

La présomption de règlement de comptes à défaut de comptes écrits

Yves-Henri LELEU

Professeur ordinaire à l'U.Lg.
Chargé de cours à l'ULB
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Un idéal perdu. Une clause fantôme. La séparation de biens pure et simple est beaucoup trop idéalisée et conseillée. Les efforts fournis pour en dissuader les futurs époux potentiellement exposés à ses risques semblent improductifs, au vu de la jurisprudence. Le meilleur moyen de les en prémunir est d'inviter la pratique à abandonner le contrat-type, trop peu évolutif depuis une trentaine d'années. Cela obligera à réfléchir sur le contenu d'un contrat nouveau, et sur celui de chaque contrat particulier, parce que la séparation pure et simple emporte une renonciation à la protection économique offerte aux deux époux par le régime légal, sans les prémunir contre les risques d'une interdépendance économique liée à la vie commune.

La vie conjugale associe en effet les époux à la création d'un patrimoine, que le mariage soit bref ou long. Ils confondent des biens, liquides ou liquidés. Ils prennent rarement la précaution de déterminer comment se partageront les acquêts réalisés au départ de revenus inégaux, ni comment seront partagés les biens qu'ils achètent ensemble, mais payent différemment. Et se croyant mieux protégés contre les créanciers qu'en régime légal – qui pêche peut-être par excès sur ce point –, ils contractent néanmoins ensemble, sans déterminer comment rétablir entre eux un transfert de patrimoine non justifié. La séparation « devient floue et incertaine, la garantie que les époux croyaient y trouver se perd, et le régime n'est plus qu'une apparence de régime »¹.

Dans ce contexte, présumer avant même de se marier, en souscrivant à l'article 6 du contrat-type, que tout compte ou toute créance seront réglés « au jour le jour » sans possibilité de prouver le contraire sauf par un « compte écrit », fige ces situations ambiguës ou malicieuses. Les époux rédigent peu d'écrits et ceux-ci se perdent².

¹ H. CASMAN, « Jurisprudence récente en matière de séparation de biens pure et simple », *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, p. 224.

² Déperditions « naturelles » : Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – Comptes et créances entre époux – Aspects notariaux et judiciaires », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 360, n° 43. « Disparitions » avant le divorce : P. VAN DEN EYNDE, « Preuves des créances et de la propriété entre époux séparés de biens », in *Les contrats de mariage*, M. GRÉGOIRE (éd.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 56.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

Article 6 : COMPTES ENTRE LES ÉPOUX

Les futurs époux pourront établir entre eux tout compte et passer tout contrat sauf les limitations apportées par la loi.

Les futurs époux pourront créer entre eux des indivisions ordinaires ou organisées.

L'organisation de l'indivision et l'affectation de celle-ci à un but déterminé devront s'établir par écrit.

Si les époux ont créé entre eux des indivisions, ils pourront y mettre fin et sortir d'indivision par acte de partage avec ou sans soulte.

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.

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

Cette clause que signent la plupart des séparatistes depuis plus de trente ans³ est une clause de style⁴ incantatoire en la forme, évanescence dans son contenu, imprévisible quant à ses conséquences, fantomatique parce qu'elle déforme une ancienne clause ajustée aux charges du ménage.

Elle est, à juste titre, absente de contrats-types récemment proposés à la pratique notariale⁵.

Avant de conseiller de l'abandonner et de proposer une alternative pour les créances entre époux, nous en ferons une (dernière) analyse⁶, approfondie pour comprendre d'où proviennent ses dysfonctionnements et justifier son impraticabilité.

Au-delà de la clause, c'est bien évidemment le régime de la séparation de biens qu'il faut modifier pour y instiller une solidarité économique compatible avec la base séparatiste et non contraire à l'économie du régime. Pure et simple, la

³ Elle provient de : M. GRÉGOIRE, « Formulaire commenté des régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. V, I. III, 1980, p. 112, n° 134, formule 69. Comp. en séparation de biens avec société d'acquêts, la même formule, mais limitée aux comptes « entre eux » ou avec la société d'acquêts : Ph. PIRON, « Formulaire des régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. V, I. III, 2007, p. 15, article 7.

⁴ Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « La liquidation et partage des régimes de séparation de biens pure et simple : le compte des créances patrimoniales », in *Liquidation et partage. Commentaire pratique*, Malines, Kluwer, feuillets-mobiles, III.2.3.-19, n° 271, note 3.

⁵ C. DE WULF, J. BAEL et S. DEVOS, *Notarieel familierrecht en familiaal vermogensrecht*, Malines, Kluwer, 2012, p. 970.

⁶ Déjà en 1996, les notaires faisaient part de leur profond malaise face à la clause dans sa rédaction actuelle : M. GRÉGOIRE, « Contrat de mariage et pratique notariale », in *Les contrats de mariage*, op. cit., pp. 422 et 423.

séparation de biens donne la possibilité au conjoint économiquement fort d'empêcher l'autre de participer dans une mesure équitable au patrimoine constitué par l'association de leurs efforts pendant la durée du régime, sans qu'il puisse raisonnablement être soutenu que cela procède d'un choix ou d'un choix éclairé. Si l'on ne peut modifier ce « non-régime » matrimonial par l'amélioration du contrat, ou une invitation des futurs époux à mieux négocier, ce devra l'être un jour par des interventions judiciaires plus audacieuses et cohérentes, ou par une réforme législative⁷. Proposer un nouveau contrat de séparation de biens, l'objectif du présent ouvrage, n'est donc qu'une étape sur ce chemin, une étape aventureuse s'il devient lui-même un contrat-type.

Nous ne pouvons toutefois l'imaginer s'agissant d'organiser la mise en commun d'intérêts économiques individuels sur le long terme en principe. Pour l'éviter à notre niveau, nous rendrons compte de plusieurs clauses satisfaisantes, avant d'en proposer une.

2. « Organiser des indivisions. » Nous ne traiterons pas de la liberté d'organiser des indivisions. Elle est évidente en droit commun, mais pas dans un contrat de mariage. Elle nous semble inutile et à proscrire. Les époux ont de multiples possibilités de corriger *inter partes* la séparation par l'adjonction d'une société d'acquêts, même limitée, ou d'un patrimoine commun interne plus élaboré⁸. S'ils veulent les opposer aux tiers, il vaut mieux qu'ils changent de régime de base, quitte à limiter la composition du patrimoine commun.

La clause de l'article 6 n'attire pas l'attention des époux sur les infinies discussions quant à la nature et à la portée des indivisions dites « organisées »⁹. L'unanimité n'est pas faite sur l'applicabilité de l'article 815¹⁰. Il serait de mauvais

⁷ Y.-H. LELEU, « Du droit des régimes matrimoniaux au droit patrimonial du couple », *J.T.*, 2004, p. 311, n° 6. Sur l'ensemble de la question, et en particulier l'inégalité homme-femme encore présente dans les liquidations de séparations de biens pure et simple : A. VERBEKE, « Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor en gedwongen én onderhandelde aanpak », *Tijd. Est. Pl.*, 2012, 98.

⁸ A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens. Plaidoyer pour une solution équitable*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 50 et s.

⁹ Pas même dans le commentaire de la clause : M. GRÉGOIRE, « Formulaire commenté des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, p. 112, n° 133 et p. 113, n° 135.

¹⁰ Pour une synthèse récente : S. BOUFFLETTE, « Copropriété ordinaire et possession mobilière », in *La copropriété*, P. LECOCQ (éd.), Formation permanente CUP, vol. 113, Liège, Anthemis, 2009, pp. 10-14, n°s 2-6 ; J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement (contrat aléatoire ; pacte sur succession future, copropriété volontaire et conséquences (article 815 du Code civil), abus de droit...) », in *La copropriété*, précité, pp. 38-45, n°s 8-11. Dans le sens de l'exclusion possible de l'article 815 : H. CASMAN, « De la propriété indivise entre époux séparés de biens et de ses effets vis-à-vis des tiers », note sous *Civ. Bruxelles*, 12 octobre 1972, *R.C.J.B.*, 1974, p. 547 ; H. CASMAN, « Ontbinding van het huwelijksstelsel van scheiding van goederen », in *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds), Anvers, Intersentia, p. 242, note 10 ; H. CASMAN, « Enkele open vragen omtrent de beschikkingsbevoegdheden over onverdeelde zaken », in *Liber amicorum G. Baeteman*, Anvers, Kluwer, 1997, pp. 6-7 ; E. DIRIX et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht, II, Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 121, n° 290. En sens contraire : D. LECHIEN et R. PIRSON, « L'article 815 du Code civil et l'indivision volontaire à titre principal », in *La copropriété*, P. DEHAN (éd.), Bruxelles, Bruylant, 1985,

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

conseil de garantir une totale liberté d'affecter des biens en indivision hors des correctifs reconnus par la jurisprudence (pas par la loi...). Une telle clause pourrait être contestée par des créanciers et contrarier l'égalité entre époux ou l'article 219 du Code civil si la gestion est asymétrique. L'article 1469 du Code civil s'oppose à une organisation permettant les rachats de parts indivises hors autorisation judiciaire¹¹.

Nous conseillons donc de supprimer toute allusion à l'organisation d'indivisions, sauf s'il s'agit d'appliquer par analogie l'attribution préférentielle du régime légal (art. 1447) ou le recel de biens indivis (art. 1448), tant qu'est contestée leur applicabilité *mutatis mutandis* (*infra*, n° 22).

3. «Passer tous types de contrats.» Nous ne proposons pas non plus d'évoquer la liberté de «passer tout contrat entre époux» sauf ceux interdits par la loi, car la formule est tautologique. La vente entre époux demeure prohibée, le rachat de parts indivises contrôlé, les donations révocables. Les trois situations sont aussi surannées que l'interdiction de principe des pactes successoraux prescrite par l'article 1388. Pour le surplus, la liberté contractuelle est totale¹². Nous avons consacré ailleurs des développements aux sociétés entre époux¹³.

4. Division. Nous procéderons en quatre temps. L'analyse de la clause explique ses imperfections (section 1). L'analyse de la jurisprudence révèle une clause totalement imprévisible (section 2). Il faut donc proposer son écartement aux notaires-liquidateurs (section 3) et une autre clause aux rédacteurs, laissant toute possibilité d'établir des comptes et réglant les modalités d'évaluation des créances; avec en option une information sur le cadre juridique dans lequel la clause s'inscrit, tant que le régime général de la séparation de biens n'est pas modifié (section 4).

Section 1

Analyse juridique de la clause

5. Analyser une clause de style? La clause de présomption de règlement est promue comme simplifiant la liquidation, mais elle la rend plus complexe qu'en régime communautaire à situations de fait identiques, et imprévisible faute de ligne claire en jurisprudence.

Plusieurs ambiguïtés textuelles passent inaperçues alors qu'elles conduisent dans des impasses (§ 1). Nous tenterons de vérifier une hypothèse selon laquelle

pp. 228 et s. ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 385, p. 402 et n° 398, pp. 417-419.

¹¹ Y.-H. LELEU in *Droit patrimonial des couples*, Y.-H. LELEU (éd.), Formation permanente CUP, vol. 130, Liège, Anthemis, 2011, pp. 177-180, n° 110.

¹² Voy. not. J.-L. JEGHERS (éd.), *Les contrats entre époux*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

¹³ Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Droits des sociétés et régime matrimonial*, Bruxelles, Larcier, 2010.

les dysfonctionnements de la clause étaient liés à sa conception, car : 1. elle a été étendue à tout compte une technique initialement conçue pour les charges du ménage ; 2. elle exige un écrit même quand les créances sont prouvées autrement que par écrit (§ 2). Nous concluons que la clause est inutile ou inapplicable sauf à forcer ses termes ou nier le vécu des couples. Dans la section suivante, la versatilité de la jurisprudence confirmera cette analyse.

§ 1. Les termes de la clause

6. Compte entre époux. Un « compte entre époux » est une créance isolée ou finale de l'un contre l'autre¹⁴, née d'un ou plusieurs déplacements de richesses intervenus pendant le mariage et qui, en droit, obligent à restitution. Les créances sont fondées soit sur un contrat, soit sur un quasi-contrat, principalement l'enrichissement sans cause, tel qu'appliqué en droit patrimonial des couples, d'une manière en voie d'assouplissement¹⁵, mais encore controversée.

Le fait du paiement ou du transfert de valeurs est prouvé par tous moyens ; le fondement de la créance de restitution doit être prouvé par écrit au-delà de 375 EUR (art. 1341 C. civ.), sauf impossibilité morale (art. 1348 C. civ.). Si l'on se prévaut d'un quasi-contrat, à titre subsidiaire en situation de carence d'écrit, celui-ci peut être prouvé par tous moyens (art. 1348 C. civ.).

Dans la pratique, les époux séparés de biens se réclament généralement des comptes pour chaque transfert de richesses *ut singuli*, sans opérer de compensations comme dans un compte de récompenses, probablement parce que l'indigence du régime légal de la séparation de biens leur donne des moyens de contester chaque créance du compte.

¹⁴ Après computation ou compensation de diverses créances isolées. Évoquant déjà la technique du « compte courant » : G. BAUDRY-LACANTINERIE et J. COURTOIS, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, III, Paris, 1906, p. 133, n° 1535.

¹⁵ La conception *assouplie* de la théorie de l'enrichissement sans cause entre époux séparés de biens est promue par J.-L. RENÇON, qui sans contester que la *volonté* de l'appauvri peut causer l'enrichissement (argument souvent invoqué dans une application stricte de la théorie), insiste sur la nécessité de considérer *l'ensemble des relations qui ont pu se nouer entre les époux* (J.-L. RENÇON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, C. BIQUET (e.a.) (éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 456, n° 21). Cet auteur estime dépourvus de cause les transferts qui « ne présentent pas de justification ou d'explication objective et raisonnable » (*ibid.* et déjà : « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation du régime de séparation de biens*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 2000, p. 60). Nous partageons cet avis : le seul mariage, le seul contrat, la seule expression d'une volonté, seraient des causes artificielles, « déraisonnables », toujours présentes et donc sans portée juridique (Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 87-88, n° 9). Plus stricts, trop selon nous : Anvers, 30 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 320, somm., *NjW*, 2006, p. 948, note G. VERSCHULDEN, *R.W.*, 2006-2007, p. 882, *T. Not.*, 2006, p. 247, note N. TORFS ; Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 92 ; Ch. DECLERCK, « Herwaardering van schuldvorderingen in scheidingsstelsels », *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 234.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

7. Établissement et règlement d'un compte. L'établissement du compte et son règlement sont deux actes juridiques distincts, souvent confondus.

En régime communautaire, les deux sont organisés pour les *récompenses* de manière distincte (art. 1442-1444 ; art. 1432-1434), mais pas pour les *créances* entre époux, dont seuls certains aspects du règlement sont régis par la loi (art. 1450).

