

# LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

PAR

YVES-HENRI LELEU

PROFESSEUR AUX UNIVERSITÉS DE LIÈGE ET DE BRUXELLES,

PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

## INTRODUCTION

**1. GÉNÉRALITÉS. PERTE D'ATTRACTIVITÉ.** Le divorce par consentement mutuel (art. 230 C. civ. ; art. 1287-1304 C. jud.) a subi les variations d'opinion des législateurs successifs sur le principe même de la dissolution amiable du mariage.

Il connaît toujours un succès important, dû à ses vertus pacificatrices et au règlement global des effets du divorce. Mais ce succès a souffert de l'essor du divorce pour cause de désunion irrémédiable. Passé d'environ 75 % des cas de divorce en 2006, il n'était choisi en 2010 que par environ 50 % des couples divorçants (355).

L'objectivation et l'accélération de la procédure de divorce par la loi du 27 avril 2007 n'ont pas été la cause d'une incitation des couples à divorcer, mais bien d'une préférence par certains de la rupture rapide du lien matrimonial sans règlement de toutes ses conséquences, pas même celles alimentaires, détachées à présent des causes du divorce. La loi de 2007 a aussi favorisé les accords en cours de procédure, au point de permettre un « divorce d'accord judiciaire » similaire in fine au règlement global et définitif préalable du divorce par consentement mutuel (art. 1255, § 1<sup>er</sup>, al. 3 C.jud.).

Dans ce contexte, le divorce par consentement mutuel « classique », qui impose la négociation de tous les effets du divorce, peut

---

(355) *Les statistiques annuelles des cours et tribunaux. Données 2010*, [http://www.moniteur.be/img\\_publications/pdf/363.pdf](http://www.moniteur.be/img_publications/pdf/363.pdf), not. p. 39.

apparaître pesant en comparaison avec un divorce judiciaire où l'accord n'existerait que sur le principe du divorce. Le divorce pour désunion irrémédiable, surtout sur demande conjointe après séparation de plus de 6 mois (art. 229, § 2 C.civ. ; art. 1255, § 1<sup>er</sup> C.jud.), peut « séduire » des époux qui pensent que leur seul accord sur la dissolution du mariage suffit à en régler toutes les conséquences. Cette représentation n'est pas toujours fautive, car le temps peut pacifier les conflits qui existent dans les moments délicats de la concrétisation juridique de la séparation. Un tel divorce, rapide, sans règlement d'aucun de ses effets, notamment alimentaires, ne rendra pas nécessairement difficile la conclusion d'accords à leur sujet ni compliquera les procès qui se noueront en l'absence d'accord. Mais le contraire est également concevable...

En réalité, c'est parce que l'ancienne loi liait de manière disproportionnée ou injuste les effets alimentaires du divorce à ses causes que les procédures en divorce pouvaient dégénérer ou prendre une ampleur démesurée. Tel a été, à notre avis, une des clés du succès du divorce par consentement mutuel. Un succès exagéré donc, en raison de sa cause. Un choix négatif pour certains, qui a selon nous attiré au consentement mutuel des époux en conflit aigu, contraints de se séparer à moindre frais (de toute nature), mais sans propension particulière à négocier un règlement équilibré des conséquences de leur rupture. Ceci peut expliquer le regain des litiges après divorce sur l'exécution des conventions préalables (356), et par réaction une jurisprudence (de 2000) sur les conventions dolosives (*infra*, n° 42), et une intervention du législateur (de 2007) pour étendre la variabilité judiciaire des conventions après le divorce (*infra*, n° 40).

Sachant que le divorce par consentement mutuel « classique » impose aux époux plus d'efforts que s'ils laissent le juge trancher ou homologuer des accords partiels, la conception et la rédaction des conventions préalables revêt une importance cruciale. Ce contrat régira toutes les conséquences juridiques du mariage, durant de longues années s'il y a des enfants ou une pension alimentaire entre époux. Notre contribution, jointe à celle de notre collègue Nicole Gallus sur les aspects relatifs aux enfants, aura notamment pour objectif d'inciter les praticiens à une couverture complète et

---

(356) G. VERSCHULDEN, "Relitigatie na echtscheiding door onderlinge toestemming", in *Echtscheiding 2009-2010*, G. VERSCHULDEN (ed.), Mechelen, Kluwer, 2010, p. 37.

correcte des effets patrimoniaux et familiaux du divorce, afin que l'information des divorçants soit complète et qu'à tout le moins les conventions ne laissent aucune zone d'ombre. Nos propos porteront donc essentiellement sur le contenu des conventions.

**2. RECHERCHES EMPIRIQUES SUR LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.** Une autre voie d'amélioration du processus de divorce par consentement mutuel est d'agir sur la qualité des conventions, également pour éviter la « relitigation » ou, plus positivement, pour que les ex-époux vivent mieux leur trajet divortial, qui inclut aussi la période postérieure le divorce.

Une recherche a été menée en Flandre dans le cadre du projet IPOS(357) et débouché notamment sur une thèse doctorale(358) qui est la première, à notre connaissance, à avoir analysé à la fois empiriquement et juridiquement le contenu des conventions préalables à divorce par consentement mutuel d'une population représentative(359).

Cette matière se prêtait volontiers à une recherche aussi méthodologiquement novatrice(360). Le « matériel » de recherche empirique était double : d'abord les conventions préalables d'un échantillon statistiquement représentatif de la population flamande (1028 conventions), ensuite les couples de l'échantillon,

---

(357) IPOS : Projet interdisciplinaire pour l'optimalisation des trajets divortiaux (<http://www.scheidingsonderzoek.be/>). La région flamande (et d'autres institutions de celle-ci) finance également le projet « *Scheiding in Vlaanderen* », projet d'analyse interdisciplinaire financé par l'IWT des causes et conséquences de la séparation pour les (ex-) partenaires, les nouveaux partenaires, les enfants et les parents (<http://www.scheidinginvlaanderen.be/index.php?pg=1>). Le CELLO (U Antwerpen) étudie de manière interdisciplinaire et longitudinale, notamment les causes et conséquences des transitions importantes durant la vie des personnes et des ménages (perte d'un partenaire en cas de divorce et de veuvage, par exemple) (<http://webh01.ua.ac.be/cello/index.php?pg=2&id=19>).

(358) R. HEMELSOEN, *Overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming : een empirisch-juridische studie*, Thèse, Ugent, 2011, en cours de publication.

(359) Echantillon représentatif de plus de 1000 couples divorçants (*dataset*), recueil et analyse du contenu de toutes leurs conventions préalables, analyse statistique du contenu des conventions et du contexte du du divorce.

(360) La recherche empirique se justifie en droit au regard des nécessités de la science juridique et au vu des expériences étrangères (ex. *Journal of empirical studies*, Wiley, U.S.A.). Outre ses apports pour la pratique, elle permet d'innover en méthodologie juridique et favoriser le développement scientifique de la pratique du droit (voy. notamment à ce sujet : B. VAN GEEBERGEN et D. VAN DAELE, "Is de studie van het recht een wetenschap en wie kan het wat schelen ?", *R.W.*, 2008-2009, pp. 986 et s.). A ce jour cette méthode n'est pas pratiquée en Belgique suffisamment ou selon les standards des autres sciences humaines. Or les champs d'investigation pour les recherches empiriques et juridiques en droit de la famille sont larges (G. VERSCHELDEN, "Empirisch familierrechtelijk onderzoek in België : *Yes we can !*", *T.Fam.*, 2011, p. 235).

interrogés sur leur perception de la qualité de leurs accords, et ce à quatre reprises pour assurer un suivi longitudinal sur 3 ans.

L'étude porte sur le contenu des clauses et sur le contexte du divorce. L'analyse empirique du contenu des conventions a pour objectif de révéler, dans l'échantillon, l'occurrence des clauses en fonction de leur contenu (ex. hébergements égalitaires, reprises d'immeubles, définitions ou listes de frais ordinaires resp. extraordinaires, formules de comparution, de clôture, etc...). Sur le travail empirique et statistique, se greffe une analyse juridique, qualitative, révélant parfois des déficiences de rédaction ou juridiques.

Quant au contexte, l'auteur distingue les facteurs déterminants des conventions (« *ex ante* ») et les effets des conventions (« *ex post* »). L'analyse *ex ante* met à jour, par exemple, des corrélations statistiques entre le contenu des clauses et certaines caractéristiques du couple ou de la famille. Ainsi la répartition des tâches dans le ménage et en particulier les renonciations consenties par un époux (« *zelfopoffering* »), apparaissent corrélées à l'hébergement égalitaire : plus les renonciations sont importantes, moins les époux stipulent un hébergement égalitaire (361). D'autres corrélations existent entre l'initiateur du divorce et la débetion d'une pension alimentaire, ou encore entre le nombre d'enfants et la fréquence des pensions alimentaires entre époux (362). Quant aux effets *ex post* des conventions, c'est la perception de qualité de celles-ci qui vise à être objectivée (363). Globalement, la perception de qualité des conventions diminuerait dans les 3 ans suivant le divorce (364). Certains éléments du contexte sont sans influence sur cette perception de qualité, comme notamment la durée du mariage et la présence d'enfants. D'autres, par contre (ex. revenu net, perception d'avoir suffisamment de revenus), engendrent au début de la période post-divorce une perception très différente de la qualité des conventions chez les deux époux, mais qui s'atténue significativement par la suite (365).

Cette recherche offre l'avantage, théorique, de pouvoir le cas échéant être confirmée, approfondie ou contredite suivant la même

(361) R. HEMELSOEN, *op. cit.*, n° 688.

(362) *Ibid.*, n° 692.

(363) Sur les méthodes (en psychologie) de mesure du ressenti de la qualité, ici des conventions : R. HEMELSOEN, *op. cit.*, n°s 705 et s.

(364) *Ibid.*, n° 714.

(365) *Ibid.*, n° 717.

méthodologie. Ainsi, elle n'envisage pas, au rang des déterminants *ex ante* l'impact des négociations préalables, certes difficilement mesurable, mais que nous croyons être décisif pour certains points des conventions, du moins autant que d'autres déterminants familiaux.

Pour la pratique, cette recherche encourage une moindre juridicité des conventions et une rédaction par une équipe pluridisciplinaire qui prêterait plus d'attention au contexte du divorce. L'auteur propose à cet effet des « bonnes pratiques rédactionnelles » (366) et, à titre d'exemple, des clauses de concertation post-divorce en vue d'éviter la « relitigation » (*overlegclausules* (367)). Il ouvre une perspective de disposer non un modèle optimisé en droit, comme on en rencontre beaucoup, mais un « panel » de conventions adaptées aux contextes si divers, aussi en leur forme et langage.

**3. DIVISION.** Dans cette contribution, nous examinons successivement les conditions (§ 1) et la procédure du divorce par consentement mutuel (§ 2). Nous intégrons dans un développement complet des deux volets, inspiré de notre manuel *Droit des personnes et des familles*, pour une couverture complète (sans recoupement avec la contribution de Nicole Gallus). Nous développons la jurisprudence et la doctrine récente sur les questions controversées, procédant ainsi à une recherche juridique « classique, dont l'utilité demeure, bien sûr, à côté des mérites de la recherche empirique. Ici, le substrat jurisprudentiel serait un échantillon « de convenance » (convenience sample) (368), peut-être pas représentatif mais illustratif des questions juridiques les plus pertinentes.

## A. – CONDITIONS

**4. CONSENTEMENT MUTUEL ET PERSÉVÉRANT.** Le consentement mutuel doit être « persévérant ». Cette condition ne se retrouve plus comme telle dans la loi mais demeure certaine (369). Le

---

(366) *Ibid.*, n° 746 « *dialogisch - dynamisch - duurzaam* ».

(367) *Ibid.*, n° 755.

(368) G. VERSCHULDEN, "Empirisch familierechtelijk onderzoek in België : *Yes we can !*", *T.Fam.*, 2011, p. 234.

(369) Arg. art. 1291 C. jud. Rapp. art. 1295 C. jud. ; *infra*, n° 28.

consentement doit être maintenu jusqu'au prononcé du divorce(370), comme c'était le cas auparavant(371).

**5. CAPACITÉ.** La loi du 27 avril 2007 a abrogé l'article 275 du Code civil en vertu duquel le divorce pour consentement mutuel n'était pas admis si l'un des époux avait moins de 20 ans au jour du dépôt de la requête.

Le divorce par consentement mutuel requiert une pleine capacité d'exercice et exclut la représentation dans la procédure au sens strict.

Ainsi, une personne sous administration provisoire, qui conserve sa capacité en matière personnelle, agira seule dans la procédure de divorce par consentement mutuel si elle est en état d'en mesurer l'impact, mais devra être représentée ou assistée par son administrateur provisoire pour la conclusion des conventions préalables. Une représentation purement procédurale par avocat ou notaire est néanmoins possible lors de la seconde comparution (art. 1294, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.), et même lors de la première comparution en cas de circonstances exceptionnelles (art. 1289bis C. jud. ; *infra*, n° 28).

**6. ABSENCE DE CONDITION DE DURÉE DU MARIAGE.** L'ancien article 276, qui exigeait que les époux aient été mariés depuis 2 ans au jour du dépôt de la requête, a été abrogé. Il aurait été paradoxal que des époux qui ne s'accordent pas sur toutes les conséquences de leur divorce puissent divorcer pour désunion irrémédiable sur requête conjointe dès la conclusion de leur mariage.

Le principe d'imposer des délais de réflexion dans le cadre du divorce par consentement mutuel n'a pas disparu, comme en témoigne le délai de séparation de 6 mois requis pour obtenir le prononcé du divorce dès la première comparution (*infra*, n° 28) ou celui de 3 mois entre les deux comparutions en cas de séparation des époux de moins de 6 mois (*infra*, n° 29). Un divorce

---

(370) Le consentement peut être retiré sans formalité par l'un des époux, même après la seconde comparution (Civ. Bruxelles, 11 février 2004, *Div. Act.*, 2005, p. 18, note A.-Ch. VAN GYSEL ; F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", p. 4 ; J. GERLO en G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, Bruge, La Chartre, 2008, p. 557, n° 1720 ; *contra* : F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 481, n° 826).

(371) F. BUYSENS, "Tot welk ogenblik dient de toestemming van beide echtgenoten bij E.O.T. voorhanden te zijn ?", note (critique) sous Civ. Hasselt, 4 novembre 1997, *E.J.*, 1998, p. 99, n° 11, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 596 (somm.), *R.W.*, 1997-1998, p. 1342, note W. PINTENS.

par consentement mutuel ne peut donc être obtenu en moins de 6 mois (372).

## B. – CONVENTIONS PRÉALABLES

**7. GÉNÉRALITÉS. FORCE OBLIGATOIRE ET FORCE EXÉCUTOIRE.** Le divorce par consentement mutuel requiert l'accord préalable des époux sur toutes (373) les conséquences du divorce (art. 1287 C. jud.). Le Code judiciaire liste les matières à régler dans les conventions préalables sans en déterminer leur contenu. Elles sont déposées au *greffe du tribunal* de première instance en même temps que la requête en divorce (art. 1288bis, al. 4, 1<sup>o</sup>, C. jud.).

Comme tout contrat, les conventions préalables ont force obligatoire entre les parties (art. 1134, al. 1<sup>er</sup>) (374), du moins celles relatives aux époux, avec une réserve quant aux conventions alimentaires ; celles concernant les enfants touchent en effet à l'ordre public et sont susceptibles de modifications sur demande unilatérale après le divorce.

La rédaction des conventions préalables en forme notariée leur confère la force exécutoire liée à l'acte authentique, du moins pour les obligations susceptibles d'exécution forcée et formulées avec précision (375) (ex. : pension alimentaire entre époux, obligation de restitution de biens, etc.). Les conventions relatives aux enfants mineurs sont homologuées par le juge (art. 1298 C. jud.) et possèdent la force exécutoire même si elles ont été rédigées sous seing privé (376).

(372) L. ROUSSEAU, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *Rev. not. belge*, 2008, p. 439. Quant au risque de voir se multiplier les mariages simulés en raison de l'abrogation de la durée minimale du mariage, il doit être relativisé car, d'une part, l'annulation des effets du mariage (et de l'acquisition de la nationalité belge) peut intervenir après le divorce et, d'autre part, d'autres moyens existent pour lutter contre de tels mariages. Dans le même sens : F. BUYSSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", p. 3.

(373) En cas de divorce pour désunion irrémédiable, il est possible pour les époux de conclure des accords sur certaines conséquences du divorce (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 501, n<sup>o</sup> 493).

(374) Cass., 30 avril 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 592 ; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365, *R.W.*, 1994-1995, p. 434, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1591 ; Cass., 21 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 926, *J.T.*, 1992, p. 75, *T. Not.*, 1992, p. 256, note A. VERBEKE, *R.W.*, 1991-1992, p. 547.

(375) Cass., 23 mai 1991, *J.T.*, 1991, p. 613, obs. K. BROECKX et J.-L. LEDOUX, *Rev. not. belge*, 1991, p. 532, note J. DEMBLON, *T. Not.*, 1991, p. 438.

(376) Sur l'exécution forcée des conventions relatives à l'autorité parentale : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 720, n<sup>o</sup> 777. Pour plus de détails : K. BROECKX, "Perikelen bij de executie van een akte van echtscheiding door onderlinge toestemming", *E.J.*, 1997, p. 18 ; Y.-H. LELEU, « Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel », *R.G.D.C.*, 1998, pp. 373-374, n<sup>o</sup> 8.

1. – *Inventaire*

8. **CARACTÈRE FACULTATIF.** L'inventaire des biens des époux, facultatif (art. 1287, al. 2, C. jud.), a pour fonction de relater, sous l'autorité d'un notaire et du juge de paix, l'état actif et passif du patrimoine conjugal, afin de permettre une liquidation-partage transactionnelle en connaissance de cause.

Si les époux requièrent un inventaire, l'acte devra respecter les formes légales (intervention du notaire, obligation de dresser l'inventaire sur place, prestation de serment, etc. – art. 1175 et s. C. jud.)(377). Il portera sur l'ensemble du patrimoine conjugal, y compris les biens et les dettes propres ou personnels(378), quel que soit le régime matrimonial(379).

