation aux acquêts

Les futurs époux déclarent que le notaire instrumentant a, conformément à l'article 1469 § 3 du Code civil, attiré leur attention sur la possibilité qu'ils ont d'adoindre à leur régime de séparation de biens une clause de participation aux acquêts.

Dûment éclairés par Nous, Notaire, sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non de pareille clause, sur ses avantages et sur ses inconvénients, les futurs époux conviennent de faire choix de ce régime complémentaire de la participation aux acquêts tel qu'il est organisé aux articles 1469/1 à 1469/13 du Code civil, sous réserve des modifications qu'ils décident ci-après d'y apporter.

Ils entendent dès lors que chacun d'entre eux puisse, à la dissolution du régime, obtenir de plein droit une part de 1/2 (ou d'1/3...), en valeur, des acquêts nets que son conjoint aura pu se constituer depuis le jour de leur mariage jusqu'à la dissolution du régime, étant entendu que leurs parts respectives seront compensées.

Les époux conviennent par ailleurs d'apporter au régime organisé aux articles 1469/1 à 1469/13 du Code civil les corrections ou précisions suivantes :

Exemples :

- clause assurant la symétrie pour l'évaluation des biens immobiliers et mobiliers du patrimoine originaire ;

- clause excluant l'exigence d'un inventaire pour la détermination du patrimoine originaire ;
- clause excluant toute éventuelle participation dans des acquêts dits « négatifs » du conjoint ;
- clause prévoyant un intérêt de plein droit sur la créance de participation à partir du jour de la dissolution du régime.

Option 2. Non-choix de la clause de participation aux acquêts

Les futurs époux déclarent que le notaire instrumentant a, conformément à l'article 1469 § 3 du Code civil, attiré leur attention sur la possibilité qu'ils ont d'adoindre à leur régime de séparation de biens une clause de participation aux acquêts.

Dûment éclairés par Nous, Notaire, sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non de pareille clause, sur ses avantages et sur ses inconvénients, les futurs époux décident de ne pas faire choix de ce régime complémentaire de la participation aux acquêts, tel qu'il est organisé aux articles 1469/1 à 1469/13 du Code civil.

Ils ne souhaitent pas en effet que chacun d'entre eux puisse, à la dissolution du régime, obtenir de plein droit une part en valeur des acquêts nets de son conjoint.

Pareille exclusion n'implique en aucune manière que les époux renonceraient à se prévaloir à leur profit du principe général du droit consacré par la théorie de l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire le principe en vertu duquel lorsqu'une personne a contribué à l'enrichissement d'une autre et qu'elle s'est elle-même corrélativement appauvrie alors que cet enrichissement et cet appauvrissement n'étaient pas justifiés en équité, elle peut légitimement obtenir une indemnisation compensant cet enrichissement et cet appauvrissement.

Article 6. Choix ou non d'une clause de correction judiciaire en équité

A. Modèle de clause à insérer pour les époux qui auront fait le choix du régime de la participation aux acquêts

Ayant fait le choix, à l'article 5 du présent contrat, d'adoindre à leur régime de séparation de biens une clause de participation aux acquêts, la question du choix ou non par les futurs époux d'une clause de correction judiciaire en équité ne se pose plus pour eux.

Les futurs époux déclarent pour autant que de besoin que le notaire instrumentant avait aussi attiré leur attention sur la possibilité d'adopter une telle clause, mais ils ont préféré faire le choix du régime de la participation aux acquêts.

B. Modèles de clauses pour les époux qui n'ont pas fait le choix du régime de la participation aux acquêts

Option 1. Choix d'une clause de correction judiciaire en équité

Les futurs époux déclarent que le notaire instrumentant a, conformément à l'article 1474/1, § 2, du Code civil, attiré leur attention sur la possibilité qu'ils ont d'inscrire dans leur contrat de mariage une clause dite de « correction judiciaire en équité », telle qu'elle est définie à l'article 1474/1 § 1 du Code civil, sans préjudice des modalités dérogatoires que les époux peuvent y apporter.

Cette correction judiciaire en équité est définie par le législateur dans les termes suivants :

« Sans préjudice du paragraphe 2, le Tribunal de la famille peut, lorsque le mariage est dissous par le divorce pour cause de désunion irrémédiable entre les époux, accorder à l'époux lésé, à sa demande, une indemnisation à charge de l'autre époux, à condition que les circonstances se soient modifiées défavorablement et de manière imprévue depuis la conclusion de la convention matrimoniale de séparation de biens ou depuis le jour de la demande de séparation des biens, de sorte que le régime choisi entraînerait, au détriment de l'époux demandeur, des conséquences manifestement inéquitables, eu égard à la situation patrimoniale des deux époux. »

L'indemnisation à accorder remédie à ces conséquences manifestement inéquitables et ne peut être supérieure au 1/3 de la valeur nette des acquêts conjugués des époux au moment de la dissolution du mariage, dont il faut ensuite déduire la valeur nette des acquêts personnels de l'époux demandeur. Les acquêts des époux au sens du présent alinéa sont déterminés en application des articles 1469/1 à 1469/5.