En régime séparatiste (pur et simple), la loi n'organise rien du tout. Si une créance est prouvée, son paiement n'est pas présumé et peut être exigé pendant le mariage. La présomption vise ce règlement et ne concerne, en principe, pas l'établissement de la créance, sauf si l'on interprète en ce sens les mots « À défaut de comptes écrits » (voy. ci-dessous).

8. « À défaut de comptes écrits » vs « À défaut d'écrit ». L'article 6 du contrat-type commence généralement par « À défaut de comptes écrits », exceptionnellement par « À défaut d'écrit ». Il faut aussi s'entendre sur la portée de ces termes.

« À défaut d'écrit » implique que l'écrit est la preuve contraire à la présomption de règlement. L'écrit doit prouver le « non-règlement » de comptes établis par ailleurs. La clause ne vise donc pas la preuve de la créance. Cette formulation n'empêche pas d'établir une créance par tous moyens, mais ne résout pas toutes les difficultés, comme on le verra, dans les situations fréquentes de carence d'écrit.

« À défaut de comptes écrits » implique que la présomption de règlement de comptes ne peut être renversée que par un « compte » écrit. Dans une interprétation stricte (s'agissant d'une renonciation à un droit), cette formule rend la clause inutile : un « compte écrit », au contraire d'un simple « écrit », contient normalement la preuve de l'existence de la créance et la preuve du non-paiement de celle-ci (par exemple reconnaissance de dette, prêt) ; la preuve du paiement incombe au débiteur (par exemple reconnaissance de dette acquittée, reçu, compensation avec une autre obligation)¹⁶.

9. Un écrit unilatéral ? L'entame de la clause n'exige pas un écrit *bilatéral* et il n'y a aucune raison de le sous-entendre (s'agissant d'une renonciation à un droit). Cela vaut tant pour les « comptes écrits » d'établissement *et* de non-règlement¹⁷ que pour les hypothétiques « écrits » de non-règlement.

¹⁶ Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – Comptes et créances entre époux – Aspects notariaux et judiciaires », *op. cit.*, p. 356.

¹⁷ Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – Comptes et créances entre époux – Aspects notariaux et judiciaires », *op. cit.*, p. 359, note 39. L'auteur pose la question de savoir si le créancier *solvens* pourrait produire sa comptabilité (ex. extraits de compte) et l'affirme, avec prudence, si la comptabilité est probante et sincère. Nous le pensons aussi, pour autant que ces écrits unilatéraux ne soient pas seulement une preuve du paiement ou du transfert d'avoirs. Implicitement déjà : Ch. SIMON, « Contribution aux charges du mariage et clauses y relatives », in *Les contrats de mariage*, *op. cit.*, p. 51.

Que décidera un juge face à une déclaration écrite, sur l'honneur, d'un créancier alléguant n'avoir pas été payé ? Le cas ne s'est pas encore présenté, mais la clause tolère cet écrit s'il est régulier et rapproché au transfert d'avoirs.

10. Les acquisitions en indivision et le partage d'économies présument règlement de comptes. La présomption de règlement de comptes est précisée par une autre selon laquelle « la fixation des droits de chaque époux lors des acquisitions en indivision » est présumée régler « des » comptes que les époux « peuvent » se devoir. La jurisprudence en révèle deux applications bloquant des demandes de restitution (*infra*, n° 18).

Par « fixation des droits [...] lors des acquisitions en indivision », la clause ne distingue pas : parts indivises inégales, égales, financées proportionnellement ou non aux parts de propriété. Des acquisitions égalitaires sont donc censées éteindre des comptes préexistants ; des acquisitions inégalitaires sont censées éteindre des comptes préexistants et/ou les comptes éventuels résultant de leur financement¹⁸.

Limitons-nous à cette dernière hypothèse, les acquisitions inégalitaires ou dont le financement est disproportionné. Certains auteurs estiment raisonnable l'exigence d'une preuve écrite du non-règlement de la créance du *solvens*, à tout le moins plus raisonnable qu'en cas de simple transfert d'avoirs. Un achat indivis porterait une volonté d'associer son conjoint à un investissement, sans espoir de retour, au contraire d'un transfert sous-tendu seulement par une conscience de la dépense, dont on ne peut pas induire une volonté de non-restitution¹⁹. Cette opinion nous paraît juste quand les deux époux achètent conjointement, mais non quand le bien est acheté par un seul et *présumé* indivis (par exemple, meuble de valeur financé unilatéralement). La volonté, cause de l'enrichissement, n'est pas celle qui sous-tend la clause ni celle qui induit l'acte d'acheter seul, mais les raisons subjectives qui ont motivé la décision d'achat indivis inégalitaire auquel les deux époux ont participé et dont on peut raisonnablement induire une volonté de non-restitution, sauf preuve contraire écrite.

Cela étant, nous déconseillons ce mode d'extinction de comptes. Il est audacieux de prêter aux époux une volonté de renoncer à solder des comptes *préexistants* lors de *chaque* achat indivis²⁰, et même le compte qu'ouvrirait

¹⁸ Sur ces distinctions et une tentative de synthèse des possibilités de restitution : Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in *Le droit patrimonial sans préjugés*, H. CASMAN, A. VERBEKE et Y.-H. LELEU (éds), Malines, Kluwer, 2002, p. 46, n° 2 et *passim*.

¹⁹ Implicitement : P. VAN DEN EYNDE, « Preuves des créances et de la propriété entre époux séparés de biens », in *Les contrats de mariage, op. cit.*, p. 57 ; dans le même sens : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, coll. A.L.N., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 212 ; comp. B. CARTUYVELS et L. ROUSSEAU, « À la recherche d'un contrat harmonieux pour les comptes entre époux : quelques propositions de clauses », in *Le service notarial : réflexions critiques et prospectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 66, note 26.

²⁰ *Contra* : M. GRÉGOIRE, « Formulaire commenté des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, pp. 111-112, n° 133 : « La création de ces indivisions est généralement l'occasion (*sic*) pour l'un ou l'autre des époux de payer

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

(éventuellement) une acquisition inégale. Si la clause ne peut être raisonnablement interprétée en ce sens, elle ne sert à rien.

Il est par contre toujours possible, et parfois conseillé, de régler les comptes préexistants ou liés à ce type d'acquisitions à l'occasion de celles-ci et, de préférence, dans l'acte d'achat (laisser les comptes ouverts, les solder, intégrer les fluctuations de valeur...). La clause d'un acte d'achat²¹, en forme de reconnaissance de dette ou de renonciation à (tout) compte, est un écrit d'établissement et/ou de règlement de la créance qu'il identifie. Il faut décrire les proportions de paiement, la justification de la répartition des parts et le montant à restituer ou soldé.

En l'absence de toute clause relative aux achats indivis, la jurisprudence, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1976, ordonne au cas par cas des restitutions (le paiement de créances), suivant des critères qui s'affinent. Les juges ont donc bien intégré l'idée que si l'un paie plus que l'autre, il ne le fait pas toujours sans intention de retour²².

La clause donne aussi une portée extinctive de comptes aux « partages d'économies ». À nouveau, cela ne se justifie que s'il est raisonnable de présumer dans le chef des époux une volonté de non-restitution. Tel est le cas, à notre avis, sauf circonstances particulières, chez les couples qui partagent (confondent ou investissent) *volontairement* leurs *revenus* et leurs *économies sur revenus*, à l'exclusion de leurs *capitaux familiaux* (antérieurs au mariage ou issus de libéralités)²³. Ne sont pas visées les confusions non sous-tendues par cette volonté, mais par une simple conscience, ni les appropriations unilatérales de revenus ou d'économies, à plus forte raison de capitaux familiaux. Le tout sous réserve d'une preuve contraire écrite, rédigée par des époux qui entendent séparer toute source de richesses. La présomption donne en ce cas force à ce qui devrait devenir une évidence selon nous : la non-restitution, même en séparation pure et simple, des partages *volontaires* d'acquêts constitués de manière inégalitaire. La jurisprudence le décide parfois même sans la clause²⁴.

une quote-part plus importante du prix d'acquisition, la différence étant justifiée par un rétablissement de comptes que les époux estiment se devoir en raison soit simplement de la vie commune, soit en raison du travail ménager, familial ou social du conjoint. » On notera que l'auteur propose, plus judicieusement, une formule distincte pour les indivisions entre époux (formule 70, commentée n° 135).

²¹ Pour un exemple récent : C. DE WULF, J. BAEL, et S. DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogensrecht*, op. cit. pp. 974-975.

²² Par exemple, financement par des capitaux familiaux en cas de manque de liquidités indivises ou d'économies sur revenus. Sur cette jurisprudence et pour une proposition de méthode de détermination de l'intention d'inclure un tel investissement dans les charges du mariage, excluant grâce à cette base légale les demandes fondées sur l'enrichissement sans cause : Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in *Le droit patrimonial sans préjugés*, op. cit., pp. 55 et s., n° 22 et s.

²³ Voy. Liège, 12 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 540.

²⁴ Liège, 2 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1214. Pour une créance impérative de participation aux acquêts : A. VERBEKE, « Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen », op. cit., pp. 110 et s., n° 183 et s.

Nous n'approfondirons pas cette question, car elle concerne surtout l'établissement des créances. Tant que la jurisprudence n'est pas convergente, il faut continuer de rechercher l'équilibre théorique idéal entre la base séparatiste du régime et son économie (*infra*, n° 21) qui n'interdit pas d'associer les époux à la richesse constituée par leur collaboration mutuelle (les acquêts) ni de les prémunir contre des appauvrissements injustes ou disproportionnés. Une piste de plus en plus empruntée est la distinction « revenus »/« économies »/« biens personnels », fort proche de celle qui régit la communauté, mais avec moins d'automatisme pour respecter la base séparatiste. Le contrat de mariage peut donc préciser positivement les modalités d'un partage de revenus ou d'économies, plutôt que l'aborder négativement par le biais du règlement des comptes. Des créances doivent pouvoir naître si, dans les faits, des confusions de revenus ou d'économies ont excédé les limites de ce qui est compatible avec la base et l'économie du régime.

§ 2. Les raisons de ses dysfonctionnements

11. L'écart entre les objectifs de la clause et leur réalisation. La présomption a été conçue pour *faciliter la liquidation* : on ne doit régler que les comptes dont on a la preuve écrite de non-règlement antérieur, et ces comptes seront aussi rares que ces écrits.

Accessoirement, on la justifie par la nécessité d'*attirer l'attention* des époux sur l'importance de l'écrit en cas de transferts d'avoirs²⁵. Cet objectif est louable, mais irréalisable, car l'attention retombe, les mémoires deviennent sélectives, sauf chez les rares « époux comptables », dont l'existence justifie toutefois que la clause soit encore conseillée (*infra*, n° 26).

On a aussi compris la clause comme un mécanisme de *partage de biens* par renonciation anticipée à rétablir des confusions volontaires ou de fait. Mais dans ce but, on autorise les présomptions irréfragables et on leur dénie la qualification de donations²⁶. Cette position isolée ne peut être suivie. La clause partagerait trop ou trop peu et très mal, au gré d'événements factuels. Au pire, la séparation deviendrait communauté universelle. Des clauses de *partage annuel d'économies* existent, beaucoup plus précises pour être opératoires, justes et compatibles avec la suspension de la prescription entre époux (*infra*, n° 12)²⁷.

Les deux principaux objectifs ne sont quasiment jamais atteints si la clause entre dans le débat. Compte tenu de l'absence quasi généralisée de comptes

²⁵ J.-L. RENCHON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, *op. cit.*, p. 450.

²⁶ B. CARTUYVELS et L. ROUSSEAU, « À la recherche d'un contrat harmonieux pour les comptes entre époux : quelques propositions de clauses », *op. cit.*, p. 65-66

²⁷ E. BEGUIN, « La séparation de biens avec partage annuel des économies », in *Les contrats de mariage*, *op. cit.*, pp. 78-79. *Contra* : F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, pp. 589-590, n° 18.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

écrits entre époux²⁸, et même, chez la plupart, de la moindre connaissance du type de preuve à préconstituer²⁹, la clause-type rend les liquidations plus complexes, plus inéquitables, parfois spoliatrices. Comme on le verra, elle est trop souvent opposée à un époux qui parvient à établir sa créance *sans écrit*. S'il ne se défend pas bien, il lui restera le regret de n'avoir pas pris la plume avant minuit le jour de son appauvrissement.

12. Première cause de dysfonctionnement : l'extension de la présomption à tous comptes. Pour justifier notre proposition de ne plus appliquer la clause, il faut trouver les raisons de son dysfonctionnement. L'une d'elles est son extension à des comptes qui, par nature, au contraire d'autres comptes, ne se prêtent pas à un règlement « au jour le jour ».

La clause actuelle n'était pas répandue dans les contrats bien antérieurs à 1976. Constatant probablement la multiplication des demandes de comptes entre époux vers les années 60, au vu de la jurisprudence, la pratique notariale a estimé devoir conseiller de régler anticipativement ces comptes, en s'inspirant du mode de règlement anticipatif des comptes liés aux charges du ménage. Mais la présomption de règlement proposée en 1978 porte principalement sur des comptes résultant de transferts ponctuels et parfois importants d'argent (prêts, avances, enrichissements non justifiés), et seulement accessoirement (« y compris ») sur ceux relatifs aux charges du mariage et au travail ménager ou social, moins fréquents à mesure que l'égalité professionnelle progressait. La technique de la présomption était bien connue, mais jusqu'alors limitée aux seules charges du ménage (pas du mariage).

Les contrats anciens³⁰ présumaient en effet « exécutées » au jour le jour les charges du ménage³¹. C'était une présomption d'exécution d'une obligation qui dispensait seulement par voie de conséquence d'établir et de régler des comptes à ce sujet. Elle protégeait les femmes qui devaient fournir des prestations matérielles et/ou une part de leur revenu, définie dans le contrat (art. 1537 ancien : 1/3, 1/4, forfait...) ou, plus tard, par la loi (art. 218 ancien)³². L'obligation

²⁸ Déjà en ce sens : A. SCHICKS et A. VANISTERBEECK, *Traité formulaire de la pratique notariale*, V/III, Louvain, Fonteyn, 1928, p. 507.

²⁹ Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – Comptes et créances entre époux – Aspects notariaux et judiciaires », *op. cit.*, p. 352.

³⁰ Et le contrat-type aussi, en son article 2.

³¹ Pour un exemple, voy. W. DELVA, *Het huwelijksvermogensstelsel van scheiding van goederen met gemeenschap van aanwinsten*, Louvain, Michiels, 1952, p. 190, citant Civ. Bruxelles, 24 mars 1926, *Pas.*, 1926, III, p. 52 : « Les charges du mariage seront supportées par moitié entre les futurs époux sans qu'ils soient astreints à aucun compte ni à retirer quittance de l'autre, chacun étant réputé avoir fourni sa part (W. Delva ajoute "contributive") jour par jour, et sans que dans aucun cas la femme puisse être tenue pour une somme supérieure à ses revenus. » Voy aussi la clause chez A. VANISTERBEECK, *Traité général de la séparation de biens contractuelle et judiciaire*, Bruxelles, Laurent, 1911 : « Chacun des époux sera réputé avoir fourni, au jour le jour, sa part contributive dans les charges du mariage, en sorte que les époux ne seront assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer aucune quittance l'un de l'autre » (pp. 116-117, n° 107 et p. 379 – article 3 de son contrat-type).