Si les époux renoncent à l'inventaire, il leur est conseillé d'inclure ou d'annexer aux conventions préalables un relevé d'avoirs sous seing privé, dans le même but de transparence(380). Ce procédé évite la solennité de l'inventaire, mais sa force probante est inférieure(381). Selon certains auteurs, ce relevé annexé à des conventions préalables notariées revêt la même force probante que celles-ci, sans bénéficier de la protection liée à la prestation

(377) Civ. Turnhout, 2 décembre 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 340 (somm.), *R.W.*, 1993-1994, p. 1458 (notaire territorialement incompétent). Pour une étude approfondie : C. CUISINIER, « Dix écueils en matière d'inventaire », *Rev. not. belge*, 2007, p. 548 ; Th. VAN SINAY, « Enkele actuele topics inzake boedelbeschrijving », *T. Not.*, 2005, p. 239.

(378) Cass., 15 juin 1999, *Pas.*, 1999, p. 867, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1076, obs. R. BOURSEAU, *Div. Act.*, 2008, p. 8, *T. Not.*, 2001, p. 260, note, *R. Cass.*, 2000, p. 312, note Th. VAN SINAY, *Rev. not. belge*, 2001, p. 738, note D. STERCKX ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *Divorce. Commentaire pratique* (G. BOLIAU éd.), VII.2.1-6, Bruxelles, Kluwer, n° 1.13.

(379) Certains auteurs défendent la validité d'un inventaire portant sur une partie des avoirs des époux. En ce sens : J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *op. cit.*, n°s 1.14-1.15 ; P. VAN den EYNDE, « Faut-il encore dresser un inventaire ? », p. 101. Cette position est critiquable au regard de la nature et de la finalité de l'acte, ainsi que de ses sanctions. Voy. G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *Rép. Not.*, t. I, l. VI, n° 25.

(380) A. DUELZ, J.-C. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, p. 310, n° 428 ; Y.-H. LELEU, « Aspects patrimoniaux : les conventions relatives aux biens », in *Divorce par consentement mutuel. La réforme de la réforme 1997*, M.-Th. MEULDERS-KLEIN (éd.), Liège, CUP, 1998, p. 11, n° 1 ; L. ROUSSEAU, « Divorce par consentement mutuel : faut-il conseiller aux époux de dresser un inventaire ? », note sous Civ. Turnhout, 20 octobre 1994, *Div. Act.*, 1995, p. 94, n° 2 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *Divorce. Commentaire pratique*, VII.2.1-14, n°s 1.35-1.37.

(381) Selon S. Brouwers, si l'inventaire est joint à la requête en divorce conformément à l'article 1288bis, al. 4, 2°, du Code judiciaire, il doit nécessairement revêtir la forme authentique (S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 5, n° 6).

de serment, à condition qu'une clause expresse des conventions renvoie à la liste annexée(382).

**9. OMISSIONS.** L'omission involontaire de biens dans l'inventaire peut être réparée avant le dépôt de la requête au moyen d'un inventaire complémentaire(383). Si l'omission involontaire apparaît en cours d'instance, les conventions préalables ne peuvent être modifiées pour ce seul motif et les époux doivent déposer une nouvelle requête avec un dossier complet(384).

L'abstention intentionnelle de déclarer des biens est sanctionnée pénalement (faux serment – art. 226 C. pén.)(385) et les conventions préalables biaisées sont annulables pour dol (*infra*, n° 42). En outre, la sanction du recel menace l'époux dissimulateur (art. 1448)(386).

## 2. – Conventions relatives aux droits et devoirs des époux

### a. Généralités

**10. DOMAINE DE LA TRANSACTION.** À la distinction traditionnelle et inspirée de l'ordonnancement des textes entre « règlement transactionnel » (art. 1287 C. jud.) et « règlement familial » (art. 1288, al. 1<sup>er</sup> C. jud.), nous avons préféré(387) celle préconisée par Mme

(382) En ce sens : K. VISSERS, "Commentaar bij art. 1287 Ger.W.", in *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, P. SENAEVE, G. VERSCHULDEN en F. SWENNEN (eds.), Malines, Kluwer, 2004, n° 9-10 ; G. MAHIEU, « La procédure de divorce par consentement mutuel modifiée par la loi du 30 juin 2004 », in *La réforme du divorce : loi du 30 juin 2004*, M. GREGOIRE, P. VAN DEN EYNDE et E. BEGUIN (eds.), Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 25-26. Selon ce dernier, le serment pourrait toutefois être repris dans l'acte même des conventions préalables. *Contra* : S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 5-6, n° 6.

(383) Arg. tiré de l'art. 1215, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C. jud.

(384) Dans le même sens : J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *Divorce. Commentaire pratique*, VII.2.1.-11, n° 1.30.

(385) Cass., 22 octobre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 502 ; Cass., 21 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 716 ; Cass., 24 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 233 ; Cass., 29 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 221, *Rev. not. belge*, 1973, p. 627.

(386) En ce sens : F. BUYSENS, note sous Civ. Malines, 11 juin 1997, *E.J.*, 1999, p. 93, n° 3 ; J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *Divorce. Commentaire pratique*, VII.2.1.-12, n° 1.32 ; J. DU MONGH en C. DECLERCK, "Heling van gemeenschapsgoederen", *N.F.M.*, 2009, p. 152 ; J. VERSTRAETE, "Heling van gemeenschapsgoederen", in *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels. De wet van 14 juli 1976. Een evaluatie*, W. PINTENS en B. VAN DER MEERSCH (eds.), Anvers, Maklu, 1997, pp. 239 et s. ; J. VERSTRAETE, "Recel des effets d'une succession ou de la communauté", *M.N.F.*, 1992, pp. 303 et s.

(387) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 531, n° 548.

Casman(388) entre, d'une part, la convention relative aux droits et devoirs des époux et, d'autre part, la convention relative aux enfants. La première, qui comprend certains postes du traditionnel règlement familial (résidence des époux et pension alimentaire), peut (389) être de nature transactionnelle, soustraite à tout contrôle d'opportunité et comprendre un règlement économiquement inégalitaire ou non conforme au régime matrimonial (conventionnel). La seconde, qui porte seulement sur l'autorité parentale et le devoir d'entretien des enfants, et touche à l'ordre public, n'est pas régie par le principe de la convention-loi et fait l'objet d'un contrôle judiciaire (voir la contribution de N. Gallus).

**11. FORME ET PUBLICITÉ.** Lorsque le règlement transactionnel emporte une mutation de droits réels immobiliers(390), la forme authentique s'impose selon un certain courant jurisprudentiel et doctrinal pour toute la convention relative aux époux(391) car un tel acte est soumis à la publicité hypothécaire. Tel n'est pas le cas

(388) Note sous Cass., 16 juin 2000, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 421-422, n° 7.

(389) À condition d'exclure la faculté de révision judiciaire de la pension alimentaire entre époux après le divorce (*infra*, n°s 24 et 40).

(390) Ex. : transfert d'un immeuble propre d'un époux à l'autre, attribution à l'un d'eux de l'immeuble commun ou indivis, constitution d'un usufruit sur un immeuble, pacte d'indivision.

(391) Anvers, 4 juin 2003, *NjW*, 2004, p. 59, note RdC, *R.G.D.C.*, 2004, p. 350, *E.J.*, 2004, p. 121, note F. BUYSSENS ; Liège, 21 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 765, *J.L.M.B.*, 2004, p. 208, *Div. Act.*, 2004, p. 92, note P. VAN den EYNDE ; Civ. Turnhout, 20 mars 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 348, *T. Not.*, 2004, p. 252 ; Civ. Liège (réf.), 30 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 817, *Rev. not. belge*, 2000, p. 330, *R.G.D.C.*, 2001, p. 307 ; J.-F. TAYMANS, « Formalités et conventions préalables à la procédure de divorce par consentement mutuel », *Divorce. Commentaire pratique*, VII.2.2.-2, Malines, Kluwer, 2008, n°s 2-5 ; F. BUYSSENS, "Enkele topics bij de redactie van de overeenkomsten inzake echtscheiding door onderlinge toestemming", *N.F.M.*, 1997, p. 192, n°s 8 à 11 ; C. DE BUSSCHERE, "Onderhandse of authentieke vorm van de voorafgaande regelingsakte houdende overdracht van onroerende goederen in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming ?", *E.J.*, 1996, p. 146 ; J. GERLO en G. VERSCHELDEN, *Handboek voor familierecht*, p. 559, n° 1730 ; Y.-H. LELEU, « Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel », *R.G.D.C.*, 1999, pp. 372-373, n° 7 ; P. MOREAU, « Divorce et séparation de corps par consentement mutuel. Intercalaire », *Rép. not.*, t. I, vol. VI, Bruxelles, Larcier, 1998, n°s 4-6. Pour d'autres auteurs, les conventions relatives à une mutation immobilière peuvent être rédigées d'abord sous seing privé, à condition de prévoir que les parties passeront ensuite l'acte authentique après que le jugement prononçant le divorce soit définitif : A. DUELZ, *Le droit du divorce*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 308, n° 418 ; Q. FISCHER, in *Précis de droit de la famille*, p. 322 ; S. BROUWERS, "Onderhandse of authentieke vorm van de voorafgaande regelingsakte houdende overdracht van onroerende goederen in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming ?", *E.J.*, 1996, p. 147 et *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 29-30, n°s 37-38 ; J.-P. MASSON, *La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 140, n° 88.

lorsque des immeubles propres sont laissés à leur propriétaire ou des immeubles communs maintenus en indivision (392).

**12. OMISSIONS.** La problématique de l'omission de biens du règlement transactionnel connaît un regain d'importance depuis que l'inventaire est devenu facultatif (393).

Un bien (394) commun ou indivis omis involontairement dans les conventions préalables peut faire l'objet d'un partage complémentaire après le divorce (395). Ce partage ne sera pas nécessairement égal ; en cas de désaccord entre les ex-époux, le juge pourrait en trouver la clé dans l'observation des modalités du partage transactionnel des autres biens (396).

La solution est foncièrement différente en cas d'omission frauduleuse. Le dol vicie les conventions patrimoniales et peut entraîner la chute de toute la convention relative aux époux (*infra*, n° 42). En outre, si les époux sont mariés en régime de communauté ou communautarisé, celui qui dissimule un bien lors des opérations de liquidation-partage est coupable de recel (art. 1448 ; *supra*, n° 9).

La suppression de l'inventaire obligatoire lors de la réforme de 1994 a mené de plus en plus d'époux à adopter un règlement patrimonial lapidaire, se contentant de constater que les parties, séparées de longue date, ont déjà partagé leurs biens ou encore que chaque époux demeure ou devient propriétaire des biens (meubles) en sa possession. La validité de ces clauses au regard de l'article 1287 du Code judiciaire a été critiquée par une partie de

(392) En ce sens : P. MOREAU, « Divorce et séparation de corps par consentement mutuel. Intercalaire », *op. cit.*, n° 5 *in fine*.

(393) Voy. F. BUYSSENS, "Het lot van in de regelingsakte 'vergeten' goederen na echtscheiding door onderlinge toestemming", note sous Civ. Malines, 11 juin 1997, *E.J.*, 1999, p. 91.

(394) On ne vise ici que les biens existant dans le patrimoine conjugal ; ceux qui échoient aux époux après la première comparution leur demeurent personnels en raison de la rétroactivité des effets patrimoniaux du divorce entre époux (art. 1304 C. jud. ; *infra*, n° 36).

(395) Bruxelles, 28 septembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 290, note Ph. DE PAGE ; Anvers, 19 février 1986, *T. Not.*, 1988, p. 412, note N. GEELHAND (*T. Not.*, 1988, p. 386) ; Civ. Malines, 11 juin 1997, *E.J.*, 1999, p. 91, note F. BUYSSENS. Certains auteurs étendent cette solution à « l'omission (...) intentionnelle, mais non frauduleuse », celle, semble-t-il, voulue par les deux époux (G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *op. cit.*, n° 111 ; J.-F. TAYMANS, « L'inventaire. Le règlement transactionnel », in *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation*, Ph. DE PAGE, J.-P. MASSON et G. HIERNAX (éds.), Bruxelles, Story-Scientia, 1996, p. 97, n° 24).

(396) N. GEELHAND, note précitée, pp. 397-398, n° 10.

la doctrine (397). D'autres admettent la validité d'un tel règlement sans le conseiller (398).

b. *Immeubles communs et indivis*

**13. ATTRIBUTION OU VENTE.** Les immeubles communs ou indivis sont généralement attribués à l'un des époux à charge de soulte et, le cas échéant, de reprise du solde de l'emprunt hypothécaire. Il y a lieu à cet égard de tenir compte du fait qu'un emprunt hypothécaire amorti par annuités constantes laisse subsister un important solde en capital si le divorce intervient dans les premières années de remboursement (399).

Si le règlement des droits donne lieu au versement d'une soulte, celle-ci peut être utilement stipulée payable entre les mains du notaire, si possible pendant l'instance en divorce (400). L'attribution, quant à elle, produit ses effets le jour du prononcé (définitif) du divorce.

L'évaluation d'un immeuble commun en vue de sa reprise par l'un des époux est souvent la source de conflits et l'occasion de mettre en cause la responsabilité du notaire. La cour d'appel de Bruxelles a décidé, dans un arrêt du 16 décembre 2008 (401), qu'en l'absence d'une demande particulière émanant d'un ou des deux époux et adressée au notaire instrumentant au sujet de la visite du bien immobilier et/ou de l'établissement d'un rapport spécifique

(397) J.-L. RENCHON, « Les grandes lignes de la réforme opérée par la nouvelle loi du 30 juin 1994 sur les procédures en divorce », *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 174. Voy. également S. Brouwers pour qui ce type de clause n'est valable qu'en ce qui concerne le partage du mobilier (S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 39-40, n<sup>os</sup> 51-52).

(398) Liège, 4 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1720, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 284 ; J.-F. TAYMANS, « Formalités et conventions préalables à la procédure de divorce par consentement mutuel », *Divorce. Commentaire pratique*, VII.2.2.-5, n<sup>o</sup> 2.10-2.12 ; A.-Ch. VAN GYSEL, « Un an d'application de la réforme de la procédure du divorce par consentement mutuel : les pratiques et les failles subsistantes », in *Actualité du droit du divorce*, A.-Ch. VAN GYSEL et N. MASSAGER (éds.), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 138-139.

(399) Pour une formule de calcul de la soulte intégrant les modalités d'amortissement : J.-F. TAYMANS, « Le règlement des effets patrimoniaux », *op. cit.*, VII.2.2.-8, n<sup>o</sup> 2.18.

(400) Si elle n'est exigible qu'après le divorce, ou si l'attributaire s'est seulement engagé à reprendre l'emprunt hypothécaire, une *inscription d'office* sera prise par le conservateur des hypothèques au profit du cédant (art. 27, 4<sup>e</sup>, et 35 L. hyp. ; E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription » (mis à jour par R. PONCELET, A. GENIN, G. de LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT), *Rép. not.*, t. X, vol. I, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 436, n<sup>o</sup> 1032). Sur la *dispense d'inscription d'office* (art. 36 L. hyp.) : H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, pp. 374-375, n<sup>o</sup> 951 ; G. MAHIEU, « Divorce et séparation de corps », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 154.

(401) Bruxelles, 16 décembre 2008, *R.A.G.B.*, 2009, p. 827, note A. RENNERS, *T. not.*, 2009, p. 253.

d'estimation (qui devrait normalement précéder un règlement des droits des époux), l'existence d'un contrat n'est pas démontrée, de sorte que le notaire était uniquement tenu à son obligation habituelle d'assistance des parties. La cour précise que le notaire qui manque à son devoir d'assistance des parties commet une faute professionnelle, qui met en cause sa responsabilité(402). L'obligation de conseil du notaire doit être remplie en tenant compte des circonstances concrètes dans lesquelles il a été invité à fournir son assistance. A cet égard, il faut tenir compte du fait que la procédure particulière du divorce par consentement mutuel implique que le règlement des droits et des accords préalables doit être considéré comme un règlement global. Ce caractère global de l'accord peut dès lors très bien justifier, selon la cour, qu'il existe une différence entre la valeur de l'immeuble reprise dans la déclaration *pro fisco* et la valeur retenue par les parties pour la détermination de la soulte.

Il est conseillé aux parties qui avaient, avant le mariage, acquis le bien indivis sous clause d'accroissement, de résilier de commun accord celle-ci, en raison des incertitudes jurisprudentielles existant encore quant à la caducité de cette clause par la seule rupture de la relation(403).

Les époux peuvent choisir de vendre un immeuble commun ou indivis (et même un propre)(404). À nouveau, le produit de la vente sera stipulé payable entre les mains du notaire pour être intégré dans le partage des droits.

**14. AUTRES POSSIBILITÉS.** Le maintien en indivision de certains immeubles se justifie pour diverses raisons de fait, par exemple, permettre aux enfants de demeurer dans leur cadre de vie, d'achever leurs études, voire d'occuper l'ancien logement, ou encore en raison d'un marché immobilier peu florissant. Les époux doivent conclure un pacte d'indivision, limité à 5 ans et soumis à transcription hypothécaire (art. 815, al. 2)(405). Ils peuvent en outre

---

(402) Dans le même sens : Liège, 5 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 444, *J.T.*, 2001, p. 66 ; Gand, 5 juin 2002, *T. not.*, 2003, p. 206. Dans le sens d'une responsabilité contractuelle : Gand, 18 mai 2001, *T. not.*, 2001, p. 684 ; Bruxelles, 3 octobre 2000, *Rev. not. b.*, 2001, p. 237.

(403) Sur cette question voy. F. DEGUEL, in Y.-H. LELEU (éd.), *Droit patrimonial des couples*, Collection CUP, vol. 130, Liège, Anthemis, 2011, pp. 212-216, n<sup>os</sup> 127-128.

(404) Sans enfreindre l'art. 1595 : H. CASMAN, note sous Cass., 16 juin 2000, *R.C.J.B.*, 2002, p. 412 ; mais ils subissent une taxation plus élevée en termes de droits d'enregistrement – les précautions à prendre quant au versement du prix sont identiques à celles exposées ci-dessus à propos de la soulte.

(405) Gand, 8 mai 2003, *NjW*, 2003, p. 971, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 794 (somm.).

accorder à l'occupant un droit de bail, de commodat ou d'usufruit temporaire, en stipulant avec précision les modalités de ces droits personnels et réels.

