

LE RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS REVU PAR LA LOI DU 22 JUILLET 2018

Introduction

1. Un des objectifs essentiels de la réforme opérée par la loi du 22 juillet 2018 (1) a été d'assurer « *un meilleur encadrement légal du régime de la séparation des biens et des clauses que les époux peuvent y ajouter* »(2).

2. Même si d'aucuns fantasmaient sur sa disparition (3), la loi du 22 juillet 2018 maintient donc — et heureusement ! — le régime de séparation de biens pure et simple tel que la loi du 14 juillet 1976 l'avait organisé.

Elle veille néanmoins à en « communautariser » légalement certains aspects. C'est ainsi que les dispositions relatives à l'attribution préférentielle et au recel, réservées jusqu'alors aux époux communs en biens, ont été déplacées dans la partie générale relative aux régimes matrimoniaux, tandis que le droit successoral *ab intestat* du conjoint survivant est désormais uniformisé.

La loi incite également les époux à adopter un régime de séparation de biens « adouci » de clauses organisant une plus grande solidarité patrimoniale entre eux et réglemente spécifiquement le régime de la participation aux acquêts.

Elle renforce par ailleurs l'obligation d'information du notaire lors de l'établissement d'un contrat de mariage de séparation de biens.

Elle prévoit enfin une correction judiciaire en équité facultative qui permet à l'époux « lésé » d'obtenir une indemnisation à charge de son conjoint si la liquidation du régime de séparation de biens devait entraîner des conséquences manifestement inévitables.

3. Les lignes qui suivent constituent un premier commentaire général des nouveaux contours de la séparation de biens dans une optique à la fois didactique et pratique.

(1) Plus précisément 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, *Moniteur belge*, 27 juil. 2018, p. 59435.

(2) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 5.

(3) Voy. notamment A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, Kluwer, Diegem, 1997, 114 p.

Section 1^{re} — La gestion

4. La loi du 22 juillet 2018 apporte deux corrections ponctuelles aux règles de gestion applicables aux époux séparés de biens.

§ 1^{er}. *Rappel du respect de l'ensemble des dispositions du régime primaire (article 1466 du Code civil)*

5. Selon l'article 1466 du Code civil, chaque époux a seul tous pouvoirs d'administration, de jouissance et de disposition de ses biens, de ses revenus et de ses économies.

Ces principes sont maintenus par la loi du 22 juillet 2018 mais l'article 1466 du Code civil précise désormais que cette gestion est subordonnée au respect de l'ensemble des règles du régime primaire. L'ancienne version de l'article 1466 du Code civil n'émettait de réserve qu'à l'égard du seul article 215, § 1^{er} du Code civil, relatif à la protection du logement principal de la famille et des meubles qui le garnissent.

C'est ainsi que chaque époux, s'il peut percevoir lui-même ses revenus, doit les affecter par priorité aux charges du mariage (article 217 du Code civil) auxquelles il est tenu de contribuer selon ses facultés (article 221 du Code civil). De même, chaque époux peut consentir seul une sûreté ou une donation mais en cas de mise en péril des intérêts de la famille, la nullité de la sûreté ou de la donation pourra être poursuivie par son conjoint (article 224 du Code civil).

6. Dès avant cette modification, il était toutefois déjà évident que tout époux, quel que soit son régime matrimonial secondaire, devait respecter les dispositions relatives aux devoirs énoncés aux articles 212 à 224 du Code civil. L'article 212 du Code civil est très clair sur ce point : le régime primaire s'impose à tous les époux *par le seul fait du mariage*. Le législateur ne fait donc que confirmer cette prééminence (4) de manière telle que l'on doit considérer que le contenu du nouvel article 1466 du Code civil est d'application à tout époux séparé de biens, que la date de son mariage soit antérieure ou postérieure au 1^{er} septembre 2018 (5).

7. On observera au passage qu'aucun des articles du régime primaire n'a été modifié par la loi du 22 juillet 2018. Or, plus de quarante ans

(4) 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. 107, n° 86.

(5) H. CASMAN, « Les nouveautés apportées au régime de séparation de biens », *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, CH. AUGHUET ed., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 64.

se sont écoulés depuis leur entrée en vigueur et un dépoussiérage de certaines dispositions aurait été le bienvenu (6).

§ 2. L'abrogation de la dispense de reddition de comptes de l'époux mandataire de son conjoint (abrogation de l'ancien article 1467 du Code civil)

8. L'ancien article 1467 du Code civil énonçait une présomption de bonne gestion lorsqu'un époux avait confié l'administration de ses biens à son conjoint. Celui-ci n'était en effet tenu, soit sur la demande de son époux, soit à la dissolution du régime, qu'à la représentation des fruits existants. Il n'était dès lors pas comptable des fruits consommés jusqu'alors.

Cette règle était toutefois supplétive et la plupart des contrats de mariage y dérogeaient de sorte que l'époux mandataire était susceptible de devoir rendre des comptes à son conjoint sur la base du droit commun du mandat et en particulier de l'article 1993 du Code civil.

9. La loi du 22 juillet 2018 supprime cette règle. Cette exclusion de principe de la reddition des comptes entre époux ne paraissait en effet pas justifiée, « *et certainement pas en raison d'une prétendue présomption de bonne administration qui n'admettait même pas la preuve contraire* » (7).

L'époux-mandant reste toutefois libre de renoncer à exiger une reddition de comptes une fois le mandat exécuté.

En revanche, les époux ne pourraient pas prévoir, dans leur contrat de mariage ou dans le contrat de mandat, une dispense totale de comptes car une telle dispense viderait le mandat de son essence en plaçant le mandant à la merci de son mandataire (8).

(6) L'ampleur de la tâche était sans doute plus importante qu'elle pouvait paraître à première vue. S'il semble évident qu'il n'est plus besoin de préciser qu'un époux peut exercer une activité professionnelle sans l'accord de son conjoint (article 216 du Code civil), la suppression (ou la modification) d'autres dispositions n'aurait pas manqué de susciter de vifs débats, à commencer par la question du devoir de cohabitation (qui n'est *de facto* plus sanctionné) et surtout de fidélité (dont il nous semble qu'il relève de la seule sphère privée des époux) et aurait risqué de retarder l'adoption de la loi.

(7) H. CASMAN, *op. cit.*, p. 65.

(8) P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. Not.*, t.IX, l. 7, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 174, n° 125; H. DE PAGE (mis à jour par F. GLANSORFF et E. VAN DEN HAUTE), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.III, vol. 4, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 124, n° 107.

10. On relèvera que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 58/2018 du 17 mai 2018 (9), a considéré que l'article 1467 ancien du Code civil violait les principes d'égalité et de non-discrimination qu'énoncent les articles 10 et 11 de la Constitution.

Il en résulte que l'époux mandataire ne pourrait plus se soustraire à la demande de son conjoint de rendre des comptes et ce, que les actes aient été accomplis avant ou après le 1^{er} septembre 2018 (10).

Section 2 — La preuve des créances entre époux (article 1467 du Code civil)

11. L'article 1467 du Code civil nouveau reprend les règles de preuve entre époux logées jusqu'alors sous les alinéas 2 et 3 de l'article 1468 du Code civil.

L'innovation — significative — concerne la preuve des créances qui peut désormais être rapportée par toutes voies de droit, en ce compris par témoignages et même par commune renommée, comme c'est désormais également le cas dans les régimes de communauté (cfr article 1399, alinéa 3 nouveau du Code civil auquel renvoie l'article 1467 du Code civil).

La preuve des créances échappe donc désormais à l'application de l'article 1341 du Code civil. Même si la créance est supérieure à un montant de 375 euros, la production d'un écrit — rarement rencontrée en pratique — ne sera plus exigée. Il en va ainsi tant de la cause que du montant des créances (11).

12. Le libellé de la disposition n'est toutefois pas des plus heureux. L'article 1467 du Code civil vise « *la preuve de la propriété d'un bien ou d'une créance* ».