³² Pour plus de détails : F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, pp. 565-566, n° 2 ; J. RENAULD et P. STIÉNON, « Régimes matrimoniaux.

LA PRÉSUMPTION DE RÈGLEMENT DE COMPTES À DÉFAUT DE COMPTES ÉCRITS

ouvrait, comme aujourd'hui, une créance si elle n'était pas exécutée (par exemple oisiveté, refus de versement). Par la présomption, on évitait des discussions sur des charges qui n'étaient ou principalement pas financières ou pas importantes : celles qui devaient être assumées un jour ou un mois ne pouvaient plus être réclamées le lendemain ou le mois suivant. De là provient probablement la périodicité « journalière » dans la clause relative aux charges du mariage, et par extension dans la clause-type discutée ici³³. Cette présomption était évidemment réfragable³⁴.

Or cette logique d'exécution « au jour le jour » compatible avec un règlement présumé dès le lendemain n'est absolument pas transposable aux investissements ou transferts d'avoirs ponctuels ou importants (par exemple, achat d'immeuble au nom du conjoint). Ils ne sont pas récurrents ni surtout obligatoires. Ils n'ouvrent donc pas *toujours* une créance s'ils ne sont *pas* faits, mais, au contraire, *occasionnellement* et s'ils *sont* faits³⁵ ! Voilà probablement pourquoi les anciens contrats ne contenaient généralement pas de clause de présomption de règlement de « tout » compte, pourquoi les formulaires notariaux anciens n'en proposaient pas³⁶ et peut-être pourquoi les plus récents n'en proposent plus³⁷.

L'on était aussi peut-être plus attentifs à la suspension de la prescription entre époux (art. 2253), une règle de *non-extinction* de créances bien adaptée aux transferts ponctuels, mais non à l'inexécution des charges du mariage. Nous doutons que la clause de présomption de règlement de tous comptes soit conforme à cette règle³⁸. Certains l'affirment parce qu'elle concerne la preuve et non le fond³⁹. Nous ne partageons pas cet avis en raison de l'impossibilité en

1^{re} partie (Code Napoléon) », *Rép. not.*, t. V, l. I, 1976, n° 1649 ; A. VANISTERBEECK, *Traité général de la séparation de biens contractuelle et judiciaire*, Bruxelles, Laurent, 1911, p. 395.

³³ Ch. SIMON, « Contribution aux charges du mariage et clauses y relatives », *op. cit.*, p. 50-51. Aux origines, l'écoulement du temps était jugé suffisant pour présumer cette exécution, sans nécessité d'une clause : « *een zekere tijdsperiode* » – W. DELVA, *Het huwelijksvermogensstelsel van scheiding van goederen met gemeenschap van aanwinsten*, *op. cit.*, p. 119, n° 65

³⁴ J. RENAULD et P. STIÉNON, « Régimes matrimoniaux. 1^{re} partie (Code Napoléon) », *op. cit.*, n° 1649, n° 1658. Dans le même sens et pour une analyse approfondie de cet aspect : J. GOEMAERE, « Les comptes entre époux : les clauses de présomptions », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 2000, pp. 41 et s.

³⁵ Voy. G. BAETEMAN, J. GERLO, W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, A. MAELFAIT, et J.-L. SNYERS, « Overzicht van rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht 1996-2002 », *T.P.R.*, 2003, p. 1762, n° 360, pour qui la clause de présomption concerne « principalement la participation aux charges du mariage, ce qui ne signifie pas que la preuve d'un enrichissement sans cause serait exclue pour des opérations ponctuelles, comme l'achat d'un logement ».

³⁶ A. SCHICKS et A. VANISTERBEECK, *Traité formulaire de la pratique notariale*, *op. cit.*, p. 507.

³⁷ C. DE WULF, J. BAEL, et S. DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogensrecht*, *op. cit.*, p. 970.

³⁸ Peu d'auteurs y font allusion. Voy. toutefois : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 332, n° 257 (les règles de prescription sont impératives). Plus spécifiquement sur la *suspension* : Ch. SIMON, « Prêt d'argent et reconnaissance de dette », in *Les contrats entre époux*, J.-L. JEGHERS (éd.), Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 290-294 et « Contribution aux charges du mariage et clauses y relatives », in *Les contrats de mariage*, *op. cit.*, p. 50.

³⁹ E. BEGUIN, « La séparation de biens avec partage annuel des économies », *op. cit.*, p. 77. Cet argument n'est pas pertinent, selon nous. La clause a une portée telle en fait qu'elle atteint le fond du droit (manque ou déperdition des preuves). En outre, « *idem est non esse aut non probari* ».

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

droit d'exiger une preuve écrite de non-règlement en toute hypothèse et de l'irréfragabilité de fait liée à l'exigence d'écrit (*infra*, n° 18).

Il est vrai que la jurisprudence, pour des raisons d'équité, a étendu l'obligation de contribution aux charges du mariage à certains investissements financiers, notamment l'achat du logement familial indivis, pour empêcher des révocations de donations⁴⁰. Cette extension a pu servir à bloquer des demandes de restitution en opposant la clause de présomption d'exécution des charges du mariage à des révocations de prétendues donations ou à des actions *de in rem verso*.

Mais toutes les demandes de restitutions n'entraient pas dans l'orbite des charges du mariage, qui n'étaient pas extensives à l'infini (par exemple, investissement de propre à propre). Or elles augmentaient aussi, à mesure que les divorces se multipliaient⁴¹ et que les deux époux participaient à la constitution du patrimoine conjugal⁴². À cela s'ajoutèrent de nouveaux contentieux dans les familles recomposées justifiant le rétablissement de transferts de patrimoine entre familles. La clause-type a donc voulu couvrir tous ces comptes possibles.

Le problème est que la technique de la présomption est demeurée. Comme on l'a vu, seule une source des comptes visés par la clause (les charges du mariage et le travail ménager ou social⁴³) peut techniquement être tarie par une *présomption* (réfragable) d'exécution journalière. Au contraire, les transferts de richesses ou les investissements non récurrents, parce qu'ils sont eux-mêmes causes de créances, ne peuvent techniquement pas être couverts par une présomption d'exécution (positive). Ils peuvent par contre être frappés d'une présomption de règlement de comptes, mais rien ne justifie qu'elle soit journalière.

En ce qui concerne les charges du mariage, la clause actuelle est de ce fait devenue une présomption de *règlement de comptes*⁴⁴ et n'a pas été adaptée à la nouvelle impérativité de l'obligation. Même réfragable, elle ne présente aucune⁴⁵ utilité pratique en cas de contestation sérieuse de leur (in)exécution⁴⁶.

⁴⁰ Cass., 22 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 914, *R.C.J.B.*, 1978, p. 127, note C. RENARD, *R.W.*, 1976-1977, p. 993, note H. CASMAN, *J.T.*, 1977, p. 98.

⁴¹ Déjà en ce sens, à propos des comptes de liquidation en séparation de biens : G. BAUDRY-LACANTINERIE ET J. COURTOIS, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de mariage ou des régimes matrimoniaux*, III, Paris, 1906, p. 132, n° 1535.

⁴² Sur l'incidence de l'indépendance financière de la femme sur la contribution aux charges du mariage et les créances de ce chef : F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 573, note 37.

⁴³ Au contraire de la *collaboration professionnelle* qui donne matière à compte ou à répartition des produits de l'activité professionnelle. Voy. not. Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 968 ; N. TORFS, « De met scheiding van goederen gehuwde meewerkende echtgenoot : veroordeeld tot gratis werk », *R.G.D.C.*, 2006, p. 270.

⁴⁴ L'exécution est présumée par l'article 2 du contrat type.

⁴⁵ Le contrat impose à l'époux qui revendique une créance de prouver l'inexécution (suffisante) par l'autre des charges du mariage ; en raison du devoir de collaboration des époux à l'administration de la preuve, cette preuve, négative, doit être facilitée par le débiteur s'il détient des éléments probants, ce qui sera généralement le cas (par exemple, conjoint au foyer en reproche de sous-contribution).

⁴⁶ H. CASMAN, « Notariële creativiteit », in *Zekerheid voor de toekomst. Verslagboek Notarieel Congres 2009*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 66 ; Y.-H. LELEU, « Régimes matrimoniaux. Examen de jurisprudence (1997 à

13. Seconde cause de dysfonctionnement : l'exigence d'écrit en toute hypothèse. Bien qu'elle ne fasse pas de distinction, la clause ne peut pas non plus être interprétée comme s'appliquant à *toutes* les hypothèses où un compte entre époux est *établi*. Cela impliquerait que les époux auraient voulu (en connaissance de cause) prouver le non-paiement des créances (un fait négatif) toujours par un écrit daté du jour de naissance de la créance.

Si l'époux demandeur de compte a la *preuve écrite* de sa créance (par exemple, prêt, reconnaissance de dette), le débiteur doit prouver le paiement. Dans ce cas, très rare⁴⁷, l'écrit prouve la créance *et* l'absence de règlement. Il renverse donc la présomption. On pourrait même soutenir, dans une interprétation littérale de la clause, qu'elle ne *s'applique pas* parce que l'écrit serait une *condition* de son application (« À défaut de comptes écrits... »). La présomption est également inutile si l'écrit, cas exceptionnel, prouve et la créance et son paiement.

Si par contre l'époux demandeur de compte n'a *pas de preuve écrite* de sa créance, mais prouve autrement celle-ci (par exemple, investissement sans cause), on ne peut raisonnablement pas interpréter la clause dans le sens où il serait présumé avoir renoncé au paiement de sa créance (qu'il ignorait peut-être) sauf à produire un écrit (du même jour) prouvant le « non-règlement ». Dans cette situation de carence d'écrit, le créancier ne peut être tenu de livrer la preuve négative écrite du non-paiement de son débiteur⁴⁸.

Seule l'interprétation qui précède, qui implique que la présomption est renversée en cas d'écrit et inapplicable en situation de carence d'écrit, est conforme au vécu des couples et à leur volonté commune présumée, en présence de la clause-type sans autre précision ni modalité. Comme l'exprime M. Renchon, entre époux séparés de biens, l'absence d'écrit « correspond souvent à l'absence d'une réelle pensée et d'une véritable volonté »⁴⁹. Elle n'implique pas une volonté certaine de solder tous comptes, ce d'autant qu'une renonciation ne se présume pas et ne peut se déduire que de faits ou d'attitudes totalement exemptes d'équivoque⁵⁰. Sans écrit, il n'y a pas de volonté juridique du tout,

2005) », R.C.J.B., 2007, p. 157, n° 120 et « Les régimes séparatistes », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 260, n° 94 ; 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*, *op. cit.*, p. 82 et s.

⁴⁷ Par exemple prêt entre époux (épouse vers mari) et reconnaissance de dette (mari vers épouse) : Liège, 16 décembre 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 968.

⁴⁸ Proclame la clause réfragable sans exiger de preuve contraire écrite malgré sa formulation : Liège, 16 janvier 2002, R.G.D.C., 2004, 324, spéc. p. 325. Voy. N. GEELHAND DE MERXEM, « Vereffeningbedingen – contractuele vrijheid – art. 1387 B.W. », *Rapport au Comité d'études et de législation*, Dossier n° 6354, n° 47, à propos des clauses de présomption de règlement des récompenses en régime communautaire.

⁴⁹ 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*, *op. cit.*, p. 58. Comp. toutefois, du même auteur, plus restrictif quant à l'exigence d'un écrit de non-règlement : « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, *op. cit.*, p. 450. Dans le même sens : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », *op. cit.*, pp. 210-211.

⁵⁰ À propos de la clause de présomption de règlement de comptes : F. DEGUEL, note sous Mons, 8 juin 2010, p. 358, n° 2 et les nombreuses références citées.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

et l'on ne peut conclure avec certitude qu'ayant déjà omis de rédiger un écrit lors d'un transfert ou d'une confusion d'avoirs, les époux opéraient consciemment dans le cadre de leur convention de règlement journalier de compte. Cette réalité doit nourrir l'interprétation de la clause.

14. Conclusion de l'analyse technique. De ce qui précède, il résulte que la présomption est ou renversée ou inapplicable, de par sa conception inadaptée à des comptes qui ne s'y prêtent pas par nature. Toute créance prouvée par écrit porte la preuve de l'absence de paiement, sauf preuve contraire à fournir par le débiteur. Toute créance prouvée autrement demeure ouverte tant que le débiteur ne prouve pas le paiement, malgré la présomption de règlement, car, en situation de carence d'écrit d'établissement, il est absurde d'exiger un écrit de non-règlement.

Section 2

Applications jurisprudentielles**§ 1. Les présomptions réfragables d'exécution des charges du ménage**

15. La clause originelle. Comme on l'a dit, dans les anciens contrats de mariage, au vu de la jurisprudence ancienne, une clause de présomption visait seulement les charges du ménage.

La jurisprudence considérait en outre, sans exception, que cette présomption était susceptible de preuve contraire même lorsqu'elle mentionnait expressément qu'aucun compte ne devait être fait⁵¹.

16. Extension des charges du mariage à clause constante. Le domaine de la clause a varié d'abord sous l'effet de l'extension jurisprudentielle de l'obligation de contribution aux charges du mariage.

Les contestations déférées aux juges concernaient rarement les charges quotidiennes – des reproches d'oisiveté au foyer –, mais le financement d'immeubles ou des investissements en argent dans des immeubles, en particulier le logement des époux. Le thème était fort débattu avant l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1976 pour contrer les demandes de maris ayant financé seuls ce logement.

Comme les anciens contrats ne contenaient pas de présomption de comptes autres que ceux liés aux charges du mariage, la jurisprudence a étendu ces charges pour éteindre ces comptes en équité. Ce phénomène est marquant dans

⁵¹ Voy. not. Civ. Bruxelles, 18 juin 1964, *Pas.*, 1965, III, p. 135, *R.C.J.B.*, 1971, p. 193, note G. BAETEMAN ; Civ. Bruxelles, 29 mai 1957, *Rev. prat. not.*, 1959, p. 65.

LA PRÉSOMPTION DE RÈGLEMENT DE COMPTES À DÉFAUT DE COMPTES ÉCRITS

un jugement du Tribunal de Bruxelles, qui a décidé que la dispense de rendre compte en vertu de la présomption ne se limitait pas aux « charges du ménage », mais s'étendait aux « charges du mariage », qui comprennent notamment les amortissements hypothécaires⁵². Ce raisonnement a permis de partager le prix de vente d'un immeuble indivis financé plus par le mari que par sa femme.