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Gand(406), des époux avaient convenu que le logement familial resterait en indivision après le divorce, jusqu'à ce qu'ils se mettent d'accord, soit sur son attribution à l'un d'eux, soit sur la vente publique ou de gré à gré. Il avait par ailleurs été convenu que l'épouse aurait l'usage du bien pour y exercer son activité professionnelle de gardienne d'enfants, à charge pour elle de verser une indemnité d'occupation à son ex-mari. Le divorce étant devenu définitif, les ex-époux ont tous deux manifesté le souhait de reprendre l'ancienne résidence conjugale, et l'épouse sollicita l'attribution préférentielle sur la base de l'article 1447 C.civ. Il est vrai que l'article 1447, alinéa 1<sup>er</sup>, stipule qu'un époux peut demander l'attribution préférentielle « lorsque le régime légal prend fin par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens ». Mais cette disposition est-elle applicable dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel ? Si les termes de l'article ne distinguent pas selon la forme du divorce, les travaux préparatoires excluent cette possibilité(407). C'est donc à juste titre que la cour, tout comme le premier juge, refusa de faire droit à cette demande. Elle considère que dans la mesure où les époux sont tenus de régler préalablement leurs droits respectifs (art. 1287 C.jud.), il ne saurait être question d'une procédure de liquidation telle que visée par l'article 1447. Les époux, en choisissant de conserver le bien commun en indivision, ont créé une indivision de droit commun dont la liquidation ultérieure diffère de celle visée à l'article 1447 ; le régime matrimonial des époux a déjà été liquidé bien avant(408). Il appartenait aux époux de libeller leur convention autrement s'ils souhaitaient se réserver cette faculté(409).

(406) Gand, 15 mai 2008, *N.j.W.*, 2009, p. 367, note G. VERSCHELDEN, *Rev. trim.. dr. fam.*, 2010, p. 424 (somm.).

(407) Rapport HAMBYE, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extr. 1974, n° 2, pp. 76-77. En ce sens également : Ch. DECLERCK, "Secundair huwelijksvermogensstelsel", in *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH et Ch. DECLERCK (éds.), Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, pp. 42-43, n° 72.

(408) En ce sens également : S. BROUWERS, « EOT Actualia », *N.F.M.*, 2010, p. 66, n° 12.

(409) En ce sens : G. VERSCHELDEN, "Het recht van toewijzing bij voorrang (bestaat niet) na echtscheiding door onderlinge toestemming", note sous Gand, 15 mai 2008, *N.j.W.*, 2009, pp. 368-369 et "Huwelijksvermogensrecht en erfrecht", *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 15, Die Keure, 2009, pp. 126-127, n° 48. En ce sens également et sur la non contrariété d'une

Une manière pour les époux de planifier leur succession consiste à faire donation aux enfants communs, le cas échéant avec réserve d'usufruit au profit de l'un d'eux (410). Une telle décision entraîne un dépouillement irrévocable (art. 894) et l'acte soulève plusieurs difficultés juridiques : la condition suspensive du prononcé du divorce dont dépend le transfert de propriété pourrait présenter, à première vue, un aspect potestatif (411) ; l'acceptation de la donation au profit d'un enfant mineur par l'autre parent suscite, à notre avis, un conflit d'intérêts justifiant la désignation d'un tuteur *ad hoc* (412) (art. 378, § 1<sup>er</sup>, al. 6, et 935, al. 3).

### c. Biens professionnels

**15. POURSUITE DE L'ACTIVITÉ ET VALORISATION.** Si un époux exerce une activité professionnelle en qualité de personne *physique*, les conventions préalables pourront lui attribuer l'entreprise, l'exploitation commerciale ou la clientèle constitués pendant le mariage, et par conséquent communs en régime communautaire (413). On peut envisager des *indemnisations* transactionnelles visant à réajuster les contributions respectives des conjoints dans le développement de l'entreprise commune (414). Mais avec M. De Page, nous considérons que l'estimation d'un actif commercial et sa valorisation n'ont de sens que s'il est mis fin à l'exercice de la profession,

---

telle stipulation avec la prohibition des pactes sur successions futures si elle concerne aussi l'hypothèse d'un décès : Y.-H. LELEU, « Les biens et le logement du couple non marié », in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éds.), Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1999, p. 186, n° 71.

(410) Sur l'ensemble de la question : F. BUYSSENS, "Schenkingen aan minderjarigen bij echtscheiding door onderlinge toestemming", *E.J.*, 1995, p. 98.

(411) Pour une réfutation dans le contexte du divorce par consentement mutuel : F. BUYSSENS, "Schenkingen aan minderjarigen bij echtscheiding door onderlinge toestemming", p. 99 ; plus généralement : Y.-H. LELEU, « L'aléa chasse la donation. Sortie de tontine et rentrée d'assurance », in H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE (éds.), *Les donations. Thèmes choisis*, Collection Le droit patrimonial de la famille sans préjugés, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 97.

(412) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 308-309, n° 292 et les références, pro et contra citées.

(413) Sur le fonds professionnel *apporté* en communauté : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, « Extension du patrimoine commun : apport d'un fonds de commerce » et « Extension du patrimoine commun : apport d'un équipement professionnel », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Décès*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 91 et 101.

(414) Pour plus de détails : Ph. DE PAGE, « La clientèle des professions libérales », in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1991, p. 39 ; Y.-H. LELEU, « Examen de jurisprudence (1997 à 2005). Les régimes matrimoniaux », *R.C.J.B.*, 2006, p. 847, n° 40.

par exemple suite à un décès et/ou à une cession de l'actif professionnel(415). La collaboration non rémunérée suscite de nombreux autres et délicats problèmes(416).

Si l'activité professionnelle est exercée en société, les conventions préalables doivent respecter le droit des sociétés, notamment les prérogatives des associés découlant de la loi ou des statuts (ex. : rachat, agrément, préemption)(417).

On rappellera que l'article 1401, 5°, du Code civil régit l'attribution des parts nominatives communes dont un seul époux est titulaire dans une société de personnes(418). Ces parts sont attribuées à l'époux associé, leur valeur demeurant un actif commun. L'évaluation a lieu en principe à une date proche du partage(419), dans leur état au jour de la dissolution du régime matrimonial(420), mais les statuts peuvent définir un mode de calcul spécifique(421).

(415) En ce sens : Ph. DE PAGE, « La clientèle des professions libérales », *op. cit.*, pp. 48-49, n° 16. Applications : Liège, 17 octobre 1994, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 98. Pour une application, implicite, à deux clientèles d'un chirurgien et d'une orthodontiste, non valorisées pour divers motifs, isolément critiquables, mais conduisant à une solution globalement équitable : Bruxelles, 20 décembre 2007, *N.j.W.*, 2008, p. 451, note G. VERSCHULDEN, également commentée par S. LOUIS, in *Le droit patrimonial des couples. Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 235-236, n° 24.

(416) Voy. not. N. TORFES en S. VANDEMAELE, "Arbeid geleverd door een echtgenoot gehuwd onder het wettelijk stelsel en vergoedingen", in *Patrimonium 2008*, W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éds.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 191.

(417) Pour plus de détails : Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 79 ; B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding*, Anvers, Maklu, 2000. À propos des sociétés patrimoniales : B. TILLEMANS, "Echtscheiding tussen de echtgenoten-vennoten in een patrimoniumvennootschap", *E.J.*, 1999, p. 34.

(418) Voy. S. LOUIS, in *Le droit patrimonial des couples, Chroniques notariales*, Y.-H. LELEU (éd.), vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 233, n° 23 ; Y.-H. LELEU, « L'actif des patrimoines propres », in Y.-H. LELEU et L. RAUCENT (dir.), « Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal », *Rép. not.*, t. V, l. II/3, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 701 et s. ; B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding, op. cit.*, pp. 437 et s., et pp. 456 et s.

(419) Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 78, n° 71 ; Y.-H. LELEU, « L'actif des patrimoines propres », *op. cit.*, n° 705 et les réf. cit. ; Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté, op. cit.*, p. 131 ; B. WAUTERS, *Aandelen en echtscheiding, op. cit.*, p. 473, n° 610.

(420) Liège, 22 février 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 105 ; Liège, 8 décembre 2004, *Div. Act.*, 2005, p. 76, et 2006, p. 11. Voy. Y.-H. LELEU et S. LOUIS, *Sociétés et régime matrimonial de communauté, op. cit.*, p. 132.

(421) Voy. Ph. DE PAGE, « L'évaluation des parts et actions dans le contexte de la liquidation d'une communauté ou d'une succession », in *Les sociétés et le patrimoine familial : convergences et confrontations*, J.-L. RENCHON (éd.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 367 ; M. DE WOLF, « Principes d'évaluation financière des entreprises », in *Les sociétés et le patrimoine familial : convergences et confrontations, op. cit.*, p. 387.

d. *Contrats et prestations d'assurance-vie ou d'assurance-groupe*

**16. INCIDENCE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE.** Les conventions préalables doivent d'abord régler la poursuite des contrats d'assurance-vie ou juridiquement qualifiés comme tels (produits de « bancassurance ») et attribuer ceux-ci de préférence au conjoint désigné comme bénéficiaire.

La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre dispose qu'à défaut de stipulation contraire des conventions patrimoniales notifiées à l'assureur, les prestations exigibles en vertu d'un contrat d'assurance-vie sont payées valablement au bénéficiaire, aussi bien durant la procédure (art. 133) qu'après le divorce (art. 134).

La loi du 27 avril 2007 a toutefois étendu la déchéance de principe des avantages matrimoniaux au divorce par consentement mutuel. L'article 299 du Code civil stipule désormais que « sauf convention contraire, les époux perdent tous les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage et depuis qu'ils ont contracté mariage ». Or les prestations de contrats d'assurances-vie au profit d'un époux sont visées par l'article 299 quand elles sont une donation indirecte, ce qu'elles sont en principe, sauf quand elles constituent une mesure de prévoyance à titre onéreux (422). L'article 134 de la loi du 25 juin 1992 n'est donc plus compatible avec cette disposition mais n'a pas été adapté par négligence du législateur. Il faut préciser que l'article 108 de la loi sur le contrat d'assurance limite l'application de l'article 299 du Code civil aux cas où le conjoint est nominativement désigné comme bénéficiaire (423). Dans cette hypothèse, il faut dorénavant considérer que la déchéance est le principe, mais que les époux ont la faculté de maintenir le bénéfice

---

(422) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 522, n° 514 ; F. BUYSENS, Y.-H. LELEU, « Les assurances-vie », in *Régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Kluwer, f. mob., t. VI.2, p. 14, n° 71. A apprécier *in concreto* : N. TORFS, « Levensverzekering en erfrecht. Stand van zaken na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 16 december 2010 », note sous C. Const., 16 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 216. Comp. : C. DEVOET, « Assurance-vie, mariage et divorce », *Rev. not. b.*, 2002, pp. 608-609, n° 166. Selon cet auteur, « une donation indirecte par assurance-vie au profit du conjoint ne cesse pas d'être une libéralité sous le prétexte que l'opération constitue un acte de prévoyance normal au sein d'un ménage ». Voy. également du même auteur : « Libéralités, épargne par assurance-vie et fiscalité », *R.G.F.*, septembre 2008, pp. 21 et s.

(423) Lorsque le conjoint n'est pas nominativement désigné comme bénéficiaire, le bénéfice du contrat est attribué à la personne qui a cette qualité lors de l'exigibilité des prestations (art. 108, al. 2, L. du 25 juin 1992).

au conjoint dans les conventions préalables, ce qui n'est que rarement conseillé.

Ensuite, il convient de négocier la transaction sur les prestations d'assurance-vie en connaissance de leur statut en régime de communauté(424), modifié pour de nombreuses formes d'assurance-vie par l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 26 mai 1999(425) et pour l'assurance-groupe par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juillet 2011(426). Si le contrat qualifié assurance est une opération d'épargne(427), les prestations échues et/ou la valeur de rachat du contrat seront communes, et non propres comme le prescrivait l'article 127 de la loi du 25 juin 1992, censuré par la Cour, à deux reprises.

La Cour constitutionnelle vient en effet de confirmer sa jurisprudence de 1999 pour l'assurance-groupe souscrite par l'employeur en vue de garantir une pension complémentaire à l'époux travailleur lorsqu'il aura atteint l'âge de la retraite et dont les cotisations étaient financées par l'employeur (volet obligatoire de l'assurance-groupe)(428). Elle considère que dès lors que l'assurance-groupe vise à obtenir un revenu complémentaire, les prestations sont de l'épargne, et sont communes sur la base de l'article 1405, 1°, du Code civil (attendu B.8.3.). Cette précision par la Cour du fondement de la qualification commune est intéressante et différente de

(424) Sur la problématique en régime de séparation de biens : Y.-H. LELEU, « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 26 mai 1999 et le régime de la séparation de biens », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Liège, éd. Jeune Barreau, 2000, p. 121.

(425) C.A., 26 mai 1999, n° 54/99, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1456, *Bull. Ass.*, 1999, p. 474, note Y.-H. LELEU et D. SCHUERMANS, *Rev. not. belge*, 1999, p. 710, *E.J.*, 2000, p. 22, note F. BUYSSENS, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 691, note, *T. Not.*, 2000, p. 257, *R.W.*, 1999-2000, p. 295, *R.D.C.*, 1999, p. 849, note K. TERMOTE. Rappr. en ce qui concerne la réduction (non le rapport) successorale des prestations : C. const., 26 juin 2008, n° 96/2008, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 153, note E. de WILDE d'ESTMAEL, *For. Ass.*, 2008, p. 189, note C. SCHILDERMANS, *J.T.*, 2008, p. 601, *R.G.A.R.*, 2008, n°14.450, note P. MOREAU, *Rec. gén. enr. not.*, 2008, p. 312, note G. RASSON, *Rev. not. belge*, 2008, p. 574, note E. de WILDE d'ESTMAEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1065, *R.W.*, 2008-2009, pp. 44 et 1255, *R.D.C.*, 2008, p. 757, note K. TERMOTE, *T. Fin. R.*, 2009, p. 51, note M. LENS, *T. Not.*, 2008, p. 584, note C. SCHOCKAERT, *Bull. Ass.*, 2008, p. 305, note J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT ; *adde* notre interprétation de la portée de cet arrêt, partagé par une majorité de commentateurs d'orientation civiliste : Y.-H. LELEU et J.-L. RENCHON, « Assurances vie et réserve héréditaire : égalité et solidarité ? », *J.T.*, 2008, p. 597.

(426) C. const., 27 juillet 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 202 (somm.), *J.T.*, 2012, *Droits de succession*, 2011, liv. 11, p. 1, *R.A.B.G.*, 2011, p. 1353, note C. HENDRICKX, *T. not.*, 2011, p. 595, note J. DU MONGH, *Bull. ass.*, 2011, p. 384, note C. DEVOET. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU et L. ROUSSEAU, « Le capital d'une assurance-groupe : une épargne commune », *J.T.*, 2012, à paraître.

(427) *Contra*, à tort selon nous : C. DEVOET, « Assurance-vie, mariage et divorce », *Rev. not. belge*, 2002, p. 546 ; J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT et G. RASSON, *Assurance vie des particuliers*, Malines, Kluwer, 2009, p. 416.

(428) C. const., 27 juillet 2011, précité.

celle préconisée à la suite à l'arrêt du 26 mai 1999. Si la Cour limite son contrôle aux assurances-groupes obligatoires, nous sommes d'avis que la qualification d'épargne doit, a fortiori, s'appliquer au volet volontaire éventuel de ce type d'assurances (primes versées en complément par l'affilié) (art. 1405, 4° C.civ.) (429).

Si les parties ne sont pas avisées par les rédacteurs des conventions de ces qualifications, contrairement aux textes des articles 127 et 128 précités, la transaction risque d'être entachée d'erreur ou, pire, d'un dol, sans préjudice de la responsabilité professionnelle des conseils (430). On évitera particulièrement une transaction globale laissant « en l'état » contrats et prestations au bénéfice de leurs titulaires sans référence expresse à la jurisprudence constitutionnelle (431).

#### e. *Dettes, récompenses et créances*

**17. OBJET ET PORTÉE DES CONVENTIONS PRÉALABLES.** L'enjeu principal du règlement du passif est d'en obtenir la reprise par l'un des époux, plus particulièrement celle du solde d'un emprunt hypothécaire. Les conventions relatives au passif lient les époux sur le plan de la contribution, mais ne sont pas opposables aux créanciers. La collaboration de ces derniers est donc souhaitable, soit en vue d'une remise de la part de dette d'un des conjoints (art. 1285), soit, plus modestement, en vue de sa désolidarisation (art. 1210) (432).

**18. RÉCOMPENSES ET CRÉANCES ENTRE ÉPOUX.** Pour la conclusion des conventions préalables, contrairement à ce qui doit se produire dans une liquidation-partage après un divorce contentieux,

---

(429) En ce sens : Y.-H. LELEU, L. ROUSSEAU, note sous C. const., 27 juillet 2011, *J.T.*, 2012, à paraître. S. LOUIS, « Capital d'assurance-groupe : bien propre ou bien commun ? », note sous Civ. Liège, 16 février 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1163, n° 4.

(430) Voy. à ce sujet, et sur la responsabilité professionnelle : Y.-H. LELEU, « La mise en œuvre par le notaire et le juge du nouveau statut de certaines prestations d'assurance-vie entre les époux communs en biens », in *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 362-363, n° 35 ; rapp. : H. CASMAN, "Levensverzekering en huwelijk", p. 11 ; N. TORFS, "Enkele bedenkingen bij de begunstiging van de levensverzekering, de regelingsakte en de echtscheiding door onderlinge toestemming", p. 183.

(431) Proposant cette clause, de plus en plus risquée du point de vue de la responsabilité professionnelle : J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT et G. RASSON, *Assurance vie des particuliers*, op. cit., p. 422.

(432) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 537, n° 555 et note n° 546.

le compte de récompenses (art. 1432-1436) ne doit être dressé qu'à titre informatif et se solde par un règlement forfaitaire.

Il est néanmoins nécessaire de l'établir en vue de donner aux parties une information complète avant transaction, à peine de responsabilité du praticien conseil. Il y a lieu à cet égard de tenir compte de la jurisprudence récente de la Cour de cassation relative à l'entrée de fonds en communauté (art. 1434)(433) et à la revalorisation des récompenses en cas de remboursement de dettes propres (art. 1435)(434).

Certaines pratiques négligent d'établir le compte de récompense lors des négociations des conventions préalables, ce qui est, outre un manquement au devoir de conseil, une contradiction de l'enseignement de la Cour de cassation. Dans l'arrêt du 17 septembre 2007(435), la Cour a en effet jugé que les récompenses entre patrimoines sont « inhérentes au régime de communauté ». Elle a, en présence d'un contrat de mariage qui présume les comptes de récompenses établis au jour le jour, confirmé la nullité de la clause qui exclut la preuve contraire de cette présomption ou qui exclut l'établissement de comptes compensatoires à la dissolution du régime, parce que cette

(433) Cass., 21 janvier 2011, *R.A.G.B.*, 2011, p. 946, note A. RENIERS. Dans cet arrêt, la Cour juge que « les fonds propres versés sur un compte commun entrent, sauf preuve contraire, dans le patrimoine commun » et que « le patrimoine commun est redevable d'une récompense chaque fois que des fonds propres y sont entrés ». Pour un commentaire de cet arrêt et de la jurisprudence antérieure : J. LARUELLE, in Y.-H. LELEU (éd.), *Droit patrimonial des couples*, Collection Chroniques notariales, vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 288-292, n<sup>os</sup> 60-61.