(9) C. const., 17 mai 2018, arrêt n° 58/2018, *T. Not.*, 2018, p. 882; *R.A.B.G.*, 2018, p. 1227, note M. GOVAERTS; *R.W.*, 2017-2018, p. 1720 (somm.); *R.W.*, 2018-2019, p. 184 (somm.), *Juristenkrant*, 2018, p. 5; *Chron. notariales*, vol. 68, octobre 2018, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 97, n° 89 (commentaire de F. DEGUEL).

Selon la Cour, il existe une différence de traitement entre un mandataire de droit commun et un époux-mandataire, qui repose sur un critère objectif, à savoir le fait d'être marié ou non avec le mandant sous le régime de la séparation de biens. L'exclusion de toute faculté d'exiger la reddition des comptes n'est toutefois pas jugée proportionnée au but poursuivi et est contraire aux règles fondamentales d'égalité et d'autonomie qui doivent s'appliquer entre les époux séparés de biens.

(10) H. CASMAN, *op. cit.*, p. 66.

(11) F. DEGUEL, « La nouvelle (?) séparation de biens pure et simple », in *La réforme du droit des régimes matrimoniaux. Loi du 22 juillet 2018*, Y.-H. LELEU ed., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 184, n° 8. *Comp PH. DE PAGE* et I. DE STEFANI, *op. cit.*, p. 109, n° 90.

A s'en tenir aux règles grammaticales, la disposition réglerait la preuve de la propriété d'une créance. Jean-Louis Renchon (12) en déduit que l'article 1467, alinéa 1^{er} du Code civil n'a aucunement pour objet de déterminer les modes de preuve d'un acte juridique « passé » entre les deux époux de manière telle qu'aucune dérogation ne serait, selon lui, apportée à la règle contenue à l'article 1341 du Code civil.

Les premiers commentateurs (13) estiment toutefois, à raison nous semble-t-il, que c'est bien de la preuve d'une créance entre époux (14) dont il est question. Telle était en tout cas l'intention du législateur (15).

Afin d'éviter toute équivoque, le notaire précisera utilement dans son contrat de mariage que l'article 1467 du Code civil vise la preuve de la propriété d'un bien ou la preuve d'une créance.

13. Qu'en est-il sur le plan du droit transitoire ?

L'article 1467 du Code civil est applicable aux époux qui se sont mariés après le 31 août 2018 ou qui, déjà mariés à la date du 1^{er} septembre 2018, ont procédé à une modification de leur régime matrimonial ayant entraîné la dissolution de celui-ci, en l'occurrence aux époux qui sont passés d'un régime de communauté à un régime de séparation de biens.

Qu'en est-il des époux mariés avant le 1^{er} septembre 2018 ?

S'ils ont inséré des clauses spécifiques relatives aux créances que l'un pourrait faire valoir à l'égard de l'autre, ces clauses continueront à jouer.

À défaut, l'article 1467 du Code civil sera d'application. À l'égard de toutes les créances ou uniquement à l'égard de celles nées à partir du 1^{er} septembre 2018 ? Les dispositions transitoires de la loi du 22 juillet 2018 ne répondent pas expressément à cette question.

(12) J.-L. RENCHON, « Vers un nouveau contrat de séparation de biens », in *Tapas de droit notarial 2018. Les régimes matrimoniaux*, coll. Patrimoine & Notariat, F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL eds, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 134, n° 31.

(13) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.*, p. 109, n° 90; K. BOONE, « La réforme du droit des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018. Commentaire général », *Act. dr. fam.*, 2018, p. 206, n° 71; H. CASMAN, *op. cit.*, p. 67; Y.-H. LELEU, « La réforme des régimes matrimoniaux par la loi du 22 juillet 2018 : présentation, évaluation » in *États généraux du droit de la famille III*, Bruxelles, Larcier, Anthemis, Limal, 2018, p. 89, n° 104; F. DEGUEL, *op. cit.*, p. 184, n° 8; CH. DECLERCK, « De hervorming van het huwelijksvermogensrecht. Commentaar bij de wet van 22 juli 2018 », *T. Fam.*, 2018, p. 243, n° 63.

(14) Selon Jean-Louis RENCHON (*op. cit.*, p. 134, n° 32, note infrapaginale 33), il n'est aucunement question dans le texte légal « d'une créance entre époux ». Ceci ne nous semble pas exact. Le terme « entre époux » est en effet clairement indiqué à l'article 1399, alinéa 3 du Code civil auquel se réfère l'article 1467 du Code civil.

(15) Voy. *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 74.

S'agissant d'une règle de preuve, de surcroît assouplie (16), et non d'une règle créant ou annulant des droits existants ou acquis, les premiers commentateurs (17) semblent opter pour l'application de la loi nouvelle à toutes les créances dès lors que la dissolution du régime matrimonial intervient après le 31 août 2018.

Nous ne partageons toutefois pas leur point de vue.

Il nous semble en effet qu'à défaut de règle transitoire particulière et dans la mesure où on n'est pas en présence d'une disposition impérative ou d'ordre public, c'est la loi ancienne qui régit l'administration de la preuve des créances contractuelles antérieures à la date du 1^{er} septembre 2018 de manière telle que l'article 1341 du Code civil reste d'application.

Les développements de G. Closset-Marchal (18), qui s'appuient sur la théorie de P. Roubier (19), sont à cet égard éclairants. L'auteur relève que les lois relatives à l'administration de la preuve sont des lois de procédure. « *Étant des règles de procédure, ces lois doivent s'appliquer dans tous les procès nouveaux, même relatifs à des faits ou à des actes qui leurs sont antérieurs. (...) Cette opinion ne peut, cependant, prévaloir en matière de preuves préconstituées (...).* **Dans le cas où la loi exige l'observation de certaines formes probatoires, en particulier la rédaction d'un écrit, la preuve devient contemporaine à l'acte à prouver et ses conditions doivent être appréciées au regard de la loi du temps où cet acte est intervenu** ». G. Closset-Marchal est elle-même suivie par P. Popelier (20) et par les auteurs de la proposition de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil (21).

Section 3 — Le partage des indivisions

14. La loi du 22 juillet 2018 déplace les règles relatives au partage des indivisions de l'article 1469, alinéa 1^{er} du Code civil à l'article 1468 et abroge l'article 1469, alinéa 2.

(16) Mais pour un époux seulement !

(17) PH. DE PAGE, « Les nouveautés dans le régime de ou en communauté », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, CH. AUGHUET ed., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 9 et 10, n° 3; H. CASMAN, *op. cit.*, p. 68.

Y.-H. LELEU (*op. cit.*, p. 89, n° 105) justifie l'application de la loi nouvelle par la nature procédurale de la règle.

(18) G. CLOSSET-MARCHAL, *L'application dans le temps des lois de droit judiciaire civil*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 205 et 206, n° 244.

(19) P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2^e éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 229 et suiv.

(20) P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Anvers, Story-Scientia, 1999, pp. 74 et 75, n° 113. L'auteur justifie cette thèse par le fait que le législateur exige la constitution de cette preuve au jour de l'acte précisément pour prévenir des problèmes de preuve ultérieurs. La solution est selon lui défendable « *omdat uit de ratio van preconstitutieve bewijsmiddelen volgt dat hun regeling niet louter procedureel is* ».

(21) *Doc. Parl.*, Ch., session 2018-2019, n°54-3349/001, p.38.

§ 1^{er}. Les restrictions au droit de partage des biens indivis (article 1468 du Code civil)

15. L'article 1469, alinéa 1^{er} ancien du Code civil prévoyait que chaque époux pouvait à tout moment demander le partage de tout ou partie des biens indivis entre eux, sans préjudice de l'application de l'article 215, § 1^{er} et sous réserve des dispositions de l'article 815.

L'article 1468 nouveau du Code civil reprend cette règle mais ne vise plus les « *dispositions de l'article 815* ». Ce sont désormais des « *conventions contraires* » dont il est question (22).

16. La spécificité du régime de séparation de biens, par rapport au régime de ou en communauté, est donc maintenue par la loi du 22 juillet 2018 : le partage des biens indivis peut être demandé à tout moment au contraire de celui des biens communs qui ne peut pas intervenir avant la dissolution de la communauté.