On a pu inversement reconnaître une créance de remboursement, fondée sur l'enrichissement sans cause, à un mari qui avait payé une dette de sa femme par des fonds propres au motif que ce n'était *pas* une charge du mariage. On lui a refusé, dans le même temps, le remboursement du paiement de dépenses liées au logement pour le motif inverse et l'équilibre avec les prestations de madame, que la clause présumait exécutées⁵³.

De même, un mari a pu se faire rembourser les impôts fonciers et des soldes de prix d'achat payés par lui pour des immeubles de son épouse, mais pas des frais d'entretien et de réparation de ceux-ci, étant des charges du mariage en équilibre avec celles présumées exécutées par sa femme⁵⁴.

Par contre, la Cour d'appel d'Anvers⁵⁵ déboute un mari qui essayait de récupérer des investissements de financement et d'entretien d'un bien indivis dont on ignore si c'était le logement familial. Il n'arrivait pas à les prouver, et même s'il y était parvenu, la cour a estimé que ces frais sont des charges du mariage et les « paiements [...] considérés comme décomptés journallement entre les époux ».

Et *a contrario*, parce qu'une clause ne dispense de compte que pour les « charges du mariage » (visant les mots « à ce sujet »), des remboursements ont pu être accordés au mari *solvens* pour des investissements dans des immeubles propres de sa femme, y compris le logement familial⁵⁶. La clause ancienne commençait à montrer ses limites : elle ne s'appliquait qu'aux vraies charges du mariage, et à défaut de pouvoir y inclure une autre dépense dont on réclame restitution, cette dépense pouvait fonder une action *de in rem verso*.

§ 2. Les présomptions de règlement de tous comptes

17. Extension de la clause. Après 1976, date de la réforme des régimes matrimoniaux et proche de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1976, les cours et tribunaux ont presque tous adhéré à la thèse selon laquelle les charges du mariage comprenaient le financement de l'immeuble indivis au départ des revenus⁵⁷. Cela a donné à la clause originelle un fort pouvoir extinctif.

⁵² Civ. Bruxelles, 18 juin 1964, précité.

⁵³ Civ. Bruxelles, 29 mai 1957, précité.

⁵⁴ Bruxelles, 16 décembre 1959, *J.T.*, 1960, p. 170.

⁵⁵ Anvers, 26 octobre 1988, *Rev. not. belge*, 1989, p. 481.

⁵⁶ Bruxelles, 12 novembre 1962, *Pas.*, 1964, II, p. 39.

⁵⁷ Tous les auteurs ne partagent pas cette position : G. BAETEMAN, note précitée, p. 212 ; J.-L. RENCHON, « Les comptes entre époux séparés de biens relatifs à leurs immeubles indivis et propres », in *La liquidation des*

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

Mais cela n'a pas tari les demandes des époux *solvens* à propos d'*autres investissements* que dans le logement indivis ou avec d'*autres fonds* que les revenus. Ici réside, selon nous, la raison de la modification de la clause.

Très curieusement, la jurisprudence sur la clause-type postérieure à sa promotion dès 1980 est rare. Nous n'y voyons rien de positif, mais un signe de nombreuses applications « amiables » d'une clause déficiente.

18. Applications strictes. Irréfragabilité de fait et de droit. Si tous les cours et tribunaux déclarèrent formellement ou implicitement la présomption réfragable⁵⁸, certaines décisions lui donnèrent le pouvoir d'éteindre toute restitution à défaut d'écrit de non-règlement.

Ainsi, à Anvers⁵⁹, le mari soutient avoir payé d'importantes sommes pour l'achat d'un immeuble de son épouse. Il ne récupère rien. 1. Il ne peut prouver une créance écrite de type prêt ou avance. 2. La cour énonce qu'il pourrait « en principe » se prévaloir de l'enrichissement sans cause en raison de sa subsidiarité et que la vérification de celui-ci se fait par tous moyens, en vertu de l'article 1348 du Code civil. 3. Elle *refuse d'examiner les conditions de cette action* en raison de la clause, car le mari ne fournit pas d'écrit qui renverse la présomption.

Quand bien même la cour reconnaît la nécessité d'un mode de preuve subsidiaire par tous moyens si aucune preuve écrite n'« établit » la créance, elle estime, dans cette situation de carence d'écrit, que la clause éteint tout compte à défaut de preuve écrite de non-règlement.

Elle se perd dans l'impasse repérée ci-dessus (*supra*, n° 13). Cet arrêt avait été critiqué pour la portée qu'il donne à la présomption, celle d'exclure la preuve par tous moyens, alors que la majorité des contrats contient à la fois une présomption de compte et une autorisation de preuve par tous moyens entre époux⁶⁰. Moins motivé que l'arrêt de Mons du 8 juin 2010 (*infra*, n° 20), celui d'Anvers aboutit au même résultat, en contrariété avec la subsidiarité de l'enrichissement sans cause. Il interdit « à la source » l'établissement de tout compte,

régimes de séparation de biens, op. cit., p. 74-78 ; F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 586, n° 15.2.

⁵⁸ La Cour d'appel d'Anvers reconnaît implicitement le caractère irréfragable de la clause (Anvers, 10 novembre 2003, *R.A.B.G.*, 2005, p. 726). La Cour d'appel de Liège admettait explicitement la preuve contraire de la présomption (Liège, 16 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 325, note N. TORFS, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1744). Dans le même sens : Civ. Bruges, 14 février 1995, *T. Not.*, 1995, p. 411. *Adde* : Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence sur les régimes matrimoniaux (1982-1996) », *R.C.J.B.*, 1998, p. 332, n° 179. En doctrine : J. RENAULD et P. STIÉNON, « Régimes matrimoniaux. 1^{re} partie (Code Napoléon) », *op. cit.*, n° 1658, p. 551.

⁵⁹ Anvers, 22 décembre 1997, *T. Not.*, 1999, p. 390.

⁶⁰ Article 4 du contrat-type. En ce sens : G. BAETEMAN, J. GERLO, W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH, A. MAELFAIT, et J.-L. SNYERS, « Overzicht van rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht 1996-2002 », *T.P.R.*, 2003, p. 1762, n° 360.

au seul motif que la clause existe et que l'écrit fait défaut. Or la clause ne vise que le *règlement des comptes*. Les époux étaient-ils conscients de cela ?

Dans un autre arrêt, la Cour d'appel d'Anvers⁶¹, après celle de Liège⁶², s'est penchée sur les *achats en indivision* censés régler des (tous ?) comptes préexistants (al. 6 de la clause-type). Elle a répondu à un mari qui avait financé entièrement le logement familial acheté 90/10 au profit de son épouse (à Liège : 50/50), et qui voulait révoquer une donation, que celle-ci n'était pas prouvée et que cet achat au profit de son épouse était censé fait en règlement des comptes. Elle ajoute qu'un tel « règlement » exclut « la qualification en donation »⁶³. Par ailleurs, la Cour d'Anvers rejette l'argument du mari selon lequel le paiement de 90 % serait une sur-contribution aux charges du mariage lui ouvrant une créance, considérant que la clause présume réglés tous comptes au titre des charges du mariage⁶⁴. Enfin, elle considère implicitement, mais à tort, la clause irréfragable, en posant que n'est réfragable, selon le contrat, que la présomption de *propriété* avec laquelle le mari confondait la clause de présomption de comptes.

Bien que ces deux arrêts soient critiquables pour avoir bloqué une restitution par une application littérale de la clause, au lieu de rechercher *in concreto* la cause de l'enrichissement de l'épouse, on peut ne pas s'offusquer de l'idée qu'un achat indivis en parts inégales (90/10), plus qu'un achat en indivision paritaire (50/50), puisse porter une *volonté* de régler un compte. Cette démarche témoigne en effet d'une réflexion préalable (*supra*, n° 10). Mais cet appel à la volonté des époux au moment du transfert doit être bien distingué de l'appel, critiquable, à leur volonté exprimée *in abstracto* par la clause le jour du contrat de mariage.

19. Applications souples. Admission de l'enrichissement sans cause.

Le comportement des époux *et* les clauses de présomption de comptes sont invoqués par la Cour d'appel de Liège⁶⁵ pour décider que les époux *peuvent* prouver leurs créances par tous moyens, sur la base d'une impossibilité morale de prouver par écrit (art. 1348). Cette impossibilité – assez rarement reconnue⁶⁶ – est déduite d'un ensemble de facteurs que sont les présomptions de compte,

⁶¹ Anvers, 10 novembre 2003, R.A.B.G., 2005, p. 726.

⁶² Liège, 12 décembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 540.

⁶³ Cette considération est critiquable et exagère la portée de la clause : elle exclurait *au fond* l'intention libérale, alors que sa fonction n'est que probatoire. Voy., excluant l'application de l'enrichissement sans cause par la prétendue renonciation contenue dans la clause : Mons, 8 juin 2010, commenté *infra*, n° 20. *Contra* : E. BEGUIN, « La séparation de biens avec partage annuel des économies », *op. cit.*, p. 77, note 21 : une présomption irréfragable entraînerait des transferts de patrimoine qui pourraient être qualifiés de donations, irrévocables, donc contraires à l'article 1096. Nous en doutons, à défaut de preuve d'*animus donandi* déduite de la seule existence de la clause.

⁶⁴ Il n'est pas précisé si la clause portait « y compris ceux relatifs aux charges du mariage », mais on peut le supposer.

⁶⁵ Liège, 22 septembre 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 515, note F. TAINMONT.

⁶⁶ F. TAINMONT, note précitée, p. 525 et les références citées notes 6 et 7.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

la dispense d'inventaire, les dérogations à l'article 1468 du Code civil, le comportement des époux qui n'ont jamais rédigé de comptes écrits et l'absence de tout écrit apporté à preuve d'une créance dans le débat judiciaire. Cela permet à la cour de reconnaître une créance sur la base de l'enrichissement sans cause au profit de l'épouse qui a remboursé le capital du prêt d'acquisition du logement au nom du mari au départ du compte indivis et de donations familiales.

L'intérêt de cet arrêt est de considérer implicitement, mais, selon nous, certainement, qu'une créance ainsi *établie* n'est pas présumée *réglée* par ladite présomption, et donc demeure ouverte. La cour semble ainsi très justement inverser la portée de la clause, comme il se doit en situation de carence d'écrit. Sinon elle exclurait la subsidiarité de l'enrichissement sans cause, comme la Cour d'appel de Mons (*infra*, n° 20). Le raisonnement apparaît paradoxal, mais est rempli de pragmatisme, sans erreur de droit : une clause de règlement de comptes qui *impose* l'écrit est interprétée en combinaison avec d'autres clauses et le comportement des parties pour justifier la *dispense* d'écrit...

Peu avant, la Cour d'appel de Liège⁶⁷ interprétait la clause en arbitrant deux prétentions à restitution différentes du mari : l'une pour investissement dans un immeuble personnel de sa femme et l'autre pour rénovation matérielle de cet immeuble⁶⁸. Cet arrêt déclare expressément *réfragable* la clause du contrat qu'opposait l'épouse : « elle doit s'interpréter en fonction (du droit commun de la preuve des créances), dans le sens où si les époux n'ont pas fait de comptes écrits, ils sont présumés avoir fait leurs comptes au jour le jour, avec possibilité de preuve contraire ». Elle estime toutefois que les époux auraient pu la rendre irréfragable, à tort selon nous. Elle laisse en l'espèce le mari apporter la preuve du transfert d'avoirs, par toutes voies s'agissant d'un fait, mais estime ses pièces insuffisantes et rouvre les débats. Elle conteste toutefois anticipativement que ces éventuels transferts seraient l'exécution de sa contribution aux charges du mariage, comme le soutenait l'épouse en lui opposant la clause de présomption de compte. Cet arrêt n'est pas décisif quant au moyen de renverser la présomption, car la preuve de la « créance » n'est pas rapportée. On peut toutefois supposer qu'elle aurait examiné les conditions d'une action sur la base de l'enrichissement sans cause, mode subsidiaire d'établissement d'une créance, dans une situation de carence d'écrit. Si elle avait adopté l'interprétation stricte pratiquée à Anvers, par exemple (*supra*, n° 18), elle aurait pu constater qu'à défaut de prouver par écrit sa créance, le mari ne prouvait certainement pas par écrit son non-règlement, et l'aurait débouté sans rouvrir les débats.

⁶⁷ Liège, 16 janvier 2002, R.G.D.C., 2004, p. 324, note N. TORFS.

⁶⁸ Voy. sur cette dernière problématique : C. GIMENNE, « L'indemnisation de l'industrie personnelle d'un époux déployée au profit d'un bien du patrimoine conjugal », *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 407 ; N. TORFS, « De met scheiding van goederen gehuwde meewerkende echtgenoot : veroordeeld tot gratis werk ? », R.G.D.C., 2006, p. 270. Rappr. dans le sens de l'assimilation de l'industrie personnelle à une mise à disposition de revenus : J.-L. RENCHON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens pure et simple », in *Liber amicorum Paul Delnoy, op. cit.*, p. 445, n° 3.

LA PRÉSOMPTION DE RÈGLEMENT DE COMPTES À DÉFAUT DE COMPTES ÉCRITS

La volonté des époux joue un autre rôle en rapport avec la clause, plus direct, toujours à Liège⁶⁹. La cour refuse au mari la restitution de sommes investies dans d'autres immeubles indivis que le logement familial, tandis que madame l'avait aidé dans le ménage et dans sa profession. Le raisonnement est en deux temps : 1. par l'investissement, l'époux concrétise une volonté de rendre indivises « ses » économies investies, notamment pour rémunérer une collaboration de son épouse ; 2. la clause présumant les charges du mariage acquittées au jour le jour sans qu'il y ait de comptes à faire est une cause de non-restitution d'un tel patrimoine mis en indivision (au contraire des capitaux familiaux reçus par donation). Bien qu'on ne dispose pas du contrat de mariage, on peut supposer que le compte est éteint par la présomption d'exécution des charges du mariage, et non par la clause-type de règlement des comptes entre époux. Cet arrêt présente néanmoins l'intérêt de montrer que les économies sur revenus en séparation de biens ne peuvent être en totalité des acquêts, sinon il n'y aurait plus de différences avec le régime de communauté. Certaines économies peuvent l'être, mais pas toutes, notamment celles servant à acquitter des dépenses qu'un juge décide, en raison et en équité, d'inclure dans les charges du mariage. La volonté est décisive et le concept plastique⁷⁰. Via l'article 221 et les clauses du contrat, le juge peut ainsi très largement communautariser le régime, tout en maintenant sa spécificité par rapport à la communauté légale.