(434) Cass., 24 février 2011, *J.T.*, 2011, p. 729, note I. SCHUERMANS et A.-L. VERBEKE, *T. fam.*, 2011, p. 190, note K. BOONE, *Rev. not. b.*, 2011, p. 881, note Y.-H. LELEU et J. LARUELLE et Cass., 18 mars 2011, *J.T.*, 2011, p. 725, note I. SCHUERMANS et A.-L. VERBEKE, *T. fam.*, 2011, p. 193, note K. BOONE, *Rev. not. b.*, 2011, p. 887, note Y.-H. LELEU et J. LARUELLE. Dans cet arrêt, la Cour adopte une interprétation large de l'article 1435, alinéa 2, du Code civil : le remboursement à l'aide de fonds communs d'un emprunt contracté pour l'acquisition, l'amélioration ou la conservation d'un bien propre donne lieu à une récompense pour le patrimoine commun qui doit être revalorisée en fonction de la plus-value acquise par le bien. Voy. également sur cette question : C. Const., 16 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 340, note J. LARUELLE, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 4, note Ch. DECLERCK, *R.W.*, 2010-2011, p. 1469, note A. AYDOGAN-ALTUNBAY, *R.A.G.B.*, 2011, p. 359, *J.T.*, 2011, p. 724, note I. SCHUERMANS, A.-L. VERBEKE, *T. fam.*, 2011, p. 189, note K. BOONE.

(435) Cass., 17 septembre 2007, *NjW*, 2007, p. 797, note G. DE MAESENEIRE, *Pas.*, 2007, p. 1523, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 562 (somm.), note et p. 1300, *R.W.*, 2007-08, p. 534, note J. DU MONGH et C. DECLERCK, *T. fam.*, 2008, p. 72, note K. BOONE. Voy. également : A. NOTTET, « Les conventions matrimoniales », in Y.-H. LELEU (éd.), *Le droit patrimonial des couples*, Collection Chroniques notariales, vol. 48, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 231, n<sup>o</sup> 74 ; J. DU MONGH et C. DECLERCK, « Het vergoedingsbeding in een gemeenschapsstelsel na het cassatiearrest van 17 september 2007 », in *Patrimonium 2008*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 231 ; Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in *Patrimonium 2009*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 209.

clause « porte atteinte aux caractéristiques essentielles du régime de communauté qui protège les intérêts des deux époux ».

Il en va de même du devoir d'information du notaire pour les créances entre époux (art. 1450), en particulier celles d'époux séparés de biens résultant d'investissements consentis dans des immeubles ou d'un déséquilibre entre les contributions respectives aux charges du mariage (art. 221)(436).

Est notamment questionnée par la jurisprudence et la doctrine, la portée des clauses de présomption de règlement de comptes entre époux au jour le jour à défaut d'écrit. Nous critiquons en effet l'irréfragabilité de fait instaurée par une telle présomption de comptes, puisqu'un compte qui existe entre époux, mais qui ne peut être établi par écrit, le sera généralement par la preuve d'un enrichissement sans cause. Or un tel compte ne saurait être présumé réglé sauf si le créancier prouve par écrit qu'il n'est pas réglé(437). Autrement dit, en l'absence d'écrit mais en présence d'un compte, les époux doivent pouvoir apporter la preuve par tous moyens, présomptions comprises, qu'il n'y a pas eu de règlement de ce compte et qu'il doit être réglé à la dissolution du régime(438). Tout comme dans

---

(436) Voy. not. Y.-H. LELEU, « Liquidation des créances et récompenses au titre d'investissements immobiliers », in H. CASMAN, Y.-H. LELEU et A. VERBEKE (éds.), *Le droit des régimes matrimoniaux en pratique*, Collection Le droit patrimonial de la famille sans préjugés, vol. 1, Malines, Kluwer, 2002, p. 39 ; 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*, Chr. BIQUET-MATHIEU e.a. (éd.), Bruxelles, Larcier, 2005, p. 443.

(437) Rappr. : Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Entre liberté et contraintes normatives, Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 84, n° 5. Sur cette problématique : J.-L. SNYERS, in G. BAETEMAN, J. GERLO et W. PINTENS, C. DECLERCK, G. DEKNUDT, J. DU MONGH, A. MAELFAIT et J.-L. SNYERS, "Overzicht van rechtspraak. Huwelijksvermogensrecht (1996-2002)", *T.P.R.*, 2003, p. 1762, n° 360. Voy. également H. CASMAN, *Régimes matrimoniaux, Séparation de biens*, t. IV, Kluwer, 1997, pp. 2-15 ; Ph. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 332, n° 257 ; J. GOEMAERE, « Les comptes entre époux : les clauses de présomption », in *La liquidation des régimes de séparation de biens*, Ed. du jeune barreau de Liège, 2000, p. 43, n° 23. Cette thèse s'impose pour contrer l'effet absurde et inéquitable d'une jurisprudence qui pourrait se développer suite à un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 8 juin 2010 (Mons, 8 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2011, p. 15, *Rev. not. belge*, 2011, p. 352, note F. DEGUEL, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 747, note N. BAUGNIET) : bien que même soutenant que ladite clause est réfragable, la cour adopte un raisonnement qui conduit à une irréfragabilité de fait de la clause, estimant que cette clause porte une volonté de solder les comptes sauf écrit contraire et, par conséquent, est la cause d'un enrichissement dont un époux voulait restitution sur la base de l'enrichissement sans cause. Pour plus de détails, voy. not. F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », note sous Mons, 8 juin 2010, *Rev. not. belge*, 2011, pp. 356-367 ; Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Entre liberté et contraintes normatives, Le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 81-93.

(438) Dans le même sens : Ph. DE PAGE, « Le compte des récompenses et son aléatoire règlement conventionnel », in W. PINTENS, J. DU MONGH et C. DECLERCK (éds.), *Patrimonium*

le cadre d'un régime de communauté, il convient par conséquent d'être particulièrement attentif à cette possibilité de comptes entre époux séparés de biens lors des transactions menées dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel.

f. *Décès d'un époux en cours d'instance*

**19. PACTE SUCCESSORAL AUTORISÉ.** L'article 1287, alinéa 3, du Code judiciaire oblige(439) les époux à convenir du sort de leurs droits successoraux ab intestat (art. 745*bis*) et réservataires (art. 915*bis*) pour le cas où l'un d'eux décèderait en cours de procédure(440). En règle générale, ils suppriment tout droit successoral dès le début de la procédure(441).

Des circonstances exceptionnelles peuvent cependant justifier le maintien de certains droits, par exemple la présence d'héritiers éloignés ou le risque que le conjoint survivant nécessiteux ne réclame une créance alimentaire contre la succession du prémourant (art. 205*bis*).

Une vive controverse a divisé doctrine et jurisprudence quant à la date à laquelle la convention visée à l'article 1287, alinéa 3, prend effet : dès sa signature ou lors du dépôt de la requête en divorce ? La question n'était pas sans importance si le décès survenait entre ces deux dates. Selon un courant doctrinal majoritaire, auquel nous nous rallions, la clause de renonciation aux droits successoraux produisait ses effets dès la signature des conventions préalables ; une minorité d'auteurs soutenaient que la convention prenait effet lors du dépôt de la requête.

2009, Anvers, Intersentia, 2009, p. 217, n° 12 et « La séparation de biens – Jurisprudences récentes », in *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 215 ; F. DEGUEL, « Les (clauses relatives aux) comptes entre ex-époux séparés de biens et l'enrichissement sans cause », *Rev. not. belge*, 2011, p. 363, n° 7.

(439) Civ. Turnhout, 23 novembre 1995, *Turnh. rechtsl.*, 1994-1995, p. 106 ; Civ. Oudenaarde, 28 mai 1991, *T. Not.*, 1991, p. 388, note J.-L. RENS ; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, Deel I, Personenrecht Familierecht, 3<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2009, p. 230, n° 336 ; S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 85, n° 107.

(440) Pour une analyse approfondie : P. DELNOY, « Succession légale du conjoint et divorce », *Rev. not. belge*, 2009, p. 282.

(441) Des circonstances exceptionnelles peuvent justifier le maintien de certains droits (ex. : héritiers éloignés ; risque d'indigence alimentaire du conjoint survivant – art. 205*bis*).

La Cour de cassation a tranché dans un arrêt du 6 mars 2009 (442), confirmant un arrêt de la cour d'appel de Gand du 3 mai 2007. Dans cette affaire, le mari s'était suicidé entre la signature des conventions et le dépôt de la requête. La cour d'appel a suivi la thèse minoritaire, et privé d'effets la renonciation de l'épouse à ses droits successoraux. Elle considérait que les conventions préalables n'ont aucune existence propre et ne trouvent leur raison d'être que dans l'introduction ultérieure de la procédure, et dans le divorce qui sera prononcé à la suite de celle-ci. Or cette procédure ne prend cours qu'avec le dépôt au greffe de la requête en divorce. La cour d'appel se fondait aussi sur le libellé de l'ancien alinéa 4 de l'article 1287 (abrogé par la loi du 27 avril 2007) en vertu duquel les conventions préalables sont « sans effet en cas d'abandon de la procédure », et en a déduit que l'accord successoral était nécessairement conclu sous la condition (suspensive) de l'introduction de la procédure. Elle estimait enfin que l'article 1287, alinéa 3, du Code judiciaire était une exception à l'article 1130, alinéa 2, du Code civil interdisant les pactes sur succession future et devait donc être interprété strictement.

La Cour de cassation énonce clairement que « l'acte prévu par l'article 1287, alinéa 3, du Code judiciaire ne peut avoir d'effet si, au moment du décès d'un des conjoints, la procédure n'a pas été introduite par le dépôt d'une requête conformément à l'article 1288*bis* du Code judiciaire ». Elle fait référence, dans sa motivation, à l'article 1287, alinéa 4, du Code judiciaire relatif à l'abandon de la procédure tel que rédigé avant la loi du 27 avril 2007. M. Pire (443) estime que la solution demeure malgré que l'ancien 4<sup>ème</sup> alinéa est abrogé car cette abrogation accompagne le mécanisme mis en place par l'article 1294*bis* du Code judiciaire en cas d'abandon de procédure (« passerelle » vers le divorce pour désunion irrémédiable ; *infra*, n° 45-46). Dans cette hypothèse, les conventions conservent en effet une certaine efficacité dans la mesure où elles lient les parties à titre provisoire. Le principe de caducité des conventions en cas d'abandon de la procédure régit dès lors toujours les aspects définitifs, tels que les clauses relatives aux effets successoraux du mariage.

---

(442) Cass., 6 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1299, note F. TAINMONT, *T. Fam.*, 2009, p. 103, note F. BUYSENS, *T. not.*, 2009, p. 355, note M. PUELINCKX-COENE, *R.G.D.C.*, 2009, p. 353, note K. BOONE, *Juristenkrant*, 2009, liv. 195, p. 1 ; *Arr. Cass.*, 2009, p. 741, *Pas.*, 2009, liv. 3, p. 668, *R.W.*, 2009-10, p. 1736, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 950 (somm.), note.

(443) D. PIRE, « Divorce par consentement mutuel », in Y.-H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, vol. 52, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 92, n° 89.

Il faut en conséquence conseiller de déposer rapidement la requête si l'exhérédation est un objectif des parties, en particulier si un des conjoints, vu son état de santé, pourrait décéder en cours d'instance. L'article 915*bis*, § 3, du Code civil prévoit en outre la possibilité d'exhérer son conjoint par testament en cas de séparation de fait de plus de 6 mois. Le législateur a toutefois prévu que « cette disposition n'est pas applicable lorsque les époux ont établi la convention prévue à l'article 1287, alinéa 3, du Code judiciaire ». Selon Mme Tainmont, l'on peut déduire de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2009 que l'exhérédation conforme à l'article 915*bis*, § 3 reste effective jusqu'au dépôt de la requête en divorce (444). A défaut, les époux perdraient en effet la faculté de s'exhérer pour la période entre la signature des conventions et l'introduction de la procédure.

En pratique, on rencontre encore la clause par laquelle les époux stipulent que l'accord sur les droits successoraux prendra effet dès la signature des conventions ; cette clause doit être considérée comme nulle.

**20. AVANTAGES MATRIMONIAUX ET LIBÉRALITÉS.** Les avantages matrimoniaux et les institutions contractuelles stipulées dans le contrat de mariage ne sont plus visés par l'article 1287 du Code judiciaire, mais sont frappés de déchéance dès le prononcé définitif du divorce, sauf convention contraire (art. 299) (445). La loi du 27 avril 2007 a étendu la déchéance de principe des avantages matrimoniaux au divorce par consentement mutuel. Mais les époux conservent la faculté de maintenir ces avantages par convention (sur le sort des prestations d'assurances-vie, *supra*, n° 16). Un tel maintien peut se justifier en cas de divorce, par exemple pour compenser des inégalités en terme de capacité à promériter des revenus durant le mariage ou encore pour rendre acceptable l'adoption d'un régime communautaire en présence d'un différentiel important de revenus entre les époux (446). En cas de divorce

---

(444) F. TAINMONT, note sous Cass., 6 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1308. Dans le même sens : M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Anvers, Kluwer, 2011, p. 169, n° 159.

(445) Pour plus de détails : F. BUYSSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", pp. 18 et s. ; S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *op. cit.*, pp. 134 et s. ; G. VERSCHULDEN, "De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – de scheiding van tafel en bed – de huwelijksvoordelen", *T. Fam.*, 2007, p. 160, n° 76.

(446) Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in *Le défi du notaire*, Bruxelles, Larquier, 2011, p. 97, n° 19.

par consentement mutuel, ce maintien éventuel s'inscrira dans le cadre de la transaction globale sur les droits et devoirs des époux.

Les legs et les institutions contractuelles stipulées hors contrat de mariage demeurent révocables, avec effet immédiat (447). La révocation d'un legs peut intervenir dans le règlement transactionnel, mais doit revêtir la forme notariée si le testament révoqué est olographe (art. 1035) (448), et en outre respecter les solennités prescrites par la loi de ventôse (art. 9, 1<sup>o</sup>, a) si le testament est authentique.

Les donations entre époux de biens présents sont révocables *ad nutum* (art. 1096) (449) avant et après le divorce (450).

L'article 299 tel que modifié par la loi du 27 avril 2007 est d'application immédiate aux conventions matrimoniales antérieures à son entrée en vigueur. La clause de maintien des avantages matrimoniaux stipulée dans les conventions préalables était valide sous l'ancien droit et continuera à sortir ses effets sous le droit nouveau (451).

---

(447) Les institutions contractuelles stipulées dans le contrat de mariage ne sont frappées de déchéance qu'au jour du divorce (art. 299).

(448) H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII/2, Les testaments, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 1347, n<sup>o</sup> 1192.

(449) P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », in *Liber Amicorum Gustaaf Baeteman*, Anvers, Kluwer, 1996, p. 85, n<sup>o</sup> 7 ; M. EECKHAUTE, « De la forme de la révocation des donations entre époux par la volonté unilatérale du donateur et du sort de la révocation des donations entre époux contenues dans un acte nul », *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, pp. 374-375.

(450) Le caractère transactionnel du règlement des droits respectifs des époux n'emporte pas renonciation à révoquer les donations intervenues entre eux (P. DELNOY, « Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux », *op. cit.*, pp. 88-89, n<sup>o</sup> 10).

(451) Quid en l'absence d'une telle clause ? Selon Mme TORFS, lorsque sous l'empire du droit ancien aucune clause de maintien des avantages matrimoniaux n'a été prévue ni dans le contrat de mariage, ni dans les conventions préalables, et que le divorce est prononcé sous la loi nouvelle, cette clause doit être considérée comme faisant implicitement partie des conventions préalables conclues sous le droit ancien. On y appliquera donc le principe de droit transitoire selon lequel les contrats conclus sous le droit ancien doivent être respectés, l'avantage devant donc être maintenu : N. TORFS, "Levensverzekeringen tussen echtgenoten, de wet op de landverzekeringsovereenkomsten en de nieuwe echtscheidingswet", *T. Not.*, 2008, p. 582. Il n'en va pas de même en ce qui concerne l'ancien divorce pour faute : une clause nulle sous le droit ancien ne peut produire d'effet sous le droit nouveau qui la valide. Voy. sur ces questions : P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1961, p. 190 ; Y.-H. LELEU, « Le droit transitoire », in Y.-H. LELEU et D. PIRE (éds.), *La réforme du divorce*, Bruxelles, Larcier, 2007, n<sup>o</sup> 45 ; F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *N.F.M.*, 2008, n<sup>o</sup> 68.

g. *Résidence des époux*

**21. LIBERTÉ.** Les époux doivent mentionner leur résidence respective durant la procédure (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, C. jud.), mais ne sont pas tenus de résider séparément. Cette situation n'est pas sans incidence sur l'application du régime matrimonial primaire (ex. : art. 215 et 222). En cas de changement d'adresse, ils seront avisés de prévenir le greffe du tribunal et le conjoint, et de modifier ces mentions de leurs conventions, sous peine d'entendre rejeter leur demande (art. 1288bis, al. 3, C. jud.) (452).

h. *Pension alimentaire entre époux*

**22. NATURE DE LA CONVENTION.** Les époux ne sont nullement tenus de convenir l'octroi d'une pension au profit de l'un d'eux pendant la procédure et/ou après le divorce. En vue de favoriser un « *clean break* », il est à notre avis préférable, dans la mesure des moyens disponibles, de ne pas en convenir et d'agir sur la répartition des biens. La loi impose seulement que les conventions préalables précisent la position des époux à ce sujet.

À notre avis, si telle est l'intention des époux, une renonciation expresse est recommandée. La jurisprudence fournit un exemple d'interprétation d'une clause trop elliptique : la clause des conventions prévoyant que l'épouse continuera à travailler au sein de l'entreprise dirigée par son ex-mari jusqu'à l'âge de la pension a été considérée comme portant un engagement de l'époux à lui assurer un revenu équivalent à celui qu'elle touchait en tant qu'employée dans ladite entreprise (453).