Il existe toutefois deux exceptions.

17. La première exception renvoie à la protection du logement principal de la famille et des meubles qui le garnissent telle qu'elle est organisée à l'article 215, § 1^{er} du Code civil. Tant que dure le régime matrimonial, un époux ne peut disposer des droits qu'il possède sur lesdits biens sans l'accord de son conjoint (23). La réforme ne modifie pas ce point.

18. La seconde exception vise les conventions contraires, c'est-à-dire les conventions qui empêchent toute demande unilatérale de sortie d'indivision même en dehors du champ d'application de l'article 815, alinéa 2 du Code civil, lequel permet d'exclure conventionnellement le partage mais seulement pour une durée maximale mais renouvelable de cinq ans.

Même si le texte de loi ne le précise pas, il ne s'agirait pas de n'importe quelle convention contraire. La convention contraire visée à l'article 1468 serait uniquement celle qui affecte l'indivision à un but particulier, telle qu'une clause d'accroissement, une clause communautarisant la séparation de biens (par exemple, l'adjonction d'une société d'acquêts) ou encore une clause spécifique figurant dans l'acte d'acquisition (24).

(22) Pour une analyse approfondie de cette problématique, voy. C. ROUSSEAU, « Les restrictions au droit au partage entre époux mariés sous le régime de la séparation de biens », in *Tapas de droit notarial 2018. Les régimes matrimoniaux*, coll. Patrimoine & Notariat, F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL eds, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 155 et suiv.

(23) La règle est identique que l'époux soit en indivision avec son conjoint ou avec des tiers (H. CASMAN, *op. cit.*, pp. 69 et 70).

(24) Comme le souligne C. ROUSSEAU (*op. cit.*, p. 162, n° 9), il ne serait pas possible, à suivre cette vision stricte, de limiter le droit au partage sans motif ou pour une durée supérieure à cinq ans.

Cette affectation à un but particulier rendrait l'indivision *volontaire* et empêcherait dès lors un époux d'invoquer le droit de sortir d'indivision à tout moment (25). Ce but spécifique peut ou non être lié à la durée du mariage ou à celle de la vie commune. Dès lors qu'il disparaît, l'indivision devient *ordinaire* et le partage peut être demandé (26).

A priori, la fin de la vie commune, voire la fin du mariage, mettrait fin à l'existence de ce but mais tel pourrait ne pas être le cas. Songeons à l'hypothèse d'un bien acquis par les époux en indivision dans lequel logerait leur enfant handicapé. La fin de la relation du couple ne signifierait pas la disparition du but assigné à l'indivision. Il nous semble que dans une telle hypothèse, l'article 1468 du Code civil ne plus être invoqué dès lors que le régime matrimonial est dissous. C'est le droit commun de l'indivision, tel qu'appliqué par la Cour de cassation dans son arrêt du 20 septembre 2013, qui prendrait le relais et celui-ci n'exige pas, au contraire de l'article 1468 du Code civil, l'existence d'une convention pour exclure une demande unilatérale de sortie d'indivision (27).

19. Il résulte de ce qui précède que sous réserve de l'application de l'article 215, § 1^{er} du Code civil, les époux peuvent limiter le droit au partage :

— soit pour une durée maximale mais renouvelable de cinq ans, conformément à l'article 815, alinéa 2 du Code civil;

— soit pour une durée supérieure à cinq ans mais pour autant qu'un but spécifique ait été assigné à l'indivision, sachant que la disparition de ce but permettrait à chaque époux de recouvrer le droit de demander le partage.

Pratiquement, en cas d'acquisition immobilière indivise, le notaire interrogera les parties sur ce point et consignera leur volonté dans l'acte d'acquisition.

20. Sur le plan du droit transitoire, l'article 1468 nouveau du Code civil s'applique à tous les époux qui se sont mariés après le 31 août 2018 ou qui, déjà mariés à la date du 1^{er} septembre 2018, ont procédé à une modification de leur régime matrimonial ayant entraîné la dissolu-

(25) Voy. en ce sens *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, pp. 74 et 75 et Cass., 20 septembre 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 1733, concl. A. HENKES; *T. Not.*, 2014, p. 224, note C. ENGELS; *R.W.*, 2014-2015, p. 618, note L. DE KEYSER; *Rev. not. belge*, 2015, p. 538, note D.S.; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 278, note E. WELING-LILIEN.

(26) Voy. Cass., 6 mars 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 612; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1230, note P.L.; *R.W.*, 2013-2014, p. 1625, note D. MICHIELS; *R.G.D.C.*, 2014, p. 261, note F. PEERAER et p. 487, note L. SAUVEUR; *T. Not.*, 2014, p. 231, note C. ENGELS; *J.T.*, 2015, p. 617, note V. WYART; *NJW*, 2015, p. 691, note V. VANDERHULST; *R.C.J.B.*, 2015, p. 383, note D. STERCKX et L. STERCKX; *Rev. not. belge*, 2015, p. 517, note A.-CH. VAN GYSEL.

(27) C. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 162, n° 9.

tion de celui-ci, c'est-à-dire aux époux qui sont passés d'un régime de communauté à un régime de séparation de biens.

Conformément à l'article 78, § 2 de la loi du 22 juillet 2018, cette nouvelle disposition est également applicable depuis le 1^{er} septembre 2018 aux époux mariés avant cette date.

§ 2. Le rachat des parts indivises entre époux (abrogation de l'ancien article 1469, alinéa 2 du Code civil)

21. Selon l'article 1469, alinéa 2 ancien du Code civil, le rachat par l'un des époux de la part de l'autre dans un ou plusieurs biens indivis ne pouvait avoir lieu qu'en vente publique ou moyennant l'autorisation du tribunal de la famille.

Cette règle ne se justifiait qu'en égard à l'interdiction de la vente entre époux prévue à l'article 1595 du Code civil. Cette interdiction ayant été levée par la loi du 22 juillet 2018, cette disposition a, elle aussi, été logiquement abrogée.

22. La loi du 22 juillet 2018 ne contient aucune disposition spécifique concernant la date à laquelle un époux peut librement racheter la part de l'autre dans un bien indivis. Il nous semble qu'une analogie doit être faite avec la suppression de l'interdiction de la vente entre époux et que la loi nouvelle s'applique dès lors à toute opération de rachat conclue à partir du 1^{er} septembre 2018 (28).

Section 4 — Les clauses compatibles avec un régime de séparation de biens (article 1469, § 1^{er}, alinéas 1^{er} à 3 du Code civil)

23. Les époux qui optent pour un régime de séparation de biens ne sont pas tenus de se contenter de sa version « pure et simple », pour ne pas dire « pure et dure ».

Ils peuvent adjoindre à ce régime toutes les clauses compatibles avec celui-ci, telles que des clauses concernant l'administration de la preuve, entre eux, du droit de propriété exclusif, concernant la preuve des créances que l'un peut invoquer à l'égard de l'autre, ainsi que les clauses précisant toute indivision ou patrimoine d'affectation existant entre eux.

(28) A. DEMORTIER, *infra*, n° 50. Comp. PH. DE PAGE et I. DE STEFANI (*op. cit.*, p. 112, n° 93) qui estiment que la loi nouvelle s'applique à toute opération de rachat *entamée* à partir du 1^{er} septembre 2018 mais non à celle en cours. Il nous semble toutefois que si, par exemple, une demande était pendante devant le tribunal de la famille à la date du 1^{er} septembre 2018, celle-ci deviendrait sans objet.

Ils peuvent aussi adopter des clauses visant à réaliser un décompte entre leurs patrimoines respectifs, notamment par l'ajout d'une clause de participation aux acquêts.

24. Tous ces développements ajoutés dans la loi n'apportent strictement rien de neuf sur le plan juridique. Sans doute le législateur a-t-il simplement voulu rappeler ces possibilités et encourager de la sorte l'adoption de régimes « mixtes » ou à tout le moins de clauses permettant, le moment venu, de liquider plus facilement le régime de séparation de biens pure et simple.