20. Applications abusives. Une application radicale et contestable, à notre avis, de la clause de présomption de compte, même si elle est très sérieusement motivée, est faite par la Cour d'appel de Mons⁷¹. Dans la clause du contrat-type, la cour distingue la présomption de règlement au jour le jour de tout compte, et celle de règlement de compte par achat en indivision. Elle doit répondre au mari qui veut obtenir une créance pour avoir sur-contribué aux charges du mariage en achetant une maison (dont il n'est pas précisé le statut) et pour d'autres opérations financières. L'épouse oppose seulement la clause de règlement de comptes. La cour reçoit cette défense et rejette l'action *de in rem verso* du mari. Dans la ligne dure des arrêts d'Anvers, elle estime que le mari ne prouve pas sa créance par écrit, et qu'il ne prouve pas que sa femme a insuffisamment contribué aux charges du mariage.

Comme à Anvers, mais nettement plus prolixe, la cour reconnaît le caractère subsidiaire de l'enrichissement sans cause, et que l'action « dispense le créancier de produire un écrit », mais énonce dans le même temps que « pareille théorie ne peut cependant être invoquée en contradiction avec les termes du contrat

⁶⁹ Liège, 2 juin 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 1214.

⁷⁰ Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in *Le droit patrimonial sans préjugés, op. cit.*, p. 50, n° 11 et « Régimes matrimoniaux. Examen de jurisprudence (1997 à 2005) », *R.C.J.B.*, 2007, p. 157, n° 120. *Contra* : F. TAINMONT, « La portée juridique du devoir de contribution aux charges du mariage », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, pp. 585-586, n° 15.1.

⁷¹ Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 17, *Rev. not. belge*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, 747, note N. BAUGNIET.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

de mariage excluant tout compte à défaut d'écrit». Cette affirmation qui semble *exclure* l'action *de in rem verso* mène à l'impasse dénoncée ci-dessus. En situation de carence d'écrit, quasi générale chez les séparatistes, seul l'enrichissement sans cause permet de prouver les créances, et on ne peut raisonnablement prêter aux époux l'intention d'avoir exclu ce mode d'établissement de créances quand il est nécessaire, à savoir en l'absence d'écrit. La clause-type est dénaturée. C'est une présomption réfragable de *règlement* de compte, alors qu'à Mons et Anvers elle est invoquée pour interdire *l'établissement* d'un compte.

Accordons à la cour qu'elle n'ait pas voulu déclarer le demandeur irrecevable en son action subsidiaire, mais seulement le *débouter* au motif que l'enrichissement aurait eu une cause. Elle poursuit en effet : « à défaut d'écrit, le contrat de mariage, voulu par les parties, a prévu une renonciation à procéder à un nouveau décompte entre eux, ce qui crée une cause à un éventuel transfert de fonds entre les époux ». Ces motifs ne convainquent pas plus et dénaturent autant la clause en empêchant l'établissement du compte. Il est vrai que l'existence d'un *contrat* exclut en théorie l'action *de in rem verso*, subsidiaire, mais ce contrat ne peut être le *contrat de mariage*, sauf à prouver qu'il portait une volonté précise dans le sens d'une exclusion de toute restitution, à supposer celle-ci éclairée et licite (*infra*, n° 22)⁷². Quant à la volonté des époux émise dans la *clause* de règlement de compte, elle ne peut pas non plus emporter renonciation à tout décompte, car elle ne peut être présumée vu son ampleur et l'absence de définition de son domaine⁷³. Outre que cette volonté devrait avoir été particulièrement éclairée sur cette portée précise⁷⁴ et qu'elle heurte la règle de suspension de la prescription entre époux (*supra*, n° 12).

Différente est par contre la portée que l'on peut accorder à une volonté des époux qui aurait été exprimée *lors d'un transfert de valeurs*, donc après le contrat de mariage, par exemple lors d'une acquisition en indivision inégale. Elle pourrait être la cause d'un enrichissement. Autrement dit, cette volonté-cause doit contenir explicitement la recherche d'un résultat qu'on ne peut obtenir

⁷² En ce sens : N. BAUGNIET, note précitée, p. 754 ; B. CARTUYVELS et L. ROUSSEAU, « À la recherche d'un contrat harmonieux pour les comptes entre époux : quelques propositions de clauses », *op. cit.*, p. 60 ; F. DEGUEL, note précitée, pp. 358-359, n° 2 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p. 87, n° 8 ; A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Anvers, Maklu, 1991, n° 200, pp. 305-306 et « La séparation de biens », in « Régimes matrimoniaux. 3. Les régimes conventionnels. Le droit transitoire », Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (éd.), *Rép. not.*, t. V, I, II, p. 918, n° 1087 – cet auteur exclut l'enrichissement sans cause pour ce motif, mais prône les rétablissements de transferts injustifiés par l'application de bonne foi du contrat.

⁷³ En ce sens : F. DEGUEL, note précitée, p. 358, n° 2.

⁷⁴ Voy. H. CASMAN, « Hoe en wanneer wordt over vergoedingen afgerekend ? », note sous Gand, 24 avril 2003, *Not. Fisc. M.*, 2006, p. 141, n° 13, à propos des renoncations à établir un règlement des récompenses. Selon cet auteur, le juriste qui conseille les parties à un divorce par consentement mutuel doit établir le compte de récompenses avant de proposer d'y renoncer ; de même, celui qui conseille les parties au contrat de mariage doit informer celles-ci sur toutes causes possibles de créances avant de stipuler la clause de présomption de règlement de compte.

autrement que par l'enrichissement de l'autre époux⁷⁵, ou implicitement, mais certainement, une renonciation certaine à demander restitution⁷⁶.

§ 3. Les présomptions de règlement des récompenses en communauté

21. L'arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 2007. On ne saurait, dans cette analyse de jurisprudence, éluder le débat sur la comparaison des régimes quand les solutions diffèrent pour des problématiques semblables. La présomption de règlement de comptes est voisine de la présomption de règlement des récompenses en régime communautaire.

Le Tribunal de Liège a décidé qu'une présomption de règlement des récompenses avec dispense de compte pourrait rendre difficile, voire impossible, l'établissement de récompenses et aboutirait à exclure tout compte de récompense, alors que le régime des récompenses était inhérent à un régime matrimonial de communauté⁷⁷. Comme en séparation de biens, une telle clause peut être « très dangereuse pour les époux qui ne savent pas à quoi ils renoncent effectivement » et « entraîner une complète distorsion entre les patrimoines, sans offrir un recours aisé à l'époux lésé ». En l'espèce, le juge complète ce raisonnement par le constat, douteux, que la clause en l'espèce n'exclut pas tous les comptes de récompenses, mais organise des présomptions de règlement, et ne la déclare pas illicite.

Cette jurisprudence favorable aux présomptions non exclusives de tout compte de récompenses est confirmée et précisée par l'arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 2007⁷⁸. La Cour considère qu'une présomption de règlement au jour le jour des récompenses entre le patrimoine commun et les patrimoines propres ne peut pas être irréfragable, sous peine de violer le principe de cohérence du régime matrimonial (communautaire). Le rétablissement des équilibres entre les trois patrimoines est une caractéristique essentielle de ce régime. Par conséquent, selon la Cour, en régime communautaire, les époux peuvent modaliser la preuve des récompenses, c'est-à-dire l'établissement du compte, et même présumer le règlement de celles-ci au jour le jour, donc pendant le

⁷⁵ A. AYDOGAN, « Bedingen inzake de huwelijkse vergoedingen. Analyse van Cass. 17 september 2007 », *T.E.P.*, 2009, p. 147.

⁷⁶ Voy. Liège, 2 juin 2004, précité ; comp. Anvers, 10 novembre 1003, précité : achat 90/10 mais application de la présomption de règlement de comptes.

⁷⁷ Civ. Liège, 16 mai 1994, *J.T.*, 1995, p. 71 ; Gand, 24 avril 2003, *NjW*, 2004, p. 273, note K. BOONE, *Not. Fisc. M.*, 2006, p. 132, note H. CASMAN.

⁷⁸ Cass., 17 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1523, *Juristenkrant*, 2007, p. 1, *NjW*, 2007, p. 797, note G. DE MAESENEIRE, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562, somm., note et p. 1300, *R.W.*, 2007-2008, p. 534, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, *T. Fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE. Cet arrêt a été rendu après que l'affaire a été remise après un premier arrêt du 19 mars 2007 (Cass., 19 mars 2007, *Juristenkrant*, 2007, p. 1, *Pas.*, 2007, p. 555, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1256, somm. et 2008, p. 1307, abrégé, *R.W.*, 2007-2008, p. 533, note J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, *T. Not.*, 2009, p. 47).

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

mariage – à tort selon nous⁷⁹ –, mais ils ne peuvent pas rendre cette présomption irréfragable, de sorte que la preuve du *non-règlement* d'une récompense doit demeurer possible.

La Cour motive cette décision – au demeurant proche de l'évidence – d'une façon curieusement très générale, énonçant que les époux ne sont pas autorisés à exclure l'établissement de « comptes compensatoires » (« *verrekening* » dans la version néerlandaise de l'arrêt) à la dissolution du régime. Ce serait contraire au droit impératif des époux de requérir l'établissement de comptes compensatoires.

22. La portée de l'arrêt en régime séparatiste. L'extension de l'enseignement de cet arrêt (pas le dispositif) au régime de la séparation de biens est vivement débattue. Nous demeurons convaincus que la Cour de cassation a formulé des *dicta* qui peuvent régir des situations comparables de transferts de valeurs établissant des créances et dont on exclurait tout compte, en droit ou en fait. Telle est la situation d'époux séparés de biens dont le contrat porte la clause-type si on interprète celle-ci comme empêchant de prouver le *non-règlement* autrement que par écrit en toute hypothèse ou, comme à Mons, comme empêchant de prouver l'*existence* de la créance par l'enrichissement sans cause. Cette interprétation rend la présomption irréfragable sauf en cas d'écrit de non-règlement, dont on a montré qu'il est hypothétique ou serait absurde (*supra*, n° 13)⁸⁰.

Avec d'autres commentateurs de l'arrêt⁸¹, nous étendons la portée de son enseignement (pas le dispositif) aux régimes séparatistes, anticipant une réaction de la Cour qui pourrait s'en rapprocher si elle était saisie de l'interprétation de la clause-type. Plusieurs arguments militent en ce sens.

⁷⁹ Cela impliquerait que les récompenses soient exigibles pendant le régime matrimonial (dans le même sens, not. H. CASMAN, « Notariële creativiteit », *op. cit.*, p. 66 ; *contra* : J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, « Het beding waarbij de vergoedingsrekeningen worden geacht van dag tot dag te zijn opgesteld », in *Patrimonium 2007*, W. PINTENS et J. DU MONGH (éds), Anvers, Intersentia, 2007, p. 236). Si une telle présomption devait être considérée valable, comme l'indique l'arrêt de la Cour de cassation, elle aurait seulement pour effet qu'au jour de la liquidation, la charge de la preuve du compte de récompenses est intacte et que toutes les récompenses peuvent encore être prouvées (A. NOTTET, « Les conventions matrimoniales », in *Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), Vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 232, n° 74 ; K. BOONE, note sous l'arrêt commenté ; H. CASMAN, « Hoe en wanneer wordt over vergoedingen afgerekend », note sous Gand, 24 avril 2003, *Not. Fisc. M.*, 2006, p. 143, n° 18).

⁸⁰ Sur la pertinence de la pratique des époux en matière de (non-)constitution de preuves pour conclure à une irréfragabilité de fait et de droit : Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p. 85, n° 7 ; A. AYDOGAN, « Bedingen inzake de huwelijkse vergoedingen. Analyse van Cass. 17 september 2007 », *op. cit.*, p. 145.

⁸¹ F. DEGUEL, note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. belge*, 2011, p. 362, n° 5 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, pp. 83-84, n° 5 ; A. NOTTET, « Les conventions matrimoniales », *op. cit.*, p. 232, n° 74 ; motif pris de l'interdiction de faire disparaître durant le régime un compte entre époux ou une créance devant s'en dégager : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », *op. cit.*, p. 214 et « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium 2009*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds), Anvers, Intersentia, 2009, p. 217, n° 13.

LA PRÉSOMPTION DE RÈGLEMENT DE COMPTES À DÉFAUT DE COMPTES ÉCRITS

1° Des considérants importants de l'arrêt, surtout dans sa version originale en néerlandais, ne sont pas textuellement limités à la matière des récompenses en communauté. L'arrêt dit essentiels à la cohérence du régime communautaire, l'existence des trois patrimoines et les « *verrekeningen*/récompenses » entre ces patrimoines, compte tenu d'un droit impératif des époux aux « *verrekeningen*/comptes compensatoires ». Or l'arrêt attaqué et les moyens du pourvoi étaient circonscrits textuellement et juridiquement aux *vergoedingen*/récompenses, de même que l'arrêt interlocutoire du 19 mars 2007. La Cour aurait donc pu s'en tenir à la terminologie légale et se limiter au compte de récompense et aux relations entre patrimoines propres et patrimoine commun⁸². Elle ne l'a pas fait, certainement dans la langue d'origine, et a utilisé une terminologie générale, qui s'applique par exemple aussi au passif (titre *sub* art. 1439 C. civ.). La Cour tient à ce que le contrat maintienne un droit de principe à régler (*verrekenen*) les comptes entre les patrimoines des époux, et en l'espèce examine une des façons de les régler en communauté, le compte des récompenses, que l'on ne peut exclure totalement.

Surtout, la condition de cohérence du régime matrimonial est, depuis cet arrêt, une règle jurisprudentielle, qui était déjà reconnue de portée générale. Elle est maintenant fondée sur un texte légal, l'article 1390, non limité au régime légal. Un régime séparatiste ne peut pas non plus être incohérent.

Dans la problématique qui nous retient, il faut s'interroger s'il le serait si toute possibilité de règlement de comptes était exclue. Nous le pensons : s'il y a incohérence en communauté à empêcher les règlements de compte entre patrimoines propres et patrimoine commun (ou patrimoine commun interne en séparation de biens communautarisée...), il y a aussi incohérence en communauté à l'empêcher entre les deux patrimoines propres, et également, *a fortiori*, en séparation de biens entre les patrimoines personnels⁸³.

⁸² L'argument étymologique rapprochant « compensatoires » et « récompenses » pour contredire la généralité que nous prêtons aux termes de l'arrêt au départ notamment des mots « *verrekening* », « comptes » ou « compte compensatoire » ne convainc pas (argument développé par : Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium* 2009, *op. cit.*, p. 212, note 9). Ce rapprochement n'est pas possible entre *verrekening* et *vergoeding*. Dans la version néerlandaise, qui doit nous guider car la traduction est perfectible, le terme « *verrekening* » (règlement – voy. « *verrekening van de lasten* » *sub* art. 1439) vise les mouvements entre les patrimoines et est utilisé de manière constante. Or la version française recourt à trois vocables pour le traduire : « récompenses », « comptes », « comptes compensatoires ». Le texte de l'arrêt distingue *verrekening* et *vergoeding*, donc « compte (compensatoire) » et « récompense ». Dans le premier alinéa du considérant n° 3, l'arrêt prohibe les présomptions irréfragables de « *verrekening* » (terme général) tandis que dans le second alinéa, l'arrêt déclare contraire à l'essence du régime deux clauses différentes : l'interdiction de preuve contraire à ces présomptions (de *verrekening*) ou la stipulation qu'il n'y aura pas de « *vergoedingsrekeningen* ». Ce qui fait notamment soutenir, à juste titre, le non-attachement de la Cour au compte de récompenses en tant que tel, même en régime communautaire, mais l'importance du droit impératif au « *verrekening* » (*infra*, note 87).