S'ils le décident, le montant et les modalités de paiement et d'exécution (454) de la pension sont fixés librement, de même que son indexation et ses causes de variation éventuelles (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, C. jud.). La loi qui évoque ces deux derniers aspects a un rôle pédagogique (455).

(452) Rapp. : Civ. Hasselt, 23 mai 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 413.

(453) Bruxelles, 18 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 251 (somm.), *NjW*, 2007, p. 518, note G.V

(454) Une délégation de sommes doit être expressément stipulée (J.P. Bastogne, 12 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1221). Voy. D. PIRE, « Divorce par consentement mutuel. Aspects personnels : les conventions relatives aux pensions entre époux », *R.G.D.C.*, 2001, pp. 485 et s.

(455) L'absence de toute mention relative à l'indexation et aux causes de variation ne vicie pas la convention (*contra* : J.-F. TAYMANS, « La modification des conventions préalables », *in*

Les époux peuvent convenir une pension alimentaire sous forme d'avantages en nature (ex. : mise à disposition d'un logement dans un bien de l'autre époux ou maintenu indivis, usage d'une voiture). Les conventions préalables organiseront avec précision la forme juridique de cet engagement (ex. : bail, commodat, usufruit,...) en veillant aux incidences fiscales et à celles d'une nouvelle relation affective du créancier(456).

La pension est conventionnelle et, partant, soumise au principe de la convention-loi (art. 1134, al. 1<sup>er</sup>)(457).

Avant la réforme de 2007, et pour toutes les anciennes conventions préalables (*infra*, n° 25), en l'absence de stipulation contraire (*infra*, n° 23) ou de modification amiable ultérieure, la convention ne pouvait être révisée unilatéralement après le prononcé du divorce(458) et était transmissible aux héritiers du débiteur. Ni l'équité(459), ni la théorie de l'imprévision(460), ni la force majeure(461) ne permettaient au juge d'atténuer la force obligatoire des conventions et de modifier la pension. Il n'y avait là, selon la Cour d'arbitrage, aucune discrimination par rapport aux époux divorcés pour cause déterminée(462).

C'est sans compter sur l'application de la théorie de l'abus de droit(463). Conformément au droit commun, déterminer si une

---

*La réforme du divorce*, M. GRÉGOIRE et P. VAN den EYNDE (éds.), Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 1994, pp. 70-71, n° 8).

(456) Sur ces incidences fiscales, voy. not. M.-C. VALSCHAERTS, « La fiscalité familiale », *Rép. not.*, t. XV, l. IV/1, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 119 et s.

(457) Cass., 20 avril 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 95 et 1095, *E.J.*, 2006, p. 100, note C. AERTS, *Pas.*, 2006, p. 884, *R.A.B.G.*, 2007, p. 143, *R.G.D.C.*, 2009, p. 34.

(458) Cass., 21 juin 1991, *J.T.*, 1992, p. 75, *T. Not.*, 1992, p. 256, note A. VERBEKE, *Pas.*, 1991, I, p. 926, *R.W.*, 1991-1992, p. 547 ; Civ. Bruges, 2 février 2007, *T.G.R.*, 2007, p. 303, *T.W.V.R.*, 2007, p. 303, note S. VANDENABEELE.

(459) Cass., 20 avril 2006, *E.J.*, 2006, p. 100, note C. AERTS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1095 (somm.), *R.A.B.G.*, 2007, p. 143, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 95, *R.G.D.C.*, 2009, p. 34 ; Cass., 15 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 177, *J.T.*, 1988, p. 143, *R.W.*, 1987-1988, p. 1506 ; F. BUYSENS, "De wijzigbaarheid van de uitkering tussen echtgenoten na EOT", note sous Bruxelles, 14 décembre 2000, *E.J.*, 2002, p. 39 ; N. GALLUS, *Les aliments*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 265.

(460) Civ. Gand, 17 octobre 1990 et 17 mai 1993, *J.J.P.*, 1994, p. 169 ; N. GALLUS, *Les aliments*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 267 ; D. PIRE, « Aspects personnels : les conventions relatives aux pensions entre époux », in *Divorce par consentement mutuel*, vol. XXII, Liège, CUP, 1998, pp. 60 et s. ; G. VERSCHULDEN, "Relitigatie na echtscheiding door onderlinge toestemming", in *Echtscheiding 2009-2010*, G. VERSCHULDEN (ed.), Kluwer, Mechelen, 2010, p. 67, n° 36.

(461) N. GALLUS, *Les aliments*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 266.

(462) C.A., 2 juillet 2003, n° 96/2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 99.

(463) Soit dit en passant, l'abus de droit permet de sortir d'une autre impasse en droit patrimonial des couples : la prétendue impossibilité de sortir unilatéralement d'indivision

personne abuse ou non de son droit requiert d'examiner la manière dont elle exerce son droit, et donc de s'assurer qu'elle le fait sans excéder manifestement l'exercice normal de ce droit(464). Il y a par conséquent un abus de droit notamment lorsqu'un droit est exercé uniquement dans le but de causer un préjudice au débiteur du droit(465). Il peut également y avoir abus de droit lorsqu'une personne exerce son droit en l'absence de motif légitime, en choisissant le mode d'exercice le plus préjudiciable sans véritable utilité pour elle ou encore en causant une disproportion entre son intérêt et l'intérêt préjudicié du débiteur du droit.

Transposé au divorce par consentement mutuel, cela implique que si un ex-époux ne démontre pas dans quelle mesure son ex-épouse abuse de son droit en demandant seulement le respect des conventions préalables, et plus particulièrement les stipulations relatives à la pension alimentaire, il n'y a pas d'abus et la suppression ou la réduction ne peut être accueillie(466).

La Cour de cassation le confirme et a eu l'occasion de préciser, dans deux arrêts des 20 avril 2006 et 14 octobre 2010, que la pension alimentaire convenue dans les conventions préalables était soumise au droit des obligations, ce qui implique que, comme tout contrat, elle doit être exécutée de bonne foi et sans abus(467).

Dans l'arrêt du 20 avril 2006, la Cour constate que le jugement attaqué ne relevait notamment(468) pas que l'ex-épouse abusait de

---

lorsque le bien est concerné par une clause d'accroissement. Voy. Mons, 12 janvier 2010, inédit, cité par F. DEGUEL, « Le droit patrimonial des couples », in Y.-H. LELEU, *Chroniques notariales*, vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 392, n° 128 ; J.-F. ROMAIN, « Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement », in P. LECOCQ, (éd.), *La copropriété*, Collection CUP, vol. 113, Liège, Anthémis, 2009, pp. 72 et s., n° 30-3. En ce sens déjà, P.-A. FORTIERS, « La caducité revisitée, A propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 678, n° 14.

(464) Cass., 10 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 996, *T.G.R.*, 2005, p. 114 ; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689, concl. GENICOT, *J.T.*, 2009, p. 392, *R.G.D.C.*, 2010, p. 130, note J. GERMAIN.

(465) Voy. not. S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, p. 40 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Chroniques de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 707, n° 45. Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Introduction, Sources des obligations (première partie), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 52 et s.

(466) Des juridictions de fond se sont prononcées en ce sens : Civ. Bruxelles, 19 octobre 2010, *R.A.B.G.*, 2011, p. 352, note S. BROUWERS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 778 (somm.).

(467) Cass., 20 avril 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, pp. 95 et 1095, *E.J.*, 2006, p. 100, note C. AERTS, *Pas.*, 2006, p. 884, *R.A.B.G.*, 2007, p. 143, *R.G.D.C.*, 2009, p. 34 ; Cass., 14 octobre 2010, *Act. dr. fam.*, 2012, 156, note A.-Ch. VAN GYSEL, *Juristenkrant*, 2011, p. 3, *R.A.B.G.*, 2011, p. 902, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 49.

(468) La Cour estime que le jugement ne considérait pas non plus que l'exécution de la convention était devenue impossible ou que les parties avaient prévu dans leur convention une possibilité de révision. Le jugement avait en effet considéré qu'en raison de circonstances

son droit en demandant la simple exécution des conventions préalables. Le juge ayant accepté de réduire la pension à la demande de l'ex-mari, elle casse le jugement pour violation de l'article 1134 du Code civil.

En revanche, dans l'arrêt du 14 octobre 2010, la Cour décide que le jugement attaqué a valablement pu considérer que demander la poursuite de l'exécution des conventions préalables était constitutive d'un abus de droit et, par conséquent, ordonner la suppression de la pension alimentaire conventionnelle. Dans cette affaire, une pension d'un montant mensuel de 8.500 BEF (soit 210,71 €) avait été convenue en 1979 et s'élevait désormais, en raison de l'indexation, à la somme mensuelle de 568,97 €. Dans le même temps, les revenus du débiteur ont évolué vers 1.040,49 € par mois, tandis que ceux de l'ex-épouse s'élevaient à 1.050,10 € par mois. Le jugement attaqué avait en outre constaté que (a) la convention était ancienne de près de 30 ans, (b) l'ex-épouse a formé un nouveau ménage, (c) elle bénéficie de revenus personnels équivalents à ceux de son ex-époux, (d) le paiement de la pension alimentaire grève le revenu de ce dernier au point de ne lui laisser que des ressources inférieures au revenu d'intégration sociale pour une personne isolé et enfin (e) rien n'indique que la situation soit d'une quelconque manière imputable à l'ex-mari. La Cour confirme ce raisonnement longuement motivé en fait, ce qui nous fait supposer qu'elle demeure encore restrictive dans l'application de la théorie de l'abus de droit en cette matière.

Un apport notable de la réforme de 2007 a été de permettre au juge, sauf si les parties ont convenu expressément le contraire, d'augmenter, réduire ou supprimer la pension conventionnelle après le prononcé du divorce (art. 1288, al. 3, C. jud.). Le demandeur doit établir des circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties, rendant le montant de cette pension inadapté (*infra*, n° 24).

**23. VARIATIONS CONVENTIONNELLES.** Si les époux conviennent d'une pension alimentaire, il est conseillé de prévoir l'indexation

---

nouvelles non prévues, l'exécution du contrat était devenue *manifestement plus difficile* pour le débiteur et que la bonne foi requiert une diminution. La modification des pensions alimentaires pour non exécution de *bonne foi* des conventions n'a pas encore été exprimée par la jurisprudence, à tort selon nous.

de celle-ci selon un indice et une fréquence précis. À défaut, la pension ne sera pas indexée.

Comme causes de variation ou de suppression, les époux devraient retenir des événements à incidence patrimoniale probable tels que, chez le créancier, le décès, le remariage ou une nouvelle relation affective (469), et chez le débiteur, une diminution importante et involontaire de revenus (470), la maladie ou la mise à la retraite (471). Cette variabilité doit être précisée quant à ses modalités : proportionnelle, forfaitaire, par paliers ou encore par renvoi aux critères légaux en matière alimentaire (472).

La suppression de la pension pour cause de remariage ou de nouvelle union du créancier a donné lieu à un contentieux important, principalement dû à l'imprécision des conventions.

Ainsi, selon une certaine jurisprudence, si la clause de déchéance vise le remariage, elle n'est pas applicable en cas d'union libre (473). En revanche, les termes « union libre » ou « concubinage » peuvent ne pas s'appliquer à une relation affective sans portée économique (474). A notre avis, une déchéance imprudemment limitée au remariage doit être interprétée restrictivement, mais conformément à sa raison d'être, en manière telle que toute nouvelle relation affective, si elle entraîne en fait et au profit du créancier, un partage de ressources ou un réajustement de charges, justifie, dans cette mesure, à tout le moins la suspension de la pension

(469) Civ. Liège, 14 février 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 336 (somm.) ; J.P. Tournai, 22 mai 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 500 ; J.P. Bruges, 10 juillet 2006, *T.G.R.*, 2007, p. 6. Voy. *infra*, note 579.

(470) Anvers, 8 janvier 2003, *NjW*, 2003, p. 1224, note RdC, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 780 (somm.) (le décès du débiteur équivaut à une perte de revenus) ; Civ. Bruxelles, 22 mai 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 704 ; Civ. Bruxelles, 25 septembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 257.

(471) Civ. Bruxelles, 18 novembre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 74 ; Civ. Eupen, 8 février 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 609.

(472) En ce sens : N. HUSTIN-DENIES, « Le règlement des effets personnels », *Divorce. Commentaire pratique*, VII.2.3-12, Bruxelles, Kluwer, n<sup>os</sup> 3.18-3.20.

(473) Gand, 23 février 1993, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 340, *R.W.*, 1992-1993, p. 1407 ; Mons, 22 mars 1989, *Rev. not. belge*, 1989, p. 629 ; J.P. Westerlo, 1<sup>er</sup> septembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 513, *T. Not.*, 2002, p. 570, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 646 (somm.) ; *contra* : J.P. Marchienne-au-Pont, 30 janvier 1987, *Rev. trim. dr. fam.*, 1987, p. 472.

(474) Civ. Bruxelles, 22 mai 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 704 ; Civ. Hasselt, 22 septembre 1997, *L.R.L.*, 1998, p. 31, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 111 (somm.) ; J.P. Izegem, 7 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 892 (somm.) ; *T.G.R.*, 2006, p. 223, note F. MOEYKENS ; J.P. Tournai, 17 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1783 (somm.).

alimentaire, conformément au principe de l'exécution de bonne foi de la convention (475). Mais le contentieux demeure vif.

Une décision du tribunal de première instance d'Anvers juge que l'emploi du terme « partie », et non « partenaire », dans la clause des conventions préalables qui stipule que la pension alimentaire après divorce ne sera plus due en cas de cohabitation « avec une autre partie » et que *de facto* se forme un « ménage commun » (« *zij gaat samenwonen met een andere partij en daarmee de facto een gezamenlijke huishouding voert* »), démontre que cette suppression n'est pas liée à une cohabitation avec un compagnon de vie (476). En l'espèce, l'ex-épouse créancière était retournée vivre chez sa mère après le décès de son père et en raison de ses propres problèmes de santé. Le tribunal estime que même si le juge doit examiner l'intention commune des parties plutôt que s'en tenir aux termes de la convention, il ne peut pas pour autant ajouter des conditions non prévues. Or, selon le tribunal, la situation est claire dans le cas soumis : les parties n'ont pas simplement voulu limiter la suppression de la pension en cas de nouveau mariage ou de concubinage mais bien dans toutes les situations où une cohabitation entraîne de facto la création d'un « ménage commun ». Le juge fait donc droit à la demande de l'ex-conjoint tendant à la suppression de la pension. Cette décision doit être approuvée, accordant la priorité à l'objectif de la clause, essentiellement économique, et non sanctionnateur.

La pension entre époux peut (et devrait idéalement) être octroyée pour une période limitée ou conditionnée par un événement, telle la reprise d'un emploi à temps plein par le créancier. Elle peut également faire l'objet d'une renonciation ultérieure, en connaissance de cause, par le créancier (477).

Il est enfin conseillé aux époux de régler la question de la « renaissance » du droit à la pension alimentaire après divorce si la cause qui a entraîné sa suppression disparaît. Ainsi, la cour d'appel de Gand a jugé que la pension alimentaire ne renaissait pas lorsque l'ex-épouse, après avoir trouvé un emploi qui a justifié la suppression de la pension, perdait cet emploi (478). Le tribunal de première instance

---

(475) La preuve d'une telle relation peut résulter du fait que la vie maritale est affichée de manière ostensible et officielle, comme dans un avis nécrologique, ou par d'autres indices confirmant la relation (Liège, 14 décembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 603, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1594).

(476) Civ. Anvers, 13 avril 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1318, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 777 (somm.), *J.D.J.*, 2011, p. 44.

(477) Civ. Arlon, 7 avril 1995, *Div. Act.*, 2000, p. 114, note E. de WILDE d'ESTMAEL.

(478) Gand, 23 février 1993, *R.W.*, 1992-1993, p. 188, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 340 (somm.).

de Nivelles juge dans le même sens en raison d'un concubinage qui a justifié la suppression de la pension et qui s'est terminé (479). Les clauses qui recourraient au critère d'imprévisibilité ou d'indépendance de la volonté pour condition de la renaissance de la pension seront interprétées comme en droit des aliments. Une évolution choisie de carrière professionnelle aux conséquences financières défavorables peut-être considérée comme non dépendante de la volonté si elle n'est pas déraisonnable.

**24. RÉVISION JUDICIAIRE APRÈS LE DIVORCE.** Après le divorce (et non dans le jugement de divorce), le juge (de paix) peut, à la demande d'une des parties, augmenter, réduire ou supprimer la pension alimentaire après divorce si, à la suite de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties, son montant n'est plus adapté, sauf si les parties ont décidé d'exclure toute révision dans leurs conventions (art. 1288, al. 3, C. jud. réd. 6 juin 2010, remplaçant l'article 301, § 7).

Cette innovation majeure issue de la réforme de 2007 ouvre une brèche dans le principe de la convention-loi. Elle rencontre cependant un besoin d'équité, notamment en cas de diminution des revenus du débiteur indépendante de sa volonté. On peut toutefois se demander si cette mesure atteindra son objectif, tant il est conseillé de déroger à cette révisabilité (art. 1288, al. 3, C. jud.) ou de stipuler les causes et le mode de la révision. De plus, le contentieux post-divorce au sujet de la pension entre époux pourrait s'accroître, alors que l'esprit du divorce par consentement mutuel demeure le règlement global en vue d'un « *clean break* » (480).

Et encore, la portée du pouvoir du juge est elle-même controversée. Les termes « augmenter, réduire ou supprimer » posent la question de savoir si le juge pourrait accorder une pension alors que les époux s'en étaient abstenus. Une réponse négative s'impose : une exclusion de pension alimentaire, à laquelle certains auteurs assimilent l'absence de propos à ce sujet (non licite selon nous : *supra*, n° 22), implique une dérogation à la révisabilité (481). En

(479) Civ. Nivelles, 28 juin 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1997, p. 626.

(480) Sur le contentieux *post-divorce*, voy. not. G. VERSCHELDEN, "Relitigatie na echtscheiding door onderlinge toestemming", in *Echtscheiding 2009-2010*, G. VERSCHELDEN (éd.), Maastricht, Kluwer, pp. 35-85.

(481) Dans le même sens : S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 230, n° 271 ; F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *op. cit.*, p. 10 ; J. GERLO en G. VERSCHELDEN, *Handboek voor familierecht, op. cit.*, p. 592, n° 1814 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en*

revanche, rien n'empêche les époux de prévoir expressément qu'au moment où les conventions sont conclues, aucune pension alimentaire n'est due, sans toutefois exclure pour l'avenir la possibilité de demander l'octroi d'une pension en raison de circonstances nouvelles et indépendante de leur volonté (482).