Les travaux parlementaires ne sont, quant à eux, d'aucun secours : ils se contentent d'indiquer que les époux peuvent créer un patrimoine commun interne adjoint, une communauté limitée adjointe ou une société d'acquêts (29).

25. Le flou reste donc total sur des questions qui divisent la doctrine et la jurisprudence (30) et qui empoisonnent la vie des praticiens :

— quelle est la différence concrète entre un patrimoine commun interne adjoint, une communauté limitée adjointe, une société d'acquêts, une société accessoire, un patrimoine d'affection ?

— quel est le statut de ces masses adjointes ?

— quels sont les effets de ces clauses à l'égard des enfants et des créanciers ?

Hélène Casman (31) semble considérer qu'aucun reproche ne doit être formulé au législateur et s'exprime dans les termes suivants : « *Si [le législateur] avait penché pour plus de précision, on aboutirait à moins de latitude. S'il avait penché pour des solutions permettant certaines constructions et en interdisant d'autres, il aurait été confronté à la difficulté de déterminer dans ce but des critères clairs mais forcément limitatifs, risquant de mettre fin à la créativité excluant dès lors peut-être des solutions sur mesure au plus grand profit des époux concernés ? Il faut en conclure que la loi du 22 juillet 2018 n'apporte rien de neuf sur ces questions, mais que l'aspect positif de cette attitude est qu'elle n'a rien interdit de ce qui est actuellement considéré comme valable et efficace* ».

(29) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 76.

(30) Voy. pour une synthèse sur ces questions, Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 447 et suiv. Voy. aussi et notamment J. VAN BAELE, « Het huwelijkscontract van scheiding van goederen met een toevoegend « intern gemeenschappelijk vermogen » ». Ceci n'est pas un régime matrimonial », *T. Not.*, 2010, pp. 224 et suiv.; A. VERBEKE, « Scheiding van goederen en onverdeeldheden. Over de rechtsgeldigheid van een TIGV », *T. Not.*, 2011, pp. 179 et suiv. et C. CASTELEIN, « Scheiding van goederen met externe correcties », *T.E.P.*, 2017, pp. 96 et suiv. de même que les réf. jurisprudentielles citées.

(31) H. CASMAN, *op. cit.*, p. 75.

On se permettra de ne pas partager cette vision positive de la situation car actuellement, il n'existe précisément aucune certitude quant à ce qui est valable et efficace des deux côtés de la frontière linguistique tant les pratiques semblent divergentes. Ce n'est pas tant de créativité que de sécurité que les époux (et leur conseil ...) ont besoin et à cet égard, il eût été judicieux de réglementer, à l'instar de la participation aux acquêts, un autre régime « mixte », tel que la séparation de biens avec société d'acquêts qui assure aux époux une solidarité moins forte que la participation aux acquêts mais qui est sans doute plus conforme aux attentes de la majorité des couples actuels.

26. Sur le plan du droit transitoire, l'article 1469 nouveau du Code civil s'applique à tous les époux qui se sont mariés après le 31 août 2018 ou qui, déjà mariés à la date du 1^{er} septembre 2018, ont procédé à une modification de leur régime matrimonial ayant entraîné la dissolution de celui-ci, c'est-à-dire aux époux qui sont passés d'un régime de communauté à un régime de séparation de biens.

Cette nouvelle disposition est également applicable aux époux séparés de biens mariés avant le 1^{er} septembre 2018 (32).

Section 5 — Le devoir d'information relatif au régime de la participation aux acquêts (article 1469, § 3 du Code civil)

27. L'article 1469, § 3 du Code civil prévoit que tout contrat de mariage de séparation de biens — reçu à partir du 1^{er} septembre 2018 — doit 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* ».

28. Les auteurs de la proposition de loi y voient une obligation *particulière* à charge du notaire, indépendante de son devoir général d'information et de conseil prescrit à l'article 9, § 3, alinéa 1^{er} de la loi de Ventôse (33). Cette obligation traduit l'*a priori* favorable du législateur envers ce type de régime ou, à tout le moins, la réticence qu'il éprouve envers une séparation de biens pure et simple.

29. À défaut de pouvoir abroger le régime de la séparation de biens pure et simple, que d'aucuns jugent incompatible avec l'idée d'« *affectio maritalis* », le législateur cherche à encourager l'adoption du régime de la participation aux acquêts dont les atouts ont, il est vrai, de quoi séduire : les époux gardent une autonomie dans la gestion de leurs patrimoines respectifs et ne participent pas aux dettes de l'autre mais en

(32) *Ibidem*, p. 23.

(33) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 77.

outre, l'époux moins fortuné a le droit de participer à l'enrichissement de l'autre.

La pratique révèle toutefois qu'avant la réforme, très peu de notaires proposaient ce type de régime pour la raison généralement avancée qu'il était trop complexe (34). En imposant au notaire l'obligation de mentionner dans le contrat qu'il a attiré l'attention des parties sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non d'une clause de participation aux acquêts, le législateur veille du même coup à s'assurer que l'information sur ce régime, désormais codifié, est effectivement bien passée... (35).

Section 6 — L'introduction d'une correction judiciaire en équité (article 1474/1 du Code civil)

§ 1^{er}. Principe et ratio legis

30. La loi du 22 juillet 2018 innove en introduisant, dans le système juridique belge, la possibilité pour le juge de la famille de corriger le contrat de séparation de biens qui a été conclu par les époux lorsque l'application de ce régime entraînerait des conséquences manifestement inéquitables pour l'un d'eux.

Il ne s'agit pas ici de rendre applicables au régime de séparation de biens certaines règles du régime de communauté ni d'encourager les (futurs) époux à prévoir des mécanismes visant à adoucir la séparation de biens pure et simple mais d'aller plus loin, en permettant au juge d'intervenir directement dans le contrat librement conclu entre les époux pour en amoindrir les effets injustes que son application provoquerait dans le chef de l'époux « lésé ».

Cette possible ingérence du juge est justifiée dans les termes suivants : *« Si les époux n'ont pas inclus conventionnellement de solidarité dans une séparation de biens, le partage patrimonial après la dissolution du régime peut avoir des conséquences injustes. C'est le cas en particulier lorsque les conjoints se constituent pendant le mariage un patrimoine dans une mesure inégale, par exemple parce que l'un des conjoints a réduit ses activités professionnelles pour s'occuper du ménage ou pour cause de maladie. En effet, en cas de séparation de biens pure et simple, ce conjoint ne participe pas au patrimoine que l'autre conjoint a consti-*

(34) Et quand c'était le cas, force est de reconnaître qu'il ne rencontrait pas forcément les aspirations des époux (ou plus souvent de l'un d'entre eux...), non désireux de partager leur enrichissement avec leur conjoint, à tout le moins si le mariage se termine par un divorce.

(35) Pour une critique de l'introduction de cette obligation spécifique d'information (et de celle résultant de l'article 1474/1 du Code civil, cfr *infra*, n^{os} 46 et suiv.), voy. P. VAN DEN EYNDE, « Le devoir de conseil du notaire n'est-il pas d'ordre public ? », in *Tapas de droit notarial 2018. Les régimes matrimoniaux*, coll. Patrimoine & Notariat, F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL eds, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 20 et suiv.

tué, même si cela n'était possible que par ses efforts ou son soutien. La conséquence en est qu'après un divorce, le partenaire économiquement plus faible peut se retrouver quasiment les mains vides (hormis une créance alimentaire), alors que le partenaire économiquement plus fort a pu largement s'enrichir grâce à la séparation de biens. Cela est difficilement conciliable avec l'idée de la solidarité au sein du mariage. En outre, cette problématique présente également une importante dimension de genre étant donné que c'est souvent encore la femme qui réduit ses activités professionnelles pour des motifs domestiques » (36).

31. On relèvera d'emblée que cette justification est très générale et ne fait en réalité que reprendre l'inconvénient classique du régime de la séparation de biens en présence d'un conjoint professionnellement pas ou peu actif mais qui est contrebalancé par l'avantage résultant du fait que cet époux n'est pas tenu de participer au paiement des dettes contractées par son conjoint (et de cela, il n'ira bien entendu pas se plaindre...).