La demande d'indemnisation est examinée dans le cadre de la procédure de liquidation du régime matrimonial ».

Dument éclairés par Nous, Notaire, sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non de pareille clause, sur ses avantages et sur ses inconvénients, les futurs époux font le choix d'insérer dans leur contrat de mariage cette possibilité de correction judiciaire en équité... (à compléter par une des deux sous-options).

Sous-option 1.a :

telle qu'elle est conçue et organisée par le législateur à l'article 1474/1 § 1 du Code civil

Sous-option 1.b

mais en la formulant de manière différente de la disposition légale dans les termes suivants :

S'il apparaît, à la dissolution de leur régime matrimonial, qu'en raison de la manière dont ils auront organisé d'un commun accord leur vie professionnelle et/ou leur vie familiale pendant le mariage, un déséquilibre important s'est créé entre les situations patrimoniales et financières respectives de chacun d'entre eux, l'époux désavantagé pourra obtenir de son conjoint une indemnisation destinée à corriger cette disparité.

Pour le surplus, le droit d'un des époux à cette indemnisation sera soumis aux autres dispositions légales qui l'organisent.

Option 2. Exclusion d'une clause de correction judiciaire en équité

Les futurs époux déclarent que le notaire instrumentant a, conformément à l'article 1474/1, § 2, du Code civil, attiré leur attention sur la possibilité qu'ils ont d'inscrire dans leur contrat de mariage une clause dite de « correction judiciaire en équité », telle qu'elle est définie à l'article 1474/1, § 1, du Code civil, sans préjudice des modalités dérogatoires que les époux peuvent y apporter.

Cette correction judiciaire en équité est définie par le législateur dans les termes suivants :

« Sans préjudice du paragraphe 2, le Tribunal de la famille peut, lorsque le mariage est dissous par le divorce pour cause de désunion irrémédiable entre les époux, accorder à l'époux lésé, à sa demande, une indemnisation à charge de l'autre époux, à condition que les circonstances se soient modifiées défavorablement et de manière imprévue depuis la conclusion de la convention matrimoniale de séparation de biens ou depuis le jour de la demande de séparation des biens, de sorte que le régime choisi entraînerait, au détriment de l'époux demandeur, des conséquences manifestement inéquitables, eu égard à la situation patrimoniale des deux époux. »

L'indemnisation à accorder remédie à ces conséquences manifestement inéquitables et ne peut être supérieure au tiers de la valeur nette des acquêts conjugués des époux au moment de la dissolution du mariage, dont il faut ensuite déduire la valeur nette des acquêts personnels de l'époux demandeur. Les acquêts des époux au sens du présent alinéa sont déterminés en application des articles 1469/1 à 1469/5.

La demande d'indemnisation est examinée dans le cadre de la procédure de liquidation du régime matrimonial ».

Dument éclairés par Nous, Notaire, sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non de pareille clause, sur ses avantages et sur ses inconvénients, les futurs époux font le choix de ne pas inscrire dans leur contrat de mariage cette possibilité de correction judiciaire en équité.

Pareille exclusion n'implique en aucune manière que les époux renonceraient à se prévaloir à leur profit du principe général du droit consacré par la théorie de l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire le principe en vertu duquel lorsqu'une personne a contribué à l'enrichissement d'une autre et qu'elle s'est elle-même corrélativement appauvrie alors que cet enrichissement et cet appauvrissement n'étaient pas justifiés en équité, elle peut légitimement obtenir une indemnisation compensant cet enrichissement et cet appauvrissement.

LES RESTRICTIONS AU DROIT AU PARTAGE ENTRE ÉPOUX MARIÉS SOUS LE RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS

Candice ROUSSIEAU

Assistante à l'UCLouvain

1. Introduction. – Jusqu'au 1^{er} septembre 2018 (1), le partage des biens indivis entre des époux mariés sous le régime de séparation de biens était régi par l'article 1469, alinéa 1^{er}, du Code civil. Cette disposition prévoyait que « sans préjudice de l'application de l'article 215, § 1^{er}, et sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 815, chacun des époux peut à tout moment demander le partage de tout ou partie des biens indivis entre eux ».

La loi du 22 juillet 2018 abroge et remplace cette disposition par un nouvel article 1468 du Code civil, lequel dispose que « sans préjudice de l'application de l'article 215, § 1^{er}, et sous réserve de conventions contraires, chacun des époux peut à tout moment demander le partage de tout ou partie des biens indivis entre eux ». Dans cette nouvelle disposition, la référence à l'alinéa 2 de l'article 815 (2) est remplacée par une référence aux « conventions contraires » au droit au partage.

Pour comprendre les difficultés d'interprétation que suscitent ces termes dans le nouvel article 1468, il est utile de revenir sur le droit au partage et ses limites, jusqu'ici articulés autour de l'article 815 du Code civil. Ce sera l'objet de notre première section. Nous présenterons ensuite, dans une deuxième section, les interprétations qu'il est possible de donner de la notion de « conventions contraires » figurant à l'article 1468

(1) Date de l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 27 juillet 2018, p. 59435 (ci-après, « loi du 22 juillet 2018 »).

(2) Sur cette disposition, voy. *infra*, n° 2.