De même, l'on se demande si le juge pourrait augmenter la durée stipulée dans les conventions. La loi ne permet pas cette possibilité (483).

**25. (SUITE) DROIT TRANSITOIRE.** Selon les principes généraux du droit transitoire, les conventions valablement conclues sous l'empire d'une ancienne législation restent régies par celle-ci, sauf si la nouvelle loi est impérative. Ce n'est pas le cas pour la faculté de révision par le juge des éventuelles pensions alimentaires dans les conventions préalables à divorce par consentement mutuel.

En l'absence de disposition transitoire spéciale de la loi du 27 avril 2007, le juge ne peut donc pas exercer cette faculté de révision sur des anciennes pensions alimentaires conventionnelles (484). La Cour constitutionnelle estime très justement que cette nouvelle possibilité de révision, en ce qu'elle n'est pas applicable aux personnes qui ont divorcé par consentement mutuel avant le 1<sup>er</sup> septembre 2007 – date d'entrée en vigueur de la loi du 27 avril 2007 –, n'est pas discriminatoire et ne viole pas le principe d'égalité (485). La Cour examine si l'absence de régime transitoire entraîne une différence de traitement non susceptible de justification raisonnable, ou s'il est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime. Elle constate que par la loi du 27 avril 2007, le législateur a voulu nuancer une application dure

---

*familierecht*, 13<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, p. 606, n° 1765. *Contra* : J.-Ch. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », *Rev. not. belge*, 2007, p. 615.

(482) S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 230, n° 271.

(483) En ce sens, not. : Ch. AUGHUET, « Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel », *Div. Act.*, 2007, p. 132 ; F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *op. cit.*, p. 10 ; S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *op. cit.*, p. 1424, n° 21. *Contra* : J.-Ch. BROUWERS, « La réforme du divorce (loi du 27 avril 2007) », *op. cit.*, p. 615.

(484) Voy. not. J.P. Forest, 18 mars 2008, *J.J.P.*, 2009, p. 157 ; Y.H. LELEU, « Le droit transitoire », in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LELEU et D. PIRE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 179, n° 42 ; P. SENAËVE, "Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007", in *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 249, n° 321.

(485) C. Const., 17 septembre 2009, n° 138/2009, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 176, note D. CARRE, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1496, *NjW*, 2010, p. 498, note G. VERSCHULDEN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 1127, *T. fam.*, 2009, note P. SENAËVE.

de l'article 1134 du Code civil, tout en ne supprimant pas le droit des parties de donner à une pension alimentaire après divorce un caractère immuable. La Cour conclut qu'étant donné que, déjà depuis la loi du 30 juin 1994, l'article 1288, al. 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, du Code judiciaire attire l'attention des parties de la possibilité qu'elles ont de prévoir conventionnellement les modalités de révision, et donc, selon la Cour, que si les parties ne l'ont pas fait, c'est qu'elle admettait le caractère immuable de la pension convenue. Ainsi, en n'appliquant pas aux parties la nouvelle révisabilité judiciaires aux anciennes pensions alimentaires, le législateur a en réalité garanti le respect des attentes légitimes que les parties ont.

### C. – PROCÉDURE

**26. DIVISION.** La procédure du divorce par consentement mutuel, notablement simplifiée par la loi du 30 juin 1994, se déroule normalement « sans incidents » de façon linéaire et de manière toujours plus souple et rapide ; sont considérés comme des « incidents » qui la prolongent, une proposition ou une injonction de modifier les conventions préalables ou une audition des enfants.

#### 1. – Procédure « sans incidents »

**27. INTRODUCTION DE LA DEMANDE.** La procédure, qui se déroule en principe à huis clos (L. du 2 juin 2010), est introduite par requête déposée au greffe du tribunal de première instance choisi par les époux (art. 1288bis C. jud.), signée par les deux époux ou par au moins un avocat ou un notaire (486). Elle contient les mentions prescrites par l'article 1026 du Code judiciaire et, en annexe, les conventions préalables, l'inventaire éventuel et de (trop) nombreux documents d'état civil (487), notamment ceux relatifs aux enfants non communs mais élevés par le couple (art. 1288bis, al. 4, 4<sup>o</sup> jo. art. 1254, § 1<sup>er</sup>, al. 4, C. jud.).

(486) En théorie, les époux peuvent se passer des conseils d'un juriste. Le notaire ou l'avocat peut introduire la requête en qualité de mandataire des deux époux. Voy. à ce sujet les propositions de R. HEMELSOEN, thèse précitée, *supra*, n<sup>o</sup> 2.

(487) La dispense de production des documents d'état civil, possible pour le divorce contentieux (art. 1254, § 2), ne l'est pas pour le divorce par consentement mutuel. Pour une critique : L. ROUSSEAU, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *op. cit.*, p. 440 ; S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 282, n<sup>o</sup> 343.

Avant la première comparution, la requête est transmise au procureur du Roi pour avis (art. 1288ter C. jud.) sur les conditions de forme, l'admissibilité du divorce et le contenu des conventions relatives aux enfants mineurs (art. 1289ter, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). L'avis est en principe déposé au greffe au plus tard la veille de la première comparution. Il renseigne les époux sur les objections que soulève leur dossier. Cet avis doit être distingué de celui rendu, en fin de procédure, sur le prononcé du divorce.

**28. PREMIÈRE OU UNIQUE COMPARUTION (SÉPARATION DE PLUS DE 6 MOIS).** La première comparution a pour but de donner au juge la possibilité d'exposer aux époux les conséquences de leur démarche (art. 1290 C. jud.) et de leur donner acte de ce qu'ils persistent dans leur résolution (art. 1291 C. jud.). Elle permet surtout au juge ayant examiné le contenu des conventions préalables de proposer d'y apporter des modifications, ce qui déclenche un « incident de procédure » (*infra*, n° 32-34).

La première comparution a lieu dans le mois du dépôt de la requête (art. 1289 C. jud.). Les époux sont convoqués par le greffe ; ils comparaissent ensemble et en personne devant le président du tribunal ou le juge en faisant fonction, sauf dispense pour circonstances exceptionnelles (488), auquel cas le tribunal autorise la comparution par mandataire (avocat ou notaire) (art. 1289bis C. jud.) (489).

Un procès-verbal est dressé par le greffier et communiqué dans les 15 jours au procureur du Roi (art. 1292 C. jud.).

Si les parties prouvent (490) qu'elles sont séparées depuis plus de 6 mois au moment de l'introduction de la requête, elles sont

---

(488) Ex. : raisons professionnelles, résidence à l'étranger, hospitalisation prolongée, incapacité physique de se déplacer, emprisonnement, *etc.* ; Civ. Bruges (réf.), 11 janvier 2000, *E.J.*, 2000, p. 145, note F. LOGGHE ; Civ. Audenarde (réf.), 7 novembre 1994, *Div. Act.*, 1996, p. 93, obs. B. VAN DER MEERSCH, *E.J.*, 1995, p. 55, obs. B. VAN DER MEERSCH ; F. BUYSSENS, "De echtscheiding door onderlinge toestemming", pp. 323-325, n° 674-681.

(489) Cette dispense peut valoir également pour la seconde comparution et pour les comparutions intermédiaires en cas d'incidents de procédure ; à ne pas confondre avec la possibilité de représentation en toute hypothèse lors de la seconde comparution éventuelle (art. 1294 C. jud. ; *infra*, n° 29).

(490) Sur la preuve libre, mais de préférence au moyen d'*attestations de domicile* : F. BUYSSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *op. cit.*, p. 12 ; J. GERLO en G. VERSCHULDEN, *Handboek voor familierecht*, p. 569, n° 1758 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit du divorce : le 'droit au divorce' », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 1023, n° 158 ; S. BROUWERS, "De echtscheiding door onderlinge toestemming", in *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), Anvers, Intersentia, 2008, p. 164, n° 201.

dispensées de seconde comparution (art. 1291bis C. jud.) et le tribunal peut prononcer le divorce dès la première, ce qui permet de raccourcir la procédure de 3 mois (491). L'objectif poursuivi par cette innovation de la réforme de 2007 est d'éviter que la procédure de divorce par consentement mutuel ne soit plus longue que celle contentieuse sur demande conjointe, l'accord étant global.

**29. SECONDE COMPARUTION ÉVENTUELLE.** Si les époux ne sont pas séparés depuis plus de 6 mois depuis l'introduction de la requête, une seconde comparution est nécessaire et vise à entendre les époux réitérer leur volonté (art. 1295 C. jud.).

Si la procédure se déroule sans « incidents » ou si ceux-ci sont clos, les époux doivent comparaître, en personne ou représentés par avocat ou notaire, dans le mois du jour où sont révolus les 3 mois à compter du procès-verbal de la première comparution (art. 1294, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.). Ce délai doit être respecté, mais est suspendu en cas de « nouvelle première comparution » (art. 1294, al. 3, C. jud.) (492).

Le greffier dresse procès-verbal (art. 1295 C. jud.) et le procureur du Roi rend un second avis constatant que les conditions sont respectées (493) ou concluant, de manière motivée, à l'empêchement du prononcé du divorce (art. 1297 C. jud.).

**30. JUGEMENT.** Après avoir pris connaissance de l'avis du procureur du Roi, le tribunal, auquel le président ou le juge en faisant fonction a renvoyé le dossier (art. 1296 C. jud.), rend son jugement s'il n'a pas connaissance d'un retrait du consentement des époux (*supra*, n° 4).

---

(491) Nous regrettons le manque de cohérence législative avec l'art. 1293 C. jud. qui permet aux époux de soumettre au juge une modification de leurs conventions préalables lors de la seconde comparution (*infra*, n° 34). Cette disposition non modifiée n'est pas adaptée au cas où il n'y a pas de seconde comparution, ce qui laisse des incertitudes quant à la possibilité de modifier les conventions préalables entre le dépôt de la requête et le prononcé du divorce. Pour plus de détails, voy. F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *op. cit.*, p. 13 ; S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », p. 145, n<sup>os</sup> 26 et s. ; S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 117, n° 144.

(492) Sur la computation de la suspension du délai ; F. BUYSENS, "De echtscheiding door onderlinge toestemming", *op. cit.*, pp. 322-323, n° 673 ; J.-P. MASSON, *La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures de divorce*, *op. cit.*, pp. 135-136, n° 86.

(493) Le silence de la loi à propos du contenu des conventions relatives aux enfants mineurs (comp. : art. 1289ter C. jud.) ne fait pas obstacle au droit de regard du ministère public sur ces conventions à ce stade de la procédure (en ce sens : F. BUYSENS, "De echtscheiding door onderlinge toestemming", *op. cit.*, p. 328, n° 687.

La loi précise qu'il ne peut plus faire d'autres vérifications que celles du respect des conditions de fond ou de forme.

S'il prononce le divorce(494), il homologue les conventions relatives aux enfants mineurs (art. 1298 C. jud.). Cette formalité leur confère la force exécutoire lorsqu'elles n'ont pas été rédigées en forme notariée. Elle ne leur donne cependant qu'une autorité de chose jugée relative, *rebus sic stantibus*, car les parties conservent la possibilité de les modifier ultérieurement à l'amiable et sans formalités, ou sur demande unilatérale dans l'intérêt de l'enfant (art. 203, réd. L. du 19 mars 2010, et 387bis).

**31. VOIES DE RECOURS ET TRANSCRIPTION. DATE DES EFFETS DU DIVORCE.** L'appel d'un jugement qui prononce le divorce peut être interjeté dans le mois du prononcé par le ministère public, par l'un des époux ou les deux, séparément ou conjointement, à condition de se fonder sur le non-respect des conditions légales pour prononcer le divorce (art. 1299 C. jud., réd. L. du 2 juin 2010) ; les deux époux peuvent également interjeter appel contre un jugement de rejet (art. 1300 C. jud.). L'appel est examiné rapidement (art. 1301 C. jud.) et l'arrêt ouvre un délai de 3 mois pour se pourvoir en cassation (art. 1302 C. jud.).

Une fois le jugement passé en force de chose jugée, le divorce est définitif pour ce qui concerne les effets personnels entre époux. Il est transcrit dans les registres d'état civil et mentionné en marge de l'acte de mariage à l'initiative du greffe (art. 1303 C. jud.). La transcription du divorce fait produire à celui-ci ses effets à l'égard des tiers (art. 1304, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.)(495). Les effets patrimoniaux entre époux remontent au jour du procès-verbal de la première comparution (art. 1304, al. 2, C. jud.)(496), sauf convention contraire (*infra*, n° 36).

## 2. – Incidents de procédure

**32. MODIFICATION DES CONVENTIONS RELATIVES AUX ENFANTS MINEURS À L'INITIATIVE DU JUGE.** Si le juge estime, lors de la première comparution, que les conventions relatives aux enfants mineurs sont contraires à leurs intérêts, il propose aux parties de les

(494) S'il ne prononce pas le divorce, il motive sa décision (art. 1298 *in fine* C. jud.).

(495) Sur l'hypothèse particulière du décès d'un époux divorcé avant la transcription : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 473, n° 462, note n° 168.

(496) Civ. Anvers, 28 juin 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 697, note M. GOOVAERTS.

modifier (art. 1290, al. 2, C. jud.), le cas échéant après avoir entendu les enfants. Il fixe une « nouvelle première comparution » donnant aux parties l'occasion de réagir à sa proposition (art. 1290, al. 4, C. jud.).

Si le juge n'est pas satisfait par la réaction des époux, il peut faire supprimer ou modifier les dispositions qu'il estime manifestement contraires aux intérêts des enfants mineurs (art. 1290, al. 5, C. jud.). Pas plus que le pouvoir de proposition, celui d'injonction ne permet au juge de modifier lui-même la convention ; il peut néanmoins refuser de prononcer le divorce si les époux s'obstinent (497)... et les contraindre à recommencer la procédure devant un autre juge (plus conciliant).

Un procès-verbal de la nouvelle première comparution est dressé. Une copie en est adressée au procureur du Roi (art. 1292 C. jud.). La procédure reprend ensuite son cours.

**33. AUDITION DES ENFANTS MINEURS.** Si le juge décide de procéder à l'audition des enfants (art. 1290, al. 3 jo. art. 931 C. jud.) (498), en principe au plus tard lors de la première comparution (art. 1290, al. 3, C. jud.) (499), la procédure comprend une « nouvelle première comparution ». Les parties pourront s'y exprimer sur les résultats de l'audition et le juge pourra exercer son pouvoir de proposition ou d'injonction de modifier les conventions, et fixer une comparution supplémentaire. Un procès-verbal est dressé, dont une copie est transmise au procureur du Roi (art. 1292 C. jud.).

**34. MODIFICATION DES CONVENTIONS PRÉALABLES SUR PROPOSITION CONJOINTE.** La loi permet aux parties de modifier leurs conventions en cours d'instance. Elles peuvent le faire librement avant

(497) Civ. Arlon, 22 mars 1996, *R.G.D.C.*, 1996, p. 344 ; Civ. Nivelles (jeun.), 12 mars 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 451 ; Civ. Hasselt, 18 avril 1995, *Limb. Rechtsl.*, 1996, 37, *J.D.J.*, 1996, 384, n° 158 ; Civ. Arlon, 7 avril 1995, *Div. Act.*, 2000, p. 114, note E. de WILDE d'ESTMAEL ; Civ. Arlon, 15 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 511. *Comp.* : Anvers, 26 septembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 941, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 235 (somm.), *R.W.*, 2003-2004, p. 1116 ; A. DUELZ, J.-Ch. BROUWERS et Q. FISCHER, *Le droit du divorce*, p. 329, n° 452. Avant les réformes : Bruxelles, 25 mars 1990, *Rev. trim. dr. fam.*, 1980, p. 168, notes F. POELMAN et J.-L. RENCHON.

(498) Les enfants peuvent également en faire la demande (art. 931, al. 3-4, C. jud.).

(499) Sauf en cas de proposition faite par les époux de modifier leurs conventions (art. 1293, al. 3, C. jud. ; voy. ci-après). Si l'enfant souhaite être entendu, il peut le demander jusqu'à la seconde comparution (B. POELEMANS, "Het hoorrecht van minderjarigen", in *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van de minderjarigen. Commentaar op de wetten van 30 juni 1994, 27 december 1994 en 20 mei 1997*, P. SENAEVE en W. PINTENS (eds.), Anvers, Maklu, 1997 ; P. SENAEVE (ed.), *Echtscheiding*, Louvain, Acco, 1990, p. 120, n° 193 ; N. HUSTIN-DENIES, « Les incidents de procédure », *op. cit.*, VII.4.1.-5, n° 1.4).

la première comparution(500), à condition toutefois de porter ces conventions modifiées à la connaissance du juge (sous peine de constituer une contre-lettre frappée de nullité absolue, *infra*, n° 35).

Entre la première et la seconde comparution, le juge peut être saisi d'une telle proposition mais à condition que les époux, ou l'un d'eux, fassent état de circonstances nouvelles et imprévisibles modifiant gravement leur situation, celle de l'un d'eux ou celle des enfants (art. 1293, al. 1<sup>er</sup>, C. jud.).

La condition d'imprévisibilité(501), prise à la lettre, apparaît excessivement sévère. Elle ne permet pas de rattraper un défaut de rédaction ou une négligence dans la négociation. À titre d'exemples, l'on peut citer l'apparition d'un handicap sérieux chez le débiteur d'aliments ou chez le titulaire de l'exercice exclusif de l'autorité parentale, l'échéance d'une succession ou d'une donation, un redressement fiscal, l'échéance d'une créance incertaine(502), une faillite ou une modification de la loi. Ne peuvent, au contraire, fonder la demande, une augmentation ou une diminution de revenus, l'évolution prévisible du coût d'un enfant ou la survenance d'autres enfants.

La modification est demandée par requête conjointe entre la première et la deuxième comparution(503). La proposition est transmise pour avis au procureur du Roi et donne lieu à une « nouvelle première comparution » au cours de laquelle le juge apprécie si les conditions de l'article 1293, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire sont remplies, examine les conventions relatives aux enfants mineurs et, le cas échéant après leur audition (art. 1293, al. 3, C. jud.), propose des adaptations si les conventions (modificatives) lui paraissent contraires aux intérêts des enfants (art. 1293, al. 2 in fine, C. jud.). S'il propose des modifications et/ou décide d'entendre le mineur,

---

(500) Civ. Turnhout, 2 février 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1092, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 251 (somm.).