32. Dans la mesure où cette ingérence du juge dans le contrat est peu fréquente dans notre système juridique et a surtout fait l'objet de débats très vifs au sein du groupe de travail réuni par le ministre Koen Geens en amont du dépôt de la proposition de loi, la démonstration de sa légitimité nécessitait sans conteste une argumentation plus charpentée.

C'est qu'en introduisant un cas d'application de la théorie de l'imprévision (37), le législateur heurte le principe de la convention-loi cher aux juristes latins, et de ce fait-même la sécurité juridique, car il a pour conséquence de détricoter (dans une certaine mesure) ce qui a précisément été librement et en principe consciemment convenu.

§ 2. Conditions d'application

33. La correction judiciaire en équité permet au tribunal de la famille d'accorder à l'époux « lésé », qui en fait la demande, une indemnisation à charge de son conjoint si la liquidation du régime de séparation de biens devait entraîner des conséquences manifestement inéquitables mais elle ne s'applique que pour autant que plusieurs conditions soient réunies.

A. La correction judiciaire en équité doit avoir été prévue dans le contrat de mariage

34. Il résulte de l'article 1474/1, § 2 que les époux sont tenus de prendre position quant à l'insertion ou non d'un correctif judiciaire d'équité dans leur contrat de mariage.

(36) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 26.

(37) Théorie qui, comme le soulignent PH. DE PAGE et I. DE STEFANI (*op. cit.*, p. 166, n° 133 et les réf. citées) est unanimement rejetée par la doctrine et la jurisprudence actuelles.

Ce correctif n'est donc pas obligatoire. Il n'est susceptible d'application que si les époux l'ont prévu et si l'époux « lésé » l'invoque.

35. C'est donc un système d'« opt-in » qui a finalement été retenu par le législateur afin d'éviter de trop brider l'autonomie de la volonté dans le choix d'un régime matrimonial et « *de rendre impossible un choix réfléchi et délibéré en faveur d'une séparation de biens pure et simple* » (38).

Certains le regrettent. Y.-H. Leleu va ainsi jusqu'à estimer qu'il s'agit d'un « coup d'épée dans l'eau » (39). Seul un système d'« opt-out », qui aurait impliqué que la correction judiciaire en équité soit d'office d'application sauf volonté en sens contraire des époux, aurait été, selon lui, source de progrès (40).

D'autres auraient préféré qu'aucune correction judiciaire en équité ne soit prévue et un amendement dans le sens de sa suppression a même été proposé (41).

Une dernière possibilité, plus « extrême », aurait été d'inclure dans le Code civil une correction judiciaire impérative (c'est-à-dire sans possibilité de « opt-out »).

Comme à l'accoutumée, le législateur a cherché à faire œuvre de compromis en mettant en place une solution qui, si elle ne fâche personne (ou presque) semble ne pas satisfaire pas grand monde non plus...

36. Ce n'est que si les époux ont opté pour un régime de séparation de biens qu'ils devront indiquer leur choix d'inclure ou non une correction judiciaire en équité.

Il est clair que cette correction judiciaire en équité a été pensée avant tout pour les époux qui ont conclu un contrat de séparation de biens *pure et simple*. Toutefois, tous les régimes à base séparatiste sont visés,

(38) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 27.

(39) Y.-H. LELEU, *op. cit.*, 2018, p. 98, n° 123.

(40) *Ibidem*, p. 101, n° 125.

(41) Amendement n° 42 de M. BROTCORNE et Mme ONKELINX, *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/006, p. 38.

y compris la séparation de biens judiciaire (42) et les contrats séparatistes « mixtes », c'est-à-dire ceux contenant déjà des mécanismes tendant à renforcer la solidarité entre les époux tel que le régime de séparation de biens avec société accessoire et très curieusement, celui de la participation aux acquêts.

De lege lata, il n'y a aucun doute. Le mécanisme de la correction judiciaire en équité est logé sous le chapitre relatif à la séparation de biens dans une nouvelle section 3 qui lui est entièrement dédiée (la section 1^{re} étant réservée à la séparation de biens conventionnelle et la section 2 à la séparation judiciaire) (43).

Jean-Louis Renchon (44) souligne à juste titre qu'en ce qui concerne le contrat de séparation de biens avec participation aux acquêts, il n'y a pas de sens ni à débattre de l'intérêt d'insérer ce genre de clause ni à indiquer le choix des époux quant à l'insertion ou non de la clause (45) mais par mesure de prudence, il conseille aux notaires de prévoir une clause minimale qu'il propose de libeller comme suit :

« Ayant fait choix, à l'article [...] du présent contrat, d'adopter 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 ».

(42) Il semble que dans ce cas, la correction judiciaire en équité sera automatique. Il résulte en effet du libellé du § 2 de l'article 1474/1 du Code civil que ce n'est que les époux qui optent pour le régime de la séparation de biens (donc qui le choisissent, ce qui n'est pas le cas de la séparation de biens judiciaire) qui doivent constater dans leur convention matrimoniale leur accord quant à l'insertion ou non de la clause judiciaire d'équité. Cette opinion est confirmée par l'exposé des motifs (*Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 96) qui précise que l'époux « lésé » est celui qui a demandé la correction judiciaire en équité. Le législateur estime logique « que l'époux qui se voit dans la nécessité de demander la séparation de biens judiciaire en raison de l'inconduite de l'autre époux ait le droit de demander une correction judiciaire en équité s'il apparaît que la séparation de biens entraîne des iniquités manifestes pour cet époux ».

Comp. PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.*, p.169, n° 138. Selon ces auteurs, le juge ne pourra pas imposer unilatéralement dans sa décision le respect de l'article 1474/1 en l'absence d'accord des deux époux.

(43) *Contra* A.-CH. VAN GYSEL, « Le conjoint et le cohabitant légal survivant », *La réforme du droit des successions*, Actes du XV^{ème} colloque de l'Association « Famille et Droit » qui s'est tenu le 20 avril 2018 à Liège, P. MOREAU ed., coll. Famille & Droit, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 432.

(44) J.-L. RENCHON, *op. cit.*, pp. 144 et 151.

(45) En effet, le régime de la participation aux acquêts est en lui-même un régime « équitable ».

37. Quel est l'impact du choix des époux d'insérer ou non un correctif judiciaire sur leur possibilité d'invoquer le principe général de l'enrichissement sans cause ?

François Deguel (46) distingue très clairement les différentes situations susceptibles de se présenter.

— Si les époux ont inséré un correctif d'équité et si les conditions d'application de ce correctif sont réunies, l'enrichissement sans cause ne pourra pas être invoqué par l'époux lésé même si le recours à ce mécanisme lui permettrait d'obtenir une indemnisation plus élevée et ce, en raison du caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso*. S'il n'a pas gain de cause à titre principal sur la base du correctif judiciaire en équité, il pourrait en revanche obtenir à titre subsidiaire une indemnisation sur la base de l'enrichissement sans cause (47).

— Si les époux n'ont pas inséré de correctif d'équité, ils gardent, selon lui, la possibilité d'agir sur la base de l'enrichissement sans cause (48). Nous sommes pour notre part hésitante dans la mesure où l'enrichissement sous cause est fondé sur l'équité que les époux ont précisément entendu écarter. Cette question mériterait en tout cas des développements qui excèdent le cadre de la présente contribution.

Afin d'éviter toute discussion à cet égard, Jean-Louis Renchon (49) recommande judicieusement de préciser expressément dans le contrat de mariage que chaque époux conserve la possibilité d'invoquer à l'égard de son conjoint l'enrichissement sans cause. Il propose la clause suivante : « *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* ».

(46) F. DEGUEL, *op. cit.*, pp. 198 à 200, n^{os} 27 et 28.