⁸³ Ph. DE PAGE érige la possibilité de rétablissement des transferts au rang des *critères essentiels* d'un régime séparatiste (*infra*, note 93).

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

2° L'identité des problèmes justifie une solution identique par identité de motifs, la jurisprudence ne pouvant apporter des solutions différentes à des questions aussi semblables⁸⁴.

L'essentiel en régime communautaire, selon la Cour, n'est pas tant le règlement des récompenses, mais l'existence d'un mécanisme de rééquilibrage entre les patrimoines aux mêmes fonctions⁸⁵. La Cour pourrait donc être beaucoup moins attachée au mécanisme des récompenses qu'il y paraît, et certainement plus au droit impératif au règlement de comptes⁸⁶. On peut le déduire, outre des termes de l'arrêt, de son autorisation des présomptions réfragables de règlement, même au jour le jour, alors que les preuves se perdent peut-être encore plus en communauté qu'en séparation de biens⁸⁷. Par contre, l'absence d'un mécanisme de rétablissement des déséquilibres semble interdite par la Cour, qui dit le droit aux comptes impératif. La Cour devrait donc logiquement, pour les mêmes motifs, la condamner aussi en communauté pour les *créances* entre époux (art. 1450), puisque la protection de l'intégrité des patrimoines propres fut un apport important de la réforme de 1976⁸⁸. Elle devrait condamner de manière plus générale cette absence dans tout régime conventionnel où serait également essentielle la protection des patrimoines contre les échanges non voulus ni justifiés.

Or c'est le cas en séparation de biens, car la jurisprudence démontre que la portée expropriatrice des clauses de présomption de comptes est identique à celle fondant la décision de la Cour de cassation. L'auteur de la clause-type proposait d'ailleurs une clause semblable pour les récompenses et pour les comptes entre époux séparés de biens, et justifiait les deux par les mêmes motifs de simplification de la liquidation⁸⁹. Mais simplifier n'est pas spolier.

On opposerait vainement que le choix du régime séparatiste est un élément objectif justifiant une approche différente et plus sévère du droit à établir des

⁸⁴ Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium* 2009, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds), *op. cit.*, p. 217, n° 13.

⁸⁵ J. DU MONGH et Ch. DECLERCK, note précitée, p. 537.

⁸⁶ La formulation est positive, alors que la jurisprudence ancienne s'attachait à prohiber des clauses d'exclusion de compte de récompenses : N. GEELHAND DE MERXEM, « Vereffeningsbedingen – contractuele vrijheid – art. 1387 B.W. », *Rapport au Comité d'études et de législation*, Dossier n° 6354, n° 60. L'auteur relativise ce droit (voy. le n° 64) parce que les époux peuvent exclure certaines (causes de) récompenses.

⁸⁷ Suivent cette tendance : A. AYDOGAN, « Bedingen inzake de huwelijks vergoedingen. Analyse van Cass. 17 september 2007 », *op. cit.*, pp. 153-154 ; K. BOONE, « Bedingen inzake de vergoedingsrekeningen », *NjW*, 2006, p. 260, n° 27 ; N. GEELHAND DE MERXEM, « Vereffeningsbedingen – contractuele vrijheid – art. 1387 B.W. », *op. cit.*, nos 40 et 46 ; C. DELPIERRE-ROMAIN, « La suppression du compte de récompenses, validité et opportunité d'une telle clause », in *Les contrats de mariage*, *op. cit.*, p. 279 ; L. ROUSSEAU, « Les avantages matrimoniaux dans le régime de communauté », in *Le statut patrimonial du conjoint survivant*, Actes de la cinquième Journée d'études juridiques Jean Renauld, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éds), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 330.

⁸⁸ L. RAUCENT, « Régimes matrimoniaux. La réforme de 1976 », *Rép. not.*, t. V, I, II, p. 203, n° 7.

⁸⁹ M. GRÉGOIRE, « Formulaire commenté des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, formule n° 54 – elle stipule qu'aucun compte ne sera fait et, en ce sens, est *irréfragable*.

LA PRÉSOMPTION DE RÈGLEMENT DE COMPTES À DÉFAUT DE COMPTES ÉCRITS

comptes. Outre qu'il n'est pas toujours démontré que la volonté des époux est éclairée dans ce choix (*infra*, n^{os} 26 et 27), ce critère, objectif, entraîne des conséquences disproportionnées. Sans comptes, la séparation de biens pourrait devenir plus communautaire que la communauté universelle...

3° Enfin, la Cour évoque dans son *dispositif* l'article 1390 du Code civil, aux termes duquel le régime légal est le droit commun à défaut de convention particulière du contrat de mariage.

C'est l'article 1390 qui porte la condition de cohérence. Il impose aux époux d'avoir « un régime matrimonial » (n° 1). Toujours sans se limiter aux régimes en communauté ni même les évoquer expressément, la Cour poursuit : « Cela signifie qu'en vue de la protection des patrimoines des époux, le contrat de mariage ne peut contenir aucune disposition contraire aux caractéristiques essentielles du régime choisi. » Les termes clés de cette phrase très générale – et nettement séparée de l'application de ces principes en l'espèce, communautaire (n° 2) – peuvent incontestablement s'appliquer à la séparation de biens, un régime « choisi », qui doit être un véritable régime et fonctionner de manière cohérente.

On ne niera pas que la majorité de la doctrine prête à l'article 1390 la portée de soumettre au régime légal les époux sans contrat, et exclut son application aux régimes séparatistes⁹⁰. Cette interprétation nous paraît trop restrictive ou liée à l'histoire de cette disposition⁹¹.

Un premier indice de sa portabilité de principe en séparation de biens est que l'article 1390 ferait un double emploi avec l'article 1451, dernier alinéa, dont l'application est explicitement réservée aux communautés conventionnelles. Un second indice est que seul l'article 1390 peut expliquer que la séparation de biens, même pure et simple, est et doit être dissoute pour les mêmes causes que le régime légal (art. 1430 C. civ.)⁹².

L'arrêt du 17 novembre 2007 conforte à notre avis l'interprétation minoritaire selon laquelle l'article 1390 s'applique aussi en régime de séparation, même pure et simple, pour certaines problématiques. La Cour précise en effet qu'un « contrat de mariage » (peu importe son contenu) ne peut comporter de clauses contraires à la « protection des patrimoines » (qui est essentielle aussi en

⁹⁰ Notamment : Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, note sous Liège, 22 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 92, n° 4 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 53, n° 52 ; L. RAUCENT, « Régimes matrimoniaux. La réforme de 1976 », *op. cit.*, p. 447, n° 403. Implicitement : N. BAUGNIET, note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 755.

⁹¹ L'article 1390 doit avoir et a depuis l'arrêt du 17 septembre 2007 un sens ou une portée différents de simplement rappeler que les époux doivent avoir un régime matrimonial, le régime légal, parce qu'il fallait reléguer le régime dotal au rang de régime d'exception (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXI, Bruxelles, Bruylant, 1876, p. 177, n° 149).

⁹² H. CASMAN, « Ontbinding van het huwelijksstelsel van scheiding van goederen », in *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH, Ch. DECLERCK (éds), Anvers, Intersentia, 2009, p. 240, n° 10. Le fait que l'article 1468 renvoie à l'article 1399 ne justifie pas qu'il faille une disposition expresse pour rendre applicable, en séparation de biens, une disposition du régime légal ; le renvoi de l'article 1468 est une économie de moyens législatifs.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

séparation de biens)⁹³ et qu'une clause ne peut contrarier l'essence du régime « choisi » (choix pouvant être autre que communautaire). Et si plusieurs auteurs énoncent que l'article 1390 ne peut entraîner l'application du régime légal à un régime dont la *base* est séparatiste⁹⁴, d'autres admettent cette application *mutatis mutandis*, sauf si elle est contraire à l'*économie* du régime séparatiste⁹⁵. Les travaux préparatoires ne limitent pas l'application subsidiaire du régime légal aux régimes à *base* communautaire, tandis que la doctrine et la jurisprudence la tolèrent pour tout régime séparatiste communautarisé par une société d'acquêts, ou par une clause de participation⁹⁶. Nous ne voyons aucune raison de ne pas le faire pour tout aspect communautaire d'un régime purement séparatiste⁹⁷, tant que cela n'est pas contraire à l'*économie* de ce régime.

Cette dernière condition doctrinale de l'application du régime légal via l'article 1390 est passée inaperçue, mais, en l'absence de réel approfondissement de cette problématique – qui fera l'objet d'une prochaine contribution –, elle n'a pas moins de valeur juridique que la condition liée à la « base » du régime. Or *économie* et *base* du régime ne sont pas synonymes et peuvent diverger sur certains points.

La distinction de ces deux notions nous semble être la clé du domaine de l'article 1390, qui permet de l'ouvrir aux points de convergence entre les régimes, à ces problématiques qui les transcendent. L'*économie* d'un régime vise ses objectifs généraux et non ses caractéristiques techniques, et permet la réunion de ce que les époux ont voulu implicitement avec ce qu'ils ont voulu explicitement. En séparation de biens, la volonté séparatiste, qui justifie la non-association de l'un aux enrichissements de l'autre, peut et doit s'accommoder d'une volonté ou d'une préoccupation de ne pas s'appauvrir ni subir les effets de fraudes ; les époux ont voulu séparer patrimoines et gestion, mais non être « tiers » ou « étrangers » l'un par rapport à l'autre. Il est donc clair, par exemple,

⁹³ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 60, n° 56 (essentielle en séparation de biens est l'existence d'un mécanisme de rétablissement des transferts d'avoirs de l'un à l'autre époux).

⁹⁴ Par exemple, Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 53, n° 52.

⁹⁵ W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 543, n° 31. Un auteur a relevé cette opinion isolée et en déduit plusieurs transpositions possibles d'institutions du régime légal, que nous approuvons : N. GEELHAND, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, pp. 82-83, n° 90-91.

⁹⁶ En société d'acquêts : *Recel* : Mons, 23 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 83, deuxième colonne, *medio* (« Ceci implique, à tout le moins, que les biens stipulés communs par le contrat sont soumis, dans le silence ou en cas d'ambiguïté du contrat, aux règles du régime légal [...] »). *Récompenses* (sauf stipulation contraire du contrat) : Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, *op. cit.*, p. 338, n° 261. *Clauses de partage inégal et théorie des avantages matrimoniaux* : Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), Limal, Anthemis, 2011, p. 59, n° 36.

⁹⁷ H. CASMAN et R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht. Deel IV. Huwelijksstelsels, erfrecht, giften*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 228, n° 350, spéc. note 419 (récompenses) ; W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 543, n° 31 ; N. GEELHAND, « Rariteiten in successieplanning-land », *T.E.P.*, 2009, p. 82, n° 88-89 (mesures de crise des articles 1426 et suivants, *recel* et attribution préférentielle, plus généralement les articles 1426 à 1465 – n° 91, p. 83) ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p. 84, n° 5 et p. 88, n° 10 (principes du valorisme de l'article 1435).

que la sanction du *recel* n'est pas légalement applicable (art. 1448), mais qu'il est à notre avis très audacieux de soutenir que les époux n'ont pas voulu ou auraient exclu – par une convention particulière? – que soit sanctionné un comportement dissimulateur lors d'un partage. Plus qu'une volonté, c'est une évidence qui participe de l'économie du régime. L'*attribution préférentielle*, une autre institution que le choix d'un régime à base séparatiste ne justifie pas objectivement ou suffisamment d'exclure – c'est une exception au partage en nature et non à l'indépendance des patrimoines et de la gestion –, pourrait être rendue applicable par la Cour Constitutionnelle saisie d'une question préjudicielle critiquant l'inapplicabilité de l'article 1447 à un bien indivis⁹⁸. Un régime à base séparatiste peut donc appeler, quand on ne dispose pas de solution contractuelle ou dans les articles 1466 à 1469, des solutions empruntées au régime légal, le cas échéant adaptées à la base séparatiste du régime (*mutatis mutandis*⁹⁹), pour autant qu'elles ne contrarient pas son économie. Une séparation de biens n'est pas un cadre légitimant des appauvrissements ou des déloyautés. Le choix de la base séparatiste ne porte pas (nécessairement) sur l'exclusion d'institutions communautaires – le droit commun de tous les époux – qui ne contrarient pas l'économie du régime : une attribution préférentielle (ou un *recel*) ne se conçoit en séparation de biens qu'à propos d'un bien délibérément « mis en commun ». Et pour en revenir aux récompenses, elles diffèrent très peu des comptes entre époux, car le patrimoine commun n'est qu'un patrimoine affecté sans personnalité juridique, et une récompense rien d'autre qu'une créance dans les rapports internes.

Une certitude, pour terminer ces développements que nous laissons à un stade provisoire, est que le contrat de mariage n'est pas la « convention particulière » au sens de l'article 1390, qui exclurait l'application du régime légal, sinon l'article 1390 n'aurait plus de sens en séparation de biens... ni en communauté conventionnelle¹⁰⁰. La clause préconisant clairement que les actifs et les dettes seront personnels peut, par contre, être cette convention *dans* le contrat qui empêche de communautariser ce que les époux ont entendu séparer.

23. Conclusions. Au vu des interprétations jurisprudentielles de la portée des clauses de présomption de règlement de compte en séparation de biens, très disparates et parfois expropriatrices, nous pensons que si la Cour de cassation était saisie d'un pourvoi en contestation d'une interprétation radicale excluant tout compte, elle pourrait ou devrait se prononcer dans le même sens. La présence de mécanismes restaurant les transferts injustifiés entre patrimoines transcende les différents régimes matrimoniaux sans contrarier l'économie de la séparation de biens. Aucun régime matrimonial ne pourrait appauvrir un époux qui ne l'aurait pas voulu. Si cet objectif peut être réalisé par l'application par

⁹⁸ M.B., 27 avril 2012.

⁹⁹ W. DELVA, « De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen », *T.P.R.*, 1978, p. 543, n° 31.

¹⁰⁰ *Contra* : Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, « La réévaluation des créances en régime de séparation de biens », *Act. dr. fam.*, 2010, p. 93, n° 4.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

analogie de règles communautaires à un régime à base séparatiste, il faut se doter des moyens – des raisonnements – pour y parvenir. Dans la problématique des comptes qui nous retient spécifiquement, l'arrêt de la Cour de cassation pose les bases d'un principe général, dont l'application peut certes être modulée selon la base du régime choisi, mais qui condamne certainement tout équivalent fonctionnel d'une exclusion irréfugable du règlement des récompenses en communauté. À tout le moins, ce principe pourrait conduire les juridictions de fond à abandonner l'application littérale de la clause de présomption de comptes, qui est au demeurant techniquement très problématique et par conséquent autoriser contre sa lettre la preuve de toute créance, son règlement si elle n'est pas payée, voire sa réévaluation si les circonstances l'imposent.