(501) Civ. Turnhout, 12 janvier 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1091, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 251 (somm.) ; Civ. Turnhout, 5 février 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 679.

(502) Voy. : N. GEELHAND, "Over echtscheiding door onderlinge toestemming, schadevergoeding aan één der echtgenoten uitgekeerd ingevolge aantasting van de fysieke integriteit en het overslaan van een vermogensbestanddeel in inventaris en regelingsakte", *T. Not.*, 1988, pp. 390-391, n° 4.

(503) Ces exigences ne visent pas les modifications des conventions initiales envisagées entre le dépôt de la requête et la première comparution (Civ. Turnhout, 2 février 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1092, note, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 251 (somm.)). Les époux déposeront une requête modificative et leurs conventions modificatives. Il faut toutefois que le procureur du Roi dispose d'un délai suffisant pour rendre son avis.

il fixe une nouvelle date pour la seconde comparution (art. 1293, al. 4, C. jud.). La procédure reprend ensuite son cours.

L'article 1293 du Code judiciaire n'a pas été modifié par la loi du 27 avril 2007 qui dispense de seconde comparution les époux séparés de plus de 6 mois (art. 1291bis, C.jud., *supra*, n° 28). Il subsiste une incertitude quant aux possibilités de modifier les conventions préalables en cas d'absence de seconde comparution (504).

**35. (SUITE) CONTRE-LETTRES.** Il résulte de ce qui précède que les conventions préalables ne peuvent être modifiées pendant la procédure hors du contexte légal, même si les époux sont d'accord pour le faire. Une convention en ce sens, encore appelée « contre-lettre », est frappée de nullité absolue et ne peut être confirmée, même après le prononcé définitif du divorce. Les actions intentées après le divorce pour en obtenir l'exécution sont irrecevables. En décidant que son exécution volontaire ne peut même plus couvrir la nullité absolue dont elle est frappée, la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 mai 2006 (505), a mis fin à une tendance doctrinale et jurisprudentielle plus souple qui admettait qu'une fois le divorce prononcé, les contre-lettres concernaient des intérêts privés et pouvaient être confirmées, au motif qu'après le divorce, les parties étaient libres de modifier leurs conventions préalables de commun accord (*infra*, n° 38).

Est donc nulle, par exemple, la contre-lettre par laquelle un époux s'engage à verser un complément de soulte pour la reprise de l'immeuble indivis, ou encore à payer une somme supplémentaire à la pension alimentaire convenue.

Les juges du fond ne respectent pas toujours cette jurisprudence. Ainsi, la Cour d'appel de Liège, dans un arrêt du 15 juin 2010 (506), après avoir décidé que les contre-lettres établies durant la procédure, ou même antérieures aux conventions préalables,

---

(504) En ce sens : S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LELEU et D. PIRE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 145-148, n°s 26-28 ; F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *N.F.M.*, 2008, p. 13, n°s 39-41.

(505) Cass., 15 mai 2006, *Div. Act.*, 2007, p. 65, note S. MOSSELMANS, *R.G.D.C.*, 2007, p. 23. Dans le même sens : Civ. Liège, 27 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1671 ; Civ. Mons, 3 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 671 ; N. GALLUS, « Le divorce par consentement mutuel », in *Manuel de planification patrimoniale. Le couple. Vie commune*, Y.-H. LELEU, A. VERBEKE, J.-F. TAYMANS et M. BOURGEOIS (éds.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 193, n° 210.

(506) Liège, 10 juin 2010, *Act. dr. fam.*, 2010, p. 177, note. Dans le même sens : Liège, 13 décembre 2006, *R.T.D.F.*, 2007, p. 1137.

sont nulles, de nullité absolue, et que les actions basées sur celles-ci sont irrecevables, estime néanmoins que les parties peuvent confirmer ces contre-lettres après le divorce. Elle considère en effet que « l'ordre public n'est pas un obstacle permanent, définitif et irrémédiable à la confirmation lorsque celle-ci intervient après que le divorce soit devenu définitif ».

En l'état actuel de la jurisprudence, le praticien professionnel qui prête son concours à la rédaction d'une contre-lettre verra sa responsabilité engagée envers celui qui pâtit de son inexécution (507). La responsabilité du notaire ne sera toutefois pas toujours retenue. Ainsi, la cour d'appel d'Anvers précise que l'obligation de conseil de ce dernier est une obligation de moyens et que sa responsabilité ne peut être engagée que si le demandeur démontre l'existence d'une faute en relation causale avec un dommage subi (508). En présence d'une déclaration formelle du notaire de ce qu'il a averti les parties des dangers de la contre-lettre envisagée, la cour décide qu'il leur appartient d'apporter la preuve du contraire et ne tient pas compte du fait que le notaire a prêté son concours à la rédaction de celle-ci.

Cette jurisprudence est très favorable au notaire. Il sera en effet particulièrement difficile pour les parties de démontrer qu'elles n'ont pas été informées à suffisance par ce dernier. Si l'on approuve le fait que le notaire ne doive pas se réserver la preuve écrite de chaque conseil qu'il donne aux parties (509), l'on regrette par contre que l'on ne sanctionne pas le simple fait d'avoir prêté son concours à la rédaction de contre-lettres frappées de nullité pour contrariété à l'ordre public (510).

Précisons à cet égard que la jurisprudence de la Cour de cassation n'exclut pas que les époux puissent modifier leurs conventions préalables après le divorce dans le même sens que la contre-lettre. Seulement, la nullité de cette dernière n'est pas couverte par ce nouvel accord : ce qui a été exécuté volontairement préalablement

---

(507) Bruxelles, 9 mai 1997, précité (notaire) ; Liège, 14 décembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 137 (avocat ; responsabilité non retenue).

(508) Anvers, 9 mai 2007, *R.A.G.B.*, 2009, p. 272, note M. GOVAERTS.

(509) En ce sens : A. RENIERS, "over notariële aansprakelijkheid, bewijs informatieverplichting en eenheid van intentie", note sous Bruxelles, 16 décembre 2008, *R.A.G.B.*, 2009, pp. 834-835 (*supra*, n° 13).

(510) En ce sens : M. GOVAERTS, "Omtrent de kunst van het veinzen : de tegenbrief bij echtscheiding door onderlinge toestemming", note (critique) sous Anvers, 9 mai 2007, *R.A.G.B.*, 2009, pp. 288-290, n° 18-20.

au nouvel accord demeure donc susceptible de réparation ou remboursement (511).

## D. – EFFETS

### 1. – *Date des effets des conventions préalables*

**36. AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ.** Les effets du divorce par consentement mutuel sont réglés différemment entre époux et à l'égard des tiers par l'article 1304 du Code judiciaire. En ce qui concerne les époux, les effets des conventions préalables sont laissés à l'autonomie des volontés. Les parties peuvent ainsi étendre l'effet rétroactif du divorce en ce qui concerne leur patrimoine au jour de la signature des conventions (512) (sous réserve de la jurisprudence de la Cour de cassation au sujet du règlement des droits successoraux, *supra*, n° 19). Les conventions alimentaires prennent cours à la date arrêtée par les parties (513), sous réserve de l'intérêt des enfants.

**37. CADUCITÉ SI LE DIVORCE N'EST PAS PRONONCÉ. ABANDON DE LA PROCÉDURE.** En l'absence de prononcé du divorce, pour quelque cause que ce soit, les conventions préalables sont caduques (514), sous réserve des obligations contractées par les époux pour le temps des épreuves ainsi que des stipulations dotées d'effet immédiat (ex. : révocation d'un testament).

En cas d'abandon de la procédure consensuelle, l'un ou l'autre des époux peut faire usage de la « passerelle » vers la procédure

(511) S. MOSSELMANS, « Les contre-lettres dans le divorce par consentement mutuel », *op. cit.* ; D. PIRE, « Le droit des personnes et des familles. Le divorce », in Y.-H. LELEU (éd.), *Chroniques notariales*, vol. 47, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 109, n° 104 ; S. BROUWERS, « EOT Actualia », *N.F.M.*, 2010/3, p. 60, n° 6.

(512) F. BUYSSENS, "De echtscheiding door onderlinge toestemming", *op. cit.*, p. 345, n° 714 ; Y.-H. LELEU, « Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel », *op. cit.*, p. 385, n° 31 ; S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 307, n° 367.

(513) Pour le temps des épreuves, elles forment le pendant des mesures provisoires dans les procédures de divorce pour cause déterminée et sont immédiatement susceptibles d'exécution forcée (sauf si le créancier a connaissance de l'abandon de la procédure par le débiteur : P. MOREAU, « Divorce et séparation de corps par consentement mutuel. Intercalaire », *op. cit.*, n° 16) et les paiements effectués ne sont pas susceptibles de restitution en cas de rejet du divorce.

(514) Cass., 18 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1991, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, p. 1007, *R.W.*, 2003-2004, p. 539, *E.J.*, 2004, p. 5, note F. BUYSSENS.

contentieuse, auquel cas les conventions sont maintenues à titre provisoire (art. 1294bis C. jud. ; *infra*, n<sup>os</sup> 43-44).

## 2. – *Modifications amiables*

**38. CONSENSUALISME.** Après la transcription du divorce, les époux peuvent modifier de commun accord les conventions préalables sans devoir respecter les formes judiciaires du divorce, pas même en ce qui concerne les accords relatifs aux enfants, pourtant homologués par le juge (art. 1298 C. jud.). Cette dernière possibilité, controversée, doit demeurer ouverte car de tels accords sont nécessairement conclus *rebus sic stantibus* et révisables *a posteriori* (art. 203, réd. L. du 19 mars 2010, et 387bis)(515).

**39. CLAUSES DE VARIABILITÉ (RENOI).** La prudence (et l'art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, C. jud.) conseille aux époux de se ménager des possibilités d'adapter certains engagements en fonction des circonstances changeantes, principalement en matière alimentaire. L'adaptation est alors automatique, garantie le cas échéant par la force exécutoire (516).

## 3. – *Modifications sur demande unilatérale*

**40. CONVENTIONS RELATIVES AUX ÉPOUX.** Les conventions relatives aux époux (art. 1287 et 1288, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, C. jud.) sont en principe rétives à toute demande de révision unilatérale. Le juge ne peut fonder une décision en ce sens ni sur le principe d'exécution de bonne foi des conventions (art. 1134, al. 3) ni sur la théorie de l'imprévision, tout au plus sur l'abus de droit si un créancier

(515) En ce sens : Gand, 27 mai 2004, *R.A.B.G.*, 2005, p. 681, note S.B. ; Anvers, 26 septembre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 941, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 235 (somm.), *R.W.*, 2003-2004, p. 1116 ; Bruxelles (jeun.), 7 mai 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 289, note E. VIEUJEAN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 637, note J.-L. RENCHON ; Bruxelles, 1<sup>er</sup> décembre 1998, *E.J.*, 1999, p. 66, note (approbative) J. GERLO ; Civ. Liège, 20 décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1196 (somm.) ; J.P. Westerlo, 17 septembre 1999, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 569, *T. Not.*, 2001, p. 680, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 177 (somm.) ; J. GERLO, note précitée ; J.-L. RENCHON, note précitée et « La loi du 20 mai 1997 réparatrice des procédures en divorce », *J.T.*, 1997, pp. 757-760, n<sup>os</sup> 75-85 ; E. VIEUJEAN, note précitée. Pour une position nuancée, voy. P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 13<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, p. 604, n<sup>o</sup> 1716. Voy également S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 213, n<sup>o</sup> 248, qui relève que l'administration fiscale et la caisse des allocations familiales se basent de manière générale sur un titre et qu'il est donc préférable d'obtenir ce titre en cas de modifications des conventions préalables.

(516) Voy. en matière de parts contributives : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 549, n<sup>o</sup> 569.

d'aliments exigeait les prestations en dépit d'un changement fondamental dans les revenus et les besoins des parties (*supra*, n° 22).

À titre exceptionnel, la pension alimentaire entre ex-époux peut être ultérieurement révisée par le juge lorsque son montant n'est plus adapté à la suite de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des époux, sauf convention contraire (art. 1288, al. 3, C. jud. ; *supra*, n° 24). Cette dernière réserve, qui sera souvent d'application, permet d'encore s'interroger sur le point de savoir s'il demeure un espace pour l'admission de l'effet modérateur de la bonne foi, dès lors que la Cour de cassation énonce dans son arrêt du 16 juin 2000 que les conventions relatives aux époux sont « soumises au droit des contrats » (*infra*, n° 42) (517).

Et plus prégnante que par le passé est la question si le praticien professionnel engage sa responsabilité s'il n'a pas conseillé le meilleur régime contractuel de pension alimentaire en fonction de l'évolution prévisible de la situation des parties (518).

**41. CONVENTIONS RELATIVES AUX ENFANTS.** Les conventions relatives aux enfants (art. 1288, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, C. jud.) sont révisables depuis 1994, et encore mieux depuis la réforme de 1997 qui a assoupli les conditions (art. 1288, al. 2, C. jud.). Un époux peut solliciter du juge compétent (519) la révision de ces conventions si des circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties modifient sensiblement la situation des époux ou celle des enfants.

Cela expose toutefois les parents aux tracasseries d'une procédure judiciaire, alors qu'une rédaction affinée des conventions permet de repousser cette issue aux changements de contexte les plus graves ou imprévus (520).

(517) Pour une analyse approfondie en ce sens : C. JONCKERS, note sous J.P. Gand, 4 décembre 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, pp. 55-56 et *passim* ; *contra* : F. BUYSSENS, "De familierechtelijke overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming", *op. cit.*, pp. 147-148, n° 68, au motif, critiquable, que l'arrêt de la Cour ne concerne que la conclusion et non l'exécution de la convention. Notons que dans ces arrêts admettant l'abus de droit en cette matière (*supra*, n° 22), la Cour énonce également que les conventions relatives aux pensions alimentaires sont soumises « aux règles du droit des obligations » (Cass., 20 avril 2006) ou « aux règles qui régissent les conventions » (Cass., 14 octobre 2010).

(518) Antérieurement, l'absence de clauses de variabilité, rendant la charge de la pension insupportable pour le débiteur, pouvait constituer une faute professionnelle. Une autre solution consiste à interpréter largement les causes de variabilité stipulées (voy. *supra*, n° 23, à propos de la clause de suppression de la pension en cas de remariage).

(519) Juge de paix ou tribunal de la jeunesse. Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 372, n° 360.

(520) Voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 547, n° 568, en ce qui concerne les clauses relatives aux frais extraordinaires, et p. 549, n° 569, en ce qui concerne les clauses d'indexation et de révision par paliers ou en fonction des ressources.

Ce sont surtout les clauses relatives aux contributions alimentaires qui font l'objet de demandes de révision, moins celles concernant l'autorité parentale(521). On citera comme causes invoquées l'accident, la maladie ou la perte d'un emploi(522), la recomposition familiale, même délibérée(523), le fait que l'hébergement n'est pas exercé comme convenu ou est modifié(524), ainsi que l'évolution de l'âge de l'enfant et l'augmentation des frais qui en découlent(525). En visant dans les conditions de révision tant la situation des époux que celle des enfants, la loi permet d'adapter les contributions aux évolutions des ressources des parties(526). La jurisprudence prend parfois quelques libertés avec ces conditions et s'autorise une appréciation globale, dans l'intérêt de l'enfant, du respect de l'article 203 du Code civil(527). Soulignons toutefois que le juge n'a pas la

(521) En ce qui concerne l'autorité parentale, le tribunal de la jeunesse a, en vertu de l'art. 387bis, un pouvoir général d'intervention dans l'organisation de l'exercice de l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 713, n° 769). La condition des circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties semble donc superflue (en ce sens : Bruxelles, 26 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 849).

(522) *Contra* : J.P. Overijse, 18 septembre 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 32, *J.D.J.*, 2002, n° 218, p. 38, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 235 (somm.).

(523) *Contra* : Civ. Gand, 13 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 309 (somm.) ; J.P. Verviers, 21 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1778, note S. T. ; J.P. Westerlo, 15 mai 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 719.

(524) Civ. Bruxelles (jeun.), 15 janvier 2002, *Div. Act.*, 2002, p. 22, note ; J.P. Roeselare, 26 juin 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 1429, note F. BUYSSENS ; J.P. Westerlo, 19 janvier 2001, *J.J.P.*, 2001, p. 312, *R.W.*, 2001-2002, p. 1512, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 521 (somm.).

(525) Civ. Louvain, 4 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006, p. 523, note E. ALOFS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 897 (somm.) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 15 janvier 2002, *Div. Act.*, 2002, p. 22, note ; J.P. Fontaine-l'Évêque, 5 avril 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1620 ; J.P. Châtelet, 7 octobre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 650 ; J.P. Verviers, 21 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1778, note S.T. ; J.P. Overijse, 18 septembre 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 32, *J.D.J.*, 2002, n° 218, p. 38, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 235 (somm.) ; J.P. Westerlo, 30 juin 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 352. *Contra* : Civ. Liège, 22 janvier 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 869 ; Civ. Gand, 13 juin 2002, *E.J.*, 2002, p. 139, note F. BUYSSENS ; J.P. Deinze, 19 février 2008, *J. dr. jeun.*, 2009, liv. 287, p. 45 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 421, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 238 (somm.), *R.W.*, 2008-09, p. 1781, *T.J.K.*, 2009, p. 353, *J.J.P.*, 2010, p. 201 ; J.P. Grâce-Hollogne, 18 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 86 (somm.) (achat d'une voiture pour l'enfant par un des parents) ; J.P. Westerlo, 25 février 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1029, *J.D.J.*, 2001, n° 204, p. 44, note, *J.J.P.*, 2001, p. 301, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 177 (somm.) ; J.P. Westerlo, 24 septembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 717 ; J.P. Etalle, 24 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 744, obs. P. MOREAU.

(526) *Voy. Cass.*, 14 mai 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1348. Sur la problématique de l'incidence de la volonté sur les modifications : A.-Ch. VAN GYSEL, note sous Civ. Bruxelles, 6 février 2001, *Div. Act.*, 2001, p. 73.

(527) Civ. Bruxelles, 22 décembre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 834 (somm.) ; J.P. Deinze, 19 février 2008, *J. dr. jeun.*, 2009, liv. 287, p. 45 (somm.), *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 421, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 238 (somm.), *R.W.*, 2008-09, p. 1781, *T.J.K.*, 2009, p. 353, *J.J.P.*, 2010, p. 201 ; J.P. Zomergem, 22 août 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 333, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 524 (somm.) ; J.P. Westerlo, 24 septembre 1998, *A.J.T.*, 1998-1999, p. 717 (le fait que l'enfant grandisse est une évolution prévisible et normale).

latitude d'écarter les conventions préalables pour y substituer un autre mode de calcul des contributions alimentaires(528).