(47) Voy. Cass., 9 juin 2017, *R.G.D.C.*, 2017, p. 502, note F. DEGUEL; *R.W.*, 2017-2018, p. 1104, note M. AERTS et *T. Fam.*, 2017, p. 268, note J. LAMBRECHTS. Selon la Cour, le caractère subsidiaire de la théorie de l'enrichissement sous cause n'empêche pas le demandeur de fonder sa réclamation sur un de plusieurs autres fondements et d'ensuite soulever, à titre subsidiaire, l'enrichissement sans cause, pour le cas où le juge devait estimer les premiers moyens non fondés.

(48) Dans le même sens, J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 144, n^o 48; Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 104, n^o 132 et un des auteurs de la loi (C. VAN CAUTER), *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n^o 54-2848/007, p. 53.

(49) J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 154.

B. Le mariage doit être dissous par divorce pour cause de désunion irrémédiable

38. Ce n'est que si le mariage se solde par un divorce pour cause de désunion irrémédiable que la correction judiciaire en équité est susceptible de s'appliquer.

Comme le relèvent les travaux parlementaires, l'instauration d'un correctif judiciaire en équité pour les époux désireux de divorcer par consentement mutuel ne se justifiait pas. En effet, les époux liquident et partagent leur régime matrimonial comme ils l'entendent, sans être tenus par leur contrat de mariage et sans que rien ne puisse leur être imposé de manière telle que la possibilité de prévoir un recours au juge n'aurait pas eu de sens (50).

Pratiquement, il appartiendra au conseil de l'époux « lésé » d'examiner — tâche ô combien délicate — s'il est préférable de négocier en équité un règlement transactionnel dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ou s'il vaut mieux opter pour un divorce pour cause de désunion irrémédiable et tenter de faire jouer la clause d'équité (51).

39. Le correctif judiciaire en équité n'est pas davantage applicable en cas de décès. Or, dans ce cas de figure, le conjoint survivant peut se trouver dans la même situation que s'il divorçait pour cause de désunion irrémédiable. Les circonstances pourraient aussi s'être modifiées défavorablement et de manière imprévue depuis la conclusion du mariage et la mésentente avec les autres héritiers pourrait aussi empêcher l'écartement de tout ou partie du contrat de mariage. Toutefois, dans la mesure où il y aurait lieu de tenir compte de la situation patrimoniale du conjoint survivant au jour de la dissolution du régime et où le conjoint survivant viendrait à hériter du prémourant, la correction judiciaire en équité ne serait pas nécessaire (52). À notre sens, tel ne serait toutefois pas le cas si le conjoint survivant est exhéredé ou ne bénéficie que de droits successoraux réduits (en raison de l'existence de donations antérieures au mariage) (53). Il nous paraît donc que le correctif judiciaire en équité aurait également dû être prévu en cas de décès. Rien n'empêche toutefois les époux de le prévoir dans leur contrat de mariage (54).

(50) Intervention de H. CASMAN, *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 17.

(51) A.-CH. VAN GYSEL, *op. cit.*, pp. 432 et 433.

(52) En ce sens, d'A.-CH. VAN GYSEL, *op. cit.*, p. 432 (qui vise les droits successoraux « étendus » du conjoint survivant); F. DEGUEL, *op. cit.*, p. 196, n° 21.

(53) Dans le même sens, PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.*, p. 169, n° 137.

(54) CH. DECLERCK, *op. cit.*, p. 250, n° 89.

C. Les circonstances doivent s'être modifiées défavorablement et de manière imprévue depuis la conclusion du contrat de mariage (ou depuis le jour de la demande de séparation de biens en cas de séparation de biens judiciaire) et le régime choisi entraînerait des conséquences manifestement inéquitables, eu égard à la situation patrimoniale des époux

40. Il s'agit sans conteste de la condition dont les contours, très flous, devront être précisés par les juges sur la sagesse desquels le ministre Koen Geens entend compter (55).

- Il faut d'abord qu'il y ait eu une modification des circonstances. Si les circonstances sont restées identiques — l'époux soi-disant « lésé » ne travaillait pas au jour de la conclusion du contrat et n'a jamais travaillé par la suite —, la correction judiciaire sera rejetée car il n'y a aucune raison de déroger aux accords conclus (56).
- Cette modification doit être défavorable et avoir eu lieu de manière imprévue. C'est bien entendu quant à l'appréciation du caractère défavorable et imprévisible du changement que les esprits vont s'échauffer, sauf pour les époux à avoir déterminer plus précisément dans leur contrat de mariage ce qu'ils entendent par « circonstances défavorables et imprévues » (57).

Les travaux parlementaires citent l'exemple de l'époux qui a dû réduire de manière imprévue ses activités professionnelles pour raisons de santé ou raisons familiales (58).

Selon nous, le changement ne sera imprévisible que si la maladie — qui pourrait exister dans le chef d'un époux mais également dans celui d'un proche — n'était pas connue au moment du mariage (59).

Par ailleurs, il semble qu'il peut difficilement être soutenu que le changement était imprévisible lorsqu'un époux a perdu son emploi en raison d'une restructuration de la société dans laquelle il travaillait (la situation économique est, on le sait, instable), ou a diminué son temps de travail pour s'occuper des enfants (ce qui est fréquent ou, à tout le moins, pas imprévisible) (60). Il en va de même si l'époux qui s'estime lésé a dû quitter son emploi pour suivre son conjoint à l'étranger alors qu'au moment du mariage, il

(55) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 52.

(56) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 96.

(57) Ce qui est conseillé par CH. DECLERCK (*op. cit.*, p. 250, n° 89).

(58) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, pp. 96 et 97.

(59) Il n'en irait pas ainsi si, au jour du mariage, les époux étaient au courant du risque accru de cancer dans le chef d'un des époux (CH. DECLERCK, *op. cit.*, p. 250, n° 89) ou de l'existence d'une maladie dégénérative dans son chef.

(60) Dans le même sens, A. AYDOGAN, « De hervorming van het huwelijksvermogensrecht », *T. Not.*, 2018, p. 679, n° 24.

était diplomate ou promis à un bel avenir dans une société multinationale.

Qu'en est-il du conjoint qui a abandonné son activité professionnelle pour aider son époux/épouse dans le cadre de son commerce ou de son entreprise sans être rémunéré ? Pourra-t-il faire usage du correctif judiciaire d'équité ou devra-t-il se rabattre sur la théorie de l'enrichissement sans cause ? La réponse dépendra des circonstances de fait (cette modification était-elle réellement imprévisible ? Est-elle défavorable ?) mais *a priori* c'est sans doute une action *de in rem verso* qui devrait être intentée (61).

Le juge (62) devra se livrer à une appréciation *in concreto* compte tenu des éléments de preuve rapportés par les parties. Selon les données de fait spécifiques et sans doute aussi selon la sensibilité du juge, la balance penchera dans un sens ou dans l'autre (63).

- L'application du régime matrimonial doit entraîner des conséquences manifestement inéquitables, ce qui sera apprécié de manière souveraine par le juge (64), sans aucune garantie de prévisibilité. Toute inéquité ne donne donc pas lieu à application du correctif.

Un élément objectif devra toutefois être pris en compte. Il s'agit de la situation patrimoniale des deux époux. Les auteurs de la loi indiquent que 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. On peut difficilement argumenter que c'est le cas si l'époux demandeur est lui-même très aisé.* » (65). Il résulte des travaux parlementaires que si un époux a arrêté de travailler pour s'occuper de ses enfants, alors qu'il disposait par ailleurs de ressources personnelles confortables, la correction judiciaire en équité lui sera refusée (66). Y.-H. Leleu (67) souligne toutefois à juste titre que cette opinion n'est pas soutenue par le texte légal et qu'en conséquence, « un époux appauvri, même « très aisé » doit pouvoir faire valoir le correctif. »

Le déséquilibre manifeste s'apprécie au jour de la dissolution du régime de sorte que s'il s'est produit en cours de régime mais a

(61) CH. DECLERCK (*op. cit.*, p. 250, n° 89) paraît adopter le même point de vue.

(62) Et avant lui, le notaire.

(63) Il en irait ainsi d'un couple dont un des membres est soi-disant stérile et qui se retrouve à la tête d'une famille nombreuse, amenant un des conjoints à cesser ses activités professionnelles.

(64) Et avant lui, le notaire.