Section 3

La clause écartée par le notaire liquidateur**24. Un refus de principe de l'opposition de la clause au créancier.**

Les analyses technique et jurisprudentielle qui précèdent invitent à une seule position notariale en liquidation : toujours autoriser la preuve contraire à la présomption de règlement par tous moyens ; ne l'interdire qu'en présence d'un écrit de règlement du compte¹⁰¹.

Le notaire liquidateur doit rejeter la défense qui consiste à simplement brandir la présomption de comptes pour barrer la demande d'un appauvri par le mariage, celui-ci ne disposant pas de l'écrit qui démontre que ses comptes ne sont *pas* réglés, l'enrichi se gardant bien de l'aider dans cette recherche d'équité¹⁰². Une telle attitude a récemment été dénoncée par M. Buysens sur un plan plus général : les parties, quatrième protagoniste de la liquidation-partage avec le juge, le notaire et l'avocat, doivent y collaborer sous peine de porter la responsabilité du défaut de le faire¹⁰³.

On précisera que l'époux demandeur n'est pas dispensé de prouver sa créance. De préférence il le fera par écrit (art. 1315 et 1341 C. civ.), car s'il produit un écrit, il établira à la fois la cause juridique de restitution et le non-règlement la créance. Comme dit ci-dessus, la clause de présomption de règlement de comptes ne s'applique pas quand le compte est *établi* par écrit (*supra*, n° 13).

Une autre possibilité pour le notaire liquidateur en son avis, comme l'a décidé la Cour d'appel de Liège (*supra*, n° 19), est de déduire du comportement des

¹⁰¹ F. DEGUEL, note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. belge*, 2011, p. 363, n° 7 ; Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium 2009*, *op. cit.*, p. 217, n° 12 et « La séparation de biens – Jurisprudences récentes », *op. cit.*, p. 215 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p. 90, n° 11.

¹⁰² Sur l'obligation des parties de collaborer à l'administration de la preuve : Ph. DE PAGE, « Les déclarations et revendications des parties – questions de preuve », in *Questions pratiques liées à la procédure de liquidation-partage judiciaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 103 et s.

¹⁰³ F. BUYSSENS, « Laten we onze verantwoordelijkheid opnemen [inzake de hervormde procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling] », *T. Fam.*, 2012, p. 54 (regrettant que la nouvelle loi relative à la liquidation-partage se soit insuffisamment préoccupée de ce facteur potentiel de blocage).

époux qu'ils n'ont jamais eu recours à l'écrit pour fixer leurs rapports patrimoniaux – le *quod plerumque fit* – et d'en déduire qu'ils ont renoncé à l'application de l'article 1341 du Code civil¹⁰⁴.

Ce raisonnement ne nous paraît pas nécessaire. La preuve d'un enrichissement sans cause, par tous moyens s'agissant de faits, est de droit, car ce quasi-contrat est l'« ultime recours »¹⁰⁵ de celui qui estime avoir trop ou injustement payé. Il serait absurde ou contraire à ce principe de subsidiarité de trouver la cause d'un transfert dans le contrat de mariage ou dans une volonté de renonciation générale à l'établissement de tout compte sauf par écrit (*supra*, n° 20).

25. Une présomption d'absence de volonté de régler les comptes. Si cette vaine défense est malgré tout tentée, le notaire pourra inviter l'époux créancier à prouver l'absence de volonté des époux de régler la créance durant le mariage¹⁰⁶, mais il ne pourrait exiger une preuve écrite¹⁰⁷, abusive et absurde en situation de carence d'écrit.

Puisqu'en droit commun, le débiteur doit prouver le paiement, il convient de considérer présumée cette *absence* de volonté de régler « au jour le jour » des comptes issus d'investissements ponctuels¹⁰⁸. À l'objection que l'on s'écarterait de la lettre de la clause, il peut être répondu que son application littérale conduit aux impasses dénoncées ci-avant, et que la présomption de volonté de non-règlement est corroborée par d'autres : 1. un compte établi est présumé ne pas être payé dès le lendemain ; 2. une volonté qui porte une renonciation ne peut être présumée ; 3. les époux ne sont pas présumés avoir incontestablement compris et voulu que cette conséquence se produise ; 4. les époux peuvent être présumés avoir oublié leur clause si du temps s'est écoulé durant le mariage.

Ainsi la clause traditionnelle est-elle manifestement impraticable¹⁰⁹ et doit être écartée au profit d'une preuve libre : un époux ne peut pas être empêché d'établir un compte, sauf si le compte *est déjà réglé*¹¹⁰.

¹⁰⁴ Dans le même sens : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », *op. cit.*, p. 206.

¹⁰⁵ J.-L. RENCHON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens », in *Liber amicorum Paul Delnoy, op. cit.*, p. 454.

¹⁰⁶ Comp. : Ph. DE PAGE, « La séparation des biens. Jurisprudences récentes », *op. cit.*, p. 214-215. Peut-on se contenter, comme le suggère l'auteur, de « soutenir », donc de d'affirmer, l'absence d'une volonté certaine entre époux d'arrêter ainsi au jour le jour les comptes ? Il serait audacieux d'admettre qu'une simple affirmation du créancier satisfait à l'exigence de l'écrit (encore que, l'écrit ou le compte écrit n'est jamais stipulé bilatéral – *supra*, n° 9).

¹⁰⁷ Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – Comptes et créances entre époux – Aspects notariaux et judiciaires », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, pp. 359-360.

¹⁰⁸ Diverses présomptions sont admissibles et convergentes.

¹⁰⁹ En ce sens : Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – Comptes et créances entre époux – Aspects notariaux et judiciaires », *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 358, n° 12. Après et en rapport avec l'arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 2007 : Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium 2009, op. cit.*, p. 217, n° 12 et « La séparation de biens – Jurisprudences récentes », *op. cit.*, p. 215 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p. 82, nos 4 et s., spéc. p. 90, n° 11.

¹¹⁰ Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium 2009, op. cit.*, p. 217, n° 12 et « La séparation de biens – Jurisprudences récentes », *op. cit.*, p. 215 ; F. DEGUEL,

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

On ajoutera que l'obligation d'exécution de bonne foi du contrat de séparation de biens s'opposerait à toute autre interprétation¹¹¹. Le potentiel spoliateur de la clause est sans justification ou disproportionné par rapport à son objectif de simplification de la liquidation.

Un écrit de règlement peut être rédigé à tout moment en séparation de biens, par exemple lors d'un investissement impliquant un appauvrissement dont l'appauvri, en connaissance de sa créance, accepte la non-restitution¹¹². Tout au plus pourrait-on trouver aussi cette preuve dans une stipulation de parts indivises différentes des apports respectifs, comme on l'a rencontré dans un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers, même si l'arrêt ne porte pas ce motif (*supra*, n° 18)¹¹³.

Section 4

La clause (dé)conseillée par le notaire rédacteur

26. Le conseil préalable. Comme une maison mitoyenne très ancienne qui se tient par habitude et grâce aux soutènements de voisines, la clause a perdu toute force en liquidation, elle n'est plus proposée dans les formulaires récents¹¹⁴, elle ne l'est pas chez nos voisins français dont les modèles de contrats sont bien plus détaillés¹¹⁵, mais elle subsiste dans la plupart des anciens contrats et est encore proposée sans attirer l'attention des clients sur les risques spécifiques liés à la clause, différents de ceux normalement communiqués en lien avec la séparation pure et simple¹¹⁶.

Or ceux-ci sont tellement graves qu'une information spéciale est requise, qui devrait figurer dans le contrat lui-même.

Mme Baugniat propose une clause d'information générale sur la séparation de biens et ses effets¹¹⁷, dont nous approuvons le principe.

Les futurs époux reconnaissent savoir que :

Le régime de séparation de biens n'organise ni répartition automatique de l'enrichissement de chacun des époux, ni système tel que celui des récompenses, deux mécanismes existants en régime légal de droit belge.

« Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. belge*, 2011, p. 363, n° 7.

¹¹¹ A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Anvers, Maklu, 1991, n° 200, pp. 305-306 et « La séparation de biens », *op. cit.*, p. 918, n° 1087.

¹¹² Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005), Régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2007, p. 160, n° 121 ; A. VERBEKE, « La séparation de biens pure et simple », *Rép. not.*, t. V, I. IV, p. 56, n° 1086.

¹¹³ N. BAUGNIAT, note sous Liège, 22 octobre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 377 et la note 10.

¹¹⁴ C. DE WULF, J. BAEL et S. DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogensrecht*, *op. cit.*, p. 970. Le contrat-modèle contient encore une présomption d'exécution au jour le jour des charges du mariage, judiciaire retour aux origines. Ces auteurs conseillent de régler les comptes lors des transferts de patrimoines, en particulier les acquisitions indivises, par reconnaissance de dette.

¹¹⁵ In *Jurisclasseur Notarial. Formulaire*, v° Séparation de biens, fasc. 35, I. Formule de base.

¹¹⁶ Sur l'usage « passif » de modèles : H. CASMAN, « Notariële creativiteit », *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁷ N. BAUGNIAT, « Les clauses d'un contrat de mariage de séparation de biens pure et simple relatives à la propriété et aux créances entre époux », in *L'autonomie de la volonté et les conventions entre époux et cohabitants*, Actes du colloque à Louvain-la-Neuve le 25 novembre 2011, p. 3 (de la contribution).

LA PRÉSOMPTION DE RÈGLEMENT DE COMPTES À DÉFAUT DE COMPTES ÉCRITS

Le régime de séparation de biens laisse aux époux beaucoup de libertés, mais nécessite, pour ne pas devenir inéquitable, une grande attention de leur part. Il doit en être ainsi dans de nombreux cas. Il est impossible d'en dresser une liste complète et les quelques exemples qui suivent n'en sont qu'une illustration : [...]

L'exposé de ces cas et des principes dont ils découlent ne vise qu'à éclairer les futurs signataires de cet acte et ne peut avoir pour effet de modifier les droits de ceux-ci tels qu'ils découlent ou découleraient de la loi, de son application doctrinale et jurisprudentielle, ou du présent contrat.

Les futurs époux déclarent avoir été avisés de l'intérêt d'un partage équitable des économies réalisées par chacun des époux en cours de mariage, spécialement en cas de disparité de revenus professionnels, pour tenir compte notamment d'une indemnisation du travail ménager et familial de l'un d'eux ou d'une perte de revenus professionnels nécessitée par la prise en charge dudit travail ménager et familial.

Nous proposerons toutefois une clause d'information optionnelle et beaucoup plus ciblée sur la preuve des créances, leur valorisation et l'enrichissement sans cause. La clause ci-dessus nous semble dédouaner le notaire qui n'aurait pas procédé à l'analyse des risques liés au contrat en fonction de la situation concrète des époux, aussi celle future dans la mesure du possible. Le notaire doit en effet non seulement expliquer les risques du non-régime de la séparation de biens et la possibilité et les avantages des correctifs usuels, mais surtout conseiller le bon correctif, le cas échéant, et l'adapter à la situation concrète des époux. Quant aux conseils de « grande attention » ou de conservation de preuves, on sait qu'ils restent souvent lettre morte. Et si la clause ci-dessus n'est pas réellement expliquée dans ses (très nombreux) détails, elle pourrait aggraver la situation du conjoint lésé, mieux informé qu'un autre sur le dommage subi et lié à l'exécution du contrat.

Selon nous, en présence de clauses controversées comme la présomption de compte, les notaires ou conseils rédacteurs doivent faire preuve d'une « créativité responsable », c'est-à-dire tenter de répondre aux demandes des parties, donc leur proposer la clause qu'ils souhaitent, si elle offre une sécurité juridique suffisante, et si le degré d'insécurité a été très clairement défini et communiqué aux parties, compte tenu de toutes les positions jurisprudentielles et doctrinales en présence au jour du contrat¹¹⁸.

En ce qui concerne la clause de règlement de compte, une telle analyse de risque révélera selon nous un degré maximal de contestations ou de non-

¹¹⁸ N. GEELHAND de MERXEM, « Huwelijksvoordelen : geen verboden erfovereenkomst en nog adviseerbaar », in *Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 6*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 62-64 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », *op. cit.*, p. 125, n° 47 et s. ; A. VERBEKE, « Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het familiaal vermogensrecht », *R.W.*, 2011, pp. 1657 et s.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

application, totalement contraire à l'objectif de simplification de la liquidation.

- Si l'objectif recherché par les parties est la *simplification de la liquidation*, le notaire doit, selon nous, s'abstenir, car il n'offre aucune garantie que la clause sera appliquée.
- Si les parties lui confirment, de manière convaincante à ses yeux, qu'elles sont en mesure de *respecter les contraintes de la clause*, notamment se préconstituer des écrits, il peut la conseiller en se ménageant une preuve de ces précisions données par les parties¹¹⁹.
- Si les parties souhaitent une *présomption irréfragable*, voire une *suppression de tout compte* sauf preuve écrite contraire, elles sont libres de le faire après une information qui doit exposer les positions doctrinales contraires auxquelles nous nous rallions, et tant que la Cour de cassation ne l'interdit pas comme en communauté.
- Si leur objectif est de *transmettre des biens* par ce canal, le notaire doit les avertir que cette solution n'est pas optimale et pourrait frayer dans les eaux des donations (révocables ?), alors que la stipulation d'avantages matrimoniaux est possible aussi en séparation de biens, à tout le moins bien moins controversée¹²⁰.
- Le notaire peut enfin conseiller des clauses de présomption *plus précises* que la clause-type, remplaçant par exemple les comptes journaliers, si artificiels, par des *comptes annuels* (*supra*, n° 11). Elles existent depuis très longtemps grâce à la doctrine et sont compatibles avec la suspension de la prescription entre époux (*supra*, n° 12).

27. Une clause ou pas? Clause ouverte et contrats existants. Notre proposition finale sera d'ouvrir le plus largement possible le droit à l'établissement de comptes entre époux séparés de biens, un droit fondamental. Il faut que la séparation de biens pure et simple conserve un semblant d'âme et ne soit pas plus communautaire que la communauté. Il sera alors bien plus acceptable qu'elle ne le soit pas autant par choix éclairé.

Dans la ligne de ce qui précède, nous devrions donc conseiller de ne plus rien stipuler à propos des comptes et créances, comme dans les anciens contrats de mariage, et ceux proposés par nos collègues néerlandophones. Mais l'on manquerait peut-être de pédagogie, ou d'une occasion d'en fixer le *régime*, notamment pour les évaluations.