#### 4. – *Annulation des conventions pour vices du consentement*

**42. PRINCIPE.** La controverse sur la question de savoir si les conventions préalables pouvaient être annulées après le divorce pour dol a été vive : tant la nature principalement transactionnelle des conventions que leur lien avec le divorce conseillaient de s'y opposer. La Cour de cassation a néanmoins approuvé le principe de l'annulation pour dol dans un arrêt du 16 juin 2000(529), à l'occasion d'un cas d'extorsion d'une pension alimentaire non révisable par une épouse qui dissimulait un projet de remariage. La Cour affirme en outre que le divorce n'est pas entaché par l'annulation(530) et que la convention relative aux droits des époux est soumise au droit des contrats.

Cette jurisprudence mérite l'approbation parce qu'elle moralise la négociation des conventions préalables. La suppression de l'inventaire et la réduction du nombre des comparutions ont en effet réduit les occasions de déjouer les manœuvres dolosives, tandis que le divorce par consentement mutuel peut attirer vers lui des couples trop aigris pour être honnêtes ensemble.

La portée de l'arrêt est large quant aux vices du consentement admissibles, à savoir tous ceux qui affectent les transactions (dol, violence et certaines erreurs ; art. 2052-2053)(531), et quant aux

(528) Cass., 7 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2579, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 238, *R.G.D.C.*, 2009, p. 30, *T.J.K.*, 2009, p. 263 (le juge du fond avait décidé d'appliquer la méthode Renard, alors que ce n'était pas prévu dans les conventions préalables).

(529) Cass., 16 juin 2000, *Pas.*, 2000, p. 1100, concl. DUBRULLE, *R.G.D.C.*, 2000, p. 652, note F. BUYSENS et Y.-H. LELEU, *Div. Act.*, 2001, p. 163, concl. DUBRULLE, note (critique) A.-Ch. VAN GYSEL, *T. Not.*, 2000, p. 526, *R.C.J.B.*, 2002, p. 400, note H. CASMAN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 653, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1064 (somm.), *R.W.*, 2000-2001, p. 238, note W. PINTENS.

(530) Comp. A.-Ch. VAN GYSEL, qui estime pour sa part que l'arrêt ne peut être approuvé, notamment en raison de l'indivisibilité entre les conventions préalables à divorce par consentement mutuel et le divorce lui-même. A.-Ch. VAN GYSEL, « La pension après divorce et son annulation pour dol dans le cadre du divorce par consentement mutuel », note sous Cass., 16 juin 2000, *Div. Act.*, 2001, pp. 170 et s. Voy. également du même auteur : « Les vices de consentement et les conventions préalables à divorce par consentement mutuel », note sous Bruxelles, 9 octobre 2001, *Div. Act.*, 2003, p. 49, et « Divorce par consentement mutuel et requête civile », note sous Bruxelles, 22 novembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 146.

(531) H. CASMAN, note sous Cass., 16 juin 2000, *R.C.J.B.*, 2002, p. 426. Application : Bruxelles, 9 octobre 2001, *Div. Act.*, 2003, p. 49, note A.-Ch. VAN GYSEL, *J.L.M.B.*, 2004, p. 218 (somm.) (preuve d'un vice du consentement non rapportée en l'espèce).

clauses visées, à savoir toutes celles de la convention relative aux droits des époux. La convention relative aux enfants, non transactionnelle, n'est pas concernée par l'annulation, mais pourra être révisée à cette occasion par le juge s'il en est requis.

La question de savoir si le dol qui entache un accord particulier de la convention, par exemple la pension alimentaire entre époux, justifie l'annulation de toute la convention, doit être résolue conformément aux principes régissant la nullité partielle des actes juridiques (532), avec une présomption de lien entre toutes les stipulations de la convention (533) et une nuance à apporter si les époux n'ont pas exclu la révisabilité judiciaire (art. 1288, al. 3, C. jud.). Enfin, le dol peut s'accompagner de dommages-intérêts si l'annulation ne répare pas entièrement le préjudice.

**43. (SUITE) APPLICATIONS.** Il faut néanmoins être attentif à la manière dont les juridictions de fond appliquent cet arrêt. Un jugement du tribunal de première instance de Gand considère, à bon droit selon nous, que l'ex-épouse ne démontre pas la présence d'un vice de consentement susceptible d'entraîner une annulation d'une partie des conventions préalables à divorce par consentement mutuel lorsqu'elle invoque des faits d'agression qui sont antérieurs à la signature desdites conventions (534)

La cour d'appel de Bruxelles expose, à l'occasion d'une demande en annulation des accords qui attribuaient deux immeubles à l'ex-époux, quelques grands principes de la théorie des vices de consentement. L'ex-épouse soutenait que la procédure en divorce avait été intentée, à la demande de son ex-mari, pour des raisons purement fiscale et sans volonté de ne plus vivre ensemble, ni de former de facto un ménage commun. Elle se prétendait par conséquent victime d'une tromperie. La cour d'appel n'estime pas la tromperie démontrée en l'espèce et rejette la demande. Elle juge en outre que la lésion n'est pas un vice de consentement susceptible d'entraîner l'annulation d'un accord ; seule la lésion qualifiée peut avoir ce résultat, mais il faut pour cela qu'une partie démontre que l'autre a abusé de ses

(532) Cass., 27 février 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 653 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Les incapables. Les obligations (première partie), 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 758, n° 786. Voy. F. BUYSENS et Y.-H. LELEU, note sous Cass., 16 juin 2000, *R.G.D.C.*, 2000, p. 659, n° 6.

(533) H. CASMAN, « *Fraus corrupti sed non omnia corrumpit* en matière de divorce par consentement mutuel », note sous Cass., 16 juin 2000, *R.C.J.B.*, 2002, p. 431.

(534) Civ.Gand, 27 novembre 2008, *J.J.P.*, 2010, p. 171, *Rev.trim.dr.fam.*, 2011, p. 235 (somm.).

faiblesses. Et le seul fait que les obligations réciproques ne soient pas proportionnées ne suffit pas. En l'espèce, la cour considère que l'ex-épouse qui se dit victime ne prouve pas que son ex-époux aurait abusé d'elle pour l'amener à stipuler comme elle l'a fait (535).

Dans un arrêt précédent, cette cour a décidé que le dol personnel d'une des parties qui permet d'introduire une requête civile (art. 1132-1139 C. jud.) est celui qui affecte la validité des conventions préalables entre parties et qui se répercute nécessairement sur le jugement qui entérine ces conventions (536). Pour que la demande soit fondée, il faut que l'ex-époux qui dit victime démontre, d'une part, le comportement fautif de son ex-conjoint et, d'autre part, l'influence déterminante de ce comportement sur son consentement. En l'espèce, la cour a estimé que l'ex-époux, qui avait fait savoir à son ex-épouse, à l'issue de la seconde comparution, qu'il entretenait depuis quelques temps une nouvelle relation, ne s'est pas rendu coupable de réticences dolosives qui auraient vidé le consentement de l'ex-épouse.

**44. (SUITE) REQUÊTE CIVILE ET RÉPERCUSSION SUR LE DIVORCE.** L'arrêt commenté ci-dessus de la cour d'appel de Bruxelles soulève la question de la possibilité d'introduire une requête civile (art. 1132-1139 C.jud.) à l'encontre d'un jugement prononçant le divorce par consentement mutuel des parties en raison d'un vice de consentement affectant les conventions préalables. Comme précisé, la cour d'appel de Bruxelles admet qu'une partie peut, sur la base d'une requête civile, se prévaloir d'un dol pour contester la validité des conventions préalable ce qui, selon elle, « se répercute nécessairement sur le jugement qui entérine cette convention ».

Nous ne pouvons approuver ce dernier point car la Cour de cassation, dans son arrêt du 16 juin 2000, affirme que « la nullité de cette clause ...ne peut entacher le divorce lui-même ». Il convient de dissocier, d'une part, la volonté commune des époux de divorcer et, d'autre part, leur consentement quant aux conséquences de leur divorce : si l'accord portant sur les conséquences est annulé, cette annulation ne porte pas atteinte au consentement des époux de divorcer qui lui est maintenu (537).

(535) Bruxelles, 4 mai 2010, *R.A.B.G.*, 2011, p. 342, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 777 (somm.).

(536) Bruxelles, 22 novembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 143, note A-Ch. VAN GYSEL.

(537) Voy. également H. CASMAN, « *Fraus corrupti sed non omnia corrumpit* en matière de divorce par consentement mutuel », note sous Cass. 16 juin 2000, *R.C.J.B.*, 2002, pp. 432-436. *Contra* : A. VAN GYSEL, « Divorce par consentement mutuel et requête civile », note sous

## E. — TRANSITION ENTRE LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL ET LE DIVORCE POUR CAUSE DE DÉSUNION IRRÉMÉDIABLE

**45. LA PASSERELLE.** Si l'un des époux ne comparait pas lors de la deuxième comparution (538) ou fait savoir en cours de procédure qu'il ne souhaite plus poursuivre celle-ci, la partie la plus diligente peut demander le prononcé du divorce pour cause de désunion irrémédiable et éviter la caducité des conventions préalables (art. 1294bis jo. 1255, § 2, C. jud.) (539).

L'objectif est de conserver au profit de l'époux qui souhaite divorcer l'écoulement, pendant la procédure de divorce par consentement mutuel, du délai de séparation d'1 an prescrit par l'article 1255, § 2, du Code judiciaire (540), quelle qu'ait pu être la durée d'une séparation de fait préalable. Ce délai ne prend pas cours à la date de l'audience d'introduction de la procédure de divorce pour désunion

---

Bruxelles, 22 novembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 148. Ce même auteur a dans un premier temps estimé que le recours à la requête civile n'était pas possible en vue d'obtenir la rétractation du divorce et ce malgré l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1958 (« Les vices de consentement et les conventions préalables à divorce par consentement mutuel », note sous Bruxelles, 9 octobre 2001, *Div. Act.*, 2003, p. 55), mais semble être revenu sur cette position en admettant le recours à la requête civile en cas de jugement prononçant le divorce par consentement mutuel des parties s'il est prouvé qu'une des parties a dissimulé frauduleusement à l'autre un élément d'une telle importance que l'autre n'aurait pas consenti au divorce aux conditions prévues si elle avait été informé de cet élément (« Divorce par consentement mutuel et requête civile », note sous Bruxelles 22 novembre 2007, *Act. dr. fam.*, 2008, p. 149).

(538) La question de savoir s'il faut déduire de cette disposition que la passerelle n'est ouverte qu'à partir de la première comparution est controversée. Sur la base du texte légal, nous estimons que la passerelle ne peut être utilisée qu'après la première controverse dans la mesure où la procédure n'est pas encore pendante devant le tribunal avant cette comparution. Voy. S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 303, n° 363, qui estime, et nous approuvons ce cas d'école, que la passerelle est également ouverte avant la première comparution, mais à la condition que la requête ait été déposée ; F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van de 27 april 2007", *op. cit.*, pp. 15 et 16, qui estime que le délai d'1 an (art. 1255, § 2, C. jud.) commence à courir à partir de la séparation lorsque les parties décident d'user de la passerelle avant la première comparution.

(539) Pour plus de détails : F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *N.F.M.*, 2008, p. 3 ; E. WILLEMS, "De wet van 31 oktober 2008 : nieuwe pijler voor de brug van E.O.T. naar E.O.O. in artikel 1294bis, § 2, Ger. W.", *T. Fam.*, 2009, p. 43 ; S. LOUIS, « Le nouveau divorce par consentement mutuel », *op. cit.*, pp. 149 et s. ; J.-F. TAYMANS, « Les passerelles entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour désunion irrémédiable », *Rev. not. b.*, 2008, p. 472 ; G. VERSCHULDEN, "De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoordelen", *T. Fam.*, 2007, p. 139.

(540) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 456, n° 439.

irréremédiable, mais à la date de première comparution qui a eu lieu dans le cadre de la procédure consensuelle abandonnée (541).

De manière critiquable, s'agissant d'une procédure initialement consensuelle, l'article 1294bis du Code judiciaire renvoie seulement au § 2 de l'article 1255 du même Code, à savoir le divorce sur demande unilatérale. Les parties ne peuvent donc bénéficier du délai abrégé de séparation prescrit pour le divorce sur demande conjointe (art. 1255, § 1<sup>er</sup>, C. jud.) (542).

Le législateur n'a pas précisé le moment ultime auquel un époux peut manifester sa volonté d'abandonner la procédure consensuelle, pas plus que les formes de cette demande. Il est admis qu'un époux peut faire abandon de la procédure jusqu'au prononcé du divorce (*supra*, n° 4). Quant aux formes, la souplesse s'impose (543).

En outre, cette disposition laisse bon nombre de questions procédurales sans réponse. Ainsi, le tribunal de première instance de Louvain estime que lorsqu'il est fait usage de la passerelle de l'article 1294bis, une nouvelle procédure en divorce est en réalité introduite, ce qui implique en pratique que la demande n'est pendante qu'à partir du moment où le droit de mise en rôle est payé (544).

Aucune transition similaire n'existe du divorce pour cause de désunion irréremédiable vers le divorce par consentement mutuel, seule la possibilité de marquer un accord sur une demande unilatérale étant possible.

(541) J.-F. TAYMANS, « Les passerelles entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour désunion irréremédiable », *Rev. not. belge*, 2008, p. 472.

(542) F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *op. cit.*, pp. 15 et s, qui précise toutefois qu'une fois l'art. 1255, § 2, mis en œuvre par un des époux, l'autre peut marquer son accord, ce qui permet aux parties de bénéficier de l'art. 1255, § 3, C. jud. et ainsi respecter le délai de 6 mois prévu par l'art. 1255, § 1<sup>er</sup>. *Contra* : C. AUGHUET, « Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel », *Div. Act.*, 2007, p. 129 ; J.-F. TAYMANS, « Les passerelles entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour désunion irréremédiable », *op. cit.*, p. 473.

(543) En ce sens et pour plus de détails : Ch. AUGUET, « Les modifications en matière de divorce par consentement mutuel », *Div. Act.*, 2007, p. 129 ; S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, p. 302, n° 363 ; J.-L. RENCHON, « La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce : le droit au divorce », *op. cit.*, p. 1026, n° 163.

(544) Ce raisonnement a comme conséquence pratique qu'étant donné que le Président du tribunal n'est compétent pour prononcer les mesures urgentes et provisoires que pour autant que la procédure en divorce soit pendante à la date de citation en mesures urgentes et provisoires, si le paiement intervient après la date de cette citation, le Président du tribunal est incompétent pour prononcer les mesures. Civ. Louvain, 9 juin 2008, *T. Fam.*, 2008, p. 179, note T. TOREMANS. Sur cette question, voy. également S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 303, n° 363.

**46. LE SORT DES CONVENTIONS PRÉALABLES.** Les conventions préalables (545) lient les parties « à titre provisoire » jusqu'à ce que soit prononcé ou non le divorce (546). L'objectif du législateur est de conserver le bénéfice des négociations déjà conduites (547).

La loi distingue selon que les conventions sont notariées (donc exécutoire) ou non :

- dans le premier cas, elles lient, en principe, de plein droit les parties jusqu'à ce qu'une mesure provisoire soit entérinée ou ordonnée (art. 1257 C. jud. (548)) ou que le Président du tribunal ait statué en référé sur les mesures urgentes et provisoires (549) (art. 1280 C. jud.) ;
- dans le second cas, les conventions ne sont pas exécutoire et donc la partie la plus diligente doit demander la fixation d'une audience de référés conformément à l'article 1256 du Code judiciaire afin que si l'une des parties en fait la demande, le président prononce une ordonnance provisoire conforme aux conventions.

Bien que la loi soit muette sur ce point, les parties peuvent convenir dans leurs conventions préalables de priver celles-ci d'effets

---

(545) Une loi du 31 octobre 2008 a modifié l'art. 1294*bis* qui visait initialement l'art. 1287 et non l'art. 1288. L'intention du législateur était évidemment de comprendre l'ensemble des conventions préalables.

(546) Contre un maintien automatique des effets des conventions préalables : F. BUYSENS, "Echtscheiding door onderlinge toestemming na de wet van 27 april 2007", *op. cit.*, pp. 5 et s.

(547) Selon S. BROUWERS, ces règles ne s'appliquent que lorsqu'une passerelle du divorce par consentement mutuel vers le divorce pour désunion irrémédiable est introduite, de telle sorte qu'elles ne s'appliquent pas en cas d'abandon de la procédure en divorce par consentement mutuel ou lorsqu'aucune partie diligente ne mène la procédure en cas de réconciliation. Voy. S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 306, n° 366.

(548) La loi du 2 juin 2010 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la procédure de divorce abroge cet article 1257 du Code judiciaire, sans toutefois apporter de modification à l'article 1294*bis*, § 2, du même Code, de telle sorte que la possibilité donnée aux parties par cette disposition de demander au juge du divorce d'entériner ou d'ordonner une mesure provisoire n'a plus lieu d'être.

(549) Sur la question du point de départ de la compétence du Président du tribunal, voy. not. T. TOREMANS, "De overstap van EOT naar EOO : bevoegdheisperikelen na toepassing van artikel 1294*bis*, § 1 Ger W.", *T. fam.*, 2008, pp. 181-187.

provisoires en cas d'abandon de la procédure et donc déroger à l'article 1294bis (550). Une telle clause nous semble opportune (551).

---

(550) M. DEMARET, « Les mesures provisoires : beaucoup de bruit pour pas grand chose ? », in *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007*, Y.-H. LELEU et D. PIRE (éds.), Bruxelles, Larcier, 2007, p. 82, n° 24 ; J.-F. TAYMANS, « Les passerelles entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour désunion irrémédiable », *op. cit.*, p. 475. *Contra* : J.-Ch. BROUWERS, « La réforme du divorce », *Rev. not. belge*, 2007, p. 616 ; S. BROUWERS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2010 p. 305, n° 365 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 13<sup>e</sup> éd., Louvain, Acco, p. 600, n° 1746 ; G. VERSCHELDEN, « De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – de huwelijksvoordelen », *op. cit.*, p. 146, n° 33.

(551) Pour un exemple de clause, voy. not. J.-F. TAYMANS, « Les passerelles entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour désunion irrémédiable », *op. cit.*, p. 475.