(65) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 97.

(66) En ce sens également, CH. DECLERCK, *op. cit.*, p. 250, n° 89.

(67) *Op. cit.*, p. 104, n° 130.

été rétabli à la dissolution de celui-ci, la demande d'indemnisation sera rejetée (68).

41. D'une manière générale, quoi qu'il en soit de la difficulté d'apprécier les contours de cette condition, la lettre de la loi doit être respectée. Nous ne partageons dès lors pas l'opinion de Y.-H. Leleu selon laquelle le mécanisme de la correction judiciaire d'équité doit être appliqué « *dans de très nombreuses situations* » et plus précisément, « *chaque fois qu'un époux profite du régime au profit de l'autre* » (69). Ce n'est pas de cette manière que la loi a façonné le correctif d'équité. L'iniquité doit être manifeste et non pas « ordinaire » (70). Si le correctif légal paraît trop restrictif, libre aux époux de conventionnellement l'élargir.

§ 3. Étendue de l'indemnisation

42. Le correctif d'équité ne permet pas à l'époux lésé d'obtenir autant, voire davantage de solidarité que dans un régime de participation aux acquêts et c'est logique puisque telle n'était pas la volonté exprimée par les (futurs) époux.

L'article 1474/1, § 1^{er}, alinéa 2 du Code civil limite ainsi doublement l'importance de l'indemnisation :

— l'indemnisation tend (uniquement) à remédier aux conséquences manifestement inéquitables;

— l'indemnisation ne peut être supérieure au tiers de la valeur nette des acquêts conjugués des époux au moment de la dissolution du mariage [lire régime matrimonial], dont il faut ensuite déduire la valeur nette des acquêts personnels de l'époux demandeur.

43. Les acquêts des époux sont déterminés en application des articles 1469/1 à 1469/5 du Code civil. Ces dispositions déterminent les règles de composition des patrimoines originaux et finaux dans le régime de la participation aux acquêts. Dès lors, les époux qui auront inséré un correctif judiciaire d'équité seront bien inspirés d'annexer à leur contrat de mariage un état de leur patrimoine original afin d'éviter que celui-ci soit considéré comme nul (71). Ils pourraient également décider que le patrimoine final à prendre en considération serait, par exemple, celui existant dans les trois ans ou les cinq ans précédant la demande en divorce (72).

(68) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.*, p. 168, n° 137.

(69) Y.-H. LELEU, *op. cit.*, p. 102, n° 128. Dans le même sens, mais plus mesuré, F. DEGUEL, *op. cit.*, p. 198, n° 26.

(70) A. AYDOGAN, *op. cit.*, p. 679, n° 24.

(71) F. DEGUEL, *op. cit.*, p. 197, n° 25; K. BOONE, *op. cit.*, p. 215, n° 104, note infrapaginale 223.

(72) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.*, p. 170, n° 139.

Très schématiquement, si la valeur nette des acquêts de Monsieur s'élève à 90 et celle de Madame à 30, le tiers de la valeur nette des acquêts conjugués des époux représente 40 desquels il faut déduire 30. L'indemnisation de Madame sera donc de 10.

44. On notera encore que si l'époux « lésé » a obtenu une indemnisation, il pourra en être tenu compte dans le cadre de la pension alimentaire post-divorce qui lui aurait déjà été accordée (cfr article 301, § 7, alinéa 2 du Code civil) (73).

§ 4. Procédure

45. L'article 1474/1, § 1^{er}, alinéa 3 du Code civil se contente de mentionner que la « *demande d'indemnisation est examinée dans le cadre de la procédure de liquidation du régime matrimonial* ».

Les auteurs de la loi précisent qu'il en va ainsi même s'il ne s'agit que de la seule revendication d'un époux parce qu'il n'y aurait, par exemple, aucune indivision à liquider et partager (74). Concrètement, la procédure de liquidation-partage judiciaire, visée aux articles 1207 à 1225 du Code judiciaire, devra donc être suivie même dans ce cas (75).

Ils ajoutent que c'est lors de la communication des revendications (cfr article 1218 du Code judiciaire) que l'époux « lésé » devra faire valoir sa demande d'indemnisation (76). Selon nous, le notaire ne pourrait l'appliquer d'office mais il lui appartient de rappeler l'existence de la clause d'équité dans le contrat de mariage et d'interroger les parties sur leur intention de la faire valoir ou non. L'article 1474/1, § 1^{er} du Code civil nous paraît en effet clair sur ce point : c'est à la demande de l'époux « lésé » que le tribunal (en l'occurrence, le notaire, en tant que premier « juge ») peut accorder une indemnisation à charge de l'autre époux.

Selon Katrijn Boone (77), il ne peut forcément s'agir, à ce stade, que d'une demande de principe car ce n'est que lors de la communication par le notaire de son état liquidatif qu'il sera possible de mesurer les conséquences manifestement inéquitables de l'application du contrat de mariage et de chiffrer le montant réclamé.

Il nous semble toutefois qu'en pratique, la partie « lésée » n'attendra pas de recevoir l'état liquidatif du notaire pour d'ores et déjà indiquer, lors de la communication de ses revendications, le montant de l'indemnisation qu'elle réclame sur la base de ses propres calculs liquidatifs.

(73) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 97.

(74) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, nn° 54-2848/001, p. 97.

(75) K. BOONE, *op. cit.*, p. 215, n° 105.

(76) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 97.

(77) En ce sens également, K. BOONE, *op. cit.*, p. 215, n° 105.

En tant que premier « juge » de la liquidation, le notaire fera droit ou non à l'indemnisation et dans l'affirmative, la chiffrera dans son état liquidatif sans avoir besoin, à notre sens, de déposer un procès-verbal intermédiaire de litiges ou difficultés conformément à l'article 1216 du Code judiciaire (78). Libre bien entendu aux parties de formuler des contredits à l'égard de l'état liquidatif, conformément à l'article 1223, § 1^{er} du Code judiciaire.

§ 5. Devoir d'information du notaire

46. L'article 1474/1, § 2, alinéa 2 du Code civil impose une nouvelle obligation d'information dans le chef du notaire :

- Il doit attirer l'attention des époux sur leur obligation de constater, dans leur contrat de mariage, leur accord quant à l'insertion ou non de la clause de correction judiciaire en équité, assortie ou non de modalités dérogatoires.
- Il doit attirer l'attention des époux sur les conséquences juridiques de leur choix d'insérer ou non ce droit à indemnisation, assorti ou non de modalités dérogatoires.
- Sous peine de responsabilité, il doit expressément faire mention du choix des époux dans le contrat de mariage. Si les époux ne sont pas intéressés par la clause, il doit donc l'indiquer clairement (sans pour autant en indiquer les raisons (79)) et ne pas se contenter de ne rien mettre dans le contrat de mariage.
- Le législateur veut s'assurer que le notaire aura effectivement et correctement informé les parties et que l'absence de correctif d'équité résulte d'un choix délibéré.

S'il ne le fait pas, l'époux lésé pourra mettre en cause la responsabilité civile contractuelle du notaire (80). En ce qui concerne son dommage, il invoquera la perte d'une chance et plus précisément la perte de la « *possibilité de négocier avec son conjoint et d'obtenir éventuellement que la clause prévoyant le correctif soit inscrite dans son contrat de mariage* » (81). Comme le souligne François Deguel (82), dans la mesure il s'agit d'une indemnisa-

(78) En ce sens également, F. DEGUEL, *op. cit.*, p. 195, n° 20, note infrapaginale 72.

(79) J.-L. RENCHON, *op. cit.*, p. 143, n° 48. L'auteur souligne que ce choix relève de la vie privée et familiale des époux et n'a pas à être indiqué dans le contrat de mariage.

(80) S'agissant d'une responsabilité contractuelle, elle se prescrit par dix ans. Voy. Cass., 6 juin 2013, *Rev. not. belge*, 2014, p. 268, note D. STERCKX et C. const., 13 décembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 627, note D. STERCKX. Ce délai commence à courir au moment de la liquidation (et à notre sens au jour de la communication par le notaire de son état liquidatif) car il n'est pas possible de déterminer avant s'il existe un dommage (*Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 41).