La clause-type est évidemment exclue. Elle donne l'illusion que des déplacements de richesses seraient définitifs, alors qu'elle a perdu toute force, à nos yeux.

¹¹⁹ Pour une analyse approfondie de la responsabilité notariale en présence de controverses, notamment les preuves écrites de conseils fournis : F. BUYSENS, « De beroepsaansprakelijkheid van de notaris en de draagwijdte van zijn informatieplicht », note sous Bruxelles, 16 décembre 2008, *T. Fam.*, 2012, pp. 75 et s.

¹²⁰ Y.-H. LELEU, « Avantages matrimoniaux : notion, clauses dissymétriques, impact fiscal », in *Conjugalité et décès*, *op. cit.*, pp. 54 et s., n° 33 et s.

LA PRÉSOMPTION DE RÈGLEMENT DE COMPTES À DÉFAUT DE COMPTES ÉCRITS

La clause-type devrait être supprimée des contrats existants, notamment à l'occasion d'une modification de régime matrimonial. L'obligation du notaire d'aviser les époux de leurs intérêts contradictoires et d'en tirer les conséquences légales pourrait en être le prétexte. Cette règle prendrait tout son sens, et par extension elle devrait être systématiquement mise en vigueur lors de la rédaction du contrat initial de séparation pure et simple, tant les intérêts des futurs époux peuvent devenir opposés (art. 9, § 1^{er}, loi de Ventôse, réd. 18 juillet 2008)¹²¹. Un *client recall* ne peut être imposé aux notaires, encore qu'il soit techniquement possible pour de nombreux contrats, surtout en ce moment où les notaires doivent inscrire les contrats du passé au nouveau registre central des contrats de mariage¹²². Autant des cohabitants peuvent au fil du temps se croire mariés, autant des séparatistes initialement « fusionnels » peuvent perdre conscience des risques de l'interdépendance économique.

Une clause large et « ouverte » a déjà été proposée par M. De Page et se retrouve dans certains contrats¹²³. Elle affine et moralise la liquidation, même si elle peut la complexifier. Elle porte sur les créances de restitution et non sur les charges du mariage, à juste titre.

Les créances entre époux peuvent être prouvées par toutes voies de droit. Le transfert d'avoirs (sommes ou valeurs) d'un patrimoine à l'autre entraîne, de droit, l'existence d'une créance de restitution pour l'époux dont le patrimoine a été appauvri. Cette créance peut être réclamée à tout moment, sauf si l'autre époux démontre l'existence d'une cause de non-restitution de la créance.

Une clause « moins ouverte », qui éteint les créances nées d'investissements de revenus ou d'économies, est proposée par Mme Baugriet et M. Van den Eynde¹²⁴. Il ne faudrait en retenir que les 1^{er} et 3^e alinéas, qui règlent aussi la valorisation et les intérêts (*infra*, n° 28). Le second alinéa concerne l'objet du transfert – revenus et économies *vs* capitaux familiaux (propres en communautés) – et donc l'existence de la créance, non son règlement¹²⁵. De plus, ce

¹²¹ Voy. not. J.-F. TAYMANS, « Deux formules plus dangereuses qu'utiles (ou : le mieux est l'ennemi du bien) », in *Notariële clausules. Liber amicorum Johan Verstraete*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 441.

¹²² Art. 5, § 3, A.R. du 21 juin 2011. Une période de trois ans a été laissée à cet effet. Il conviendrait bien sûr de réfléchir à la compatibilité d'un tel rappel avec le respect de la vie privée des époux. S'agissant d'intérêts à pondérer, on ne peut affirmer qu'il y aurait incompatibilité *a priori*. La Fédération du notariat était opposée à cette inscription pour le passé. (K. BOONE et V. DE BAECCKER, « Het aantal register van huwelijks-overeenkomsten », *Nieuwsbrief Notariaat*, 200/13, pp. 1 à 2.

¹²³ Récemment reprise in : Ph. DE PAGE, « La séparation de biens – Jurisprudences récentes », *op. cit.*, p. 225.

¹²⁴ N. BAUGRIET 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*, J.-L. RENCHON et N. BAUGRIET (éds), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 219-220.

¹²⁵ La preuve de l'absence de cause pourrait être fournie comme suit : enrichissement sans cause parce qu'*injuste* s'agissant des capitaux familiaux ; enrichissement sans cause parce que *disproportionné* s'agissant de revenus et d'économies excédentaires à ceux affectés aux charges du mariage.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

2^e alinéa et l'article 8 du contrat proposé par ces auteurs règlent des comptes préexistants par achat en indivision, à éviter selon nous (*supra*, n° 10).

Les époux auront la faculté d'établir par tous moyens de droit l'existence et le montant des créances qu'ils prétendraient avoir l'un contre l'autre. Lors de la dissolution du mariage, cette créance sera le cas échéant réévaluée selon les règles énoncées à l'article 1435 du Code civil.

Lorsqu'un époux a effectué un paiement au moyen de ses revenus ou de ses économies, à l'exclusion de ses capitaux personnels, il ne pourra en réclamer le remboursement. Ce paiement sera présumé avoir été effectué de manière irréfragable en règlement de comptes que les époux pourraient se devoir, sauf preuve contraire par écrit établi lors de ce paiement.

Les créances ne porteront intérêt, au taux légal, qu'à compter du jour où la dissolution du régime matrimonial sera opposable aux tiers.

28. L'évaluation des créances et l'extension par analogie de l'article 1435 du Code civil. L'évaluation valoriste ou nominale de la créance en rapport avec un bien qui change de valeur est actuellement très débattue¹²⁶. Bien que cela sorte de l'objet de la présente contribution, signalons que l'on peut y remédier par l'application analogique de l'article 1435, relatif aux récompenses, ou stipuler expressément le nominalisme après information des futurs époux :

L'évaluation de la créance est régie suivant les règles contenues dans l'article 1435 du Code civil déclaré applicable par analogie.

Certaines modalités de l'article 1435 sont critiquées, notamment lorsque les biens perdent leur valeur¹²⁷. Le contrat pourrait alors préciser :

L'évaluation de la créance est régie suivant les règles contenues dans l'article 1435 du Code civil déclaré applicable par analogie.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er} de cet article la créance sera le cas échéant évaluée compte tenu des moins-values subies par le bien de référence.

29. Des clauses de renonciation particulières? Si les époux veulent cibler certaines créances, ils peuvent, parfaitement informés, renoncer à en

¹²⁶ Liège, 22 octobre 2008, R.G.D.C., 2009, p. 415, note Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 89, note Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 366, note N. BAUGNIET, *Not. Fisc. M.*, 2010, p. 231, note Ch. DECLERCK. En faveur de l'évaluation valoriste préconisée par l'arrêt : Y.-H. LELEU et F. DEGUEL, note précitée. Dans le même sens sur le principe de l'évaluation, non sur le montant : N. BAUGNIET, note précitée, pp. 384-385 ; Ph. DE PAGE, « La séparation des biens – Jurisprudences récentes », *op. cit.*, p. 220 et les références citées à une doctrine autorisée en droit des obligations ; J.-L. RENCHON, « L'activité notariale et le droit du couple : une révolution permanente ? », *Rev. not. belge*, 2011, pp. 704-705, n° 13. En sens contraire, pour une évaluation nominaliste : Ch. DECLERCK et D. PIGNOLET, note précitée, p. 92 ; Ch. DECLERCK, note précitée, p. 235.

¹²⁷ Not. H. CASMAN, « Hoe en wanneer wordt over vergoedingen afgerekend ? », note sous Gand, 24 avril 2003, *Not. Fisc. M.*, 2006, p. 139, n° 7.

demander compte. Ces renoncations devraient n'avoir lieu qu'à l'occasion d'un transfert de valeurs pour que le *solvens* soit encore plus conscient de la portée de sa renonciation. Dans le contrat de mariage, elles devraient rester exceptionnelles, uniquement si les époux anticipent déjà de tels transferts et peuvent en apprécier les enjeux économiques.

Nous déconseillons toute renonciation à toute créance préalable à la liquidation. Peu de couples, surtout les jeunes couples, connaissent leur avenir patrimonial. Il nous paraît que l'appréciation des comptes entre époux doit devenir globale¹²⁸, comme l'est le compte de récompenses. Aussi des renoncations ne pourraient pas porter sur « tout » compte relatif à tout investissement. Outre qu'une telle convention doit être mesurée à l'aune de l'immutabilité du régime, d'autres régimes peuvent mieux rencontrer une telle volonté, respectable en soi.

M. De Page propose aux époux une clause comportant une alternative : la restitution (conseillée) ou la renonciation (déconseillée). Elle concerne les acquisitions d'immeubles, traitées ailleurs dans le présent ouvrage¹²⁹.

30. Une présomption proche de la clause-type mais aisément réfractable. M. Deguel a proposé une clause qui ne bouleverse pas les pratiques, et qui pourrait ainsi mieux les encourager à évoluer. Elle se rapproche de la clause-type mais change totalement sa logique : la présomption de règlement est maintenue, mais la preuve du *non-règlement* d'un compte est libre, compte qui n'est donc pas réglé, sauf preuve contraire¹³⁰. Elle peut prévoir une revalorisation.

Les époux sont présumés avoir réglé entre eux, au jour le jour, les comptes qu'ils peuvent se devoir, y compris ceux relatifs aux charges du mariage et ceux relatifs à la rémunération du travail familial, ménager ou social de chacun d'eux. Le partage des économies intervenu en cours de mariage ainsi que la fixation des droits de chaque époux lors de l'acquisition en indivision sont présumés avoir été réalisés en règlement des comptes que les époux peuvent se devoir.

Toutefois, la preuve contraire peut être rapportée, par toutes voies de droit, par l'époux qui se prétend être créancier d'un compte vis-à-vis de l'autre, sauf si cet

¹²⁸ J.-L. RENCHON, « Le sort des apports des époux à la communauté conjugale en régime de séparation de biens », in *Liber amicorum Paul Delnoy*, op. cit., p. 456, n° 21 et supra, n° 6, note 15.

¹²⁹ Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, op. cit., p. 334 : « En cas de remboursement du prix d'acquisition ou du montant du financement d'un immeuble indivis ou d'un immeuble personnel de l'autre époux (et des intérêts) au moyen de capitaux personnels d'un époux, celui-ci : (soit) : pourra toujours exiger le remboursement de la part dans ce remboursement en capital qui excéderait sa part de propriété immobilière dans le bien (éventuellement : sauf s'il s'agit de l'immeuble servant ou ayant servi au logement principal de la famille) et que ce bien a conservé cette qualité lors de la dissolution du régime ; (soit) : ne pourra pas obtenir de remboursement, ce paiement en capital impliquant la volonté de placer cette acquisition dans le cadre des arrangements entre époux (éventuellement : s'il s'agit du logement principal de la famille exclusivement). »

¹³⁰ F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. belge*, 2011, p. 364, n° 7.

LE CONTRAT DE SÉPARATION DES BIENS

époux ou les deux époux ont établi, par écrit, qu'aucune restitution quant à l'objet de ce compte ne pourra avoir lieu.

L'époux qui bénéficie d'une créance à l'égard de son conjoint en vertu des règles édictées par le présent contrat peut se prévaloir des principes de l'article 1435 du Code civil afin de réévaluer sa créance, si les conditions prescrites par cette dernière disposition sont réunies dans le cas de cette créance.

31. Proposition de clause : droit commun et régime légal aménagés et expliqués. La clause précédente englobe les charges du mariage, le travail social et les acquisitions en indivision, ce que la présente analyse a révélé être une origine des dysfonctionnements de la clause. Nous proposons donc de réserver les charges du mariage à d'autres articles et de régler les situations liées aux indivisions dans les actes d'acquisition.

L'essentiel, dans la clause que nous proposons ci-dessous, est d'ouvrir largement le droit d'établir un compte entre époux. Elle pourrait donc se limiter à son premier alinéa.

Nous proposons, bien que cela sorte du domaine de la clause et de la présente contribution, d'y ajouter des modalités d'évaluation des créances à affiner s'il convient d'intégrer les moins-values. Nous proposons optionnellement des directives pédagogiques pour éviter tout reproche d'incompréhension.

Cette clause ne porte plus que les époux peuvent conclure tout contrat sauf ceux interdits par la loi et ne précise plus comment prouver les créances, car elle n'entend pas déroger au droit commun. Elle peut porter une mention de l'information reçue à ce sujet. Elle n'est pas incompatible avec des renonciations éclairées en cours de mariage à des comptes préétablis et en mentionne la possibilité.

Les créances entre époux sont prouvées par tous moyens de droit et exigibles dès leur naissance, même avant la dissolution du régime matrimonial.

Les époux ne renoncent par le présent contrat à aucune des créances qui pourront exister entre eux. Ils pourront renoncer en cours de mariage à des créances exigibles, par un écrit rédigé par le créancier identifiant le montant au paiement duquel il renonce, ou par toute autre manifestation de volonté emportant renonciation certaine.

(option) Sans préjudice d'une convention déterminant ses modalités d'évaluation, une créance est payable au montant nominal de la dépense, sauf lorsque la créance a pour cause l'acquisition, l'amélioration ou la conservation d'un bien du patrimoine débiteur, dans les cas visés à l'article 1435 du Code civil, déclaré applicable par analogie.

(option) : prise en compte de moins-values – supra, n° 28.

(option) Les parties reconnaissent avoir été informées par le(s) notaire(s) sur la législation qui s'applique à la preuve des créances entre époux, car le régime légal de la séparation de biens (articles 1466 à 1469 du Code civil) ne contient

LA PRÉSOMPTION DE RÈGLEMENT DE COMPTES À DÉFAUT DE COMPTES ÉCRITS

aucune disposition à ce sujet. Le(s) notaire(s) attire(nt) leur attention sur l'importance de la preuve écrite (à ce jour requise en principe pour toute obligation de somme supérieure à 375 EUROS) et sur les possibilités de prouver des créances autrement que par écrit, soit en cas d'impossibilité morale de se réserver une preuve écrite, soit par recours aux modes subsidiaires d'établissement de créances (enrichissement sans cause, payement indu, etc.), le tout en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence.

Les parties ont reçu une information sur l'article 1435 du Code civil, tel qu'appliqué en régime légal (et sur la portée des dérogations y apportées ci-dessus, qui peuvent entraîner un remboursement inférieur à la dépense nominale).

Les parties ont reçu une information sur la théorie de l'enrichissement sans cause, dans l'état actuel de la jurisprudence, qui pourrait varier dans le futur. Elles conviennent à toutes fins utiles, dans l'état actuel de la jurisprudence, qu'en aucun cas le présent contrat de mariage, la volonté exprimée dans l'une ou l'autre de ses clauses, le seul fait du mariage, leur affection réciproque, ou le fait que l'enrichissement est volontaire, ne peuvent être retenus comme causes de l'enrichissement parce que, sauf preuve du contraire, ces faits ne démontrent pas une renonciation à une restitution dans le cadre de cette théorie.

LEXNOW