(81) Intervention de H. CASMAN, *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 41.

(82) F. DEGUEL, *op. cit.*, p. 204, n° 36.

tion en équité, le montant que l'époux lésé pourrait obtenir est difficilement quantifiable.

On précisera encore que pareil manquement n'entraînera pas l'application du correctif judiciaire en équité et ne mettra pas en cause la validité du contrat de mariage (83).

§ 6. *Droit transitoire*

47. L'article 1474/1 du Code civil n'est applicable qu'aux époux qui se sont mariés après le 31 août 2018 ou qui, déjà mariés à la date du 1^{er} septembre 2018, ont procédé à une modification de leur régime matrimonial ayant entraîné la dissolution de celui-ci, en l'occurrence aux époux qui sont passés d'un régime de communauté à un régime de séparation de biens.

Les époux mariés avant le 1^{er} septembre 2018 ne sont donc pas concernés par la correction judiciaire d'équité (qu'ils n'ont forcément pas pu prévoir, celle-ci n'existant par hypothèse pas au moment de la conclusion de leur contrat de mariage). Il en va ainsi également s'ils modifient leur régime matrimonial, après le 31 août 2018, mais pour autant que cette modification n'entraîne pas la dissolution de celui-ci (84).

§ 7. *Appréciation critique*

48. L'instauration d'une certaine équité dans les relations au sein du couple est *a priori* évidemment positive. Qui, du reste, s'en offusquerait ?

Il reste que l'application de la correction judiciaire en équité, telle qu'elle a été conçue, risque de créer finalement plus de problèmes que de solutions et de susciter, en tout cas à court terme, une insécurité juridique que le législateur voulait précisément éviter. Un (nouvel) engorgement des tribunaux est surtout à craindre car il va de soi que l'(ex-)époux qui s'estime « lésé » n'aura rien à perdre mais tout à gagner en réclamant l'application de ce correctif (pour autant, bien entendu, qu'il ait été prévu).

Sans doute un tel système fonctionne-t-il bien dans les pays anglo-saxons (85) mais le Conseil d'État (86) a eu raison de souligner qu'il s'inscrit dans un système juridique global très différent du nôtre, où la

(83) PH. DE PAGE et I. DE STEFANI, *op. cit.*, pp. 170 et 171, n^{os} 139 et 140. Dans le même sens, F. DEGUÉL, *op. cit.*, p. 194, n^o 18.

(84) H. CASMAN, *op. cit.*, p. 86.

(85) Voy. les références mentionnées dans l'exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n^o 54-2848/001, p. 27.

(86) *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n^o 54-2848/002, p. 12.

notion même de régime matrimonial n'existe pas en tant que telle et où, sans doute, le recours à un tel mécanisme se justifie.

Pour toutes ces raisons pratiques (87), nous n'étions personnellement pas favorable à l'instauration d'une correction judiciaire en équité.

49. Plus fondamentalement, il nous semble que cette recherche d'équité — qui est sans conteste primordiale — relève avant tout de la *responsabilité des époux*, guidé par leur notaire, et non de celle du juge.

Et c'est lors du choix du régime matrimonial que tout commence même si les (futurs) sont généralement peu désireux d'envisager la fin d'une union qu'ils aspirent à entamer (à tout le moins officiellement).

Suis-je prêt à prendre le risque de ne rien récupérer en cas de divorce si je limite ou arrête mes activités professionnelles, qu'il s'agisse d'un choix ou d'une contrainte ?

Est-il juste que mon conjoint puisse réclamer une indemnisation dans les conditions de l'article 1474/1 du Code civil alors qu'il ne serait en aucune manière tenu de m'aider à apurer les dettes que je contracterais ? Y a-t-il un déséquilibre à corriger ou bien faut-il admettre que dans notre société actuelle, désormais seule la richesse est à partager, à l'exclusion des dettes ?

Voici sans doute quelques questions que les époux se posent et qu'ils relayeront auprès de leur notaire, chargé de les éclairer le mieux possible quant au choix de leur régime matrimonial.

Certains (futurs) époux opteront peut-être finalement pour un régime de communauté car ils auront été sensibles à la solidarité réciproque qu'il procure.

(87) Pour un aperçu de ces critiques relevées dans les travaux parlementaires, voy. *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/007, pp. 53 et 54. En ce qui concerne plus spécifiquement l'augmentation de la charge de travail de la justice, on relèvera la remarque de la députée Carina VAN CAUTER qui estime que le règlement des litiges constitue l'une des tâches essentielles de la justice et qui suppose que « *le pouvoir judiciaire se réjouit de l'attribution de cette nouvelle tâche et l'accomplira du mieux qu'il peut* ». Les magistrats apprécieront.

Le fait que le conjoint serait déjà suffisamment protégé par une pension après divorce, comme avancé par Avocats.be, représenté par M^e Jean-Marc THIERY (*Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/007, p. 72) et soutenu par A.-CH. VAN GYSEL (*op. cit.*, p. 434) n'est pas selon nous un argument pour rejeter la mise en place d'un correctif judiciaire d'équité car comme le soulignent les travaux parlementaires, les objectifs sont différents. Alors que la pension alimentaire vise à accorder un revenu pour la période postérieure au divorce, la correction judiciaire en équité tend à compenser les efforts qui ont été fournis pendant le mariage (intervention de H. CASMAN, *Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/007, pp. 16 et 17).

Des liens — logiques — existent toutefois entre la pension alimentaire après divorce et la correction judiciaire en équité. Les travaux parlementaires précisent ainsi que pour la détermination de la pension après divorce il est tenu compte de l'indemnisation qui est, le cas échéant, accordée sur la base de la correction judiciaire en équité (*Doc. Parl.*, Ch., session 2017-2018, n° 54-2848/001, p. 97).

La plupart garderont sans doute un régime à base séparatiste mais certains y adjoindront une participation aux acquêts ou une clause de correction — judiciaire ou conventionnelle — en équité.

D'autres maintiendront le choix d'une séparation de biens classique.

Bien entendu, rien n'empêcherait les époux de modifier par la suite leur régime matrimonial s'ils souhaitent y adjoindre des éléments de solidarité compte tenu du changement de leur situation familiale et/ou patrimoniale. La procédure a été considérablement assouplie par la loi du 18 juillet 2008 de manière telle qu'il s'agit sans conteste du moyen à privilégier pour retrouver une forme d'équité au sein des relations patrimoniales même si, en cas de mésentente, il ne pourra évidemment être retenu en l'absence d'accord des deux époux.

50. En résumé, il nous semble donc que ce sont les époux eux-mêmes qui, dûment éclairés, doivent tracer les contours de l'équité qu'ils souhaitent pour leurs relations patrimoniales et qu'une fois ces contours tracés, il ne devrait en principe pas y avoir lieu de changer les règles du jeu *a posteriori*, sauf de commun accord.

Tout contrat comprend des clauses favorables et défavorables et il y a lieu de toutes les respecter afin de garder un équilibre contractuel. Il est vrai que, selon les circonstances, il peut paraître injuste qu'une épouse séparée de biens ne puisse pas participer au partage des richesses de son mari mais il peut sembler tout aussi injuste pour un mari de devoir supporter seul les dettes qu'il a contractées et qui, quoique ne s'agissant pas de dettes de ménage, l'ont été dans l'intérêt de la famille.

51. Finalement, quel que soit l'avis qu'on peut avoir sur la correction judiciaire en équité introduite par la réforme, nul ne contestera qu'elle présente au moins le mérite d'amener les époux à réfléchir de manière plus approfondie sur l'opportunité du choix d'un contrat de mariage de séparation de biens, parfois inadapté, et sur la conception qu'ils se font de l'équité au sein de leur couple. Le notaire en est le premier témoin, lui qui voit la durée de ses réunions grimper en flèche depuis la réforme, sans nécessairement qu'en sorte une fumée blanche....

Fabienne TAINMONT,

Maître de conférences à l'Université
catholique de Louvain

Avocate au barreau de Bruxelles